

Número 45, Época II, junio 2021

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba



Dykinson, S.L.
EDITORIAL

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

**DERECHOS Y
LIBERTADES**
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS
#45

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 45, Época II, Junio 2021



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

FC FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

Derechos y Libertades ha sido incluida Emerging Sources Citacion Index de la Web of Science. La Revista ha renovado el Sello de Calidad de FECYT de reconocimiento de la calidad editorial y científica hasta 2022. Ocupa el cuartil 2 en Ciencias jurídicas del Ranking de FECYT y el cuartil 1 en tres campos temáticos (Derecho, Derecho constitucional, Filosofía del Derecho) en el índice de Dialnet métricas.

Además, la Revista ha sido indexada en ERIH, European Index for the Humanities and Social Sciences y en Philosopher's Index y en las bases de datos International Political Science Abstracts y Worldwide Political Science Abstracts, International Bibliography of Social Science (IBSS). Derechos y Libertades ha obtenido la Categoría A en la edición de 2018 de las bases de datos CARHUS. Está indexada en la categoría B1 de Qualis -Brasil- y en la categoría A en Anvur -Italia-. La Revista figura en las bases de datos Fuente Académica premier y en una versión internacional de Academic search y figura en el catálogo de revistas LATINDEX, MIAR y en la base de datos de Dulcinea.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS RAMÍREZ (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA GIL (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
ÁNGEL LLAMAS CASCÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ SANZ (†) (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA IBEAS (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba.

ÍNDICE

Nota del Director	11
-------------------------	----

ARTÍCULOS

La quiebra del sujeto constitucional. Democracia paritaria y ciudadanía cuidadosa	17
<i>The bankruptcy of the constitutional subject. Parity democracy and “careful” citizenship</i>	

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Género y tortura. Simone de Beauvoir y Gisèle Halimi ante el caso de Djamila Boupacha	57
<i>Gender and torture. Simone de Beauvoir and Gisèle Halimi regarding the case of Djamila Boupacha</i>	

EMILIA BEA PÉREZ

Informática y democracia directa: ¿dirigida por quién?	99
<i>Digitalization and direct democracy: directed by whom?</i>	

MARIO G. LOSANO

Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica	123
<i>Challenges of lawyer professional ethics in the age of legal artificial intelligence</i>	

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN

La inteligencia inhumana. La evolución de los derechos humanos163
Inhuman intelligence. The evolution of human rights

RAQUEL LUCÍA PÉREZ BRITO

**La libertad de los modernos en la sociedad digital:
 “el control de los datos os hará libres”199**
The modern liberty in digital society: data power will set you free

VANESA MORENTE PARRA

Reglas de juego y orden constitucional como reglas de la convivencia...233
The rules of the game and constitutional order as rules of coexistence

JUAN RAMÓN FALLADA GARCÍA-VALLE

**Los Centros de Atención Temporal de extranjeros como
 nuevo modelo de control migratorio: situación actual,
 (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos
 y garantías.....267**
*The foreigners' temporary stay centres as the new model of migration control:
 current situation, legal (de)regulation and mechanisms of control
 and guarantee of rights*

IKER BARBERO

**Sobre el minimalismo anti-conflictivista y liberal: un análisis
 desde la perspectiva de la *interest theory* y del enfoque dinámico.....303**
*Anti-conflictualist and liberal minimalism of rights:
 an analysis from the perspective of interest theory and the dynamic approach*

MICHELE ZEZZA

**Derecho a la ciencia. Libertad de investigación, acceso,
 participación y promoción de la ciencia en el ordenamiento español327**
*Right to science. Freedom of research, access, participation and promotion
 of science in the Spanish legal system*

DAVID VILA-VIÑAS

Cuestiones ético-jurídicas en torno a la vacunación pública	365
<i>Ethical-legal issues regarding public vaccination</i>	

POL CUADROS AGUILERA

Demandas de esclavos ante el Tribunal Supremo español y Ultramar, reclamando su libertad	399
<i>Slave lawsuits in the Spanish Supreme Court and Overseas, demanding their freedom</i>	

RAMSÉS LÓPEZ SANTAMARÍA

RECENSIONES

Javier de LUCAS, <i>Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter</i> ,	425
JESÚS GARCÍA CÍVICO	

José Luis REY PÉREZ, <i>Los derechos de los animales en serio</i>	433
PABLO SERRA-PALAO	

Alexander TESIS, <i>Free speech in the balance</i>	443
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE	

Massimo LA TORRE, <i>Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi</i>	451
FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES	

Jesús Ignacio DELGADO ROJAS, <i>Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual</i>	463
EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA	

Ana María MARCOS del CANO (ed.), <i>En tiempos de vulnerabilidad: Reflexión desde los derechos humanos</i> ,.....	469
RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ	

Roger CAMPIONE, <i>La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial.</i> <i>Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho</i>	475
ANA ALDAVE ORZAIZ	

NOTICIAS

El Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba aborda en un foro de debate las situaciones de discriminación vividas por las mujeres en y ante la crisis de la pandemia COVID-19	485
LARA CUENCA GÓMEZ	

Coloquios de Dertecnia en tiempos de pandemia: el año académico 2020-2021	487
MIGLE LAUKYTE	

CV de los participantes	491
--------------------------------------	-----

NOTA DEL DIRECTOR

Este número 45 de “Derechos y Libertades” incluye una serie de trabajos que abordan diversas temáticas vinculadas a dimensiones teóricas y prácticas de los derechos. En efecto, se abre con el artículo de Octavio Salazar Benítez, *La quiebra del sujeto constitucional. Democracia paritaria y ciudadanía cuidadosa*. A partir de la crisis provocada por la pandemia del coronavirus, se plantea la necesidad de revisar algunos de los paradigmas del Estado constitucional. En este sentido, el autor propone la superación de un modelo de sujeto de derechos basado en la referencia masculina y en la división público (masculino)/privado (femenino). A diferencia del modelo liberal, el punto de partida debería ser la vulnerabilidad del ser humano y su inevitable independencia, así como el carácter relacional de la autonomía. A partir de esos presupuestos, es posible una superación de la teoría liberal de los derechos y del concepto de ciudadanía vinculado a ella.

Por su parte, Emilia Bea centra su aportación en la primera denuncia de violencia sexual como práctica de tortura en la guerra de Argelia, interpuesta por Djamila Boupacha. En *Género y tortura. Simone de Beauvoir y Gisèle Hhalimi ante el caso de Djamila Boupacha*, propone una reconstrucción de la causa defendida por la abogada feminista, Gisèle Halimi, que tuvo una gran repercusión pública gracias al apoyo de Simone de Beauvoir. El artículo incide en el enfoque anticolonial y antipatriarcal con que se afrontó el caso, analizando todo el proceso judicial y llamando la atención sobre aquellos elementos que prefiguran la evolución del Derecho hacia una justicia de género.

La función del intelectual, y en particular del profesor universitario, viene definida entre otras cosas con el enfoque crítico de la realidad. Es así como puede satisfacer las exigencias de la formación de una ciudadanía crítica. Un requisito básico para el desarrollo de esa función viene determinado por la garantía de la libertad de expresión, que implica la inexistencia de cualquier tipo de censura, en el marco de los lineamientos del Estado constitucional. Creo que en esta ocasión conviene recordar lo anterior, ya que el artículo de Mario Losano, *“Informática y democracia directa: ¿dirigida por quién?”* se encontró con dificultades para ser publicado como artículo independiente en una revista italiana, en la que el profesor había publicado una veintena de traba-

jos desde hace 25 años. El punto de partida del trabajo del Prof. Losano (que incluye una adenda de actualización sobre la multiplicación de intervenciones censoras, no sólo en Italia) es el análisis de algunas tesis del libro de Francesco Pallante, *Contro la democrazia diretta*, y en él se incluye una reflexión crítica sobre las características y consecuencias de los mecanismos de participación directa a través de medios electrónicos que ha puesto en marcha el Movimento Cinque Stelle en Italia. La plataforma informática del citado movimiento ha sido condenada en dos ocasiones por la Autoridad italiana competente en materia de privacy. El que un trabajo incluya planteamientos críticos en relación con las estrategias de un partido político que afectan directamente a la participación política y a la representación democrática no debería ser una razón que dificultara su publicación. Esta es la razón por la que se incluye el trabajo en su versión original, en este número de la revista.

El desarrollo tecnológico también constituye el contexto del trabajo de José Ignacio del Solar Cayón, *Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica*. En el mismo, se señalan las transformaciones sustanciales en el ejercicio de la abogacía que está provocando el desarrollo de la inteligencia artificial y los retos deontológicos consiguientes, en especial la construcción de una deontología universal capaz de dar respuestas eficientes a un mercado legal cada vez más globalizado. Junto a lo anterior, la irrupción de compañías tecnológicas que prestan servicios jurídicos automatizados está propiciando una liberalización del mercado legal que revela las insuficiencias del enfoque deontológico y la necesidad de un nuevo esquema regulador de los servicios jurídicos. El trabajo concluye mostrando el potencial de la inteligencia artificial para disolver algunas de las categorías básicas sobre las que se asienta la regulación deontológica, así como la incidencia de algunas herramientas tecnológicas sobre determinados deberes profesionales del abogado.

Sin salir del contexto tecnológico, Raquel Lucía Pérez Brito se centra en el desplazamiento que se produce, en términos de ejercicio del poder, desde los Estados hacia las empresas privadas que controlan globalmente el desarrollo tecnológico, la big data y la sociedad del conocimiento, interfiriendo, así, en la vida de las personas. En el artículo *La inteligencia inhumana. La evolución de los derechos humanos*, se aboga por un desarrollo legislativo con vocación universal y con códigos éticos que tengan en cuenta que el desarrollo de la inteligencia inhumana está creado por y para la mejora de la humanidad. En este sentido, el “derecho a la vida” debe situarse en un nivel ontológico superior a cualquier otro derecho universal para garantizar la supervivencia

del ser humano y alcanzar una “era plenamente humana” en contraposición a las corrientes transhumanistas encaminadas a una “era posthumana”.

Y, también, de tecnología nos habla Vanesa Morente. En el artículo *La libertad de los modernos en la sociedad digital: “el control de los datos os hará libres”*, muestra su preocupación por la inmaterialización de la vida que se produce en las sociedades contemporáneas, en las que el ciudadano se digitaliza y aprende a intercambiar información en el espacio planetario de la red. Todo ello presenta peligros respecto a la libertad. En el trabajo, el modelo teórico de la libertad de los modernos, formulado originalmente por Benjamin Constant, es asumido como criterio analítico de las dimensiones reales que presenta la libertad digital, a partir del cual se plantean cuestiones referidas a la posibilidad de internet a la hora de satisfacer exigencias democráticas y a la conveniencia de transitar hacia otro modelo de libertad.

En *Reglas de juego y orden constitucional como reglas de la convivencia*, Juan Ramón Fallada García-Valle estudia desde un punto de vista crítico determinadas características fundamentales de los órdenes constitucionales a partir de su comparación con las reglas de los juegos. Libertad, carácter lúdico y ausencia de castigos para quienes deciden no jugar, se contraponen a supuesta aceptación compartida de las normas constitucionales, sacralidad y potencial uso de la violencia desregulada contra la disidencia.

Por su parte, Iker Barbero aborda el modelo de gestión de la situación en la que se encuentran los inmigrantes que llegan a nuestras costas. Así, en *Los centros de atención temporal de extranjeros como nuevo modelo de gestión migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías*, estudia la transformación de los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE) o los Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) y su derivación hacia la creación de facto de los Centros de Atención Temporal de Extranjeros (CATE). La tesis que se defiende es que la ausencia de una regulación legal de estos centros, además de añadir inseguridad jurídica a las actuaciones del personal de la Administración pública, dificulta el reconocimiento derechos fundamentales de las personas en ellos recluidas y omite mecanismos de control imprescindibles propios de una sociedad democrática.

En el siguiente trabajo, *Sobre el minimalismo anti-conflictivista y liberal: un análisis desde la perspectiva de la interest theory y del enfoque dinámico*, Michele Zezza describe dos enfoques minimalistas en materia de reconocimiento y protección de los derechos: las variantes anti-conflictivista y liberal. Para ello, reconstruye sus fundamentos histórico-culturales y destaca los principales elementos de su

insostenibilidad teórica. En dicha tarea, recurre a algunas herramientas teóricas derivadas de la combinación de la *interest theory* con un enfoque dinámico.

David Vila-Viñas centra su reflexión en el derecho a la ciencia. En efecto, en el trabajo *Derecho a la ciencia. Libertad de investigación, acceso, participación y promoción de la ciencia en el ordenamiento español*, discute la configuración de la ciencia como objeto de dicho derecho, su consideración como un bien común y los valores que constituyen el fundamento de este derecho. Para ello, distingue tres dimensiones de este derecho para realizar un análisis de su contenido y los principales riesgos de vulneración: la libertad de investigación científica, el derecho de acceso a la ciencia y al disfrute de sus beneficios, y el derecho a disfrutar de una actividad promocional de la ciencia por parte del Estado.

El contexto de la pandemia y la discusión en relación con las políticas de vacunación constituyen la base sobre la que Pol Cuadros Aguilera construye su propuesta. En el artículo *cuestiones ético-jurídicas en torno a la vacunación pública*, se analizan los aspectos ético-jurídicos más importantes relacionados con la vacunación, y cómo deberían tenerse en cuenta a fin de configurar las políticas en la materia. Además, se presenta el modelo de vacunación pública que mejor respondería a los problemas éticos de la vacunación, examinando la forma en la que podría desarrollarse este modelo en el contexto de nuestro sistema jurídico.

Este número finaliza, en la sección de artículos, con el trabajo de Ramsés López Santamaría, *Demandas de esclavos ante el Tribunal Supremo español y ultramar, reclamando su libertad*, en donde se analizan determinadas decisiones judiciales en materia de solicitudes de libertad por parte de esclavos, en especial recursos de casación, en la fase anterior a la independencia colombiana. El objetivo es el de mostrar la cercanía entre los argumentos que se dieron en el Tribunal Supremo español respecto de aquellos que se gestaron en los casos resueltos sobre el mismo tema por parte de los jueces ubicados en los territorios del Virreinato de la Nueva Granada.

Esperamos que los trabajos incluidos en este número 45 de la revista resulten de interés para aquellos interesados en las múltiples dimensiones del discurso de los derechos.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

LA QUIEBRA DEL SUJETO CONSTITUCIONAL.
DEMOCRACIA PARITARIA Y CIUDADANÍA CUIDADOSA

THE BANKRUPTCY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT.
PARITY DEMOCRACY AND "CAREFUL" CITIZENSHIP

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ*
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 14-5-19

Fecha de aceptación: 1-9-20

Resumen: *La crisis provocada por la pandemia del coronavirus, y muy especialmente sus consecuencias sociales y económicas, que se suman a las ya sufridas por la crisis financiera de 2008, nos alertan de la necesidad de revisar algunos de los paradigmas del Estado constitucional. En concreto, este artículo plantea la necesidad de superar un modelo de sujeto de derechos basado en la referencia masculina y en la división público (masculino)/privado (femenino). A diferencia del modelo liberal, el punto de partida debería ser la vulnerabilidad del ser humano y su inevitable independencia, así como el carácter relacional de la autonomía. Estos presupuestos nos llevarían a su vez a una superación de la teoría liberal de los derechos y del concepto de ciudadanía vinculado a ella.*

Abstract: *The crisis caused by the coronavirus pandemic, and especially its social and economic consequences, in addition to those already suffered by the 2008 financial crisis, warn us of the need to revise some of the paradigms of the constitutional State. Specifically, this paper raises the need to overcome a subject-of-rights model based on the male reference and the public (male)/private (female) division. Unlike the liberal model, the starting point should be the vulnerability of the human being and its inevitable independence, as well as the relational character of autonomy. These budgets would in turn lead us to overcome the liberal theory of rights and the concept of citizenship linked to it.*

* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-100669-B-100 "GEN-DER: Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género", enmarcado en el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad - Ministerio de Ciencia e Innovación (2019-2021).

Palabras clave: sujeto, ciudadanía, público, privado, derechos, paridad, autonomía, vulnerabilidad, cuidado

Keywords: subject, citizenship, public, private, rights, parity, autonomy, vulnerability, care

1. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS EN ESTADO DE EXCEPCIÓN

La crisis provocada a nivel global por el Coronavirus ha abierto numerosos debates jurídicos a partir de las situaciones excepcionales vividas, centrados la mayoría de ellos en su repercusión en la garantía de los derechos y en los conflictos generados en torno al eterno dilema libertad/seguridad. Y no me refiero solo a los efectos que, por ejemplo, ha tenido en nuestro país la declaración del estado de alarma sobre nuestros derechos fundamentales¹, sino también a cómo determinadas opciones que se manejan por los gobiernos para los momentos posteriores a la emergencia sanitaria pueden afectar a nuestras libertades². Más allá de las tensiones jurídicas que pueden provocar la adopción de determinadas medidas que superen el carácter temporal de la excepcionalidad, son evidentes las repercusiones sociales y económicas de la pandemia. Estas consecuencias prorrogarán y acrecentarán las ya producidas por la crisis de 2008 y por las fisuras que, en ese momento, se introdujeron en los sistemas constitucionales. Recordemos, sin ir más lejos, la polémica introducción en la Constitución española (CE) del principio de estabilidad presupuestaria (art. 135) y sus efectos negativos en determinadas políticas públicas, especialmente las vinculadas con la efectividad de los derechos sociales. Una opción que contribuyó a que la crisis económica, que ahora vemos reproducida y multiplicada, incidiera de manera singular en

¹ Recordemos el polémico Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020, mediante el cual se inadmitió el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Trabajadores contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que había desestimado a su vez la demanda de manifestación en Vigo el día 1 de mayo. El Tribunal, en una prolija resolución más propia de una sentencia que de un auto de inadmisión, consideró que, en la situación de pandemia, debía primar el derecho a la vida sobre el de reunión. Más polémica provocó la imposibilidad de ejercer el derecho de sufragio por parte de las personas afectadas por el Covid19 en las elecciones autonómica gallegas y vascas celebradas el 12 de julio de 2020. Vid. M. PRESNO LINERA, "Prohibido prohibir votar", <https://presnolinera.wordpress.com/2020/07/12/prohibido-prohibir-votar/> (consultada: 24/07/20)

² Vid. O. SALAZAR BENÍTEZ, "Covid 19: tras la alarma, el tiempo de los derechos", <https://theconversation.com/covid-19-tras-la-alarma-el-tiempo-de-los-derechos-135340> (consultada: 11/05/20)

las condiciones mínimas de bienestar y dignidad de buena parte de la ciudadanía, muy especialmente en la mitad femenina que, hoy por hoy, sigue siendo la que sufre las consecuencias más negativas de cualquier crisis³.

Todos esos efectos pueden ser reconducidos a uno solo, que sería el incremento de la desigualdad, en la medida en que todas las medidas adoptadas a consecuencia, o con el pretexto, de la crisis económica provocaron un adelgazamiento progresivo del ya de por sí herido Estado Social y, con él, de la efectividad de mandatos como el del art. 9.2 CE⁴. La creciente desigualdad es paralela al dominio de una lógica, la del mercado, que desde hace ya décadas está poniendo en jaque las esencias de los Estados constitucionales⁵. Un mercado situado al margen del Derecho y que, por tanto, reproduce y ampara los “poderes salvajes” que inciden en nuestras vidas cotidianas⁶. De esta manera, es lógico que nos preguntemos dónde reside realmente la soberanía en el siglo XXI y hasta qué punto la lógica del Estado de Derecho –el sometimiento a la ley de ciudadanos y poderes públicos con el objetivo de garantizar nuestros derechos– puede sobrevivir en un mundo en el que los centros de poder están difuminados y en el que las mecánicas financieras imponen su ley por encima

³ En plena pandemia, en concreto, en abril de 2020, la Comisión Europea hizo público un informe en el que alertaba de los efectos que el coronavirus podía tener en la igualdad de género (<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/how-will-covid-19-crisis-affect-existing-gender-divides-europe>, consultado: 03/05/20). Vid. el vol. 2 de 2011 de la revista *Investigaciones feministas* dedicado a “El impacto de las crisis económicas en la igualdad de género”, <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/issue/view/2224> (consultada: 10/05/20)

⁴ Todo ello además ha tenido unas evidentes repercusiones políticas, tal y como se ha evidenciado en nuestro país con el cambio sustancial que se ha producido en el sistema de partidos, la fragmentación mayor de nuestro Parlamento y las dificultades vividas tras las últimas convocatorias electorales para la formación del Gobierno. La aparición de un partido como Unidas Podemos, que de alguna manera representa la institucionalización de las energías políticas que se materializaron en el 15M, o posteriormente el surgimiento de VOX, que se sitúa en la línea reaccionaria que hemos visto consolidarse también a nivel comparado, son un buen ejemplo de cómo el escenario político se ha visto alterado en los últimos años como consecuencia de muchos factores, entre ellos, las fracturas sociales provocadas por la crisis económica.

⁵ Desde este punto de vista, coincido con B. de Sousa Santos, cuando puntualiza que “la pandemia actual no es una situación de crisis claramente opuesta a una situación normal. Desde la década de los ochenta, a medida que el neoliberalismo se impuso como la versión dominante del capitalismo y este se sometió cada vez más a la lógica del sector financiero, el mundo ha vivido en un estado de crisis permanente”. Por lo tanto, “la pandemia solo agrava una situación de crisis a la que ha sido sometida la población mundial”. *La cruel pedagogía del virus*, Clacso, Buenos Aires, 2020, pp. 19-20.

⁶ L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019, p. 82.

de Gobiernos y Parlamentos. Una realidad frente a la que experiencias como la de la Unión Europea no dejan de ser sino intentos en gran medida fallidos de crear nuevas comunidades políticas que, superando los márgenes de los Estados nación, respondan a una lógica garantista similar.

Desde el punto de vista teórico, hace ya décadas que se habla de la “crisis del paradigma constitucional” y de las enormes dificultades de una maquinaria creada hace más de dos siglos para responder a las exigencias de una realidad completamente distinta⁷, y en la que las principales amenazas para nuestros derechos no proceden tanto de los poderes públicos como de los privados. Sirvan como ejemplo los efectos que en la intimidad o la libertad personal están provocando las ya no tan nuevas tecnologías y los poderes que las crean y administran. De alguna manera, en este marco tecnológico, nos encontramos con un nuevo “soberano” y en una especie de permanente “estado de excepción” para algunos de nuestros derechos fundamentales⁸. Además, el contexto mundial no ha hecho sino evidenciar que nuestra vulnerabilidad es también “global”. Si a principios del siglo XXI, la principal amenaza parecía ser el terrorismo, posteriormente hemos asistido a la toma de conciencia progresiva frente a realidades como el cambio climático o, más recientemente, la pandemia y la consiguiente crisis sanitaria que ha sacudido el planeta entero en 2020. De esta manera, los dos ejes siempre en tensión en democracia, la libertad y la seguridad, se ven sometidos a unas sacudidas que ponen en cuestión el por qué y el para qué de unos Estados constitucionales que a duras penas garantizan la igualdad y el bienestar de los individuos.

Todo ello mientras que los conceptos, los paradigmas y los instrumentos jurídicos que usamos para definir la ciudadanía continúan siendo los mismos, con leves variaciones, que hace dos siglos. Una situación que hemos visto agravarse en la última década, en la que hemos tenido que enfrentarnos a nuevos problemas o bien a problemas de siempre, pero con nuevos ropajes. Pensemos, por ejemplo, en dos realidades que están directa e íntimamente relacionadas con la misma protección de la vida, la integridad física y moral y, en general, la dignidad de los sujetos. Me refiero, de una parte, a la creciente necesidad de atender a personas mayores y dependientes⁹. Es un dato objetivo el progresivo

⁷ L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 137.

⁸ Vid. S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2012.

⁹ En este sentido, es una evidencia el fracaso, en su traducción práctica, de la ambiciosa Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya aplicación se vio “cortocircuitada” por las políticas de austeridad adoptadas tras la crisis de 2008.

envejecimiento de la población, resultado de una mayor esperanza de vida y de un menor número de nacimientos, y los retos que ello plantea desde muchos puntos de vista: desde la demanda de un sistema de prestaciones sanitarias y sociales adaptado a esta nueva realidad a la sostenibilidad del sistema de pensiones. De otra, los imparable movimientos migratorios y los desafíos que plantean a unos Estados nación basados en el vínculo ciudadanía/nacionalidad y, en general, a un mundo que garantiza y alienta la libre circulación de capitales, pero no de las personas. Ambas realidades tienen muchos puntos en común, entre ellos la posible respuesta a la crisis demográfica, y nos sitúan frente al reto de cómo definimos al sujeto humano y, en consecuencia, qué sentido le damos al concepto de derechos. Pensemos en cómo la emergencia sanitaria vivida con el Covid19 ha puesto de manifiesto no solo la debilidad de un sistema de salud diezmado por los recortes llevados a cabo en los últimos años, sino también la urgencia de una red de servicios sociales que garanticen la calidad de vida y el bienestar de las personas mayores, que han sido y son las que está sufriendo la enfermedad de manera más grave.

Si a todo lo anterior sumamos otras urgencias, como por ejemplo la climática y las demandas de unas políticas no solo medioambientales sino también, y sobre todo, económicas más sostenibles¹⁰, o los retos que plantea a los ordenamientos jurídicos el reconocimiento de unas identidades cada vez más plurales, tenemos argumentos más que suficientes para replantearnos una superación de los paradigmas tradicionales¹¹. De manera muy especial, y es en lo que me centraré en las páginas que siguen, sería necesario revisar el mismo concepto de “sujeto” que seguimos manejando en el constitucionalismo y, con él, la teoría de los derechos fundamentales. Ello supone someter a una crítica profunda los conceptos claves de un sistema constitucional, el poder y la ciudadanía, así como el eje ético-político que los atraviesa, el principio de igualdad. En definitiva, y usando una terminología deudora de la teoría feminista, se plantea la necesidad de un nuevo “pacto social” en el que redefinamos subjetividades, derechos y obligaciones, espacios y tiempos.

¹⁰ De hecho, B. de Sousa Santos concluye que los dos paisajes más brutales con los que nos encontramos son “la concentración escandalosa de riqueza/ desigualdad social extrema y la destrucción de la vida en el planeta/la inminente catástrofe ecológica”. *La cruel pedagogía del virus*, cit., p. 37.

¹¹ Empezando por la misma concepción de la democracia en el contexto de unas sociedades complejas y plurales, en el que los centros de poder se han diluido y en el que permanentemente interaccionan, de manera reticular, actores e instancias muy diversas. Vid. D. INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2019.

Y ello pasa por superar un modelo de *sujeto*, anclado en los presupuestos decimonónicos, y sin cuya transformación las Constituciones dejarán de ser “utopías de derecho positivo”¹².

En este proceso serán de utilidad todas las teorías críticas del poder y del derecho alumbradas en los últimos años, muy especialmente las alternativas planteadas por el *iusfeminismo*. Ha sido éste el que ha sometido a una crítica más profunda al sujeto de Derecho y de derechos, construido sobre la referencia masculina y mediante la exclusión histórica de las mujeres, así como el que ha desvelado como el contrato social tenía como base un “contrato sexual”, legitimador de asimetrías e injusticias de género, muchas de las cuales acaban traducidas en las múltiples violencias que sufre la mitad femenina de la Humanidad. Unas críticas que se proyectan a su vez en el modelo económico, en las estructuras jurídicas o en la misma Cultura que legitima y ampara el eje privilegios masculinos/ *subdiscriminación* femenina¹³. Todo ello en un mundo en el que, como prácticamente ocurre desde el siglo XVII, las tres grandes estructuras de dominación siguen siendo el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado¹⁴.

2. EL SUJETO DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES

2.1. Los liberales ciudadanos españoles

Cuando repasamos la concreción de los sujetos de derechos en la CE es fácil detectar cómo el texto, pese a haber sido redactado en 1978, reproduce fielmente, con apenas leves variaciones, el modelo liberal. De entrada, por el vínculo incuestionable que establece entre ciudadanía y nacionalidad, por

¹² L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 33.

¹³ Vid. M^a A. BARRÈRE y M^a D. MORONDO, “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42; y M^a A. BARRÈRE, *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubdiscriminatorio*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2019. Planteo estas reflexiones, además, en un momento de especial relevancia para el movimiento feminista a nivel global, hasta el punto de que ya hay teóricas que hablan de una “cuarta ola”. N. VARELA, *Feminismo 4.0*, Ediciones B, Barcelona, 2019. En paralelo, asistimos a una reacción frente a las progresivas conquistas y protagonismo público del feminismo, la cual se está traduciendo incluso en opciones y discursos políticos que llegan a los parlamentos y que cuestionan, por ejemplo, los avances normativos en materia de igualdad. Vid. M. KIMMEL, *Hombres (blancos) cabreados*, Barlin, Valencia, 2019.

¹⁴ Vid. B. de SOUSA SANTOS, *La difícil democracia*, Akal, Barcelona, 2016.

más que el art. 13.2 abra una pequeña rendija para superar, en el contexto de la Unión Europea, las fronteras. El art. 14, que no solo recoge la igualdad formal, sino que también puede considerarse pórtico de la declaración de derechos, deja claro que solo los españoles disfrutamos de un estatuto jurídico “de primera”. Un artículo que, además, y como vemos reproducido a lo largo de todo el texto, utiliza un masculino plural que, según la Real Academia de la Lengua¹⁵, pretende ser inclusivo, pero que, contextualizado en el conjunto del texto, revela el androcentrismo propio del ordenamiento jurídico de un Estado en el que durante siglos las mujeres fueron excluidas de la ciudadanía¹⁶. En este sentido, es muy significativo que las mujeres como sujetos aparezcan en la CE solo en dos artículos –art.32 (derecho al matrimonio) y art. 39.2 (protección de las madres)– que no casualmente se refieren a los ámbitos y funciones tradicionalmente reservados a ellas. Es cierto, no obstante, que el art. 35 se refiere expresamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo con relación al trabajo, pero la redacción de ese artículo nos sigue ofreciendo una visión deudora de la referencia del hombre proveedor. Fijémonos en como señala que todos los españoles tienen reconocido ese derecho/deber, además del derecho “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”. La sombra del *diligente buen padre de familia* es alargada.

Si analizamos los derechos que no aparecen reconocidos como tales, sino como principios rectores de la política social y económica, es fácil deducir cómo la CE responde a un modelo social que divide el mundo en dos esferas, la pública y la privada, de manera que la segunda carece de la relevancia política de la primera. Es justamente en el capítulo III del Título I donde aparece la protección de la familia y de los hijos (art. 39), el régimen de la Seguridad Social (art. 41), la adecuada protección de la salud (art. 43) o el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47). No hace falta poner de relieve cómo justamente algunos de esos principios, esenciales para mantener el bienestar y la dignidad de las vidas, se han visto especialmente afectados por las últimas crisis. Es también interesante comprobar cómo en este capítulo es donde encontramos la atención a determinados colectivos

¹⁵ Vid. el Informe hecho público en enero de 2020 sobre el lenguaje inclusivo en la CE, realizado por la RAE a petición de la Vicepresidenta del Gobierno: https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf (consultado: 25/04/20)

¹⁶ Vid. A. MARRADES, J. SEVILLA, M.^a L. CALERO, O. SALAZAR, “El lenguaje jurídico con perspectiva de género. Algunas reflexiones para la reforma constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 105, 2019, pp. 127-160.

necesitados de “cuidados”, tales como, y siguiendo los obsoletos términos de 1978, los disminuidos (art. 49) y los ciudadanos y las ciudadanas de la tercera edad (art. 50). A ello habría que añadir la limitada atención que se le presta al medio ambiente y a “la utilización racional de los recursos naturales” (art. 45), así como la manera tan peculiar en el que se reconoce el derecho de acceso a la cultura (art. 44). Todo ello en un sistema constitucional en el que se reconoce, en el capítulo de derechos y deberes, “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE). Es obvio que esta jerarquía de derechos plantea serias dudas sobre la virtualidad práctica del proclamado como “Estado social y democrático de Derecho” (art. 1), o sobre los propósitos establecidos en el Preámbulo de “promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”, por no hablar de la falta de sintonía con la fuerza transformadora del art. 9.2.

2.2. La contemporánea vindicación de Olimpia

El constitucionalismo contemporáneo, tal y como demuestra la CE, sigue siendo deudor de un modelo de ciudadanía que reproduce los ejes de un sistema que se sostiene sobre un contrato basado en la división jerárquica entre dos espacios y dos tiempos, el público (masculino) y el privado (femenino). Es decir, la ciudadanía se articuló a partir de la referencia del hombre, construida sobre su papel de sujeto proveedor/productor y como protagonista, durante siglos de manera absoluta, de la vida pública. Frente a él, y en un lugar subordinado, las mujeres, más que ajustarse a un estatus, del que fueron expulsadas por los mismos textos constitucionales y las declaraciones de derechos, se limitaron a cumplir una función ligada a su rol de reproductoras, así como a satisfacer los trabajos domésticos y de cuidados. A partir de aquí se definieron los términos del contrato social y, por tanto, de lo que hoy entendemos como derechos fundamentales. Estos tres vértices –*ciudadanía, Constitución, derechos*– conformaron un triángulo en el que los hombres se apropiaron de la definición de lo humano –lo que el feminismo ha denominado “universalidad sustitutoria masculina”¹⁷– y que se conformó mediante un Derecho, aparentemente neutral y abstracto, pero que ampara y consolida el poder de los hombres sobre las mujeres¹⁸.

¹⁷ C. AMORÓS, *Tiempo de feminismo. Sobre proyecto ilustrado, feminismo y postmodernidad*. Cátedra, Madrid, 2000, p. 183.

¹⁸ Vid. C. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

Fue justamente esa exclusión contra la que empezaron a rebelarse las mujeres, surgiendo así no solo un movimiento social y político que llega hasta nuestros días, sino toda una vastísima teoría crítica del poder. Desde esos momentos finales del XVIII, en los que se sitúa su “primera ola”¹⁹, el feminismo ha supuesto una lucha contra la exclusión de la mujeres de la ciudadanía y, con ella, contra la definición de un sujeto político ajustado a los intereses del patriarcado en cuanto estructura de poder, y del machismo en cuanto cultura. La misma Declaración de derechos de la mujer y la ciudadana, redactada por Olimpia de Gouges en 1791, nos da las claves de cómo se construyó jurídicamente la exclusión femenina y, al mismo tiempo, de cómo la Constituciones perdieron la oportunidad de ser el marco jurídico de un pacto entre sujetos equivalentes²⁰. Una declaración que comienza en su Preámbulo invocando a las mujeres como “las madres, hijas, hermanas, representantes de la nación”, con lo cual es evidente que se estaba subrayando su *heterodesignación*: no hay una apelación directa a ellas, sino que se parte del lugar de dependencia en el que se sitúan. La afirmación que a continuación se hace sobre “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer” en cuanto origen de los males públicos nos está advirtiendo de que un sistema que las ignore las olvide o desprecie no puede ser justo, o lo que es lo mismo, no merece el calificativo de constitucional. Además, el art. 2 apunta una idea desarrollada siglos después por el feminismo. Me refiero a la conceptualización del lugar devaluado de las mujeres como opresión: “El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de la Mujer y del Hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y, sobre todo, *la resistencia a la opresión*”. En esta “resistencia a la opresión” encontramos ya las claves de la identificación de la discriminación de las mujeres como estructural y vinculada, por lo tanto, a un marco relacional en el que el eje dominante es masculino: la *tiranía perpetua* de la que justamente habla el art. 4.

El art. 16, en conexión con el art. 6 (“La ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar en su formación personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos; todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, por ser iguales a sus ojos, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades,

¹⁹ Vid. A. VALCÁRCEL, *Ahora, feminismo*, Cátedra, Madrid, 2019.

²⁰ Vid. A. RUBIO CASTRO, *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2013.

puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos”), nos brinda la definición de lo que hoy definimos como democracia paritaria: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución; *la constitución es nula si la mayoría de los individuos que componen la Nación no ha cooperado en su redacción*”. Todo ello sobre la base paritaria que adelanta el art. 3 –“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación que no es más que *la reunión de la Mujer y el Hombre*”– y sobre el horizonte utilitarista que marca el art. 12 –“la garantía de los derechos de la mujer y de la ciudadana implica una utilidad mayor; esta garantía debe ser instituida para ventaja de todos”–.

2.3. Autonomía masculina vs. sujeción femenina

Las vindicaciones de Olimpia de Gouges pusieron al descubierto, en el momento en el que aparecen las primeras Constituciones liberales, las deficiencias de un modelo basado teóricamente en la “libertad, igualdad y fraternidad” pero configurado, de hecho, sobre la exclusión de la ciudadanía de quienes, como la propia Olimpia, no podían subir a la tribuna, pero sí al cadalso²¹. Ello supuso que durante siglos las mujeres no pudieran superar el estatus de “súbditas”. Es decir, el constitucionalismo liberal reconoce y ampara un mundo jerárquico en el que los individuos están divididos en dos grupos: “el masculino está construido como superior al femenino. O mejor: el femenino se construye como «lo otro» del masculino”²². Dicho de otra manera, la mujer es reconocida como “ser subordinado por excelencia”²³.

Esta construcción jurídica se sustentó y a la vez legitimó la división público/privado, que es el eje esencial sobre el que se construye el sujeto moderno y, a partir de él, la división masculino/femenino y toda una con-

²¹ Desde el punto de vista teórico, encontramos un paralelo “desvelamiento” de las injusticias de género en la crítica que Mary Wollstonecraft realiza de Rousseau. Este, a través de la construcción teórica de sus dos prototipos, el Emilio y la Sofía, confirma como la Ilustración y al constitucionalismo liberal reafirma unas subjetividades que responden a los mandatos del orden patriarcal. Vid. R. COBO, *Rousseau: los fundamentos del patriarcado moderno*, Cátedra, Madrid, 1995. Sobre la ciudadanía de las mujeres, vid. M. ESQUEMBRE CERDÁ, “Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 23, 2010, pp. 47-85.

²² T. PITCH, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2010, p. 438.

²³ A. FACIO, *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, p. 44.

cepción no solo de los derechos humanos sino también del mismo “contrato social”. Un pacto que, como bien ha explicado la teoría feminista, ha estado precedido de un contrato sexual que durante siglos estuvo sancionado por un Derecho Civil en el que la mujer era más objeto que sujeto de Derecho²⁴. Un doble contrato que ha mantenido tan poderosa y prolongada vigencia hasta el punto de que todavía hoy, en pleno siglo XXI, es justamente en el ámbito tradicionalmente regulado por el Derecho Civil el que reproduce buena parte de los obstáculos que sufren las mujeres para el ejercicio pleno de la ciudadanía²⁵.

El binomio masculino/femenino se proyecta en otros muchos ejes que confluyen en la configuración de las subjetividades y que se articulan mediante divisiones jerárquicas entre dos esferas: la superior, vinculada a los hombres y lo masculino; la inferior, femenina y en estrecha relación con los espacios ocupados por mujeres. Uno de los ejes esenciales que tendrá una proyección esencial en la configuración del conocimiento y los saberes, y con ellos, en el entendimiento de lo humano, será el que, de manera singular a partir de la Ilustración, enfrente Razón (masculina) y Emoción (femenina)²⁶. De esta manera, se fortalecerá uno de los elementos esenciales del orden patriarcal: la subordinación de las mujeres, “porque es precisamente la negación de la importancia de los vínculos emocionales lo que hizo (y hace) imprescindible esa subordinación”²⁷.

De esta manera, la subjetividad masculina se definirá por la individualidad y por su proyección en lo público y en lo productivo. El hombre es el individuo autónomo, capaz de autodeterminarse, de tener su plan de vida y de generar riqueza gracias a sus proyectos laborales o profesionales.

²⁴ En este sentido, deberíamos recordar el elevado número de Estados que, aun ratificando el Convenio de Naciones Unidas contra todas las formas de discriminación de la Mujer (CEDAW, 1979), han formulado reservas a su art. 16, en el que se contempla la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito del matrimonio y de las relaciones familiares.

²⁵ De ahí que, por ejemplo, cuando el art. 3 de LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, define la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, insista en subrayar “las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

²⁶ En el siglo XVIII, “la emoción quedó definitivamente *negada* como componente determinante del comportamiento humano *ideal*, que debía basarse solo en la razón en tanto que garante del orden, la emancipación y el *progreso*: cuanto más usara la razón, más libre sería el ser humano, más emancipado y poderoso”. A. HERNANDO, *La fantasía de la individualidad*, Katz, Barcelona, 2012, p. 24.

²⁷ A. HERNANDO, *La fantasía de la individualidad*, cit., p. 26.

Recordemos que el sujeto del constitucionalismo tampoco es cualquier hombre, sino el blanco, heterosexual y burgués, de ahí la centralidad del derecho de propiedad en las primeras Constituciones y el mayor peso de las libertades individuales, concebidas como espacios en los que el Estado no debía intervenir (libertades negativas) y donde el sujeto se concebía como soberano. El estatuto de ciudadanía se fundamenta pues en la conexión, e incluso confusión, entre libertad y propiedad²⁸, tal y como había planteado Locke a partir de la idea de la persona como propiedad de sí misma²⁹. De esta manera se propició una confusión entre derechos de libertad y derechos de propiedad³⁰, que no solo tuvo su proyección en la jerarquía de derechos que llega hasta nuestros días, sino en la misma construcción del sujeto de derechos que es, claro está, masculino. Los no propietarios no podían ser titulares de derechos, en consecuencia tampoco podían ser dueños de sí mismos. Vemos pues como el constitucionalismo se articula a partir de la expulsión de los *no-hombres*, de los *no-propietarios*, y cómo por tanto consolida una teoría de los derechos basada en la exclusión³¹.

Las mujeres, por tanto, no van a disfrutar del estatuto de ciudadanas, sino que van a quedar definidas por la función –de origen biológico, pero también (re) construida social y culturalmente– que desempeñan y por una vida dependiente de los hombres a quienes estaban ligadas³². Es decir, “a las mujeres como «lo otro» se les niega el principio de individuación³³. Mientras que las mujeres sufren una “sobrecarga de identidad”, “la identidad masculina, en tanto que identidad canónica, es una no identidad, es decir, la subjetividad por antonomasia”³⁴. Una situación que los mismos ordenamientos

²⁸ Recordemos como el art. 2 de la Declaración francesa de 1789 proclamaba que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión”.

²⁹ J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1990.

³⁰ L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 118.

³¹ En palabras de Iris Marion Young, la teoría de los derechos se apoya en “una ontología social posesiva e individualista. La sociedad consiste solo en individuos que “poseen” bienes sociales que pueden hacer aumentar o disminuir a través de la producción individual y el intercambio contractual”, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, p. 52.

³² Es decir, frente a la individualidad masculina, las mujeres quedaron esencializadas como “idénticas”. C. AMORÓS, *Tiempo de feminismo. Sobre proyecto ilustrado, feminismo y post-modernidad*, cit., p. 211.

³³ L. POSADA KUBISSA, *¿Quién hay en el espejo? Lo femenino en la filosofía contemporánea*, Cátedra, Madrid, 2019, p. 127

³⁴ C. AMORÓS, en C. AMORÓS y A. de MIGUEL (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva, Madrid, 2007, p. 230.

jurídicos validarán, tal y como nos demuestran los Códigos civiles del XIX en el que las mujeres casadas eran concebidas como “menores de edad” o “incapaces” desde el punto de vista de su status jurídico.

Ello tendrá toda una serie de consecuencias en la configuración de las subjetividades, en estrecha relación con la división jerárquica de los espacios, en la que el relevante será el público, entendido como el de los “individuos” que comparten unos valores supuestamente universales y en el que no se marcan o no son visibles las diferencias. Estas se desarrollan y tienen vida propia en el espacio privado. De esta manera, el público será un espacio de realización y de oportunidades de los hombres, mientras que para las mujeres será, todavía lo sigue siendo en muchos sentidos, un espacio de peligros.

Esta división jerárquica entre lo público y lo privado estará estrechamente unida a dos identidades también contrapuestas. Mientras que los hombres se definen por su autonomía, las mujeres desarrollan una identidad de tipo relacional. Por el contrario, los hombres se caracterizan por una identidad individualizada, cuyo núcleo se sitúa en el “yo”³⁵. Es decir, ellas se definen no tanto como sujetas de Derecho, sino como sujetas *al* Derecho, y condicionadas por las relaciones que establecen con otros sujetos, cuyas necesidades y deseos atienden y satisfacen. Ellas son las que sostienen los vínculos emocionales, el marco relacional que cualquier individuo necesita para sobrevivir y que, sin embargo³⁶, pese a lo central que es en la vida de todos y de todas, no genera el prestigio y la autoridad que otorga lo que los varones desempeñan en lo público³⁷. Los hombres son, en definitiva, agentes, controlan sus acciones, viven en un espacio mucho más amplio y en el que se abren todas las posibilidades de realización personal, además de tener capacidad de iniciativa. Son, usando un lenguaje muy economicista, *emprendedores*, y

³⁵ A. Hernando, *La fantasía de la individualidad*, cit., p. 95.

³⁶ Los hombres hemos podido alcanzar la “individualidad”, y con ella el poder, porque las mujeres han cumplido con las funciones asignadas, entre otras, las del sostén emocional sin el que nosotros no habríamos podido desarrollar nuestro “yo”. Por lo tanto, como bien explica Almudena Hernando, la individualidad masculina ha sido siempre dependiente, ya que “no puede construirse si no es con el apoyo emocional de alguien especializado en ello, que históricamente han sido las mujeres”. Ello a su vez supone que los hombres “sólo pueden sostener relaciones emocionales atravesadas de desigualdad, que siempre les devuelven una imagen asociada con el poder y la seguridad...” *La fantasía de la individualidad*, cit, pp. 116 y 148.

³⁷ Las mujeres se convierten en “artífices de la independencia de los varones como gestoras de su dependencia”. B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 96.

no solo desde el punto de vista de la actividad comercial, sino en general con respecto a sus proyectos vitales. Viven una realidad mucho más dinámica que la de las mujeres, cuyo espacio está marcado por las costumbres, por la repetición cotidiana de los acontecimientos y por unas actividades que parecen no tener fin porque siempre son las mismas y se reproducen día tras día. En la de ellas hay pocas o ninguna posibilidad de introducir innovaciones y proyectos personales.

Todo ello tiene además una incidencia en la misma definición del poder. Este se vincula con lo público y con la razón masculina: “a más capacidad de racionalización del mundo, más capacidad de poder y más individualización”³⁸. Las conexiones con la fundamentación del sistema económico capitalista son evidentes: “la libertad del mercado, la iniciativa individual, el progreso sin fin, el sometimiento de los recursos a los proyectos científico-tecnológicos que demuestran el avance de la Humanidad, la competitividad como telón de fondo no solo de la venta de productos y servicios sino también en la definición de los sujetos que tienen que poner a prueba la valía de sus iniciativas, que es tanto como decir la valía de su “yo”³⁹.

Frente a ese espacio de poder, se sitúa el de la *impotencia* de las mujeres⁴⁰. Recordemos como uno de los mitos básicos en la construcción de la masculinidad hegemónica es la idea de “omnipotencia”: el hombre como sujeto que todo lo puede, que vendría a ser la traducción humana y política de las virtu-

³⁸ Almudena Hernando, *La fantasía de la individualidad*, cit., p. 96.

³⁹ Es decir, el sujeto universal se identifica con el homo economicus, el cual “ha forjado el imaginario social moderno del individualismo posesivo sobre la premisa del individuo hecho y derecho que funciona independientemente, responsable de todo lo suyo, libre para toda iniciativa económica (...) Su carácter burgués, su androcentrismo, la identificación con la experiencia masculina del mundo y su etnocentrismos son sus notas”. M.^a J. GUERRA PALMERO, “Ecofeminismos materialistas. Política de la vida y política del tiempo en Mary Mellor”, en A. PULEO (ed.), *Ecología y género en diálogo interdisciplinar*, Plaza y Valdés, Madrid, 2015, p. 381.

⁴⁰ A. Hernando, op. cit. P 109. Esta autora puntualiza que si bien es cierto que muchas mujeres hayan podido sentirse con poder en los contextos familiares, se trata de un poder completamente distinto al “masculino”: “mientras éste se basa en la objetivación de otros seres humanos, el de la identidad relacional se basa en el conocimiento, intuido o explícito, de su subjetividad; mientras el primero puede ejercerse sobre un número indefinido de personas no conocidas, el segundo sólo se ejerce sobre quien ya sostiene una relación personal dependiente; mientras el primero afecta a los destinos del grupo, el segundo sólo afecta al de los maridos o los hijos, que de este modo pueden sentir (como a veces se oye decir a hombres de rígida mentalidad patriarcal) que «las mujeres son las que mandan», cuando la evidencia social muestra, sin embargo, todo lo contrario”.

des ligadas a los dioses de las religiones monoteístas⁴¹. Esa “carencia de poder” va a ser sufrida por las mujeres, pero también, con distinta intensidad, por todos los sujetos y grupos de sujetos que por sus diferencias no encajan en el modelo de referencia. De ahí la historia de los derechos humanos como “procesos de lucha por la dignidad” y la oportunidad de un término extendido por los movimientos sociales⁴², y de manera especial por el feminismo en el último siglo, como es el de “empoderamiento”. Más allá de las múltiples y discutibles aristas del concepto⁴³, lo que nos interesa destacar aquí es como expresa la necesidad de los sujetos o, mejor dicho, de los sujetos no reconocidos como tales, de alcanzar el poder, de asumirlo y vivirlo, lo que supone, en términos jurídico-constitucionales, alcanzar un estatus pleno de ciudadanía.

3. LAS DIFERENCIAS DOMESTICADAS

De acuerdo con el reparto patriarcal de espacios y funciones, y que el constitucionalismo ampara y reproduce, las diferencias son “domesticadas”, y no solo por su reclusión en lo privado sino también en cuanto carentes de reconocimiento. Las singularidades –identitarias, culturales, religiosas– pertenecen al ámbito privado –recordemos, femenino–, el cual está sometido a sus propias normas –costumbres, tradiciones, morales particulares–, frente al público que está basado en valores universales. De esta forma, “la tensión entre el individuo, en el que confluyen una multiplicidad de diferencias, y el ciudadano se había logrado resolver mediante la construcción de la dicotomía público-privado. Lo público representa lo homogéneo, el área de los derechos; lo privado representa lo particular, la familia, el área de la diferencia, los particularismos”⁴⁴.

⁴¹ Vid. J. J. TAMAYO, “Los dioses varones, las masculinidades sagradas y los sacrificios de mujeres, niña@s, esclav@s. A propósito de la representación de Las Troyanas, de Eurípides”, en J. E. MARTÍNEZ, A. TÉLLEZ y J. SANFÉLIX (eds.), *Deconstruyendo la masculinidad. Cultura, género e identidad*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 151-164.

⁴² Vid. J. HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Libros de la Catarata, Madrid, 2005.

⁴³ “La fraseología del ‘empoderamiento’ me da dentera (...) Está demasiado cerca de las técnicas de márketing y de las habilidades falsas que suelen ofrecerse en los cursos de autoayuda”. A. VALCÁRCEL, *Ahora, feminismo*, cit., pp. 232-233.

⁴⁴ A. RUBIO CASTRO, *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1997, pp. 27-28.

Los principios de igualdad formal y de legalidad han actuado como diques jurídicos de contención de las diferencias, al tiempo que amparaban al sujeto de referencia que no era otro que el hombre burgués⁴⁵. El marco constitucional no logra superar, en el mejor de los casos lo único que hace es apenas erosionar, las tres estructuras de poder básicas desde el siglo XVII: “Todos los seres humanos son iguales (afirma el capitalismo); pero, como existen diferencias naturales entre ellos, la igualdad entre los inferiores no puede coincidir con la igualdad entre los superiores (afirman el colonialismo y el patriarcado)”⁴⁶.

Cuando ya en el siglo XX, y muy especialmente en el constitucionalismo de la segunda postguerra mundial, se avanza en el entendimiento de la igualdad, y se concreten lo que en términos del Derecho Antidiscriminatorio se han catalogado como “categorías sospechosas”, lo que en realidad se va haciendo es marcar una serie de circunstancias personales o sociales de individuos que se sitúan fuera de la norma y que son objeto de tratos denigrantes, humillantes y estigmatizadores. De entrada, lo que hace el Derecho antidiscriminatorio es sancionar los actos que atentan contra las personas en función de alguna de esas categorías y, en el mejor de los casos, prevenir, a través de medidas socializadoras, futuras actuaciones discriminatorias. A medida que va ganando terreno la dimensión material de la igualdad, y el Estado va asumiendo un papel más activo de intervención en la sociedad, esas circunstancias personales o sociales o, mejor dicho, el trato discriminatorio que históricamente han provocado, legitima la adopción de medidas que no solo son correctoras sino también promocionales. De esta manera, es cuando la igualdad empieza a adquirir el matiz de principio transformador y cuando, muy especialmente gracias a las aportaciones de la teoría feminista y de las reflexiones en torno a la categoría del género, empieza a hacerse visible el carácter estructural de muchas de las discriminaciones –la principal, la que afecta a las mujeres, ya que se proyecta en la mitad de la Humanidad y es común a todas las experiencias sociales y políticas– y de la necesidad, por tanto, no solo de corregir situaciones específicas o de sancionar a quienes discriminan, sino de cambiar unos patrones de conducta y unas normas de convivencia basados en una determinada concepción cultural y política de los sujetos. Algunos de los conceptos que alumbró este nuevo Derecho anti-

⁴⁵ Sobre los conceptos de igualdad, diferencias y desigualdades, vid. M. J. AÑÓN ROIG, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontanara, México, 2001.

⁴⁶ B. de SOUSA SANTOS, *La cruel paradoja del virus*, cit, p. 35.

discriminatorio reflejan ese compromiso. Pensemos por ejemplo en conceptos como interseccionalidad o democracia paritaria⁴⁷. Justamente, el principio de paridad es el que mejor refleja el que podríamos considerar un cambio de paradigma, ya que supone reconocer con todos sus efectos que la ciudadanía está compuesta por hombres y por mujeres, lo cual supone impugnar la referencia masculina en cuanto patrón definidor del Estado, del poder y de la misma categoría de derechos humanos.

El sujeto único se quiebra y es necesario no tanto recomponerlo, lo que cual vendría a ser una maniobra casi “lampedusiana”, sino transformarlo para que incorpore políticamente a quienes se quedaron en las afueras. En la mayoría de las ocasiones, sin embargo, nos encontramos con estrategias que podemos calificar como asimilacionistas –las mujeres, para ser reconocidas como iguales, tienen que ser hombres; los homosexuales y lesbianas, para alcanzar la plenitud de derechos, tienen que acomodarse a los patrones heteronormativos (por ejemplo, a través del matrimonio); las personas trans tienen que “transitar” hacia uno de los dos géneros para ser reconocidas como sujetos; las migrantes tienen que asumir las costumbres y la cultura del país de llegada, y así un largo etcétera– y que suponen no reconocer las diferencias y, más grave aún, mantener en situación de poder a quienes ya lo disfrutaban. Es decir, de esta manera se mantienen los estatutos privilegiados y los devaluados. En consecuencia, y como bien denuncia el feminismo, mientras que la lucha por la igualdad de género no suponga la superación de las estructuras que generan la discriminación sistémica que sufren las mujeres, por más que se adopten instrumentos que formalmente las reconozcan como iguales, seguiremos manteniendo intactas las relaciones de poder que nos sitúan a los hombres en una posición de privilegio. Es decir, mientras que no se enfoque las desigualdades en términos de dominio y opresión⁴⁸, siendo la

⁴⁷ Vid. M^a D. MORONDO TARAMUNDI, “La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio”, M.C. LA BARBERA y M. CRUELLES (coord.), *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 481-500; y B. RODRÍGUEZ y R. RUBIO, “De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 115-159.

⁴⁸ “Por dominación entiendo un fenómeno estructural o sistemático que impide a la gente participar en la determinación o de las condiciones de sus acciones”, mientras que “la opresión consiste en procesos institucionales sistemáticos que impiden a alguna gente aprender y usar habilidades satisfactorias y expansivas en medios socialmente reconocidos, o procesos sociales institucionalizados que anulan la capacidad de las personas para interactuar y comunicarse con otras o para expresar sus sentimientos y perspectiva sobre la vida social en

esencial la que afecta a la mitad de la Humanidad, quienes no participan del estatus de sujetos privilegiados seguirán sufriendo todo tipo de violencias⁴⁹. Algunas de ellas sostenidas, formal, material y simbólicamente, por unos ordenamientos jurídicos deudores del liberalismo del XIX. Habría que partir pues del concepto de “subordinación, entendida como desigualdad estructural de carácter grupal”, la cual provoca una diferencia no solo de trato sino de estatus⁵⁰.

Si el punto de partida es entender la discriminación femenina como estructural, el horizonte no puede ser sino la paridad, entendido como principio que demanda una transformación de la misma democracia, de las instituciones legitimadas por ella y, al fin, de unos sistemas constitucionales que, desde el punto de vista del género, solo han sufrido en los últimos años algún retoque o interpretación favorable a la igualdad que, sin embargo, ha dejado intacta la base. Ello obligaría también a superar la concepción tan limitada y dominante de las acciones positivas, que tiende a identificarlas con medidas temporales que ofrecen ventajas a colectivos que arrastran una histórica discriminación, y entender que las mismas han de estar dirigidas “a combatir la subordinación estructural de ciertos grupos”. Es decir, habría que ir más allá de la concepción restringida que plantea la igualdad liberal y centrarnos en “las diferencias de estatus o de poder existente entre los grupos”⁵¹.

Ese nuevo enfoque, que sobre todo ha sido argumentado y vindicado por el iusfeminismo, encaja a su vez con una línea evolutiva que, ya avanzado el siglo XX, empieza a vislumbrarse en algunos ordenamientos, sobre todo cuando gracias al modelo que conocemos como Estado Social permite el desenvolvimiento material de la igualdad. Me refiero a cómo empiezan a reconocerse determinadas circunstancias personales y sociales no tanto, o, mejor dicho, no solo, como factores de (posible) discriminación, sino como elementos que forman parte de la personalidad individual, de lo que cada cual puede entender como su “dignidad” o de los marcos de referencia que cada persona usa para autodeterminarse. Es así como factores como la orien-

contextos donde otras personas puedan escucharlas”. I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., pp. 58 y 68.

⁴⁹ M.^a A. BARRÈRE, “Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d’uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica”, *Ragion pratica*, núm. 23, 2004, p. 370.

⁵⁰ M.^a A. BARRÈRE, *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antidiscriminatorio*, cit., p. 27.

⁵¹ M.^a A. BARRÈRE, *Feminismo y Derecho*, cit., pp. 36 y 37.

tación sexual, o la pertenencia a una determinada etnia o cultura, o las convicciones morales o religiosas, o la procedencia u origen, empiezan a protegerse no solo en un sentido negativo –prohibición de discriminación– sino también positivo– reconocimiento. Esta evolución se ve con mucha claridad en el caso de la diversidad sexual y sigue estando abierta, y muy sujeta a debate y controversias, en lo referente a las identidades de género⁵².

La compleja y diversidad realidad de las personas que escapan del binomio masculino/femenino es la que tal vez nos muestra con mayor evidencia la necesidad de romper los estrechos márgenes de un sujeto jurídico superado por la realidad y de incorporar al Derecho el valor de las diferencias en cuanto principio que da sentido a la igualdad⁵³. Lo lleva explicando desde hace ya muchos años Luigi Ferrajoli: “la igualdad está estipulada *porque somos diferentes*, entendiendo ‘diferencia’ en el sentido de diversidad de las identidades personales”. Es decir, “el principio de igualdad consiste, sobre todo, en el igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un *individuo diferente* de todos los demás y de cada individuo una *persona igual* a todas las otras”⁵⁴. El paradigma de las diferencias nos remite a dos presupuestos básicos. 1º) La autonomía, la cual “nos habla de nuestra capacidad auto-normativa sin desconocer la diversidad de vínculos en que se desarrolla nuestra existencia”⁵⁵. 2º) El carácter necesariamente abierto, flexible, dinámico y complejo de las subjetividades, las cuales, por tanto, no pueden encerrarse, salvo mediante dictados que paradójicamente niegan la autonomía, en conceptos estáticos y esencialistas como el de “identidad”. Es decir, la autonomía es siempre pues el resultado de procesos interacti-

⁵² El debate que subyace a la necesidad de superar la “patologización” de la transexualidad no es otro que el relacionado con el reconocimiento por parte del Derecho de la capacidad de los sujetos de definirse por sí mismos e incluso contra las categorías que tradicionalmente han servido para dividir jerárquicamente a los seres humanos. Ello puede verse como un riesgo en cuanto que hacen que se tambaleen los cimientos de un determinado orden, también jurídico, en el que las personas somos etiquetadas en una de las dos categorías que durante siglos nos han definido como humanos.

⁵³ En este sentido, son las personas intersexuales las que nos enfrentan más radicalmente, porque lo hacen desde su misma biología, a un modelo no solo jurídico, sino también médico y hasta político, en el que no caben los cuerpos no binarios. Vid. D. J. GARCÍA LÓPEZ, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Madrid, 2015.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, cit., pp. 13-14.

⁵⁵ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Autonomía relacional. Propuestas fundacionales para un modelo de ciudadanía”, en A. I. MARRADES PUIG (coord.), *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p 75.

vos, de flujos y revisiones críticas, de diálogos y correcciones. De esta forma, cada persona “es el resultado único de sus sinergias siempre en flujo”⁵⁶. Por lo tanto, el reto constitucional sería reconocer que “hay identidad entre los individuos, pero también en los individuos”, es decir, que “el individuo maduro es el resultado de una danza creativa de actores psíquicos múltiples y heterogéneos”⁵⁷. Toda práctica, estrategia o política que niegue o que pretenda negar esta realidad corre el riesgo de convertir al sujeto en un individuo patológico.

Esta concepción de los sujetos nos llevaría incluso a superar el concepto limitado de persona y situarnos en el de *cuerpos vivientes*: “El cuerpo o la corporalidad viviente implica una subjetividad antiesencialista, histórica, múltiple, inestable, abierta, sin una identidad fija sino en proceso, estratégica, performativa”. Esta categoría nos remite a su vez a la precariedad como rasgo compartido por todos los humanos: “la condición precaria no es contingente, una posibilidad o algo episódico, sino una forma de regulación, un régimen de gobierno que nos atraviesa como cuerpos vivientes, una condición generalizada. Y al atravesarnos, nos hacemos en común. Esto implica que el cuerpo viviente queda indisolublemente unido a su forma precaria. Pero esto no hace que se elimine la responsabilidad, pues no existe vida posible sin (la de) los otros”⁵⁸.

4. EL DEFICIENTE RECONOCIMIENTO DE LOS SUJETOS DIFERENCIADOS

La quiebra del que podemos identificar como sujeto del constitucionalismo está sometida a dos tensiones que afectan a las mismas estructuras de las democracias. De una parte, la que supone cuestionar los esquemas patriarcales de poder y la cultura machista en la que se apoyan, con el consiguiente reconocimiento del sujeto mujer desde la equivalencia y, por tanto, desde la plena ciudadanía. De otra, la que impugna el binarismo de género, pero no solo desde la carga crítica sobre la asimetría de poder entre hombres y mujeres que denuncia el feminismo, sino también desde la contestación a un modelo de sujeto marcado por la biología (el sexo) y por las consecuencias

⁵⁶ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Autonomía relacional...”, cit., p. 81.

⁵⁷ D. INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 105.

⁵⁸ D. J. GARCÍA LÓPEZ, “El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbral de la democracia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 237 y 239.

que la sociedad y la cultura anuda a los factores biológicos (el género). Desde mi punto de vista, el punto de encuentro entre ambas reside en la superación del género, entendido como construcción que transforma las diferencias biológicas en desigualdades, y en la liberación de los sujetos de los esquemas normativos propios de una sociedad patriarcal. Este sería el horizonte hacia el que transitar y no tanto, lógicamente, el objetivo a corto y medio plazo en unas sociedades en las que los índices de discriminación y violencias que sufren las mujeres continúan siendo dramáticos. No tener clara esta matización y confundir los tiempos nos llevaría a la indeseable consecuencia de frenar, e incluso invisibilizar, la lucha de las mujeres por ser reconocidas como sujetos políticos. Una lucha que efectivamente podríamos considerar que comparten grupos o colectivos, incluso minoritarios, que son excluidos o que no tienen la misma voz en los procesos democráticos que los grupos dominantes, pero cuyo estatus de subordinación difiere del que corresponde a las mitad femenina de la Humanidad. De ahí el peligro de confundir políticas dirigidas a acabar con la subdiscriminación de las mujeres con las que deberían aplicarse a colectivos o minorías cuya discriminación no obedece a las mismas causas estructurales y sistémicas. El punto de encuentro vendría dado por la discriminación interseccional que sufren mujeres que, a su vez, pertenecen a grupos que sufren algún tipo de exclusión. Además de dicha confusión, otro de los riesgos evidentes en la actualidad es el de convertir el escenario de la democracia en una multiplicación sin fin de voces que en ocasiones parecen competir entre ellas por la atención pública o, en definitiva, por el poder⁵⁹.

Los modernos Estados de Derecho han tratado de garantizar el derecho de los sujetos a sus diferencias a través de una serie de mecanismos que nos ponen de manifiesto la debilidad del constitucionalismo para responder a la diversidad de lo humano. De una parte, si analizamos la mayoría de los instrumentos legales con los que se tratan de garantizar derechos de un determinado colectivo, al margen de cuál sea su dimensión numérica, o los que por ejemplo se han aprobado en nuestro país con el objetivo de lograr una igualdad efectiva de mujeres y hombres, podemos comprobar que suelen responder a lo que la doctrina ha calificado como “soft law”⁶⁰. Es decir, la

⁵⁹ Vid. D. BERNABÉ, *La trampa de la diversidad*, Akal, Barcelona, 2018.

⁶⁰ Vid. A. RUBIO CASTRO, “Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva la experiencia española”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 30, 2014 (Ejemplar dedicado a: Tiempos de crisis, nuevos escenarios del pensamiento jurídico), pp. 37-68. Sobre las leyes de igualdad, vid. E. BODELÓN, “Las leyes de igualdad en España y Europa: ¿hacia una nueva ciudadanía?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 85-106.

mayor parte de las disposiciones contenidas en esas leyes tienen un carácter promocional y orientativo, que hace que quede en manos de la voluntad política, y muy especialmente del compromiso que puedan tener con los grandes principios proclamados tanto el poder ejecutivo como el judicial, su desarrollo y su aplicación efectiva⁶¹. El uso y abuso de verbos como “promover”, “orientar” o “procurar” ponen de manifiesto que estamos ante normas que carecen de una dimensión coactiva, y con ella sancionadora, por lo que queda en entredicho su eficacia removedora de obstáculos. Es curioso también como muchas de estas normas introducen contenidos que rebasan con mucho el que debería ser propio de una ley, incluyendo definiciones de conceptos, una terminología en muchos casos más literaria que jurídica y una abundancia de previsiones que contrasta con la escasa eficacia que tienen la mayoría de ellas⁶². Además, en un Estado descentralizado como el nuestro, y en el que las Comunidades Autónomas han asumido buena parte de las competencias que pueden incidir en la protección efectiva de las diferencias, sobre todo desde el punto de vista más asistencial y/o social, el panorama que nos encontramos es una multiplicación a veces excesiva de instrumentos legales, que parecen ser una herramienta más en las pugnas partidistas que se trasladan a lo territorial. Todo ello con el riesgo añadido de configurar distintos estatus de protección y reconocimiento de los sujetos en función del territorio en el que residan, lo cual es evidente en el caso de derechos que se traducen en prestaciones públicas y en servicios que garantizan unos mínimos de, por ejemplo, salud y bienestar. Unos mínimos que, a su vez, difícilmente se alcanzan de manera equitativa si no se cuenta con recursos presupuestarios suficientes. El bucle está servido.

A lo anterior habría que sumar cómo la interpretación y aplicación de dichos instrumentos normativos no siempre supone una profundización en

⁶¹ Ello no quiere decir que no se hayan aprobado diversas leyes, ya en el presente siglo, que han contribuido, aunque sea de manera limitada, a la “deconstrucción del género”. Vid. B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149, 2010, pp. 87-122.

⁶² Nos bastaría con repasar buena parte de las previsiones que contiene la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para demostrar que los objetivos perseguidos en la Exposición de Motivos, ser una especie de “código” en materia de igualdad de género, quedan muy empequeñecidos por las mismas opciones “soft” del legislativo. Fijémonos en la redacción de artículos como el 16 o el 25.1. Una lectura similar puede hacerse, por ejemplo, de la mayoría de las leyes aprobadas por diversas CCAA para la protección de los derechos del colectivo LGBTI, las cuales a su vez nos ponen de manifiesto la diversidad de marcos normativos en ausencia, en esta materia en concreto, de una legislación estatal uniforme.

el principio de igualdad, entre otras cosas porque jueces, juezas y tribunales continúan siendo en gran medida deudores de una formación basada en paradigmas individualistas y liberales. Este déficit de compromiso con la igualdad entendida como principio transformador (art. 9.2 CE) es evidente si comprobamos, por ejemplo, la ausencia de perspectiva de género en la Administración de Justicia⁶³. De hecho, las dos condenas a España por parte del Comité CEDAW –Decisiones de 17 de julio de y 28 de febrero de 2020⁶⁴– han coincidido en subrayar la falta de formación de los operadores jurídicos en materia de perspectiva de género. Ni siquiera nuestro Tribunal Constitucional, cuando recientemente ha tenido que enfrentarse a cuestiones en las que ha puesto en juego la igualdad de mujeres y hombres (educación diferenciada por razón de sexo, SSTC 31/2018 y 74/2018; permisos de paternidad, SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019) ha usado el género como categoría de análisis jurídico ni mucho menos ha incorporado en su fundamentación las herramientas y los principios alumbrados en los últimas décadas por el iusfeminismo. Sus argumentaciones siguen siendo en gran medida deudoras de los esquemas liberales de la igualdad y de una forzada interpretación del binomio igualdad formal/material, sin que en ningún caso –salvo, por ejemplo, en la STC 59/2008, que avaló la constitucionalidad de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género– tenga presente el carácter estructural de la discriminación de las mujeres⁶⁵. Se echa en falta una mayor compromiso en su jurisprudencia con una interpretación “evolutiva” de la CE –en la que sí que se basó, de manera excepcional, para legitimar el matrimonio igualitario (STC 198/2012)–, así como una más comprometida y coherente incorpora-

⁶³ Esta deficitaria, por no decir nula, integración de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, también está presente en los procesos de creación normativa. En este sentido, es llamativo el mal uso, por tanto, la limitada eficacia, de un instrumento como los “informes de impacto de género”, introducidos en nuestro país a nivel estatal en 2003, y que en la práctica se han convertido en un mero trámite procedimental vacío de contenido. Vid. J. GIL RUIZ, *Las nuevas técnicas legislativas en España: los informes de evaluación de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁶⁴ Las Decisiones del Comité CEDAW pueden consultarse en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23849&LangID=S> (consultada: 25/07/19) y en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25688&LangID=S> (consultada: 25/07/19)

⁶⁵ Vid. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, “Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2019.

ción de los compromisos internacionales a los que está sujeto en virtud del art. 10.2 CE.

La otra tendencia que observamos es la de proteger las diferencias a través de las normas penales, mediante la tipificación de acciones que se califican como delitos de odio y de discriminación. Esta apuesta política, además de generar muchas tensiones con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, incide en la construcción simbólica de determinados sujetos y colectivos como “el otro”, traslada al ámbito sancionador y coactivo lo que debería ser objeto de políticas de carácter preventivo y socializador, y no supone un avance en la definición de un sujeto de derecho liberado de los estrechos márgenes del que el constitucionalismo alumbró sobre un supuesto carácter neutral y abstracto⁶⁶. Este tipo de políticas legislativas suponen más bien un retroceso en cuanto que subrayan el carácter “sospechoso” de determinadas categorías y trasladan a los comportamientos individuales la responsabilidad de actuar de forma discriminatoria, humillante o estigmatizadora. Una responsabilidad que además se construye sobre el carácter represivo que tiene una sanción penal y que contribuye a consolidar unas sociedades divididas entre “nosotros” y “los otros”. Este tipo de previsiones incluso pueden provocar el efecto contrario al perseguido en teoría al alimentar discursos mediante los cuales una parte de la sociedad puede entenderse víctima de determinadas opciones políticas, perseguida por no pensar como el resto y reafirmada, por tanto, en el mayor valor que pueden tener unos sujetos frente a otros⁶⁷. Ello lógicamente no quiere decir que el ordenamiento no deba perseguir y sancionar actos discriminatorios, pero en muchos casos bastaría con sanciones administrativas⁶⁸, siendo la penal la “última repuesta” para los casos más graves y excepcionales, al tiempo que dichas previsiones deberían siempre acompañarse de una serie de políticas inclusivas, dotadas de recursos materiales y humanos, que son las que ver-

⁶⁶ Hay un evidente riesgo, además, en el uso de un Derecho Penal no como “última respuesta” sino como herramienta esencial para el mantenimiento de la “paz social”. En este sentido, nos advierte L. Ferrajoli de cómo es una tendencia habitual en la derecha conjugar un *derecho penal máximo* con un *Estado social mínimo*. *Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 123.

⁶⁷ Vid. L. GIACOMELLI y O. SALAZAR, “Homofobia, derecho penal y libertad de expresión. Un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 26, 2016.

⁶⁸ Este tipo de sanciones son las que deberían preverse en una deseable Ley Integral para la Igualdad de Trato y antidiscriminación, que a nivel estatal fijara un marco común de lucha contra las discriminaciones.

daderamente pueden transformar la realidad⁶⁹. De lo contrario, correríamos el riesgo de pasar de un Derecho penal de “autor” o “del enemigo”, que castiga las diferencias, a un Derecho penal que pretende protegerlas mediante límites cuestionables de libertades fundamentales y de dudosa eficacia desde el punto de vista de la paz social⁷⁰. Difícilmente a través de este tipo de instrumentos, el constitucionalismo puede satisfacer su función de “integración de la policontextualidad”⁷¹, desde el momento en que se mantiene una concepción de los y las diferentes más bien como “negación” frente al estándar y no tanto como afirmación autónoma de algunos individuos⁷².

5. COMPLEJA IGUALDAD, CIUDADANÍA EQUIVALENTE

La clave de una “sociedad democrática avanzada” estaría en garantizar a todos y a todas la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual exige casi como principal estrategia poner límites al poder –o, mejor dicho, a los poderes, en plural, incluidos los de carácter privado– y atender especialmente a los sujetos y grupos que están en condiciones de mayor vulnerabilidad⁷³.

⁶⁹ En este sentido, por ejemplo, es curioso cómo la intensidad del debate político y jurídico sobre la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se haya centrado en las medidas penales diferenciadoras, que dieron lugar al planteamiento de más de cien cuestiones de inconstitucionalidad, que son una parte minúscula del texto y desde mi punto de vista la menos relevante, y no se haya puesto mayor énfasis en garantizar el efectivo cumplimiento de todas las medidas preventivas y socializadoras que son las que pueden permitir el avance en igualdad y la consecuente reducción de la violencia.

⁷⁰ Y que suponen además desconocer que la misma democracia, en cuanto régimen pluralista, es siempre un espacio de, como mínimo, compleja e inestable armonía, en cuanto que el mismo demos es un proceso plagado de “luchas más o menos conscientes de inclusión y exclusión”. S. BENHABIB, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 153.

⁷¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Teoría de la Constitución*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2003, p. 116.

⁷² De alguna manera, esa ha sido la construcción tradicional de las mujeres como negaciones con respecto a los hombres y la masculinidad: “la mujer es simplemente lo que no son los hombres, es decir, no son autónomas, individuales, aunque por ello mismo no son agresivas, sino nutricias, no son competitivas sino generosas”. S. BENHABIB, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p. 134.

⁷³ Vid. M. J. AÑÓN ROIG, “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”, en F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, J. M. RODRÍGUEZ URIBES, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Historia*

Y eso puede serlo porque haya argumentos históricos que se prorrogan hasta el presente, pero también porque en determinadas coyunturas o contextos determinados individuos sean “expulsados” del sistema. Pensemos, dado que lo tenemos muy reciente, en los efectos de la crisis económica de 2008 y como incidió en el aumento de la precariedad de muchas personas, o sin ir más lejos, en cuáles serán a corto y medio plazo los efectos de la pandemia del corona virus. En la mayoría de los casos, además, quienes ya arrastran una situación histórica de marginación sufrirán de manera más acusada los efectos negativos de cualquier acontecimiento o coyuntura que incida en el bienestar de los individuos. Por ello, el nuevo sujeto que aquí defendemos no puede sino partir de la concepción de los derechos humanos como *la ley del más débil*⁷⁴.

Este paradigma obliga a superar las posiciones acomodaticias de los sistemas constitucionales contemporáneos, los cuales siguen usando un sujeto estándar como referencia y no dejan de ampliar en número y en extensión, y en muchos casos amparándose en políticas paternalistas, los márgenes en los que se sitúan quienes no se ajustan a lo “normal/normativo”. Es decir, sigue habiendo un sujeto que representa la “normalidad”, y a partir del cual se desarrolla una tutela antidiscriminatoria basada más en una lógica asimilacionista que un efectivo reconocimiento del “libre desarrollo de la personalidad”. En todo caso, la alternativa a este paradigma no debería ser, como he apuntado, una multiplicación infinita de ciudadanías, sino más bien la revisión del sujeto de derechos y, con él, del principio de igualdad. Ello supone, a su vez, entender que el objetivo no sería tanto el reconocimiento de derechos específicos –lo cual solo tendrá sentido con relación a cuestiones muy singulares⁷⁵– sino más bien la consecución de un modelo de convivencia y de organización político-jurídica en que ninguna circunstancia personal o social

de los derechos fundamentales, vol. 4, tomo 5, 2013 (Cultura de la Paz y Grupos vulnerables), pp. 609-672

⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley de más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

⁷⁵ Es evidente que, por ejemplo, hay derechos que podemos considerar específicos de las mujeres, como podrían ser los sexuales y reproductivos. También podríamos pensar en derechos singulares de minorías culturales, como podría ser el uso de una lengua propia, o en el caso de las personas transgénero, y es éste un debate abierto en la actualidad, podríamos plantearnos la existencia de un derecho a la identidad sexual o de género. Pero salvo estos aspectos excepcionales, entiendo que la mayoría de los derechos referidos a colectivos y minorías pueden reconducirse a los que estimamos como fundamentales, y el reto estaría en la garantía de las condiciones sociales, políticas, económicas o culturales que dificultan o impiden su ejercicio.

se convierta en un obstáculo para el pleno disfrute de los derechos. En este sentido, por ejemplo, no creo que sea correcto hablar de “derechos LGBTI” sino que habría que hacerlo más bien de “derechos de las personas LGBTI”.

Por otra parte, habría que superar unas “políticas de reconocimiento” centradas en cuestiones identitarias y muy lastradas por la concepción formal de la igualdad y, con ella, de un Derecho antidiscriminatorio con una fuerte carga asimilacionista⁷⁶. Ello ha dado lugar a amplísimos e interminables debates, más desde el punto de visto filosófico o incluso antropológico, pero de escaso recorrido jurídico en cuanto a la garantía efectiva de los derechos, entre otras cosas porque ello ha contribuido a mantener la jerarquía clásica de aquéllos y, con ella, unas estructuras normativas poco adecuadas para ajustarse al pluralismo de nuestras sociedades. Ello también ha provocado tensas polémicas, como la que en la actualidad está teniendo lugar entre parte del feminismo y el movimiento LGBTI, en torno al uso del concepto “género” y las derivas de este cuando se usa para hablar de la autodeterminación de cada persona en relación con el “sexo que siente” y no al que biológicamente le corresponde⁷⁷.

En todo caso, el mayor riesgo de las políticas identitarias, además del que deriva de una multiplicación hasta el infinito de la diversidad y de las perversas dinámicas competitivas que se generan entre los diferentes colectivos⁷⁸, es que en muchos casos desconocen los factores socioeconómicos que habitualmente inciden en individuos que, por cualquier circunstancia personal o social, sufren algún tipo de discriminación. Ello, por supuesto, obliga a tener siempre presente en la argumentación jurídica la herramienta de la interseccionalidad⁷⁹, pero también a contextualizar desde el punto de

⁷⁶ Sobre los límites del Derecho antidiscriminatorio en su actual configuración, vid. M. J. AÑÓN ROIG, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 39, 2013, pp. 127-157.

⁷⁷ Vid. R. M. RODRÍGUEZ MAGDA, *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Ménades Madrid, 2019.

⁷⁸ De esa multiplicación hasta el infinito puede ser un buen ejemplo cómo han ido creciendo las siglas que definen al tradicionalmente conocido como colectivo gay, para ir incorporando “otras realidades”, hasta el punto de que en muchos contextos hoy se añade al final un signo + para evidenciar que estamos ante una enumeración no cerrada.

⁷⁹ Un criterio que, por ejemplo, el TC español no tuvo presente cuando denegó el amparo en el caso de la mujer gitana conocida como La Nena (STC 69/2007, de 16 de abril), a la que posteriormente sí que ampararía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 9 de diciembre de 2009 (caso Muñoz Díaz contra España). Vid. M.A. BARRÈRE y M^a D. MORONDO, “Subordiscriminación y discriminación interseccional...”, cit., pp. 31 ss.

vista social, económico y cultural a los sujetos cuyos derechos están en peligro. Aunque esta necesidad de contextualización es transversal a todos los grupos o colectivos que sufren algún tipo de discriminación, es sin duda en el caso de las mujeres, y dada la discriminación sistémica que sufren, donde se detecta con toda su rotundidad. Es decir, las mujeres son víctimas de “dimensiones superpuestas de opresión”⁸⁰, siendo la desigualdad de género el eje vertebrador. Por tanto, incidir en la superación de su estatus subordinado implica tener presentes todas esas dimensiones. De la misma manera habrá que enfocar las diversas situaciones discriminatorias que sufren otros individuos y grupos, en los que habitualmente interseccionan factores socioeconómicos, culturales y políticos⁸¹. Esta perspectiva ha de presidir no solo la adopción de políticas públicas, sino también, y de manera muy especial, la manera de crear, aplicar e interpretar el Derecho⁸². Es decir, tener presente una concepción compleja de la igualdad, superadora del binomio formal/material, integradora de las diferencias y sustento de una ciudadanía equivalente para todas las personas, obliga a revisar los parámetros de una Ciencia Jurídica heredera del modelo liberal y formalista, y anclada por tanto en la concepción individualista –y masculina– del individuo⁸³. Un mandato que con demasiada frecuencia los operadores jurídicos olvidan cuando, por ejemplo, no incorporan en su praxis el *mainstreaming* de género al que

Tampoco se ha tenido presente en la reciente STC 1/2021, de 25 de enero, en la que se deniega el amparo a una mujer gitana en un caso similar al de La Nena.

⁸⁰ Vid. J. HERRERA FLORES, *De habitaciones propias y otros espacios negados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

⁸¹ Este enfoque es mucho más evidente si partimos de la idea de opresión antes que de la de discriminación y tenemos en cuenta las cinco caras que, como explica I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 73, suele presentar aquélla: la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia.

⁸² De ahí, por ejemplo, la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho. Vid. J. F. LOUSADA AROCHENA, *El enjuiciamiento de género*, Dykinson, Madrid, 2020.

⁸³ En este sentido, son fundamentales las aportaciones que desde el *iufemenismo* se han realizado en cuanto teoría crítica del Derecho. Vid. K. BARTLETT, “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 4, febrero 1990, pp. 829-888; A. FACIO, *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, cit.; M. ALBERTSON FINEMAN, “Feminist Legal Theory”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 13, núm. 1, 2005, pp. 13-23; D. HEIM y E. BODELÓN (coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010; M. COSTA, “Feminismos jurídicos. Propuestas y debates de una trama paradójica”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, núm. 66, 2015, pp. 153-161.

están obligados no solo por los compromisos internacionales adoptados por España, sino también por la misma LO 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 4 y 15)⁸⁴.

Lo anterior supone tener presente las dos dimensiones de la igualdad que distingue Ferrajoli⁸⁵. La primera es la que remite “al igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un *individuo diferente* de todos los demás y de cada individuo *una persona igual* a todas las otras”. La segunda, es la que evidencia que, además de diferentes, somos también desiguales en cuanto a condiciones económicas y oportunidades sociales. Estas dos dimensiones, además de poner de manifiesto la complejidad del principio de igualdad, obligan a dos acciones político-jurídicas distintas. Mientras que la primera igualdad podemos identificarla con una *regla*, la segunda sería un *principio directivo*. La regla consiste en la prohibición de las discriminaciones de todas las diferencias personales, mientras que el principio, nunca plenamente realizado, “equivale a una norma revolucionaria que impone una reforma permanente del ordenamiento dirigido a su máxima actuación”. Ahora bien, ello no quiere decir, como el mismo Ferrajoli explica más adelante, aunque a mi parecer sin apurar del todo los argumentos, que las garantías de lo que hemos identificado como “regla” hayan de traducirse solo en normas y acciones que persigan o eviten la discriminación, sino que también han de suponer en muchos casos “acciones positivas” que contribuyan a corregir o compensar los efectos negativos de la discriminación. Ahora bien, toda esta construcción, aparentemente impecable desde el punto de vista teórico, tiene a mi parecer un punto débil. Me refiero a su conexión con la clasificación de derechos planteada por el filósofo italiano, a partir de dos distinciones: “La primera es la distinción de los derechos entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, unos universales y por eso iguales, los otros singulares y por eso desiguales. La segunda es la distinción de los derechos fundamentales entre *derechos individuales de libertad* y *derechos sociales*.”

⁸⁴ Por ejemplo, si no se parte de esa concepción compleja de la igualdad, y si no se tienen presentes los factores socio-económicos, políticos y culturales en que se desenvuelven los individuos, difícilmente se podrá luchar con las discriminaciones de tipo indirecto, que con tanta frecuencia afectan a las mujeres (por ejemplo, en el ámbito laboral) y también a colectivos o grupos que no encajan en la “horma” de lo que la sociedad, y el Derecho, entienden como lo “normal”. Sobre el concepto de discriminación indirecta, véase la definición que contiene el art. 6 LO 3/2007 y la reciente STC 91/2019 que resume la doctrina del TC sobre dicha modalidad de discriminación.

⁸⁵ L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, cit., pp. 14-21.

Los *derechos de libertad y autonomía*, al consistir en expectativas negativas de no lesiones ni discriminaciones, sirven para tutelar las *diferencias de identidad*; los *derechos sociales*, al consistir en expectativas positivas de prestaciones, sirven para remover o en todo caso reducir las *desigualdades materiales*". En esta división es complicado encontrar el papel que juegan los derechos políticos, entendidos en el sentido más amplio, es decir, en lo que supone de participación, de tener voz, de ser reconocidos como iguales en los espacios de poder, de ser parte activa en la toma de decisiones, de ser vistos y concebidos como sujetos con autoridad. Algo que no se conseguirá con la simple tutela de los tradicionales derechos de libertad ni tampoco con la garantía de los sociales, por más que unos y otros sean fundamentales para que cualquier sujeto disfrute de la autonomía sin la que difícilmente podrá convertirse en sujeto político⁸⁶. Una experiencia de la que, de nuevo, saben mucho las mujeres ya que llevan siglos reivindicando la igualdad de hecho también en el poder, en la toma de decisiones, en la representación, en los espacios que conceden prestigio y autoridad. Y ellas bien saben que no basta con garantizar los derechos de libertad y los sociales. De alguna manera, el planteamiento de Ferrajoli no se sostiene del todo porque le falta el factor clave que justamente sustentaría, democráticamente hablando, a los derechos fundamentales. Porque es *fundamental* que todos los sujetos puedan participar en igualdad de condiciones en la adopción, por ejemplo, de las políticas que va a servir para corregir las discriminaciones y las desventajas sociales y económicas. Ese es el eslabón que Ferrajoli no acaba de encontrar, ni siquiera cuando explica la conexión entre igualdad y democracia, donde sí que habla de "la igualdad en los derechos políticos a la *democracia política* o representativa".

En definitiva, difícilmente se pueden proteger las diferencias, las singularidades de los sujetos y de los grupos, de la misma manera que difícilmente se pueden corregir los desequilibrios sociales y económicos, si no se dan dos condiciones esenciales: 1) La participación, entendida como derecho a tener voz y a ser parte de los procesos políticos; 2) Unos procesos políticos que se ajusten al pluralismo de los sujetos y que sean capaces, por tanto, de: a) articular deliberaciones; b) gestionar conflictos; c) tomar decisiones que incidan en la efectiva protección de la dignidad y bienestar de los individuos.

⁸⁶ Como bien apunta D. Innerarity, la cuestión que nos va a exigir mayores esfuerzos de imaginación y creatividad política no es otra que "avanzar en la extensión de los derechos completando el paso del universalismo abstracto de los derechos políticos al universalismo concreto de los derechos sociales y culturales". Prólogo, O. SALAZAR BENÍTEZ, *Cartografías de la igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 16.

Solo a través de la efectiva garantía de estos procesos democráticos todos los individuos tendrán poder, y no solo entendido como capacidad de auto-determinación personal, sino también en cuanto voz e influencia en las decisiones colectivas. De esta manera, el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos y el correlativo estatus de ciudadanía se dotarían de un contenido más sustancial y complejo al estar directamente vinculados con el estatus que garantiza que cada persona sea un fin en sí mismo⁸⁷.

A lo anterior habría que sumar la estricta dimensión “simbólica” que tiene el hecho de que los individuos y los grupos en que se integran tengan presencia en el espacio público, se les reconozca como “iguales” y con autoridad⁸⁸. De nuevo, las vindicaciones feministas nos evidencian la importancia que ha tenido y tiene para las mujeres no solo por razones de justicia democrática estar en lo público de manera paritaria, sino también ocupar en lo simbólico y en los imaginarios colectivos un espacio que les permita ser consideradas como seres humanos completos, con intereses propios y, en definitiva, como titulares plenas de la ciudadanía. El reto no es otro que asumir como presupuesto incuestionable de los Estados de Derecho que la justicia solo es posible si tenemos presentes las tres dimensiones que reclama Nancy Fraser: *identidad, redistribución y participación*⁸⁹. Tres vértices sin los cuales sería complicado, por no decir imposible, garantizar la “igual dignidad social” de todos los sujetos (art. 3.1 Constitución italiana).

6. CONCLUSIONES: HACIA EL SUJETO CUIDADOR

1. La redefinición de la Justicia desde la triple dimensión reconocimiento-redistribución-participación, así como de la igualdad en el sentido de superar la dicotomía formal/material y de entenderla como principio anti-*subordinación*, es la llave que nos permitirá superar la “crisis del paradigma constitucional”. Una llave que, a su vez, nos abrirá la puerta para la redefinición del sujeto y, con él, de una teoría de los derechos humanos y de la democracia

⁸⁷ Vid. M. J. AÑÓN ROIG, “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 11, 1998, pp. 43-118

⁸⁸ Recordemos como “los grupos dominantes proyectan sus propias experiencias como representativas de la humanidad como tal. Los productos culturales también son expresión de la perspectiva e interpretación de los grupos dominantes respecto de los hechos y elementos de la sociedad, incluyendo a otros grupos de la sociedad, en la medida en que consiguen alguna categoría cultural”. I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 103.

⁸⁹ N. FRASER, *Fortunas del feminismo*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.

deudora de la concepción liberal. Todo ello en el contexto de un siglo XXI que nos enfrenta, entre otras amenazas, a una desigualdad creciente, al uso y abuso de unas tecnologías que han cambiado nuestra manera de comunicarnos y relacionarnos (y que no necesariamente han supuesto una profundización en la democracia), así como a la progresiva degradación medioambiental. En este marco, en el que junto a viejas desigualdades aparecen nuevas exclusiones, y en el que la lógica del mercado se impone a la de los derechos, buena parte de los conceptos, de las herramientas y de los principios de los que se han valido los Estados Constitucionales en los dos siglos previos dan muestras de agotamiento. Es evidente, por ejemplo, que el estrecho concepto de ciudadanía, vinculado a la nacionalidad, está dejando de ser operativo en un mundo global y se está convirtiendo en instancia negadora de derechos⁹⁰. Buena parte de los mecanismos de las democracias representativas de partidos hace tiempo que dan muestras de su incapacidad para atender a las demandas ciudadanas y no hacen sino sobrevivir en escenarios que reclaman instrumentos más eficaces, plurales y participativos. La persistente desigualdad de género, y las múltiples violencias que sufren las mujeres y que tienen su raíz en un orden patriarcal que no hemos conseguido superar del todo, es la prueba más evidente de que seguimos teniendo democracias deficitarias. Los innegables avances en la igualdad de mujeres y hombres no ocultan que no hemos sido capaces de superar las razones estructurales que alimentan relaciones jerárquicas entre las dos mitades de la ciudadanía. Además, sobre esa sistémica discriminación se acumulan e interaccionan el resto de los factores sociales que inciden en la mayor vulnerabilidad de las mujeres.

2. La consecución de un nuevo pacto de convivencia, que en términos jurídico-constitucionales podríamos identificar con una democracia paritaria -la paridad entendida como “proceso constituyente”⁹¹-, pasa necesari-

⁹⁰ Como analiza D. J. GARCÍA, “el refugiado muestra la insuficiencia de este modelo jurídico, pone en crisis la soberanía moderna: el derecho es incapaz de proteger la vida desnuda. Queda así abierta una brecha entre el derecho y la vida humana. El derecho no se dirige hacia el ser humano sino hacia la ciudadanía (símbolo del orden que, en última instancia, pretende proteger el derecho), abandonando la vida desnuda. Los márgenes donde cada vez sobreviven más refugiados quedan bajo el amparo de la excepción, no de la norma (...) Estamos ante la aporía de los derechos humanos: pensados para las vidas desnudas, resulta imposible su aplicación pues quedan vinculados, inevitablemente, al Estado-nación. La mera vida, aquella en refugio, se halla totalmente desprotegida al no estar vinculada a la soberanía de un Estado”. “El fin de todos los derechos...”, cit., p. 233.

⁹¹ J. HERRERA FLORES, *De habitaciones propias y otros espacios negados*, cit., p. 167. De ahí que como bien insiste el feminismo, hay que restituir a las mujeres al lugar de donde fue-

riamente por la superación de un sujeto de Derecho articulado a partir de una concepción individualista y marcada por los estrechos márgenes de la racionalidad, entendida ésta en términos ilustrados. Un paradigma que se identifica con el sujeto varón y con los atributos que hicieron de él titular de los derechos, detentador del poder y representante de la universalidad. A partir de ese modelo, y del correlativo contrato social que se articuló sobre la división público/privado, y de las divisiones jerárquicas que sirvieron para ordenar el mundo y el pensamiento a partir de lo masculino y lo femenino como dos esferas separadas, se construyó no solo una teoría de los derechos sino también un orden económico que encontró un perfecto aliado en el sistema sexo/género. De ahí que la crítica que representa el feminismo, en todas sus facetas, incluida también la económica, suponga una propuesta revolucionaria o, como mínimo, radical, en el sentido que apunta a las raíces del sistema político, económico y cultural. La misma jerarquización de los derechos que seguimos manejando en la actualidad es el resultado de ese presupuesto al que podemos calificar no solo como político, sino también como ético y epistemológico. Porque no hay que olvidar que también los saberes y el conocimiento se han articulado a partir de paradigmas masculinos y masculinizados⁹².

3. La superación de ese sujeto, al que además la carga socializadora y simbólica del sistema político y sobre todo económico le atribuyó una suerte de omnipotencia frente a la realidad, pasa a su vez por trascender una concepción de la libertad que nos remite a un individuo autosuficiente, aislado del resto y al que, por supuesto, el Estado ha de garantizar un espacio de inmunidad frente al poder. Ese individuo egoísta, y al que el mercado valora por su productividad y rendimiento económico, ha de considerarse libre para elegir, para desear, para consumir y para desarrollar un plan de vida que, en todo caso, estará condicionado por los recursos materiales de los que disponga. En definitiva, el mito “lockeano” del propietario que es dueño de sí mismo. Esta concepción, que el neoliberalismo lleva a su visión más extrema, ha hecho un flaco favor a la emancipación de las mujeres desde el momento en que ha generado todo un discurso, el de la “libre elección”, que mide la libertad de las mujeres en función de ese paradigma patriarcal del

ron excluidas, es decir, al “pacto originario”, al poder constituyente. A. RUBIO CASTRO, en A. RUBIO y J. FLORES (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006, p. 39.

⁹² Vid. S. HARDING, *Ciencia y feminismo*, Morata, Madrid, 1996.

hombre autosuficiente, al tiempo que se ofrece a ellas como el único marco válido para convertirse en “poderosas”. Este presupuesto comete el error de no tener en cuenta ni el contexto en el que cada mujer vive, ni las oportunidades, materiales y simbólicas, de las que dispone para ejercer su libertad. Ese “mito de la libre elección” se convierte incluso en legitimador de prácticas lesivas de la dignidad de las mujeres y frente a las cuales el propio Estado no podría hacer otra cosa que respetar su ámbito de decisión⁹³, ya que lo contrario sería adoptar una posición paternalista que negaría la capacidad de las mujeres para autodeterminarse.

4. Todos los riesgos y problemas que plantea esa concepción liberal de los sujetos, que se multiplican en el caso de los más vulnerables, y claro, muy especialmente, de las más vulnerables, solo podrían evitarse o, en el peor de los casos, reducirse al mínimo, si introducimos una perspectiva relacional. Esta parte de unos presupuestos justamente contrarios a los que han sustentado el constitucionalismo liberal. Es decir, tendríamos que situar como referencia a un ser humano caracterizado por su fragilidad, y por tanto por su necesaria interdependencia, y para el que además son esenciales los vínculos emocionales⁹⁴. De esta manera, superaríamos el paradigma de la ciudadanía construido sobre los presupuestos de autonomía e independencia. Ello exige darle un giro a la concepción más tradicional, y patriarcal de la autonomía individual, reconociendo que “somos el resultado de nuestras sinergias relacionales, en permanente estado de (re)generación, fruto de un continuo proceso de reflexión, revisión y diálogo entre las diversas relaciones de las que formamos parte, sin reducirnos a parámetros identitarios esencialistas o estáticos”⁹⁵. Es decir, y como bien ha explicado Blanca Rodríguez, “mientras la libertad eleva así a paradigma normativo el individuo racional independiente, agente de su propia vida, capaz de tomar decisiones vitales al margen, por encima e incluso en contra de la presión de las relaciones que dan

⁹³ Vid. A. de MIGUEL, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2015.

⁹⁴ Ello supondría también superar el paradigma distributivo de la justicia, el cual “conlleva una concepción individualista de la sociedad que considera los deseos y preferencias individuales como cuestiones privadas fuera de las esferas del discurso racional, tal paradigma presupone una muy especial concepción de la naturaleza humana y define implícitamente a los seres humanos fundamentalmente como consumidores, personas portadoras de deseos y poseedores de bienes”. I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 66

⁹⁵ M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, *Derechos y libertades*, núm. 36, 2017, p. 140.

forma a nuestra realidad, la autonomía no pretende elevarse por encima de esas circunstancias relacionales, entendidas como factores externos, sino que las asume en su doble papel: como constitutivas del marco vital en el que desenvolvemos nuestra capacidad de auto-normarnos y como posible fuente de perspectiva crítica/objeto de posicionamiento crítico en el ejercicio de dicha capacidad”⁹⁶. Ello supondría, además, reconocer el papel central que la emoción y los vínculos juegan en la construcción de los mecanismos de seguridad, partiendo de algo, no por obvio, menos necesitado de vindicación: “el individuo no se sostiene sin la comunidad ni la razón sin la emoción”⁹⁷. Esta dimensión relacional nos permite desvelar, usando el oportuno título de Almudena Hernando, “la fantasía de la individualidad” sobre la que hemos edificado el binomio independencia masculina/dependencia femenina o, lo que es lo mismo, la concepción de las mujeres como seres *para otros* y de los hombres como seres *para nosotros mismos*.

5. Esta concepción del individuo y de su autonomía obliga a revisar a su vez una teoría de los derechos en la que la primacía ha correspondido a los que justamente amparaban la libertad individual y que situaba en un lugar secundario a los que tienen una más estrecha conexión con los vínculos relacionales, con el sostén de la vida y con todas esas esferas ocupadas tradicionalmente por las mujeres. De esta manera, deberían ser los que hemos catalogado como derechos sociales y económicos los que, desde el punto de vista garantista y simbólico, asumieran el protagonismo, ya que son los que dotan sentido y contenido el mismo concepto de bienestar, o de vida buena, que debería ser el faro de un Estado social y democrático de Derecho. Desde esta dimensión relacional, tanto de los sujetos como de los derechos, cobraría una nueva dimensión el concepto de dignidad y, por supuesto, dotaríamos de contenido sustancial el principio de igualdad⁹⁸ y a

⁹⁶ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Autonomía relacional. Propuestas fundacionales para un modelo de ciudadanía”, cit., p. 75.

⁹⁷ A. HERNANDO, *La fantasía de la individualidad*, cit., p. 174. Vid. M. NUSSBAUM, *Emociones políticas: ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Paidós, Barcelona, 2014; y V. CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.

⁹⁸ “Lo que se quiere decir es que, si excluimos el punto de vista utilitarista y/o liberal, la apuesta por la igualdad no tiene como justificación única la de alcanzar la felicidad de uno, pocos o muchos, sino que a ésta hay que añadir su relevancia para conformar una sociedad cohesionada, democrática y solidaria. De manera que no se trata solo de redistribuir para garantizar el acceso privado al consumo, sino al objeto de apostar por el espacio compartido, los servicios y las instituciones públicas y los bienes comunes”. M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP,

la misma democracia⁹⁹. Es decir, solo así traduciríamos en praxis y garantías concretas el alcance revolucionario, dinámico y directivo de la igualdad. Ello debería alcanzar también a la crítica del mercado como instancia central de la economía o incluso al diseño de unas políticas educativas, las cuales deberían responder a los valores de igualdad y cuidado. Se trataría por tanto de darle una nueva dimensión al Estado social y democrático de Derecho, porque solo así, entiendo, será posible alcanzar lo que el Preámbulo de nuestra Constitución denomina “sociedad democrática avanzada”, todo ello además en un nuevo marco de relaciones internacionales, si es que también queremos, usando términos kantianos, alcanzar “la paz perpetua”¹⁰⁰.

En definitiva, esos nuevos paradigmas nos llevarían a una nueva comprensión tanto del “orden político” como de la “paz social”, que la CE sitúa en el pórtico de su declaración derechos (art. 10.1). Y ello porque el punto de partida se situaría en el presupuesto de que “el libre desarrollo de la personalidad” del individuo depende las condiciones materiales y de los recursos, no solo materiales, sino también simbólicos y emocionales, que le permiten tener una “vida digna”, la cual solo puede ser una vida “con y entre” otros y otras. De esta manera, estaríamos obligados a reconocer con el máximo nivel de protección derechos que la Constitución no reconoce como tales. Sería el caso de los derechos/deberes de corresponsabilidad o, de manera más amplia, de los derechos/deberes de cuidado, cuyo reconocimiento constitucional ayudaría a romper la división público/privado y con ella una de las bases del orden patriarcal¹⁰¹. O, por

“Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, cit., p. 155.

⁹⁹ “Precisamente, gracias al nexo biunívoco y de racionalidad instrumental entre igualdad y universalismo de los derechos fundamentales, las garantías de las diversas clases de tales derechos corresponden a otras tantas dimensiones o normas de reconocimiento de la democracia: la igualdad en los derechos políticos a la *democracia política* o representativa; la igualdad en los derechos civiles a la *democracia civil o económica*; la igualdad en los derechos de libertad a la *democracia liberal o liberal-democracia*; la igualdad en los derechos sociales a la *democracia social o social-democracia*”. M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, cit., pp. 20-21.

¹⁰⁰ En esta línea, el filósofo esloveno S. Žizek plantea que el futuro solo será posible si se articula una cooperación internacional eficaz para producir y compartir recursos, hasta el punto de que llega a plantear el dilema de “comunismo o barbarie”. *Pandemia. La covid-19 estremece al mundo*, Anagrama, Barcelona, 2020.

¹⁰¹ “Las personas no son autónomas y autosuficientes, sino dependientes y necesitadas, por lo que la actividad de cuidado ha de ser definida como una virtud cívica y como un deber público de civilidad”. M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, cit., p. 158.

ejemplo, el derecho a un entorno sostenible, que nos llevaría a enfocar la responsabilidad hacia lo que tradicionalmente hemos llamado medio ambiente desde la perspectiva relacional del ser humano con el resto de los seres vivos y con los recursos naturales, tal y como reclama el ecofeminismo, y frente a la concepción depredadora que ampara la lógica neoliberal. En definitiva, la visión relacional “exige defender una concepción de los derechos como puentes para el diálogo cuyo ejercicio pueda contribuir a la conformación y el fortalecimiento de nuestros bienes comunes, así como a la preservación de nuestros bienes relacionales...”¹⁰².

Estos bienes comunes, que implican una superación de la concepción posesiva que subyace al sujeto liberal y al constitucionalismo que lo protege, implican justamente reciprocidad, interacción, comunicación y empatía. Y nos remiten a una “ética del cuidado” sin la que la “ética de la justicia” es imperfecta, en cuanto ampara intereses parciales y nos sitúa siempre en la dinámica de sujetos que están enfrentados y que se perciben como autosuficientes. La misma gestión de los conflictos inevitables en una sociedad plural encuentra otros cauces si el punto de partida es nuestra naturaleza relacional e interdependiente. Todo ello por no hablar de la distinta orientación que desde este punto de partida deberían adoptar las políticas económicas¹⁰³, o de las necesarias transformaciones que deberían introducirse en los mecanismos de participación política para potenciar el sentido deliberativo y cooperativo de la democracia. Recordemos que “participar en la deliberación sobre lo común es lo que decide la pertenencia efectiva a una determinada comunidad; son las prácticas relacionales y discursivas las que definen la membresía”¹⁰⁴.

¹⁰² M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, cit., p. 145. En esta misma línea, Ferrajoli habla de un nuevo constitucionalismo de los “bienes fundamentales”. *Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 219.

¹⁰³ Recordemos como el Informe de ONU Mujeres sobre el progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016 se tituló de manera muy significativa “Transformar las economías para realizar los derechos” (https://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW_progressreport_es_10_12.pdf, consultado: 07/05/20).

¹⁰⁴ M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, cit., p. 152. En este sentido, tendremos que ser imaginativos en la creación y uso de herramientas que favorezcan ese tipo de sujetos y, en consecuencia, marcos relacionales que nos permitan superar el yo autosuficiente y que contribuyan a crear espacios no solo de solidaridad material sino también de sostenibilidad emocional. Por ejemplo, también Internet o las redes sociales, más allá de las críticas que con

6. Ese nuevo sujeto relacional debe ser, además, la base de un nuevo pacto de convivencia, que a su vez debería sustentar un “nuevo” constitucionalismo en el que el eje de referencia no fuera tanto la dimensión pública –y poderosa– de los individuos, sino toda aquella que precisamente ha estado en las afueras y no ha merecido reconocimiento constitucional. Es decir, el eje ético de los sistemas constitucionales debería situarse en nuestra humana fragilidad y, en consecuencia, en la centralidad de los cuidados. No se trataría solamente de incluir en una hipotética reforma constitucional el derecho al cuidado, que en todo caso tendría el doble carácter de derecho a cuidar y a ser cuidado/ deber de cuidar¹⁰⁵, sino de revisar los presupuestos políticos, económicos y hasta simbólicos de un pacto en el que mujeres y hombres tendríamos que participar de forma paritaria, y en el que los contenidos centrales de la negociación deberían ser los relacionados con el sostén de la vida. Es decir, se trataría de llevar a su máxima expresión lo que podríamos considerar dimensión objetiva del derecho al cuidado¹⁰⁶. Solo así será posible dar el salto de lo que M.^a Angeles Durán denomina “cuidotoriado”¹⁰⁷ –entendiendo por tal el grupo, mayoritariamente compuesto

razón se hacen de sus efectos en el aislamiento y la individualización de los intereses, pueden ser una herramienta idónea para traspasar los márgenes de un espacio público construido de manera vertical y jerárquica. De hecho, durante la crisis vivida por la pandemia del Coronavirus, las redes sociales han tenido un papel esencial en mantener no solo la comunicación con otras personas sino también como sostén emocional y hasta de solidaridad colectiva. Al limitarse nuestra libertad deambulatoria y, en consecuencia, nuestro acceso a los espacios donde habitualmente nos relacionábamos con otros y otras –el trabajo, los lugares de ocio y consumo, los espacios públicos en general–, han sido dichas redes las que han permitido mantener, o en su caso crear, toda una serie de dinámicas de encuentro, de cooperación, de participación o de consumo cultural, que han jugado un papel importantísimo en el mantenimiento del bienestar, sobre todo desde el punto de vista psicológico y emocional, de la ciudadanía. Gracias a la situación extraordinaria sufrida, le hemos dado un mayor valor y reconocimiento a las redes de apoyo personal, a todo lo vinculado con la “vida privada” y también a las emociones que el momento crítico nos ha hecho tener más a flor de piel que nunca. Estas nuevas herramientas pueden ser pues una ayuda en la articulación de comunidades más cercanas y participativas, siempre que la cercanía en este caso se mida en distancia física sino más bien en la interacción que supone compartir un proyecto común.

¹⁰⁵ Vid. A. MARRADES PUIG, “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2006; A. Marrades (coord.), *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*, Tirant, Valencia, 2019.

¹⁰⁶ En este sentido, una Justicia no patriarcal requiere incluir las relaciones de cuidado en el ámbito de los derechos. Vid. E. BODELÓN, “Derecho y Justicia no androcéntricos”, *Quaderns de Psicologia*, vol. 12, núm. 2, 2010, pp. 183-193.

¹⁰⁷ M.^a A. DURÁN, *La riqueza invisible del cuidado*, Universidad de Valencia, Valencia, 2018, p. 89.

por mujeres, que se dedican, de manera precaria, a los trabajos de cuidado— a la *ciudadanía*. Esta supondría la superación de las dicotomías en las que se basa la ciudadanía moderna, de tal manera que lo público y lo privado “aparezcan integrados en la figura de una persona prestadora y receptora de cuidados en lo público y lo privado, fruto de la toma de conciencia de nuestra naturaleza interdependiente”¹⁰⁸. La *ciudadanía* partiría pues del reconocimiento como presupuesto ético-político de la vulnerabilidad compartida por todos los seres humanos, y más aún, por todos los seres vivos, lo que nos sitúa en la perspectiva ecofeminista que debería atravesar cualquier proyecto político del siglo XXI¹⁰⁹. Se trataría, pues de hacer visible y política y jurídicamente relevante lo que la abstracción propia del liberalismo hizo o trato de hacer invisible. Frente al sujeto con poder, y supuestamente neutral, los cuerpos concretos, frágiles y con frecuencias desposeídos. Y en lugar de la ciudadanía/nacionalidad como frontera de los derechos, y por tanto como jerarquía de sujetos, la comunidad de seres vulnerables que necesitan ser acogidos, cuidados y reconocidos. De esta manera, el Estado democrático tendría como referencia esencial “la ocupación del espacio público por cuerpos vivientes unidos en su común vulnerabilidad”¹¹⁰.

7. La propuesta de la *ciudadanía* supondrá la superación de la división propia del orden patriarcal entre la *individualidad dependiente (masculina)* y la *identidad relacional (femenina)*, de tal manera que el sujeto por construir respondería a lo que Almudena Hernando denomina *individualidad independiente*, la cual consistiría en “conjugarse de manera consciente un máximo porcentaje de individualidad y uno máximo de identidad relacional, concediendo la misma importancia a ambos”¹¹¹. Es este tipo de individualidad la que permitiría desarrollar todas las capacidades de lo humano¹¹², y a su vez el que, por ejemplo, ampararía el desarrollo de múltiples realidades sexuales y familiares, al margen de la normatividad heterosexual y de lo que hemos entendido por familia tradicional. Es decir, dejarán de tener sentido los dos “bloques identitarios” y “los conceptos *femenino* y *masculino*, porque la so-

¹⁰⁸ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Autonomía relacional...”, cit., p. 73.

¹⁰⁹ Este horizonte ecofeminista exige que “la política y la naturaleza dejen de ser entendidas como dos cosas completamente separadas, la primera de las cuales dispondría de la segunda como recurso o vertedero. Este giro implica que la política se ve obligada a internalizar su entorno natural”. D. INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 89.

¹¹⁰ D. J. GARCÍA, “El fin de todos los derechos...”, cit., p. 243.

¹¹¹ A. HERNANDO, *La fantasía de la individualidad*, cit., p. 154.

¹¹² Vid. A. SEN, *Teoría de la Justicia*, Taurus, Barcelona, 2019; y M. Nussbaum, *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 2012.

ciudad estará formada por personas que, independientemente de su sexo, podrán ser tan racionales como emocionales, tan inteligentes como sensibles, tan agentes de sus propias vidas como cuidadoras de las de los demás. Y si es así, su sexo habrá dejado de ser la variable que determine, al nacer, la posición que ocuparán en la sociedad”¹¹³.

8. Es evidente que, de acuerdo con todo lo expuesto, “las mujeres son hoy las verdaderas garantes del giro hacia la ética de la responsabilidad y del cuidado que exige la visión relacional de los derechos, dada su experiencia psicosocial y el aprendizaje moral que de ella han extraído”¹¹⁴. Ellas deberían pues liderar esta transformación, la cual ha de proyectarse en lo ético, en lo político, en lo económico y por supuesto en lo jurídico. En la misma concepción del Derecho y de las herramientas que el Estado utiliza para garantizar nuestros derechos, en la manera por tanto de aplicarlo y de interpretarlo, así como en el sentido que le damos a una Ciencia jurídica excesivamente deudora de los patrones liberales y patriarcales. De ahí la importancia que deberían cobrar las aportaciones de la Teoría Crítica del Derecho y muy especialmente de las que procedentes del *feminismo jurídico* han interpelado unas herramientas hechas a imagen y semejanza de los hombres. Solo desde esta perspectiva crítica podremos afrontar, con relativo éxito, los desafíos de un mundo en el que cada vez es más difícil sostener la igual dignidad de todos los seres humanos. Y solo desde ella podremos hacer de las Constituciones instrumentos de garantía de una “vida buena” y no simples artefactos formales, tan lejanos del horizonte de felicidad al que aludían aquellos pactos que fueron alumbrados sin contar con las hijas, las madres y las hermanas.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Universidad de Córdoba

Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales

Puerta Nueva, s/n

14002 Córdoba

e-mail: dp1sabeo@uco.es

¹¹³ A. HERNANDO, *La fantasía de la individualidad*, cit., p. 169.

¹¹⁴ M.^a E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, cit., p. 163.

**GÉNERO Y TORTURA.
SIMONE DE BEAUVOIR Y GISÈLE HALIMI
ANTE EL CASO DE DJAMILA BOUPACHA***

*GENDER AND TORTURE.
SIMONE DE BEAUVOIR AND GISÈLE HALIMI
REGARDING THE CASE OF DJAMILA BOUPACHA*

EMILIA BEA PÉREZ
Universitat de València

Fecha de recepción: 5-9-20
Fecha de aceptación: 11-1-21

Resumen: *La primera denuncia de violencia sexual como práctica de tortura en la guerra de Argelia se debe a Djamila Boupacha. Su causa fue defendida ante los tribunales argelinos y franceses por la abogada feminista, Gisèle Halimi, y tuvo una gran repercusión pública gracias al apoyo de Simone de Beauvoir y a la movilización de un comité conformado sobre todo por mujeres, en el intento de dar relevancia política y jurídica a un asunto destinado a permanecer oculto. El trabajo valora el enfoque anticolonial y antipatriarcal con que se afrontó el caso, analiza todo el proceso judicial y llama la atención sobre aquellos elementos que prefiguran la evolución del derecho hacia una justicia de género.*

Abstract: *The first complaint about sexual violence as a form of torture in the Algerian war concerns Djamila Boupacha. Her case was defended in the Algerian and French courts by the feminist lawyer Gisèle Halimi, and it had a massive public impact thanks to the support of Simone de Beauvoir and the mobilisation of a committee composed mainly of women, which sought to raise the political and legal profile of a matter which was destined to remain hidden. The paper assesses the anti-colonial and anti-patriarchal stance on which it is based,*

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto PROMETEO/2018/156 "Seguridad internacional y europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural", de la Generalitat Valenciana, y del Proyecto I+D+I PGC2018-094463-B-100 (MCIU/AEI/FEDER,UE) "Vulnerabilidad en el pensamiento filosófico femenino. Contribuciones al debate sobre emergencias presentes".

analyses the entire judicial process, and highlights the issues that herald the evolution of law towards gender justice.

Palabras clave: tortura, género, violencia sexual, violación, guerra
Keywords: torture, gender, sexual violence, rape, war

1. PROCESO A LA TORTURA. ENTRE LA REPRESIÓN Y LA RESISTENCIA POLÍTICA

En el presente trabajo vamos a tratar la relación entre género y tortura ciñéndonos a un caso que resulta precursor a la hora de establecer los términos de esta relación, entre otras razones porque puso en contacto a dos de las principales representantes del pensamiento feminista, Simone de Beauvoir y Gisèle Halimi, con una mujer torturada, Djamila Boupacha, cuyo tormento, sufrido en la guerra de Argelia¹, es todo un símbolo de cómo el cuerpo de la mujer puede ser el lugar de la represión y al mismo tiempo el de la resistencia política. El cruce entre experiencias aparentemente tan alejadas como la de una intelectual existencialista ya en su tiempo de renombre internacional, la de una abogada de gran prestigio y relevancia pública, y la de una anónima activista del Frente de Liberación Nacional (FLN) argelino, puede convertirse en el lugar privilegiado para pensar las raíces de la violencia contra la mujer y sus profundas conexiones con las dinámicas del poder.

En este cruce de experiencias, las tres interlocutoras tienen un papel igualmente relevante, aunque distinto, a la hora de formar parte de un proceso que con razón ha podido definirse como el último gran *affaire* de la guerra de Argelia². La mediadora de este encuentro fue Gisèle Halimi, que acudió a defender a Djamila Boupacha ante los tribunales argelinos y, dada la naturaleza esencialmente política tanto del acto terrorista del que la joven militante había sido acusada como de la tortura que le había sido infligida, estableció una estrategia en la que la movilización de la opinión pública sería un imprescindible apoyo a la sustanciación jurídica del caso. Nadie mejor

¹ Solo a partir de 1999 (ley de 18 de octubre) se utiliza oficialmente este término ya que, si bien desde el lado argelino se habla muy pronto de guerra –de liberación nacional o de independencia–, en el lado francés se utilizan términos como “los acontecimientos de Argelia” o “las acciones de pacificación”. Esta “guerra sin nombre”, se extendió de 1954 a 1962.

² Véase V. CODACCIONI, “(Dé)Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial: le viol, le procès et l’affaire”, *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 29, 2010/1, pp. 32-45.

que Simone de Beauvoir para cumplir este papel concienciador, pues nadie en aquel momento representaba con más autoridad conjuntamente la causa anticolonialista y la causa de las mujeres.

1.1. La abogada Gisèle Halimi: ejercicio profesional y actividad pública

El hermano de Djamila Boupacha, internado en el campo de Bossuet (Orán), fue quien consiguió contactar por carta, fechada el 29 de marzo de 1960, con Gisèle Halimi, que desde hacía seis años defendía a militantes del Frente de Liberación Nacional ante los tribunales militares de Argelia. Nacida el 27 de julio de 1927 en Túnez en el seno de una familia judía, Halimi (fallecida el 28 de julio de 2020 cuando redactábamos este artículo) reflexiona sobre sus orígenes y relata sus experiencias en un libro autobiográfico titulado *La lait de l'oranger*³. Feminista de modo casi instintivo y “embriionario” en “un medio en el que, sin alternativa, las jóvenes de este país no tenían más remedio que someterse”, de forma “global, por la tradición, por la educación y por la ley”⁴, fundó un pequeño movimiento en el que reivindicar con otras mujeres “la necesidad de estudiar y de rechazar la injusticia de nuestro destino”⁵. Sin embargo, frente a la situación de la mayoría de las mujeres tunecinas⁶, a Gisèle Halimi se le abren las puertas de una ansiada liberación personal cuando, acompañada por la lectura de *El segundo sexo*, marcha a París para estudiar derecho y filosofía en la Sorbona⁷. Lejos del olvido de sus raíces y convicciones previas, su ejercicio profesional y su actividad pública estarán marcados por su compromiso con aquellas causas que

³ G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, Gallimard, Paris, 1988. La narración se extiende hasta la muerte de su padre a finales de 1976. Otras obras de carácter autobiográfico de la autora son: *La cause des femmes*, Grasset, Paris, 1973 y *Une embellie perdue*, Gallimard, Paris, 1995. Su apellido familiar era Taïeb, pero, a pesar del divorcio y de volverse a casar con Claude Faux, mantuvo el apellido de su marido Paul Halimi. Sobre sus orígenes dice que “escoltada por rabinos en un país islámico” heredó tradiciones contradictorias (*La lait de l'oranger*, p. 351). Julien Murphy relaciona esta situación con la de otras escritoras como Assia Djebar, Marie Cardinal o Hélène Cixous, cuyas identidades culturales son difíciles de definir. J. MURPHY, “Beauvoir and the Algerian War: Toward a Postcolonial Ethics”, en M. A. SIMONS (ed.), *Feminist Interpretations of Simone de Beauvoir*, The Pennsylvania State University, 1995, pp. 263-297, p. 291.

⁴ G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., pp. 107-108.

⁵ Ibid., p. 111.

⁶ Ibid., p. 109.

⁷ Ibid., p. 111.

considera justas, desde los procesos políticos en Argelia, como el de Badèche Ben Hamdi o el de El Halia⁸, a los procesos relacionados con los derechos de las mujeres como el juicio por aborto de Bobigny⁹ o por violación en Aix-en-Provence¹⁰, pasando por el Tribunal Russell o el proceso de Burgos¹¹, además de la fundación del colectivo feminista *Choisir la cause des femmes* o su elección como miembro de la Asamblea Nacional de Francia.

A lo largo de su itinerario vital, sus opciones estuvieron marcadas no solo por el compromiso firme, sino también, y como consecuencia de ello, por la polémica e, incluso, por reacciones muy adversas. En los años dedicados a defender a los militantes del FLN sufrió los ataques de la prensa colonialista y las amenazas de la OAS (Organización Armada Secreta), más de una vez fue expulsada de la Sala y soportó los reproches de los jueces tachándola de injuriar la bandera francesa y de olvidar su juramento: “es el pan de cada día de los pocos abogados habitualmente presentes en los procesos políticos de Argelia”¹²; una presencia ineludible dado que “sin nosotros probablemente no hubieran tenido defensa pues los abogados argelinos habían sido detenidos, deportados o internados en campos”¹³.

⁸ A este proceso le dedica tres capítulos de *La lait de l'oranger*. Ante la masacre producida por un atentado terrorista el 20 de agosto de 1955, que es “una de las realidades más insoportables de esta guerra” (p.174), Gisèle Halimi se pregunta si para un abogado hay algo “indefendible” (p. 131). Por fin asume la defensa de los cuarenta y cuatro acusados, a los que se presenta “como culpables dado que los culpables han desaparecido, añadiéndose, así, otro crimen al crimen” (p.174).

⁹ Defendió a Michèle Chevalier, acusada de haber ayudado a abortar a su hija Marie-Claire de 16 años que había sido violada. El juicio se celebró en 1972 y la movilización que despertó tuvo una influencia decisiva en la despenalización del aborto en Francia (conocida como la ley Veil, de 1975). Véase, *Avortement: une loi en procès. L'affaire de Bobigny*, pref. de Simone de Beauvoir, Gallimard, Paris, 1973.

¹⁰ Sobre este caso, en el que se logró condenar a los tres autores de la violación de dos jóvenes turistas belgas y que influyó directamente en la reforma legislativa francesa que llevó en 1980 a convertir la violación en un crimen castigado con 15 años de reclusión, véase S. PETRILLI y G. HALIMI, *Viol. Le procès d'Aix-en-Provence. Compte rendu intégral des débats*, Gallimard, Paris, 1978.

¹¹ Véase G. HALIMI, *El proceso de Burgos*, pról. Jean-Paul Sartre, trad. M. Rivera, Monte Ávila, Caracas, 1972. Asistió al juicio, en diciembre de 1970, como representante de la Federación Internacional de Derechos Humanos. Antes había estado en España en 1962, en solidaridad con los mineros de Asturias, y en 1964, con motivo de las detenciones de estudiantes. Volvió en 1974, para defender a Eva Forest.

¹² G. HALLIMI, *La lait de l'oranger*, cit., p.116.

¹³ Véase <http://nadjet-criducoeur.blogspot.com/2008/11/affaire-de-djamila-boupacha-gisle.html>. 1/11/2008.

Esta intensa actividad duró casi una década hasta los Acuerdos de Evian de 1962, que pusieron fin a la guerra de Argelia decretando una amplia amnistía de la que se beneficiarían los dos bandos. El año 1957 fue muy significativo en lo que respecta al importante papel que los abogados jugarían como voces de alerta sobre la situación argelina. Entre otros casos que llegaron a los medios de comunicación, podemos señalar la condena a muerte de dos mineros de 16 y 17 años acusados de terrorismo, a los que finalmente se les conmutó por cadena perpetua. La misma pena, también por actos terroristas, pesaría sobre Djamila Bouazza, Jacqueline Guerroudj y Djamila Bouhired¹⁴, cuya aparición en la prensa francesa era un primer reconocimiento de la efectividad de una militancia femenina en Argelia, lo que propiciaría una primera lectura de los procesos desde una perspectiva de género¹⁵. El controvertido abogado Jacques Vergès fue el defensor de la última de las activistas citadas, implicando al periodista Georges Arnaud en la firma de un manifiesto a su favor titulado "Pour Djamila Bouhired", antecedente del título del artículo que Simone de Beauvoir publicará en *Le Monde* tres años después para sacar a la luz pública el caso de Djamila Boupacha, como veremos.

Si bien este manifiesto cumpliría una función relevante en la denuncia de la represión y los abusos por parte del ejército francés en Argelia, el libro *La Question* de Henri Alleg¹⁶ sería el instrumento más potente para poner al descubierto la tortura practicada en el contexto de la guerra. Un documento de la experiencia de los maltratos y tormentos que Alleg, periodista franco-argelino director del periódico *Alger républicain*, sufriría en su propia carne desde su detención en ese fatídico año de 1957, en el que también se data la desaparición en un interrogatorio del joven matemático Maurice Audin, independentista miembro del partido comunista argelino. La función de los juristas se vería reforzada por la de los intelectuales, y en estos casos, en concreto, por la de figuras tan significativas en la vida cultural francesa como Jean-Paul Sartre y Pierre Vidal-Naquet¹⁷.

¹⁴ Simone de Beauvoir testificó a favor de Jacqueline Guerroudj, que había sido alumna suya en Ruan. Véase, S. de BEAUVOIR, *La force des choses*, Gallimard, Paris, 1963. Citaremos la traducción *La fuerza de las cosas*, trad. E. de Olaso, Edhasa, Barcelona, 1982, p. 449.

¹⁵ Véase V. CODACCIONI, "(Dé)Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial: le viol, le procès et l'affaire", cit., p. 33.

¹⁶ H. ALLEG, *La Question*, pról. J.P. Sartre, Les éditions de Minuit, Paris, 1958. El texto de Sartre, "Une victoire", merece ser leído con atención. El libro fue secuestrado por el gobierno francés, lo que generó una amplia reacción.

¹⁷ Además de otros libros importantes del autor sobre la práctica de la tortura en Argelia, véase P. VIDAL-NAQUET, *L'affaire Audin*, Les éditions de Minuit, Paris, 1958. El

En mayo de 1958, con ocasión de una visita a sus clientes en la prisión de Barberousse y por encargo del colega Léo Matarasso, Gisèle Halimi pide permiso al juez para visitar a Henri Alleg y, a pesar de los impedimentos, finalmente puede escuchar su desesperada súplica de ayuda¹⁸. Entonces recuerda una entrevista en esa misma cárcel con el general de paracaidistas Jacques Massu, a quien le precedía y le acompañará siempre la fama de participar y avalar prácticas de tortura. Ante Massu, la abogada *irrespectueuse*¹⁹ califica de “arbitrario”, de “inhumano” y de “ilegal” su proceder. El general, tras un silencio, le dice: “Yo sé que usted condena la tortura... de acuerdo... pero ¿usted encuentra aceptable que los niños sean despedazados en un autobús por las bombas del Frente de Liberación Nacional... usted, una madre de familia?”. Halimi comprende que Massu ha aceptado mantener esta conversación con ella para “comunicarle las grandes líneas de sus teorías sobre la tortura; incluso para contrastarlas con alguien que las ha denunciado sin cesar”. La prueba de ello son las palabras que le dirige en tono enfático: “Si usted condena estos atentados ciegos, usted debe comprender que lo importante en esta lucha es la información”; “usted habla de sufrimientos, de atrocidades... todo tonterías”. Y también recuerda que el general, subiéndose la manga de la camisa, le enseñó el brazo y añadió: “Yo la he probado sobre mí mismo, la tortura... con electrodos... y no es nada de todo eso”; “es psicológico, eso es todo, les da miedo y les hace hablar... créame! ¡es eficaz la tortura!”. Halimi confiesa que en aquel momento se sintió nadando en el absurdo y que tan solo acertó a repetir que la tortura debe ser condenada de forma absoluta²⁰.

El caso de Djamila Boupacha es un paso más en la creciente apertura al espacio público de una realidad que permanece oculta tras los muros del Estado colonial pero que, como se deduce de este diálogo, pretende incluso justificarse cuando sus grietas comienzan a hacerse visibles. Un paso que, apoyándose en la experiencia anterior, es decir, en otros procesos y alegatos contra las confesiones forzadas, resultó decisivo para Gisèle Halimi porque le hizo descubrir, y mostrar ante la opinión pública, aspectos que esas grietas en el sistema permitían vislumbrar y que eran desconocidos hasta entonces.

presidente E. Macron reconoció públicamente en 2018 el papel del Estado en la muerte de Maurice Audin y pidió perdón a su viuda.

¹⁸ G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., pp. 273-274.

¹⁹ Título de uno de sus libros: G. HALIMI, *Avocate irrespectueuse*, Plon, Paris, 2002.

²⁰ G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., pp. 275-276. J MASSU, autor de *La Vraie Bataille d'Alger*, Rocher, 1997, en una entrevista en *Le Monde*, el 22 de junio de 2000, por primera vez lamentó esta práctica.

El asunto Boupacha resulta novedoso sobre todo porque se trata de la primera publicitación, en forma de denuncia, de algo que estaba llamado a quedar encerrado en la esfera más íntima: la violación como acto de tortura. Que una mujer a finales de los años cincuenta, y máxime siendo musulmana y virgen, declarara públicamente haber sido violada, resultaba casi inconcebible pues rompía el marco en el que se encuadraba su capacidad de hablar sobre sí misma y de comunicarse con los demás, lo que a la larga llevaría a replantear el modo de entender y de combatir la violencia sexual y de género.

1.2. Djamila Boupacha: “En este país que es nuestro”

En el primer encuentro entre Gisèle Halimi y Djamila Boupacha, la militante de tan solo veintidós años relató su experiencia traumática con gran sencillez. La abogada, enfrentándose “a la arbitrariedad de los permisos de viaje”²¹, había logrado llegar a Argel con una mínima antelación respecto a la vista ante el tribunal militar, convocada para la mañana del 18 de mayo de 1960, en que se juzgaría a Djamila tras confesar que había puesto una bomba, desactivada antes de explotar, en la *Brasserie des Facultés* de Argel el 27 de septiembre de 1959 y haber sido inculpada por pertenencia a organización criminal y por tentativa de homicidio, delitos que eran castigados con pena de muerte. Mientras esperaba en el locutorio de mujeres de la cárcel de Barberousse, Halimi se preguntaba cómo sería esa joven que había resistido a todas las presiones negándose a suprimir las dos últimas frases de su declaración: “Pido que me vea un médico. He sido torturada”²². Iniciada la conversación, Djamila contestaba brevemente, sin pasión, a las preguntas de la abogada, hasta el instante en que alzó la voz para decir que era una agente del FLN dispuesta a morir por la independencia de Argelia. Luego se desgarrró, dijo que lo había confesado todo, y con una voz entrecortada, casi sollozante, que le habían hecho daño, “tanto daño”²³. Detenida violentamente por las fuerzas del orden en su casa, junto a su padre y su cuñado, la noche del 10 al 11 de febrero de 1960²⁴, había sufrido desde ese día, en el cuartel militar de

²¹ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha*, Gallimard, Paris, 1962. Citaremos la traducción al castellano, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, trad. de N. Petit, Seix Barral, Barcelona, 1963, p. 24.

²² *Ibid.*, p. 28.

²³ *Ibid.*, p. 29.

²⁴ Véase el relato completo en la biografía de Khalfa MAMERI *Djamila Boupacha. L'inoubliable héroïne de la guerre d'Algérie*, Thala éditions, Alger, 2013 (formato Kindle).

El Biar y en Hussein Dey, terribles maltratos y humillaciones como la rotura de una costilla a patadas, la vejación verbal mientras permanecía desnuda atada a un sillón, la aplicación de electrodos y las quemaduras de cigarrillo en los lugares más sensibles y más íntimos de su cuerpo, y el juego de la báscula en una bañera, atada de pies y manos y colgada como una pieza de caza. De todos los ultrajes sufridos, el más atroz y denigrante fue la penetración en la vagina del gollote de una botella de cerveza, que los torturadores habían vaciado escupiendo sobre su cuerpo, lo que le produjo una gran hemorragia y la mantuvo inconsciente durante dos días²⁵.

Gisèle Halimi queda conmocionada por el relato de la tortura de Djamila Boupacha, a pesar de estar acostumbrada a descripciones de este tipo de tormentos. Siente una gran indignación ante una mujer abandonada día y noche, durante semanas, “a unos hombres a los que la certeza de la impunidad hacía más monstruosos todavía”, y a los que “entre tanto, en París, se les condecoraba con la Legión de Honor”²⁶. Indignación unida a la ternura despertada por las palabras de despedida: “Mis padres no lo saben. Quiero decir que lo saben, pero no lo saben todo... lo de la botella no lo saben. No les he dicho nada. Es demasiado grave para *nosotros*”. Y lo que sería su máxima preocupación: “Ya no sé si soy *doncella*... ¿Entiendes? Me había desmayado, y me salió sangre, cuando me bajaron a la celda”. A raíz de estas confidencias, empieza a fraguarse un vínculo de amistad: “¿Tú que crees? ¿Qué ya no soy *doncella*? Dímelo sinceramente... ¿Qué crees?” La joven que, como el resto de detenidas y detenidos políticos, ayunaba durante todo el día, no da muestras de debilidad sino de una gran firmeza en su reiterada súplica, ligada al temor de la pérdida de la virginidad: “tiene que verme un médico”²⁷.

La relación de afecto entre abogada y clienta, que surgió en esta primera entrevista, influyó poderosamente en la convicción compartida de que la agresión sexual padecida en los interrogatorios no podía ser silenciada. Como recuerda Vanessa Codaccioni, será la propia Gisèle Halimi quien declararía años más tarde que los lazos emocionales entre ambas serían la clave de la excepcionalidad de este caso: “Si se quiere comprender la historia de Djamila Boupacha, hay que comprender el vínculo que se estableció entre

²⁵ La descripción detallada del “suplicio” padecido se encuentra en el capítulo así titulado dentro del libro S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., pp. 35-48.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁷ *Ibid.*, p. 47.

nosotras dos. Yo creo que ella quedó perturbada por mi perturbación [...] Debí aparecer ante ella como un ser tan conmovido que me convertí en alguien muy próximo”²⁸. De algún modo, Djamila Boupacha representaba “la integridad del cuerpo de la mujer, su respeto, su independencia, su autonomía, su compromiso político [...] Ella mostraba que el coraje, la resistencia, el compromiso de las mujeres podía equivaler o incluso superar al de los hombres en contextos difíciles, porque ella era musulmana, porque era creyente, porque había sido violada, pues todo esto era muy importante, y también el hecho de que las torturas que había sufrido fueran torturas que tenían el objetivo de atacar su dignidad como mujer. La violación no era lo mismo que las bastonadas en las plantas de los pies”²⁹. Todas las causas que Halimi dice alimentar desde siempre –la causa de las mujeres, los derechos humanos, la lucha contra la tortura y el anticolonialismo– están aquí presentes.

Antes de la vista, Halimi solicita al Fiscal general de Argel, Robert Schmelk, que el proceso sea aplazado por falta de tiempo para preparar la defensa y le anuncia la interposición de una querrela por secuestro y torturas. Ante la pregunta sobre si Djamila puso la bomba, la abogada responde: “No lo sé. Es una cuestión que para mí no tiene importancia, ya que, culpable o no, es una militante argelina a quien yo defendería de todas formas”³⁰. En una nueva visita a la cárcel, Djamila le hace un pequeño relato de su implicación en el FLN, que en principio era tan solo de simpatía pues trabajaba en prácticas en un hospital y no quería disiparse de sus estudios. Sin embargo, a partir del momento en que ninguna musulmana logra entrar en nómina, toma conciencia de que las estructuras anacrónicas y

²⁸ Entrevista con Gisèle Halimi el 9 de julio de 2008, citada por V. CODACCIONI, “(Dé) Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial: le viol, le procès et l’affaire”, cit., p. 35. Un vínculo emocional que se prolonga a las relaciones entre las dos familias.

²⁹ Ibid., p. 36.

³⁰ Ibid., p. 50. Khalfa MAMERI en su biografía *Djamila Boupacha. L’inoubliable héroïne de la guerre d’Algérie*, cit., recuerda haber oído decir claramente a Djamila en un encuentro el 30 de marzo de 2013 que ella se preparaba para colocar una “segunda bomba”, y que reconoció espontáneamente en una foto a quien le remitió la bomba de la *brasserie*. En una entrevista en *El Djeich. Revue mensuelle de l’Armée nationale populaire*, núm. 652, 2017, la propia Djamila afirma: “En este contexto, dado que la revolución había movilizado todos los medios para encontrar eco en la opinión pública francesa e internacional y estrechar el cerco al ocupante, fui encargada de poner bombas en los lugares frecuentados por los colonos y otras operaciones, la última de las cuales tuvo lugar en 1959 cerca de la Facultad central”, p. 53. Véanse también las declaraciones recogidas en *Le Grand Soir* el 20/12/2013: <https://www.legrandsoir.info/djamila-boupacha-heroine-de-la-guerre-de-liberation-femme-sans-peur-dame-de-coeur.html>

discriminatorias “en este país que es nuestro”, pero en el que “todo es para los franceses”³¹, nos impiden, irremediablemente, avanzar y ser libres. Es entonces cuando, influida principalmente por el patriotismo de su familia, empieza a colaborar en la lucha política a través de robos de medicamentos para los muyahidines, enlaces, misiones de información, y en alguna ocasión escondiendo en su casa, e incluso en su habitación, a responsables del *maquis*.

En el último momento, Halimi consigue el aplazamiento del juicio, lo que, según afirma, le permitirá hacer que, de regreso a París, “estalle el escándalo”³². Su estrategia de defensa consistirá en demostrar que las confesiones han sido arrancadas bajo tortura y, así, evitar la condena a muerte de su clienta por sus cargos de terrorismo y lograr la correlativa imputación de los torturadores. Para todo ello era imprescindible conseguir que el proceso se trasladara a Francia, pues la promulgación del decreto nº 60-118, de 1960, que instituyó un régimen especial de jurisdicción militar para los juicios relacionados con la seguridad nacional, creaba en Argelia un contexto jurídico muy alejado de los principios del Estado de Derecho. En un artículo publicado en *Les Temps Modernes*³³, Halimi se suma a la crítica capitaneada por Jacques Vergès, Michel Zavarian y Maurice Courrégé, autores de *Le droit et la colère*³⁴.

En esta situación, a la vuelta de Argel y dado que se había señalado el 17 de junio como fecha de la próxima audiencia ante el tribunal militar, había que actuar rápidamente. La tortura infligida a Djamila era un “crimen particularmente atroz e inexcusable” y “toda Francia tenía que saberlo. Era preciso por ella, por los argelinos, por nosotros, por nuestros silencios y nuestras cobardías, por nuestro honor” y “habrá que gritar muy fuerte”³⁵. Halimi escribe al general De Gaulle y a las máximas autoridades de la República. También se dirige a Daniel Mayer, presidente de la Liga de los Derechos del Hombre, y a François Mauriac, con quien había colaborado en alguna ocasión pero que en este caso escribió una nota en su sección de *L'Express* que ella consideró decepcionante, por sus reticencias y ambigüedades.

³¹ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 57.

³² *Ibid.*, p. 63.

³³ G. HALIMI, “D’Henri Alleg à Djamila Boupacha”, núm. 171, junio de 1960.

³⁴ Éditions de Minuit, París, 1960.

³⁵ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p.31.

1.3. Simone de Beauvoir: anticolonialismo y crisis de identidad

Estaba convencida de que Simone de Beauvoir respondería de un modo mucho más claro y contundente. Se habían conocido en un acto de campaña por el no en el referéndum constitucional de 28 de septiembre de 1958, al que Simone de Beauvoir acudió acompañada por Sartre³⁶. Halimi se sintió abrumada cuando Simone de Beauvoir, “la liberadora”, alguien muy importante para ella y para su generación, le dijo admirarla por ser una joven activa y comprometida. La abogada respondió a sus preguntas sobre su profesión, sobre Argelia, y confiesa que se puso a temblar “al ver una comunión de ideas entre las dos casi perfecta”³⁷. Sin embargo, aunque desde el primer encuentro Beauvoir fue uno de sus “referentes esenciales”, “sin poderlo explicar” dice sentir una carencia: “esperaba a una mujer de combate y descubrí cada vez más a una entomóloga”³⁸. Todo estaba programado: los horarios, los ritmos de los encuentros, los temas a tratar.

Cuando Gisèle Halimi se puso en contacto con Simone de Beauvoir para contarle el caso de Djamila Boupacha, como era previsible, se mostró absolutamente disponible a la hora de “buscar, las dos juntas, el medio radical de provocar las reacciones”³⁹. El primer paso sería publicar un artículo en *Le Monde* para “arrancar brutalmente a los franceses de su confortable indiferencia sobre la cuestión argelina”⁴⁰ y conseguir un nuevo aplazamiento del juicio. A la hora de la publicación, las gestiones con Robert Gauthier, redactor jefe del diario, fueron difíciles pues nada más recibir el artículo telefona a Beauvoir para decirle que tienen muy malas referencias de Djamila Boupacha: “un alto funcionario, que está muy al tanto, nos asegura que hay graves cargos contra ella”; a lo que la autora responde: “eso no justifica que le hayan metido una botella ya sabe dónde”⁴¹. Además, Gauthier intenta que sustituya la palabra “vagina” por “vientre” y la frase “Djamila era virgen” por una perífrasis. Ante la negativa, se decide imprimir estas palabras entre paréntesis.

³⁶ En sus memorias, *La lait de l'oranger*, le dedica el capítulo titulado “Le petit homme” (pp. 367-382). Gisèle Halimi se convertiría en abogada de Sartre y le profesaría una indefectible estima.

³⁷ *Ibid.*, p. 347.

³⁸ *Ibid.*, p. 348. El capítulo dedicado a Beauvoir en la autobiografía se titula “El Castor” (apodo con el que siempre se la conoció, procedente de un juego de sonidos entre su apellido y la palabra *beaver*, castor en inglés), pp. 345-366.

³⁹ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 70.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 584.

El artículo de Simone de Beauvoir aparecerá en *Le Monde* el día 2 de junio de 1960 bajo el título “Pour Djamila Boupacha”, recordando al manifiesto en pro de Djamila Bouhired. Su impacto en la opinión pública fue inmediato, la edición publicada en Argel sería incautada y se recibieron cartas a favor o en contra tanto en la redacción del periódico como a la atención de Gisèle Halimi, y no solo de Francia sino de diferentes países del mundo. Como observa Julien Murphy, “semejante censura y atención fueron bastante extraordinarias. La autora de *El segundo sexo* aborda el caso de una mujer rebelde; una mujer africana rebelde, era demasiado para el *establishment* francés”⁴². El inicio del artículo tiene una gran fuerza expresiva: “Lo más escandaloso del escándalo es que uno se acostumbra a él. Parece sin embargo imposible que la opinión permanezca indiferente ante la tragedia que está viviendo una joven de veintidós años, Djamila Boupacha”⁴³. A continuación, se relata la situación de la activista, obligada a confesar bajo tortura y obstaculizado el ejercicio de su derecho a la defensa, y se señala que, aunque “ya no está en poder de nadie borrar los tormentos que le fueron infligidos ni los que sufrieron su padre y su cuñado, todavía se puede detener la marcha de la injusticia. Se puede y se debe retrasar el proceso hasta que se hayan elucidado las circunstancias en las que Djamila habló”⁴⁴. Simone de Beauvoir interpela directamente al gobierno de De Gaulle, que debe asegurar la protección de los testigos y castigar a los torturadores, y que, si renunciara a cumplir con sus obligaciones, “con esta abdicación, traicionaría a Francia entera [...] Cuando los dirigentes de un país consienten en que se cometan crímenes en su nombre, todos los ciudadanos pertenecen a una nación criminal. ¿Vamos a consentir que sea la nuestra?”⁴⁵. La denuncia de Beauvoir se basa en la constatación de que, incluso por parte de antiguos miembros de la Resistencia, se utilizan métodos que apenas se distinguen de los de la ocupación, permitiendo prácticas propias del crimen político que contradicen sustancialmente los valores fundacionales de la nación francesa al desnaturalizar los ideales de libertad, igualdad y fraternidad. La acusación se extiende a la población de su país y, por tanto, a sí misma como miembro del pueblo francés, por la complicidad directa o indirecta con sus gobernantes, es decir, por una cola-

⁴² J. MURPHY, “Beauvoir and the Algerian War: Toward a Postcolonial Ethics”, cit., p. 279.

⁴³ S. de BEAUVOIR, “Pro Djamila Boupacha”, publicado como anexo en S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., pp. 226-229, p. 226.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 228.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 229.

boración activa o pasiva con un régimen opresivo y violento, independientemente de las actividades y creencias políticas individuales.

En este breve artículo se concentran todos los argumentos que Simone de Beauvoir desarrolla desde el inicio de la guerra de Argelia en 1954 y que quedan reflejados de forma pormenorizada en el volumen de sus memorias titulado *La force des choses*⁴⁶, publicado en 1963. Este libro autobiográfico recorre el periodo comprendido entre la liberación de París y la independencia de Argelia, y su segunda parte es en buena medida una narración retrospectiva del impacto que la situación argelina causó en su personalidad hasta llegar a redefinir su identidad. La experiencia cotidiana constata “la magnitud de la violencia que se manifestaba en la relación entre colonizadores y colonizados. Una relación estructuralmente violenta”⁴⁷. A su juicio, las atrocidades y la tortura no eran un exceso o abuso sino la lógica propia de la guerra colonial que, “contra la voluntad colectiva e indomable” de “un pueblo resuelto a morir en masa antes que renunciar a su independencia”, solo puede llevar a una conclusión: “el exterminio”⁴⁸. En este sentido, como sostiene Sami Naïr: “El anticolonialismo de Beauvoir no se reduce a una cuestión de toma de conciencia política, se trata de una convicción filosófica profunda. La colonización supone a su juicio la dominación, a la vez violenta y opresiva, de un cuerpo sobre otro, de un Estado, de una sociedad y de una cultura sobre otras”⁴⁹. En esta línea, resulta sorprendente comprobar la escasa atención que ha recibido este aspecto en la literatura dedicada a Simone de Beauvoir⁵⁰, cuando resulta crucial para entender su evolución y las claves de su contribución a la filosofía política.

⁴⁶ Nacida en 1908 en París, relató su infancia y adolescencia en *Les Mémoires d'une jeune fille rangée* (1958) y sus inicios como escritora, la guerra y la ocupación en *La Force de l'âge* (1960).

⁴⁷ L. MARSO, “Simone de Beauvoir on Violence and Politics” en L. HENGHOLD y N. BAUER (ed.), *A Companion to Simone de Beauvoir*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2017, pp. 299-310, p. 307.

⁴⁸ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p.19.

⁴⁹ S. NAÏR, *Acompañando a Simone de Beauvoir. Mujeres, hombres, igualdad*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2019, p.103.

⁵⁰ Julian Murphy, con apoyo en un gran número de referencias bibliográficas a las que remitimos, da cuenta de esta carencia especialmente en el caso de los críticos y biógrafos estadounidenses, que retratan a Simone de Beauvoir como una figura apolítica y literaria. Así, es recurrente la imagen de una escritora burguesa absorta por sus relaciones sentimentales y solo mínimamente involucrada en cuestiones políticas. No es raro encontrar una discusión mucho más amplia, por ejemplo, sobre su relación con el escritor Nelson Algren, que sobre su posición ante la guerra de Argelia. También es frecuente explicar las actividades políticas de Beauvoir en este terreno por la influencia de Sartre cuando en realidad hubo importantes dis-

La guerra de Argelia marcó un punto de inflexión en su pensamiento, pero no supuso una ruptura respecto a las reflexiones y vivencias plasmadas en libros anteriores como *Pour une morale de l'ambiguïté* o *l'Amérique, le jour au jour*, ambos publicadas en 1947. En el primero de ellos, que es uno de los pocos ensayos filosóficos sobre la ética desde una perspectiva existencialista, la libertad, condición primera de toda justificación de la existencia, es aquello que se quiere para sí mismo y también para los otros, lo que subraya la interdependencia entre todas las luchas de liberación y el rechazo de las diferentes formas de opresión. En su estancia en Estados Unidos, plasmada en el segundo de los libros citados, Beauvoir había descubierto la intersección entre raza y clase, y regresa impactada por la cuestión racial, que será desde entonces una de sus preocupaciones constantes. Las condiciones de vida de los negros y de los obreros obligan a denunciar conjuntamente el racismo y la explotación.

Durante el proceso argelino de liberación se agudiza el ataque de Simone de Beauvoir al racismo del patriota francés. Recordando el ambiente y los sucesos acaecidos en 1955, comenta que por aquel entonces la palabra independencia era tan impopular que nadie la pronunciaba y que incluso “en *Les Temps Modernes*, donde la deseábamos y la considerábamos inevitable, nos absteníamos de llamarla por su nombre”, pues “el país entero, obreros y patronos, campesinos y burgueses, civiles y militares, cayó en el chauvinismo y en el racismo”⁵¹. Tras la humillación francesa en Indochina, la derecha no podía permitir que “los traidores clavaran el puñal por segunda vez en la espalda de la madre patria”⁵². Al mismo tiempo, “el partido comunista temía alejar a la masa al mostrarse menos nacionalista que los otros partidos” y “no combatía el racismo de los obreros franceses que veían a los 400.000 norteafricanos instalados en Francia a la vez como intrusos que les robaban

crepancias y una mayor implicación personal por parte de ella. En ocasiones, si se mencionan sus opiniones sobre Argelia, se describen como una obsesión casi patológica ligada al deseo de dar sentido a su vida. Como conclusión de este documentado estudio, podemos observar que los escritos de Beauvoir sobre Argelia apenas han merecido atención ni en los estudios sobre su obra ni tampoco en los análisis de la descolonización, y, además, suele omitirse la referencia a su libro en coautoría sobre Boupacha. En cambio, recuerda Murphy, como señaló Hélène de Beauvoir, al funeral de su hermana en 1986 acudieron muchas mujeres argelinas, junto a otras mujeres africanas. Véase el apartado titulado “Beauvoir and Her Critics” de J. MURPHY, “Beauvoir and the Algerian War: Toward a Postcolonial Ethics”, cit, pp. 276-279.

⁵¹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 400.

⁵² *Ibid.*, p. 399.

sus puestos y como un subproletariado despreciable”⁵³. Con la evolución de los acontecimientos bélicos, la prensa permanecía acrítica, habiéndose convertido “en una empresa de falsificación” y “el país consentía alegremente la guerra, con la condición de que se la disfrazase”⁵⁴. Su malestar es evidente: “Soy una intelectual, concedo un valor a las palabras y a la verdad; tuve que soportar cada día, una y otra vez, la agresión de las mentiras que escupían todas las bocas”⁵⁵.

A Beauvoir le duele la indiferencia de los franceses ante las atrocidades cometidas por su ejército en Argelia e incluso en la metrópoli bajo la dirección de Maurice Papon. Lo que resulta realmente deplorable y aterrador es que en un régimen democrático no se suscite una reacción contundente. En 1957 ya había muchas noticias que daban cuenta de “los huesos rotos, las quemaduras en la cara, en el sexo, las uñas arrancadas, los empalamientos, los gritos, las convulsiones [...] Batallones enteros saqueaban, incendiaban, violaban, masacraban. La tortura era empleada como medio normal y esencial de información. No se trataba de accidentes ni de excesos sino de un sistema”⁵⁶. La coincidencia con Gisèle Halimi en el diagnóstico de la situación es evidente y también las quejas recurrentes sobre la apatía general: “Mis compatriotas no querían saber nada [...] La conspiración del silencio triunfó únicamente porque todo el mundo se hizo cómplice de ella”⁵⁷.

En medio de la exaltación patriótica y de la indiferencia generalizada, quienes denunciaron estos crímenes fueron considerados traidores de la patria. Los comentarios de Simone de Beauvoir al respecto muestran hasta qué punto la guerra de Argelia caló en su espíritu: “Me habían tratado, junto con otros, de antifrancesa: ahora lo era. No toleraba más a mis conciudadanos”⁵⁸; “Me sentía tan desposeída como en los primeros tiempos de la ocupación. Y era aún peor, puesto que yo resultaba, lo quisiera o no, cómplice de esta gente entre la cual no soportaba ya estar. Es lo que menos les perdonaba. Hubiera

⁵³ Ibid., p. 400.

⁵⁴ Ibid., p. 430.

⁵⁵ Ibid., p. 429. Años antes, con ocasión del juicio por colaboracionismo de Robert Brasillach, en el que Beauvoir se negó a firmar un escrito de petición de gracia (sería ejecutado en 1945), hace un comentario muy parecido citando a la filósofa Simone Weil: “Por oficio, por vocación, concedo una enorme importancia a las palabras. Simone Weil exigía que se condujera ante un tribunal a los que se sirven de la escritura para mentir a los hombres, y la comprendo. Hay palabras tan mortíferas como una cámara de gas”, Ibid., p. 35.

⁵⁶ Ibid., p. 431.

⁵⁷ Ibid., p. 432.

⁵⁸ Ibid., p. 433.

sido necesario darme desde la niñez una formación de las SS, de paracaidista, en cambio de dotarme de una conciencia cristiana, democrática y humanista: sí, de una conciencia. Necesitaba mi propia estima para vivir, y me veía con los ojos de mujeres violadas veinte veces, de hombres con los huesos rotos, de niños enloquecidos: una francesa”⁵⁹. La mirada del otro, lejos de objetivarnos y limitarnos, es para ella una condición de posibilidad de la propia constitución en sujeto moral. La responsabilidad aparece en la experiencia intersubjetiva, que es siempre una instancia crítica respecto al punto de vista en que nos situamos⁶⁰. De este modo, Simone de Beauvoir se mira a sí misma desde la perspectiva de los argelinos y su posición dentro de la estructura colonial le resulta cada vez más inasumible. La dificultad proviene de este vínculo de pertenencia a un país del que se siente extraña, convirtiéndose esta sensación de extrañidad en factor de concienciación política. No era desde luego la primera vez que se comprometía con la causa de los oprimidos, había colaborado en muchas iniciativas, había denunciado otras situaciones injustas, había escrito los ensayos ya citados y una novela política, *Les Mandarins*, con la que gana el premio Goncourt, además de fundar una revista tan reivindicativa como *Les Temps Modernes*. Pero nunca se había sentido ajena a su ciudadanía francesa ni había vivido esta condición de un modo tan trágico: “Yo ya no soportaba esta hipocresía, esta indiferencia, este país, mi propia piel. Esa gente en la calle, cómplice o aturdida, eran los verdugos de los árabes: todos culpables. Y yo también. ‘Soy francesa’. Estas palabras me desgarraban la garganta, como la confesión de una tara [...] Me parecía arrastrar una de esas enfermedades cuyo síntoma más grave es la ausencia de dolor”⁶¹.

⁵⁹ Ibid., p. 434.

⁶⁰ El problema de la alteridad y la responsabilidad es abordado tempranamente por Simone de Beauvoir y marca importantes diferencias con Sartre, al tiempo que da cuenta de su influencia mutua. Como recuerda Verónica González, ya en dos de sus primeros escritos, *Pyrrhus et Cinéas* (1944) y *La sang des autres* (1945) cita la misma frase de Dostoievski: “Cada hombre es responsable de todo, ante todos”, y en *Pour une morale de l’ambiguïté* (1947) subraya que el existencialismo no es un solipsismo. Siguiendo a Michel Kail, a diferencia de los planteamientos sartreanos expuestos en *L’Être et le Néant* (1943), el hecho de que Beauvoir integrara el problema del otro en sus análisis en torno a la subjetividad influyó en los desarrollos de Sartre en la *Critique de la raison dialectique* (1960) Véase V. GONZÁLEZ, “‘Mis lágrimas deciden’. Sobre alteridad/es en Simone de Beauvoir” y M. KAIL “Beauvoir y Sartre, la puesta en juego de la alteridad” en O. GRAU et al. (ed.), *Simone de Beauvoir en sus desvelos. Lecturas feministas*, Centro de Estudios de Género, Universidad de Chile, 2016, pp. 253-271 y 273-294.

⁶¹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit, p. 451. Según Annabelle Golay, la vergüenza se revela entonces como un sentimiento fundamental, que sostiene su gesto de escritura, frente a frente consigo misma bajo la mirada del otro; decir su vergüenza, escribirla, consti-

La guerra de Argelia tuvo un impacto tan decisivo en Simone de Beauvoir que, según afirma, llegó a invadir su pensamiento, su sueño, su estado de ánimo. En el epílogo de *La fuerza de las cosas*, cuando Simone de Beauvoir hace un balance de sus experiencias, la naturaleza trágica de la guerra y de su propia posición vuelve a ponerse de manifiesto. Con amarga sinceridad, reconoce que su fama y sus privilegios son parte del poder colonial francés y de un sistema económico que ella detesta, pero del que se beneficia: “Sé que soy una aprovechadora y ante todo por la cultura que he recibido y las posibilidades que me ha proporcionado. No explotó directamente a nadie; pero toda la gente que compra mis libros es la beneficiaria de una economía fundada en la explotación. Soy cómplice de los privilegiados y estoy comprometida con ellos: por esto he vivido la guerra de Argelia como un drama personal. Cuando se está en un mundo injusto es inútil esperar purificarse por algún procedimiento; lo que habría que hacer es cambiar el mundo y eso no está en mi poder. Sufrir sus contradicciones no sirve de nada; olvidarlas es mentirse”⁶². Este callejón sin salida le lleva a sentirse muy alejada de un optimismo de lo absoluto capaz de tranquilizar la conciencia, sintiéndose, en cierto sentido, engañada. La experiencia de la vida, la realidad existencial, sobre todo a partir de la guerra de Argelia, le había mostrado el dolor, el hambre, la desesperación de millones de personas que viven la desdicha desnuda y ni siquiera pueden explicar sus sufrimientos. El escándalo es lo impronunciable y lo irrecuperable del mal⁶³. Se trata de situaciones que “ignoraba cuando era joven y cuando imaginaba que descubrir el mundo significaba descubrir algo hermoso”: “En ese aspecto también he sido engañada por la cultura burguesa y a eso se debe el que no quiera contribuir a engañar a los demás. En síntesis, cuando digo que he sido engañada lo hago para que los otros no sean engañados. En realidad, también es un problema de tipo social”⁶⁴. Por eso se siente con la obligación de alertar a los demás de la necesidad de experimentar la verdad de la condición humana sin mentirse, pues lo único absoluto es lo absoluto de la desdicha⁶⁵.

tuye el punto de partida para una moral solidaria y de la relación con los demás. A. GOLAY, “Féminisme et postcolonialisme: Beauvoir, Fanon et la guerre d’Algérie”, *International Journal of Francophone Studies*, vol 10 núm. 3, 2007, pp. 407-424, p. 418.

⁶² S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 756.

⁶³ *Ibid.*, p. 757.

⁶⁴ Entrevista con Madeleine Gobeil en S. de BEAUVOIR. *Entrevistas*, trad. L. Sánchez y M. Hincapié, ennegativo ediciones, Medellín, 2019, pp. 21-33, p. 32.

⁶⁵ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 758.

La izquierda francesa se había mostrado dividida y errática respecto a la guerra de Argelia, no había mantenido una posición coherente contra el colonialismo francés, y era incapaz de dar voz a quienes sufrían de forma tan extrema la injusticia y el dolor. En 1955 Beauvoir todavía creía posible “hacer algo por la independencia por medios legales”⁶⁶, pero, conforme avanzan los acontecimientos, la aproximación a las actividades del FLN, a la red de apoyo dirigida clandestinamente por Francis Jeanson, la firma del Manifiesto de los 121 apelando a la insumisión⁶⁷ y las críticas a Albert Camus y a todos aquellos que se oponían frontalmente al uso de la violencia como respuesta a la violencia, eran la prueba de la radicalización de su posicionamiento público⁶⁸. Con la intención reiterada de no engañarse ni engañar a los demás, concluye: “Ya que la izquierda no había logrado llevar a cabo un combate eficaz dentro de la legalidad, si uno quería permanecer fiel a las convicciones anticolonialistas y romper toda complicidad con esta guerra, no quedaba otra posibilidad que la acción clandestina. Yo admiraba a aquellos que se dedicaban a ella, pero exigía un compromiso total, y pretenderme capaz de él hubiese sido hacer trampa: no soy mujer de acción; la razón de mi vida es escribir, para sacrificarla, hubiese tenido que sentirme indispensable en otro lado, y no era para nada el caso. Me conformé con hacer favores cuando me los pedían; algunos de mis amigos hicieron más que yo”⁶⁹.

1.4. Responsabilidad compartida

Uno de estos favores fue su respuesta a la llamada de Gisèle Halimi para defender la causa de Djamila Boupacha, cuya primera manifestación sería el referido artículo de *Le Monde* de 2 de junio de 1960, y que alcanzaría su máxima expresión a través del libro *Djamila Boupacha*, publicado en 1962 y editado en castellano solo dos años después con el elocuente subtítulo *Proceso a la tortura*. Como sugiere Judith Surkis, sus dos intervenciones escritas sobre

⁶⁶ Ibid., p. 435. Más tarde, en otro libro autobiográfico, *All Said and Done* (Warner Books, New York, 1974, p. 125) constatará con decepción que “en octubre de 1963 las torturas y las masacres ya eran historia antigua, que no preocupaba a nadie”.

⁶⁷ Así llamado por el número de firmantes, aunque su nombre es “Declaración sobre el derecho a la insumisión en la guerra de Argelia”. El Manifiesto fue censurado y hubo incriminaciones por apología de la insumisión y de la desertión e incitación a la desobediencia.

⁶⁸ Gisèle Halimi manifiesta una clara oposición a toda justificación del uso de la violencia y, como adepta de la no-violencia, se distancia de Sartre. Véase G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., p. 376.

⁶⁹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., pp. 537-538.

este asunto, una al comienzo y otra al final, fueron cuidadosamente ubicadas⁷⁰. Simone de Beauvoir fue quien propuso en julio de 1961 que se redactase un libro o un folleto con una relación completa del caso⁷¹. A través de esta iniciativa y de la aceptación de la coautoría del libro de Gisèle Halimi, realiza un gesto muy comprometido, que le reportaría graves consecuencias en forma de desprestigio, insultos y amenazas⁷², y sobre todo un gesto muy excepcional, ya que nunca había firmado un libro con otra persona, ni siquiera con Sartre a pesar de su simbiosis intelectual⁷³. La autora recuerda en sus memorias que aceptó suscribir el texto escrito por Gisèle Halimi “para compartir la responsabilidad”⁷⁴, con plena conciencia del alto precio que las dos deberían pagar por continuar en el empeño de dar la máxima visibilidad pública al caso⁷⁵.

Simone de Beauvoir, además de aparecer formalmente como coautora del libro –aunque al inicio del cuerpo de la redacción consta solo el nombre de Gisèle Halimi– escribe el prólogo, que, por su estilo literario, resulta también excepcional en el marco global de su obra, compuesta de ensayos, novelas y escritos autobiográficos. El prólogo no pertenece a ninguno de estos registros, aunque sí mantiene el tono personal y directo de sus memorias, que en la segunda parte de *La fuerza de las cosas*, tal como hemos visto, se materializa en el relato de una vivencia íntima y descarnada de la guerra de Argelia. La novedad reside ante todo en su fuerte carácter interpelante; es una exhortación dirigida a la opinión pública para que tome partido a fa-

⁷⁰ J. SURKIS, “Ethics and Violence. Simone de Beauvoir, Djamila Boupacha and the Algerian War”, *French Politics, Culture & Society*, vol. 28, núm. 2, 2010, pp. 38-55, p.45.

⁷¹ La propuesta sería aprobada por unanimidad. Y el libro quedó “abierto” y fue completado por toda una serie de testimonios y documentos.

⁷² Según Melissa Ptacek, de todas las incursiones públicas en relación con la denuncia de la tortura en la guerra de Argelia, la que más avivó la ira de sus oponentes, incluso con amenazas de muerte, fue la intervención en el caso de Djamila, M. PTACEK, “Simone de Beauvoir’s Algerian war: torture and the rejection of ethics”, *Theory and Society*, núm. 44, 2015, pp. 499-535, p. 522.

⁷³ En un momento de *La fuerza de las cosas*, Simone de Beauvoir escribe: “Nuestros pensamientos se han criticado, corregido, sostenido, con tanta asiduidad, que nos son totalmente comunes”, cit., p. 746.

⁷⁴ Ibid., p. 712.

⁷⁵ Según Anne Strasser, con este prólogo, el año de la publicación del libro, 1962, marca el compromiso de Beauvoir sola; un compromiso que pasa ante todo por su pluma pero que le obligará a lanzarse a la batalla y salir a la calle, A. STRASSER, “1962: Simone de Beauvoir ou le désenchantement” en P.L. FORT y Ch. ACHOUR (ed.), *La France et l’Algérie en 1962*, Karthala, Paris, 2013, pp.149-161, p.156.

vor de una mujer torturada y en contra de un gobierno que practica y tolera la tortura. Las palabras adquieren el valor de un requerimiento “en un movimiento –subraya Diane Perpich– que es retóricamente poderoso pero inusual en ella”⁷⁶, pues le plantea directamente al lector la elección entre la siguiente alternativa: “O se coloca de parte de los verdugos de quienes sufren hoy y consiente tranquilamente el martirio al que, en nombre de usted, y casi ante sus ojos, son sometidos millares de Djamilas y de Ahmeds; o bien rechaza usted no sólo ciertos procedimientos, sino también el fin que los autoriza o los reclama [...] No hay terceros caminos”⁷⁷.

Claude Francis y Fernande Gontier, tras invocar los inicios del prólogo –en que se califica la represión de genocidio por haber causado más de un millón de víctimas y haber convertido los centros de reagrupamiento en campos de exterminio, sirviendo accesoriamente de burdeles a los cuerpos de élite–, señalan que nos encontramos ante “uno de los temas más importantes del pensamiento de Simone de Beauvoir: el desvelamiento” y que ya “desde 1945, en España y en Portugal, se había tropezado con la incredulidad de su auditorio cuando había descrito la ocupación y los campos de concentración”⁷⁸. En este sentido, el libro “es interesante sobre todo porque desmonta, pieza por pieza, una máquina de mentiras tan perfectamente construida que, durante los últimos siete años, apenas si ha permitido que se filtrasen algunos vislumbres de verdad. ¡Cuántas veces he chocado contra esta respuesta: ‘de todos modos, si fuese una cosa tan corriente, tan enorme, tan horrible, se sabría!’ Pero precisamente porque es tan corriente, tan horrible y tan enorme, era necesario que no se supiera”. De este modo, “lo excepcional en el caso Boupacha no son los hechos: lo excepcional es que hayan sido puestos al descubierto”⁷⁹.

A este propósito, con el objetivo directo de la suspensión del juicio en Argel, previsto para el 17 de junio, y del traslado de la acusada y de la causa a Francia, Gisèle Halimi y Simone de Beauvoir crearon el *Comité pour Djamila Boupacha*, cuya actividad trataría de convertir a la militante “en un símbolo”, con el objetivo final de lograr el castigo, efectivo y público, de sus torturado-

⁷⁶ D. PERPICH, “Beauvoir’s Legacy to the Quartiers: The Changing Face of French Feminism,” en L. HENGHOLD y N. BAUER (ed.), *A Companion to Simone de Beauvoir*, cit., pp. 489-499, p. 496.

⁷⁷ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 20.

⁷⁸ Cl. FRANCIS, F. GONTIER, *Les écrits de Simone de Beauvoir. La vie, l’écriture, avec en appendice textes inédites ou retrouvés*, Gallimard, Paris, 1979, p. 201.

⁷⁹ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 10.

res⁸⁰. Françoise Sagan escribió un artículo a su favor en *L'Express* justamente un día antes de la fecha señalada para el juicio. Y de nuevo se conseguiría el aplazamiento, ya que, tras otra visita a la cárcel de Barberousse, Halimi fue expulsada del país dos días antes de la vista y “el tribunal, que conocía las reacciones que el asunto había provocado, no se había atrevido a juzgar a la joven en ausencia de su abogada”⁸¹. La indignación ante estos hechos hizo que el comité fuera sumando a “personalidades adheridas a las corrientes políticas, filosóficas y religiosas más diversas”⁸², algunas de las cuales colaboraron en la parte del libro dedicada a los “testimonios”. Hay que destacar que se contó también con el singular apoyo de Pablo Picasso, que en diciembre de 1961 hizo un bello retrato de Djamila Boupacha con el que se ilustró la cubierta del libro. La historia de la activista torturada inspiró ese mismo año al pintor Roberto Matta para *Le Supplice de Djamila* y en 1962 al músico Luigi Nono⁸³.

Los miembros del comité que tuvieron un papel más activo fueron Anise Postel-Vinay y Germaine Tillion, representantes eminentes de la resistencia y de la deportación, la escritora Bianca Lamblin, que figuraría como secretaria, y por supuesto Gisèle Halimi y Simone de Beauvoir, que ostentará el cargo de presidenta. A pesar de tratarse de un comité mixto, con una importante presencia masculina, el evidente protagonismo de las mujeres en las acciones en defensa de Djamila Boupacha ha llevado a profundizar en la dimensión de género de este movimiento pues fue, sin duda, un paso importante hacia la visibilidad de las mujeres en la acción política. Vanessa Codaccioni reflexiona sobre este aspecto, destacando que la especificidad de la aportación de las intelectuales que colaboraron en el comité reside en un activismo particularmente comprometido, que “a la inversa de sus homólogos varones, no se reduce a un simple posicionamiento”⁸⁴. La impronta que

⁸⁰ Ibid., p. 75.

⁸¹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 585.

⁸² Entre las adhesiones al comité, encontramos las firmas de Jean Amrouche, Aimé Cesaire, Lucie Faure, Edouard Glissant, René Julliard, Hélène Parmelin, Jean-Paul Sartre, Elsa Triolet, André Schwarz-Bart, Gabriel Marcel, Jacques Lacan o Maurice Merleau-Ponty.

⁸³ En pintura, el libro incluye también una serie de “estudios para un homenaje a Djamila Boupacha” de Robert Lapoujade; Roberto Matta pintó otro cuadro de denuncia de la tortura en Argelia titulado *La question*, y Picasso *Les femmes d'Alger*. En el cine, Caroline Huppert dirigió *Pour Djamila* (2012). Asimismo, varias obras literarias se han inspirado en su figura, como la novela *Dâ* (Soureyeh Mehr Téhéran, 2008, p. 11) de la escritora kurda iraní, Azam Hosseini.

⁸⁴ V. CODACCIONI, “(Dé)Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial: le viol, le procès et l'affaire”, cit., p. 39.

dejaron en el comité se manifestó ante todo en una primera toma de conciencia de la relevancia política que podían tener las prácticas de solidaridad entre mujeres. Esta concienciación, ligada a la denuncia de violación, marca una importante diferencia con el *affaire* Djamila Bouhired en el que, como observa Maya Boutaghou, también se puso de relieve la lucha de las mujeres por la independencia de Argelia y la fuerte implicación de algunos intelectuales. La creación de una red de apoyo resultó imprescindible para la movilización política⁸⁵.

Gisèle Halimi, al recordar el inicio de su trabajo en el caso Boupacha, se refiere a la toma de conciencia de ese crucial “descubrimiento del movimiento de las mujeres –hecho personal igual a hecho político– que explica la condición de cada una por la condición de todas. Y a la inversa”. La consecuencia es un “enfoque global”, que incluye “análisis y combate” y que está “necesariamente precedido por la escucha de los datos de una vida. Sin olvidar su afectividad y sus aspectos psicológicos. La sororidad lo exige, el cambio también”⁸⁶. Por su parte, Simone de Beauvoir, aunque “había aceptado la responsabilidad y la presidencia del comité”, parecía rechazar “cualquier aproximación sensible al problema. Ella consideraba a Djamila como una víctima entre miles, un ‘caso’ útil para llevar a cabo la batalla contra la tortura y la guerra”. Gisèle Halimi contrasta esa posición un tanto abstracta con su propia actitud ya que, nos dice, “yo deseaba restituir un poco de humanidad al enfrentamiento político, dar vida a Djamila ante la opinión pública como la había visto en la prisión. Una joven musulmana violada por los paracaidistas, quemada, destrozada, que seguía traumatizada por su estancia en el mundo de la barbarie y por la amenaza de una condena a muerte”⁸⁷.

Este contraste se pone de manifiesto en la primera conferencia de prensa del comité, el 24 de junio de 1960. El acto, cubierto por numerosos periodistas franceses y extranjeros, fue presidido por Simone de Beauvoir junto a Germaine Tillion, cuya presencia resultaba especialmente relevante por su condición de reputada etnóloga experta en la historia de Argelia. Tras darse a conocer los hechos, Bianca Lamblin lee una carta del padre de Djamila, también torturado, que describe los diferentes suplicios sufridos y habla de su

⁸⁵ M. BOUTAGHOU, “Trois puissantes femmes: Simone de Beauvoir, Gisèle Halimi, Djamila Boupacha, Entre lutte anticoloniale et combat féministe”, *Dalhousie French Studies*, núm. 103, 2014, pp. 9-21, p. 9.

⁸⁶ G. HALIMI, *La lait de l’oranger*, cit., p. 348.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 352.

dolor, de sus gritos, de sus protestas⁸⁸. La secretaria del comité hace esfuerzos para que no se le quiebre la voz, pero finalmente se rompe en sollozos. En ese momento, recuerda Halimi: “Simone de Beauvoir le arranca la hoja de las manos. Bruscamente. Y continúa ella misma la lectura. Contrariada por este fallo y como para evitar toda emoción, adopta un tono lo más seco posible y termina el relato”. Al final de la reunión, se queja: “Es ridículo... ¿por qué Bianca se ha puesto a llorar?”⁸⁹. En otros pasajes de *La lait de l’oranger*, Halimi también lamenta que Simone de Beauvoir nunca tuviera especial interés en conocer personalmente a Djamila y que, en general, siempre se pusiera una coraza cuando la emoción arriesgaba por aflorar, como “para conjurar una debilidad culpable, una carencia en la lucha, un error de comportamiento”. Sin embargo, añade: “Ello no impidió que en cada ocasión –Tribunal Russell contra los crímenes de guerra en Vietnam, dictadura de los coroneles griegos, batallas feministas– me mantuviera intacta en mi fervor por ella, y a su lado”⁹⁰. Las dos firmarían el *Manifiesto de las 343* por la despenalización del aborto, fundarían el movimiento *Choisir la cause des femmes* y participarían en muchas otras actividades feministas.

Sin evitar los desacuerdos a lo largo de este camino recorrido conjuntamente en los años setenta, el inicio estuvo jalonado por el asunto Boupacha y el trabajo en el seno del comité, que supuso realmente un despertar a la acción práctica como proyección del análisis teórico. El comité fue el banco de pruebas de una posible convergencia entre mujeres de diferentes corrientes ideológicas y discrepantes en muchos aspectos⁹¹ a la hora de luchar por los propios derechos, apuntando a una transversalidad, reclamada posteriormente, pero que nacía ahora de la necesidad acuciante de defender la dignidad pisoteada de otra mujer y de tratar de reparar de algún modo la injusticia causada por un dolor en sí mismo irreparable.

El paso siguiente para salvar a Djalima y perseguir a los torturadores sería conseguir la recusación o el desistimiento de los tribunales de Argel y sólo el ministro de Justicia, Edmond Michelet, estaba habilitado para solici-

⁸⁸ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 104.

⁸⁹ G. HALIMI, *La lait de l’oranger*, cit., p. 353.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 357-358.

⁹¹ De hecho, la propia Germaine Tillion, que, como etnóloga primero y como observadora después, había pasado largos periodos en Argelia desde 1935, escribirá una carta abierta a Simone de Beauvoir en 1964 donde señala que, gracias a este conocimiento directo de la situación, rechaza la violencia provenga de donde provenga y se siente unida al dolor de las víctimas por encima de las opciones políticas.

tarlo ante la Corte de Casación. No se podía perder tiempo, y al día siguiente de la conferencia de prensa se entrevistaría con él una delegación del comité compuesta por Simone de Beauvoir, Gisèle Halimi, Germain Tillion y Anise Postel-Vinay. En *La lait de l'oranger* se resalta el papel jugado por las dos últimas ya que, “al oponerse en este punto al gobierno que ellas habían elegido, gaullista como ellas, atrajeron a una parte de la opinión fluctuante –o incluso indiferente– ante los acontecimientos de Argelia. Por la vía del patriotismo moral”⁹². Simone de Beauvoir explica en sus memorias esta visita y el malestar que le produjo un responsable político que, reconociendo la existencia de la tortura y calificándola de gangrena, parecía incapaz de tomar una decisión. De hecho, él mismo se remitió a lo que le aconsejara el presidente de la Comisión de Salvaguardia de los Derechos y las Libertades Individuales (presidente también de la Sala de lo penal del Tribunal de Casación y miembro del Consejo Constitucional), Maurice Patin, magistrado al que consideraba “una conciencia”⁹³.

Así, a petición del ministro Michelet, la delegación del comité consiguió reunirse esa misma tarde con Patin. La narración de este encuentro es una de las páginas más sórdidas del asunto Boupacha y podríamos decir que de la historia de la tortura, tanto que Simone de Beauvoir dice verse obligada a volver sobre ella a pesar de aparecer con todo detalle en el libro firmado en coautoría. Según Diane Perpich, la semblanza del presidente de la Comisión en *La fuerza de las cosas* es una representación mordaz de la indiferencia moral burocrática, si bien la escritura se mantiene en un nivel descriptivo sin pasar a un análisis de algo similar a la banalidad del mal de Hannah Arendt⁹⁴. El encuentro comenzó de un modo natural, Germaine Tillion fue la primera en tomar la palabra justificando la petición de inhibición del tribunal de Argel en el hecho de haber visto muchos casos de tortura y, sin embargo, ni una sola querrela que acabara en sanción. Entonces Maurice Patin extendió la mano hacia una pila de documentos: “violaciones, muertes, torturas, todo estaba escrito allí, lo admitía y parecía preguntar: ¿qué puedo hacer?”⁹⁵ El orden en Argel solo podía reinar gracias a la acción de los militares, y a él “nadie le comprendía, su papel era difícil y su tarea abrumadora”⁹⁶. Además,

⁹² G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., p. 399.

⁹³ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 586.

⁹⁴ D. PERPICH, “Beauvoir’s Legacy to the Quartiers: The Changing Face of French Feminism”, cit., p. 496.

⁹⁵ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 587.

⁹⁶ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 110.

su reacción fue ya de entrada muy mezquina pues responsabilizó de esos “excesos” –no admitía hablar de tortura– a la escoria de los soldados novatos que se quedan con los detenidos por la noche cuando no están bajo la vigilancia de los oficiales. De repente, dirigiéndose a Simone de Beauvoir, le reprochó no haber contado los hechos con exactitud, haber cometido un delito por publicar la querrela y haber dado con su artículo un gran disgusto a los militares “que son verdaderos señores”⁹⁷ y muy gentiles. Halimi no quería desviarse del asunto y le explicó que Djamila había estado en manos de los torturadores treinta y tres días, que había sido maltratada. De repente, Patin la interrumpió: “¡Ah! Sí, ¡la botella!... cuénteme eso... ¿cómo le dijo su cliente que se la habían metido?”. Halimi repitió el relato de Djamila. “Ella estaba atada, boca arriba...” El rostro de M. Patin se iluminó: “¡Ah bueno!... ¡Entonces no se trata del verdadero suplicio!... como en Indochina, ¿no lo saben ustedes? (...) En Indochina se hacía de la siguiente manera: se sentaba al individuo encima de la botella... es muy violento... los intestinos revientan..., por otra parte, en general se mueren”. Esto último lo dijo “con una amable sonrisa”⁹⁸. Y de pronto, otro añadido igualmente impúdico: “Ustedes pretenden que ella era virgen. Pero, en fin, tenemos fotos de ella tomadas en su cuarto: está entre dos soldados de la ALN, con las armas en la mano y tiene una ametralladora”⁹⁹. Y otra observación, “¡esa Djamila no es nada simpática!”, seguida del argumento decisivo: “¡no quieren a Francia!”, a lo que Simone de Beauvoir respondió: “Con lo que han visto de Francia y de las botellas que les meten en el vientre a las chicas, no es extraño que no la quieran”¹⁰⁰. Cuando Germaine Tillion se levantó dando por terminada una conversación que, como aquella de hace años entre Gisèle Halimi y el general Massu, no tenía salida posible, el presidente de la Comisión aún hizo alguna consideración más “sobre la psicología de Djamila”: “¡se cree una Juana de Arco!”, a lo que Anise Postel-Vinay replicó desde el umbral de la puerta: “En 1940, cuando teníamos veinte años éramos muchas las que nos creíamos Juana de Arco”¹⁰¹. Patin acabó por estallar “sacando las uñas: No es lo mismo señora, usted, *usted es francesa*”¹⁰².

⁹⁷ Ibid., p. 108.

⁹⁸ Ibid., p. 109.

⁹⁹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 588.

¹⁰⁰ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 111.

¹⁰¹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 589.

¹⁰² S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 111.

2. LA DENUNCIA DE LA VIOLENCIA SEXUAL, PRIMER PASO HACIA UNA JUSTICIA DE GÉNERO

2.1. Un proceso que se cierra

Esta entrevista, citada *in extenso* sin omitir los detalles pues todo ellos son reveladores, es una experiencia directa de los elementos que rodearon la práctica de la tortura en la dominación colonial francesa y que, siguiendo a Ryan Kunkle¹⁰³, podrían sintetizarse en dos niveles de jerarquía, ligados ambos a la raza: la jerarquía de clase, pues incluso dentro del propio ejército se marca una clara diferencia por el estatus social entre la “escoria” local y la élite de los europeos, y la jerarquía de género, pues la violación no se considera auténtica tortura, se culpabiliza a la víctima por su comportamiento anterior y se niega todo posible rasgo de heroicidad en una mujer argelina. En el fondo, de forma velada, todo está justificado por el mantenimiento del orden público en un país sometido, y, precisamente, nada cuestiona más los códigos culturales de ese orden y de esa sumisión que la actitud de una mujer musulmana cuyo cuerpo torturado todavía es capaz de sustentar la rebelión.

La tenacidad de Djamila Boupacha a la hora de resistir a las presiones queda patente en su negativa a aceptar el acuerdo que se le propuso para intentar zanjar el asunto: “un psiquiatra la declararía irresponsable; sería absuelta, pero, al mismo tiempo, sus revelaciones perderían todo crédito; el proceso que pensaba iniciar contra sus torturadores no tendría lugar”¹⁰⁴. Gracias a esta determinación, el caso continuaba abierto, pero nadie parecía atender a la demanda de traslado a Francia. En medio del impasse, aparece en escena una figura que, en caso de actuar, pues no hay certeza sobre quién dio la orden¹⁰⁵, lo hizo con tanta eficacia como discreción: Simone Veil, la por entonces magistrada destacada en el ministerio de Justicia que sería unos años después ministra de Sanidad y presidenta del Parlamento Europeo. Anise Postel-Vinay y Germaine Tillion, compañeras de deportación, recurrieron a ella y, a los pocos días, ya en el mes de julio, en un Dakota militar, Djamila aterriza en Villacoublay camino a las prisiones de Fresnes, Pau, Lisieux y Rennes.

¹⁰³ Véase R. KUNKLE, “‘We Must Shout the Truth to the Rooftops’: Gisèle Halimi, Djamila Boupacha, and Sexual Politics in the Algerian War of Independence”, *Iowa Historical Review*, vol. 4 núm. 1, 2013, pp. 5-24.

¹⁰⁴ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 13.

¹⁰⁵ Véase, G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., pp. 398-399.

Lo importante ahora era el reconocimiento médico para un examen ginecológico, que determinara si la violación causó la pérdida de la virginidad, y un examen psicológico, que evaluara el choque emocional padecido. Con la dificultad de ponerse de acuerdo los cinco médicos que la reconocieron, se determinó que, aunque habían pasado demasiados meses para poder precisar la modalidad de la desfloración, los signos parecían avalar que se produjo de forma traumática. En cuanto al examen pericial psicosomático, en la parte redactada por la doctora Hélène Michel-Wolfrom¹⁰⁶, se estableció que su mentalidad era la de una virgen, que era incapaz de simulación o de mentira y que sufría “una neurosis de angustia, postraumática, con rasgos fóbicos y preocupaciones obsesivas”¹⁰⁷. Gisèle Halimi subraya la satisfacción de Simone de Beauvoir ante las conclusiones de este informe médico que presentó el 1 de diciembre de 1960 en una reunión del comité.

Dos semanas después, por decreto del 15 de diciembre¹⁰⁸, por fin el Tribunal de Casación confirma la inhibición definitiva del tribunal de Argel en favor del de Caen. Era un paso decisivo, aunque todavía quedaba un largo camino por recorrer. En junio de 1961, primera comparecencia de Djamila ante el tribunal y primer encuentro en Francia con sus padres tras un año sin verlos. En ese mismo mes, comisión rogatoria del juez Chausserie-Laprée, –un juez inquebrantable e impermeable a todas las presiones– solicitando de las autoridades de Argel las fotografías de todos los militares y policías que habían estado cerca de Djamila. Aún faltaban varios meses de espera y de sufrimiento en la cárcel de Lisieux para que Djamila Boupacha, que se había sumado a la huelga de hambre de los argelinos y argelinas detenidos en Francia, fuera conducida en una camilla ante el tribunal para mantener un careo con el doctor de El Biar y reconocer a sus torturadores en el test de las fotografías. Además, se contó con una pieza central, la declaración de Zineb Larousse, única testigo de las torturas sufridas por Djamila en Hussein Dey. En Argel esta presa lo había negado todo, pero otras dos argelinas detenidas

¹⁰⁶ Autora de *Los conflictos sexuales de la mujer*, trad. de A. Garzón, Extemporáneos, México, 1973.

¹⁰⁷ Sobre los elementos constitutivos y específicos del trauma de la tortura, véase M. LALATTA COSTERBOSA, “Argumentos contra la tortura. La definición de tortura, el Estado de Derecho y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derechos y Libertades*, núm. 39, 2018, pp. 17-33.

¹⁰⁸ El día anterior, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Resolución 1514 sobre la independencia de los pueblos coloniales, que los argelinos consideran todavía hoy como un texto escrito con la sangre de sus mártires.

habían escrito al ministro de Justicia pidiendo que las careasen con ella pues “creían poderle hacer decir la historia de Djamila tal como se la había confiado a ellas un día de verdad o un día de debilidad”¹⁰⁹. Y, en efecto, ante el tribunal de Caen, en noviembre de 1961, la testigo Zineb Laroussi “confiesa haber mentido siempre ante los jueces de Argel: Sí, Djamila fue torturada. Atrozmente. Ella vio incluso sus bragas manchadas de sangre después del suplicio de la botella. Y hasta la veló, mientras estaba desmayada”¹¹⁰.

En este mes de noviembre, en una conferencia de prensa del comité, Simone de Beauvoir, apoyada por los profesores Pierre Cot, André Hauriou, Maurice Duverger y Charles-André Julien, anunció que Djamila Boupacha iba a interponer una querrela con constitución de parte civil contra el general Charles Ailleret y el ministro Pierre Messmer, por tratar de impedir que los torturadores de Djamila fueran identificados oficialmente. Se les acusaba de encubrimiento de malhechores (art. 61 del Código penal) y de crimen de ataque a las libertades públicas y a la Constitución –separación de poderes– previsto por el artículo 114. Tanto la abogada como el resto del comité eran conscientes de que no se conseguiría que fueran condenados, pero podrían salir a la luz pública sus responsabilidades. Sin embargo, ni siquiera eso fue posible ya que una orden de incompetencia dictaminó que la Constitución de 1958 no permitía llevar a un ministro ante la jurisdicción de derecho común y, además, días después de interponer apelación, el 18 de marzo se firmarían los Acuerdos de Evian entre una delegación del FLN y otra del Gobierno francés. Era el primer acto del nacimiento de la Argelia independiente, en el que se decretaría la liberación de todos los prisioneros en poder de las dos partes a la entrada en vigor del alto el fuego.

Al tratarse de una amnistía general, la impunidad resultó inevitable, lo que refuerza la exigencia de un trabajo de memoria realizado por los testigos de aquellos acontecimientos, más allá de la historia oficial que solo muy tardíamente ha comenzado a reconocer los crímenes políticos cometidos y la práctica extendida de la tortura. En este sentido, siguiendo a Fabiana Grasselli, el asunto Boupacha, en el relato testimonial de Halimi y Beauvoir, tiene efectos políticos e incluso performativos, ya que, como sugiere Elisabeth Jelin, la elaboración de una memoria narrativa de la represión experimentada en el propio cuerpo es necesariamente pública en la medida en

¹⁰⁹ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p.151.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 190.

que es compartida y comunicada¹¹¹. El testigo habla por todos aquellos que no pueden hacerlo, silenciados o desaparecidos: “No soy más que una detenida entre millares”¹¹².

Como consecuencia de los Acuerdos, el 21 de abril Djamilia Boupacha sale de la cárcel en cuya puerta espera Gisèle Halimi, quien la acogería en su casa hasta su vuelta forzada a Argel el día 8 de mayo. La joven quería permanecer en París para ampliar sus estudios, pero enseguida empezaron las llamadas para pedirle que regresara a Argelia con sus *hermanos y hermanas* liberados. Todo se sucede muy rápidamente, ya que la organización protestante, La Cimade, propone un encuentro para conocer su historia, y, al traspasar la puerta del local, se pierde su pista. Gisèle Halimi no vuelve a verla hasta varios meses más tarde en Argel, ya casada y empleada en el ministerio de Asuntos sociales y de Trabajo¹¹³. Como la propia Djamilia recuerda en una entrevista publicada en 2017, a su vuelta trabajó en centros sociales de acogida de poblaciones civiles y organización de reuniones de sensibilización de masas en previsión del referéndum del 1 de julio de 1962, que llevó a la independencia de Argelia después de 132 años de ocupación¹¹⁴.

Por tanto, su situación no es aquella que le pronosticó Mohamed Khider: “pero señora, después de la independencia las mujeres deben volver a su *cous-cous*”¹¹⁵. Siguiendo el análisis de Neil MacMaster¹¹⁶, las militantes heroicas en tiempos de guerra, las *muyahidinas*, compartieron en gran parte la suerte de todas las mujeres teniendo que hacer frente a la marginación en la representación política, pero no volvieron simplemente al hogar, como se ha pretendido a menudo, sino que siguieron trayectorias complejas. Las ideas progresistas sobre las mujeres habían penetrado en el FLN, aunque de modo insuficiente. En un manual incautado al final de 1959, se propugna una política liberal de elección del matrimonio; el respeto mutuo entre la pareja; me-

¹¹¹ Véase F. GRASELLI, “Cuando la sangre de una muchacha es dicha y escuchada. Apuntes sobre testimonio y experiencia política de mujeres militantes en *Djamilia Boupacha* (1962) de Simone de Beauvoir y Gisèle Halimi”, *Revista Nomádica*, núm. 24, 2017, pp. 49-66.

¹¹² S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamilia Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 19.

¹¹³ Véase G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., pp. 354-356.

¹¹⁴ *El Djeich. Revue mensuelle de l'Armée nationale populaire*, cit., p. 53.

¹¹⁵ Véase J. CHINCHILLA, “La mujer argelina como elemento de negociación en la construcción de un nuevo poder político: de la independencia a la crisis del sistema de partido único”, *Relaciones Internacionales*, núm. 27, octubre 2014-enero 2015, pp. 55-74, p. 66.

¹¹⁶ Véase N. MACMASTER, “Des révolutionnaires invisibles: les femmes algériennes et l'organisation de la Section des femmes du FLN en France métropolitaine”, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, núm. 59 vol. 4, 2012, pp. 164-190.

didadas severas contra la violencia de género, y una cierta apuesta por la igualdad y la educación. Pero también encontramos programas con una visión natalista y con referencia a tradiciones y costumbres basadas en la autoridad masculina, ancladas en la idea de que “las mujeres, bastión de la argelinidad y madres de la nación, debían ser protegidas frente a una modernidad occidental corrosiva e inmoral”¹¹⁷, esencialmente ligada al colonialismo. Con el paso del tiempo, y el refuerzo tardío del código de familia de 1984, las promesas de emancipación de la mujer se fueron diluyendo y se fue comprobando la persistencia de estructuras patriarcales que implicaban una fuerte subordinación femenina y un estatus prácticamente de minoría de edad, bajo tutela del padre o del marido¹¹⁸, a gran distancia de la transformación deseada por muchas mujeres implicadas en la lucha de liberación de su país.

En general, según indica Maya Boutaghou, repensar el *affaire* Boupacha tantas décadas después de la independencia nos hace comparar una época llena de sueños de victoria a la Argelia de hoy. A este respecto, se pregunta si el hecho de que este asunto no sea tan conocido por los jóvenes de allí como el de Alleg no se deberá a que se trata de un asunto de mujeres¹¹⁹. La propia Simone de Beauvoir, años después de la independencia, en una entrevista de 1974, confiesa su decepción por Argelia, ya que el FLN no había logrado llevar la justicia a su país y en el proceso había traicionado a las mujeres argelinas¹²⁰. A su juicio, en Argelia se conjuga el capitalismo de Estado, el nacionalismo y los valores reaccionarios que mantienen a la mujer en una situación deplorable¹²¹. Sin embargo, en el momento en que es alertada por Gisèle Halimi, la misma tarde de la desaparición, de lo sucedido con Djamila, la filósofa reacciona de una forma inesperada pues le dice que ha sido imprudente y que ellas no son quien para intervenir en la nueva Argelia. Melissa Ptacek considera que esta actitud es coherente con el pensamiento de Simone de Beauvoir, ya que no hay nada más arbitrario para ella que intervenir como extraño en un destino que no es el nuestro y los argelinos necesitan forjar su

¹¹⁷ Ibid., p. 180.

¹¹⁸ Véase C. FERNÁNDEZ, “Reflexiones en torno a las mujeres argelinas. Desde la colonización francesa (1830) hasta el siglo XXI”, *Revista de Antropología Experimental*, núm. 15, 2015, pp. 159-170.

¹¹⁹ M. BOUTAGHOU, “Trois puissantes femmes: Simone de Beauvoir, Gisèle Halimi, Djamila Boupacha. Entre lutte anticoloniale et combat féministe”, cit., p. 11.

¹²⁰ Véase D. SALLENAVE, *Simone de Beauvoir, contra todo y contra todos*, pres. de S. Nair, trad. de M. Cerdón y M. Embarek, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010, p. 541.

¹²¹ Ibid., p. 529.

propio camino hacia la libertad¹²². Gisèle Halimi discrepa y dice que en el fondo chocan sobre una cierta concepción de la razón de Estado. Además, ella es la que se lleva la peor parte, pues un comunicado del FLN, difundido en Túnez desde Francia, denuncia algunos días más tarde “la operación publicitaria intentada, con fines personales, por la abogada Gisèle Halimi, a propósito de la *hermana* Djamila Boupacha”¹²³.

2.2. Un horizonte que se abre

Se manifiesta, así, la dificultad de conjugar el anticolonialismo, que Beauvoir y Halimi profesaron, con su lucha por la igualdad y la emancipación de la mujer en el marco del feminismo hegemónico. Como es sabido, el enfoque interseccional o el enfoque decolonial (negro, latinoamericano, islámico...) supusieron una dura crítica a ese feminismo que proyecta sus reivindicaciones a nivel global sin integrar la perspectiva de mujeres que pertenecen a otros contextos culturales y sociales. En este sentido, se ha planteado la necesidad precisamente de descolonizar el pensamiento feminista para hacerlo más sensible a la alteridad de la mujer, subordinada y discriminada en un sistema patriarcal, no sólo por razones de género, sino también por razones de clase y de raza¹²⁴; categorías de opresión interrelacionadas que no pueden abordarse de forma separada, ya que la matriz de la dominación está en el cruce, que no es una mera suma de discriminaciones.

Un antecedente claro de esta posición alternativa frente a todo tipo de subalternidad la encontramos en Franz Fanon, uno de los fundadores del pensamiento poscolonial, cuyas obras *Peau noire, masques blancs* (1952) y *Les damnés de la terre* (1961) pueden considerarse el acta de nacimiento de una visión del mundo esencialmente crítica respecto a la realidad y el legado de la colonización. El prólogo al segundo de estos libros fue realizado por Jean Paul Sartre y tanto él como Simone de Beauvoir se beneficiarían de su amistad y de su influencia filosófica y política¹²⁵. La última vez que estuvieron

¹²² Véase M. PTACEK, “Simone de Beauvoir’s Algerian war: torture and the rejection of ethics”, cit., p. 532.

¹²³ G. HALIMI, *La lait de l’oranger*, cit., p. 357.

¹²⁴ Véase F. VERGÈS. *Le ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme*, Albin Michel, Paris, 2017 (formato Kindle).

¹²⁵ Étienne BALIBAR señala la influencia de Beauvoir. Kojève y Sartre en la interpretación de Fanon de la dialéctica hegeliana del amo y del esclavo, “La construction du racisme”, *Actuel Marx*, núm. 38, 2005/2, pp. 11-28, p. 25.

juntos fue en el verano de 1961 en Roma, unos meses antes del fallecimiento de Fanon. Ya enfermo, Simone de Beauvoir recuerda en *La fuerza de las cosas* la energía con que seguía defendiendo la lucha, incluso violenta, para que el oprimido pueda recuperar su humanidad negada, como en el caso del FLN de Argelia, al que él pertenecía, pues “todos los colonizados eran sus hermanos y en la causa de los argelinos reconocía la suya”¹²⁶. Después de fijarse en algunos aspectos de la biografía de Fanon, Simone de Beauvoir da una pincelada clara sobre su personalidad cuando afirma que “a su lado, la vida parecía una aventura trágica, a menudo horrible, pero de un precio infinito”¹²⁷. De las largas conversaciones no se reseña ninguna reflexión compartida sobre el vínculo entre las reivindicaciones de la descolonización y las del feminismo, aunque ambas preocupaciones están latentes en la obra del filósofo martiniqués. En su ensayo *L’Algérie se dévoile*¹²⁸, Fanon trata la cuestión de la liberación de la mujer, que él relaciona con al uso del velo (*haik*), visto, no necesariamente como signo de sumisión según el imaginario colonizador, sino como rasgo identitario frente a los valores del ocupante, técnica de camuflaje en la lucha y símbolo de resistencia, pues quitar el velo, violar, penetrar en la tierra ocupada, son manifestaciones de la expoliación que acompaña a todo dominio colonial¹²⁹. Desde su punto de vista, en una Argelia independiente esas cuestiones irán perdiendo importancia pues ya no habrá que reforzar los hábitos tradicionales, como ya se empieza a constatar en el abandono del velo en el transcurso de la acción revolucionaria.

A pesar de la proximidad en su perspectiva anticolonialista, Simone de Beauvoir señaló que Fanon se había equivocado sobre el futuro de las mujeres tras la independencia. Sin embargo, algunos estudiosos de la obra de ambos autores, como Matthieu Renault¹³⁰ o Annabelle Golay, sí que han visto una intuición paralela que puede apuntar hacia la interpenetración entre la lucha anticolonial y la feminista. Desde este punto de vista, la huella de Fanon permanecería en aquellos elementos de la obra beauvoiriana que, sin permitir en-

¹²⁶ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 688.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 693.

¹²⁸ Este ensayo forma parte del libro *Sociología de una revolución*, (el original en francés de 1959 se tituló *L’An V de la révolution algérienne*), trad. de V. Flores, Ediciones Era, México, 1968.

¹²⁹ Véase A. GOLAY, “Féminisme et postcolonialisme: Beauvoir, Fanon et la guerre d’Algérie”, cit., pp. 409-414.

¹³⁰ M. RENAULT, “Le genre de la race: Fanon, lecteur de Beauvoir”, *Actuel Marx*, núm. 55, 2014/1, pp. 36-48.

cuadrarla en una óptica interseccional o decolonial, prefigurarían algunos de sus rasgos. En este sentido, hay que tener en cuenta que, si bien en *El segundo sexo* la interiorización de la dependencia y la construcción social y cultural de la mujer como otro respecto al varón –su estatuto de *Otra* sin reciprocidad con el *Mismo*– presentan características propias pues se basan en un vínculo único, se trata para Beauvoir de fenómenos que en ciertos aspectos también se manifiestan en las clases y los pueblos oprimidos. En las últimas páginas de sus memorias, leemos estas reveladoras palabras: “Solo cuando los *pieds noirs* marcharon a Francia, y disputaron alojamientos y trabajos a los autóctonos, se hicieron impopulares: vimos nacer, justo a tiempo para reemplazar al antiguo, un nuevo racismo entre gente de la misma raza, como si siempre se necesitara Otro odiable para garantizar nuestra propia inocencia”¹³¹.

Djamila Boupacha simboliza ese Otro odiable que concentra diferentes situaciones de subalternidad. Su tortura señala el lugar de encuentro entre el predominio masculino, el racismo y las estrategias de la represión política. Annabelle Golay no duda en afirmar que “a la vez anticolonialista y feminista, la lucha de Beauvoir en favor de Djamila responde a la doble colonización, imperialista y patriarcal, de la que es víctima y que la coloca en situación de subalterna”¹³². Por ello, aunque el cruce, la interseccionalidad, no fueran pensados por Simone de Beauvoir, ni tampoco por Gisèle Halimi, en los términos de la discusión actual entre teorías o corrientes feministas, el proceso a la tortura de Djamila Boupacha fue para ambas –y seguramente aún de forma más clara en el caso de la abogada implicada de lleno profesionalmente en la causa anticolonialista– un primer atisbo de esta opresión cruzada que experimentan tantas mujeres en el mundo¹³³. En este sentido, lo que ellas pretenden, como exige la orientación interseccional o decolonial, es aproximarse lo más posible a la perspectiva de una mujer perteneciente a otra realidad cultural y social. Así, el relato del proceso es un cuerpo a cuerpo con una musulmana que quiere liberarse a sí misma, pero ante todo liberar a su pueblo, del yugo de la dominación.

¹³¹ S. de BEAUVOIR, *La fuerza de las cosas*, cit., p. 723.

¹³² A. GOLAY, “Féminisme et postcolonialisme: Beauvoir, Fanon et la guerre d’Algérie”, cit., p. 415.

¹³³ Diane Perpich señala que, sin embargo, los textos de Beauvoir sobre el colonialismo rara vez son más que una nota a pie de página sobre su escritura y apenas aparecen en los escritos actuales sobre *critical race theory*, poscolonialismo o discusiones de interseccionalidad. D. PERPICH, “Beauvoir’s Legacy to the Quartiers: The Changing Face of French Feminism”, cit., p. 495.

El problema era cómo representar a Djamila Boupacha ante la opinión pública francesa, hacerla visible y reconocible como alguien con quien simpatizar pues el objetivo era la movilización pública, que difícilmente se conseguiría en Francia si era presentada como una militante radical, dispuesta a utilizar cualquier medio para lograr la liberación de su país. Según Heidi Brown, la descripción está diseñada para suavizar su imagen y aumentar su atractivo emocional, minimizando la acción de Boupacha como una mujer militante y adulta¹³⁴. Sin coincidir por completo con este análisis, ya que de todo lo que llevamos dicho se deduce un perfil mucho más rico de la personalidad de Djamila –en el que destaca su convicción independentista, su determinación a la hora de denunciar a sus torturadores y su valentía al declararse víctima de una violación–, es verdad que en la descripción del proceso hay algunas resonancias de la imagen paternalista de una joven indefensa y vulnerable necesitada de protección. Además, como sugiere Julien Murphy, el discurso que prevalece, tanto en la parte redactada por Gisèle Halimi como en el prólogo de Simone de Beauvoir, es el discurso de la virginidad¹³⁵.

Evidentemente es Djamila Boupacha la que está obsesionada por este tema, fruto del valor que se le concede en su cultura, y Halimi y Beauvoir lo certifican como no podría ser de otra forma. A lo largo de las páginas se incluye la descripción que hace Djamila del rito del matrimonio en Argelia y se subraya la importancia simbólica extraordinaria que se atribuye a la virginidad en las costumbres nupciales de su país: “Interrogada por los médicos acerca del sentido y el valor de la virginidad, Djamila es absoluta: es un tótem, una magia”¹³⁶. En sus encuentros con su abogada siempre la misma pregunta, ¿tú crees que todavía soy virgen?, y las mismas confidencias: “Puesto que no he conocido a ningún hombre, quizá la botella no me ha estropeado del todo”¹³⁷; “para nosotros no es lo mismo que para vosotros, la chica tiene que ser virgen”¹³⁸. También en el prólogo de Simone de Beauvoir se destaca que Djamila había sufrido una “desfloración traumática”¹³⁹ y en el artículo de *Le Monde* había constatado que “Djamila era virgen”. La cuestión es que,

¹³⁴ Véase H. BROWN, “From Sensation to Representation: The Torture of Djamila Boupacha During the Algerian War”, *Women in French Studies*, vol. 26, 2018, pp. 83-95, pp. 87-88.

¹³⁵ J. MURPHY, “Beauvoir and the Algerian War: Toward a Postcolonial Ethics”, cit., p. 286.

¹³⁶ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 147.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 59.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 85.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 11.

si bien Halimi y Beauvoir lo que quieren es reflejar fielmente la experiencia vivida por Boupacha con el significado que ella le otorga, la forma en que dan cuenta de la intensidad de su temor por la posible pérdida de la virginidad contrasta de algún modo con las consideraciones de ambas autoras en sus respectivas memorias sobre el tabú o el mito de la virginidad. Gisèle Halimi recuerda que en su juventud en Túnez “la virginidad y sus tabúes invisten al hombre de un derecho de vida o muerte en caso de transgresión”¹⁴⁰, y, más tarde, se refiere a la virginidad, la fecundidad y la maternidad como “tabúes” del mundo del que procede y confiesa que “recibió la refutación de estos mitos como el milagro de (su) identidad revelada”¹⁴¹. Por su parte, en *El segundo sexo* Simone de Beauvoir explica el origen del término “desfloración” y analiza el carácter ambivalente, entre el miedo y el deseo, del mito de la virginidad, que se exalta y se exige cuando el hombre considera a su esposa su propiedad personal.

Lo que sorprende sobre todo es que, a pesar de estas opiniones, como señala Judith Surkis, se movilice esta figura para el argumento político¹⁴². En la misma línea, las referencias de Djamila Boupacha a la castidad en las relaciones entre los miembros del FLN, guiadas por un sentimiento fraternal¹⁴³, aparecen reflejadas en el texto sin introducir ninguna valoración, aunque es evidente la distancia cultural: “Sabes, aquí no es lo mismo que en Francia; los *hermanos* y las *hermanas* pueden estar en la misma habitación y no tocarse... Nosotros tenemos un tribunal muy severo para los que no respetan a las chicas”¹⁴⁴. La intención del comentario es evitar los equívocos a que podría dar lugar el descubrimiento de que su habitación sirvió de escondite de guerrilleros.

¹⁴⁰ G. HALIMI, *La lait de l'oranger*, cit., p. 107.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 351.

¹⁴² J. SURKIS, “Ethics and Violence. Simone de Beauvoir, Djamila Boupacha and the Algerian War”, cit., p. 44.

¹⁴³ Z. REZVANTALAB analiza las representaciones de la guerra en obras escritas por mujeres de Irán y Argelia y, en especial en las novelas *Dâ* de Azam Housseini y *La Grotte élatée* de Yamina Méchakra. En la misma línea que Djamila Boupacha, “destaca el uso frecuente en las dos novelas de las expresiones *hermano* y *hermana* bajo la influencia de la cultura de las comunidades musulmanas. Con el objetivo de reproducir el ambiente de solidaridad, de respeto, de confianza que reinaba entre los y las combatientes, las dos escritoras recurren a este vocabulario de la sororidad y de la fraternidad en sus relatos de la guerra”, “Écrire le combat au féminin: Regard sur la représentation de la guerre à travers la littérature féminine en Iran et en Algérie”, *Actes du colloque Dire la guerre dans la fiction contemporaine de langues française et persane*, Les Presses de l'Université de Téhéran, 2016, pp. 139-148, p.148.

¹⁴⁴ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 58.

Y, en efecto, en la prensa se utilizó la presencia de hombres en su habitación como sospecha de promiscuidad y prueba de que su afirmación de sufrir penetración vaginal bajo tortura era infundada e irrelevante. Además, fue llamada “la colocadora de bombas” o “la mecanógrafa-bomba-retardada” y criticada por vestir coquetamente “al gusto del verano”, por llevar su impertinencia al extremo de peinarse “a la cretense”, y por una actitud escandalosa en general junto a su abogada –que tampoco se libró de la misoginia de la prensa– al olvidar ambas su graciosa feminidad y su gentileza convirtiéndose en *pasionarias*¹⁴⁵. Como muy bien indica Vanessa Codaccioni, la retórica utilizada es la propia de los asuntos sexuales, la del posible consentimiento o la provocación femenina para desacreditar su acusación¹⁴⁶. La cuestión se planteó de forma clara: si esa “muchacha musulmana” recibía a hombres en su casa, “qué pensar de su querrela contra los militares que, según dice, abusaron de ella”. Por ello, con doliente ironía, Halimi añade: “Efectivamente, ¿por qué iba a quejarse Djamila de haber sido empalada con una botella si había consentido en albergar –quizás incluso en su habitación– a *maquisards* argelinos?”¹⁴⁷

Los tabúes sexuales como el de la virginidad, a pesar de que Djamila era la primera en asumirlos, fueron utilizados en su contra. Demostrar que era virgen antes de sufrir la tortura resultaba un contra argumento decisivo, evidentemente no porque desde el punto de vista de Gisèle Halimi la agresión sexual en sí misma fuera menos censurable en caso contrario, sino porque tanto a nivel interno en Francia, y en la mayor parte de países, como a nivel internacional según el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 (art. 27), la violación era considerada un atentado al honor de la mujer, que, además, ni siquiera se encontraba entre las infracciones más graves. En la mentalidad de la época, si Djamila no era virgen, lo que, dado que era una mujer soltera, equivalía a decir que no había respetado las buenas costumbres estrictas en su país, el reclamo de la violación perdía fuerza porque su honor y pudor ya habían sido puestos en entredicho. Faltaban todavía dos décadas para que, gracias en gran parte a la reivindicación feminista del control sobre el propio cuerpo tan activa en Gisèle Halimi y Simone de Beauvoir, el bien jurídico protegido en la política criminal contra la violación dejara de estar ligado a

¹⁴⁵ Ibid., pp. 95-98.

¹⁴⁶ Véase V. CODACCIONI, “(Dé)Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial: le viol, le procès et l’affaire”, cit., p. 42.

¹⁴⁷ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., pp. 99-100.

la honestidad de la mujer, a las buenas costumbres, a la honorabilidad de la familia y a la filiación, para pasar a ser un atentado a la libertad sexual de las personas que, además, puede materializarse, como en nuestro caso, a través de la introducción de objetos.

En aquel momento el caso no podía presentarse propiamente como un asunto sexual. La denuncia no era por violación sino por secuestro y tortura, que sí eran delitos contra la libertad, la integridad y la dignidad de las personas y de mayor gravedad. Ahora bien, todo el itinerario del proceso ha mostrado que el hecho de que la tortura fuera por violencia sexual –violación y el resto de abusos sobre la anatomía femenina antes mencionados– no era un hecho indiferente, sino, muy al contrario, uno de los motivos que hizo despertar la conciencia y acción colectivas a favor de Djamila, lo que proporciona pistas para interpretar el caso en las coordenadas de una militancia feminista todavía en ciernes. En este sentido, en una entrevista en 2008, Gisèle Halimi comenta la diferencia en la percepción del tema entre varones y mujeres, incluso dentro del Comité en defensa de Djamila Boupacha: “La cuestión de la violación ha sido más que tabú entre los intelectuales progresistas [...] Los hombres que formaban parte de nuestro comité la tenían en cuenta, pero no de la misma forma. El problema eran las torturas, las torturas de una manera más general [...] Les parecía que se teatralizaba un poco la historia, no querían hablar de ello [...] No creo que el hecho de que ella haya sido violada fuera vivido por ellos como lo vivimos nosotras las mujeres, como algo específico y abominable”¹⁴⁸. Vemos, por tanto, que, como insiste Codaccioni, “Gisèle Halimi trató de imponer una lectura *genrée* del proceso insertando en su estrategia jurídica la dimensión sexuada y sexual de la violencia sufrida por su clienta”¹⁴⁹, aunque no pudiera ser esta la causa principal de la querrela contra sus torturadores, ya que no podía apoyarse en textos jurídicos que consideraran la violencia sexual como acto de tortura.

De este modo, si bien Halimi se encontró con impedimentos insalvables, el asunto Boupacha es un importante precedente de un cambio sustancial de perspectiva, que a nivel global se materializaría en los años noventa en las resoluciones de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, constituyendo un gran avance del derecho interna-

¹⁴⁸ Véase V. CODACCIONI, “(Dé)Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial: le viol, le procès et l’affaire”, cit., p. 43.

¹⁴⁹ Ibid., p. 44.

cional hacia una justicia de género¹⁵⁰. Gracias a la experiencia de estos tribunales y a diferentes voces dentro del movimiento feminista, a partir del libro de Susan Brownmiller *Against Our Will: Men, Women, and Rape*¹⁵¹ (1975), fue saliendo a la luz algo que se había dado siempre a lo largo de la historia pero que no había sido objeto de reflexión: la utilización, e incluso justificación, de la violencia sexual como un acto de poder y de control fundamental para la dominación patriarcal de las mujeres. A partir de ahí, las agresiones sexuales dejan de estar confinadas en el ámbito privado para ser vistas como un problema político con relevancia jurídica. En el caso concreto de la guerra de Argelia, el uso de la tortura contra las mujeres argelinas pretendía mantener la opresión colonial a través de una sumisión basada en elementos sexuales y raciales¹⁵². En palabras de Françoise Vergès: “La utilización de la violación y de la tortura pertenece a la historia misma del colonialismo; la colonización era una política de desposesión, de apropiación de las tierras y de los cuerpos, de transformación de los cuerpos en objetos; la utilización sistemática de la violación y de la tortura durante la guerra era la continuación de las políticas de desposesión”¹⁵³. El testimonio de Henry Alleg en el libro de Halimi y Beauvoir pone el énfasis en que “los gritos de Djamila derrumban los nuevos muros del silencio y de la hipocresía”, y atestiguan que “la tortura, –“la forma más insultante y más bestial de desprecio”– solo podrá cesar con la guerra colonial de la cual es el fruto envenenado”¹⁵⁴. También Josette Audin, la viuda del joven matemático asesinado en El Biar, señala que la tortura es una tara del régimen colonial, que solo acabará con el fin del régimen¹⁵⁵. Y

¹⁵⁰ En las últimas dos décadas, la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido configurando de forma paralela y progresiva la violencia sexual como un crimen de tortura. Véase M. MARTÍN e I. LIROLA “El diálogo jurisdiccional interregional en la investigación y sanción de la violencia sexual”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, núm. 40, 2018. pp. 511-575. Por otra parte, el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, conocido como el Protocolo de Estambul, adoptado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2000, en su capítulo V, apartado D8, especifica todo lo referente a la tortura sexual, incluida la violación.

¹⁵¹ S. BROWNMILLER, *Contra nuestra voluntad: Hombres, Mujeres y Violación*, trad. S. Constante, Planeta, Barcelona, 1981.

¹⁵² Véase R. BRANCHE, “Des viols pendant la guerre d’Algérie”, *Vingtième Siècle. Revue d’histoire*, núm. 75, 2002/3, p. 129.

¹⁵³ F. VERGÈS. *Le ventre des femmes. Capitalisme, racialisation, féminisme*, cit.

¹⁵⁴ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamilia Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., pp. 237-242.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 243-244.

en el mismo sentido se expresan el padre Chenu, André Philip y otros colaboradores del libro, entre los que merece una mención especial el general Bollardière, uno de los pocos militares franceses que, como destaca Tzvetan Todorov, denunciaron públicamente el “espantoso peligro” que representa para una nación la práctica generalizada de la tortura¹⁵⁶.

El 11 de octubre de 2001 en *Le Monde*, la periodista Florence Beaugé¹⁵⁷ firma un interesante y documentado artículo en el que, como resultado de entrevistas a soldados que participaron en la guerra entre 1954 y 1962, llega a la conclusión de que el ejército francés violó de forma masiva a las mujeres durante la guerra de Argelia. A estos efectos, la historiadora Claire Mauss-Copeaux indicó que dos factores explican que este fenómeno tuviera un alcance tan amplio: el ambiente de extremo racismo hacia la población musulmana y el tipo de guerra que llevó a cabo el ejército francés, confrontado a una guerrilla que le obligaba a dispersarse y a dejar un amplio margen de maniobra a pequeños jefes que, aislados en el terreno, podían atribuirse el derecho a decidir sobre la vida y la muerte de la población. Además, uno de los soldados entrevistados intenta justificarse diciendo: “Hay que trasladarse a la situación del momento: teníamos veinte años, los argelinos eran considerados como infrahumanos y las mujeres caían en una categoría todavía inferior, peor que perros”. Benoist Rey, que explicó su experiencia como enfermero en Argelia en el libro *Les Égorgeurs*¹⁵⁸, declara que los oficiales permitían la violación ya que simplemente se trataba de mujeres y árabes. Henri Pouillot, autor de *La*

¹⁵⁶ Véase T. TODOROV, “La tortura durante la guerra de Argelia”, *Letras libres*, núm. 43, 2002, pp. 12-18. Todorov se basa en conversaciones con excombatientes franceses para intentar entender cómo la tortura pudo llegar a ser una práctica omnipresente en la guerra de Argelia, aunque es bien consciente del riesgo de justificar este fenómeno al tratar de explicarlo. Sobre las estrategias discursivas de justificación de la tortura me remito a mis trabajos anteriores: E. BEA, “Tortura, ¿nunca más? Reflexiones ante el riesgo posthumanista” en J. BALLESTEROS y E. FERNÁNDEZ (coord.), *Bioteología y Posthumanismo*, Thomson/Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 109-138; Id., “Tortura” en M. LA TORRE, M. LALATTA, A. SCERBO (ed.), *Questioni di vita o morte, Etica pratica, bioetica, filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, 292-313; Id., “La reapertura del debate sobre la tortura en el marco del Estado constitucional” en E. FERNANDEZ et al. (ed.) *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 3, 2008, pp. 167-191; Id. “Il divieto della tortura rimesso in discussione”, *Ragion pratica*, núm. 32, 2009, pp. 133-152.

¹⁵⁷ F. BEAUGÉ, “Le tabou du viol des femmes pendant la guerre d’Algérie commence à être levé”. Véase también *Algérie, une guerre sans gloire: Histoire d’une enquête (Documents, Actualités, Société)*, Calmann-Lévy, Paris, 2005.

¹⁵⁸ B. REY, *Les Égorgeurs*, Éditions de Minuit, Paris, 1961.

*Villa Sesini*¹⁵⁹, establece la diferencia entre dos tipos de violaciones, las que se cometían durante la tortura, como un método para que la detenida hablase, y las más numerosas, “de confort”, que se perpetraban sólo para desahogarse. Gisèle Halimi coincide en la referencia a estas dos modalidades de la tortura sexual y subraya que durante los interrogatorios se apunta a la aniquilación total de la víctima. El objetivo de la tortura es menos hacer hablar que hacer entender quien tiene el poder y, en el caso de la tortura por violación, el deseo es menos sexual que voluntad de posesión y de humillación. La obtención de información es una ficción interna a la propia estructura del tormento: “El mandato del torturador no es un acto lingüístico [...] Es una pregunta a la que solo corresponde el sí”¹⁶⁰. Boupacha es un ejemplo: “En uno de estos interrogatorios forzados, Djamila confiesa haber puesto la bomba en la *Brasserie des Facultés*. En el *Coq Hardi*, en otros establecimientos, en todas partes... Los inspectores están locos de rabia. Djamila parece tomarles el pelo: se acusa de crímenes cuyos culpables han sido ya condenados”¹⁶¹.

Dentro de la lógica perversa de la tortura, el torturador siente el placer –a veces psicológico y siempre político– de tener un poder infinito sobre el cuerpo de otro. Siguiendo a Elaine Scarry en su célebre libro *The Body in Pain*¹⁶², el dolor continuo e intenso que el verdugo inflige al prisionero destruye su representación del mundo. Objetos familiares, como en este caso una simple botella o una bañera, o lugares familiares, como una habitación –“el ruido de las llaves en la cerradura era, para Djamila, el temor a un nuevo interrogatorio”¹⁶³– se convierten en los instrumentos con los que los torturadores causan dolor. El mundo está roto, alienado en un universo hostil. Según Julián Marrades: “La tortura exagera la percepción de división interna entre el yo y el cuerpo que es consustancial al dolor, presentándola a los ojos del sufriente como una lucha a muerte entre él mismo, como sujeto moral, y su propio cuerpo, como fuerza disgregadora de su yo”¹⁶⁴. Para Simone

¹⁵⁹ H. POUILLOT, *La Villa Sesini*, Tirésias, Paris, 2001.

¹⁶⁰ M. LA TORRE y M. LALATTA COSTERBOSA, *¿Legalizar la tortura? Auge y declive del Estado de Derecho*, trad. de F. J. Ansuátegui, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 152.

¹⁶¹ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p. 43.

¹⁶² Oxford University Presse, New York, 1987.

¹⁶³ S. de BEAUVOIR y G. HALIMI, *Djamila Boupacha. Proceso a la tortura*, cit., p.148.

¹⁶⁴ J. MARRADES, “La vida robada. Sobre la dialéctica de dolor y poder en la tortura”, *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 17, 2005, pp. 29-38, p. 30. Véanse también en este número: S. ŽIŽEK, “Sobre terrorismo y tortura”, pp. 21-27 y J. de LUCAS, “Un cáncer que crece: tortura y democracia”, pp. 41-46.

de Beauvoir, somos constitutivamente libres, pero la libertad se encarna en situaciones, y hay situaciones tan constrictivas que dificultan nuestro ejercicio de la transcendencia hasta obligarnos a caer en la inmanencia, en la facticidad; y aquí es donde reside el núcleo de la opresión. En este sentido, no hay mayor opresión que la de la tortura, pues no podemos imaginar una situación de mayor constricción, nada que nos cosifique más, que nos reduzca más a la condición de cosas¹⁶⁵.

La inexorabilidad de la tortura condujo a Djamila, como ella misma recuerda en la entrevista de 2017, a firmar sus confesiones aceptando todas las acusaciones a fin de encontrar un poco de descanso en prisión y escapar del tormento. Pero no por ello deja de afirmar que su coraje y su fe le permitieron superar la violencia que había sufrido durante treinta y tres días, y que las lágrimas de su padre “tuvieron el efecto de galvanizar y acrecentar su resistencia frente a seres que habían perdido todo rastro de humanidad”¹⁶⁶. La relación con su abogada y la proyección de esta relación al exterior, al comité creado en su defensa, al mundo que conoce su historia, fue también un factor central para resistir. La narración de las vejaciones y maltratos sufridos se convierte en un acto comunicativo que le proporciona la posibilidad de expresarse, que da a su dolor un lugar en el mundo y, con ello, produce una cierta inversión del proceso de tortura. No olvidemos que, gracias a su sintonía con Gisèle Halimi, Djamila Boupacha fue la primera militante detenida que se atrevió a denunciar públicamente su violación. Traumatizada por la pérdida violenta de su virginidad, fue capaz de exponerse, de sacar a la luz lo más privado e incommunicable, lo que ocurre en el interior de su propio cuerpo, desvelando, así, “una vivencia destinada a no ser dicha”¹⁶⁷, a permanecer oculta.

Volver la mirada de nuevo a la visita del comité a Maurice Patin, en la que el magistrado argumentó que la violencia infligida a las mujeres no era el auténtico suplicio, puede ayudarnos a concluir este recorrido por el asunto Boupacha. Como se recordará, al final del encuentro, el presidente de la Comisión de Salvaguardia de las Libertades y los Derechos Individuales

¹⁶⁵ Simone de Beauvoir se refiere a la tortura tanto en el ensayo *Ojo por ojo* (1946), incluido en *El existencialismo y la sabiduría de los pueblos* (trad. de H. Pons, Edhasa, Barcelona, 2009), como en la novela *Las bellas imágenes* (1966) (trad. de J. Blanco, Edhasa, Barcelona, 2018).

¹⁶⁶ Entrevista en *El Djeich. Revue mensuelle de l'Armée nationale populaire*, cit., p. 53.

¹⁶⁷ F. GRASSELLI, “Cuando la sangre de una muchacha es dicha y escuchada. Apuntes sobre testimonio y experiencia política de mujeres militantes en *Djamila Boupacha* (1962) de Simone de Beauvoir y Gisèle Halimi”, cit., p. 51.

dijo que Djamila se creía que era Juana de Arco; una referencia que muestra claramente que la transgresión de las normas de género y la resistencia al dominio colonial están en el corazón del problema. Djamila Boupacha había vulnerado las reglas impuestas por las relaciones de poder patriarcales y coloniales. La tortura practicada sobre su cuerpo es una venganza contra las mujeres que alteran la posición jerárquica que les ha sido asignada. Como escribe Fabiana Grasselli: “Djamila será construida en la textualidad del relato como un símbolo capaz de hacer visible que las mujeres reciben la tortura de la violación como acto moralizante y disciplinador, no sólo por su pertenencia a una organización independentista enfrentada al régimen, sino también porque deben ser castigadas por su ingreso a un espacio vedado a ellas, al territorio de la práctica política, al lugar de la rebeldía”¹⁶⁸. La prueba es que la intimidación y la violencia contra las mujeres, con características sexuales evidentes, fue creciendo a medida que crecía el reconocimiento de la participación femenina en la guerra.

Las señales en el cuerpo de Djamila Boupacha advierten de los riesgos de traspasar los límites establecidos por las relaciones de género, de raza y de clase, pero también indican un horizonte de libertad personal y de liberación colectiva frente al yugo de cualquier tipo de opresión. Por eso dijimos al principio de este recorrido, y es lo que se ha intentado mostrar de la mano de Gisèle Halimi, Simone de Beauvoir y el resto de mujeres del comité, que ese cuerpo marcado por la violencia sexual, aunque no exento de implicación en actos violentos, puede ser visto, no solo como representación de la represión, sino también como símbolo de la resistencia política.

EMILIA BEA PÉREZ
Facultad de Derecho
Universidad de Valencia
Avda. dels Tarongers, s/n. Edificio Occidental
46071 Valencia
e-mail: Emilia.Bea@uv.es

¹⁶⁸ Ibid., p. 62.

INFORMÁTICA Y DEMOCRACIA DIRECTA: ¿DIRIGIDA POR QUIÉN?*

DIGITALIZATION AND DIRECT DEMOCRACY:
DIRECTED BY WHOM?

MARIO G. LOSANO
Accademia delle Scienze
Torino, Italia

Fecha de recepción: 5-11-20

Fecha de aceptación: 11-1-21

Resumen: Los recientes “movimientos” políticos se presentan como una alternativa a los partidos tradicionales y proponen la democracia directa como alternativa a la democracia representativa. Incluso en Italia el “Movimiento 5 Stelle” ha seguido este camino obteniendo un notable éxito electoral. Un constitucionalista italiano, Francesco Pallante, analiza críticamente esta concepción actual de la democracia directa en su volumen *Contro la democrazia diretta* (2020), examinado dentro del artículo. En particular, la informática es presentada hoy como la herramienta de la democracia directa y, en Italia, el “Movimiento 5 Stelle” encomienda los contactos con sus miembros a la “Plataforma Rousseau”. El artículo expresa dudas sobre esta plataforma, dudas ya presentes dentro del Movimiento: por un lado, la plataforma depende de una empresa privada separada del Movimiento; por otro lado, la Plataforma Rousseau ya ha sido sancionada dos veces por el Garante de la Privacidad porque no garantiza suficientemente la intimidad de los miembros y el secreto del voto. Este artículo ha sido presentado el 31 de agosto de 2020 a la revista “Diritto dell’informazione e dell’informatica”, y fue rechazado como “político”. Un caso de auténtica censura. Al artículo de 31 de agosto de 2020 (traducido aquí sin modificación alguna) se agrega una “actualización” sobre el creciente número de eventos que limitan la libertad de prensa y de expresión en Italia. Se trata de un clima represivo que está consolidándose a nivel mundial.

* Traducción de Michele Zezza. Departamento de Direito do Estado - Universidade de São Paulo (USP).

Abstract: *The recent political “movements” present itself as an alternative to the traditional political parties and propose the direct democracy as an alternative to the representative democracy. In Italy too, the “Movimento 5 Stelle” followed this path and gathered a considerable electoral success. Francesco Pallante, an Italian public law professor, analyses critically this present conception of direct democracy in his book *Contro la democrazia diretta* (Against direct democracy 2020), stepping stone of the present article. More specifically, the digitalization is presented today as the technical support of direct democracy and, in Italy, the “Movimento 5 Stelle” entrusts to the “Piattaforma Rousseau” the interchange with its affiliates. The present article expresses the doubts about this platform - doubts now arousing also among the same Movimento. In fact, on the one side, the platform is property of a private corporation, which is separate and independent from the Movimento; on the other side, the “Piattaforma Rousseau” was twice sanctioned by the “Garante della Privacy”, because the platform does not sufficiently protect neither the privacy of the militants, nor the secrecy of the vote. This article was submitted on August 31th, 2020, to the journal “Diritto dell’informazione e dell’informatica”, and was rejected for being “political” - a case of straightforward censorship. The text of August 31th, 2020, -which is here translated without any change- is followed by an update upon the increasing number of interventions aimed to limit the freedom of press and the freedom of speech in Italy. This repressive attitude seems to progressively establishing itself worldwide.*

Palabras clave: libertad de expresión, censura, *Movimento 5 Stelle*, Plataforma Rousseau, intimidación, secreto de voto

Keywords: censorship, freedom of press, *Movimento 5 Stelle*, Rousseau Platform, privacy, secrecy of the vote

1. ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

En los últimos tiempos la democracia directa se ha contrapuesto cada vez con mayor frecuencia a la democracia representativa. Las estructuras parlamentarias y partidistas atraviesan (y no sólo en Italia) una crisis que a menudo se compara con la de los años de la República de Weimar¹. A esta crisis el *Movimento Cinque Stelle* opuso con éxito una vuelta a la democracia directa de memoria griego-clásica, aunque realizada a través de los instrumentos ofrecidos por la informática y por la red. Francesco Pallante -docente de Derecho constitucional en la Università di Torino- analiza este debate y

¹ Sobre este pasado que parece retornar, véase la literatura citada en M.G. LOSANO, *Democrazia senza democratici: Weimar alle porte?*, en H. KELSEN, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, Aragno, Torino, 2018, pp. V-XXII.

esta solución en su libro *Contro la democrazia diretta*²: ensayo que no es contra la democracia directa en general, sino contra la específica forma de democracia directa propuesta hoy en día en el contexto político italiano. Ya que el instrumento para realizar este nuevo modelo de democracia directa es la informática, en el libro de Pallante se examinan de manera equilibrada los dos aspectos de la cuestión: la noción general de democracia directa, por un lado, y la democracia directa tal como se propone, por el otro.

Aproximadamente las primeras cincuenta paginas ilustran la noción general de democracia directa que, por razones de brevedad, se presentará aquí de forma concisa. La segunda mitad examina –para utilizar los títulos de dos apartados– el *Conformismo de 5 Estrellas*, según el cual la democracia informatizada desde “hipótesis de ciencia ficción se convierte en realidad”: en aquellas páginas los temas informáticos ocupan una posición de primer orden.

En particular, la primera parte del volumen expone también las causas que han llevado a la situación actual, en la que prevalece lo privado (es decir, una concepción de lo “público” como suma de muchos “privados”), mientras que la idea básica del volumen es que lo público “es intrínsecamente ajeno a lo privado” (p. 6). La segunda parte, en cambio, presenta “una posible perspectiva futura” (*ibid.*). En su conjunto, este libro es particularmente recomendable porque enlaza los argumentos politológicos con aquellos informáticos, al poner de relieve las dificultades que pueden surgir (o que ya surgieron) en la práctica política.

De hecho, la informática se aplica no en el vacío, sino a través de personas (que tienen su trayectoria personal y política) a un específico contexto social (que tiene su historia institucional y sus vínculos preexistentes). La transición del diseño político a su realización en una realidad determinada nunca se realiza integralmente, sino que requiere ajustes y renunciaciones. Lo ha experimentado el *Movimento 5 Stelle* que, al pasar de la oposición al gobierno, ha tenido que redimensionar a menudo drásticamente sus ambiciosos proyectos iniciales. Por eso, ahora se está dividiendo entre realistas maleables e irreductibles de la primera hora. Estos últimos acusan a los realistas de haber traicionado los ideales fundacionales del Movimiento y un decepcionado militante los apostrofa (en Internet) como “badoglianos del tercer milenio”³.

² F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino, 2020.

³ A. CUZZOCREA, “Attacco finale a Casaleggio. Dai 5S una legge per sottrargli il controllo degli iscritti”, *La Repubblica*, 17 de agosto de 2020, p. 11.

2. LA DEMOCRACIA DIRECTA, DE LA TEORÍA A LA REALIDAD

La democracia directa tiene sus raíces en la Grecia clásica. Tras haber comparado el *idiótes* (que se ocupa solamente de su propio privado, *ídios*) con el *civis* romano o *polítes* griego (que trata “de dar una dimensión incluso colectiva a su propia existencia” en la *civitas* o *pólis*, p. 6), Francesco Pallante sintetiza así la tesis fundamental de su análisis: “Los instrumentos en los que se articulan nuestras instituciones democráticas –el voto, las elecciones, la representación, el referéndum, los partidos, las primarias, y todo eso– hoy en día se utilizan esencialmente de manera ‘idiota’, antes que ‘política’: como medios a través de los cuales perseguir intereses privados y no el interés público. Redescubrir la dimensión política de la existencia humana es la prioridad. El problema es que, hoy en día, ninguna de las propuestas objeto de debate público parece moverse en esta dirección” (p. 7).

Quizás, en comunidades antiguas o restringidas, haya existido una voluntad unánime de los (pocos) miembros, que podía ser expresada por un jefe: pero “estamos en presencia de conjeturas indemostrables, si bien dotadas de fuerza persuasiva” (p. 9). En la realidad se constata una progresiva separación entre gobernantes y gobernados: históricamente, el modelo de asamblea propuesto por Jean-Jacques Rousseau se contraponía al modelo monocrático teorizado por Thomas Hobbes y se distinguía del modelo representativo propuesto por Montesquieu. Por tanto, el debate actual tiene raíces antiguas. “En las experiencias constitucionales contemporáneas, la asamblea popular es un medio casi desaparecido. Sobrevive en realidades muy limitadas, como por ejemplo la República de San Marino, donde está previsto que el Arengo –así se llama la congregación local del pueblo– se reúna dos veces al año para permitir a todos los participantes formular directamente propuestas y peticiones al órgano legislativo” (p. 15).

Sin embargo, el ejemplo más conocido de democracia directa es el de Suiza, al que en 2016 se había remitido el portavoz del *Movimento 5 Stelle*: “El

[A Pietro Badoglio (1871-1956) –sucesor de Mussolini como jefe del gobierno del 25 de julio de 1943 al 8 de septiembre de 1943– se debe el armisticio del 8 de septiembre de 1943, la inversión de las alianzas y la división de Italia. Su nombre se volvió a menudo sinónimo de traición, como el verbo ‘*badogliare*’ o el sustantivo ‘*badogliata*’. Así que en el contexto citado por el *Movimento Cinque Stelle*, ‘*badogliano*’ indica ‘traidor’. Pero en el movimiento partisano los “*badoglianos*” eran los partisanos monárquicos con el pañuelo azul (el color de los Savoia). Silvio Bertoldi es autor de varios libros sobre Badoglio, entre ellos *Badoglio. Il Maresciallo d’Italia dalle molte vite*, Rizzoli, Milano, 1993. – NdT]

sistema suizo es nuestro faro: es el que preferimos y en el que nos inspiramos más” (p. 115). En realidad, la democracia directa puede operar en un Estado más grande de la República de San Marino por razones no reproducibles en otro lugar: el sistema constitucional suizo no es comparable ni con el sistema parlamentario ni con el sistema presidencial y, además, su “régimen directorial” opera en un Estado federal. Sin profundizar ulteriormente en el modelo helvético, “es evidente la ingenuidad de quien toma Suiza como modelo” (p. 119) para llevar la democracia directa a Italia.

Hoy en día los medios de democracia directa son, en general, “el referéndum, la iniciativa legislativa popular, la petición, el *recall* [la remoción de un elegido antes del vencimiento, en los EEUU] y las elecciones primarias” (p. 15): pero son instrumentos marginales con respecto a la dominante actividad parlamentaria.

En general, “democracia directa y democracia indirecta son dos regímenes de gobierno inspirados en el ideal democrático según el cual debe haber coincidencia entre gobernantes y gobernados. A estos sistemas se contraponen la monarquía representativa y el parlamentarismo representativo (por sufragio limitado), regímenes de gobierno inspirados en el ideal opuesto de la representación, según el cual debe haber separación entre gobernantes y gobernados. La democracia representativa es el modelo que reduce concretamente a síntesis los dos ideales abstractamente dicotómicos” (p. 28): es este modelo que hoy día parece haber entrado en crisis.

De hecho, la democracia representativa exige el sufragio universal y, por tanto, los partidos de masas que lo organizan. Ellos, sin embargo, acaban expropiando el pueblo del poder decisorio: eso ha ocurrido paulatinamente en Italia a partir de los años ochenta, cuando el asesinato de Aldo Moro y la exclusión de toda relación con el *Partito Comunista Italiano* (en el congreso democristiano de 1980) marcaron la transición al *Pentapartito*, la desaparición de la “cuestión moral” de la agenda política y el fin de la centralidad del parlamento⁴. El capítulo sobre *Lo Stato sussidiario* (pp. 30-38) permite repasar de forma sintética pero precisa la parábola que ha conducido a la crisis actual de la democracia representativa y a la sucesión de reformas que han cambia-

⁴ G. PASQUINO, *Restituire lo scettro al principe. Proposte di riforma istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1985, 199 pp.: el “príncipe” es el pueblo, que ha perdido el “cetro”, la soberanía. Cabe señalar el subtítulo: las “propuestas de reforma institucional” son el sistema electoral mayoritario y la investidura directa del jefe del gobierno a través de adecuados “instrumentos de democracia directa” (elecciones primarias y referéndum, p. 31).

do el sistema institucional italiano (en detalle: *Tra 'governance' e governabilità*, pp. 39-47), llevando al *Ritorno del leader carismatico* (pp. 48-56): es decir, a los años del gobierno de Berlusconi, en el que el partido representa “su personal prolongación” (p. 50), o sea, –como afirmaba polémicamente Norberto Bobbio– un “partido no-partido”⁵.

La crisis de la democracia ha sido abordada, antes, con respecto a la República de Weimar, pero incluye la Europa de los años treinta; ha afectado a América Latina en los años setenta; ahora los estudiosos americanos se preguntan si la misma no esté a punto de eclipsarse también en los Estados Unidos de Trump⁶; y la cuestión se puede extender a Brasil⁷, por no mencionar la Europa Oriental o la Turquía de hoy.

3. LA DEMOCRACIA DIRECTA DEL MOVIMIENTO 5 STELLE Y LA PLATAFORMA ROUSSEAU

El clima italiano hasta aquí ilustrado explica la fortuna de la propuesta de pasar a la democracia directa “en detrimento de las tradicionales formas de mediación y control”, al reducir el número de los parlamentarios, al introducir el mandato imperativo y el límite a dos mandatos electivos, recortando los órganos de intermediación⁸ e intensificando el recurso a los referéndums. Quien ha defendido estas medidas ha sido el *Movimento 5 Stelle* (no, por tanto, un partido): “el más votado en la primera participación en una elección nacional”, e incluido en la “mayoría gubernamental en el segundo intento: un exploit que, en el pasado, sólo había conseguido Silvio Berlusconi” (p. 57). Como herramienta para realizar la democracia directa propuesta por aquel Movimiento ha sido construida en 2016 la plataforma Rousseau, que

⁵ La polémica contra el berlusconismo está presente en muchos escritos de Bobbio, examinados en el capítulo “Il ventennio di Berlusconi e la democrazia offesa”, en M. LOSANO, *Norberto Bobbio, Una biografía cultural*, Carocci, Roma, 2018, pp. 378-385.

⁶ S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *How democracies die. What history reveals about our future*, Penguin, New York 2018, 312 pp. (v. también el prólogo a la edición italiana: *Come muoiono le democrazie*, Laterza, Roma-Bari, 2019, XXIX-291 pp.).

⁷ M. LOSANO, *La libertà d'insegnamento in Brasile e l'elezione del Presidente Bolsonaro*, Mimesis, Milano, 2019, 221 pp.

⁸ En el cap. IX, *Senza mediazioni!* (pp. 72-81), se describe con sintética precisión el vaciamiento de los sindicatos y de la escuela: “Il rifiuto di affidarsi alla mediazione a chi sa più di noi [...] è del tutto analogo al rifiuto di affidarsi alla rappresentanza degli eletti (anch'essi una forma di mediazione): ciascuno pretende di fare tutto *direttamente*” (p. 81).

así se anuncia en Internet: “Descubre la plataforma de democracia directa única en el mundo” (*rousseau.movimento5stelle.it*).

Nos encontramos ante un *unicum* no sólo en la política italiana. La plataforma Rousseau –creada originariamente por la empresa de consultoría informática “Casaleggio Associati srl”, que ya en 2005 manejaba el blog de Beppe Grillo– fue donada al “Movimento 5 Stelle” en 2016 y hoy día la administra la “Associazione Rousseau”, que no depende del Movimiento, sino de Davide y Gianroberto Casaleggio. Cuando en 2016 falleció Gianroberto (fundador con Beppe Grillo del *Movimento 5 Stelle*) la gestión de la sociedad pasó al hijo Davide, por una especie de informal y tácita sucesión dinástica. Las relaciones entre la gestión de la plataforma Rousseau y las actividades políticas del *Movimento 5 Stelle* son poco transparentes y, en el verano de 2020, han generado una serie de tensiones que, a continuación apenas referidas, son relevantes para comprender cómo la gestión de la democracia directa no sea fácil.

Los electos del Movimiento abonan a la “Associazione Rousseau” una cantidad mensual de 300 euros deducida de su retribución, a la que se añaden varias “microdonaciones”, por un total superior al millón de euros por el año 2018. En efecto, “si se multiplican aquellos 300 euros por los 418 elegidos de los que se exige que paguen (295 parlamentarios, 14 eurodiputados y 109 consejeros regionales) se llega a más de un millón y medio de euros al año. Mucha gente, para una asociación sin ánimo de lucro”⁹. Los inscritos en el Movimiento querrían mayor claridad en la gestión de estos fondos y, en señal de protesta, un número creciente de elegidos omite el depósito.

“El tesoro más grande [de la asociación], sin embargo, es otro: son los datos de los 175.534 inscritos certificados en el Movimiento”¹⁰; y aquí surge otro conflicto. Sólo los inscritos en la plataforma tienen el derecho de votar sobre los temas propuestos, según proceda. El problema es: ¿sobre qué temas deciden los inscritos? Las posibilidades son dos. En un caso, de acuerdo con el principio de una democracia auténticamente directa, los inscritos están llamados a decidir sobre cada consulta en el orden del día: se produce, así, el impasse insostenible de la ‘democracia continua’, sobre el cual volveremos en breve. En cambio, en el otro caso, quien controla la plataforma decide selectivamente qué temas someter a los inscritos: pero, de esta manera,

⁹ A. CUZZOCREA, “Attacco finale a Casaleggio. Dai 5S una legge per sottrargli il controllo degli iscritti”, *La Repubblica*, 17 de agosto de 2020, p. 11.

¹⁰ Ibid.

se acaba tropezando con una contradicción fatal para la democracia directa informática, porque el poder real está en manos de quien formula las preguntas, y sólo sobre ellas podrán expresarse los inscritos en la plataforma. El problema de la escasa transparencia organizativa hasta aquí examinado adquiere, por tanto, su valor dramático.

En el caso específico del *Movimento 5 Stelle* existe una situación conflictiva en relación con la gestión de la plataforma, y por consiguiente también sobre quién indica los asuntos puestos en entredicho: “Rousseau debe ser una herramienta –afirma el diputado 5 Estrellas Riccardo Ricciardi–: los contenidos, las cuestiones, los plazos, tienen que ser decididos por las personas que forman parte del M5S y que están legitimadas para coordinarlo. Activistas, portavoces, lo importante es que haya una línea de demarcación entre los contenidos y el instrumento. Estoy seguro de que lo que se propone en votación siempre es propuesto y examinado por el jefe político, pero para proteger el propio Movimiento –ya que estas preguntas, muy a menudo, las ponen los mismos electores– creo que es necesario distinguir entre las personas que forman parte del M5S y las personas que forman parte de Rousseau”¹¹.

Otra peculiaridad del *Movimento 5 Stelle* se refiere al listado de los inscritos en la plataforma, los cuales son en realidad los votantes que determinan la dirección política del Movimiento. El control de los inscritos está en manos de Casaleggio, y no del Movimiento: “Nadie, aparte de los socios de Rousseau, tiene acceso a aquellos listados. Ni siquiera el jefe político, los *pro-biviri* o el comité de garantía”. Esta discrasia genera tensiones: “Relata el senador Emanuele Dessì, definiendo [Davide] Casaleggio un «príncipe hereditario sin cualidades», que en 2014, cuando fue candidato a alcalde en Frascati, había pedido que pudiera contactar con los inscritos locales para informarles de sus iniciativas. «Te hago una concesión –le dijo el joven Casaleggio– te los hago contactar, pero mando yo los e-mails»”¹².

¹¹ A. CUZZOCREA, *Ricciardi: “L’azienda gestisca solo il software di Rousseau. Il M5S deve essere autonomo”*. Entrevista al vicepresidente del grupo 5 Stelle en la Cámara, *La Repubblica*, 19 de agosto de 2020, p. 8.

¹² A. CUZZOCREA, “Attacco finale a Casaleggio. Dai 5S una legge per sottrargli il controllo degli iscritti”, *La Repubblica*, 17 de agosto de 2020, p. 11. Y otra vez: “Da giorni, più parlamentari 5 Stelle denunciano lo strapotere del figlio del cofondatore all’interno del Movimento. Fino a preparare, come rivelato da “Repubblica”, una norma che renda illegittimo il suo tesoro: i dati di tutti gli iscritti” (A. CUZZOCREA, “Il manager isolato nel Movimento “Dobbiamo lasciarci alle spalle il passato”, *La Repubblica*, 18 de agosto de 2020, p. 10).

Además de la gestión del presupuesto y de los inscritos, un problema ulterior deriva de la naturaleza privada de la empresa consultora “Casaleggio Associati”, que no maneja sólo la plataforma Rousseau, sino que opera en el mercado como cualquier otra sociedad de asesoramiento. Su vínculo con un movimiento político genera conflictos de interés porque “trabaja en un área gris en donde negocios y política corren el peligro de cruzarse. Y en años anteriores no pasaron inadvertidos el apoyo (a sueldo) como sponsor o como socio en las investigaciones sobre *e-commerce*, *blockchain*, *digital food strategy* y *smart company* [a empresas que] –inevitablemente– tenían interés en las medidas por parte del ejecutivo. O los seiscientos mil euros pagados por la Moby (transbordadores) por un plan estratégico y de comunicación cuando en el Ministerio de Transportes estaba Danilo Toninelli [el 5 Estrellas Ministro de Infraestructuras y Transportes en el Gobierno Conte I]. Nada de ilegal, por supuesto [...], no obstante] sin lograr exorcizar completamente –como en el caso del préstamo garantizado por el Estado [concedido a la *Casaleggio Associati*]– el molesto fantasma del conflicto de intereses sobre la *Casaleggio Associati*”¹³.

Este entramado inédito entre empresa privada y movimiento político ha sido criticado por su anomalía institucional y por su potencial fragilidad informática.

Examinemos ante todo la anomalía institucional. La crítica de Pallante parte de los datos proporcionados por Davide Casaleggio sobre las características de la plataforma Rousseau: “once funciones, cien mil inscritos, doscientos treinta y dos votaciones online, «una jornada de voto cada veinte días desde 2012 hasta ahora». La miseria de estos números resulta evidente. Una fuerza política que recibe un tercio de los votos emitidos debería contar con millones de inscritos”; por el contrario, “la votación de confirmación de Di Maio en el papel de ‘jefe político’ involucra apenas a 56.127 votantes. [...] En la consulta sobre la alianza de gobierno con el *Partito Democratico* la participación sube de unos miles de unidades, hasta alcanzar los 79.634 click”. Esta “brecha abismal con el número de votos obtenidos en las elecciones políticas (casi once millones) –concluye Pallante– lo dice todo sobre la falta de perspectiva de la democracia electrónica” (p. 59).

Obviamente es contraria la posición de Davide Casaleggio, que en el “Washington Post” del 19 de marzo de 2018 escribía que la plataforma “per-

¹³ E. LIVINI, “La misura è per realtà [sic] in crisi Covid. Ma per l'ex Canestrari «durante il lockdown la società ha aumentato il fatturato»”, *La Repubblica*, 19 de agosto de 2020, p. 8; y el aumento de lo facturado sería incompatible con la concesión de aquel préstamo.

mite a los ciudadanos formar parte de la política. La democracia directa, posible gracias a Internet, ha atribuido una nueva centralidad a los ciudadanos y al final llevará a la deconstrucción de las actuales organizaciones políticas y sociales. La democracia representativa –la política por delegación– está paulatinamente perdiendo significado” (*ibid.*).

Toda plataforma informática es vulnerable, e incluso la plataforma Rousseau corre al menos dos peligros.

El primero procede desde el interior y se refiere al uso irregular de los datos personales de los inscritos en el Movimiento. En efecto, la plataforma ha sido sancionada dos veces: en 2018 el Garante de la Privacidad impuso una multa de 32.000 euros por el tratamiento ilícito de datos personales, mientras que al año siguiente la multa de 50.000 euros se refería a la tutela insuficiente de los datos de los inscritos durante un voto online¹⁴. Más en general, está abierta la discusión si y en qué medida la plataforma Rousseau garantiza el voto secreto de los inscritos.

El segundo peligro procede del exterior y se refiere a las intervenciones de hackers que destruyan o alteren los datos almacenados. Este peligro está particularmente presente en las plataformas relacionadas con las actividades políticas: a este respecto, basta con evocar las actividades de “*Cambridge Analytica*”, no sólo en la elección de Donald Trump¹⁵. Pero los ejemplos se pueden multiplicar. La informática ya es un instrumento utilizado en las guerras no sólo políticas. El diplomático italiano Fabio Rugge, del *Osservatorio sulla sicurezza cibernetica dell’Istituto per gli Studi di Politica Internazionale* (ISPI), ha recogido una serie de ensayos que ilustran cómo ya

¹⁴ *Resolución sobre data breach*, 4 de abril de 2019: “Accertato il non ancora completo adempimento del provvedimento del 21 dicembre 2017 e verificate le carenze relative ai profili di sicurezza di cui in motivazione: - 1. ingiunge, ai sensi dell’art. 58, comma 2, lett. d) del Regolamento, all’Associazione Movimento 5 Stelle e all’Associazione Rousseau quale responsabile del trattamento, di provvedere nei modi e nei termini di cui al par. 4.1, punti 1, 2, 3 e 4; - 2. ai sensi dell’art. 58, paragrafo 2, lettera i) del Regolamento, ingiunge all’Associazione Rousseau, quale responsabile del trattamento e in tale qualità trasgressore, il pagamento, entro 180 giorni dalla data di ricezione del presente provvedimento, di euro 50.000 a titolo di sanzione per la violazione di cui al combinato disposto degli artt. 32 e 83, paragrafo 4, lettera a) del Regolamento” (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9101974>).

¹⁵ N. TIRINO, *Cambridge Analytica. Il potere segreto, la gestione del consenso e la fine della propaganda*, Libellula, Lecce, 2019, 193 pp.

son los mismos Estados que usan la intervención informática para los actos hostiles en todos los niveles¹⁶.

4. DEMOCRACIA INFORMATIZADA Y NEOLIBERALISMO

En teoría, el parlamento podría ser sustituido por la democracia directa; sin embargo, en la práctica, eso no ha podido ocurrir hasta ahora porque la democracia directa es viable sólo en pequeñas comunidades. Pero la tecnología ha modificado la situación y ya en 1978 Bobbio prefiguraba la “hipótesis por ahora de ciencia ficción de que cada ciudadano, cómodamente desde su casa, pueda transmitir su propio voto a un cerebro electrónico apretando un botón”¹⁷. Una docena de años después, esta visión dejaba de ser “de ciencia ficción” y se convertía en realidad en las elecciones estadounidenses de 1992, cuando el outsider Ross Perot lanzó la *digital democracy*, y en las incursiones políticas emprendidas en Europa, desde 2009, por varios partidos libertarios que se remitían a los “Piratas”¹⁸.

Paralelamente a la difusión de la informática, se ha consolidado la visión neoliberal de la sociedad, sintetizada en la frase –atribuida a Margaret Thatcher– “La sociedad no existe, sólo existen los individuos”: frase que es también el título del Capítulo X del libro de Pallante, en el que se lee que el thatcherismo se dirige hacia “el objetivo de la soberanía individual. La afirmación personal, en esta perspectiva, es el único parámetro de juicio. El individuo elige y decide por sí mismo y es totalmente responsable de las elecciones que hace. No hay límite para el éxito, no hay límite para el fracaso. Nadie le debe nada a nadie. Cualquier vínculo de solidaridad puede derivar quizás de la conciencia individual, ciertamente no de la imposición del Estado” (p. 86). Es decir, por tanto, fin de los derechos sociales (“salud, hogar, educación, trabajo, seguridad social, asistencia”) y concentración “sobre la extensión que se reconoce a la autodeterminación de los individuos” (p. 89).

¹⁶ F. RUGGE (ed.), *Confronting an “Axis of Cyber”*. China, Iran, North Korea, Russia in Cyberspace, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 181. El libro puede ser descargado desde el sitio del ISPI (<https://www.ispionline.it/it/publicazione/global-race-technological-superiority-discover-security-implications-24463>).

¹⁷ N. BOBBIO, “Democrazia rappresentativa e democrazia diretta”, en G. QUAZZA (a cura di), *Democrazia e partecipazione*, Stampatori, Torino, 1978, p. 34.

¹⁸ M. GALLERI, *Partiti senza rete: la politica digitale. Da Ross Perot a Forza Italia e ai Democratici di Sinistra, 1992-2002*, Lacaíta, Manduria, 2004; O. NIEDERMAYER (ed.), *Die Piratenpartei*, Springer, Wiesbaden, 2013; N. URBINATI, *La democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano, 2013.

Por cierto, esta “autodeterminación de los individuos” está en la raíz del anti-cientificismo generalizado hoy en día, desde los anti-vacunación hasta los de la tierra plana, desde los negacionistas del alunizaje estadounidense o del Holocausto hasta los negacionistas de la pandemia de Covid-19.

Pero, “lejos de conducir a la valorización de los individuos, la afirmación de la soberanía individual lleva a la disgregación de la coletividad en una multitud de sujetos aislados y abandonados a sí mismos”, como ya destacó Hans Kelsen en 1929¹⁹.

Para esta multitud de desarraigados la tecnología de la información se presenta como la herramienta moderna de redención: “La tesis de que la web es el medio que, en el mundo contemporáneo, en el mundo de la post-sociedad, permite a los individuos mantenerse en relación recíproca es fruto de una visión que se puede superponer perfectamente a la ideología thatcheriana. La Red como resultado de innumerables conexiones horizontales interindividuales, anudadas de manera impredecible y espontánea, no el Estado como estructura organizada de relaciones de poder estratificadas en una dimensión vertical”; es decir, “una sociedad finalmente liberada del yugo de los cuerpos intermedios. En esta perspectiva, Internet no es una herramienta, sino un principio de nuevo orden destinado a desarticular y reconstruir toda la existencia colectiva” (p. 92 s.).

Esta innovación radical fue avalada por los políticos, provocando una inversión de roles entre política y tecnología que encuentra su símbolo en la reunión entre Tony Blair y Bill Gates. En el congreso del New Labour de 1997 Tony Blair anunció su proyecto de informatización de la sociedad británica y, en particular, de la escuela: “Para demostrar su determinación, el nuevo Primer Ministro británico consigue ser recibido por Bill Gates, para su bendición. Un cambio de roles trascendental, que no escapa a un periodista atento como Vittorio Zucconi: «Impresionante, un empresario que concede su imprimatur ideal a la acción del gobierno de un Estado soberano e importante como el Reino Unido». No cabe duda de que las nuevas tecnologías han cambiado nuestra forma de estar en el mundo” (p. 94).

Este es, pues, “el primer Summit entre la izquierda e Internet” en el reporte de Vittorio Zucconi:

¹⁹ F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, cit., p. 89. Cf. también H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de la segunda edición alemana por R. Luengo Tapia y L. legaz Lacambra, Ed. Labor, Barcelona, 1934, p. 37.

Ha sido la primera cumbre internacional entre un presidente y un friki. Ha sido el encuentro de la nueva era diplomática, la señal de que incluso la diplomacia y la política están realmente entrando en un nuevo milenio. Ayer ha tenido lugar en Londres y estaban un [...] político, el primer ministro británico Tony Blair, y un hombre con gafas gruesas de miope y un aire algo desagradable con una apariencia de primero de la clase, sin otro título más allá de lo que era su ya inmenso nombre: Bill Gates. Como iguales, entre dos potencias, Blair y Gates se hablaron entre ellos, discutieron, concluyeron acuerdos, registraron divergencias y emitieron comunicados finales que la gente ha leído, por una vez, con atención. Porque no hubo, entre esos dos hombres, pura palabrería, sino que discutieron y decidieron sobre dinero, trabajo, educación para los niños y por tanto sobre el futuro. Se ha decidido que Gates y su imperio del software, Microsoft, ayudarán a Blair a modernizar las escuelas británicas y a llevar a los niños británicos hacia el mañana. Ya estamos, pues, mucho más allá de las modas y de los encaprichamientos tecnológicos, mucho más allá de las estériles controversias ideológicas sobre el ordenador, Internet, los grandes hermanos y las pequeñas hermanas. Para llevar las escuelas inglesas al siglo XXI, el líder de una gran nación y al mismo tiempo el jefe de la izquierda más moderna de Europa, pasa por encima de las comisiones de estudio, de los ministerios, de los escrúpulos formales y va directo a la fuente, se dirige hacia el jefe supremo de los bits, el emperador cibernético en persona, Gates. Muchos gobiernos, en el pasado, concluyeron acuerdos con industriales y empresas para producir, modernizar, comerciar. Pero nadie jamás había encomendado a un businessman privado, a un empresario y a su producto, las esperanzas de las nuevas generaciones. Ciertamente, nadie que se proclamara “de izquierda”. Y no fue el político el que se dignó recibir al friki, sino el friki multimillonario Gates quien le dio su bendición al político. “El señor Gates –reconoce el comunicado emitido por la oficina del primer ministro británico– aprueba y apoya plenamente el plan del gobierno de Su Majestad para conectar las aulas con Internet para el año 2002 y mejorar la experiencia educativa de todos los estudiantes, jóvenes o mayores”²⁰.

Entre los medios para realizar la democracia directa informática, el program “Liquid Feedback” ha sido experimentado por la “Piratenpartei” ale-

²⁰ V. ZUCCONI, *Vertice a Downing Street tra Blair e il re dei computer*, “La Repubblica”, 8 de octubre de 1997 (<https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/10/08/vertice-downing-street-tra-blair-il-re.html>).

mana²¹ y por el *Movimento 5 Stelle* en la administración municipal de Turín²², en donde aquel programa ha sido utilizado para evaluar con los ciudadanos algunos proyectos de interés local, como un parque urbano o las ciclovías. La aprobación del proyecto particular tuvo lugar con altos porcentajes, cuyo significado desaparece, cuando se consideren los valores absolutos de la participación: cinco participantes para la ciclovía, cuarenta y ocho para un área deportiva.

Se llega, por tanto, a una constatación que se refiere a casi todos los proyectos de democracia directa informática: “Los inscritos son muy pocos en comparación con los potenciales interesados –poco menos de diez mil en una población urbana (a la de Turín) que roza los novecientos mil habitantes– y los activos son una cuota realmente irrisoria. Sobre todo, no parece haber diferencias significativas entre la participación *on* y *off line*: quien está interesado en un tema está disponible a profundizarlo tanto conectándose a la Red como saliendo de casa para encontrar otros interesados” (p. 107).

Además de los riesgos conectados con el mal funcionamiento o con el abuso de la informática, las plataformas de democracia directa presentan también otros problemas.

Stefano Rodotà temía el surgimiento de una “democracia continua”²³, en la que al ciudadano le fuera constantemente exigido tomar posición sobre todas las cuestiones en juego en la agenda política: esta visión presupone un ciudadano omnisciente y omnipresente que no se refleja en la realidad. Ya en 1928 Carl Schmitt –un jurista no sospechable de simpatías para la democracia (representativa o no)– escribía: “Podría imaginarse que un día, por medio de inventos apropiados, cada hombre particular, sin abandonar su domicilio, pudiera dar expresión continuamente a sus opiniones sobre cuestiones políticas, y que todas estas opiniones fueran registradas automáticamente

²¹ Desde el sitio de la “Piratenpartei”: “Come partito fondato sulla democrazia di base abbiamo naturalmente cercato degli strumenti che facilitassero la formazione dell’opinione politica e il processo decisionale. Poiché nel 2009 non esisteva uno strumento che si adattasse alle esigenze della “Piratenpartei”, su impulso della “Piratenpartei” venne sviluppato ‘LiquidFeedback’: è un software libero, fondato sul principio della *Liquid-Democracy*” (<https://www.piratenpartei-nrw.de/mitmachen/arbeitsweise/liquid-feedback/>).

²² “Da oggi [2 marzo 2018] è online la piattaforma della Città di Torino WeGovNow con alcune delle sue funzionalità: FirstLife e LiquidFeedback” (<http://www.torinosocialinnovation.it/wegovnow-online-la-piattaforma-per-votare-i-progetti-socio-culturali-di-axto-azione-4-01/>).

²³ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 4 ss.

te por una central donde sólo hiciera falta darles lectura. Eso no sería una Democracia especialmente intensa, sino una demostración de que el Estado y lo público se habían privatizado en su integridad. No sería opinión pública, porque no resulta opinión pública ni aún de la opinión concorde de millones de personas; el resultado es sólo una suma de opiniones privadas”²⁴.

El análisis de Francesco Pallante (p. 109 s.) llega a esta conclusión: “El punto de caída de la democracia directa no es sólo de orden práctico, sino también conceptual. Incluso en un mundo ideal, la acción democrática directa no sería una perspectiva deseable”. De hecho, “democracia es ante todo debate. No elección. Más que el resultado importa el procedimiento” (p. 110). Y el instrumento esencial de la discusión, del debate político, es el compromiso: “El fin debe consistir en hallar la solución capaz de no dejar a nadie totalmente descontento –y, por consiguiente, nadie totalmente satisfecho” (p. 111).

ADDENDA: UNA ACTUALIZACIÓN SOBRE LA “CREEPING CENSORSHIP”: MUCHAS PEQUEÑAS MORDAZAS HACEN UNA GRAN MORDAZA

Mi artículo sobre la democracia directa, enviado a la revista “Diritto dell’informazione e dell’informatica” el 31 de agosto de 2020, ha sido traducido aquí sin modificación alguna. Desde entonces, la política italiana ha sido afectada por varios cambios, culminados con la desestabilizadora parálisis del gobierno de coalición del que el *Movimento 5 Stelle* formaba parte. Es por tanto oportuno dar cuenta de los eventos más recientes que están afectando a la prensa libre y a la libertad de expresión.

En paralelo con la más grave crisis política de la historia de la República, en los últimos tiempos dos de los tres principales periódicos han sido ‘disciplinados’; importantes revistas culturales han sido encaminadas hacia el cierre; por último, otros periódicos están amenazados por recortes radicales de fondos públicos, lo suficiente para socavar su existencia. Examinemos brevemente estas tres intervenciones sobre la libertad de prensa.

* * *

²⁴ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* [1928], tr. esp., Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 240.

El grupo Gedi –propietario del periódico “La Repubblica”– fue adquirido en 2019 por el grupo Fiat, que ya controlaba “La Stampa”: de ahí nació un híbrido que los periodistas bautizaron como “*Stampubblica*”. Era ese el aspecto más llamativo de una reestructuración más amplia. De hecho, algún tiempo después el grupo editorial Gedi de la familia Agnelli comunicaba que se había “llegado a un acuerdo para la cesión de la rama de empresa de los periódicos ‘Il Tirreno’, la ‘Gazzetta di Modena’, ‘La Gazzetta di Reggio’ y ‘La Nuova Ferrara’ a la sociedad Sae Srl, representada por Alberto Leonardis. [...] La nueva sociedad, de la cual los periodistas denuncian la total inexperience en el campo editorial, ya ha puesto por escrito los recortes a los gastos del personal por 1,7 millones de euro. Los empleados de las empresas periodísticas involucradas en la venta son 162,120 periodistas y una cuarentena de tipógrafos”²⁵.

Las directrices de la nueva configuración prevén, entre otras cosas, “que quien trabaja en el Grupo debe tener equilibrio a la hora de dar las noticias, distancia crítica con respecto a los hechos, *evitar toda forma de militancia*”²⁶. Como si “evitar toda forma de militancia” ya no fuera una militancia: lo demuestra la dirección de esta reestructuración que va a cortar, por un lado, en el tejido histórico del grupo para poder invertir, por el otro, en nuevas adquisiciones, sin violar las reglas antimonopolistas.

Es alarmante también el cierre de la revista mensual *Micromega* (ella también controlada por Gedi), una de las más importantes revistas culturales italianas, si no la más importante: “En el caso de *Micromega* desde luego no bastan razones de mercado para explicar una despedida tan repentina, habida cuenta de la incidencia marginal de sus costes sobre los presupuestos del grupo. Demasiado evidente es la relación entre el adiós a *Micromega* y el reciente manifiesto programático sobre la misión editorial de Gedi, en la que se lee, entre otras cosas: «Quien trabaja en el Grupo [...] debe evitar toda forma de militancia». [...] *Micromega* ha personificado precisamente aquel compromiso militante que hoy el nuevo rumbo padece como anomalía por suprimir”²⁷. El Grupo Gedi envió a la dirección y a la redacción de *Micromega*

²⁵ Sobre el contexto de la operación entera, v. el sitio: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/10/09/il-gruppo-gedi-famiglia-agnelli-ufficializza-la-vendita-de-il-tirreno-e-altre-tre-testate-locali-ora-nel-mirino-ce-il-sole-24-ore/5960996/>.

²⁶ G. VALENTINI, “Repubblica&Espresso: lingua tagliata, militanza zero e modello Radio DeeJay”, *Il Fatto Quotidiano*, 13 de diciembre de 2020, p. 18. Énfasis añadido.

²⁷ G. LERNER, “I silenzi su Gedi contro Micromega”, *Il Fatto Quotidiano*, 24 de diciembre de 2020, p. 13.

este expeditivo comunicado: “Estimados Señores, les informamos que desde el primero de enero de 2021 Gedi Gruppo Editoriale S.P.A. cesará la publicación del periódico *Micromega*. Saludos cordiales”²⁸. Todo comentario ya suena como una conmemoración.

* * *

Es el aire del tiempo: en Francia cierra la revista bimestral “Le Débat” –dirigida por el historiador Pierre Nora, miembro de la Academia de Francia– sobre la cual ya publicaron, entre otros, Claude Lévi-Strauss, Tzvetan Todorov, Milan Kundera y Edgar Morin. Sus 210 números publicados en los cuarenta años de actividad están ahora disponibles en el correspondiente sitio y permiten evaluar su importancia cultural²⁹. El cierre de “Le Débat” había sido adelantado por aquella revista líder del “*engagement*” posbélico, “Les Temps Modernes”, “otra histórica revista fundada en la posguerra [1945] por Jean-Paul Sartre y Simone de Beauvoir”³⁰. Su declive está marcado también por la periodicidad descendiente: de mensual a bimestral y a trimestral, hasta el cierre en 2019.

El fenómeno es general: la oferta de Internet parece haber mutado la actitud de quien lee, al poner en crisis las revistas con un planteamiento ilustrado desde el punto de vista cultural y con un planteamiento guttembergiano desde el punto de vista de la técnica de difusión.

* * *

Desde hace tiempo el gobierno italiano intenta reducir las subvenciones a las publicaciones gestionadas por cooperativas de periodistas y polígrafos, como por ejemplo “Il Manifesto” (periódico tradicionalista hasta el punto de tener como subtítulo “Periódico comunista”). “Con la cancelación de las contribuciones públicas se silencian las voces ‘fuera del coro’. [...] En un

²⁸ <https://www.articolo21.org/2020/12/micromega-non-si-spenga-una-voce-libera-il-gruppo-editoriale-gedi-ha-annunciato-la-chiusura-della-testata/>.

²⁹ “Le Débat est une revue d’analyse et de discussion ouverte à toutes les réflexions qui permettent de mieux comprendre les évolutions du monde contemporain. Elle s’arrête avec le numéro 210. La totalité des articles parus depuis la création de la revue en 1980 est disponible sur ce site” (<http://le-debat.gallimard.fr/>).

³⁰ A, GINORI, *Fine delle discussioni in Francia: chiude la rivista “Le Débat”, “La Repubblica”*, 1 de septiembre de 2020, p. 31.

momento de profunda crisis económica para el País, el Gobierno Conte acalla las voces del mundo editorial *no profit* y en cooperativa”³¹.

* * *

Es esto, pues, el aire de nuestro tiempo. Porque *Nemo in propria causa testis esse debet*, la presente actualización se limita a subrayar la ambigua relación entre el Movimiento, la Plataforma y la sociedad de responsabilidad limitada que la maneja. De hecho, las observaciones críticas incluidas en mi artículo (que han llevado a su censura debido a su “corte marcadamente político”) están presentes incluso en el debate interno del mismo Movimiento, y a menudo con mucha mayor dureza.

Tras haber copiado por cinco meses los artículos de cinco periódicos nacionales sobre los enfrentamientos internos del Movimiento, he compuesto un file de 800 miles caracteres, iguales a un libro de más de 300 páginas, en las que la polémica sobre la plataforma Rousseau se menciona aproximadamente 400 veces. El benévolo lector comprenderá, entonces, que le ahorre los efímeros detalles de esta polémica muy repetitiva, y que me límite a pocos ejemplos.

Mi artículo acababa de ser expedido y la situación era resumida por un periódico de derecha³², y por tanto hostil al M5S, de la siguiente forma.

Davide Casaleggio no tiene ninguna intención de soltar el M5S: al revés, pretende apretar el agarre. Quiere hacerlo a través de una votación sobre la plataforma online Rousseau, con la que la base de los inscriptos estaría llamada a elegir entre dirección colegial o jefe político único. Un sufragio que queda por realizar tal vez antes de las regionales, en lo que sería una verdadera redada. – De esta forma, se saltarían por completo los parlamentarios, y la elección decisiva se encomendaría a un oscuro mecanismo controlado por un hombre

³¹ *Grave attacco del Governo Conte all’editoria no profit e in cooperativa*, 23 de diciembre de 2020 <<https://ilmanifesto.it/lettere/grave-attacco-del-governo-conte-al-editoria-no-profit-e-in-cooperativa/>>. “Un’altra testata storica della sinistra, il quotidiano ‘Il Manifesto’, sulla soglia dei suoi cinquant’anni, è vittima di una legislazione sulla stampa che penalizza gravemente la sua cooperativa”, G. LERNER, “I silenzi su Gedi contro Micromega”, *Il Fatto Quotidiano*, 24 de diciembre de 2020, p. 13.

³² Este periódico, sin embargo, no necesitaba ensañarse verbalmente, ya que el Movimiento había llegado al borde de la escisión mientras que en el centro del debate estaba la Plataforma Rousseau con su dominus, Davide Casaleggio.

*en el que ya no confían. Entonces, una trentena de diputados y senadores ha enviado ayer un mensaje por nada cifrado al hijo de Gianroberto [Casaleggio]: intenta, y nos vamos en un instante. – Son los síntomas del verdadero mal del M5S: la separación de Beppe Grillo, y muchos líderes pentastellati, a partir de Casaleggio, dueño de la plataforma digital*³³.

Algunos meses después, las tensiones no habían disminuido y un gran periódico nacional subrayaba la aversión de los parlamentarios *pentastellati* para los desembolsos obligatorios a la Plataforma Rousseau, ahora percibida como una estructura no al servicio del Movimiento, sino en competencia con ello. Era preciso cambiar: “Nacerá una cuenta corriente a nombre de los 5 Stelle en donde deberán confluír las donaciones que actualmente van a la asociación Rousseau. Basta con financiamientos directos. Los 300 euros que cualquier electo está obligado a abonar, de ahora en adelante, estarán manejados por el partido. Es el preludio de aquel contrato de servicio al que los personajes más influyentes del M5S quieren obligar el hijo del cofundador, manteniéndolo fuera del Estatuto que vendrá. Es el comienzo de una revolución”³⁴.

Uno de los problemas de la relación del Movimiento con la sociedad de Casaleggio es que, por un lado, ella controla la plataforma del Movimiento y de los pagos mensuales, mientras que por otro es una sociedad de derecho privado, que por tanto cultiva en autonomía sus propios asuntos. La sospecha es que la sociedad privada utilice su relación con el Movimiento para influenciar las decisiones legislativas, como ocurrió en el “caso Philip Morris”, que pone en su centro el apoyo del Movimiento a favor de una polémica reducción fiscal relativa a los cigarrillos electrónicos. “A estas alturas, es deseable que el M5S reúna el valor para evitar el malentendido que lo acompaña desde su nacimiento, es decir, ser administrado por una empresa privada (la Casaleggio Associati a través de la Associazione Rousseau)”³⁵.

³³ Fausto Carioti, *Va in scena il duello finale tra i fan di Grillo e Casaleggio: scissione sempre più vicina*, “Liberò”, 4 de septiembre de 2020, p. 3. Con el elocuente subtítulo: *I fedelissimi del comico [Beppe Grillo] vogliono farla finita con la piattaforma Rousseau e creare un vero partito filo-Pd*.

³⁴ Annalisa Cuzzocrea, *La mossa dei vertici: “Fuori dal Movimento chi vota contro Conte”*. Basta soldi a Rousseau, *La Repubblica*, 6 de diciembre de 2020, p. 4. En el subtítulo: *Con Casaleggio è resa dei conti: i versamenti dei parlamentari andranno al Movimento*.

³⁵ M. SERRA, “Sui soldi di Philip Morris a Casaleggio adesso indaga la procura di Milano”, *La Stampa*, 3 de diciembre de 2020, p. 12.

El “caso Philip Morris” no era el único que alimentaba el debate sobre la relación opaca entre negocios y política de la sociedad de Casaleggio: de hecho, la prensa remontaba a episodios análogos del pasado, como “las esponsorizaciones de renombradas sociedades del *delivery food* a la empresa milanés y las acusaciones de los colectivos de *rider* al entonces ministro del Trabajo Luigi Di Maio [del Movimento 5 Stelle] de haberse repentinamente ablandado a la hora de pretender más tutelas para los ciclorepartidores³⁶.

Frente a estos ataques, “Casaleggio anuncia la intención de presentar quejas contra las ‘insinuaciones’. En las altas esferas del M5S, comprometidas a buscar un acuerdo político entre el partido y la asociación Rousseau dirigida precisamente por Casaleggio, cabe preguntarse maliciosamente: sin un papel para él central en la vida del Movimiento, ¿Philip Morris y otras empresas tendrán interés aún en beneficiarse de sus asesoramientos?”³⁷.

A finales de 2020 “La Repubblica” resumía los “tres problemas centrales que el Movimiento tenía que solucionar: “Propiedad y accesibilidad de los datos de los inscriptos, que, para ser tales, en estos años han enviado también sus documentos de identidad; identificación de una entidad tercera para certificar toda votación; y, por último aunque no en orden de importancia, el acuerdo económico entre M5S y la asociación Rousseau, que se convertiría pues en una simple sociedad de asesoramiento: posiblemente, un punto de encuentro podría ser algo como 600-700 mil euros por año. Son estos tres los obstáculos principales que están bloqueando la evolución política del Movimiento”³⁸.

* * *

Sin embargo, el Movimiento 5 Stelle no es el único que tiene que abordar estos problemas. En el último medio siglo la sociedad occidental se ha

³⁶ M. PUCCIARELLI, “Caso Philip Morris. 5S contro Casaleggio “Aumentiamo le tasse”, *La Repubblica*, 28 de noviembre de 2020, p. 15. Con los subtítulos: *Dopo le polemiche sui fondi ricevuti dal presidente di Rousseau i parlamentari grillini annunciano la stretta sulle sigarette elettroniche*.

³⁷ M. PUCCIARELLI, “Una consulenza da 2,4 milioni rilancia il conflitto di Casaleggio”, *La Repubblica*, 27 de noviembre de 2020, p. 4.

³⁸ M. PUCCIARELLI, “Soldi e dati degli iscritti la difficile trattativa tra M5S e Casaleggio”, *La Repubblica*, 22 de noviembre de 2020, p. 11.

informatizado en todos sus sectores e incluso los partidos tradicionales han sido afectados por esta revolución. Han desaparecido los clásicos partidos-iglesia y los partidos actuales ya no se identifican con una visión global de la sociedad futura, sino con un leader (cuyo nombre, de hecho, se encuentra en el símbolo del partido). Finalmente, la informatización de la sociedad ha generado nuevos movimientos políticos que contribuyen junto con los antiguos partidos en la gestión del poder: son los “partidos digitales”, uno de los cuales es el Movimiento 5 Stelle, que ve en la informática la herramienta de la democracia directa, destinada a substituir la democracia representativa, dada por superada.

Los partidos digitales son ahora una realidad política tan difusa y consolidada que es posible confrontar sus puntos de contacto y sus diferencias: lo hizo Paolo Gerbaudo, director del Centre for Digital Culture al King's College de Londres, en su volumen *I partiti digitali*, en el que compara el Movimiento 5 Stelle (con el software “Rousseau”), Podemos (con el software “Participa”), France Insoumise (el movimiento de Jean-Luc Mélenchon, con el software “NationBuilder”), los partidos piratas nacidos en los países escandinavos (con el software “LiquidFeedback”) y muchos más³⁹. Según Gerbaudo, “El Movimiento 5 Stelle y Podemos son las dos formaciones en las que la aplicación de las plataformas deliberativas ha logrado la plena madurez y al mismo tiempo ha manifestado más claramente sus límites”⁴⁰. Sobre cada uno de estos movimientos ya se ha escrito toda una biblioteca.

Los partidos digitales enfrentan los mismos problemas técnicos y políticos, pero a menudo proponen soluciones diferentes. Por ejemplo, uno de los temas debatidos con respecto a la Plataforma Rousseau es la garantía de las operaciones de votación contra toda interferencia: “Este riesgo ha sido subrayado por el caso de las fallas informáticas del sistema Rousseau utilizado por el Movimiento 5 Stelle. Problemas de seguridad exponen los usuarios a serias violaciones de la privacy y -lo que es incluso más preocupante- plantean dudas sobre la confiabilidad de las operaciones de votaciones y sobre el riesgo de fraudes”. A los problemas internos del sistema informático se suman aquellos de la verificación externa, es decir, “el control y la certifica-

³⁹ P. GERBAUDO, *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Il Mulino, Bologna 2020, 271 pp. Sobre los problemas de los portales de participación de los varios movimientos, v. cap. 6. *La democrazia programmata*, pp. 147-172. Traducción de *The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy*, Pluto Press, London, 2019, 223 pp.

⁴⁰ GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., p. 159. Una descripción técnica (y crítica) del software de la Plataforma Rousseau se encuentra en las pp. 160-164.

ción de los resultados de las consultas online por parte de terceros. Se trata de evitar que quien supervisa el voto lo pueda manipular”, sobre todo en el caso en que el staff responsable está también bajo las dependencias directas liderazgo del partido. Piénsese en el caso del Movimento 5 Stelle, en el que la Asociación Rousseau, que maneja el sistema decisorio, se alberga en las oficinas de la Casaleggio Associati”⁴¹.

La confrontación con otros movimientos análogos revela enfoques distintos con respecto a este problema. El movimiento español Podemos, “aprovechando de los servicios de Agora Voting, pudo beneficiarse desde el principio de un sistema fiable de validación externa de las votaciones”. En cambio, “el Movimento 5 Stelle ha solicitado la supervisión externa de las votaciones sólo en pocas circunstancias”, mientras que en otros casos “no ha utilizado este sistema, sin por ello explicar sus razones”. En general, sería buena práctica, a fin de garantizar la credibilidad de estos procesos, que las organizaciones políticas aseguraran siempre la verificación externa de las votaciones online”⁴².

Precisamente sobre la transparencia del programa “LiquidFeedback” en la Piratenpartei alemana, estalló “una disputa interna que lo acercó a un paso de la autoaniquilación”. Los datos personales en abierto permitían interferencias, mientras que su gestión anónima garantizaba la confidencialidad, pero obstaculizaba el funcionamiento de la plataforma: “Los ‘Piratas’ exigen la mayor transparencia a todos los que participan en el sistema político, pero a su vez –en lo que respecta al robo de datos y el espionaje– sufren de una paranoia extrema que les impide aplicar el principio de transparencia a sí mismos”⁴³.

En Italia la evolución del Movimento 5 Stelle está expuesta, por ejemplo, en los libros de periodista Jacopo Iacoboni, que permiten seguir el desarrollo del Movimiento desde la fase *statu nascenti* hasta su presente de casi-partido de gobierno. Iacoboni se detuvo, en primer lugar, en el origen del Movimiento, visto como “el experimento” que da el título a su libro⁴⁴.

⁴¹ GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., p. 169 s.

⁴² GERBAUDO, *I partiti digitali*, cit., p. 170 s.

⁴³ M. K. WAGNER, *Der Piraten Kern. Eine Software ist das wahre Programm der Piraten - aber die Partei will sie nicht nutzen* [El núcleo de los ‘Piraten’. Un software es el programa de los ‘Piraten’ - pero el partido no quiere utilizarlo], en F. SCHILBACH (ed.), *Die Piratenpartei. Alles Klar zum Entern*, Bloomsbury, Berlín 2011, pp. 109-114; la cita se encuentra en la p. 110. En las elecciones en Berlín de noviembre de 2011 la Piratenpartei había logrado el 8,9% de los votos.

⁴⁴ J. IACOBONI, *L’esperimento. Inchiesta sul Movimento 5 Stelle*, Laterza, Roma-Bari, 2018, IX-233 pp.

Posteriormente el Movimiento ha entrado en los mecanismos de la política tradicional, en la que ha asumido papeles relevantes. Ya que Gianroberto Casaleggio preconizaba que “parlamentarios y ministros deberán ser portavoces *ejecutores* de nuestro programa”, el segundo libro sobre el Movimiento se titula “la ejecución”⁴⁵: título deliberadamente un poco siniestro, procedente de una afirmación de Casaleggio según la cual “dentro de algunos lustros es posible que el Parlamento ya no será necesario”⁴⁶. Los tiempos féreos de los primeros veinte años del siglo XXI dejan abierta la pregunta: ¿el Parlamento ya no será necesario porque ha sido reemplazado por la democracia directa, o ya no será necesario porque ha sido efectivamente abolido, como en el primer ventenio del siglo anterior?

MARIO G. LOSANO
Accademia delle Scienze
Via Maria Vittoria 3
10123 Torino
e-mail: mario_losano@yahoo.it

⁴⁵ J. IACOBONI, *L'esecuzione. 5 Stelle da movimento a governo*, Laterza, Roma-Bari, 2019, VII-296 pp.; sus *Fuentes* están elencadas en las pp. 231-289.

⁴⁶ Las palabras de Gianroberto Casaleggio están citadas en J. IACOBONI, *L'esecuzione*, cit., p. 3, p. 231.

RETOS DE LA DEONTOLOGÍA DE LA ABOGACÍA EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL JURÍDICA*

CHALLENGES OF LAWYER PROFESSIONAL ETHICS IN THE AGE OF LEGAL ARTIFICIAL INTELLIGENCE

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 5-5-20

Fecha de aceptación: 13-10-20

Resumen: *El desarrollo de la inteligencia artificial jurídica está provocando transformaciones sustanciales en el ejercicio de la abogacía que plantean enormes retos deontológicos. Uno de ellos es la construcción de una deontología universal capaz de dar respuestas eficientes a un mercado legal cada vez más globalizado. Por otro lado, la irrupción de compañías tecnológicas que prestan servicios jurídicos automatizados está propiciando una liberalización del mercado legal que revela las insuficiencias del enfoque deontológico y la necesidad de un nuevo esquema regulador de los servicios jurídicos. Finalmente, se muestra el potencial de la inteligencia artificial para disolver algunas de las categorías básicas sobre las que se asienta la regulación deontológica, así como la incidencia de algunas herramientas tecnológicas sobre determinados deberes profesionales del abogado.*

Abstract: *The development of legal artificial intelligence is bringing about substantial changes in the practice of law that pose huge deontological challenges. One of the most important is building a universal deontology, capable of giving efficient answers to an increasingly globalized legal market. Furthermore, the irruption of legaltech companies that provide automated legal services is promoting a liberalization of the legal market that reveals the inadequacies of the deontological approach and calls for a new regulatory scheme of legal services. Finally, the article shows the potential of legal artificial intelligence to*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “La inteligencia artificial jurídica” [RTI2018-096601-B-100 (MCIU/AEI/FEDER, UE)] del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad.

dissolve some basic categories of the deontology of legal profession, as well as the impact of certain AI tools on some lawyer's ethical duties.

Palabras clave: inteligencia artificial jurídica, abogacía, deontología, globalización, liberalización
Keywords: legal artificial intelligence, legal profession, professional ethics, globalization, liberalization

1. TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA DE LA ABOGACÍA Y REVALORIZACIÓN DE LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL

En el año 2017, Richard Susskind, uno de los mejores conocedores de la industria legal a nivel global, advertía que la abogacía “cambiará más radicalmente en menos de dos décadas de lo que lo ha hecho en los dos últimos siglos”¹. Y, si bien apenas nos hallamos al inicio de lo que se atisba como una nueva era, esa categórica predicción se halla respaldada por las conclusiones de diversos macro-estudios empíricos realizados a lo largo de los últimos años por las propias asociaciones profesionales de abogados en algunos de los países que se hallan en la vanguardia del mercado de servicios jurídicos. Me refiero a trabajos tan ambiciosos como *The Future of Legal Services*, llevado a cabo por The Law Society of England and Wales²; el *Report on the Future of Legal Services in the United States*, impulsado por la American Bar Association³; o *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada*, de la Canadian Bar Association⁴; a los que cabría sumar decenas de informes realizados por diversas instituciones, públicas y privadas, que ponen de manifiesto las profundas transformaciones que está experimentando la abogacía y sus previsible líneas de evolución en los próximos años⁵.

¹ R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, Oxford University Press, 2017, p. xvii.

² THE LAW SOCIETY, *The Future of Legal Services*, London, January 2016.

³ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Report on the Future of Legal Services in the United States*, ABA Commission on the Future of Legal Services, 2016.

⁴ CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada*, CBA Legal Futures Initiative, 2014.

⁵ Entre otros, podemos destacar: GEORGETOWN LAW & LEGAL EXECUTIVE INSTITUTE, *2017 Report on the State of the Legal Market*, Georgetown University Centre for the Study of the Legal Profession - Thomson Reuters Legal Executive Institute, 2017; DELOITTE, *Future Trends for Legal Services. Global Research Study*, June 2016; LEGAL SERVICES CONSUMER PANEL, *2020 Legal Services: How regulators should prepare for the future*, London 2014; IBIS, *Law Firms in the US: Market Research Report*, July 2018; IBIS, *Legal Activities: UK Market Research Report*, August, 2018; o los informes anuales que publica Altman Weil sobre la

Existe, además, en esa creciente literatura un consenso sustancial en cuanto a la identificación de las principales fuerzas cuya interacción está provocando dichas transformaciones. En este sentido, en prácticamente todos los estudios mencionados, la innovación tecnológica, y muy particularmente el desarrollo de aplicaciones jurídicas basadas en la inteligencia artificial, aparece como el motor más importante de cambio. Una conclusión que parece compartir la abogacía española, cuyo Consejo General dedicó el número de su revista de febrero de 2018 a tratar monográficamente esta cuestión bajo el expresivo título “Abogacía e innovación tecnológica: el gran desafío”⁶. Efectivamente, la inteligencia artificial está permitiendo a los despachos no ya sólo rediseñar los procesos internos de organización del trabajo y de gestión de recursos (*back-office*) sino, sobre todo, los procesos de prestación de servicios al cliente (*front-office*)⁷, propiciando la irrupción de una amplia gama de modelos alternativos de ejercicio de la abogacía, más flexibles y eficientes, que intentan aprovechar las potencialidades de las nuevas tecnologías para adaptarse a las nuevas condiciones de un mercado que se ha tornado extremadamente competitivo⁸.

Si bien el trabajo legal parecía resistirse a cualquier intento de computarización, lo cierto es que, gracias a los espectaculares avances en ramas de la inteligencia artificial como el aprendizaje automático (*machine learning*) y el procesamiento del lenguaje natural y a su combinación con las técnicas de *big data*, en los últimos años estamos asistiendo al desarrollo de una serie de tecnologías capaces de automatizar tareas jurídicas que hasta ahora sólo podían ser realizadas por profesionales expertos. Entre estos sistemas “inteli-

evolución de las firmas jurídicas y de los departamentos jurídicos de las empresas, los últimos de los cuales son T. S. CLAY y E. A. SEEGER, *2019 Law Firms in Transition*, Altman Weil, 2019, y ALTMAN WEIL, Inc., *2019 Chief Legal Officer Survey*, 2019.

⁶ En la “Carta del Editor” correspondiente a dicho número se afirma con rotundidad que, “si alguien piensa que la Inteligencia Artificial, el *machine learning* y otras muchas cosas no van a llegar al ejercicio de la Abogacía y que la capacitación digital de los abogados y abogadas –desde la Universidad y el máster hasta el último día de su carrera– no es imprescindible, seguramente está más cerca de quedar fuera de juego para siempre que de tener éxito profesional” (*Abogacía Española*, núm. 108, Febrero 2018, p. 3).

⁷ Cfr. J. S. DZIENKOWSKI, “The Future of Big Law: Alternative Legal Service Providers to Corporate Clients”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2014, p. 3017.

⁸ Sobre los diversos modelos de este *New Law* alternativo al *Big Law* tradicional, cfr. J. FURLONG, “An Incomplete Inventory of NewLaw”, *Law21*, May 2014, y J. C. WILLIAMS, A. PLATT y J. LEE, *Disruptive Innovation. New Models of Legal Practice*, University of California Hastings College of the Law, 2015.

gentes” podemos destacar las plataformas cognitivas de *legal question answering*, como Watson y ROSS, que, a partir del análisis de ingentes volúmenes de información (legal, jurisprudencial, doctrinal) pueden ofrecer respuestas estructuradas y jurídicamente fundamentadas a cuestiones legales; los sistemas expertos, que permiten la automatización de tareas de *compliance* o el diseño de aplicaciones para la resolución automática de problemas jurídicos específicos; los sistemas de lectura automática y análisis de documentos, utilizados especialmente para tareas de *due diligence*, capaces de revisar de manera casi instantánea miles de contratos y de realizar el seguimiento de su ejecución; las aplicaciones web para la elaboración automática de todo tipo de documentos jurídicos mediante un diálogo interactivo con el usuario; las herramientas de codificación predictiva, que seleccionan el material documental relevante en el proceso judicial⁹; los sistemas de análisis predictivo para identificar patrones de conducta judicial y anticipar las posibilidades de éxito de una demanda particular ante determinado tribunal; o los sistemas de resolución automática de disputas en línea, que permiten solventar conflictos sin asistencia letrada y sin necesidad de intervención de un árbitro. Como es obvio, la progresiva expansión de estos sistemas, así como la previsible aparición de otros que puedan desarrollarse en el futuro inmediato, tiene un importante impacto en la práctica profesional del Derecho y en el mercado de servicios jurídicos¹⁰.

⁹ En el contexto del sistema judicial anglosajón, la codificación predictiva es una herramienta de inteligencia artificial que puede ser utilizada por los litigantes para seleccionar automáticamente los documentos electrónicos relevantes en el proceso, al objeto de satisfacer así la obligación de *discovery*, que exige que cada parte revele y ponga a disposición de su contrario toda la información relevante para el objeto del litigio que obre en su poder. La codificación predictiva es admitida procesalmente en países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Irlanda o Canadá. Cfr. J. I. SOLAR CAYÓN, “La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. XI, 2018, pp. 75-105.

¹⁰ En general, sobre la taxonomía y funcionalidad de estos sistemas y su impacto en la abogacía, puede verse la exhaustiva obra de M. HARTUNG, M. BUES y G. HALBLEIB (dir.), *Legal Tech. A Practitioner's Guide*, C. H. Beck, Hart Publishing y Nomos, München, 2018. En la literatura española, cfr. J. I. SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019; M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019; y J. M. FERNÁNDEZ COMAS y A. O. GUGLIERI LILLO, *Guía Legaltech 2020. Información y análisis de software, productos y herramientas para el sector legal*, Reus, Madrid, 2020.

Mucho más allá de lo que pueda suponer la sustitución de algunos abogados por máquinas para la realización de las tareas señaladas, esta revolución tecnológica está provocando una profunda transformación en la organización y los modos de trabajo del profesional. La abogacía se ha configurado tradicionalmente como una actividad profesional liberal e independiente, constituida por un conglomerado de tareas heterogéneas que requieren competencias y habilidades muy diferentes. Sin embargo, la automatización está propiciando la desagregación de esas tareas y la consiguiente reestructuración de los procesos de trabajo en el seno de los despachos, de manera que cada una de aquellas tareas pueda ser reasignada al agente más eficiente en su realización, ya sea éste un profesional (o para-profesional¹¹), una máquina o un proveedor externo especializado (*outsourcing*)¹². Esta reconfiguración de la práctica legal está teniendo un reflejo importante en la política de cap-

¹¹ Si bien no siempre es posible la suplantación del humano por la máquina, la automatización está provocando que, tanto en los despachos como en los departamentos jurídicos de las empresas, algunos abogados estén siendo sustituidos por paralegales y otros profesionales jurídicos menos cualificados asistidos tecnológicamente. Cfr. Y. S. CLAY y E. A. SEEGER, *2017 Law Firms in Transition*, Altman Weil, 2017, p. 56, y ALTMAN WEIL, *2017 Chief Legal Officer Survey*, November 2017, pp. 6-7, en relación a la constatación de esta tendencia en los Estados Unidos; y R. A. WILSON, *Briefing paper 2/2012: Future Workforce Demand in the Legal Services Sector*, Warwick Institute for Employment Research, 2012, p. 9; y LETR, *Setting Standards: The future of legal services education and training regulation in England and Wales*, Report of the Legal Education and Training Review, June 2013, p. 94, en relación al Reino Unido.

¹² Uno de los fenómenos propiciados por la automatización es la aparición de *legal process outsourcers*. Se trata de compañías tecnológicas especializadas en la realización a bajo coste de determinadas tareas jurídicas para despachos y departamentos jurídicos de grandes empresas, basando su modelo de negocio en la automatización de los procesos, los grandes volúmenes de trabajo y, frecuentemente, los bajos costes laborales de los países en los que suelen ubicarse (India, Filipinas, Sudáfrica...). Los principales servicios que presta la industria del *outsourcing* son la revisión documental, *e-discovery*, *due diligence*, análisis y gestión de contratos, *compliance*, elaboración de documentos jurídicos e investigación jurídica como apoyo a la litigación. A finales de 2016 el valor de la cuota del mercado jurídico internacional ganada por este nuevo sector ascendía ya a más de 3.000 millones de dólares, y las proyecciones estiman que en el año 2024 alcanzará los 40.000 millones. Cfr. GLOBAL MARKET INSIGHTS, *Legal Process Outsourcing (LPO) Market Size By Service (Contract Drafting, Compliance Assistance, E-Discovery, Review & Management, Patent Support, Litigation Support), By Location (Offshore, Onshore), Industry Analysis Report, Regional Outlook (U.S., Canada, Germany, UK, Italy, France, Spain, Poland, Czech Republic, China, India, Japan, South Korea, Australia, Philippines, Brazil, Mexico, South Africa), Growth Potential, Price Trends, Competitive Market Share & Forecast, 2017-2024*, April 2017 (<https://www.gminsights.com/industry-analysis/legal-process-outsourcing-lpo-market-size>); e INFINIUM GLOBAL RESEARCH, *Legal Process Outsourcing Market: Global Industry Analysis, Trends, Market Size and Forecasts up to 2024*, April 2018.

tación de talento de las firmas jurídicas, en la composición de sus plantillas y, en definitiva, en el contexto profesional y los métodos de trabajo del abogado, el cual ha de trabajar conjuntamente o en coordinación con profesionales no jurídicos que se incorporan a la cadena de provisión de servicios legales (expertos en datos, ingenieros informáticos, técnicos en los sistemas de inteligencia artificial jurídica, analistas de procesos, gestores de proyectos...) e incluso supervisar el trabajo de otros que desempeñan tareas propiamente jurídicas sin poder asumir formalmente la responsabilidad por su realización (para-profesionales, *legal process outsourcers*...).

Pero, sobre todo, la irrupción de la inteligencia artificial en la práctica profesional del Derecho está alterando sustancialmente la estructura del mercado de servicios jurídicos y minando el rol hegemónico, prácticamente monopolístico, que hasta ahora ha tenido la abogacía en la prestación de tales servicios y, por tanto, en la definición de las reglas de juego de aquel mercado. Ello es debido fundamentalmente al desarrollo de una creciente industria *legaltech* que ha posibilitado la aparición de proveedores alternativos de servicios jurídicos. Muchas de las compañías tecnológicas que desarrollan los diferentes sistemas de inteligencia artificial jurídica no se han limitado a vender sus herramientas a los profesionales sino que se han convertido ellas mismas en prestadoras de servicios jurídicos automatizados. Algunas han optado por constituirse en *legal process outsourcers* especializados en la realización de determinadas tareas para las propias firmas jurídicas y los departamentos jurídicos de empresas. Pero otras, aprovechando las capacidades de la computación en la nube, han puesto sus herramientas de inteligencia artificial directamente al alcance de cualquier persona a través de sus propias plataformas en línea o de aplicaciones digitales, posibilitando así el acceso directo de cualquier persona a determinados servicios jurídicos sin necesidad de la intermediación del profesional.

Un ejemplo paradigmático es el de la compañía *LegalZoom*, pionera en el desarrollo de herramientas de inteligencia artificial para la elaboración automática de contratos y todo tipo de documentos legales: hoy son ya más de 4 millones de particulares y pequeñas empresas los que han utilizado sus aplicaciones web interactivas para generar sus propios documentos jurídicos a bajo coste, habiéndose convertido en el mayor proveedor de servicios jurídicos en Estados Unidos por volumen de negocio, muy por encima de cualquier firma jurídica¹³. Otro sector *legaltech* en auge que también posibili-

¹³ Con objeto de atender las dudas legales de los usuarios de sus aplicaciones web para la elaboración automática de documentos, *LegalZoom* puso en marcha inicialmente un servicio

ta el acceso directo de la ciudadanía a soluciones jurídicas inmediatas sin necesidad de recurrir a un abogado es el del diseño de sistemas expertos para el asesoramiento legal en situaciones específicas: un caso de notable éxito es el de la compañía *DoNotPay*, cuyo *chatbot* para impugnar automáticamente multas de aparcamiento en el Reino Unido ha conseguido en poco más de 4 años la anulación de más de 200.000 sanciones por un valor superior a los 4 millones de libras (y con una tasa de éxito en sus reclamaciones próxima al 65%)¹⁴. Y algo similar ocurre con las plataformas digitales de resolución automática de disputas, que gestionan y resuelven anualmente millones de conflictos legales sin necesidad de intervención de ningún profesional¹⁵.

De este modo, la interacción entre la automatización, la liberalización *de facto* del mercado que supone la aparición de proveedores alternativos de servicios jurídicos y la globalización propiciada, entre otros factores, por la explotación comercial de las herramientas de inteligencia artificial jurídica a través de plataformas webs y aplicaciones digitales, está provocando una creciente “comoditización” de los servicios jurídicos y generando un mercado legal más competitivo y segmentado, en el que los clientes tienen cada vez mayor capacidad de elección y de presión para la fijación de los precios. En este sentido, son muchas las voces autorizadas que creen que el mercado

de consulta atendido por abogados independientes, y a partir de dicho servicio ha venido a comercializar planes de asistencia legal para familias y empresas que son cubiertos por los miles de profesionales (más de una sexta parte de los abogados de Estados Unidos) que se han registrado en su plataforma. Este es un modelo de negocio que hoy han asumido muchas compañías *legaltech*: además de explotar comercialmente sus aplicaciones web para prestar servicios jurídicos automatizados, han aprovechado sus capacidades tecnológicas para constituirse en grandes plataformas digitales de intermediación entre abogados y potenciales clientes.

¹⁴ Esta misma compañía ha diseñado también aplicaciones de móvil para la realización automática de reclamaciones de compensación por el retraso y la cancelación de vuelos, de reclamaciones para que los caseros hagan las reparaciones necesarias en sus propiedades, o de solicitudes de asilo.

¹⁵ La plataforma *Modria*, pionera en este campo, resuelve cada año de manera completamente automatizada más de 60 millones de disputas surgidas en transacciones privadas en el ámbito del comercio electrónico. Hoy esta misma plataforma y otras similares están siendo ya utilizadas también por administraciones públicas e incluso –de manera aún experimental– por algunos tribunales para resolver conflictos sin necesidad de intervención humana. Cfr., por ejemplo, el proyecto de reforma del sistema de justicia civil en Reino Unido actualmente en curso, una de cuyas piezas centrales es un tribunal en línea basado en estas plataformas –y que está funcionando ya de una manera limitada–, el cual ha sido diseñado para ser utilizado por los ciudadanos sin necesidad de ser asistidos por un abogado (LORD JUSTICE BRIGGS, *Civil Courts Structure Review: Final Report*, Judiciary of England and Wales, July 2016).

de servicios jurídicos se halla al borde de una auténtica disrupción tecnológica¹⁶, similar a la que ya se ha producido en otros sectores profesionales, que transformará sustancialmente la práctica profesional y el modelo de negocio tradicional de los despachos¹⁷. De hecho, como ya se ha señalado, cada vez son más los profesionales que buscan modelos innovadores para intentar adaptarse al nuevo contexto, ofreciendo fórmulas más flexibles de contratación y sistemas alternativos de fijación de precios a sus clientes, prestando directamente determinados servicios legales *online*, adhiriéndose a plataformas digitales de intermediación entre profesionales y potenciales clientes, etc.

Este nuevo escenario plantea enormes retos en el ámbito deontológico, en cuanto representa una alteración sustancial de algunos de los presupuestos y de las condiciones esenciales en las que se ha basado tradicionalmente el ejercicio de la abogacía, suscitando así serios interrogantes sobre la adecuación de los actuales principios y deberes deontológicos para orientar la conducta del profesional en este nuevo entorno. Pero, al mismo tiempo, pone de relieve, precisamente, la necesidad de reforzar la perspectiva ética

¹⁶ El concepto de “tecnologías disruptivas” fue introducido por C. M. CHRISTENSEN, *El dilema de los innovadores*, trad. de J. Gorín, Ediciones Granica, Buenos Aires, 1999, para referirse a aquellas innovaciones tecnológicas que en un principio son capaces de proporcionar bienes y servicios más simples y baratos –aun de inferior calidad–, lográndose introducir así en los segmentos inferiores del mercado, pero tienen el potencial para originar nuevos procesos de producción y modelos de negocio, lo que hace que finalmente acaben desplazando a los proveedores establecidos y alterando radicalmente el mercado (pp. 23-25).

¹⁷ Entre la extensa literatura acerca de la disrupción tecnológica del mercado jurídico, cfr. C. M. CHRISTENSEN, D. WANG y D. van BEVER, “Consulting on the Cusp of Disruption”, *Harvard Business Review*, October 2013 (<https://hbr.org/2013/10/consulting-on-the-cusp-of-disruption>); B. H. BARTON, *A Glass Half Full Look at the Changes in the American Legal Market*, Legal Studies Research Paper Series, Knoxville College of Law (The University of Tennessee), 2013; J. O. MCGINNIS y R. G. PEARCE, “The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services”, *Fordham Law Review*, vol. 82, núm. 6, 2014, pp. 3041-3066; J. FURLONG, *The New World of Legal Work. The Changing Rules of the 21st Century*, September 2014 (https://www.lodlaw.com/wp-content/uploads/2016/10/JordanFurlong_NewWorldOfLegalWork.pdf); J. C. WILLIAMS, A. PLATT y J. LEE, *Disruptive Innovation. New Models of Legal Practice*, cit.; R. H. BRESCIA, “What We Know and Need to Know About Disruptive Innovation”, *South Carolina Law Review*, vol. 67, 2016, pp. 203-222; D. REMUS y F. LEVY, *Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers and the Practice of Law*, 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092); R. SUSSKIND, *Tomorrow’s Lawyers*, cit.; e INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, “Times are a-changin’”: *disruptive innovation and the legal profession*, IBA Legal Policy & Research Unity, May 2016.

y humanista como instancia imprescindible de evaluación crítica de la automatización y de sus consecuencias¹⁸.

La introducción de la inteligencia artificial jurídica supone que muchas de las decisiones que antes eran adoptadas por profesionales son tomadas ahora por sistemas algorítmicos cuyo funcionamiento y reglas de decisión – especialmente en el caso de aquellos basados en las redes neurales de aprendizaje profundo o *deep learning*– resultan totalmente opacos e inescrutables¹⁹. De este modo, esas herramientas se convierten en una especie de “cajas negras” que operan en base a unos criterios “algorocráticos” que generalmente escapan a la comprensión y, por tanto, al control técnico y deontológico, del abogado²⁰. Es por ello que, en un mundo donde las reglas son crecientemente suplantadas por algoritmos que toman decisiones sin justificarlas, la reflexión sobre la ética profesional adquiere una nueva dimensión, revelándose como un instrumento imprescindible tanto para el control de los procesos de diseño e implementación de los sistemas inteligentes como para la evaluación de sus resultados.

Por otra parte, los procesos de reconfiguración del trabajo jurídico que han sido mencionados anteriormente y, sobre todo, las nuevas formas de prestación de los servicios jurídicos que posibilita la tecnología, también inciden de manera importante en los principios deontológicos de la abogacía,

¹⁸ En este sentido, el informe del Observatorio ADEI sobre *El trabajo del futuro* (julio 2017) afirma que, ante el proceso de automatización que están experimentando los diferentes sectores profesionales, como elemento añadido a la formación de carácter tecnológico “se debe impulsar el componente social y humanístico para mejorar ‘la capacidad de juicio’ de los trabajadores” (p. 15).

¹⁹ Como nos recuerda M. HILDEBRANDT, “Algorithmic Regulation and the Rule of Law”, *Philosophical Transactions Royal Society A*, vol. 376, núm. 2128, 2018, mientras que los modelos computacionales tradicionales (sistemas *code-driven*) son completamente predecibles, en cuanto se construyen a partir de la codificación por parte de un experto de una serie de reglas de decisión (“si *x*, entonces *y*”) que determinan completamente sus resultados, los sistemas basados en el aprendizaje automático y en inferencias estadísticas (sistemas *data-driven*) resultan completamente impredecibles, ya que generan ellos mismos y modifican continuamente sus propios modelos de toma de decisiones en función de los datos que les son suministrados (pp. 2-3).

²⁰ Sobre la emergencia de la “algorocracia” o la “regulación algorítmica” como un nuevo paradigma de gobierno de las relaciones laborales y sociales en el que las decisiones humanas son reemplazadas por procesos algorítmicos, cfr. A. ANEESH, “Global Labor: Algorocratic Modes of Organization”, *Sociological Theory*, vol. 27, núm. 4, 2009, pp. 347-370, y T. O’REILLY, “Open Data and Algorithmic Regulation”, en B. GOLDSTEIN y L. DYSON (eds.), *Beyond Transparency - Open Data and the Future of Civic Innovation*, Code for America Press, San Francisco, 2013, pp. 289-300.

suscitando serias preocupaciones en el colectivo profesional. Estas preocupaciones quedan especialmente patentes en el informe *Setting Standards: The future of legal services education and training regulation in England and Wales*, impulsado por las asociaciones representativas de la abogacía en el Reino Unido. Para la inmensa mayoría de *barristers* y *solicitors*, la deontología constituye en el contexto actual la materia más importante para la formación de los profesionales jurídicos (el 95% lo consideró una materia “importante” o “muy importante”). En su opinión, la creciente comoditización y mercantilización de los servicios jurídicos, propiciada por la aplicación de la tecnología y la emergencia de nuevos modelos de negocio, está provocando un desplazamiento del *ethos* profesional en favor de un enfoque exclusivamente empresarial que amenaza el impulso moral de las actividades jurídicas²¹.

Se hace preciso, pues, una revisión de los presupuestos y principios deontológicos a la luz de las nuevas circunstancias y de las profundas transformaciones que comienzan ya a percibirse en el horizonte inmediato. Teniendo en cuenta las fuerzas impulsoras de estos cambios, parece que los principales retos a los que deberá hacer frente la deontología de la abogacía en los próximos años vienen constituidos, además de por la propia innovación tecnológica, por la globalización y la liberalización, *de iure* o *de facto*, del mercado de servicios jurídicos.

2. HACIA UNA DEONTOLOGÍA GLOBAL DE LA ABOGACÍA

A estas alturas del siglo XXI resulta una obviedad afirmar que el campo de juego de la abogacía es un mercado legal cada vez más globalizado y competitivo. Prueba de ello es la creciente dimensión internacional de las firmas jurídicas. El informe *American Lawyer Global 100* correspondiente al año 2014 ya reportaba que los 200 bufetes más importantes de Estados Unidos tenían más de 25.000 abogados practicando en 70 países. Y hoy las diez mayores firmas del mundo tienen más abogados trabajando fuera de sus respectivos

²¹ Cfr. LETR, *Setting Standards: The future of legal services education and training regulation in England and Wales*, cit., pp. 33-35. De ahí que una de las principales conclusiones del estudio sea la demanda de un mayor peso de la ética profesional en el curriculum jurídico, recomendándose a todos los reguladores del sistema de enseñanzas jurídicas y de acceso a las distintas profesiones legales que revisen el tratamiento de esta disciplina en los programas académicos para asegurar que las cuestiones deontológicas son tratadas con la prominencia y la profundidad apropiadas para el adecuado ejercicio de dichas profesiones en el nuevo contexto del mercado jurídico (p. 133).

países que “en casa”. Otro indicador claro de este redimensionamiento internacional de los despachos son las cada vez más frecuentes fusiones y alianzas transfronterizas, mediante las que aquellos intentan reforzar su posicionamiento y competitividad en el atractivo, pero exigente, mercado global²². Si focalizamos nuestra mirada en el panorama español, hoy prácticamente todas las grandes firmas británicas y más de la mitad de las quince mayores de los Estados Unidos ya están presentes en nuestro país²³, y cada vez son más los despachos españoles que emprenden decididas estrategias de internacionalización no sólo en el ámbito europeo o hispanoamericano sino incluso en el mercado asiático²⁴. De este modo, los clientes y los problemas abordados por el profesional son cada vez más internacionales.

Sin duda, uno de los factores fundamentales que han hecho posible esta creciente globalización ha sido la evolución de las tecnologías de la información y comunicación. Pero hoy esta tendencia globalizadora se está viendo acelerada por la irrupción de la inteligencia artificial jurídica, que además genera nuevas problemáticas al posibilitar innovadoras fórmulas de organización del trabajo y modelos de prestación de los servicios jurídicos más eficientes que traspasan las fronteras nacionales. En este sentido, una de las dinámicas globales más potentes que ha alentado esta revolución tecnológica es la ya comentada desagregación de las tareas jurídicas y la deslocalización de algunas de ellas en centros de *outsourcing* muy automatizados y ubicados en países terceros con mano de obra barata (*offshoring*). Una práctica que se vio impulsada por la crisis económica de 2008 y que actualmente se halla ya

²² En el año 2015 el mercado global experimentó una importante sacudida con la fusión entre la firma estadounidense *Dentons* y la china *Dacheng Law*. Gracias a esta operación y a su estrategia de vinculación con firmas locales y regionales en los distintos países, *Dentons* se ha convertido hoy en el mayor bufete del mundo, con más de 10.000 abogados trabajando en 75 países de los cinco continentes, entre ellos España. Apenas un año después, la canadiense *Gowlings* y la británica *Wragge Lawrence Graham & Co.* se unieron para constituir *Gowling WLG*, con más de 1400 abogados en 19 países, incluido también el nuestro. Desde entonces, las fusiones, adquisiciones e integraciones internacionales de firmas de distinto tamaño se han sucedido, alcanzando cifras record año tras año (102 operaciones en 2017, 106 en 2018 y 114 en 2019).

²³ Algunas de las últimas operaciones de adquisición e integración de despachos españoles en firmas anglosajonas han sido las protagonizadas por la estadounidense *Andersen Tax & Legal* y las británicas *Pinsent Masons*, *Fieldfisher* y *DWF*. Si bien estas integraciones restan a las firmas españolas adquiridas independencia, a cambio les proporcionan el soporte de una red y el músculo financiero para crecer en el mercado internacional.

²⁴ Un ejemplo son las *joint ventures* establecidas con *Grandall Law*, el cuarto despacho más grande de China, primero por *Colón de Carvajal Abogados* (2016) y posteriormente por *Ecija* (2019).

muy extendida entre los departamentos jurídicos de las empresas, que desvían a estos centros tareas que previamente confiaban a despachos de abogados, pero que es también cada vez más frecuente entre los grandes despachos, lo que plantea el problema de la provisión efectiva de determinados servicios legales por parte de profesionales y de entidades –que ni siquiera son firmas jurídicas– sin autorización para actuar en la jurisdicción donde se prestan aquellos servicios al cliente. Otra manifestación de la globalización propiciada por la conjunción de las nuevas tecnologías de la comunicación y las herramientas de inteligencia artificial jurídica es la creciente prestación de servicios jurídicos en línea directamente al ciudadano por parte de las cada vez más numerosas compañías tecnológicas y de servicios multiprofesionales que ofrecen determinados servicios automatizados mediante aplicaciones en la nube, esquivando las limitaciones jurisdiccionales. De este modo, como afirma Laurel S. Terry, hoy “el mundo jurídico es plano”²⁵ y la práctica legal en sus nuevas formas no conoce límites territoriales.

Sin embargo, la regulación de la abogacía sigue teniendo básicamente un carácter nacional, e incluso, en los países más descentralizados, local. En este sentido, uno de los desajustes más importantes que se advierten entre los sistemas tradicionales de regulación de la práctica profesional y el actual mercado jurídico tiene que ver con *dónde* se desarrolla la práctica jurídica. Mientras aquellos sistemas están delimitados territorialmente, la prestación de servicios jurídicos se desenvuelve crecientemente en un universo digital que trasciende las fronteras jurisdiccionales, por lo que las agencias reguladoras nacionales y locales se ven obligadas a decidir difíciles cuestiones acerca de *dónde* “ocurren” las actividades jurídicas y cuáles caen o no dentro de su ámbito de competencia. De manera que uno de sus problemas más acuciantes es cómo reconciliar las realidades de una práctica jurídica cada vez más global y virtual con el enfoque regulador tradicional, en virtud del cual su autoridad se halla delimitada en términos geográficos²⁶. Y este desajuste beneficia especialmente a esos nuevos proveedores alternativos de servicios jurídicos que aprovechan las potencialidades de la tecnología para hacer accesibles sus servicios a cualquier usuario de internet sin sujetarse a

²⁵ Cfr. L. S. TERRY, “The Legal World is Flat: Globalization and its Effect on Lawyers Practicing in Non-Global Law Firms”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 28, 2008, pp. 527-560.

²⁶ Cfr. L. S. TERRY, S. MARK y T. GORDON, “Trends and Challenges in Lawyer Regulation: The Impact of Globalization and Technology”, *Fordham Law Review*, vol. 80, núm. 6, 2012, pp. 2680-2681.

las normativas jurisdiccionales que regulan el ejercicio de la abogacía²⁷, lo que plantea también el tema de la regulación de la actividad de estas nuevas entidades, al que me referiré específicamente en el apartado siguiente.

A la vista de este nuevo contexto, parece, pues, urgente diseñar una arquitectura deontológica global si se quieren dar respuestas eficientes a esta indiscutible realidad. Pese a la existencia de un importante acervo de valores comunes al ejercicio de la abogacía en los distintos países, lo cierto es que actualmente las normativas nacionales varían sustancialmente en la regulación de los principios y obligaciones deontológicas, por lo que se hace preciso superar esta carencia de una deontología de la abogacía universal. Y en este sentido se vienen produciendo, de manera gradual, algunos avances importantes en el proceso de integración internacional de las regulaciones deontológicas.

Especialmente a nivel europeo, donde ya en 1988 el Consejo de la Abogacía Europea aprobó el *Código de Deontología de la Abogacía Europea*, aplicable a las actividades transfronterizas entre abogados en el seno de la Unión Europea y de otros países que lo han adoptado. Profundizando en la búsqueda de un sustrato normativo compartido, la *Carta de principios esenciales de la Unión Europea*, adoptada por esa misma organización en 2006, contiene diez principios comunes a los abogados europeos que pueden ser aplicados por los Colegios nacionales no sólo en las actividades transfronterizas sino también en su funcionamiento interno. Y, en esta dirección, el Consejo de la Abogacía Europea va aprobando un *Modelo de Conducta para Abogados* que, hasta el momento actual, consta de tres artículos: confidencialidad, conflicto de intereses e independencia²⁸.

²⁷ Cfr. B. H. BARTON, "The Lawyer's Monopoly - What Goes and What Stays", *Fordham Law Review*, vol. 82, núm. 6, 2014, p. 3089. Un ejemplo muy gráfico nos lo proporciona, de nuevo, el caso de *LegalZoom*, que, como se ha señalado, pone al alcance de cualquier persona sus aplicaciones web de elaboración automática de documentos legales y comercializa planes de asistencia legal a sus clientes que son atendidos por la extensa red de abogados locales que se han registrado en su plataforma a lo largo de todo Estados Unidos. Para que un despacho de abogados pudiera competir, incluso *online*, al menos a nivel nacional con *LegalZoom*, o con otras compañías de este tipo que operan a través de internet, necesitaría cumplir los requisitos necesarios para obtener la licencia de ejercicio de la abogacía en cada uno de los cincuenta Estados de la Unión.

²⁸ Sobre las fuentes deontológicas europeas, cfr. L. SÁNCHEZ SOCIAS, "Deontología comparada (I). El Código Deontológico de la Abogacía Europea y otras normas europeas", en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y J. J. TORRES FERNÁNDEZ (coord.), *Deontología profesional y ejercicio de la abogacía: un desafío global*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 271-291.

A nivel mundial, uno de los primeros resultados de este proceso de generalización de la normativa deontológica ha sido la adopción en 2011, por parte de la *International Bar Association*, de los *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica*. Este documento aspira a “crear un marco generalmente aceptado que sirva, en cualquier lugar del mundo, como fundamento para que las autoridades correspondientes establezcan códigos de conducta para abogados”, con el propósito de “promover y fomentar los ideales de la profesión jurídica”. Pero estos principios no pretenden reemplazar o limitar las obligaciones de los profesionales bajo las normas deontológicas que les sean aplicables, ni “deben ser usados como criterios para imponer responsabilidad, sanciones o medidas disciplinarias de cualquier tipo”²⁹.

Estas iniciativas constituyen los primeros pasos –loables, pero insuficientes– en el lento proceso de configuración de una deontología global de la abogacía, que hoy se revela indispensable para afrontar con garantías el desarrollo de la actividad profesional en el nuevo contexto digital. Aunque, en relación a este asunto, resulta especialmente reseñable la escasa atención prestada en estos documentos –incluso en los más recientes– a la incidencia de los cambios tecnológicos en el ejercicio de la abogacía, hasta el punto que únicamente en la *Carta de principios esenciales de la Unión Europea*, como luego señalaré, se hace una mención –por otra parte, muy genérica– a este factor.

3. LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS Y EMERGENCIA DE UN NUEVO ESQUEMA DE REGULACIÓN ÉTICA

Con todo, incluso la conformación de una normativa deontológica global, si bien absolutamente necesaria, resulta ya insuficiente para regular la práctica legal, en cuanto ésta ha dejado de ser el dominio exclusivo de los abogados y de las firmas jurídicas. Como se ha señalado, la innovación tecnológica no sólo ha propiciado la aparición de nuevas formas de distribución de los servicios jurídicos y de modelos de negocio, en los que algunas de las tareas tradicionalmente realizadas por abogados son ahora desempeñadas por máquinas y otro tipo de profesionales, sino que también ha posibilitado la aparición de diversos tipos de entidades proveedoras de servicios jurídicos alternativas a los despachos de abogados. Una realidad que ha sido

²⁹ Preámbulo a los *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA*, adoptados el 28 de mayo de 2011 por la *International Bar Association*.

reconocida ya *de iure* en algunas jurisdicciones, en las que se ha procedido a una liberalización de la prestación de servicios jurídicos.

Pioneras en este sentido son las reformas legales emprendidas en países como Australia (*Legal Profession Act - Incorporated Legal Practices*, 2001) e Inglaterra y Gales (*Legal Services Act*, 2007), que han permitido que esta actividad profesional, hasta ahora reservada a las firmas jurídicas, pueda ser realizada por otro tipo de estructuras corporativas con un régimen jurídico más flexible. Así, bajo la fórmula de las *Incorporated Legal Practices* (ILPs) australianas o las *Alternative Business Structures* (ABSs) británicas, cuyo principal rasgo diferencial respecto a los bufetes es que tanto su propiedad como su dirección y gestión pueden hallarse mayoritariamente en manos de personas que no son abogados, se cobijan actualmente un espectro muy heterogéneo de entidades proveedoras de servicios jurídicos: bufetes que han adoptado estas nuevas estructuras para aprovechar algunas ventajas de su régimen jurídico –fundamentalmente, la posibilidad de captar financiación externa³⁰–, despachos multiprofesionales y compañías de servicios tradicionalmente relacionados con los jurídicos que han añadido éstos a su oferta³¹, compañías tecnológicas que prestan servicios jurídicos automatizados³², empresas de *leasing* temporal de profesionales a bufetes y departamentos jurídicos que han visto la oportunidad de prestar ellas mismas servicios jurídicos³³, e incluso empresas dedicadas a los más diversos objetos sociales, sin relación alguna con el Derecho, en cuya carta de servicios se incluyen ahora también los de carácter jurídico³⁴.

³⁰ Más de una tercera parte de los bufetes australianos se han reconvertido en *Incorporated Legal Practices*. Un ejemplo paradigmático de las ventajas de esta transformación nos lo proporciona el bufete *Slater & Gordon*, que, una vez constituido en ILP, se convirtió en 2007 en el primer despacho del mundo en salir a bolsa. Buena parte del capital obtenido lo destinó a su expansión internacional mediante la adquisición de bufetes en diferentes países.

³¹ Por ejemplo, en Inglaterra-Gales, las denominadas “Cuatro Grandes” de la auditoría (*Deloitte*, *PwC*, *Ernst & Young* y *KPMG*) han sido autorizadas a prestar servicios jurídicos como ABSs (habiendo adquirido posteriormente importantes firmas jurídicas y compañías tecnológicas que han desarrollado sistemas de inteligencia artificial jurídica, tanto en Reino Unido como en otros países). También aseguradoras como *Direct Line* han conseguido licencias de este tipo.

³² Entre otras, la ya mencionada *LegalZoom* se constituyó en 2014 en una ABS con licencia para prestar servicios jurídicos en el Reino Unido y desde entonces ha adquirido diversas firmas jurídicas para complementar su modelo de negocio.

³³ Un caso de este tipo es la norteamericana *Axiom*, que funciona como ABS en el Reino Unido.

³⁴ Significativamente, la primera licencia ABS que se otorgó en Inglaterra-Gales fue a la popular cadena de supermercados *Tesco* (de ahí que la *Legal Services Act* sea popularmente co-

Esta liberalización *de iure* parece una tendencia en expansión³⁵. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que, independientemente de las regulaciones existentes en cada país, la conjunción de la inteligencia artificial jurídica y de las tecnologías de la comunicación ya está produciendo una cierta liberalización *de facto* del mercado, en cuanto la automatización de determinadas tareas jurídicas ha hecho posible que compañías tecnológicas y de servicios estén ofreciendo a través de sus centros de *outsourcing* y de sus plataformas digitales, tanto a empresas como a particulares, servicios que hasta ahora sólo prestaban los despachos de abogados, compitiendo directamente con éstos. Y esta nueva realidad plantea graves retos deontológicos. De un lado, la pérdida efectiva del monopolio por parte de la abogacía comporta una transformación sustancial de los presupuestos sobre los que se ha asentado la deontología profesional, cuestionando su mismo enfoque regulativo. Y, de otro, plantea la necesidad de garantizar efectivamente el derecho de todos los ciudadanos a acceder a unos servicios jurídicos de calidad y prestados de manera competente, protegiéndoles frente a posibles actuaciones lesivas de sus intereses legales.

3.1. El desbordamiento de la deontología: de la regulación de la abogacía a la regulación de los servicios jurídicos

Hasta ahora, en la mayoría de los países, el foco de los reguladores de los servicios jurídicos se ha centrado exclusivamente en lo que Andrew M. Perlman denomina “el Derecho de la Abogacía” (*Law of Lawyering*), esto es, las normas que regulan la actuación de los abogados, en lugar de “el Derecho de los servicios jurídicos” (*Law of Legal Services*)³⁶. Un hecho comprensible si se tiene en cuenta la premisa tradicional del monopolio de la abogacía sobre la práctica legal. Desde esta perspectiva no existía ninguna diferencia entre el *quién* y el *qué* ha de ser regulado, puesto que los servicios jurídicos eran –y

nocida como la *Tesco Act*). También han obtenido autorización para prestar servicios jurídicos la cadena de almacenes *Wal-Mart*, la empresa de telecomunicaciones *BT*, bancos y otro tipo de compañías.

³⁵ La primera recomendación del informe canadiense *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada*, cit., es precisamente la de permitir la creación de estructuras análogas a las ABSs británicas (p. 35), si bien dicho proyecto ha resultado hasta ahora infructuoso debido al rechazo de la poderosa asociación de la abogacía de Toronto. Y en los Estados Unidos el *Report on the Future of Legal Services in the United States*, cit., recomienda también explorar esta posibilidad (p. 45).

³⁶ Cfr. A. M. PERLMAN, “Towards the Law of Legal Services”, *Cardozo Law Review*, vol. 37, núm. 49, 2015, p. 55.

aún siguen siendo sobre el papel en la mayoría de los países– aquellos que son prestados por la abogacía³⁷. Pero hoy, como ya se ha señalado anteriormente, esa correspondencia entre el sujeto y el objeto de regulación se ha quebrado, ya que muchos profesionales que no son abogados y entidades que no son firmas jurídicas están jugando en la práctica un creciente y, a menudo, valioso papel en la provisión de tales servicios. De manera que la normativa deontológica se revela impotente para abordar esta realidad. Una circunstancia cuya consecuencia más significativa es que buena parte del mercado jurídico se halla hoy, *de facto*, desregularizado, en la medida en que aquellas normativas resultan cada vez más irrelevantes en un contexto en el que prácticamente todas las áreas de actuación que tradicionalmente han constituido el dominio exclusivo de la abogacía, salvo la representación del cliente ante el tribunal, están siendo progresivamente asaltadas por la competencia de compañías tecnológicas y de servicios que, con mayores o menores dificultades, pueden eludir la prohibición de intrusismo profesional³⁸.

Ante esta situación, son cada vez más quienes reclaman la adopción de un enfoque holístico que, partiendo de la definición de una serie de objetivos normativos (*regulatory objectives*), sirva a proveer una regulación general e integral de la práctica profesional del Derecho y de los servicios jurídicos, ya sean prestados éstos por los despachos tradicionales o por otro tipo de entidades autorizadas. En opinión de los defensores de este nuevo esquema de regulación, la existencia de dicho marco normativo proporcionaría seguridad a los actuales y potenciales proveedores alternativos de servicios jurídicos, por lo que constituiría un factor de estímulo de la innovación tecnológica y de los procesos jurídicos. Además, permitiría que los despachos pudieran competir en una mayor igualdad de condiciones con tales entidades. Y, en definitiva, los clientes podrían ser adecuadamente protegidos frente a supuestas prácticas profesionales que no alcanzaran a satisfacer determinados estándares normativos de calidad³⁹.

³⁷ Cfr. L. S. TERRY, S. MARK y T. GORDON, “Trends and Challenges in Lawyer Regulation: The Impact of Globalization and Technology”, cit., p. 2677.

³⁸ De nuevo, el caso de *LegalZoom* –constituido en el icono del *Tech Law* y objetivo predilecto de los ataques de las asociaciones de abogados estadounidenses–, nos ilustra sobre las dificultades de la regulación deontológica para abordar el problema. Esta compañía ha tenido que hacer frente a múltiples demandas de intrusismo profesional (*unauthorized practice of law*) en diversos Estados de la Unión por la explotación comercial de sus aplicaciones web para la elaboración de documentos legales, pero, como explicaré en el último apartado, su modelo de negocio ha salido indemne de todas ellas.

³⁹ En esta dirección D. L. RHODE y L. B. RICCA, “Protecting the Profession or the Public? Rethinking Unauthorized-Practice Enforcement”, *Fordham Law Review*, vol. 82, núm. 6,

Un enfoque de este tipo es el que han adoptado aquellas jurisdicciones que han acometido una liberalización de *iure* del mercado legal. Frente a los esquemas reguladores tradicionales, basados en los principios deontológicos profesionales y la independencia del abogado individual, los nuevos esquemas tienden a priorizar la competencia entre los distintos proveedores de servicios jurídicos y los intereses de los clientes. Y esta divergencia de perspectiva se traduce en una serie de diferencias en las metodologías reguladoras, que se advierten fundamentalmente en relación al tratamiento de los siguientes aspectos: la apertura o rechazo a la intervención de profesionales no jurídicos y de estructuras alternativas a las firmas jurídicas, la localización de las competencias para la regulación de los servicios jurídicos y el foco de atención de la regulación⁴⁰. Así, los esquemas tradicionales favorecen la exclusividad de la abogacía en la prestación de servicios jurídicos y la exclusión de estructuras alternativas a las firmas jurídicas, la autorregulación profesional y el énfasis en la conducta individual del abogado como objeto prioritario de la regulación. Sin embargo, este paradigma alternativo tiende hacia el reconocimiento en mayor o menor grado de la participación de profesionales que no son abogados y la autorización de proveedores alternativos de servicios jurídicos, el establecimiento de sistemas de co-regulación en los que la autorregulación se combina con un grado importante de intervención estatal⁴¹, y el desplazamiento del foco de atención desde la regulación

2014, afirman que, en este mercado en transformación, el foco de las agencias reguladoras no debe centrarse en bloquear las innovaciones sino en establecer una regulación que asegure la satisfacción de los intereses del ciudadano. Y que la responsabilidad de la abogacía hacia la sociedad exige algo más que una reacción *ad hoc* y de carácter fundamentalmente defensivo frente al cambio. Antes al contrario –afirman– la profesión legal debe ser explícita acerca de sus objetivos, entre los cuales se ha de incluir no sólo la protección del público frente a aquellos prestadores de servicios jurídicos que carezcan de la cualificación adecuada o actúen de una manera contraria a la ética profesional, sino también facilitar la elección de los demandantes de esos servicios y ampliar sus posibilidades de acceso a los mismos. Y, desde esta perspectiva, la regulación –no la prohibición– de estos proveedores alternativos cobra sentido (pp. 2607-2608).

⁴⁰ Cfr. N. SEMPLE, “Legal Services Regulation in Canada: Plus Ça Change?”, en A. BOON (ed.), *International Perspectives on the Regulation of Lawyers and Legal Services*, Hart Publishing, Portland, 2017, p. 96.

⁴¹ Como afirman R. DEVLIN y O. MORISON, “Access to Justice and the Ethics and Politics of Alternative Business Structures”, *The Canadian Bar Review*, vol. 91, núm. 3, 2012, la aceptación de este tipo de estructuras alternativas “abre la Caja de Pandora de la autorregulación”: si aceptamos que “solo los abogados pueden ofrecer servicios jurídicos, entonces el argumento de la ‘regulación de los abogados por los propios abogados’ es más fácil de defender”; sin embargo si también otros “profesionales que no son abogados están implicados en la

de la conducta individual del profesional a la regulación de las estructuras y sistemas de gestión de las entidades que prestan los servicios jurídicos.

Como se ha indicado, el punto de partida de estos nuevos esquemas es el establecimiento de una meta-regulación que se basa en la determinación de una serie de objetivos que han de perseguir todos aquellos organismos con competencias reguladoras o autorreguladoras en este ámbito y que, por supuesto, han de cumplir todas las entidades, de cualquier tipo que sean, que presten servicios jurídicos. La *Legal Services Act* británica de 2007 representa, tal vez, el ejemplo más prominente de un esquema de regulación de este tipo. Su sección 1 establece los siguientes objetivos reguladores generales, comunes tanto para las firmas jurídicas como para las entidades que obtengan autorización para prestar servicios jurídicos bajo la forma de *Alternative Business Structures*: a) protección y promoción del interés público; b) fortalecimiento del principio constitucional del *rule of law*; c) mejora del acceso a la justicia; d) protección y promoción de los intereses de los consumidores; e) fomento de la competencia en la prestación de servicios; f) promoción de una abogacía independiente, fuerte, plural y eficiente; g) mejora del conocimiento de la ciudadanía sobre sus derechos y deberes; y h) promoción y mantenimiento de la adhesión a los principios profesionales de independencia, competencia, actuación en interés del cliente, actuación en interés de la justicia y confidencialidad.

Sin embargo, hoy el alcance de este modelo no se limita sólo a aquellas jurisdicciones que han liberalizado sus mercados jurídicos, sino que se ha extendido a más de dos docenas de países, muchos de los cuales no permiten este tipo de estructuras alternativas (Canadá, Escocia, Irlanda, Dinamarca, Nueva Zelanda e India, entre otros)⁴². Especialmente interesante resulta el caso de los Estados Unidos, cuya regulación no sólo no permite este tipo de estructuras alternativas sino que es sumamente restrictiva respecto de la participación de personas que no sean abogados en las firmas jurídicas (mucho más, por ejemplo, que la legislación española). Allí ha sido la propia *American Bar Association* la que, mediante una resolución de 8 de febrero de

prestación de servicios jurídicos, ya no es obvio que la autorregulación sea el único sistema de gobierno defendible" (pp. 496-497).

⁴² Una exposición general sobre los diversos factores que han propiciado el desarrollo de este esquema de regulación y su implantación en diversos países puede encontrarse en L. S. TERRY, S. MARK y T. GORDON, "Adopting Regulatory Objectives for the Legal Profession", *Fordham Law Review*, vol. 80, núm. 6, 2012, pp. 2688-2697.

2016, ha adoptado un “Modelo de objetivos reguladores para la provisión de servicios jurídicos”⁴³.

Más allá de los objetivos que establece⁴⁴, a mi juicio, el aspecto más interesante de esta resolución es que en ella, la asociación más representativa de la abogacía estadounidense urge a los tribunales supremos de todos los Estados (que son los órganos competentes para regular la práctica legal en su territorio) a que adopten dichos objetivos y los sigan a la hora de interpretar el actual marco regulador de los servicios jurídicos o de establecer nuevas regulaciones en relación a la actividad de los proveedores no tradicionales de servicios jurídicos. Con ello pretende que dicho modelo constituya una herramienta útil para guiar la regulación del cada vez más heterogéneo abanico de sujetos prestadores de servicios jurídicos e informar las decisiones de los tribunales a la hora de enfrentar los problemas que la entrada en juego de estas nuevas entidades puede generar. En un loable ejercicio de realismo, la resolución, si bien advierte que no supone una derogación de la prohibición de practicar el Derecho por parte de cualquier entidad que no sea una firma jurídica poseída y dirigida por abogados, afirma que el establecimiento de tales principios puede constituir un marco apropiado para el desarrollo de estándares que guíen la actuación de los tribunales en un contexto en el que la práctica jurídica y los servicios jurídicos están experimentando un profundo cambio debido a la presencia de proveedores alternativos que –y aquí está la clave– “ya están prestando activamente servicios al público”⁴⁵.

⁴³ Cfr. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Resolution 105 on ABA Model Regulatory Objectives for the Provision of Legal Services*, February 8, 2016.

⁴⁴ Estos objetivos son: a) protección del público; b) avance de la administración de justicia y del *rule of law*; c) mejora significativa en el acceso a la justicia y la información acerca del Derecho, los temas legales y los procedimientos judiciales civiles y penales; d) transparencia sobre la naturaleza y el alcance de los servicios jurídicos a prestar, las credenciales de quienes los prestan y la existencia de garantías normativas; e) provisión de servicios jurídicos asequibles y accesibles; f) prestación de servicios jurídicos eficiente, competente y ética; g) protección de la información confidencial; h) independencia de juicio profesional; i) existencia de remedios civiles accesibles en casos de negligencia e infracción de otros deberes, sanciones disciplinarias por conductas contrarias a la ética profesional y programas preventivos; j) diversidad e inclusión por parte de los proveedores de servicios jurídicos y no discriminación en la prestación de dichos servicios y en el sistema de administración de justicia.

⁴⁵ Cfr. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Resolution 105 on ABA Model Regulatory Objectives for the Provision of Legal Services*, cit., p. 1. En la actualidad, al menos el Tribunal Supremo de Colorado ya ha adoptado unos objetivos reguladores análogos a los de la ABA que son aplicables a cualquier prestador de servicios jurídicos. Cfr. COLORADO SUPREME COURT, *Rule Change 2016 (06)*, April 7, 2016.

Como explica la propia resolución, estos objetivos reguladores difieren de los principios deontológicos de la abogacía en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, estos últimos se dirigen únicamente a los profesionales del Derecho, mientras que aquellos objetivos pretenden guiar la creación e interpretación de un amplio abanico de regulaciones de los servicios jurídicos, incluyendo aquellas aplicables a las nuevas categorías de proveedores alternativos de servicios jurídicos. Por esta razón, algunos deberes ya recogidos en las normas deontológicas son reafirmados en los objetivos, al objeto de enfatizar su importancia a la hora de establecer regulaciones para las entidades que no sean firmas jurídicas, aunque en ocasiones esos deberes deontológicos han de ser articulados de forma diferente para adaptarse al diferente contexto de aplicación de los objetivos. Y, en segundo lugar, mientras que los principios deontológicos constituyen el núcleo de las reglas de conducta de los profesionales jurídicos, ofreciendo sólo una limitada –aunque esencial– guía para la regulación de los servicios jurídicos, la definición de un conjunto más completo de objetivos normativos puede ofrecer a las jurisdicciones estatales una guía reguladora mucho más clara que la que aquellos suministran⁴⁶.

3.2. De la regulación de la conducta individual a la regulación de las estructuras corporativas: hacia una “infraestructura ética” de las entidades proveedoras de servicios jurídicos

Uno de los principales problemas que plantea el reconocimiento de estas entidades proveedoras de servicios jurídicos alternativas a las firmas jurídicas tradicionales es el de cómo asegurar la sujeción del trabajo de sus abogados y de otros profesionales que participan en los procesos jurídicos (y que no están sujetos a las normas deontológicas de la abogacía) a las pautas éticas que requiere la prestación de este tipo de servicios. De hecho, uno de los principales argumentos que se esgrime contra aquel reconocimiento es precisamente el temor de que este tipo de estructuras podrían ser menos proclives que las firmas jurídicas a observar los valores y principios deontológicos característicos de la abogacía. Particularmente, el hecho de que su propiedad y dirección se halle mayoritariamente en manos de profesionales no jurídicos ha sido visto como un factor susceptible de provocar conflictos de inte-

⁴⁶ Cfr. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Resolution 105 on ABA Model Regulatory Objectives for the Provision of Legal Services*, cit., pp. 3-4.

reses que socaven los fundamentos éticos de la actuación profesional, ya que las estrategias empresariales, las estructuras corporativas y los procesos de toma de decisiones en el seno de la entidad podrían comprometer principios deontológicos fundamentales, tales como la independencia, la confidencialidad, la inexistencia de conflictos de interés y la lealtad hacia el cliente.

Por ello, al objeto de hacer frente a estos riesgos, uno de los rasgos más característicos del nuevo esquema regulador es el desplazamiento de su foco de atención desde la regulación de la conducta individual del profesional, tal como hacen las normas deontológicas, a la regulación de las entidades proveedoras de servicios legales. La exigencia de este desplazamiento deriva, por tanto, del reconocimiento de que las estructuras organizativas y los procesos de gestión de esas entidades pueden minar la conducta ética individual. Y se traduce fundamentalmente en la obligación de estos proveedores alternativos de servicios jurídicos de adoptar una “infraestructura ética”; esto es, una serie de sistemas internos de dirección y gestión que promuevan una conducta ética⁴⁷. En cualquier caso, es importante señalar que esta infraestructura no viene a sustituir a la disciplina deontológica a la que se halla sujeto el profesional, sino a complementar dicho enfoque regulador “subjetivo”, basado en un sistema de reglas de conducta individual, con una aproximación de carácter “objetivo”, centrada en el cumplimiento de ciertos objetivos.

Este tipo de *entity regulation* fue introducida por primera vez en Australia, donde la *Legal Profession Act* (2004) obligó a las *Incorporated Legal Practices* a establecer una infraestructura ética, entendida como un conjunto de “políticas de gestión formales e informales, procedimientos y controles, culturas de los equipos de trabajo y hábitos de interacción y prácticas que sostienen y promueven una conducta ética”⁴⁸. Una pieza central de esta arquitectura ética es la exigencia de que en el equipo de dirección de estas organizaciones haya un abogado que desempeñe la función de *Legal Practitioner Director*, cuyo cometido es implementar y supervisar “sistemas de gestión apropiados” para asegurar que los servicios jurídicos son prestados de conformidad con las obligaciones profesionales de la abogacía y que la entidad cumple los objeti-

⁴⁷ Este término fue acuñado por T. SCHNEYER, “A Tale of Four Systems: Reflections on How Law Influences the ‘Ethical Infrastructure’ of Law Firms”, *South Texas Law Review*, vol. 39, 1998, pp. 245-263, como una propuesta inicialmente dirigida a la organización de los grandes bufetes estadounidenses.

⁴⁸ S. MARK, “Views from an Australian Regulator”, *Journal of the Professional Lawyer*, vol. 49, núm. 1, 2009, p. 46.

vos definidos por el regulador⁴⁹. Si bien la ley no definía lo que constituye un “sistema de gestión apropiado”, posteriormente la autoridad reguladora ha desarrollado un test para determinar si estas entidades poseen tales sistemas, identificando diez áreas que tradicionalmente habían dado lugar a un número significativo de reclamaciones por parte de los clientes de las firmas jurídicas y estableciendo en cada una de ellas una lista de problemas y de objetivos a alcanzar⁵⁰. Objetivos cuyo cumplimiento ha de ser verificado a través de una serie de herramientas de auto-evaluación (por parte de la propia entidad) y de evaluación (por parte de la agencia reguladora). De este modo, el regulador ha dado en última instancia un significado concreto al término “infraestructura ética”, ligándolo a una serie de objetivos que promueven una conducta ética y enfocada hacia el cliente por parte de todo el personal (abogados y no abogados) de la entidad. Posteriormente, la *Legal Services Act* británica de 2007 estableció exigencias similares en relación a las *Alternative Business Structures*.

Como se puede apreciar, una de las características fundamentales de este nuevo esquema regulador es el abandono del tradicional enfoque reac-

⁴⁹ Cfr. *Legal Profession Act 2004*, sec. 140.

⁵⁰ Las áreas y los objetivos a alcanzar en cada una de ellas son los siguientes:

- a) Negligencia: promover prácticas de trabajo competentes.
- b) Comunicación: promover una comunicación efectiva, oportuna y cortés.
- c) Retrasos: realizar una prestación, revisión y seguimiento de los servicios jurídicos en un tiempo razonable.
- d) Transferencias de documentos y expedientes: realizar a su debido tiempo las transferencias de documentos y expedientes.
- e) Transparencia en los precios, la facturación y la gestión de los anticipos: facilitar la comprensión y la documentación apropiada sobre el comienzo y término de los depósitos y las prácticas de facturación.
- f) Conflicto de intereses: proveer mecanismos para la pronta identificación y resolución de conflictos de intereses.
- g) Gestión de expedientes: minimizar la probabilidad de pérdida o destrucción de correspondencia y documentos mediante la apropiada conservación, clasificación, archivo, etc., y establecer sistemas de *compliance* para verificar el cumplimiento de las exigencias relativas al registro de expedientes, la custodia y los intereses financieros.
- h) Compromisos legales: monitorizar el *compliance* de notificaciones, órdenes, decisiones, instrucciones y otros requerimientos de los tribunales y de las autoridades reguladoras.
- i) Supervisión de las prácticas y del personal: garantizar el *compliance* de las obligaciones legales relativas a los términos de la licencia de práctica y la contratación de personal, y asegurar la calidad de la actuación y del resultado del trabajo de los abogados, paralegales y profesionales no jurídicos implicados en la provisión de servicios jurídicos.
- j) Contabilidad responsable: establecer procedimientos contables adecuados y sistemas de *compliance* de las exigencias previstas en la Parte 3.1, División 2, de la *Legal Profession Act 2004*.

tivo característico de las regulaciones deontológicas –centrado en la reacción *ex post* al incumplimiento de las normas de conducta profesional– en favor de un enfoque proactivo o *compliance-based*, dirigido a la consecución de una serie de resultados. El modelo está diseñado para que las entidades prestadoras de servicios jurídicos implementen estructuras que puedan detectar y evitar problemas, poniendo el foco en el desarrollo de sistemas y procesos internos de gestión que promuevan prácticas éticas y logren satisfacer los objetivos establecidos por el regulador. De ahí que a menudo suela hacerse referencia a estos esquemas normativos como *outcome-focused regulations*⁵¹. Aunque, como ya se indicó, estos no vienen a sustituir, sino a complementar, los sistemas tradicionales de regulación de la conducta individual del profesional mediante reglas deontológicas, teniendo en cuenta además que –a diferencia de estas– aquellos resultan aplicables a cualquier profesional que participe en la prestación de servicios jurídicos aun no siendo abogado.

En cuanto al impacto que la introducción de esta infraestructura ética puede tener en la salvaguarda de los valores deontológicos de la profesión legal y en la garantía de los estándares de calidad adecuados en la provisión de servicios jurídicos, resulta difícil aún emitir un juicio definitivo, dada la inexistencia de una perspectiva temporal suficientemente amplia. Sin embargo, sí existen algunos indicadores suficientemente alentadores sobre los efectos positivos de su implementación. Según los resultados arrojados por un extenso estudio empírico realizado en Nueva Gales del Sur (la jurisdicción con un mayor horizonte temporal en esta cuestión), este esquema ha permitido que las firmas jurídicas que se han constituido en *Incorporated Legal Practices* hayan reducido hasta en dos tercios las reclamaciones que, en relación a las diez áreas establecidas, recibían anteriormente. Lo que ha supuesto que la tasa de reclamaciones contra las actuaciones de este tipo de entidades sea apenas un tercio de la tasa de reclamaciones contra las actuaciones de despachos que no se han reconvertido en este nuevo tipo de estructuras⁵².

⁵¹ En este sentido señalan L. S. TERRY, S. MARK y T. GORDON, “Trends and Challenges in Lawyer Regulation: The Impact of Globalization and Technology”, cit., que otro de los desafíos fundamentales que actualmente han de afrontar los reguladores del mercado legal para hacer frente a los desajustes ocasionados por la irrupción de los proveedores alternativos de servicios jurídicos es *cómo* efectuar dicha regulación: si adoptando un enfoque basado en los resultados o un enfoque basado en principios y reglas de conducta (pp. 2681-2683).

⁵² Cfr. C. PARKER, T. GORDON y E. MARK, “Regulating Law Firm Ethics Management: An Empirical Assessment of an Innovation in Regulation of the Legal Profession in New South Wales”, *Journal of Law and Society*, vol. 37, núm. 3, 2010, pp. 466-500.

Y en Gran Bretaña, el informe *Consumer Impact Report 2014*, que utilizaba un amplio abanico de indicadores empíricos para evaluar los resultados de la reforma de los servicios jurídicos introducida por la *Legal Services Act*, afirma rotundamente que “las alarmantes predicciones sobre el colapso de la ética profesional y la degradación del acceso a la justicia como resultado de la autorización de las *Alternative Business Structures* no se han materializado”, evidenciando que “no se han producido faltas disciplinarias importantes por parte de estas entidades ni se han registrado niveles inusuales de reclamaciones en los datos publicados por el *Legal Ombudsman*”⁵³. De hecho, los buenos resultados obtenidos por este esquema llevaron a la autoridad reguladora de la abogacía en Inglaterra y Gales a imponer la exigencia de una infraestructura ética análoga a los despachos que no se han convertido en ABSs⁵⁴. Y, paralelamente, el nuevo Código Deontológico de la abogacía ha adoptado un enfoque claramente basado en el concepto de *outcome-focused regulation*, poniendo un énfasis mucho mayor en la gobernanza y la gestión de todos los prestadores de servicios jurídicos e imponiendo en cada apartado de la actuación profesional una serie de objetivos y resultados⁵⁵.

Incluso, al igual de lo que ha sucedido con los “principios reguladores”, hoy esta infraestructura ética se está expandiendo también más allá de las jurisdicciones que permiten las entidades alternativas de prestación de servicios jurídicos. En Canadá, una de las recomendaciones del informe *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada* ha sido la adopción de un sistema de regulación de las estructuras de los despachos, basado en el cumplimiento de una serie de objetivos, que promueva la realización de las mejores prácticas éticas como complemento a la regulación deontológica de la conducta del abogado⁵⁶. Recogiendo esta llamada, la *Canadian Bar Association* está promoviendo la implantación de una infraestructura ética en las firmas jurídicas⁵⁷. Y en Estados Unidos son también diversas las jurisdicciones que están considerando su implementación en los despachos de abogados.

⁵³ LEGAL SERVICES CONSUMER PANEL, *Consumer Impact Report 2014*, London, December 2014, p. 15.

⁵⁴ Cfr. SOLICITORS REGULATION AUTHORITY, *Authorisation Rules for Legal Services Bodies and Licensable Bodies* (2011).

⁵⁵ Cfr. SOLICITORS REGULATION AUTHORITY, *Code of Conduct 2011*.

⁵⁶ Cfr. CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Futures: Transforming the Delivery of Legal Services in Canada*, cit., pp. 47-48.

⁵⁷ Cfr. CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Assessing Ethical Infrastructure in Your Law Firm: A Practical Guide*, October 2014, y CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Ethical Practices*

4. LA INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS

Las transformaciones operadas en el entorno profesional del abogado y en sus métodos de trabajo como consecuencia de la creciente expansión de las herramientas de inteligencia artificial jurídica y de sus efectos derivados inciden también de manera directa en algunos de los principios deontológicos tradicionales, demandando en unos casos la introducción de nuevas perspectivas o la incorporación de nuevas dimensiones en su contenido, cuestionando en otros la idoneidad de ciertas categorías establecidas para afrontar los nuevos problemas, y precisando en la mayoría una delimitación del alcance de los deberes profesionales a la luz de las nuevas circunstancias.

De entrada, la incorporación de la inteligencia artificial en el quehacer cotidiano de la abogacía plantea la exigencia de que el profesional adquiera nuevos tipos de competencias y habilidades adicionales a las de carácter estrictamente técnico-jurídico⁵⁸. En este sentido cabe señalar que uno de los efectos más relevantes de la irrupción de estas herramientas tecnológicas y del desarrollo, como consecuencia de ello, de nuevos sistemas de organización del trabajo, así como de nuevos modelos de negocio y formas de prestación de los servicios jurídicos, es la demanda de nuevos perfiles profesionales híbridos, surgidos en el área de intersección entre el Derecho, la tecnología y la gestión empresarial (ingenieros de conocimientos jurídicos, científicos de datos jurídicos, analistas de procesos jurídicos, responsables de la gestión de proyectos jurídicos, *legal management consultants*, gestores de riesgos legales...), que proporcionan considerables oportunidades laborales a aquellos abogados que sepan adaptarse a las nuevas exigencias⁵⁹. Pero, aun dejando de lado esas nuevas ocupaciones, parece indudable que incluso aquellos abogados que continúen desarrollando una actividad estrictamente técnico-jurídica, al estilo tradicional, se verán obligados cada vez más frecuentemente a realizar sus tareas en colaboración con expertos en tecnología o en el seno de equipos multidisciplinares en los que, además de aportar sus conocimientos y habilidades jurídicas, habrán de ser capaces de entender los

Self-Evaluation Tool, CBA Ethics and Professional Responsibility Committee, October 2014 (<http://www.lians.ca/sites/default/files/documents/00077358.pdf>).

⁵⁸ Cfr. DELOITTE, *Developing legal talent. Stepping into the future law firm*, February 2016, p. 16.

⁵⁹ Sobre la emergencia de estos nuevos perfiles profesionales, cfr. R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, cit., pp. 135-144.

data y el funcionamiento básico de los sistemas “inteligentes”, de trabajar con tecnologías complejas o de saber gestionar el riesgo, entre otras exigencias.

De manera que no parece difícil augurar que la creciente expansión de los sistemas de inteligencia artificial jurídica hará imprescindible la cualificación tecnológica del profesional del Derecho, hasta el punto que la misma venga asumida finalmente como un elemento imprescindible para el ejercicio competente de la abogacía. Así ha sucedido ya en los Estados Unidos, donde una reforma de las *Model Rules of Professional Conduct* en 2012 introdujo la competencia “tecnológica” como una obligación deontológica para la práctica de la abogacía a nivel federal, al considerar que aquella constituye una nueva dimensión inherente o implícita en el deber genérico de competencia profesional⁶⁰. Y, siguiendo esta pauta federal, hoy son ya más de treinta los colegios de abogados estatales que exigen una cualificación tecnológica mínima para acceder al ejercicio de la profesión legal en sus jurisdicciones⁶¹. Contrasta esta rápida asunción de las nuevas realidades tecnológicas en el sistema estadounidense (y anglosajón en general) con la ausencia prácticamente total de cualquier referencia en los documentos deontológicos europeos y españoles. A nivel nacional, ni siquiera el reciente Código Deontológico de 2019 se hace eco de esta problemática⁶². Y en el ámbito europeo sólo la *Carta de principios*

⁶⁰ La primera obligación deontológica de la abogacía estadounidense, contenida en la *Rule 1.1*, es el deber de “competencia” del profesional, al que se exige poseer los conocimientos y las habilidades necesarias para representar de manera competente a su cliente. Debido a la progresiva expansión de la inteligencia artificial jurídica, en dicha reforma se modificó el “Comentario 8” a esta regla, estableciéndose que “para mantener el conocimiento y las destrezas requeridas, un abogado debe permanecer al corriente de los cambios en el Derecho y su práctica, *incluyendo los beneficios y los riesgos asociados a la tecnología relevante*” (la frase en *italica* fue añadida en la reforma).

⁶¹ Esta nueva dimensión de la competencia profesional plantea también el problema, esencial, de la adaptación de la formación jurídica al nuevo contexto profesional. En Estados Unidos, las más destacadas Facultades de Derecho ya han emprendido en los últimos años cambios en su currículum, introduciendo materias de carácter tecnológico, como “Computación jurídica”, “Estadística para abogados”, “Análisis de Datos”, “Tecnología aplicada” y otras similares. En España son aún pocas las universidades que, normalmente, en el marco de títulos propios de Master abordan algunas de estas cuestiones. Cfr. sobre este asunto J. I. SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, cit., pp. 237-247.

⁶² Muy significativamente, el Preámbulo de dicho Código justifica su promulgación en la necesidad de actualizar las normas deontológicas, debido a “las reformas legislativas y [...] los cambios políticos y sociales que han afectado al ejercicio profesional en España”, sin mencionar siquiera los cambios tecnológicos.

esenciales de la Abogacía Europea incluye dentro del deber de competencia profesional una mención genérica a la necesidad de la formación continua del abogado “como respuesta a los rápidos cambios sufridos en el Derecho y la práctica del mismo y los nuevos avances tecnológicos y económicos”⁶³.

En general, parece que buena parte de la abogacía percibe la inteligencia artificial y sus efectos derivados sobre la práctica legal y el mercado jurídico, fundamentalmente, como una amenaza para el mantenimiento de los valores tradicionales de la profesión. Y, desde luego, de lo que no cabe duda es que las formidables capacidades de la inteligencia artificial jurídica ponen a prueba algunas de las categorías y distinciones básicas sobre las que se ha asentado la deontología del abogado.

Comenzando por la propia idea de lo que constituye la “práctica del Derecho” o “práctica legal”, como noción delimitadora de la propia actividad profesional. Una noción ya de por sí bastante indeterminada y que generalmente viene caracterizada en la mayoría de las jurisdicciones por referencia a las funciones legalmente atribuidas con carácter de exclusividad a la abogacía. Como consecuencia de la ya aludida identificación tradicional entre el sujeto y el objeto de la regulación, la práctica del Derecho ha sido entendida, sencillamente, como aquello que hacen los abogados. De ese modo, en nuestro país, según el *Estatuto General de la Abogacía* (art. 9) y la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (art. 542.1), corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado a quienes, incorporados a un colegio de abogados, ejerzan profesionalmente el asesoramiento y la defensa de los intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, como ya se ha señalado, el proceso de desagregación de los servicios jurídicos propiciado por la automatización ha dinamitado en cierto sentido la idea misma de la práctica legal como unidad de referencia, en cuanto la ha segmentado en un gran número de tareas específicas que tradicionalmente se han considerado comprendidas en esas funciones generales de asesoramiento y defensa legal (investigación jurídica, revisión documental, elaboración de informes y de documentos legales, análisis predictivo de la actuación judicial, resolución de disputas mediante procedimientos automatizados de negociación, selección del material relevante en el proceso judicial) y que han sido rápidamente asumidas por los nuevos tipos de proveedores alternativos⁶⁴. La innovación

⁶³ *Carta de principios esenciales de la Abogacía Europea*, adoptada el 25 de noviembre de 2006 por el Consejo de la Abogacía Europea, p. 5.

⁶⁴ La máxima expresión de esta tendencia es el fenómeno de la “representación limitada” en el proceso judicial, consistente en la limitación del acuerdo entre abogado y cliente a

tecnológica crea nuevas oportunidades de desagregación de la práctica legal, y a medida que ésta es disgregada, mayores oportunidades surgen para que estas entidades ganen espacios de actuación sin afectar a tareas que puedan considerarse de manera indiscutible como exclusivas de la abogacía, las cuales han quedado prácticamente reducidas a aquellas que implican una actuación directa en el tribunal (e incluso algunas de éstas han sido ya automatizadas y asumidas por compañías tecnológicas, como la selección del material relevante en la fase procesal del *discovery*).

Por otra parte, las capacidades de la inteligencia artificial jurídica difuminan, hasta prácticamente disolver, las fronteras entre lo que constituye mera “información jurídica”, que puede ser proporcionada por cualquier persona, y lo que es “asesoramiento jurídico”, competencia exclusiva del abogado. Hasta ahora, por muy potentes que fueran las bases de datos automatizadas y las herramientas de búsqueda y recuperación de la información, no proporcionaban más que una información jurídica (legal, jurisprudencial, doctrinal) genérica, que en todo caso había de ser interpretada y aplicada al caso concreto; y ahí entra en juego el papel del abogado, que actúa como un intermediario entre esa información y el cliente, con sus circunstancias particulares. Pero el grado de interactividad y de participación del usuario en el diseño del producto que permiten los sistemas de inteligencia artificial hace que estos puedan proporcionar respuestas jurídicas ajustadas a la situación y las necesidades específicas del usuario: los sistemas expertos otorgan una respuesta concreta ante un problema particular; las aplicaciones de elaboración automática de documentos legales generan contratos, testamentos, documentos de constitución de una sociedad, etc., cuyo contenido está totalmente ajustado a las circunstancias singulares de cada caso; las herramientas de análisis predictivo evalúan las posibilidades de éxito de las posibles estrategias procesales en relación a un conflicto concreto entre determinados

la realización únicamente de algunas de las tareas que integran la cadena de representación legal (asignándose otras a proveedores alternativos *low cost* o incluso realizándolas el cliente por sí mismo a través de aplicaciones tecnológicas). Práctica que está teniendo un notable auge en países en los que amplias capas de la población tienen enormes dificultades económicas para acceder a los servicios de la abogacía tradicional, como Estados Unidos o Reino Unido, pero que suscita ciertos interrogantes desde el punto de vista deontológico. Por ello, en Estados Unidos, son ya más de cuarenta los Estados que han adoptado la regla 1.2(c) de las *Model Rules of Professional Conduct*, según la cual “un abogado puede limitar el alcance de su representación solo si la limitación es razonable bajo las circunstancias y el cliente otorga su consentimiento informado”.

litigantes ante un juez o tribunal específico; los sistemas de resolución automática de disputas determinan una solución teniendo en cuenta los intereses y preferencias particulares de las partes en conflicto... Es decir, la inteligencia artificial jurídica puede llevar a cabo prácticamente todas las tareas que realiza el profesional cuando asesora a su cliente, de una manera totalmente personalizada y ajustada a las circunstancias del caso⁶⁵.

La historia de las demandas judiciales emprendidas contra *LegalZoom* en diversas jurisdicciones estadounidenses por intrusismo profesional muestra muy bien estas dificultades para delimitar, en relación a la explotación comercial de las aplicaciones de inteligencia artificial jurídica, la línea divisoria entre la mera provisión de información legal y la prestación de un servicio de asesoramiento jurídico. Una línea divisoria que, en el ámbito de la elaboración de documentos legales, resultaba tradicionalmente muy clara para la jurisprudencia. Así, la comercialización de libros o incluso de programas informáticos con formularios o modelos de documentos nunca se consideró intrusismo profesional, aunque pudieran ser utilizados por cualquier lector o usuario para elaborar sus propios documentos legales, en cuanto se consideraba que tales formularios constituían mera información genérica, faltando el elemento esencial de la práctica profesional, que es el asesoramiento personalizado (acerca de cuál es el documento que corresponde en cada caso, cómo debe completarse, qué cláusulas deben o no incorporarse, qué tipo de información se ha de incluir o cualquier otro aspecto relacionado con la elaboración y utilización del documento)⁶⁶. Y, al amparo de estas categorías, no se ha considerado intrusismo profesional la venta (en papel o en línea) de formularios de documentos o incluso la utilización

⁶⁵ Uno de los rasgos más característicos de la comoditización de los servicios propiciada por la inteligencia artificial es precisamente su potencial de *mass-customization* o “personalización masiva”. Este término, que fue acuñado en S. DAVIS, *Future Perfect*, Addison-Wesley Publishing Co., Reading (Massachusetts), 1987, hace referencia a su capacidad de producir servicios capaces de satisfacer las demandas y necesidades específicas de cada cliente manteniendo sin embargo una eficiencia análoga a la de los sistemas de producción en masa. La vía más eficiente para lograr este objetivo es convertir al cliente en un co-diseñador del producto final y hacerle así partícipe del propio proceso de producción, ya sea permitiéndole incorporar al mismo sus requerimientos específicos o acceder directamente a las herramientas de diseño del producto a través de una aplicación web. Cfr. M. M. TSENG, Y. WANG y R. J. JIAO, “Mass Customization”, en L. LAPERRIÈRE y G. REINHART (eds.), *CIRP Encyclopedia of Production Engineering*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2017.

⁶⁶ Esta línea jurisprudencial arranca en *Dacey v. New York County Lawyers Association*, 423 F.2d 188 (2d.Cir 1969).

de softwares que insertan directamente la información bruta proporcionada por el usuario en el formulario que él mismo ha seleccionado.

Pero lo cierto es que no resulta fácil evaluar a la luz de tal distinción la legalidad de la explotación comercial de las aplicaciones web para la elaboración automática de documentos jurídicos. Las aplicaciones de *LegalZoom* utilizan la información proporcionada por el usuario a través de un diálogo interactivo con el software para, teniendo en cuenta el Derecho vigente en cada jurisdicción estatal o local, seleccionar automáticamente el tipo de documento apropiado en cada caso, las cláusulas que es conveniente incorporar o excluir y los términos que han de conformar su contenido; generando así un documento perfectamente completado, personalizado y ajustado a las circunstancias específicas de cada situación⁶⁷. Y todo ello sin que el usuario reciba ningún tipo de asesoramiento ni exista intervención humana alguna por parte de la compañía. Hecho que ha motivado que, en unos casos, los litigios hayan finalizado con resoluciones judiciales favorables a la compañía y, en otros, con acuerdos entre ésta y las asociaciones de la abogacía demandantes, sin más incidencia que la adopción por parte de *LegalZoom* de ciertas cautelas, como advertir a sus usuarios de que no es una firma jurídica o hacer que sus aplicaciones sean visadas por un abogado con licencia para actuar en la jurisdicción correspondiente antes de ser comercializadas⁶⁸.

⁶⁷ Como afirma I. FIGUERAS, "The LegalZoom Identity Crisis: Legal Form Provider or Lawyer in Sheep's Clothing?", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 63, núm. 4, 2013, es este "nivel añadido de sofisticación" que la inteligencia artificial aporta a los servicios de creación de documentos jurídicos en línea lo que plantea las dificultades para determinar si la actividad de *LegalZoom* y de otras compañías similares "puede ir más allá de lo que sería un mero proveedor de formularios jurídicos y entrar en el dominio de la práctica profesional del Derecho" (p. 1429).

⁶⁸ Para una visión general de las múltiples demandas judiciales entabladas contra *LegalZoom* por intrusismo profesional, cfr. E. McCLURE, "LegalZoom and Online Legal Service Providers: Is the Development and Sale of Interactive Questionnaires that Generate Legal Documents the Unauthorized Practice of Law?", *Kentucky Law Journal*, vol. 105, núm. 3, 2017, pp. 563-585. En cuanto a las decisiones judiciales favorables a la compañía, cfr., por todas, la del Tribunal Supremo de Carolina del Sur en *Travis Medlock v. LegalZoom.com, Inc.*, Case N° 2012-208067 (March 11, 2014). En otros Estados, como Washington (2010), Missouri (2011) y Carolina del Norte (2015), la disputa se zanjó con acuerdos judiciales. El acuerdo en este último Estado, que ponía fin a una serie de disputas judiciales mantenidas a lo largo de varios años, parece haber desalentado nuevas demandas contra la compañía. En él, *LegalZoom* y la Asociación de la Abogacía de Carolina del Norte se comprometían a apoyar una futura legislación estatal que modificase la definición de "práctica ilegal del Derecho", al objeto de excluir de la misma "el funcionamiento de una web que ofrece a los consumidores acceso a

A la vista de esta dificultad que plantea la inteligencia artificial jurídica en relación a la determinación de algunas de las categorías básicas que han sido utilizadas para delimitar la actividad profesional de la abogacía, hay quienes han planteado la conveniencia de adoptar un enfoque alternativo basado en la utilización de las reglas relativas a la supervisión de la actividad de todos aquellos sujetos que intervienen en la prestación de servicios jurídicos sin ser abogados (o, siendo abogados, carecen de autorización para actuar en el lugar en el que se presta el servicio jurídico)⁶⁹. Estas reglas, introducidas en algunas jurisdicciones para tratar los problemas originados como consecuencia de los procesos de *outsourcing*, establecen que la derivación de tareas jurídicas a abogados de otros países o a profesionales que no son abogados son deontológicamente correctas si un abogado con licencia para actuar en la jurisdicción en la que se prestan los servicios legales supervisa el trabajo de aquellos sujetos y asume la responsabilidad por el resultado del mismo frente al cliente. De manera que, aplicando dichas reglas a la explotación comercial de estas herramientas que prestan directamente al usuario un servicio similar al de un profesional, en opinión de los defensores de esta propuesta habría de exigirse al menos que un abogado supervise su utilización y se responsabilice del resultado.

Este es, de hecho, el enfoque que en muchos países anglosajones se ha adoptado en relación a la utilización de los sistemas de “codificación predictiva” para la automatización de las tareas de *discovery* en el curso del proceso judicial. Una utilización que también suscitó originariamente algunas discusiones acerca de si suponía o no intrusismo profesional, en cuanto una función central en el litigio que hasta ahora venían realizando de manera exclusiva los abogados es confiada a un equipo integrado por software, abogados y expertos en tecnología y estadística, si bien la rápida admisión jurisprudencial de esta técnica en seguida puso fin a la polémica. A diferencia de las aplicaciones de elaboración automática de documentos, la codificación predictiva es, sin embargo, una herramienta que asiste al abogado, no una que lo sustituye (al menos no completamente): aunque ya no es necesario que equipos de profesionales revisen manualmente toda la documentación,

software interactivo que genera un documento jurídico basado en las respuestas de aquellos a las preguntas emitidas por el software”. A cambio, la compañía retiraba una demanda federal en la que acusaba a aquella asociación de violar la legislación *antitrust*.

⁶⁹ En este sentido se manifiestan D. REMUS y F. LEVY, *Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, 2016, pp. 55-56 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092).

es preciso que un abogado entrene el software, monitorice los protocolos de funcionamiento y evalúe la calidad jurídica de sus resultados. Por eso, a la hora de abordar el tratamiento deontológico del empleo de esta tecnología, la analogía más próxima a la que recurrir eran los procesos de *outsourcing* de las tareas jurídicas, en los que la ejecución de las mismas es supervisada –pero no realizada– por el abogado responsable ante el cliente.

No obstante, este enfoque también suscita algunos problemas deontológicos, en cuanto, como pone de manifiesto Dana Remus, aquella analogía es imperfecta: mientras que en el caso del *outsourcing* el abogado posee el conocimiento requerido para entender y evaluar el trabajo realizado por los abogados de otras jurisdicciones y por los paralegales u otros profesionales, sin embargo, en el caso de la codificación predictiva la supervisión del abogado puede no ser efectiva, ya que este normalmente no tiene la pericia técnica necesaria para controlar el trabajo de los tecnólogos que suministran la aplicación y elaboran el protocolo de entrenamiento y funcionamiento del software (ni, mucho menos, para entender los algoritmos del sistema). Difícilmente el abogado sabrá si la herramienta utilizada es la más apropiada o si se está utilizando y funcionando con arreglo a la metodología adecuada (y otro tanto cabría decir del juez que ha de aprobar el protocolo). Un hecho que, en opinión de esta autora, viene a estar implícitamente reconocido por las propias *Model Rules of Professional Conduct* de la abogacía estadounidense, cuya reforma en 2013 del apartado 5.3, relativo a las responsabilidades del abogado respecto del trabajo realizado por otros profesionales, vino a fijar un nivel menos exigente de supervisión del trabajo automatizado⁷⁰. En concreto, el comentario 4 a dicho apartado indica que el abogado debe “monitorizar” dicho trabajo. Término que, como expresa el propio Comité Ético de la *American Bar Association*, “refleja un nuevo concepto ético” que viene a sustituir la exigencia de una supervisión directa por la “necesidad de tener conocimiento de cómo se están llevando a cabo los servicios del no abogado”⁷¹. De este modo, la impericia tecnológica de abogados y jueces podría propiciar que, en buena medida, el control de esta decisiva fase del procedimiento judicial quede en manos de los técnicos de codificación predictiva –normalmente empleados de las compañías que suministran el

⁷⁰ Cfr. D. REMUS, “The Uncertain Promise of Predictive Coding”, *Iowa Law Review*, vol. 99, 2014, p. 119.

⁷¹ ABA COMMISSION ON ETHICS 20/20, *Report to the House of Delegates*, 8, 2012, p. 8 (https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/2012_hod_annual_meeting_105c_filed_may_2012.authcheckdam.pdf).

software-, lo que conlleva el riesgo de que se prioricen sus valores sobre los propios de la profesión jurídica y del sistema judicial⁷². No obstante, en este sentido, es preciso señalar que, debido a la propia dinámica generada por la introducción de este tipo de herramientas en el trabajo cotidiano del profesional jurídico, se está produciendo la creciente emergencia de un amplio abanico de nuevos perfiles profesionales de carácter híbrido, a caballo entre el Derecho y la tecnología, que combinan una profunda formación jurídica con el conocimiento de los fundamentos y el funcionamiento de los nuevos sistemas tecnológicos, evitando así en buena medida esa disociación anteriormente mencionada y la amenaza de que los criterios de los tecnólogos puedan imponerse sobre los de la profesión legal⁷³.

Otros riesgos que entraña la inteligencia artificial jurídica, particularmente aquellas aplicaciones que se alimentan de ingentes volúmenes de datos relativos a la actuación de los profesionales jurídicos –ya sean los propios abogados u otros profesionales, como los jueces–, tienen que ver con la protección de los datos personales y la problemática de su explotación con fines comerciales. Así sucede con las herramientas de análisis predictivo, utilizadas por la abogacía para evaluar las probabilidades de éxito de una hipotética demanda ante un determinado tribunal y de las distintas estrategias procesales posibles. Estos sistemas identifican patrones de comportamiento y tendencias en la actuación pretérita de jueces y tribunales al objeto de predecir los resultados de potenciales casos futuros. Y para ello utilizan toda clase de datos relacionados con los procesos judiciales y con los profesionales, e incluso los litigantes, que intervienen en ellos. La rápida expansión de este tipo de sistemas y los riesgos que comporta la inadecuada recopilación, utilización y publicación de los datos personales que contienen ha llevado a la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia, del Consejo de Europa, a adoptar la *Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, que establece cinco principios fundamentales

⁷² Por ello, en opinión de D. REMUS, “The Uncertain Promise of Predictive Coding”, cit., la codificación predictiva está erosionando el dominio de la abogacía, amenazando con interferir en la capacidad de la profesión para hacer frente a sus responsabilidades sociales (pp. 117-118).

⁷³ Sobre la irrupción de estos nuevos perfiles profesionales, cfr. J. I. SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, cit., pp. 225-236; y P. FUENTES BUESO, “La revolución en la forma de concebir el empleo en el sector legal”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, cit., pp. 199-213.

a observar en el procesamiento automatizado de decisiones y datos judiciales: respeto a los derechos fundamentales; no discriminación; calidad y seguridad; transparencia, imparcialidad y equidad; y control por parte del usuario⁷⁴. Pero incluso hay países que han ido un paso más allá. En esta línea, Francia se ha convertido en el primer país del mundo en establecer una limitación legal al empleo de estas herramientas, al sancionar con penas de prisión de hasta cinco años la utilización de los datos de identidad de los jueces “con el propósito o el efecto de evaluar, analizar, comparar o predecir sus prácticas profesionales reales o presuntas”⁷⁵. Según el *Conseil Constitutionnel*, el objetivo de esta prohibición es evitar presiones sobre los jueces e impedir el mercadeo de estrategias procesales⁷⁶. Aunque, como señala Rafael del Real, este tipo de herramientas podrían también comprometer la libertad e independencia del abogado si sus predicciones son impuestas en el seno del despacho, no como un apoyo a la decisión final del profesional, sino como un elemento determinante de las estrategias procesales⁷⁷.

Problemas aún más complejos plantean algunas plataformas digitales de intermediación entre abogados y potenciales clientes cuyo modelo de negocio se basa en la explotación comercial de los perfiles de los profesionales de la abogacía. El ejemplo más prominente es el de la compañía *Avvo*, cuya plataforma *online* contiene los perfiles de más del 97% de los abogados de Estados Unidos. Ello es posible gracias a un poderoso sistema de búsqueda y recuperación de la información, que extrae los datos de cada profesional existentes en todo tipo de fuentes abiertas (información de los colegios de abogados, agencias reguladoras, registros de los tribunales, noticias y, potencialmente, todo internet). Para el usuario que busca un abogado, el principal atractivo de la

⁷⁴ Cfr. EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, *European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, Strasbourg, 3-4 December 2018.

⁷⁵ Art. 33 de la *LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

⁷⁶ Algunos han visto esta medida como una reacción al proyecto “SupraLegem” del abogado y experto en aprendizaje automático Michaël Benesty, que ha desarrollado una plataforma de análisis predictivo para detectar sesgos en las sentencias y publicó un informe en el que se describían los diferentes patrones de decisión de jueces individualizados con nombres y apellidos.

⁷⁷ Cfr. R. DEL REAL RUBIO, “Nuevas tecnologías, Big Data e Inteligencia Artificial en el ejercicio de la abogacía. Implicaciones deontológicas”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y J. J. TORRES FERNÁNDEZ (coord.), *Deontología profesional y ejercicio de la abogacía: un desafío global*, cit., p. 359.

plataforma no es sólo la disponibilidad de ese impresionante volumen de perfiles sino, sobre todo, su sistema de *rating*, que compara el rendimiento de cada uno de los profesionales, asignándoles una calificación numérica entre uno y diez. Este sistema se basa en un algoritmo creado por la propia compañía que evalúa la trayectoria del abogado en función de múltiples factores (logros profesionales, balance de casos ganados y perdidos, referencias y reconocimientos a su trabajo, expedientes disciplinarios, años de experiencia, evaluaciones previas de sus clientes...), generando rankings por áreas de práctica jurídica⁷⁸. Y los beneficios de la plataforma proceden de los servicios publicitarios que pueden contratar los abogados para captar clientes a través de sus perfiles: así, en función de la tarifa que quiera pagar, el profesional puede priorizar su perfil en los resultados de las búsquedas que los usuarios realicen en los directorios por especialidad legal y zona geográfica; disponer de un anuncio customizado que aparecerá cuando el usuario consulte el perfil de cualquier otro abogado del mismo directorio que no haya pagado para eliminar de su página el espacio reservado para publicidad, incluyendo además en dicho anuncio un link directo a su propio perfil; customizar y gestionar su propio perfil; recibir la información que la compañía obtiene del análisis de los datos de las visitas a su perfil, etc. Este modelo de negocio fue impugnado judicialmente por un abogado que no había suscrito ninguno de los servicios publicitarios ofrecidos por la compañía y que alegaba que la aparición en su perfil de anuncios de otros profesionales suponía una utilización de su identidad para fines comerciales. Sin embargo, el tribunal rechazó tal pretensión, aceptando el argu-

⁷⁸ Este algoritmo ha sido cuestionado por diversas asociaciones de abogados, llegando a ser objeto incluso de pronunciamiento judicial en *Browne v. Avvo, Inc.*, 525 F. Supp. 2d 1249 (W.D. Washington, December 18, 2007). En este caso se impugnaba directamente la veracidad de los *rating* resultantes de su aplicación, por considerar que ese sistema de calificación de cada profesional constituye una práctica comercial injusta y engañosa. Sin embargo, el tribunal dio la razón a la compañía al entender que las evaluaciones constituyen opiniones subjetivas –no hechos objetivos– amparadas constitucionalmente por la Primera Enmienda, que protege la libertad de expresión. En su argumentación, la sentencia valora que *Avvo* explica a los usuarios que sus *ratings* se basan en la información disponible en fuentes públicas sobre el profesional (quien puede además aportar información adicional si lo desea, sin coste alguno) y que la conversión de esa información en una calificación numérica supone una “evaluación”, “juicio” o “interpretación”, operaciones que “implican alguna clase de proceso valorativo”, de manera que la calificación sería distinta si la evaluación fuera realizada por otra persona que dispusiera de distinta información. A la vista de tales consideraciones, el tribunal concluye que “ni la naturaleza de la información proporcionada ni el lenguaje usado en la página web llevarían a una persona razonable a creer que los *ratings* son una afirmación de un hecho objetivo” (pp. 1252-1253 y 1255).

mento de la compañía de que sus directorios de perfiles eran análogos a una versión digital de las tradicionales “páginas amarillas”, en las que se publican listados de profesionales y, junto a esa información no comercial, se incluyen anuncios⁷⁹. Una práctica que ya gozaba de protección constitucional al amparo de la Primera Enmienda⁸⁰.

Además, estas plataformas gobernadas algorítmicamente se han constituido en ciberespacios que posibilitan nuevos modelos de negocio y formas de interacción entre profesionales y clientes, lo que las ha convertido en genuinos mercados jurídicos virtuales que pueden instaurar sus propias reglas de juego⁸¹. Reglas que, en ocasiones, son susceptibles de propiciar alteraciones sustanciales en las condiciones de trabajo de los abogados, las relaciones con sus clientes, los sistemas de fijación de los precios de los servicios jurídicos e incluso las reglas de la competencia. Nos encontramos aquí ante una clara muestra de la ya mencionada “algorocracia”, esto es, la capacidad de los algoritmos para gobernar las relaciones sociales y modificar las conductas. En este caso, específicamente, la relación abogado-cliente, mediante la regulación más o menos invisible de aspectos que van desde la elección de profesional por parte del cliente (a través, por ejemplo, de los sistemas de *rating* y los rankings generados algorítmicamente) o incluso su asignación directa por parte de la plataforma (mediante algoritmos que pueden tener en cuenta, entre otros, factores tales como el precio que cada abogado esté dispuesto a pagar por cada cliente que aquella le proporcione o las evaluaciones otorgadas al profesional por clientes previos), hasta la fijación del precio del servicio (por ejemplo, mediante procedimientos de subasta de diverso tipo entre los profesionales que pugnan por su realización), pasando por el establecimiento de ciertas condiciones en la prestación del mismo (como pueden ser la utilización por parte del profesional de las aplicaciones de la propia plataforma para generar y almacenar documentos, compartirlos con el cliente o gestionar el pago de sus servicios).

Aspectos que, en ocasiones, pueden interferir con algunos deberes deontológicos del abogado. Así podría suceder con la prohibición, contenida en el *Código de Deontología de la Abogacía Europea*, de pagar honorarios, comi-

⁷⁹ Cfr. *John Vrdolyak v. Avvo, Inc.*, 206 F. Supp. 3d 1384 (N.D. Illinois, Sept.12, 2016).

⁸⁰ Cfr. *Dex Media West, Inc. v. City of Seattle*, 696 F. 3d 952 (9th Cir. 2012).

⁸¹ Cfr. sobre este tema J. I. SOLAR CAYÓN, *La inteligencia artificial jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, cit., pp. 263-275.

siones o cualquier tipo de compensación a cualquier persona por remitirle clientes (art.5.4.2). Prohibición que replicaba el anterior *Código Deontológico de la Abogacía Española* de 2002, pero cuyo alcance ha sido modificado por el actualmente vigente (aprobado el 6 de marzo de 2019), el cual establece que dicha prohibición no operará si se informa al cliente de esa circunstancia (art. 18). Esta nueva disposición parece allanar el camino a la participación de los profesionales en algunas de estas plataformas, si bien plantea el problema de su compatibilidad con el Código Europeo, el cual viene asumido por el Consejo General de la Abogacía Española como una de las fuentes de la Deontología⁸². Aun así, atendiendo a la diversidad de los modelos de negocio de estas plataformas, puede resultar sumamente difícil determinar si el pago por parte de los profesionales de las cuotas, suscripciones, planes, comisiones, etc., exigidas por aquellas vulnera o no tal prohibición, siendo precisa una evaluación caso por caso.

Otro aspecto que podría resultar problemático en relación con el funcionamiento de algunas de estas plataformas es la incidencia que la presencia de la compañía propietaria de la misma puede tener sobre la necesaria confidencialidad en la relación abogado-cliente. Una cuestión que también dependerá del modelo de negocio de cada una de ellas. En algunas ocasiones, estas plataformas simplemente proporcionan su espacio virtual como punto de encuentro entre profesionales y potenciales clientes, pero, como ya se ha señalado, en otras desempeñan un rol activo en la conformación y el desenvolvimiento de aquella relación, ya sea determinando a través de sus algoritmos el emparejamiento entre cliente y profesional, estableciendo los canales a través de los que ha de efectuarse la comunicación entre ambos e incluso obligando al abogado a utilizar las aplicaciones de la plataforma para generar y compartir documentos con su cliente, gestionar los pagos de éste, etc. Situaciones que podrían llegar a comprometer el secreto profesional en la relación abogado-cliente.

Estas son apenas una variada muestra de las profundas implicaciones deontológicas que conlleva la reciente irrupción de la inteligencia artificial en

⁸² Si bien, en principio, el *Código Deontológico de la Abogacía Europea* sólo es aplicable cuando el abogado realiza actividades transfronterizas, el *Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española*, después de asumir aquel íntegramente, afirma que no puede concebirse “una doble, triple o múltiple deontología dentro de la Unión Europea”. Sobre la aplicación en España del *Código Deontológico de la Abogacía Europea*, cfr. L. SÁNCHEZ SOCÍAS, “Deontología comparada (I). El Código Deontológico de la Abogacía Europea y otras normas europeas”, cit., pp. 287-288.

el ejercicio de la abogacía. Unas implicaciones que reclamarán mayor atención, especialmente a medida que se expanda el uso de las herramientas ya existentes y se diseñen nuevas aplicaciones para la realización de distintas tareas jurídicas. Este es un camino que apenas se ha iniciado y cuyo recorrido sin duda nos obligará a replantear y revisar algunas de las concepciones deontológicas tradicionales, así como a pergeñar nuevos principios y formas de control de la actuación profesional y de la prestación de servicios jurídicos.

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN
Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Cantabria
Avda. Los Castros, s/n
39005 Santander
e-mail: jose.solar@unican.es

LA INTELIGENCIA INHUMANA. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

INHUMAN INTELLIGENCE. THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS

RAQUEL LUCÍA PÉREZ BRITO
Universidad de La Laguna

Fecha de recepción: 18-9-19

Fecha de aceptación: 22-4-20

Resumen: *El debate sobre los avances científicos y sus efectos supera las fronteras nacionales. El poder real se ha desplazado desde los Estados hacia las empresas privadas que controlan globalmente el desarrollo tecnológico, la big data y la sociedad del conocimiento, interfiriendo, así, en la vida de las personas. Por ello es necesario un desarrollo legislativo con vocación universal y con códigos éticos que tengan en cuenta que el desarrollo de la Inteligencia Inhumana está creado por y para la mejora de la humanidad.*

El “derecho a la vida” debe situarse en un nivel ontológico superior a cualquier otro derecho universal para garantizar la supervivencia del ser humano y alcanzar una “Era plenamente humana” en contraposición a las corrientes transhumanistas encaminadas a una “Era posthumana”.

Abstract: *The debate on scientific advances and their effects goes beyond national borders. Real power has shifted from States to private companies that globally control technological development, big data and the knowledge society, thus interfering in people’s lives. For this reason, a legislative development with a universal vocation and defined ethical codes that takes into account the development of Inhuman Intelligence is created by and for the betterment of humanity.*

The “right to life” must be placed on an ontological level higher than any other universal right to guarantee the survival of the human being and reach a “fully human Era” as opposed to transhumanist currents headed for a “post-humanist Era”.

Palabras clave: inteligencia artificial, derechos humanos, posthumanismo, trashumanismo, era plenamente humana.
Keywords: artificial intelligence, human rights, post-humanism, trashumanism, the fully human era.

1. INTRODUCCIÓN

El verdadero germen de lo que se ha denominado Inteligencia Artificial (IA)¹ comienza en 1952, cuando William Ross Ashby² planteó construir dispositivos que permitieran ser “amplificadores de la inteligencia humana³”, pretendía buscar sinergia entre la inteligencia humana y la información que esperaba que le proporcionaran los programas computacionales con sus algoritmos.

Hoy en día es fácil encontrar asistentes inteligentes en el mercado, que se usan a diario y que cuentan con aplicaciones de todo tipo, desde información inmediata hasta procesadores de textos que ayudan a los humanos en tareas complejas y proporcionan un valor añadido a los sistemas convencionales. De esta manera se consigue una sinergia efectiva entre inteligencia e información.

El término de IA, con todas sus letras, tal y como lo utilizamos hoy en día, se remonta al 31 de agosto 1955, cuando Marvin Minsky, Nathan Rochester, Claude Shannon y John McCarthy vieron la conveniencia de celebrar una conferencia centrada en discutir si todos los aspectos del aprendizaje o cualquier otra característica de la inteligencia humana podían ser replicados de forma precisa hasta el punto de poder construir una máquina capaz de simularlos. Buscaron financiación para este congreso y se celebró en el verano de 1956 en el Dartmouth Collage en Hanover (Estados Unidos).

Este evento, que duró dos meses, se denominó *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*⁴. En él, John McCarthy, en su discur-

¹ De ahora en adelante se utilizará las siglas IA para expresar el concepto de Inteligencia Artificial.

² W. ASHBY, *Desing for a Brain*, John Wiley& Sons Inc, New York, 1952.

Fue un médico inglés que, desde las especialidades de neurología y psiquiatría, dedicó más de 15 años al estudio científico del cerebro humano. Llegó a establecer estructuras analógicas entre las estructuras del cerebro humano y de las máquinas, especialmente en los mecanismos de feedback. En este libro expuso su concepción de cerebro artificial.

³ W. ASHBY, *An Introduction to Cybernetics*, Chapman& Hall, London, 1956.

⁴ Conferencia financiada por la Fundación Rockefeller, donde los científicos creyeron que en un plazo de diez años serían capaces de igualar la mente humana. Objetivo que aún no se ha cumplido.

so, define por primera vez el término Inteligencia Artificial como la ciencia e ingeniería de hacer máquinas inteligentes. El objetivo, en aquel momento les pareció más sencillo, de lo que ha resultado ser con el paso de los años.

Algunos de los factores que intervienen, tanto en el aprendizaje como en la propia inteligencia humana, siguen siendo un misterio para el hombre. Por eso, los robots existentes no son tan autónomos ni con una inteligencia tan completa como la de los seres humanos.

Analícemos, ahora, si es correcto el término popularizado, desde entonces, de Inteligencia Artificial.

2. CONCEPTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL VERSUS INTELIGENCIA INHUMANA

Al igual que pasa en muchas áreas de la ciencia y del conocimiento, intentar definir el concepto de IA resulta complejo y no hay consenso en la comunidad de científicos que se dedica a su estudio y desarrollo.

Y es que el propio concepto de inteligencia no cuenta con una definición asumida por todos, ya que no se ha llegado a entender los componentes esenciales que comprenden la inteligencia o la capacidad mental. Las líneas de investigación se centran en cómo se puede medir la inteligencia, cómo se puede trabajar y qué factores pueden explicar las diferencias individuales en el rendimiento.

Ante la dificultad de entender lo que es la inteligencia, Linda Gottfredson⁵ trata de describir la inteligencia desde una perspectiva funcional, sin hacer distinciones entre humana o artificial, de tal manera que considera que la inteligencia es una capacidad mental muy general que, entre otras cosas, implica la capacidad de razonar, planear, resolver problemas, pensar de manera abstracta, comprender ideas complejas, aprender rápidamente y aprender de la experiencia⁶.

⁵ L. S. GOTTFREDSON es profesora de psicología educacional en la Universidad de Delaware. Licenciada en psicología y doctorada en sociología, ha realizado múltiples estudios sobre la inteligencia, en especial aquella aplicada a los ámbitos de la selección de personal e influencia social.

⁶ L. S. GOTTFREDSON, "Why g Matters: The Complexity of Everyday Life", *INTELLIGENCE*, vol. 1, pp.79-132.

<https://www1.udel.edu/educ/gottfredson/reprints/1997whygmatters.pdf>

Hay bibliografías enteras que revisan la historia del concepto de inteligencia y sus diferentes escuelas.

La inteligencia no se puede conceptualizar tratando de hacerla depender de un único factor general y tampoco de muchos pequeños factores específicos.

“Actualmente el concepto de inteligencia empieza a ser concebido no ya como algo que se tiene o no se tiene, ni solamente algo que se tiene más o menos, sino como algo que se va haciendo o deshaciendo”⁷.

Si al concepto de inteligencia le añadimos el adjetivo de artificial, las dificultades se agudizan. Como ya hemos visto, la IA tiene su origen en el esfuerzo que hacen los humanos por hacer pensar a las computadoras con el objetivo de imitar la inteligencia humana.

Efectivamente, tal y como ya indicaba Henry Charles Mishkoll, si existiera una definición concisa y universalmente aceptada sería mucho más fácil llegar a un conocimiento preciso de la IA. Aún en el siglo XXI existe un amplio desacuerdo en lo que significa este término⁸.

Hay dos corrientes claramente diferenciadas, por un lado, hay autores que no quieren que una máquina pueda llegar a albergar capacidades mentales similares a las de los *Homo Sapiens* y, por lo tanto, ponen en acento en las facetas no conseguidas por la IA y que sí caracterizan a la inteligencia humana⁹ intentando evidenciar la brecha existente aún entre ambas. Por el contrario, los entusiastas con el desarrollo tecnológico de la IA y la robótica enfatizan las posibilidades reales que hay de alcanzar el nivel de la mente humana a través de una máquina.

L. S. GOTTFREDSON, “Where and why g matters: Not a mystery”, *Human Performance*, vol. 15 núm. 1/2, 2002, pp. 25-46. L. S. GOTTFREDSON, jobs and life, in H. NYBORG (ed.), *The scientific study of general intelligence: Tribute to Arthur R. Jensen*, Elsevier, Oxford, 2003, pp.293-342.

⁷ C. MOLERO MORENO; E. SAIZ VICENTE y C. ESTEBAN MARTINEZ, “Revisión histórica del concepto de inteligencia: Una aproximación a la inteligencia emocional”, *Revista Latinoamericana de psicología*, núm. 1, 1998, pp.11-30.

⁸ H. C. MISHKOFF, *A Fondo: Inteligencia Artificial*, Anaya Multimedia, Madrid, 1988, p.11. Traducido al castellano de la obra *Understanding Artificial Intelligence*, publicada por Howard W. Sams & Co. 1985.

⁹ L. AMADOR HIDALGO, *Inteligencia Artificial y Sistemas Expertos*, servicios de publicaciones de la Universidad de Córdoba, series monográficas, núm. 244, 1996.

Es lógico entender que el propio término popularizado de IA ha generado recelos éticos y morales cuando se trata de comparar al humano con un robot en cuyo interior se encuentra un algoritmo que le permite ejecutar ciertas actividades que se podrían considerar inteligentes o propias de una mente. Si el objetivo es conseguir que las máquinas puedan llegar a tener mente, se podría haber llamado, desde el principio, a este concepto de otra forma. Si se hubiera denominado mente o inteligencia sintética, como ya sugirió John Haugeland, muchas suspicacias hubieran desaparecido. Los robots no son más que máquinas sintéticas que el hombre ha sido capaz de crear, esta inteligencia implicaría que está hecha por y para los humanos, pero sin ser una imitación. Tal y como expresa, con claridad, Haugeland, nadie discute que los aviones vuelen y sin embargo no se les denomina aves, ni se les ha llamado aves no animales o aves máquina¹⁰.

Alguien, y con razón, podría argumentar que la palabra “sintética” está dentro del campo de la química, es decir, un elemento químico que no aparece de forma natural en la Tierra y que sólo puede ser creado artificialmente. Pero quedémonos con la parte del concepto de sintético que interesa. Lo realmente relevante es que el robot, con cierta inteligencia, que, de momento, no ha sido capaz de igualar las capacidades de los *Homo sapiens*, no se encuentra en la naturaleza. Su existencia se debe, en cualquier caso, a la creación humana y al deseo de progreso y evolución de los hombres.

No obstante, por otro lado, para ciertos autores trashumanistas, que desean que el desarrollo tecnológico permita crear un robot no sólo para que imite las capacidades humanas, sino que el objetivo final es, efectivamente, que llegue a ser capaz de igualar e, incluso, mejorarlas, el concepto de IA no debería ser el apropiado.

Abundando en esta idea, estos autores dan por hecho que, en el fondo, los humanos no son más que computadoras que aún no se han llegado a comprender, por lo tanto, desde el momento en que se desentrañe el funcionamiento del cerebro humano y se pueda replicar en una máquina utilizando los algoritmos pertinentes, en principio para igualar a la inteligencia humana, con toda probabilidad será cuestión de horas que la inteligencia humana se quede muy por debajo de la inteligencia de los robots.

Este tipo de inteligencia debería estar identificado con la superinteligencia, dejando a la inteligencia de los humanos en un nivel inferior o sub-inteli-

¹⁰ J. HAUGELANG, *Inteligencia artificial*, Siglo XXI, 4^o ed., Madrid, 2003. Traducido de *Artificial Intelligence, the very idea*, 1^o ed, the Massachusetts Institute of Technology, 1985.

gencia. Por lo tanto, también en este caso, el término de Inteligencia Artificial tampoco representa ni pone en valor lo que realmente podría llegar a ser capaz de hacer comparada con la inteligencia humana.

Efectivamente, es un hecho demostrado, a tenor de la evolución del *Homo sapiens* en los últimos 30.000 años, que la inteligencia de los robots evolucionará y evolucionará más rápido de lo que podría hacerlo por sí sola la inteligencia de la raza humana.

Por todos estos motivos, consideramos que es más apropiado el concepto de Inteligencia Inhumana. El adjetivo inhumano nos permite identificar un ente, como su nombre indica, que no es humano, que además está desprovisto de la capacidad de sentir afecto, comprensión y solidaridad hacia los humanos. El adjetivo inhumano define perfectamente lo que es un robot, independientemente de las capacidades extraordinarias que pueda albergar gracias a los algoritmos que los humanos sean capaces de diseñar. Si se da por hecho, como debería ser, que la utilidad que se le da y se le dará a dicha inteligencia inhumana está encaminada, exclusivamente, a proteger y mejorar la raza humana, no tendría, en ningún caso, que equipararse inhumano con el adjetivo de cruel, con el que se suele identificar.

Con el término de Inteligencia Inhumana se consiguen dos objetivos. Por un lado, no compararla con la inteligencia humana, estaríamos ante una forma de inteligencia auténtica al no ser una imitación y, por otro, hay que enfatizar que es una inteligencia creada por y para el hombre, cuya principal función es mejorar la calidad de vida y amplificar la inteligencia humana.

Podríamos definir la Inteligencia Inhumana como la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten algunas capacidades similares que podrían ser peores, iguales o mejores a las que puede desempeñar el ser humano con el objetivo de facilitar y mejorar la calidad de vida de la humanidad. La tecnología no puede dejar de ser un instrumento para convertirse en un fin. Este cambio de papeles, que se puede producir con facilidad, comparto con el filósofo alemán Jonas Hans, el papel fundamental que juegan los resultados científicos-tecnológicos¹¹ que, en algunos casos, moralizan a la población y en otros ocurre todo lo contrario haciendo referencia a resultados, por ejemplo, relacionados con la biogenética y el mejoramiento humano.

¹¹ J. HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. J. M^a Fernández Retenaga, Herber, Barcelona, 1995, pp. 270-272.

3. ¿EL DESARROLLO TECNOLÓGICO NOS DEBERÍA PREOCUPAR?

Stephen Hawking, en una entrevista concedida a la BBC en el 2014, aseguró que el desarrollo avanzado de la IA podría significar el fin de la raza humana, ya que la IA despegaría por sí misma y se rediseñaría a un ritmo cada vez mayor.

“Los humanos, que están limitados por la lenta evolución biológica, no podrían competir y serían reemplazados”¹².

Es interesante hacer constar que Hawking padecía una enfermedad degenerativa que le condenaba a una vida casi vegetal y la tecnología facilitó que pudiera desplazarse y comunicarse¹³. Incluso fue capaz de escribir la *Breve Historia del Tiempo*¹⁴, el mayor *bestseller* de divulgación científica publicado hasta el momento. Lo normal es presuponer que, precisamente él, elogiaría los avances tecnológicos ya que, gracias a ellos, había tenido una vida digna, teniendo en cuenta sus circunstancias. Sin embargo, sus declaraciones alertaron sobre las consecuencias que podría tener la creación de una IA que pudiera igualar o superar a los humanos.

En octubre del 2016, durante la inauguración del centro de inteligencia artificial de la Universidad de Cambridge, manifestó que creía que no había muchas diferencias entre lo que un cerebro biológico puede lograr en comparación con una computadora. Según él, las grandes inversiones que se están realizando en la tecnología han permitido que la inteligencia artificial esté progresando rápidamente, hasta el punto de que la mente de los humanos podrá ser amplificada y cuando esto ocurra los logros de las próximas décadas serán inimaginables. Es cierto que también pensaba que, quizás, la tecnológica podría deshacer parte del daño causado al mundo natural por la industrialización e, incluso, erradicar la enfermedad y la pobreza.

¹² <https://www.abc.es/tecnologia/informatica-software/20141202/abci-stephen-hawking-peligros-inteligencia-201412021837.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F> recuperado en agosto 2019.

¹³ S. HAWKING utilizó un sistema de comunicación fabricado por Intel con un desarrollo incipiente de IA. Este sistema aprendía del vocabulario utilizado por el científico y de esta forma era capaz de proponer palabras y frases para agilizar su comunicación. La predicción de texto le permitió comunicarse a la velocidad con la que un adulto teclea un móvil.

¹⁴ S. HAWKING, *A Brief History of Time: From the Big Band to Black Holes*, Bantam Books, Reino Unido, 1988.

Estaba totalmente convencido de que todos los aspectos de nuestras vidas se transformarán.

“En resumen, el éxito en la creación de IA podría ser el evento más importante en la historia de nuestra civilización. Pero también podría ser el último, a menos que sepamos cómo evitar los riesgos. Además de beneficios, la IA también conlleva peligros, como poderosas armas autónomas, o nuevos procesos para que unos pocos puedan oprimir a la mayoría”¹⁵.

Un año más tarde¹⁶, en la revista número 100 de *Wired*, Stephen Hawking, en sus últimos meses de vida, se manifestó en la misma línea:

“Me temo que la IA puede reemplazar a los humanos por completo. Si la gente diseña virus informáticos, alguien diseñará una IA que mejore y se replique a sí misma. Esta será una nueva forma de vida que supere a los humanos”.

Es evidente que de las palabras del científico se desprende una preocupación por las consecuencias que, para los humanos, podría tener el desarrollo vertiginoso que está teniendo la IA y la robótica en general, aceptando que un mundo posthumano podría estar cerca.

Por su parte, el filósofo Nick Bostrom, que dirige el Instituto para el Futuro de la Humanidad en la Universidad de Oxford, considera el desarrollo de la IA como el mayor riesgo existencial para la humanidad, incluso por delante del cambio climático, pero lejos de considerarlo una catástrofe confía en la ciencia y funda la Asociación Mundial Transhumanista, junto con David Pearce, que defendía potenciar las capacidades humanas a través de una hibridación con la tecnología¹⁷.

¹⁵ Discurso de S. HAWKING, en octubre del 2016, durante la inauguración del centro de inteligencia artificial de la Universidad de Cambridge. Se encuentran diferentes noticias en la red que se hacen eco de esta inauguración. Por ejemplo: <https://www.elcomercio.com/tendencias/stephenhawking-inauguracion-centro-inteligenciaartificial-universidaddecambridge.html>

¹⁶ Noviembre del 2017, <https://www.wired.com/category/business/artificial-intelligence/>

¹⁷ N. BOSTROM es un filósofo sueco y director del *Future of Humanity Institute* de la Universidad de Oxford. El *New Yorker* lo ha bautizado como “el filósofo del fin del mundo”.

Fue uno de los firmantes de la Declaración Transhumanista de 1998 y cofundador de la Asociación Transhumanista Mundial, hoy conocida por *Humanity Plus*: <https://humanityplus.org/>

En 2004 cofundó el Instituto para la Ética y las Tecnologías Emergentes, y en 2011 fundó el Programa Oxford Marton: Sobre los Impactos de la Tecnología Futurista.

Por su parte, Elon Musk¹⁸ teme que el desarrollo de la IA se puede convertir en la mayor amenaza existencial, por lo que recomienda ser muy cuidadoso con el avance de la IA: “La IA no nos matará, pero nos tratará como gatos caseros”¹⁹. En su opinión, la IA será tan superior a la humana que se podría comparar con las distancias que hay actualmente entre la inteligencia de un humano y un gato.

Bill Gates, al comparar las tecnologías emergentes con la energía nuclear²⁰, manifiesta su preocupación por las consecuencias que puede llegar a tener el desarrollo de la IA y pone el acento donde nadie antes lo había hecho. Al asimilar la IA con las armas nucleares da por hecho que, con un uso inadecuado, pueden causar el mismo daño que las denostadas armas nucleares.

La diferencia principal radica en que estas últimas fueron desarrolladas casi en su totalidad por los gobiernos y los ejércitos, pero el desarrollo de la IA recae en los laboratorios universitarios y en las empresas privadas. Según Gates, los gobiernos, despistados, no se están preocupando de la IA como lo hicieron con las armas nucleares.

Raymond Kurzweil ya adelantó que en poco tiempo seríamos capaces de resolver problemas ancestrales y, por supuesto, también aparecerían nuevos problemas en el camino, desconocidos e inimaginables.

La “singularidad”²¹, término que ha dado título a uno de sus libros²², nos hará superar límites que no somos capaces de imaginar en la actualidad.

¹⁸ E. MUSK es un empresario sudafricano fundador de SpaceX y Tesla Motors entre otras empresas destacadas.

¹⁹ Frases extraídas de una entrevista que le hacen a Elon Musk en Recode Decode. <https://www.vox.com/2018/11/2/18053424/elon-musk-tesla-spacex-boring-company-self-driving-cars-saudi-twitter-kara-swisher-decode-podcast>, 2018 (4 julio de 2019).

²⁰ B. GATES, en su discurso de inauguración del *Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence* en la Universidad de Standford. Marzo 2019.

²¹ “Singularidad”, en el mundo matemático, describe una situación en la que ya no se pueden aplicar las reglas normales. Al elegir este título para su libro, haciendo el símil con el término matemático, probablemente quería hacer entender que, cuando la inteligencia inhumana supere la inteligencia humana, las reglas que los humanos han aplicado hasta ese momento ya no valdrán, porque nunca habrían contemplado con anterioridad una inteligencia superior a la de ellos, que avanzara a una velocidad inalcanzable para la raza humana. En ese instante, la vida cambiará para siempre y los conocimientos y las reglas humanas hasta entonces aplicables ya no tendrán ningún tipo de validez.

²² R. KURZWEIL, *The Singularity is near. When humans transcend biology*, Penguin, New York, 2006, pp. 5-20.

Prologue: The Power of Ideas.

Irving John Good da por hecho que el hombre será capaz de desarrollar una máquina superinteligente y cuando esto ocurra será la última invención del hombre²³, ya que las máquinas se encargarán de innovar y desarrollar nuevos avances tecnológicos.

Gracias a los desarrollos de la nanotecnología y la biotecnología, los humanos podrán unirse con las máquinas hasta formar una nueva clase híbrida entre humana y robot, los ciborgs²⁴ o incluso llegar a crear el Homo Excelsior²⁵, autentico superhombre mejorado y modificado genéticamente, siendo así más inteligente y capacitado que el propio ser humano.

Parte del movimiento trashumanista ve con agrado el desarrollo y el uso de las tecnologías emergentes con el objetivo de que el humano pueda ver potenciadas sus capacidades físicas, cognitivas, sensoriales, morales y emocionales²⁶, deseando que los avances exponenciales de la tecnología conduzcan al inicio de una nueva Era: “la posthumana”.

Luc Ferrry, trashumanista, ve viable un proyecto de mejora de la humanidad en todos sus aspectos:

“Un amplio proyecto de mejora de la humanidad actual en todos sus aspectos, físico, intelectual, emocional y moral, gracias a los progresos de las ciencias, y en particular de la biotecnología²⁷”.

José Luis Cordeiro²⁸ asegura que “entre el año 2029 y el 2045 va a haber computadoras con más transistores que neuronas tiene nuestro cerebro”.

²³ I. J. GOOD, “Speculations Concerning the First Ultraintelligent Machine”, *Advances in Computing*, vol. 6 núm. 99, editors: Franz Alt and Morris Rubinfeld, New York: Academic, 1965, p. 33.

²⁴ Este término viene de la unión del acrónimo en inglés cyber y organism, Cyborg o ciborg. Fue acuñado por Manfred Clynes y Nathan Kline en 1960 para representar a un humano mejorado por las máquinas. Lo definieron como: «un sistema hombre-máquina en el cual los mecanismos de control de la porción humana son modificados externamente por medicamentos o dispositivos de regulación para que el ser pueda vivir en un entorno diferente al normal».

²⁵ F. H. LLANO ALONSO, *Homo Excelsior. Los límites éticos-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 17.

²⁶ Ibidem, pp. 15-22.

²⁷ L. FERRY & A. MARTORELL, *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, trad. A. Martorell, Alianza Editorial, Madrid, 2017, p.35.

²⁸ Profesor fundador de la Singularity University en Silicon Valley. Actualmente está desvinculado de la Universidad. Es vicepresidente de Humanity Plus y miembro de la Academia Mundial de Arte y Ciencia.

Para él, el concepto de singularidad tecnológica define el momento en el cual la inteligencia artificial alcance a la inteligencia humana. Por lo tanto, será en ese preciso momento cuando “acabará la edad humana y empezará la edad posthumana” y en la que podrá construirse un software que asuma la inteligencia combinada de todos los *Homo sapiens*²⁹. Asume la posibilidad científica de la inmortalidad física y la cura de enfermedades incurables actualmente.

Recordemos que en la historia de la humanidad los niveles de progreso han evolucionado lentamente, sólo a finales del siglo XX se aceleraron. Este patrón, cuya velocidad ya no es lineal sino exponencial, viene motivado por algo tan sencillo de entender como que las sociedades más avanzadas tienen la capacidad de progresar a un ritmo más rápido que las sociedades menos avanzadas, al contar éstas con menos conocimiento y menos tecnología.

Por lo tanto, a medida que una sociedad alcanza un nivel superior de tecnología, el progreso se acelera y así sucesivamente la velocidad de crecimiento podría llegar a ser tan elevada que se podría alcanzar, en el siglo XXI, un momento en el que no seamos capaces de seguir el ritmo del progreso³⁰.

Kurzweil cree que en el siglo XXI se alcanzará un progreso mil veces superior al que ha habido en el siglo XX³¹. Es difícil imaginar cómo serán las comunicaciones dentro de 20 años y tampoco se puede estar seguro de hasta dónde evolucionará la informática, la robótica o la Inteligencia Inhumana.

Nick Bostrom, basándose en la Ley de Moore³², planteó que en pocos años se producirá, también, un aumento mil veces mayor en el poder computacional³³. Y en su libro más reciente³⁴, convertido en un *bestseller*, man-

²⁹ J. L. CORDEIRO & D. WOOD, *La muerte de la muerte: la posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral*, Deusto, 2018.

³⁰ R. KURZWEIL, *The Singularity is near*, cit., Chapter one: The Six Epochs.

³¹ *Ibidem*, pp. 84-88.

³² La Ley de Moore es el patrón que utilizan los fabricantes de chips para decidir en qué invertir con el objetivo de seguir siendo competitivos. La consecuencia directa de la ley de Moore es que los precios bajan al mismo tiempo que las prestaciones suben. Para entenderlo, un ordenador comprado hoy dentro de un año costará la mitad y estará obsoleto en dos años. Los nuevos ordenadores costarán más baratos y tendrán más contraprestaciones, velocidad, capacidad, etc. Esta ley se aplica a ordenadores personales y teléfonos móviles principalmente.

³³ N. BOSTROM, “How long before superintelligence?”, *Investigaciones Lingüísticas y Filosóficas*, vol. 5, núm.1, 2006, pp. 11-30.

El Original fue publicado en la revista *Int. Jour. of Future Studies*, vol. 2, 1998. <https://nick-bostrom.com/superintelligence.html>

³⁴ N. BOSTROM, *Superinteligencia: caminos, peligros, estrategias*, Teell, 2016.

tiene la preocupación por la raza humana ante los avances de lo que hemos denominado la Inteligencia Inhumana.

Sin embargo, aunque es indiscutible que el aumento de la potencia de los ordenadores, la velocidad y la disponibilidad de datos tiene y tendrá un crecimiento exponencial, esto no garantiza que se pueda alcanzar una inteligencia igual a la humana³⁵ capaz de poner en peligro la raza humana o de resolver todos los problemas que hasta ahora no se han podido solventar. Dicho con otras palabras, podremos tener la tecnología necesaria, pero si las capacidades intelectuales humanas no permiten entender las complejidades de su propia mente, de nada servirá, para el objetivo planteado hace más de 60 años, tener toda la tecnología y la velocidad necesarias a nuestro alcance.

Los desarrollos tecnológicos en el mundo de la nanotecnología, la biotecnología, la informática y las ciencias cognitivas (NBIC) permiten pensar que la humanidad se puede estar dirigiendo hacia un ecosistema más acorde a las verdaderas capacidades humanas, que permita alcanzar una “Era plenamente humana” en contraposición a la “Era posthumana” que plantean un cierto sector de trashumanistas³⁶.

En la misma línea, Kasparov está convencido de que:

“las máquinas que sustituyen las labores físicas nos permiten concentrarnos más en lo que nos hace humanos: nuestras mentes. Las máquinas inteligentes continuarán con ese proceso, asumiendo los aspectos menores de cognición y elevando nuestras vidas mentales hacia la creatividad, la curiosidad, la belleza y la alegría. Esto es lo que verdaderamente nos hace humanos, y no una actividad o habilidad particular como usar un martillo o incluso jugar al ajedrez”³⁷.

³⁵ M. BODEN, *Inteligencia Artificial*, Turner Noema, trad. de Inmaculada Pérez Parra, *AI. Its Nature and Future*, Madrid, 2017, pp. 122-123.

Esta autoría considera “estupideces” las interpretaciones que se hacen de la velocidad tecnológica y de sus consecuencias. Considera totalmente absurdo que la inteligencia artificial combinada con la nanotecnología y con la biología sintética pueda acabar con las enfermedades, con las guerras y hasta con la muerte tal y como pronostican algunos autores. Boden considera que conflictos humanos como el de Oriente próximo o el de Irlanda del Norte o Cataluña no los puede resolver ningún algoritmo. Está convencida de que los que creen en la singularidad realmente ignoran las limitaciones actuales de la IA. Palabras extraídas de una entrevista que le hizo el periódico de El Mundo el año pasado en Madrid.

³⁶ R. L. PEREZ BRITO, “La ‘evolución acelerada infosociotecnológica’ y sus consecuencias jurídico-laborales”, *IUS ET SCIENTIA*, núm. 5 vol. 2, 2019, p. 101.

³⁷ G. KASPAROV, *Deep Thinking: where Machine Intelligence Ends and Human Creativity Begins*, PublicAffairs, Perseus Books, New York, 2017, p. 13.

Esta “Era plenamente humana” permitirá que la humanidad se centre en el bienestar de la raza humana. Los robots realizarán trabajos que no requieran de las habilidades exclusivamente humanas y el *Homo sapiens* podrá dedicarse a realizar actividades, que no tienen por qué considerarse trabajo, en las que se consideren útiles y les hagan más felices. El progreso debe ir dirigido exclusivamente al bienestar del humano, de ahí la consideración de encontrarnos en un momento histórico donde es más posible lograr una “Era plenamente humana”, gracias precisamente a los desarrollos tecnológicos.

Margaret Boden está convencida de que la Inteligencia Inhumana no llegará al nivel que permita pasar a una “Era Posthumana”, pero ayudará a la humanidad. Da por hecho que no será posible que una máquina alcance los niveles cognitivos y de inteligencia humana, ya que el conocimiento real que existe actualmente sobre el cerebro humano no lo permite³⁸. Los que opinan lo contrario, según su opinión, son personas que están formadas en otro campo de investigación científica muy distinto al de la Inteligencia Inhumana y les falta conocimiento de los progresos reales³⁹. Boden añade un nuevo matiz, que nos parece interesante y discutible⁴⁰, los robots no van a superar al humano porque no saben que pueden hacerlo y por lo tanto tampoco pueden quererlo. Es un hecho que los ordenadores no están comprometidos con los proyectos en los que trabajan, no se emocionan y como consecuencia de ello, no tienen la necesidad de asumir el control, ni el poder, porque no sienten ese deseo ni saben lo que significa⁴¹.

4. CLASIFICACIÓN DE LA INTELIGENCIA INHUMANA

Hay que hacer un análisis del desarrollo de la Inteligencia Inhumana para comprender la rapidez con la que se han sucedido los diferentes hitos en los últimos 25 años.

³⁸ M. BODEN, *Inteligencia Artificial*, Turner Noema, traducción de Inmaculada Pérez Parra, *AI. Its Nature and Future*, Madrid, 2017, pp. 122-123.

³⁹ Afirmaciones que realiza en una entrevista que le hicieron en España: <http://lab.el-mundo.es/inteligencia-artificial/margaret-boden.html>, 2018 (6 de julio 2019).

Considera que las palabras tanto de Nick Bostrom como de Stephen Hawking sirven para infundir temor a lo desconocido. En el caso de Hawking, valora los grandes méritos del científico en el campo de la física, pero resta credibilidad a sus conocimientos en el campo de la IA.

⁴⁰ Se analizará más tarde en el apartado 5, pág. Referencia 54.

⁴¹ Palabras utilizadas en el discurso que abrió en la sexta edición del encuentro Thinking Party en el Espacio Fundación Telefónica que se celebró en Madrid a finales del 2018 sobre la Inteligencia Artificial.

En febrero de 1996, se jugó en Pensilvania el primer encuentro de ajedrez entre un ordenador de la empresa IBM conocido con el sobrenombre de *Deep Blue* contra, nada menos que, el campeón del mundo de ajedrez Kasparov. En esa primera ocasión, el ruso Kasparov salió victorioso al ganar tres partidas, empatar dos y perder una. Sin embargo, el 11 de mayo de 1997, en Nueva York, se produce el acontecimiento más relevante y sobrecogedor, al mismo tiempo, de la historia del ajedrez. Ese día *Deep Blue* venció a Kasparov.

Se requirió poco más de un año para mejorar la tecnología y vencer al campeón del mundo de ajedrez. Kasparov llegó a dudar, en aquel momento, de que la máquina realmente lo hubiera vencido y creyó que había sido un humano, dando una orden directa e inesperada en una determinada jugada al ordenador, lo que había provocado su derrota. De cualquier manera, el resultado era lo de menos.

Lo realmente relevante fue tener la certeza de que una máquina podía pensar, recalcular y ejecutar correctamente más rápido que un humano. *Deep Blue* no requirió, como Kasparov, de años de entrenamiento, aprendizaje, tácticas y experiencia para conseguir un resultado similar al campeón mundial de ajedrez. Por lo tanto, se evidenció que la velocidad para analizar datos y tomar decisiones una vez que los algoritmos correctos se han instalado dentro del ordenador ya son inalcanzables para el cerebro humano. Desde entonces hasta ahora la Inteligencia Inhumana no ha hecho más que alcanzar nuevos hitos.

Existe un amplio consenso en la comunidad científica al considerar que podemos clasificar la Inteligencia Inhumana en cuatro tipos concretos de Inteligencia bien diferenciados. La importancia de conocerlos radica en entender en qué momento se encuentra nuestra sociedad y hacia donde se están dirigiendo los avances tecnológicos.

Siguiendo el criterio de Hintze⁴², *Deep Blue* estaría en el primer escenario, es decir, lo que se ha denominado “Máquinas reactivas” o de “inteligencia estrecha”, conocida como ANI⁴³, por sus siglas inglesas. *Deep Blue* lo sabe todo sobre el ajedrez, pero no sabe nada de otras cosas. Podrá identificar

⁴² HINTZE es profesor en la universidad de Michigan de Biología Integrada y Ciencias de la Computación. Pretende crear un robot que pueda aprender por sí mismo, sin necesidad de que el humano esté constantemente aportándole información y algoritmos. Para lograrlo requiere que el robot sea capaz de seguir el mismo proceso de aprendizaje que una persona. Es evidente que no se nace con la experiencia, formación y educación que tenemos actualmente. Toda se debe a un aprendizaje que pretende descifrar y replicar.

⁴³ Artificial narrow intelligence (ANI). Se entrena para hacer una faena muy concreta. Normalmente se usan redes neuronales, que se ajustan a sí mismas para poder realizar estas

cada una de sus piezas de ajedrez y hacer valoraciones sobre los mejores movimientos y elegir la mejor de todas las opciones buscando un resultado concreto en tiempo real, pero no sabe cómo resolver un problema matemático o traducir al inglés cualquier frase que se le proponga. De ahí la denominación de inteligencia estrecha.

En el segundo escenario, nos encontramos con los robots de “memoria limitada”, estos robots pueden mirar hacia el pasado. Los robots dotados con esta inteligencia sí son capaces de aprender, pasando al nivel de *machine learning*.

Para comprender en qué consisten esta inteligencia, podemos pensar en los coches autónomos como los TESLA. Estos automóviles miden la velocidad y la dirección de los vehículos que circulan cerca de su alcance. Estas observaciones se mezclan con los algoritmos de las reprogramaciones instaladas, con las señales de tráfico, con las experiencias del automóvil tales como cuándo decide y en qué momento cambiar de carril para evitar una colisión o para adelantar a otro vehículo y todo lo hace en tiempo real.

En tercer lugar, nos encontramos con Inteligencias más avanzada. Algunos la han denominado teoría de la mente, otros calibre 2 o Inteligencia general artificial AGI⁴⁴, por sus siglas en inglés, también llamada IA fuerte o IA de nivel humano. Este tipo de Inteligencia Inhumana pretende alcanzar la inteligencia humana, es decir, ser capaz de desarrollar un robot que pueda realizar cualquier tarea intelectual que realiza un humano. Como ya se ha comentado, según Margaret Boden, el mayor obstáculo tecnológico para llegar a la AGI es que, a pesar de los avances significativos, aún no se sabe interpretar y replicar el comportamiento del cerebro humano y, por lo tanto, se está muy lejos de crear una inteligencia como la del *Homo sapiens*, con el mismo nivel del lenguaje, sensibilidad, creatividad, imaginación, consciencia, etc.⁴⁵.

Las AGIs deberían ser capaces de razonar, planear, resolver problemas, pensar de manera abstracta, comprender ideas complejas, aprender rápidamente y aprender de la experiencia⁴⁶ si se pretende cumplir con la definición

tareas de la forma más eficiente. La mayoría de las ANIs ya no tienen rivales humanos en los campos en las que se han programado.

⁴⁴ Artificial General Intelligence (AGI). La inteligencia general es equiparable a la inteligencia humana. Cuando se llegue a este nivel se habrá creado una inteligencia artificial completa. En este nivel, la inteligencia es capaz de crear y modificar ANIs para adaptarse a su entorno o mejorarse a sí misma.

⁴⁵ M. BODEN, *Inteligencia Artificial*, cit. pp. 122-124.

⁴⁶ Para cumplir con la definición que dio de inteligencia Linda Gottfredson. Véase nota 7.

de inteligencia dada previamente. Y aún no hemos llegado a este nivel de Inteligencia Inhumana.

Si algún día se alcanza, y parece que tampoco podríamos afirmar ni negar esta posibilidad, implicará que tanto las personas, los robots o los objetos podrán tener pensamientos y emociones que, evidentemente, afectarán a su propio comportamiento y, por lo tanto, deberían estar dotados también de obligaciones y derechos que los protejan⁴⁷.

El último escenario de desarrollo de Inteligencia que hemos denominado Inhumana estaría formado por máquinas que tengan “autoconciencia”. Nick Bostrom ha denominado a este cuarto nivel “superinteligencia artificial”⁴⁸, ASI por sus siglas en inglés, nosotros consideramos que debería llamarse “superinteligencia inhumana”. De esta forma los robots, con esta Inteligencia, contarían con los algoritmos desarrollados por los investigadores de diferentes ramas del saber que ya habrían sido capaces de comprender la conciencia humana y replicarla. Si AGI aún está en proyecto, este cuarto nivel, hoy en día, parece imposible que se pueda alcanzar, pero no es menos cierto que se están haciendo grandes esfuerzos para comprender los mecanismos de la memoria, el aprendizaje en general y la capacidad de basar las decisiones en experiencias pasadas que van dirigidos a entender la inteligencia humana.

Si la Inteligencia Inhumana llegara a alcanzar este nivel sería “mucho más inteligente que los mejores cerebros humanos en prácticamente todos los campos, incluida la creatividad científica, la sabiduría general y las habi-

⁴⁷ Léase:

- A. CELOTTO, “Derechos de los robots”, *Derechos en Acción*, vol. 11 núm. 11, 2019, pp. 271-271.

- G. LARIGUET, “Humano, demasiado humano: ¿Podrían tener derechos morales (algunos) robots? Un análisis filosófico a partir de dos cuentos de Isaac Asimov”. *Principia Iuris*, vol. 15 núm. 28, 2017, pp. 116-135.

- J.B. NAVARRO, La tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, (208), 2018, pp. 55-92.

⁴⁸ Artificial Super Intelligence (ASI). Este es el escenario que se produciría si AGI llegara a su máximo desarrollo con capacidad para crear ANIs en su interior. De esta manera se vuelve más capaz y rápida. En este nivel de desarrollo la evolución sería exponencial, llegando así a las ASI. Y desde ese momento la inteligencia tendrá unos valores que no serán entendibles para los humanos. La ASI podría alcanzar más inteligencia que el colectivo de la humanidad en un par de semanas tras su aparición. Llegados a ese punto no habría nada que la humanidad pudiera hacer para detener su progreso. Lo cual puede ser aterrador o, todo lo contrario, una esperanza para poder resolver los problemas que hasta ahora no se han podido resolver por las limitaciones de los humanos, según cómo se vea.

lidades sociales”⁴⁹. Dicho de otra manera, podríamos estar hablando de una computadora que pudiera ser un poco más inteligente que los humanos al principio y en pocas horas billones de veces más inteligente que cualquier ser humano.

Llegados hasta aquí, es lógico que se puedan plantear varios escenarios, por un lado, el negativo, es decir, creer que es posible que los humanos puedan, perfectamente, desaparecer y por lo tanto desear que se pare todo desarrollo tecnológico por precaución. O el positivo, estar convencidos de que los humanos no desaparecerán, precisamente porque las nuevas tecnologías darán una nueva oportunidad a la raza humana, permitiendo, incluso, llegar a ser inmortales gracias a dichos avances.

5. PRESENTE Y FUTURO DEL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA INHUMANA

Repasar los acontecimientos recientes permitirá observar la evolución desde la ANI hasta la Inteligencia de memoria limitada y las consecuencias que en la vida humana están teniendo. De esta manera, podremos valorar si realmente es bueno o no para la raza humana contar con este tipo de robots y en qué campos se deberían potenciar y en cuáles frenar su desarrollo si fuese necesario.

En el 2014 IBM presentó el ordenador *Watson*, con aprendizaje automático denominado computación cognitiva⁵⁰, que permite automatizar el ciclo de vida de la Inteligencia Inhumana. Ya se utiliza en el mundo sanitario, en despachos de abogados, grandes empresas, en la educación y hasta en el mundo de la restauración con el *Chef Watson*. Cuenta con clientes en 45 países.

Por su parte, Google adquirió la empresa informática *DeepMind*⁵¹, que diseñó el programa informático AlphaGo que consiguió vencer al campeón de Europa y un año más tarde, en el 2016, al campeón del mundo de un mile-

⁴⁹ N. BOSTROM, *Superinteligencia: caminos, peligros, estrategias*, Teell, Madrid, 2016, pp. 25-38.

⁵⁰ La computación cognitiva es un tipo de inteligencia inhumana que utiliza una tecnología que permite a las máquinas desarrollar procesos parecidos a los del pensamiento humano. Con esta tecnología se pretende simular los procesos mentales que un ser humano tiene para adquirir un determinado pensamiento. Para ello la IA requiere de sistemas de autoaprendizaje para ser capaces de resolver problemas sin necesidad de asistencia humana.

⁵¹ <https://deepmind.com/about>

nario juego de origen oriental llamado *Go*, muy popular en Asia, ya conocido en la época de Confucio.

Para comprender el avance de este hito hay que diferenciarlo del ajedrez. En una partida de ajedrez, lo normal es que en cada turno se puedan realizar 37 movimientos de media, pero en *Go*, se pueden realizar hasta 250 posibilidades de media. La clave del éxito de este programa informático ha sido la capacidad de aprender por sí mismo de una manera similar a la humana, mejorando en cada movimiento su aprendizaje⁵². En estos momentos el programa es capaz de ganar al campeón del mundo humano de cualquier juego que se programe.

Evidentemente la Inteligencia Inhumana ha evolucionado con respecto a *Deep Blue* de IBM de 1997 que, como ya se ha mencionado, venció al campeón del mundo de ajedrez. En aquel momento, *Deep Blue* utilizaba distintas redes para evaluar las posiciones en el tablero y seleccionar movimientos que los humanos habían utilizado en partidas anteriores y que se habían introducido en los algoritmos del *Deep Blue*. En julio del 2019 el campeón del mundo de ajedrez, el noruego Magnus Carlsen, reconoció que su héroe e inspiración es *AlphaZero*, nada menos que el motor de inteligencia artificial creado por *DeepMind* para jugar al ajedrez. *AlphaZero* en su presentación en sociedad, en diciembre de 2017, ya captó la atención del mundo del ajedrez al arrasar al programa de ajedrez mejor del momento, *Stockfish*, con el que se preparaba la élite de ajedrecistas.

Magnus Carlsen reconoce que nunca ha jugado como lo está haciendo ahora y que estos cambios se los debe al programa *AlphaZero*, que le ha permitido mejorar y cambiar su estilo de juego al coger ideas prestadas de las partidas del sistema de inteligencia programada. Es decir, se ha invertido el sistema. *Deep Blue*, Inteligencia Inhumana en los años 1996-1997, copia el comportamiento humano y sólo la rapidez en el análisis del juego y en la ejecución le permite vencer y superar al humano. Con *AlphaZero* es el humano quien está copiando las ideas de la máquina, permitiéndole mejorar su juego. Aunque el campeón del mundo no podrá vencer a la máquina, sí se produce un cambio radical en su forma de analizar las jugadas al valorar los nuevos movimientos y estrategias que la máquina ha realizado con éxito. La tecnología, en este caso, ha permitido multiplicar las habilidades humanas.

⁵² G. KASPAROV, *Deep Thinking: Where Machine Intelligence Ends and Human Creativity Begins*, PublicAffairs, Perseus Books, New York, 2017.

AlphaZero es Inteligencia Inhumana que parece tener intuición. Una máquina que se guía por su instinto y que aprende a jugar por su cuenta. Sólo se introdujo un algoritmo con un input: las reglas del juego. Es decir, en qué consistía ganar y los posibles movimientos de cada pieza sin dar ninguna otra instrucción. No se le explicó la importancia o valor teórico de cada una de las piezas tampoco se le indicó ninguna estrategia para comenzar o al finalizar la partida. La máquina sólo requirió saber las reglas del juego sin ningún otro matiz, ni táctica, ni supervisión, ni advertencias. El resultado está ahí, *AlphaZero* adquirió un nivel de juego en un solo día al enfrentarse a sí mismo 44 millones de partidas, más de mil por segundo. Algo totalmente inalcanzable para ningún humano.

La característica fundamental que lo diferencia de otros sistemas de aprendizaje profundo es que no requiere de supervisión humana, pudiendo, en solo unas horas, alcanzar un nivel de entendimiento del juego superior al del mejor de los humanos en ese mismo juego. No sólo es superior por su capacidad de manejar millones de cálculos por segundo y analizar todos los patrones de desarrollo estratégico posibles, tal y como lo hizo *Deep Blue* en 1997, sino que también ha conseguido desarrollar características que se creían exclusivas de las personas, como el talento, la creatividad o la intuición.

Es evidente que el robot no es consciente de tener estas cualidades hasta ahora propias de los humanos. La máquina sólo ha hecho lo que se le ha dicho que haga, que juegue y trate de ganar siguiendo unas normas. De ahí que sorprenda el cómo ha aplicado las normas del juego del ajedrez a su manera, sin seguir comportamientos humanos previos. No se le ha explicado lo que es la creatividad, ni la intuición, ni el talento, por lo tanto, no lo ha aprendido y tampoco pretendido y, sin embargo, a la vista de los humanos, lo ha logrado. Esto contradice la opinión de Margaret Boden cuando afirma que los robots no van a superar a los humanos porque no saben que lo pueden hacer y, por tanto, tampoco lo van a querer⁵³. Es evidente que la máquina no necesita querer hacerlo para conseguirlo, simplemente llegan al resultado sin más, como un efecto colateral del objetivo real que se había desarrollado en los algoritmos planteados. El ejemplo más claro lo tenemos en *AlphaZero* y la creatividad, entre otras habilidades, que ha demostrado tener jugando al ajedrez. Por lo tanto, sí podría ser posible que las máquinas, sin querer tener la intención, puedan superar a los humanos si cuentan con los algoritmos que lo permitan. La Inteligencia Inhumana no requiere tener deseos de su-

⁵³ Véase el último párrafo del apartado 3 de este artículo. Referencia 41.

peración, ni siquiera tener el objetivo de suplantar a la especie humana para poder lograrlo, así, sin más.

Pero volvamos a centrar nuestro análisis en lo que podría hacer *AlphaZero* si en vez de dedicarse a juegos como el *go*, el ajedrez o el *shogi*⁵⁴ se dedicase a analizar historias clínicas y a proponer tratamientos e intervenciones sabiendo que el objetivo es salvar o mejorar la calidad de vida del humano. Los resultados, es este caso, también podrían llegar a ser innovadores, sorprendentes y con casi toda probabilidad, plantearían tratamientos que hasta ahora no se le habría ocurrido a ningún doctor/a, o de habersele ocurrido, lo hubiera descartado, en la mayoría de los casos, por miedo a que saliera mal y se considerase que su atrevimiento pudiera haber causado un perjuicio al paciente. Si realmente *AlphaZero* se programase, como se ha hecho con Watson, para el campo de la medicina, se abrirían nuevas vías de investigación inimaginables y con mejores pronósticos para todos.

La calidad de vida de los humanos mejoraría considerablemente al poder apoyarse en la Inteligencia Inhumana y complementarla con la capacidad de cruzar los conocimientos de diferentes áreas de conocimiento, calidad reservada, aún, para humanos.

El futuro en la medicina es realmente prometedor⁵⁵, en todos los sentidos, si se cuenta con el apoyo de la Inteligencia Inhumana. A modo de ejemplo, ya se utilizan sistemas inteligentes terapéuticos para detectar emociones en niños autistas⁵⁶ que permiten interactuar con ellos. Se fabrican prótesis que se conectan al nervio óptico o al auditivo y corrigen determinados tipos de cegueras y sorderas⁵⁷.

Más cercano en el tiempo, el brote de la COVID-19, que tuvo su origen en diciembre del 2019 en Wuhan, China, declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo y que, en pocos meses, se ha extendido rápidamente azotando a todo el planeta, ha permitido que, con el apoyo de la Inteligencia Inhumana, se descubriera el genoma⁵⁸

⁵⁴ Considerado popularmente como el ajedrez japonés.

⁵⁵ <https://www.agenciasinc.es/Noticias/Inteligencia-artificial-y-realidad-virtual-para-la-deteccion-precoz-del-autismo>

⁵⁶ Designing a Socially Assistive Robot for Long-Term In-Home Use for Children with Autism Spectrum Disorders. <https://arxiv.org/pdf/2001.09981.pdf>

⁵⁷ https://retina.elpais.com/retina/2018/11/29/tendencias/1543495153_654402.html

⁵⁸ R. LU, X. ZHAO, J. LI, P. NIU, B. YANG, H. WU & Y. BI, "Genomic characterisation and epidemiology of 2019 novel coronavirus: implications for virus origins and receptor binding", *The Lancet*, vol. 395 núm.10224, 2020, pp. 565-574.

en un tiempo *record*. La comunidad científica está trabajando colaborativamente⁵⁹, como nunca lo había hecho, compartiendo datos e investigaciones realizadas para lograr una vacuna que pueda frenar los resultados tan desastrosos que está teniendo en la salud mundial⁶⁰. La mayoría de los trabajos científicos se publican en abierto y en pocos meses se han logrado resultados sorprendentes. Sin embargo, este duro golpe hace que se replantee, una vez más, el estilo de vida de los humanos⁶¹.

Se está a la espera de lograr una vacuna que pueda ser efectiva para este virus letal. Con toda probabilidad se conseguirá mucho más rápido de lo previsible gracias a los desarrollos de la nanotecnología, la biotecnología, la informática y la Inteligencia Inhumana. Tal y como ya se ha planteado con anterioridad, es deseable que el desarrollo tecnológico permita una sociedad que se centre en los humanos, tratando alcanzar una “Era plenamente humana”.

Después de esta pandemia provocada por la COVID-19, esta opción parece más cercana. Nada será igual una vez que se pueda dar por superada esta crisis mundial sanitaria. Ni el estilo de vida, ni la forma de trabajar, ni la forma de enseñar ni la de aprender. Estamos convencidos que la necesidad actual provocará un desarrollo intelectual muy superior al de los siglos pasados gracias, en parte, al incremento de la capacidad investigadora, al trabajo colaborativo y al apoyo de la Inteligencia Inhumana, que provocará que la innovación y la creatividad humana se aceleren junto con los desarrollos tecnológicos. Es un momento extraordinario, como suele ocurrir en todas las crisis, para que la sociedad pueda salir reforzada de esta situación, al necesitar obligatoriamente que plantearse otras opciones de convivencia y supervivencia para casos similares que pudieran sobrevenir.

La sociedad podría encaminarse hacia un modo de vida mejor, desconocido aún para la humanidad, donde el centro no será la mejora productiva de los países medida a través de su Producto Interior Bruto, sino la mejora del bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos en cada Estado, tal y como ya plantean el Banco Mundial y algunos gobiernos como el francés⁶². Es de-

⁵⁹ <https://horizon-magazine.eu/article/covid-19-how-unprecedented-data-sharing-has-led-faster-ever-outbreak-research.html>

⁶⁰ P. RICHARDSON, I. GRIFFIN, C. TUCKER, D. SMITH, O. OECHSLE, A. PHELAN, & STEBBLING, J. “Baricitinib as potential treatment for 2019-nCoV acute respiratory disease”, *The Lancet*, vol. 395 núm. 10223, 2020, pp. e30-e31.

⁶¹ R.L. PEREZ BRITO, La “evolución acelerada infosociotecnológica”..., cit., p. 104.

⁶² <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2014/08/19/banco-mundial-propicio-intercambio-para-medir-la-felicidad> página 4.

cir, estamos más cerca del fin de la “Era contemporánea” y el comienzo de la “Era plenamente humana”.

6. LA INTELIGENCIA INHUMANA Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya se ha podido comprobar, la Inteligencia Inhumana es positiva en muchos aspectos para el desarrollo y el bienestar de los humanos, pero, al mismo tiempo, cuenta con aspectos ambiguos e incluso negativos. Es este mundo tan cambiante, la necesidad de legislar y controlar el desarrollo de los avances tecnológicos para que se respeten, en todo momento, los Derechos Humanos (DDHH)⁶³ es un debate de actualidad, en los que algunos quieren poner freno y otros todo lo contrario. De cualquier manera, hay que ser conscientes de que los Estados, hasta ahora, no han sido capaces de legislar a la misma velocidad a la que ha evolucionado la sociedad. Parece lógico pensar que mucho menos lo será ahora, teniendo en cuenta velocidad exponencial de los avances tecnológicos⁶⁴.

Recordemos que los DDHH han sido considerados por algunos autores como el conjunto de facultades que, en cada momento histórico, se concretan y son reconocidos por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁶⁵. Para Antonio Pérez Luño, esta definición se sustenta en tres pilares el *iusnaturalismo* en su fundamento, el *historicismo* en su forma y el *axiologismo* en su contenido⁶⁶.

Sin profundizar en los contenidos, porque no es el objeto de este artículo, pero basándonos precisamente en dichos pilares, es por lo que de la misma manera que el carácter historicista ha permitido comprender que, dependiendo del contexto histórico, se ha llegado, a partir del examen de la reali-

- Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social, p. 14. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2015/derecho/pobreza_multidimensional/bibliografia/Biblio_adic5.pdf

- Sarkozy pide que el PIB mida la felicidad: https://elpais.com/diario/2009/09/15/economia/1252965601_850215.html

⁶³ A partir de este momento los Derechos Humanos se nombrarán por sus siglas DDHH.

⁶⁴ E. MONTERROSSO CASADO, *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidad y aseguramiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.19.

⁶⁵ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 10^o edición, Madrid, 2010, pp. 50 y 567.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 569.

dad social y de la lógica del sentido común⁶⁷, a una evolución de los DDHH que se conocen como derechos de primera, segunda y tercera generación. Siguiendo este mismo planteamiento, del análisis de la realidad actual y del desarrollo tecnológico de la Inteligencia Inhumana y de la robótica se puede sostener que es necesario un nuevo análisis de los instrumentos necesarios para defender los DDHH.

Cada revolución industrial ha provocado la necesidad de adecuar los DDHH a las circunstancias⁶⁸. Nos encontramos, históricamente hablando, en lo que se ha denominado la cuarta “evolución acelerada infosociotecnológica”⁶⁹, en la que la mejora de la productividad y el desarrollo económico mundial vendrá de la mano de la nanotecnología, la biotecnología, la informática y las ciencias cognitivas, no del factor del trabajo y del capital, como ha ocurrido desde la Primera Revolución Industrial hasta nuestros días.

Efectivamente, como es conocido, nuestra sociedad ha ido transformando su nivel de desarrollo científico y tecnológico en los últimos siglos desde la aparición de las máquinas de vapor, en la era del carbón, hasta la llegada de los ordenadores en 1960 comenzando así la tercera revolución tecnológica⁷⁰. Pero es a partir del 2012, con los desarrollos tecnológicos de la Inteligencia Inhumana y de la Robótica, cuando se da el paso a la cuarta “evolución acelerada infosociotecnológica” donde, entre otros cambios significativos, los ordenadores pueden aprender por sí mismos *machine learning*.

El internet de las cosas, la nube, los sistemas ciberfísicos, la robótica y la coordinación digital han marcado un antes y un después de nuestra humanidad. Laurent Alexandre⁷¹ explica este proceso como el paso de la prehistoria

⁶⁷ Ibidem, p. 577.

⁶⁸ Ibidem, p. 605.

⁶⁹ R.L. PEREZ BRITO, La “evolución acelerada infosociotecnológica”..., cit., p. 85.

Este término pretende reflejar que, en el momento actual, se engloban cambios no solo relacionados con la producción industrial sino también en el tecnológico, en la gestión de la información, en la gestión del conocimiento y todo ello modificará la estructura actual de la sociedad.

- En la misma línea E. MONTERROSSO CASADO & J.A. BADILLO ARIA, “Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos...: Responsabilidad Civil y aseguramiento obligatorio de los robots”, cit., p. 26.

⁷⁰ J. RIFKIN, *La tercera Revolución industrial. Cómo el poder lateral está transformando la energía y cambiando el mundo*, Paidós, Estado y Sociedad, 2011.

⁷¹ L. ALEXANDRE, *La guerre des intelligences. Comment l'Intelligence Artificielle va révolutionner l'éducation*, JC Lattès, 2017.

de la Inteligencia Inhumana⁷², donde los programas eran tradicionales, con algoritmos que requerían ser ajustados manualmente por las personas, a la historia de la Inteligencia Inhumana o *deep learning*, donde los algoritmos programados permiten a las máquinas aprender por sí solas. A la Inteligencia Inhumana ya no se la programa, sino que se la educa, hasta que sea capaz de cruzar datos de campos diversos y en ese momento, todo nuestro mundo, tal y como lo conocemos puede cambiar.

No es de extrañar que, cierto sector del transhumanismo tecnológico, cómodo con el nivel de desarrollo actual y confiado en el potencial que puede llegar a alcanzar, haya puesto en tela de juicio la necesidad de contar con DDHH, considerándolos una postura humanista conservadora caduca y antropocéntrica totalmente innecesaria para el futuro que le espera al ser humano⁷³, que quedará integrado a una máquina superinteligente que no necesitará de protección de sus DDHH. Autores como Raymonnd Kurzweil⁷⁴ cree que las máquinas inteligentes permitirán un concepto de humanidad totalmente distinto al actual. Pero para este autor es una buena noticia, al considerar que es la solución para que la humanidad no desaparezca, tal y como parece abocada irremediabilmente tras los últimos acontecimientos bien de cambio climático o incluso presentes y futuras pandemias muy agresivas. Por lo tanto, que se produzca una simbiosis entre una máquina y un humano no es considerado como una catástrofe evolutiva tecnológica del *Homo sapiens*, sino todo lo contrario. Se trata de una esperanza que permite al hombre liberarse de su fragilidad biológica. De ahí que la importancia de los DDHH, para los defensores de este posicionamiento, quede totalmente difuminada.

Con lo expuesto hasta aquí, es evidente que los avances tecnológicos esconden peligros silenciosos que afectan y afectarán, sin lugar a duda, a los humanos. Sin embargo, hay que tener claro que el desarrollo tecnológico puede poner en peligro a la propia especie humana, pero a la vez es fundamental y necesario potenciarlo.

Hay que buscar, por consiguiente, mecanismos de protección individualizada para salvaguardar la dignidad humana en el ciberespacio frente a las

⁷² Alexandre habla de Inteligencia Artificial, sin embargo, en este artículo, por las explicaciones ya dadas, consideramos más adecuado reconocerla como Inteligencia Inhumana.

⁷³ F. H. LLANO ALONSO, *Homo Excelsior. Los límites éticos-jurídicos del Transhumanismo*, cit., p.16.

⁷⁴ R. KURZWEIL, *How to Create a Mind. The Secret of Human Thought Revealed*, Penguin, New York, 2013.

nuevas tecnologías y el uso masivo de las TICs. Este nuevo contexto requiere de una legislación acorde a las circunstancias que no se habían dado con anterioridad. Nos encontramos en un escenario que sobrepasa las posibilidades de los Estados para poder garantizar los DDHH, es por ello por lo que se requiriere de la colaboración de otros Estados y de los organismos internacionales para poder hacer efectiva la protección del individuo ante nuevas situaciones con un alto potencial para afectar a los DDHH.

Tengamos en cuenta que los Estados no sólo tienen que proteger a sus ciudadanos de estas posibles interferencias, sino que también tendrán la necesidad de defenderse a sí mismos de esta amenaza global y por ello es necesario acuerdos supranacionales, más propio de la tercera generación de los DDHH, porque la globalización no entiende de fronteras estatales.

Y es que para lograr un verdadero equilibrio de justicia social en este nuevo mundo de la información y el conocimiento en el que vivimos, los DDHH no sólo deben proteger a las personas del desarrollo tecnológico, también deben asegurar que el individuo tenga acceso al desarrollo tecnológico sin limitaciones, es decir con libertad, en igualdad de condiciones y con una actitud solidaria para garantizar los mismos derechos que se han pretendido proteger en la primera, segunda y tercera generación de los DDHH, porque de no lograrlo las desigualdades que se llegarán a producir en nuestra sociedad serán aún mayores a las que existían en el siglo XVIII antes de la Primera Revolución Industrial.

El acceso a los desarrollos tecnológicos con libertad e igualdad es tan necesario como la educación obligatoria y gratuita para intentar alcanzar un equilibrio social.

Este nuevo enfoque, en el que se combina, una vez más, la protección particularizada de cada individuo (más acorde con los derechos de la primera generación) con la necesidad de una colaboración supranacional (propia de la tercera generación de los DDHH) para poder garantizar estos derechos individuales, hace pensar a algunos autores, en la necesidad de una cuarta generación⁷⁵ de los

⁷⁵ J. B. DONAS, "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica", *CTS+ I: Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e innovación*, vol. 1 núm. 3, 2003. J. B. DONAS, "La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales". *Revista TELOS*, 2010, pp. 80-89. E. VALDÉS, "Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación", *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, 2013, pp. 139-163. J. V. VILLALOBOS ANTÚNEZ, J.P. HERNÁNDEZ & M. PALMAR, "El Estatuto Bioético de los Derechos Humanos de Cuarta Generación", *Frónesis*, vol. 19 núm. 3, Venezuela, 2012.

derechos universales para adaptarnos a los nuevos tiempos. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no es conveniente ni necesario plantear una nueva generación de los DDHH, porque, de hacerlo, es más que probable que, de continuar la existencia humana, y esperemos que así sea, se podría llegar a largo plazo, en consecuencia, al infinito en las generaciones sucesivas de los DDHH, posibilidad aceptada por el profesor Antonio Pérez Luño:

“La concepción generacional de los derechos humanos implica, más bien, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada”⁷⁶”

Se debe aclarar que tampoco parece válida la opción de considerar que la tercera generación de los DDHH valdría en la situación actual, como algunos autores dan a entender⁷⁷, para encuadrar las necesidades reales existentes porque para ello sería necesario redefinir el significado que hasta ahora se le ha dado a esta generación de derechos de la solidaridad, que garantizan el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida⁷⁸, ya que estos derechos que se defienden son colectivos y no individuales. En estos momentos la protección individual en el ciberespacio, unida a la protección para asegurar el uso de la propia tecnología, tiene la necesidad de contar con una defensa ideológica individualista y personalizada.

Para desenredar este nudo hay que centrarse en lo que realmente es importante y analizar cuál es el derecho que ha dado sentido a todos los demás que han pretendido proteger cada una de las diferentes generaciones de los DDHH ya conocidos y que, en nuestro contexto histórico, es precisamente el que está en entredicho por los propios avances tecnológicos y el futuro que auguran los propios trashumanistas a la raza humana.

Parece evidente que ese derecho es, precisamente, el primero que recoge en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁹, la supervivencia de la especie humana, es decir, el derecho a la vida. Porque de no hacer nada,

⁷⁶ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 606.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 578 y 606.

“De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada contaminación de las libertades, ...en referencia a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”.

⁷⁸ J. B. DONAS, *“Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”*, cit., p. 3.

⁷⁹ <https://eacnur.org/blog/pacto-internacional-derechos-civiles-politicos/>

en última instancia, el peligro que se podría correr es, precisamente, la desaparición de la raza humana tal y como la conocemos.

Tratar de conseguir un verdadero equilibrio de justicia social en este nuevo mundo del conocimiento requiere de otros planteamientos distintos sobre los que hasta ahora han pivotado los conceptos de libertad, en el caso de los derechos humanos de primera generación; igualdad, en el de segunda generación y solidaridad en el de tercera generación. Del derecho a la vida no cabe duda de que deben depender todos los demás derechos mencionados. Plantear la complementariedad de los diferentes DDHH a la que hace referencia Antonio Pérez Luño⁸⁰, entre otros autores, no parece lógico. Si te falta la vida, es decir, sin esta *conditio sine qua non* no se puede dar ningún otro derecho por muy universal que sea ni por muy formalmente protegido que se encuentre dentro de cada ordenamiento jurídico.

El ejemplo que utiliza el profesor Narciso Martínez Morán para reflexionar sobre el derecho a la vida, a propósito de la huelga de hambre de un recluso del GRAPO⁸¹, resulta aclarador.

El derecho a la huelga de hambre provoca, como es lógico, un conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad y según algunos también entraría en conflicto con el derecho a la dignidad⁸². Si se considera prioritario el derecho a la libertad sobre el derecho a la vida se optaría por negar la alimentación forzosa y, por lo tanto, dejarlos morir. Concediendo, así, el derecho a la muerte, porque esa será la consecuencia lógica de los actos⁸³. Lo que plantea, en consecuencia, el profesor Martínez Morán es que, al tomar estas decisiones, no se jerarquiza sobre los diferentes derechos que entran en conflicto. De esta manera, si la decisión es dar preferencia al derecho de libertad lo que se consigue es priorizar sobre un derecho que deja de tener

⁸⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 606.

⁸¹ N. MARTÍNEZ MORÁN, "¿Derecho a la vida o derecho a la muerte? a propósito de la huelga de hambre" coordinado por: J. AYLLON, J. ESCALONA, M^a.E. GAYO, *Liber amicorum Antonio Fernandez-Galiano*, Facultad de derecho, UNED, Madrid, 1995, pp. 564-569.

⁸² Reflexiones similares están ahora de actualidad con la admisión a trámite en el Congreso de los Diputados en Madrid de la Proposición de Ley Orgánica para regular el derecho a la eutanasia. En este caso entraría en conflicto el derecho a la vida y el derecho a la vida digna y el derecho a la muerte por no poder tener una vida digna. Se considera que se tiene derecho a la vida y no una obligación de vivir de cualquier manera.

⁸³ M. ATIENZA, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 114.

Esta conclusión del profesor Manuel Atienza parece que acepta indirectamente el derecho a la eutanasia que no estaba recogido en nuestro ordenamiento jurídico y menos en los términos en los que se estaban produciendo los acontecimientos en España.

sentido si no estás vivo. Para qué se quiere tener el derecho a la libertad si estás muerto, para qué necesitas la igualdad si ya no existes. Comparto con el profesor Martínez Morán que ese acto de libertad, de no querer alimentarse, destruye el propio acto de libertad para siempre y se produce un contrasentido el aceptar un derecho que eliminará la posibilidad de poder volverlo a utilizar. Por lo tanto, parece lógico pensar que el derecho a la vida debería estar por encima de los demás derechos universales, sean o no protegidos por los diferentes ordenamientos jurídicos⁸⁴. Se ha utilizado este ejemplo de la huelga de hambre, pero bien valdría cualquier otro ejemplo en el que se cuestione el derecho a la libertad de elegir ser un *ciborg* o un *Homo Excelsior*, siendo consciente de que esta decisión privará en el futuro del control de tu propia vida al quedar a merced de una inteligencia superior a la humana que no permitirá, con toda probabilidad, volver a la situación inicial, es decir, a ser un humano.

En definitiva, los DDHH sí que deben estar jerarquizados, poniendo el derecho a la vida en un plano ontológico superior al resto de derechos universales y fundamentales, en su caso. De la misma manera que se le confiere a la Constitución de nuestro país un atributo de supra-legalidad, constituyéndose como ley de rango superior a la del resto de los textos legales⁸⁵, ningún derecho, sea cual fuere, puede estar por encima del derecho superior a la vida⁸⁶.

El derecho a la vida debe ser interpretado como el único derecho humano universal en un plano ontológico superior del que dependen el resto de los derechos. Este planteamiento cobra más sentido, si cabe, en el escenario que se presenta con el del desarrollo tecnológico que permite dudar de la supervivencia de la propia especie humana.

⁸⁴ Pero en este ejemplo, además, el derecho a la libertad se está utilizando, desde nuestro punto de vista, para realizar un fraude de ley. Se permite, en base a un derecho, un resultado que el ordenamiento prohíbe, ya que en España no estaba permitida la eutanasia y tampoco la pena de muerte para los delincuentes.

⁸⁵ I. ARA PINILLA, *Teoría del derecho*, Taller Ediciones JB, Madrid, 2005, p. 278.

⁸⁶ Para los que consideran que este planteamiento puede ir, también, en contra de la dignidad de las personas, insistiría en que sin vida tampoco se puede hablar de dignidad o indignidad. Muy distinto es que la dignidad no se pueda llegar a alcanzar con los medios tecnológicos y médicos que se cuentan disponibles en la sociedad por encontrarse en una situación aparentemente irreversible en el momento que se desee tener el derecho a la muerte. Los argumentos, en este caso, tendrían en cuenta otras matizaciones que no son objeto de este artículo de investigación.

7. LA AUDITORÍA NECESARIA DE LA INTELIGENCIA INHUMANA

Ante la supremacía que pueden llegar a tener los algoritmos, es necesario una legislación fuerte que impida que se produzcan sesgos y se exija transparencia en la toma de decisiones. Esta vigilancia y corrección no puede quedar al arbitrio de las empresas o de los programadores que crean los propios algoritmos. Cualquier Inteligencia Inhumana que afecte a los derechos individuales o se base en datos personales tiene que estar obligatoriamente auditada externamente y por empresas independientes con algoritmos escalables a la misma velocidad que los auditados. La transparencia es necesaria en la toma de decisiones automatizadas para tener una precisión en la predicción y disminuir la desconfianza existente en la Inteligencia Inhumana. Hay que invertir recursos para desarrollar métodos de control que sean escalables y que, a medida que la Inteligencia Inhumana sea más inteligente, los controles también evolucionen al mismo ritmo. Sólo con transparencia se podrá garantizar que los derechos de los humanos no se vulneren.

Un ejemplo claro del peligro individual que se sufre con el desarrollo tecnológico lo expone Cathy O'Neil⁸⁷ en una de sus investigaciones sobre la toma de decisiones algorítmicas. Ella insiste en el lado oscuro del *big data*. Según O'Neil los algoritmos que analizan el *big data* pueden llevar a decisiones que perjudiquen a los más débiles, incrementando la desigualdad, el racismo y además pone en peligro la democracia. O'Neil considera que los algoritmos son opacos, escalables y posiblemente injustos. Este no es un tema menor, todo lo contrario, la transparencia es necesaria en la toma de decisiones automatizadas, ya que el aprendizaje de la máquina y los algoritmos utilizados se podrían comparar con un cerebro que tiene millones de unidades computacionales y que procesan millones de datos, y estas redes terminan generando predicciones y toma de decisiones, en la mayoría de los casos, imposibles de comprobar o de auditar por el ser humano por la cantidad de datos que cada una de ellas contiene. Los resultados suelen ser opacos para el cerebro humano, ya que es imposible revisar cada uno de esos millones de unidades computacionales compartidas y procesadas y la vida humana, de momento, es limitada.

Si no se es capaz de detectar donde está el error o el sesgo introducido, supuestamente, de forma involuntaria por cualquier humano, difícil será po-

⁸⁷ C. O'NEIL, "Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy", *Journal of Information Privacy and Security*, vol. 13 núm. 3, 2017, pp. 157-159.

der corregir las desviaciones producidas y se perpetuarán las desigualdades. De ahí la importancia de que a los algoritmos se les haga una auditoría para comprobar que son correctos y que no incluyen sesgos discriminatorios que atenten contra los derechos de los humanos. Es evidente que a medida que el desarrollo tecnológico aumente también aumentará la complejidad, siendo cada vez más difícil o, incluso, imposible el control de los algoritmos por parte de los humanos. Parece sensato pensar que para encontrar los errores que se pudieran producir es necesario auditar los algoritmos. Y, en el futuro, se hará a través de otros algoritmos independientes.

En estos momentos se están desarrollando programas que permitan a la Inteligencia Inhumana ser explicable, un ejemplo lo tenemos en la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada de Defensa de los Estados Unidos (DARPA). Se pretende minimizar los posibles sesgos que pudieran albergar los algoritmos por la introducción de unas pautas incorrectas por parte de los humanos. El objetivo principal es que se pueda desarrollar Inteligencia Inhumana transparente manteniendo el alto nivel de rendimiento de aprendizaje que implica que exista una precisión en la predicción. Con ello los usuarios humanos estarán más cómodos al comprender el mecanismo utilizado y, por lo tanto, se podrá confiar más en los futuros socios inhumanos que se puedan tener en el futuro.

Con la misma preocupación, la Directora General de la Unesco, Audrey Azoulay⁸⁸, en la conferencia anual inaugural de la UNESCO, planteó que los principios éticos deben regir las normas jurídicas que la regulen para garantizar que la inteligencia artificial esté al servicio de las decisiones colectivas, basadas en valores humanistas.

“Las cuestiones planteadas por la inteligencia artificial no son tecnológicas. Se refiere a nuestra propia humanidad, planteando cuestiones científicas, políticas, filosóficas y éticas”.

Hay que aprovechar el estado actual de desarrollo de la tecnología para alinear los algoritmos con objetivos convenientes para los humanos, con fines productivos y dotarlos de valores humanos. Es necesario que las especificaciones técnicas y las muestras de los datos de entrenamiento utilizados,

⁸⁸ La 39ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO eligió a Audrey Azoulay como Directora General de la UNESCO. Inició su mandato, de cuatro años de duración, el 15 de noviembre de 2017.

<https://es.unesco.org/news/audrey-azoulay-nombrada-directora-general-unesco>

así como las fuentes de datos sean públicas. En este sentido ya se ha dado un primer paso con la Declaración de Toronto del 16 de mayo del 2018⁸⁹ así como los trabajos del grupo de alto nivel de los expertos independientes de la Comisión Europea⁹⁰ que pretende generar confianza en la Inteligencia Inhumana y que se llegue a un consenso para conseguir que los avances tecnológicos sean seguros y mantengan un comportamiento ético aceptado por todos.

Otro aspecto importante que no se debe pasar por alto y que requiere, también, de vigilancia es el que plantea Éric Sadin⁹¹ en su libro la “Silicolonización del mundo”. Según este autor, desde Silicon Valley y debido a su triunfo industrial sin precedentes en la historia de la humanidad se han producido movimientos geopolíticos. No en vano, empresas que dieron sus primeros pasos desde los garajes de las casas de California se han convertido en el centro de desarrollo del aparato militar y de la informática.

No se trata de Estados con la obligación moral de velar por valores como la dignidad, la libertad, la autonomía de la voluntad, la identidad, la igualdad, la democracia y el bien común, sino de empresas privadas, con intereses, claro está, privados, que se han hecho con el control mundial de la economía y del conocimiento. No es exagerada la comparación que ha utilizado Éric Sadin al decir que desde Silicon Valley se ha colonizado al mundo, y en esta metáfora, los misioneros que se están utilizando son las propias universidades, las industrias tecnológicas, los *think tanks*, mientras los políticos de los cinco continentes se sienten obnubilados por el desarrollo de Silicon Valley y pretenden replicar la idea en sus territorios bajo la fórmula de “ecosistemas digitales y de incubadoras de empresas start-up”.

Éric Sadin no está sólo en esta preocupación, Marcus Weldon⁹² también ha puesto el acento en los movimientos geopolíticos indiscutibles que

⁸⁹ The Toronto Declaration: Protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems

<https://www.accessnow.org/the-toronto-declaration-protecting-the-rights-to-equality-and-non-discrimination-in-machine-learning-systems/>

⁹⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_1893

⁹¹ E. SADIN, *La silicolonización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*, Caja Negra Editora, Buenos Aires 2018.

⁹² M. WELDON, es el presidente del Bell Labs y Director Corporativo de Tecnología NOKIA. Está considerado una de las personalidades más influyentes de la industria de la IA. Palabras sacadas de una entrevista que le hicieron en el Financial Times en abril 2019. También en: <https://www.fiercewireless.com/wireless/nokia-s-weldon-needs-10-years-or-more-to-invent-future>

está provocando el desarrollo tecnológico. No se trata solamente de ser conscientes de lo que pueden llegar a hacer o incluso llegar a ser los algoritmos que utilizan los *Machine Learning* o los avances de las nuevas capacidades de computación tanto a nivel de grandes sistemas como de pequeños sensores. También hay que entender y asimilar que las consecuencias del control de los avances tecnológicos están provocando movimientos geopolíticos indiscutibles. Sin lugar a duda, se ha desplazado el poder hacia los que cuentan con el conocimiento, el desarrollo tecnológico y el manejo de la *big data*.

Laurent Alexandre⁹³ da un paso más y analiza cómo el poder tecnológico se está desplazando desde California hacia la zona de Asia y el Pacífico. Este siglo ya está viviendo una competición por la inteligencia, es decir, las empresas tecnológicas buscan captar a los mejores coeficientes intelectuales humanos. Y esa competición se está produciendo, efectivamente, entre las empresas GAFAM (siglas que corresponden a Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft ubicadas en Silicon Valley) y su competidora en Asia, BATX (que equivale a las empresas Baidu, Alibaba, Tencent y Xiaomi). El poder tecnológico que comenzó en Estados Unidos y que ahora ya tiene rival en Asia, vendrá, incuestionablemente aparejado, en el corto y medio plazo, a un desplazamiento del poder político y económico.

En estos momentos, la crisis sanitaria mundial provocada por la pandemia causada por la COVID-19 ha permitido, una vez más, visibilizar la capacidad de reacción del Gobierno Chino ante una situación inédita, así como su capacidad industrial para convertirse en el proveedor oficial, en el primer cuatrimestre del 2020, del mundo entero del material clínico necesario para hacer frente al coronavirus.

Para garantizar un uso adecuado de los avances tecnológicos es necesario legislar con carácter universal y ser capaces de auditar los comportamientos de la Inteligencia Inhumana para garantizar la privacidad, el consentimiento⁹⁴ y la supervivencia de la especie humana.

⁹³ L. ALEXANDRE, *La guerre des intelligences. Comment l'Intelligence Artificielle va révolutionner l'éducation*, JC Lattès, 2017.

⁹⁴ R. DE ASIS ROIG, "Ethic and Robotics. A first approach", *The Age of Human Rights Journal*, núm 2, 2014, pp. 1-24, p. 19.

Es probable que Zygmunt Bauman⁹⁵ tenga razón cuando afirma que:

“Nos encontramos actualmente en un período de interregno: un estado en el que los viejos modos de vida aprendidos y heredados ya no sirven en la actual conditio humana, pero los nuevos modos de afrontar los retos y los nuevos modos de vida no se han inventado todavía”.

Ante la situación actual de confinamiento sufrido por la pandemia del COVID-19, la incertidumbre es aún mayor, parece evidente que, una vez superada esta situación, el mundo no volverá a ser como era, lo cual no quiere decir que tenga que ser necesariamente peor al que había antes de esta situación.

8. CONCLUSIÓN

La visión que existe sobre el desarrollo de la Inteligencia Inhumana, la robótica y las posibles consecuencias que sobre la humanidad tendrán, no es unánime. Algunos consideran que la supervivencia de la especie humana depende de estos desarrollos tecnológicos y, por tanto, nos encontramos ante el mayor acontecimiento de la historia de nuestra especie. Sin embargo, para otros es la gran amenaza que hay que controlar y, en algunos casos, incluso frenar, ya que temen que pueda acabar con los humanos.

La globalización es fruto del propio desarrollo tecnológico y por tanto no se pueda hablar de un hecho aislado que se pueda contener dentro de unas fronteras estatales, por ello, las posibles ventajas o riesgos que la expansión de la Inteligencia Inhumana y la robótica puedan ocasionar a la humanidad también serán globales. La decisión de hacia dónde se debe dirigir la evolución de la especie humana debe ser coordinada y universal.

Hay que trabajar en un proyecto internacional que permita conocer la situación actual y hacia dónde queremos que se dirija nuestra humanidad y actuar en consecuencia.

Aquí, el desarrollo tecnológico se ha unido al debate del desarrollo evolutivo del hombre. Se ha comprobado, a través del análisis genético de registros fósiles, que el hombre del neolítico era biológicamente igual que los actuales *Homo sapiens*. El motivo de la extinción de uno y la evolución del

⁹⁵ Z. BAUMAN, *¿Para qué sirve realmente un sociólogo?*, trad. A Capel Tatjer, Paidós, Barcelona, 2014, p.108.

otro vino motivado por los avances científicos y tecnológicos que se usaron en aquel momento histórico.

No es de extrañar, por tanto, que la evolución natural o darwinista del *Homo sapiens* parezca detenida e, incluso, en peligro de extinción. La paradoja del destino ha provocado que el desarrollo tecnológico haya puesto en peligro nuestro propio hábitat, provocando un cambio climático que puede acabar con la raza humana, entre otras especies, y, a la vez, que el propio desarrollo tecnológico pueda ser la única solución posible para evitar la desaparición de la especie.

El argumento de los trashumanistas es claro. Si la evolución de la especie a través de la “selección natural” se ha detenido, quizás puede haber una segunda oportunidad con la evolución de la especie a través de una “selección artificial”. Los que confían en esta opción pretenden replicar el modelo que observó Darwin de la naturaleza y ejecutarlo en un laboratorio gracias a la ingeniería genética. Los convencidos de que el desarrollo tecnológico salvará a la humanidad, parten de la base de que hay que ampliar las capacidades humanas a nivel individual y colectivo con el uso de los avances en tecnologías cognitivas, biomédicas, biotecnológicas, infotecnológicas y nanotecnológicas.

Nuestro punto de vista mantiene que el desarrollo tecnológico ha sido y será fundamental para mejorar las capacidades de los humanos, pero aún se está muy lejos de comprender la mente humana en su totalidad, aunque cierto es que se han hecho avances significativos. No parece viable el desarrollo inminente de la Inteligencia general artificial (AGI) y, por ende, tampoco se llegará a alcanzar la Superinteligencia artificial (ASI). Sin embargo, es necesario conseguir que los avances tecnológicos sean seguros y mantengan un comportamiento ético aceptado por todos. Los científicos que, desde una rama u otra del saber, investigan los desarrollos de la Inteligencia Inhumana no deberían obsesionarse con igualar o mejorar el cerebro humano.

La raza humana está en desventaja si no se cuenta con la legislación adecuada, con una base ética para que el desarrollo de los sistemas autónomos no se convierta en un peligro para la humanidad, debiendo, por ello, estar programados para defender la vida humana, en todo momento y circunstancia. El desarrollo de inteligencias con capacidad para mejorar la calidad de vida de los humanos debería justificar todos los esfuerzos científicos, pasados, presentes y futuros, siempre y cuando no se ponga en peligro la supervivencia humana. Pero es necesario un acuerdo supranacional para que

todos los Estados trabajen en la misma dirección. Los acuerdos a los que se lleguen sobre la legislación necesaria para garantizar un uso adecuado y correcto del desarrollo tecnológico, de la Inteligencia Inhumana y la robótica tienen que ser tan globales y universales como lo son las propias tecnologías, que no entienden de fronteras.

Es el momento de aprovechar el estado actual de desarrollo de la tecnología para alinear los algoritmos con objetivos convenientes para los humanos, con fines productivos y dotarlos de valores humanos. Es necesario que las especificaciones técnicas y las muestras de los datos de entrenamiento utilizados, así como las fuentes de datos sean públicas. En este sentido ya se ha dado un primer paso con la Declaración de Toronto del 16 de mayo del 2018 así como los trabajos del grupo de alto nivel de los expertos independientes de la Comisión Europea que pretende generar confianza en la Inteligencia Inhumana.

En este contexto histórico, esta vocación universal tiene gran relevancia ya que el poder real se ha desplazado desde los estados hacia las empresas privadas que controlan los desarrollos tecnológicos y la *big data*. De lo contrario la colonización que comenzó en Silicon Valley y a la que se ha apuntado también Asia, no habrá hecho más que empezar.

Ante todos estos cambios, presentes y futuros, optamos por una defensa del derecho a la vida como el único derecho universal en un plano ontológico superior del que dependen el resto de los derechos. La protección de los diferentes derechos universales en la actualidad se puede considerar que se encuentran en una situación híbrida entre la primera y la tercera generación de los DDHH, por un lado, se requiere una protección, otra vez, individual, propia de la primera generación, pero esta vez el posible agresor, no son los Estados, sino las empresas tecnológicas privadas con sus algoritmos tanto en el ciberespacio como en los robots que rodearán, cada vez más, a los humanos.

Dicho esto, parece sensato defender que “el derecho a la vida” posee un valor ontológico superior y, por tanto, en caso de conflicto, tiene que estar por encima de cualquier otro derecho y por supuesto de cualquier desarrollo tecnológico.

El derecho a la vida debe situarse en un plano ontológico superior al resto de los derechos universales. Jerarquizando, de esta manera, los derechos humanos y dejando de lado la complementariedad de los DDHH que hasta ahora se ha defendido. El derecho a la vida, como derecho humano univer-

sal, permite la defensa del individuo con una protección supraestatal frente a esta nueva amenaza, el desarrollo tecnológico, pero también a favor de ese mismo desarrollo tecnológico.

El futuro parece más prometedor que temible si se legisla con carácter universal para poder garantizar el correcto uso a favor de la humanidad del desarrollo tecnológico.

Una frase de Nikola Tesla, a principios del siglo XX, expresa con nitidez lo que deberíamos esperar de los desarrollos tecnológicos:

“La ciencia no es sino una perversión de sí misma, a menos que tenga como objetivo final el mejoramiento de la humanidad”.

La nanotecnología, la biotecnología, la informática y las ciencias cognitivas permitirán iniciar una nueva era, la de la plenitud humana; que pondrá el acento en el bienestar humano, diferenciándose de otras corrientes trans-humanistas que se encaminan hacia una era posthumana.

RAQUEL LUCÍA PÉREZ BRITO
Universidad de La Laguna
Cno. Hornera, s/n - Campus de Guajara,
38200, San Cristóbal De La Laguna
Sta Cruz De Tenerife
e-mail: rperezbr@ull.edu.es

LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL: “EL CONTROL DE LOS DATOS OS HARÁ LIBRES”

THE MODERN LIBERTY IN DIGITAL SOCIETY:
DATA POWER WILL SET YOU FREE

VANESA MORENTE PARRA
Universidad Pontificia Comillas ICADE

Fecha de recepción: 22-5-20

Fecha de aceptación: 14-7-20

Resumen: *La sociedad contemporánea ha traído consigo la inmaterialización de la vida, de tal manera que el ciudadano se digitaliza y aprende a transaccionar información en el espacio planetario de la red. Se abre ante nosotros un inagotable mundo de información y comunicación, sin embargo, su precio puede ser muy alto: nuestra libertad. El modelo teórico de la “libertad de los modernos”, formulado originalmente por Benjamin Constant, es utilizado aquí como criterio analítico de las dimensiones reales que presenta la libertad digital. ¿Es posible seguir hablando de la “libertad de los modernos” en la sociedad digital? ¿Es posible entender internet como una comunidad política susceptible de democratización? ¿Debemos transitar hacia otro modelo de libertad? A responder a estas y otras cuestiones dedicaremos el presente artículo.*

Abstract: *Contemporary society brings an immaterial life, in such a way that the citizen is digitized and learns to exchange information in a virtual network of planetary dimension. An inexhaustible world of information and communication opens up in front of us, however its price can be very high: our freedom. The theoretical model of “modern liberty” announced by Benjamin Constant, it’s used here like an analytical criteria of the digital liberty. Is modern liberty possible in digital society? Is it possible to understand the internet as a democratic society? Should we move towards another model of liberty? This article wants to answer these questions.*

Palabras clave: libertad, autodeterminación, datos y sociedad digital

Keywords: liberty, personal determination, data and digital society

1. DE “LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS” A LA “LIBERTAD NEGATIVA”: EL IDEAL EMANCIPATORIO DE LA LIBERTAD

Doscientos años después de que Benjamin Constant pronunciara su discurso en el Ateneo de París titulado “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”¹, parece pertinente analizar el modo, la intensidad y la extensión en los que se ejerce la “libertad de los modernos” en la sociedad digital². Cuando Benjamin Constant formula su alegato en favor de la “libertad de los modernos” en 1819, tiene una clara finalidad de reforzar el ideal revolucionario francés de la libertad individual, de la consagración universal de un acervo de libertades civiles estrechamente vinculadas con la idea de “individuo”, teniendo como contrapunto ideológico el nacionalismo que prima a la comunidad política frente al individuo³. Para Constant, la libertad que valoramos los modernos se concreta en el disfrute de nuestra individualidad y se garantiza a través de los “derechos subjetivos”, que establecen un coto privado donde nuestra soberanía no puede ser lesionada sin que sintamos mermada nuestra libertad⁴.

Con ello, Benjamin Constant procede a diseñar el boceto de lo que a partir de entonces se va a conocer por “libertad moderna”. Para ello, parte de la siguiente pregunta: ¿qué es lo que entiende hoy día un inglés, un francés, un habitante de los Estados Unidos por la palabra libertad? Para todos ellos, dirá Constant, es el derecho a no estar sometido más que a las leyes; el derecho de expresar su opinión; el derecho de elegir profesión y ejercerla; el derecho a disponer de su propiedad; a ir y venir sin pedir permiso; el derecho de reunión; el derecho de profesar cualquier religión o no profesarla; y, por

¹ Según Ángel Rivero la mejor edición de esta conferencia es la de Benjamin Constant, *OEuvres complètes* Serie I. XV. Brochures politiques (1819-1821), Berlín, de Gruyter Mouton, 2017.

² El concepto de “sociedad digital” es preferible al de “mundo digital”, ya que el concepto mundo nos remite a algo exterior que sugiere que nos ha sido dado; algo así como la naturaleza. Pero la sociedad digital se ha construido sobre la base de descubrimientos, técnicas, dispositivos y aparatos creados por el ser humano. T. DE LA QUADRA-SALCEDO y J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, RED.ES, Madrid, 2018, p. 22

³ En realidad, Benjamin Constant tiene un doble cometido al pronunciar su discurso en el Ateneo de París: por un lado, ayudar a combatir el incipiente nacionalismo que estaba emergiendo en algunos países europeos; y, por otro lado, contrarrestar la deriva ideológica, basada en la violencia y el terror, en el que había caído la política francesa postrevolucionaria al confundir, según Constant, la libertad de los modernos con la libertad de los antiguos.

⁴ Prólogo de Ángel Rivero a la obra de Benjamin Constant, *La libertad de los modernos*, Alianza, Madrid, 2019, p. 9

último, es el derecho a influir en la administración del gobierno⁵. Con ello, Constant colabora en la construcción de la libertad individual como contrapunto de lo que él define como la “libertad de los antiguos”, la cual consistía en ejercer colectivamente y de forma directa, distintas facetas de la soberanía como deliberar en la plaza pública sobre asuntos tales como la guerra y la paz; acordar alianzas con pueblos extranjeros; votar las leyes; emitir juicios; examinar cuentas públicas; fiscalizar las funciones de los magistrados; y, por último, procesar y condenar a los funcionarios ante todo el pueblo. Este tipo de libertad convivía naturalmente con una sujeción completa del individuo a la autoridad del conjunto, manifestada en la regulación de las costumbres y, por consiguiente, en la ordenación de la vida privada⁶. De este modo, entre los antiguos, el individuo era generalmente soberano en los asuntos públicos y un esclavo en todas las relaciones privadas⁷.

De todo ello no se deriva una concepción negativa o peyorativa de la libertad de los antiguos frente a la de los modernos, el único propósito de Constant es poner de manifiesto que el desarrollo y plenitud de la libertad, entendida como participación directa en los asuntos públicos, obedeció a las características sociales y culturales de una época concreta⁸. El individuo moderno, que se encuentra inmerso en comunidades políticas multitudinarias, no puede tener

⁵ B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *La libertad de los modernos*, Alianza Editorial, Madrid, 2019, p. 77.

⁶ Hannah Arendt afirma que lo que distinguía la convivencia humana en la polis de otras formas de convivencia humana era la libertad, lo que no significa que la política se entendiera como un medio para posibilitar la libertad humana, una vida libre. Arendt advierte que “ser libre y vivir en una polis eran en cierto sentido uno y lo mismo. Pero solo en cierto sentido; pues para poder vivir en una polis, el hombre ya debía ser libre en otro aspecto: como esclavo, no podría estar sometido a la coacción de ningún otro ni, como laborante, a la necesidad de ganarse el pan diario”. Por tanto, para Arendt lo político, en la antigua Grecia, se centra en la libertad, entendida esta en un sentido negativo como “no ser dominado”, y, positivamente, como “un espacio solo establecible por muchos”, en que cada cual se mueva entre iguales. H. ARENDT, *¿Qué es la política?* Paidós, Barcelona, 1997, pp. 69 y 70.

⁷ B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., p. 79. Hannah Arendt llega a afirmar que para los griegos antiguos la vida privada era “idiota”, ya que carece de la diversidad “del hablar sobre algo”. Solo en la libertad del conversar, dice Arendt, surge en su objetividad visible desde todos los puntos de vista el mundo del que se habla. La vida privada o doméstica, por tanto, era invisible para los antiguos griegos. H. ARENDT, *¿Qué es la política?*, cit., p. 79.

⁸ Constant destaca tres diferencias fundamentales entre la época clásica y la modernidad: 1. La extensión de los territorios (pequeñas ciudades-estado frente a Estados nación multitudinarios); 2. La abolición de la esclavitud que permitía gozar de tiempo libre a los ciudadanos libres; 3. El comercio, que no permite intervalos de inactividad en los que dedicarse

un impacto significativo sobre el conjunto, nada del entorno público deja constancia de su participación. El anhelo de los modernos es la seguridad en los goces privados, de la independencia individual, y llamamos libertad a las garantías que otorgan las instituciones para dicho disfrute⁹. Constant afirma que “la independencia individual es la primera de las necesidades modernas, por lo que jamás puede pedirse su sacrificio para el establecimiento de la libertad política”¹⁰. Sin embargo, esto no quiere decir que Constant esté renunciando a cualquier tipo de libertad política, entre otras cuestiones porque seguimos siendo titulares de derechos como el de consentir las leyes, deliberar sobre nuestros intereses y ser parte integrante del cuerpo social al que pertenecemos.

De hecho, según Constant, el peligro de la libertad moderna es que absorbidos en el disfrute de nuestra independencia privada, en nuestra individualidad y en la prosecución de nuestros intereses particulares, renunciemos con demasiada facilidad a nuestro derecho a participar en el poder político¹¹. De ahí que Constant finalice su discurso afirmando que, lejos de renunciar a ninguna de las dos especies de libertad, lo que hace falta es aprender a combinar una libertad con otra. La conclusión última, por tanto, es que el mejor modo de combinar ambas libertades es la forma de gobierno que nos proporciona la democracia representativa. Por ello, y como afirma Miguel Saralegui, nunca se consideró que tuviera sentido llamar a un hombre “libre” al margen de su vinculación con lo público, de ahí que hablemos necesariamente de la libertad política, aunque siempre atendiendo a sus modulaciones históricas¹².

a la vida pública y olvidar los intereses privados. B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., pp. 84 y 85.

⁹ B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., p. 89.

¹⁰ Idem, p. 95.

¹¹ Alexis de Tocqueville muestra un claro rechazo hacia el *individualismo* que lo entiende como “un sentimiento reflexivo y apacible, que dispone a cada ciudadano a aislarse de la masa de sus semejantes, y a situarse al margen, con su familia y sus amigos; de tal manera que, tras haberse creado así una pequeña sociedad para su uso, abandona con gusto la gran sociedad a sí misma.” “El individualismo es de origen democrático, y amenaza con desarrollarse a medida que las condiciones se igualan.” “Así, pues, no sólo la democracia hace olvidar a cada hombre sus antepasados, sino que le oculta sus descendientes y le separa de sus contemporáneos; le conduce sin cesar hacia él solo, y amenaza con encerrarle, en fin, por completo, en la soledad de su propio corazón.” A. TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Editorial ORBIS, Barcelona, 1985, pp. 186 y 188.

¹² M. SARALEGUI, “La libertad de los modernos y la libertad negativa. Diferencias y similitudes entre los discursos ‘liberal’ de Constant y Berlin”, *Thémata, Revista de Filosofía de la Universidad de Sevilla*, número 38, 2007, pp. 235-244, p. 237.

Cuatro décadas después de la publicación de Constant sobre la libertad de los antiguos y los modernos, aparece la gran obra sobre la libertad individual titulada “On liberty” de John Stuart Mill. Según Isaiah Berlin¹³, John Stuart Mill es, indudablemente, el máximo defensor de la libertad individual y el fundador del liberalismo moderno. En su ensayo sobre la libertad, Mill diseña el modelo de “libertad” de las democracias liberales actuales, una “libertad” entendida en sentido negativo, es decir, como la libertad del “laissez faire” y del “to be let alone”¹⁴. La finalidad de su obra es tratar de definir en qué consiste la libertad civil, a través de la descripción de la naturaleza y límites del poder que puede ser ejercido legítimamente por la sociedad sobre el individuo¹⁵. Influido por Jeremy Bentham, Mill relaciona el ejercicio de la libertad individual, el ejercicio del pleno desarrollo de la personalidad, con la felicidad, llegando a afirmar que la felicidad humana es una hazaña estrictamente individual. Este es uno de los ámbitos teórico en los que Mill acaba apartándose de su mentor –Bentham conecta el utilitarismo con una idea de felicidad colectiva, a través de la maximización del mayor número de personas–, para centrar sus energías teóricas en el desarrollo máximo de la libertad individual, o “libre desarrollo de la personalidad”.

En los escritos de Mill la felicidad supone la “realización de los propios deseos”, sean éstos los que sean¹⁶. La felicidad se encontraría, por tanto, en la posibilidad que tiene el individuo de desarrollar libremente sus planes o proyectos de vida, sin ninguna injerencia del poder público, ya sea para limitar dicha autorrealización o para imponer un modelo de corrección moral públicamente aceptado. El único objeto que autoriza a la comunidad política

¹³ Isaiah Berlin prologa la obra de Stuart Mill en 1969 para Oxford University Press.

¹⁴ Aquí la libertad se encuentra estrechamente relacionada con el concepto de “intimidad”. La primera definición que se otorga al derecho a la intimidad la proporciona el juez Thomas A. Cooley en 1873, entendiendo por tal el “derecho a ser dejado solo o en paz”. T. A. COOLEY, *A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independently of contact*, 4.^a ed., Vol. I Callaghan, Chicago, 1932, p. 34. No obstante, son dos abogados de Boston, Samuel Warren y Louis Brandeis, los que conviertan “el ser dejado en paz” en exigencia jurídica elevada a derecho constitucional. S. WARREN y L. BRANDEIS, “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 December, 1890, p. 195.

¹⁵ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, primera edición 1970, p. 57.

¹⁶ Berlin destaca en su Prólogo cómo Mill se aparta deliberadamente de las tesis utilitaristas de Bentham, cuyo eje central se sitúa en la búsqueda de la felicidad, hasta el punto de que Mill afirma que “la utilidad o la felicidad es algo demasiado complejo e indefinido en tanto fin para ser buscado fuera de la mediación de diferentes fines secundarios con respecto a los cuales puede suceder, y de hecho sucede muy a menudo, que coincidan muchas personas que difieren que difieren en cuanto al fin último”, cit., 19.

a perturbar la libertad de acción, o de elección, de cualquier de sus integrantes es la propia defensa, es decir, la única razón legal que justifica utilizar la fuerza contra uno de los miembros de una comunidad civilizada es la de impedir que se perjudique a otros; pero nunca buscar su propio bien, ya sea este físico o moral¹⁷.

Si la individualidad es la misma cosa que el desarrollo de la personalidad, y si únicamente el cultivo de la individualidad produce o puede producir seres humanos bien desarrollados¹⁸, entonces solo en el contexto de sociedades en las que se cultive la individualidad, la espontaneidad e incluso la excentricidad, puede el ser humano alcanzar la felicidad. Las sociedades tradicionales, en las que impera la costumbre, está mal vista la espontaneidad, se persigue al individuo que se sale de lo marcado por la tradición. Un pueblo deja de evolucionar cuando cesa de poseer individualidad y singularidad¹⁹. Si analizamos esta afirmación de Stuart Mill a través del prisma conceptual que utiliza Constant para clasificar la libertad, Mill estaría entendiendo que únicamente la libertad de los modernos permite al ser humano desarrollar plenamente su personalidad y, por consiguiente, ser feliz²⁰. Por tanto, el ideal emancipatorio de Mill se alcanzaría si el individuo pudiera lle-

¹⁷ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 68. Precisamente sobre la justificación del uso del Derecho como instrumento de persecución, castigo y disuasión de aquellas conductas privadas que puedan “perjudicar” o poner en riesgo la integridad de la moral pública comunitaria basa Patrick Devlin su obra *La imposición de la moral* publicada en 1965.

¹⁸ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., pp. 137 y 138.

¹⁹ Stanislaw Lem refleja magistralmente en uno de sus cuentos el fenómeno de la “homogeneización social” y, por consiguiente, el de la pérdida de la subjetividad y de la singularidad personal, a través de la vida de los habitantes de un planeta llamado Panta. Los habitantes de este planeta dicen haber descubierto “el más alto conocimiento de las fuentes de todos los sufrimientos, preocupaciones y desgracias que padecen los seres unidos en la sociedad. Dicha fuente estriba en el individuo, en su personalidad particular. La sociedad, la colectividad, es eterna y regida por unas leyes constantes e inamovibles, iguales a las que rigen el poderío de soles y estrellas. El individuo se caracteriza por inestabilidad, por falta de decisión, por lo accidental de sus acciones y, sobre todo, por su transitoriedad. Nosotros hemos suprimido totalmente el individualismo a favor de la sociedad. En nuestro planeta solo existe la colectividad: no hay en él individuos”. S. LEM, *Diarios de las estrellas*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 142-143.

²⁰ John Stuart Mill establece una relación necesaria entre el libre desarrollo de la individualidad y la felicidad. Afirma Mill que debemos dejar de entender el libre desarrollo de la personalidad como un elemento más de la civilización, la educación y la cultura, sino más bien como parte necesaria y condición indispensable para que se den todas esas cosas. De ese modo no existiría ningún peligro de que la libertad no fuera considerada en su justo valor y no habría que vencer grandes dificultades en trazar la línea de demarcación entre ella y el control social. J. S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 128.

gar a desarrollar plena y libremente su personalidad sin injerencias injustificadas o ilegítimas por parte de terceros²¹. En el epígrafe siguiente nos plantearemos si se dan estas condiciones ideales en la sociedad digital.

Cien años después de que John Stuart Mill publicara la obra de referencia sobre la libertad individual, Isaiah Berlin pronunció una conferencia titulada “Dos conceptos de libertad” al tomar posesión de su cátedra de Teoría Social y Política de la Universidad de Oxford en 1958. Es indudable que Berlin es deudor tanto de la obra de John Stuart Mill como de Benjamin Constant, hasta tal punto que la construcción teórica que inicia Constant sobre la libertad de los modernos encuentra de alguna manera una continuación en el concepto de “libertad negativa” formulado por Berlin²². Y al igual que Constant aprovechó su contexto histórico para consolidar el concepto de la libertad de los modernos frente a la libertad de los antiguos, como ya hemos tenido ocasión de analizar, Berlin hizo lo propio aprovechando la oportunidad que le ofrecía el contexto de la Guerra Fría para reforzar la idea de la libertad negativa frente a la libertad positiva. Isaiah Berlin, emigrante procedente de Letonia, Estado satélite de la antigua Unión Soviética, quiso utilizar la plataforma oxoniense para colaborar en el establecimiento del predominio del bloque ideológico norteamericano, basado en el ideal de la libertad negativa, frente al soviético, basado en el ideal de la libertad positiva como manifestación de la libertad colectiva. Esto le sirvió a Berlin para erigirse como uno de los liberales más cualificados en la contemporaneidad²³ y, como se-

²¹ Ya Thomas Hobbes definió la libertad como “la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatarse a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca, pero no pueden impedirle usar del poder que le queda, de acuerdo con lo que le dicten su juicio y razón”. Véase T. HOBBS, *Leviatán*, (Edición preparada por C. Moya y por A. Escotado), Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 228.

²² Miguel Saralegui reconoce que una gran parte de la bibliografía actual sostiene que el principal inspirador liberal de “Dos conceptos de libertad” es Benjamin Constant, hasta el punto de que hay autores, como Quentin Skinner, que sostienen que ambos autores mantienen un discurso esencialmente homogéneo. Sin embargo, Saralegui demuestra que hay diferencias significativas entre ambos autores. Véase M. SARALEGUI, “La libertad de los modernos y la libertad negativa. Diferencias y similitudes entre los discursos “liberal” de Constant y Berlin”, cit., p. 236.

²³ Debe tenerse en cuenta que el liberalismo de Berlin es un liberalismo escéptico y pluralista o, en palabras de John Gray, un liberalismo agonista frente al comunismo soviético. Berlin sostuvo siempre la tesis del pluralismo de valores que, a su vez, le llevó a sostener la tesis de la inconmensurabilidad de bienes y males y formas de vida contrarias. La naturaleza del ser humano no está fijada o acabada; es inherentemente incompleta y, por consiguiente, susceptible de transformación, a través de las elecciones que hacemos entre bienes y males

ñala Miguel Saralegui, uno de los pocos dueños del significado de la palabra libertad²⁴.

Berlin constituye el tercer vértice de la tríada de autores que forman lo que aquí se ha denominado el “ideal emancipatorio de la modernidad”. Los tres autores seleccionados, han abordado de manera monográfica el fenómeno de la libertad individual, aportando al pensamiento político diferentes teorías más o menos acabadas, más o menos complementarias, pero que, en cualquier caso, delimitan un espacio común de reflexión²⁵. Y parece claro que este espacio de reflexión emerge con el individualismo propio de la modernidad, con el giro copernicano que se produce al centrar el eje del pensamiento, científico, filosófico y político, en el ser humano, entendido éste como agente que se autodetermina tanto en un sentido moral como político²⁶.

Si bien, la teoría ética kantiana ha gozado de cierta hegemonía como teoría básica que pretende explicar la libertad moral del individuo, al menos desde una perspectiva ideal, no ha sucedido lo mismo con la libertad política. De ahí, que haya teorías que definan la libertad exclusivamente en términos de la independencia del individuo con respecto a la interferencia de gobiernos, corporaciones o particulares; y otras teorías que crean que la libertad consiste en el control colectivo de la vida comunitaria²⁷.

Berlin procede a la diferenciación de estos dos tipos de libertad a través de la formulación de dos preguntas: ¿quién me gobierna? Y ¿hasta qué punto sufro la interferencia del gobierno? La primera pregunta hace alusión a la libertad positiva, la segunda a la libertad negativa. El sentido positivo de la

inconmensurables y a las que nos enfrentamos inevitablemente en el curso de nuestras vidas. J. GRAY, *Isaiah Berlin*, Novatores, Valencia 1996, pp. 182 y 183.

²⁴ M. SARALEGUI, “La libertad de los modernos y la libertad negativa. Diferencias y similitudes entre los discursos “liberales” de Constant y Berlin”, cit., pp. 235-244, p. 239.

²⁵ No se nos escapa que el ideal emancipatorio ha operado durante dos siglos como repositorio teórico donde pensadores tales como Kant, Locke, Voltaire, Montesquieu y Tocqueville, han vertido sus aportaciones y reflexiones, de las cuales también son deudores Constant, Mill y Berlin.

²⁶ La autodeterminación moral presupone la existencia del libre albedrío, pues de lo contrario, se asumiría una teoría determinista que anula la voluntad en las decisiones o acciones individuales y, por consiguiente, la responsabilidad moral que se pueda derivar de ello. Sobre el libre albedrío se pronuncia extensamente –contestando a sus críticos– Isaiah Berlin en la Introducción de “Cuatro ensayos sobre la libertad” en I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 10 y ss.

²⁷ Charles Taylor incluye en esta última categoría a las teorías de Rousseau y de Marx. CH. TAYLOR, *La libertad de los modernos*, Amorrortu, Buenos Aires, 1997, p. 257.

palabra libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. La libertad positiva podría resumirse en la siguiente frase: “quiero ser un sujeto y no un objeto. Quiero ser alguien y no nadie, quiero actuar y decidir no que decidan por mí”²⁸. Berlin resume su concepto de libertad negativa afirmando que el grado de libertad negativa de un hombre está en función de qué, y cuántas, puertas tiene abiertas, de con qué perspectivas se le abren y de cómo están de abiertas. Es decir, la libertad negativa implica una “posibilidad de hacer”, una potencialidad de acción, no la acción en sí misma. Por tanto, las teorías negativas de la libertad pueden apoyarse simplemente en un concepto de oportunidad, mientras que las teorías positivas de la libertad se proyectan sobre una concepción de esta que implica, básicamente, el ejercicio de una acción concreta sobre la propia vida. Sin embargo, Charles Taylor entiende que la libertad negativa no puede ser entendida como una mera oportunidad, ya que hay teorías sobre la libertad negativa que incorporan la idea de autorrealización. Estas teorías entienden que no podemos decir que alguien es libre si no se ha realizado en absoluto, es necesario cierto ejercicio de la libertad para considerar libre a una persona²⁹.

Otra de las razones por las que Berlin entiende la libertad negativa conceptualmente distinta a la libertad positiva es porque no concibe que deba darse una relación necesaria entre democracia o autogobierno y libertad individual. Afirma Berlin que: “La libertad en sentido negativo no es incompatible con alguna clase de autocracia y con la ausencia de autogobierno. Esta libertad se preocupa principalmente por el área de control y no por la manera en que este poder garantiza la libertad negativa”³⁰. Miguel Saralegui pone de manifiesto que la gran diferencia entre Constant y Berlin está precisamente en la relación entre libertad y democracia. Para Constant la relación entre libertad y democracia es necesaria, hasta tal punto que concluye su argumento con la exigencia de la democracia representativa y de la participación para que la libertad de los modernos no perezca³¹. Sin embargo, para Berlin la relación entre libertad individual y democracia es contingente, aunque reconoce que el autogobierno puede proveer de una mejor garantía

²⁸ I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, cit., p. 201.

²⁹ CH. TAYLOR, *La libertad de los modernos*, cit., p. 260.

³⁰ I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, cit., pp. 199 y 200.

³¹ B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., pp. 104 y 105.

para la preservación de las libertades civiles³². De ahí que estos dos autores detecten los peligros para la libertad en ámbitos distintos. Uno de ellos es el mercado, llegando a afirmar Constant que “al propio mercado y a la propiedad se le debe el amor del hombre a la libertad individual”. Para el pensador suizo, sin el mercado, no nace ni el individuo ni el gusto por la libertad privada³³. Por el contrario, para Berlin el mercado puede convertirse en una de las principales fuentes de opresión y liberticidio, ya que la libertad de los lobos frecuentemente ha significado la muerte de las ovejas³⁴. El segundo foco de peligros es la libertad positiva. Si Constant ve el peligro para la libertad negativa en una sociedad completamente despolitizada, olvidada de lo político, Berlin encuentra el peligro en la misma libertad positiva que puede convertirse en fuente de totalitarismo, hasta el punto de llegar a afirmar que siempre que nos ocupemos de la libertad grupal, surge la posibilidad de que la comunidad destruya al sujeto³⁵.

Si bien es cierto que los tres autores que hemos analizado, y que han contribuido muy activamente a construir el ideal emancipatorio de la Modernidad, presentan claras diferencias en algunos aspectos de sus teorías sobre la libertad política, no es menos cierto que estas tres concepciones de la libertad se soportan en un mismo sustrato ideológico, ya que comparten una misma comprensión de la naturaleza humana. El ser humano es entendido por estos tres autores como un ser digno –sujeto titular de derechos individuales– que se autodetermina en un sentido psicológico, moral y político. El eje central de sus teorías políticas es el individuo, que emerge en la Modernidad como razón última de toda reflexión. Tanto Constant como Berlin dejan claro en sus estudios históricos sobre la libertad individual, que en la Antigüedad no había surgido con claridad la cuestión de la libertad individual, es decir, la cuestión de que no deba permitirse a la autoridad pública, sea ésta laica o eclesiástica, que traspase unos determinados límites. La idea de la libertad individual como la oportunidad de actuar o de decir sin obstáculos, no surgió expresamente en la Antigüedad porque no era fundamental para los griegos, ni tampoco para ninguna otra civilización que hayamos conocido. Sin embargo, la libertad negativa ha sido fundamental en la Modernidad y sigue siéndolo en la actualidad, treinta años después de que

³² I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, cit., p. 200.

³³ M. SARALEGUI, “La libertad de los modernos y la libertad negativa. Diferencias y similitudes entre los discursos “liberales” de Constant y Berlin”, cit., p. 240.

³⁴ I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, cit., p. 47.

³⁵ *Idem*, pp. 203 y 204.

Francis Fukuyama sentenciara el fin de la historia, al caer el muro de Berlín en 1989³⁶.

Cayó el muro de Berlín, y con él el comunismo, para dar paso al liberalismo que hasta la fecha se ha erigido como el modelo político y económico hegemónico, frente a cualquier alternativa ideológica que pretenda organizar la vida pública. Fukuyama entiende la democracia liberal occidental como la “forma final del gobierno humano”, en la que puede experimentarse el dominio del liberalismo sobre todo en la esfera de las ideas o de la conciencia. Este dominio inmaterial del liberalismo se hará extensivo a largo plazo, según el autor, al mundo real o material, de tal modo que el liberalismo dominará todas las esferas de la realidad humana. Y, hasta hace apenas unos meses, los augurios de Francis Fukuyama en relación con el imperio del liberalismo habían sido ciertos. Sin embargo, Fukuyama no contaba ni con un desarrollo tecnológico con vocación absolutista, ni con los imponderables naturales que pueden transformar nuestra forma de entender tanto la vida pública como la vida privada. Actualmente, desde nuestra nueva naturaleza híbrida material-digital, estamos siendo testigos de un hecho histórico³⁷ que, inevitablemente, lo va a cambiar todo. Incluso, puede llegar a cambiar la manera en la que entendemos la libertad individual y, por consiguiente, las garantías jurídicas que el Estado ha de prestar para proteger los derechos fundamentales y las libertades individuales. Llegado ese momento, tendremos que plantearnos si podemos seguir entendiendo la libertad negativa como la hemos entendido en la Modernidad o, si por el contrario, y situándonos en el supuesto más extremo, tendremos que replantearnos incluso si la libertad negativa es la única y última libertad posible y deseable para la sociedad digital del siglo XXI.

2. LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL: LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El ideal emancipatorio de la Modernidad, entendido este como la libertad de los modernos, nos proporciona un paradigma con el que analizar las dimensiones de la libertad individual en la sociedad digital. La cuestión de la que podemos partir es la siguiente: ¿la sociedad digital proporciona, o puede proporcionar, la consecución del ideal emancipatorio que arrancó ya

³⁶ F. FUKUYAMA, *¿El fin de la historia?*, Alianza, Madrid, 2015, pp. 56 y 57.

³⁷ Me refiero a la pandemia del COVID-19 que el mundo está padeciendo desde finales de 2019.

en la Ilustración y que ha vertebrado la vida pública, al menos en Occidente? O, por el contrario ¿nos dirigimos hacia la consolidación de un modelo de libertad alternativo?

Para John Stuart Mill, como ya se ha visto, solo podemos hablar de libertad individual en el marco de comunidades políticas no excesivamente tradicionales, en las que, no solo se haya llevado a cabo una clara diferenciación entre vida privada y vida pública, sino que además en esta última deba darse cierto dinamismo social, a través de la espontaneidad, la genialidad y la originalidad. Y si hay algo que se valora en la sociedad digital por encima de todo –al menos aparentemente– es la individualidad, la autenticidad, e incluso la excentricidad. La sociedad digital supone la abolición de las tradiciones como “modelos de corrección moral”, y el ensalzamiento del individuo como agente autónomo en el sentido más radical que se haya conocido nunca.

A priori, en la sociedad digital, el individuo puede desarrollar plenamente su personalidad, a través de elecciones libres, consentidas, informadas, etc. Es decir, puede ejercer plenamente su derecho de autodeterminación informativa. Por ello, tanto desde la concepción de Mill como desde la de Constant y Berlin, la sociedad digital habría conseguido maximizar su ideal emancipador. El fenómeno de internet supone la conquista de un espacio público a escala planetaria, cuya virtud consiste precisamente en tener un efecto multiplicador sobre las posibilidades que tiene un individuo de ejercer sus libertades negativas y, por consiguiente, de desarrollar plenamente su personalidad.

La libertad de los modernos, o libertad negativa, requiere como condición de posibilidad el disfrute individual de un espacio público claramente diferenciado del privado, de ahí que no tenga sentido hablar de libertad negativa en la época clásica, como ya nos advirtió Constant. La sociedad digital ha venido a dinamitar, en cierto modo, las fronteras entre lo público y lo privado, proporcionando un espacio público heterogéneo en el que convergen todos los actores sociales: particulares, asociaciones, empresas, instituciones y Estados. Y si en el territorio virtual no hay fronteras ¿qué naturaleza tiene internet? ¿se trata simplemente de un espacio público o de un espacio público de naturaleza política? ¿Constituye la sociedad digital una comunidad política? Si lo fuera ¿sería una comunidad política democrática? A intentar dar respuesta a estas preguntas vamos a dedicar el epígrafe siguiente.

2.1. Naturaleza de la sociedad digital: ¿es la sociedad digital una comunidad política?

Para llegar a una definición más o menos canónica de lo que es una comunidad política, podemos partir de la definición que nos proporciona Aristóteles en su obra "Política". Aristóteles procede a la definición de lo que es una comunidad política por descarte, es decir, desechando primero lo que no puede ser entendido como tal. Una comunidad cívica o ciudad no es simplemente una comunidad de personas vinculadas con un territorio delimitado, unidas con la finalidad de protegerse mutuamente, y de promover el intercambio comercial entre ellos³⁸. Si bien para Aristóteles estos son requisitos necesarios para la constitución de una comunidad cívica, no son suficientes. Una comunidad cívica se define por estar constituida por sujetos diferentes, aunque relacionados todos ellos por el principio de igualdad en la reciprocidad, y cuyo fin es perseguir un bien superior como es el bien común³⁹.

En el mismo sentido que Aristóteles, Hannah Arendt concibe la esfera pública caracterizada por la igualdad –como *isegoría* e *isonomía*– y vinculada indisolublemente a los conceptos de libertad y distinción. Por naturaleza los seres humanos no son iguales, necesitan de una institución política para llegar a serlo, la cual viene representada por la ley. "El espacio político, por tanto, no es una mera localización física de un ámbito en que las acciones sean visibles sino algo vinculado a la necesidad de límites, delimitado por leyes". Las leyes son precisamente las que vienen a fijar las fronteras del espacio común o del "mundo común", entendido este como comunidad de cosas, que nos une, agrupa y separa, a través de relaciones que no supongan la fusión de los agentes integrantes de la comunidad⁴⁰. Según Hannah Arendt la condición indispensable de la comunidad política es la irreductible pluralidad que queda expresada en el hecho de que somos *alguien* y no *algo*. La comunidad política cohesionada a estos "alguien" desde su diversidad caótica, ya que "los hombres se organizan políticamente según determinadas comunidades esenciales en un caos absoluto, a partir de un caos absoluto de las diferencias"⁴¹.

³⁸ ARISTÓTELES, *Política*, Alianza Editorial, Madrid 2018 (2ª edición 2015), p. 161 (1280b)

³⁹ Aristóteles entiende que el "bien común" deriva de una misma idea compartida sobre la vida feliz y bella, la cual puede consolidarse en la convivencia comunitaria a través de la amistad. Ídem (1281a).

⁴⁰ H. ARENDT, *¿Qué es la política?*, cit., p. 21.

⁴¹ H. ARENDT, *¿Qué es la política?*, cit., p. 4

Si bien podemos asumir que internet constituye un verdadero espacio de pluralidad, diversidad y libertad, estas características son insuficientes como para elevar internet a la categoría de “comunidad política”. Para ello tendríamos que estar en disposición de poder identificar más elementos constitutivos de una comunidad política. En primer lugar, tendríamos que estar en disposición de identificar un elemento importantísimo en la teoría política aristotélica: el interés o intereses comúnmente compartidos por los miembros integrantes de la comunidad política. En segundo lugar, deberíamos poder identificar otros elementos característicos de una comunidad política, tales como las normas que regulan la convivencia de la comunidad, la autoridad competente para aprobar dichas normas y, por últimos, los procedimientos que se siguen para ello.

Como usuarios de internet y, por consiguiente, miembros integrantes de la sociedad digital, podríamos identificar como intereses comúnmente compartidos un uso *libre y seguro* de la red. El uso libre de la red significa que cada usuario pueda desarrollar de manera autónoma su personalidad a través del ejercicio pleno de su libertad de elección –es decir, a través del desarrollo pleno de sus libertades negativas como la libertad de expresión, artística, ideológica, religiosa, etc.–, por supuesto, sin interferencias ilegítimas por parte de terceros, ya sean estos agentes públicos o privados. Por su parte, un uso seguro de la red implica que la información pública sea veraz y accesible –dando cumplimiento así al principio de transparencia–, y que la información personal goce de la protección jurídica necesaria como para garantizar el anonimato⁴². La posibilidad de ejercer la libertad individual, la seguridad en el tratamiento de la información personal y la transparencia y veracidad de la información pública constituyen, por consiguiente, los bienes comunes a preservar en la comunidad digital.

Ahora solo quedaría intentar responder a la pregunta que se planteaba Isaiah Berlin en relación con la libertad positiva: ¿quién o quiénes detentan el poder de regular y garantizar dichos intereses comunes en la sociedad digital? Es decir ¿Quién o quiénes detentan la autoridad competente sobre la comunidad política y, por consiguiente, administran legítimamente los intereses compartidos por la comunidad digital?

⁴² El desarrollo legislativo más ambicioso y, por consiguiente, más garante del derecho a la privacidad se ha conseguido en el marco de la UE, a través de la aprobación 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.

Desde las teorías contractualistas sabemos que las reglas del juego de una comunidad política quedan fijadas en el denominado “contrato social”. Para Hobbes, los ciudadanos pueden llegar a un acuerdo de carácter político formando una sociedad civil, o comunidad políticamente organizada, por miedo a los otros o por estrategia auto interesada. Por lo tanto, no buscamos asociarnos con otros por la asociación misma, sino porque de ella podemos recibir algún honor o beneficio. De hecho, Hobbes afirma que las asociaciones mercantiles tienen la única finalidad de satisfacer un interés propio. Si para desempeñar algún menester se produce una cierta amistad, opina Hobbes, esta siempre será de conveniencia, basada más en la envidia que en la verdadera amistad, y de la que a veces pueden surgir algunas facciones y grupos, pero nunca buena voluntad⁴³. Obviamente, no todas las relaciones que se dan en el contexto de la sociedad digital tienen este carácter interesado, malevolente y cainita, sin embargo, buena parte de ellas son de carácter comercial y, por consiguiente, interesado. Esto pone de manifiesto que internet no es un espacio político, sino que en realidad es un espacio público de naturaleza múltiple.

Según Hobbes, los pactos y convenios solo se pueden llevar a cabo sobre aquellas cosas que están bajo nuestra deliberación, es decir, no puede haber convenio si falta la voluntad del contratante. La voluntad de hacer o no hacer algo, es el resultado último de una deliberación previa, lo que se deduce de los convenios que se refieren a cosas posibles o que están por venir⁴⁴. Los ciudadanos del modelo teórico de Hobbes deliberan para elaborar un contrato civil, basado en un pacto de no agresión, y en virtud del cual ceder su libertad –entendida como la posibilidad que todo hombre tiene de hacer uso de sus propias facultades de acuerdo con la recta razón–⁴⁵ en un solo centro de poder, del cual emanarán las normas y las sanciones. La obediencia a ese soberano único reside en la segunda ley de la naturaleza “que un hombre esté dispuesto, cuando otros también lo están tanto como él, a renunciar a su derecho a toda cosa en pro de la paz, y defensa propia que considere necesaria, y se contente con tanta libertad contra otros hombres como consentiría a otros hombres contra él mismo”⁴⁶. El contrato social consiste, por consiguiente, en la transferencia mutua de un derecho, de tal manera que cuan-

⁴³ T. HOBBS, *De cive*, Alianza Editorial (trad. Carlos Mellizo), Madrid, 2000, p. 55

⁴⁴ Idem, pp. 73 y 74.

⁴⁵ Idem, p. 60.

⁴⁶ T. HOBBS, *Leviatán*, (edición preparada por C. Moya y por A. Escotado), Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 229.

do “la transferencia de un derecho no es mutua, sino que una de las partes transfiere con la esperanza de ganar por ello amistad o servicio de otro o de sus amigos, o con la esperanza de ganar reputación, de caridad y magnanimidad (...), esto no es contrato sino obsequio, donación, gracia, palabras que significan una y la misma cosa⁴⁷.”

Los obstáculos que amenazan la conservación del hombre en el estado de naturaleza suponen para Rousseau –aunque, a diferencia de Hobbes, no parte de una concepción tan negativa del estado de naturaleza– la razón fundamental por la que los seres humanos unen sus fuerzas formando, por agregación, una sola fuerza que pueda exceder a la resistencia y hacerla obrar en armonía. Los seres humanos deben encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes. “Tal es el problema fundamental, al cual da solución el contrato social”⁴⁸. Tanto el Leviatán de Hobbes como la “voluntad general” de Rousseau, son el resultado de la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad; porque, en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás⁴⁹.

Por último, el consentimiento también constituye la llave que abre la posibilidad de establecer un pacto o contrato social entre hombres libres según John Locke. Todos los hombres son libres, iguales e independientes por naturaleza, por lo que nadie puede ser sometido a un poder político que pueda limitar dichas cualidades naturales, a menos que consienta libremente en ello: “el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas.”⁵⁰ El ejercicio de la libertad individual en Locke se encuentra estrechamente relacionado con la posesión de propiedades privadas, de hecho el derecho a la intimidad y privacidad encuentra su razón primera en la exclusión de otros del “espacio

⁴⁷ Idem, p. 232.

⁴⁸ J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, biblioteca de El Mundo, Madrid, 2011, p. 26

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ J. LOCKE, *Segundo tratado del gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 111.

privado". Esta herencia teórica se refleja en la concepción del derecho a la autodeterminación informativa como "gestión del patrimonio inmaterial".

La teoría contractualista puede ayudarnos a responder a la cuestión que nos hemos planteado unas líneas más arriba: ¿es la sociedad digital una comunidad política democrática?⁵¹ Si entendemos que la sociedad civil encuentra su mito fundacional en el contrato social, tenemos que concluir que la sociedad digital no es una comunidad política y, por consiguiente, tampoco podemos pretender que sea una comunidad política democrática. Los usuarios de la sociedad digital no "firmamos" un contrato social, sino un "contrato de adhesión" sobre el que no ejercemos ninguna soberanía, puesto que no podemos modificar ninguna de sus cláusulas. Es decir, los individuos integrantes de la sociedad digital no deliberamos ni sobre procedimientos ni, lo que es aún peor, sobre la constitución o nombramiento de una autoridad competente de la que emanan las normas conductuales y sancionadoras. Sin embargo, autores como José María Lasalle entienden que estamos en el marco de un nuevo contrato social del que surgirá el nuevo Leviatán post-moderno, lo que va a suponer "la renuncia de los seres humanos a la garantía analógica de sus derechos, pero a cambio de que se vean asistidos en su nueva identidad por una técnica que crece exponencialmente en su poder de acción y les promete la utopía del paraíso digital"⁵². En este contexto, y según este autor, en la actualidad la democracia liberal ha colapsado como consecuencia del impacto que produce la disrupción tecnológica, lo que ha tenido como consecuencia, por un lado, la generación de una ciudadanía inconsciente e irresponsable del ejercicio de sus derechos; y por otro, la desconexión práctica entre la democracia y la racionalidad, cuya consecuencia inmediata es el florecimiento de los populismos"⁵³.

⁵¹ Asumimos aquí la definición que da Norberto Bobbio de "democracia" en su obra *El futuro de la democracia*, en la que entiende que una sociedad democrática es aquella comunidad política caracterizada por un conjunto de reglas que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo *qué* procedimientos. Para que las decisiones puedan ser adoptadas por unos pocos individuos y ser asumidas y cumplidas por el resto, la autoridad -legitimidad- de aquel debe radicar en una elección previa adoptada por todos en igualdad de condiciones, y como resultado de la aplicación de la regla de la mayoría. Es necesaria una última condición: es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quiénes deberán decidir, tengan reconocidos ciertos derechos y libertades fundamentales. N. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986 (1ª edición en español).

⁵² J. M. LASALLE, *Ciberleviatán*, Arpa, Barcelona, 2019, p. 22.

⁵³ Idem, pp. 74 y 75.

No obstante, asumir que estamos en presencia de un nuevo Leviatán supondría tanto como entender, de algún modo, que los usuarios de internet en algún momento han fungido como ciudadanos participando activamente de la construcción de la estructura de “poder digital”, y que han cedido conscientemente, tras una deliberación *inter pares*, sus derechos y libertades fundamentales para que estos sean custodiados y garantizados por el nuevo poder constituido. Sin embargo, el espacio digital simplemente ha venido a replicar de manera aumentada los males propios del matrimonio entre democracia liberal y capitalismo. El espacio público de la democracia representativa ha sido fagocitado poco a poco por el mercado, por lo que los individuos han ido cambiando paulatinamente su condición de ciudadanos por la de consumidores y usuarios. En el espacio político de la democracia liberal impera el sufragio universal, sin embargo, en el mercado domina un sufragio “capacitario”, a través del cual el consumidor que compra no solo obtiene un producto o un servicio, sino que “vota” con su dinero la calidad de estos e, indirectamente, la diferenciación adquisitiva de cada individuo. Esta participación desigual manifestada en el espacio público se ha trasladado *mutatis mutandis* a la sociedad digital, replicando y aumentando el esquema de nuestras sociedades occidentales modernas. Ya nos advirtió Constant que el individuo moderno es independiente en su vida privada, pero no es soberano más que en apariencia, incluso en los Estados más libres⁵⁴. Este hecho sigue siendo constatable en nuestras democracias actuales, en las que depositamos en terceros la gestión de los intereses públicos porque ni queremos, ni podemos gestionarlos nosotros mismos, ya que la vida privada es nuestra prioridad.

La sociedad digital es una comunidad de dimensión planetaria y de naturaleza pública en la que las relaciones se dan de manera asimétrica y en contextos heterogéneos: mercantil, político, social, etc. Es cierto que el espacio público virtual se encuentra gestionado en su práctica totalidad por multinacionales, lo que nos lleva a reafirmar el reduccionismo que supone equiparar a la sociedad digital con una comunidad política democrática. Esto, supondría la mercantilización del ágora o cambiar el ágora por el zoco. Tampoco los actores principales en internet son los Estados soberanos, ni las agrupaciones políticas regionales constituidas por algunos de estos Estados, como la Unión Europea, sino las grandes multinacionales como

⁵⁴ B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., p. 80.

Google, Amazon, Facebook y Apple⁵⁵. Estas grandes multinacionales, y no los Estados, son en realidad las administradoras de buena parte de la información que fluye constantemente por internet. Aunque, como veremos más adelante, este hecho se ha visto alterado en los últimos meses por la pandemia del coronavirus o Covid-19, en la que han emergido los Estados como los grandes gestores de la información sanitaria.

Tanto si analizamos la sociedad digital desde una perspectiva holística como si la analizamos sectorialmente, atendiendo a sus diferentes elementos integradores como webs, redes sociales, blogs, aplicaciones, etc., llegamos a la conclusión de que internet es un mercado y no una plaza pública de deliberación política. El ejemplo por antonomasia del ejercicio del dominio mercantil en la red lo encontramos en Facebook. Por mucho que Mark Zuckerberg, CEO de dicha empresa, se empeñe en hablar de la “comunidad Facebook”, como si realmente fuera un espacio comunitario compartido por los usuarios, no lo es. Los miembros integrantes de una comunidad participan activamente y deciden sobre aspectos relacionados con la convivencia en dicha comunidad, sin embargo, los usuarios de Facebook solo deciden relativamente sobre la gestión de algunos contenidos⁵⁶. Por tanto, no hay una comunidad real sino un “individualismo interconectado” a través de una plataforma de observación y autocontemplación en la que los usuarios, que no ciudadanos, ni deliberan ni deciden sobre aspectos fundamentales, tales como la política interna de establecimiento de estándares de corrección moral, la estructura de la red social o la gestión de la publicidad. Facebook no es otra cosa que una multinacional cuyos servicios utilizamos a cambio de dar nuestra información personal, información que entendemos bien custodiada, aunque no siempre ha sido así⁵⁷.

⁵⁵ Conocidas como GAFAs.

⁵⁶ Ha de tenerse en cuenta la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, a través de la cual se exige el consentimiento expreso y específico para que un tercero pueda descargarse una imagen de un perfil de Facebook, ya que esta ha sido colgada en este sitio web para ser contemplada *in situ*, no para que sea replicada en otros espacios digitales sin el consentimiento del titular.

⁵⁷ Un claro ejemplo de la pérdida de control efectivo sobre nuestra información personal es el caso de “Cambridge Analytica”. La empresa Facebook estuvo envuelta en uno de los mayores escándalos de filtrado de datos masivos. Después de una investigación periodística llevada a cabo por varios medios de comunicación norteamericanos, salió a la luz a mediados del mes de marzo del año 2018 la filtración irregular de datos personales de cerca de 50 millones de clientes estadounidenses de la empresa Facebook a la compañía británica Cambridge Analytica. La consultora británica obtuvo los datos a través de una aplicación de perfilado psi-

El tejido virtual de internet ofrece una realidad caleidoscópica trufada de espacios diversos, donde los individuos se comportan como usuarios, consumidores, creadores de recursos, meros observadores y ciudadanos. La sociedad digital es una comunidad coparticipada por Estados, instituciones, empresas, asociaciones e individuos. A nadie se le escapa que esta coparticipación no es igualitaria, sin embargo, internet simplemente refleja la jerarquización y reificación que ya lleva a cabo el sistema capitalista en el mundo analógico. Los déficits democráticos no son exclusivos de internet, sino que son propios de la sociedad material, de la realidad analógica. Bobbio señala que uno de los problemas que presenta la democracia liberal actual es que es “centrífuga”, en el sentido de que no tiene un solo centro de poder, sino muchos, y merece el nombre, de sociedad policéntrica o poliarquía⁵⁸. Esto es precisamente lo que pasa en la sociedad digital, no hay un solo soberano, no existe una sola ciudadanía, como cuerpo unitario, que haya depositado la facultad de normar y sancionar en un poder centrípeto de carácter representativo. Lo único que se da en la sociedad digital es una amalgama de poderes, informe, diluido en cuerpos intermedios que forman grupos contrapuestos, en competencia por la información y, por consiguiente, por el dinero⁵⁹.

Por último, no podemos obviar el componente histórico y cultural que condiciona la forma en la que se organizan políticamente las diferentes comunidades humanas que integran el mundo. La sociedad digital es una comunidad planetaria, en la que se representan las diferentes concepciones que se tienen a nivel global sobre la gestión de lo público y, como sabemos, hay Estados que no se regulan de una manera democrática. Por ejemplo, el

cológico desarrollada por un investigador de la universidad de Cambridge llamado Aleksander Kogan, que permitía acceder a información no solo de quienes utilizaban la herramienta, sino también de sus amigos. Supuestamente, los datos fueron recabados por Cambridge Analytica quebrantando las normas de Facebook. La información obtenida se utilizó para perfilar votantes y dirigirles propaganda política personalizada y noticias falsas. Eso les permitió influir en las elecciones estadounidenses de 2016 y también, a través de empresas vinculadas, en otros procesos electorales como el referéndum del Brexit. De este escándalo se derivaron dos consecuencias inmediatas para Facebook, la primera fue el denominado “carrusel de disculpas” que desde el mes de abril tuvo que emprender Mark Zuckerberg, como CEO de la empresa, comenzando en el Senado de los EE.UU. y acabando en la sede del Parlamento Europeo en Bruselas. La segunda se ha manifestado en un cambio radical de las políticas de privacidad de la empresa, pasando a adoptar una filosofía de protección de datos proactiva tal y como le exige el nuevo Reglamento General de Protección de Datos en el espacio europeo.

⁵⁸ N. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, cit., p. 18.

⁵⁹ Ídem, p. 17.

Estado chino y el Estado norcoreano regulan internet de manera autoritaria, como si se tratara de una extensión de su territorio. La pandemia del coronavirus ha venido a mostrarnos cómo Estados totalitarios, o poco democráticos, han utilizado información personal obtenida sin consentimiento expreso para atajar la expansión del virus, justificando dicha acción en la incuestionable “razón de salud pública”⁶⁰.

Podríamos exigir que la sociedad digital fuera democrática si todos los Estados del mundo lo fueran, si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas lo fuera, si el Fondo Monetario Internacional lo fuera, o si las multinacionales lo fueran. Si no todos los agentes intervinientes en el tablero internacional tienen una naturaleza democrática no podemos pretender que internet lo sea plenamente.

Parece claro, por tanto, que los usuarios de internet no hemos participado en un proceso constituyente del que hayan emanado las instituciones competentes para reglar y sancionar legítimamente a los ciudadanos digitales. Pero lo que es aún peor, es la toma de conciencia sobre nuestra incapacidad para identificar exactamente qué o quiénes gestionan el poder, es decir, la información en internet. La comunidad digital se caracteriza por ser un espacio inconmensurable y opaco, que hace muy complicado identificar los centros de poder, así como los procedimientos que se siguen en el tratamiento de los datos, macrodatos y metadatos. La lógica algorítmica impera y no está al alcance de todos.

Lo que también parece escapar al control público es la posibilidad de garantizar que la información que fluye libremente por la red sea veraz, incluso siendo este uno de los intereses compartidos por la mayoría de los internautas. Precisamente con la finalidad de garantizar que la información que fluye por internet sea veraz la UE ha decidido combatir lo que denomina “desinformación”, mediante la creación del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Noticias Falsas y Desinformación. Este organismo, a través de su último informe, ha recomendado exigir una mayor transparencia a las plataformas en

⁶⁰ Byung-Chul Han ha manifestado, en relación con la gestión de la pandemia del Covid-19, que los Estados asiáticos tienen una mentalidad autoritaria, que les viene de su tradición cultural (confucianismo) y se dirigen a personas más obedientes que las europeas y que, además, confían más en el Estado. Por eso, los países asiáticos han apostado fuertemente por la vigilancia digital y, sobre todo, por el Big Data, lo que les ha hecho manifiestamente más eficiente frente a la pandemia que los países de cultura occidental. B. CH. HAN, “La emergencia viral y el mundo de mañana”, *Sopa de Wuham*, ASPO (Asilamiento social preventivo y obligatorio), p. 99. <https://www.alextemosur.com/files/content/23/23684/sopa-de-wuhan.pdf>.

línea y las redes sociales⁶¹. Sin embargo, en plena pandemia del COVID-19, estamos asistiendo a una bochornosa sucesión de noticias falsas que está resultando tan difícil de atajar como el propio virus⁶². Las denominadas “fake news” son reflejo del auge de la propaganda y la baja credibilidad de los medios de comunicación, lo que pone en serio riesgo una posible consolidación de la democracia en la sociedad digital⁶³. Sólo garantizando una gestión transparente y responsable de la información que circula por internet, así como un efectivo autogobierno sobre los datos personales, podríamos tener cierta esperanza en la democratización del espacio virtual, al menos de algunos sectores de la red. Si bien somos conscientes de la dificultad de lo primero, quizá haya alguna esperanza en lo segundo y consigamos garantizar efectivamente el autogobierno sobre nuestra información personal. A analizar esta posibilidad vamos a dedicar el epígrafe siguiente.

2.2. Naturaleza de la libertad digital: la autodeterminación informativa

Retomando lo que ya hemos anunciado unas líneas más arriba, si la libertad de los antiguos es la libertad positiva, entendida como autodeterminación política, y la libertad de los modernos es la libertad negativa entendida esta como delimitación de un espacio privado, físico e intelectual de no dominación, donde los poderes públicos no entran, la libertad en la sociedad digital es la libertad como autodeterminación informativa. El derecho fundamental a la autodeterminación informativa tiene la función de garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control a los datos que les conciernen⁶⁴. De hecho, en el discurso académico se habla no solo de la necesidad de proteger los datos personales, sino de la necesidad de ga-

⁶¹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>

⁶² El mal endémico de las denominadas “fake news” ya lo hemos padecido en otros episodios como con la intervención del Gobierno ruso en procesos diferentes electorales de todo el mundo (la elección de Donald Trump, el Brexit, la consulta sobre la independencia de Cataluña, etc.). E. GAMERO CASADO, “El derecho digital a particular en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO y J. L. PIÑAR MAÑAS (dirs.), *Sociedad digital y Derecho*, cit., p. 232.

⁶³ R. RUBIO NUÑÉZ, “El derecho a la información y el derecho al voto”, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO y J. L. PIÑAR MAÑAS (dirs.), *Sociedad digital y Derecho*, cit., p. 475

⁶⁴ A. E., PÉREZ LUÑO, “Intimidación y protección de los datos personales: del habeas corpus al habeas data”, en L. GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 39.

rantizar un espacio de “autodeterminación” informativa que permita el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la autodeterminación informativa estaría compuesto entonces por la libertad general de acción, es decir, la libertad para decidir la realización u omisión de determinados actos; y por la autodeterminación informativa *stricto sensu*, que comprende la libertad para determinar quién, qué y con qué fin pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto. Por lo tanto, el derecho a la autodeterminación informativa implica una dimensión de “empoderamiento” del titular de la información personal, que en la sociedad digital puede quedar desdibujada como veremos en el siguiente epígrafe. El ciudadano actual, a través de su actividad en la red, construye su “yo digital” –o “alter ego informático”–, que viene a constituir una parte ineludible de nuestra identidad personal⁶⁵. La identidad se configura como el derecho a ser uno mismo y diferente de los demás. Podría afirmarse incluso, que la identidad es la que es, sin que haya posibilidad de alteración, lo que quizá sea un poco difícil de sostener en la realidad digital. Lo cierto es que hoy la reflexión sobre la identidad subjetiva pivota en torno a lo que se ha dado en llamar el “giro digital”, el cual afecta a las relaciones entre los seres humanos, con la naturaleza y consigo mismos⁶⁶. Actualmente podemos hablar de “identidades múltiples”, una identidad física, formal, oficial y pública, que se define a partir de las circunstancias y del entorno público y reconocible de cada persona⁶⁷; y otra, u otras identidades inmateriales, que se definen en función de los elementos que cada uno quiere que se resalten o le definan en el mundo digital. Es precisamente en este punto, según Piñar Mañas, en el que la privacidad asume un papel de primera magnitud, pues este nos permite mantener e incluso reivindicar la identidad que queremos para nosotros, o la que realmente tenemos, y que paradójicamente define asimismo la identidad que queremos mostrar hacia fuera. Por tanto, la privacidad permite controlar mi yo y expresar el yo que quiero transmitir a los demás⁶⁸. Aquí es donde el derecho al ol-

⁶⁵ V. MORENTE PARRA, “Big data o el arte de analizar datos masivos. Una mirada crítica desde los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, núm. 41, 2019 pp. 225-260.

⁶⁶ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Nuove Tecnologie e Spazio pubblico”, en S. SALARDI, y M. SAPORITI, (eds.), *Le tecnologie ‘moralì’ emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, G. Giappicheli Editore, Torino, 2020, p. 27.

⁶⁷ J. L. PIÑAR MAÑAS, “Identidad y persona en la sociedad digital”, en T. DE LA QUADRA-SALCEDO y J. L. PIÑAR MAÑAS (Dir.), *Sociedad digital y Derecho*, cit., p. 97.

⁶⁸ Ídem, pp. 97 y 98.

vido⁶⁹ juega un papel decisivo, al garantizar una “segunda oportunidad”, a través del derecho a cancelar o “borrar” definitivamente determinados episodios del pasado⁷⁰, siempre que se demuestre que el tratamiento de dichos datos ya no es necesario para los fines para los que fueron recabados o que dichos datos son erróneos.

El derecho a la autodeterminación informativa podría ser entendido teóricamente como una válvula cuya llave está bajo nuestra custodia, abrimos o cerramos dicha llave en atención a elecciones “libres e informadas”. Se trata, por tanto, de una facultad jurídica que nos dota de una serie de herramientas con las que gestionar nuestro patrimonio digital, es decir, nuestra información personal⁷¹. Las elecciones que hacemos en relación con la gestión de nuestros datos personales en internet parten, supuestamente, de una primera elección voluntaria e informada. Sin embargo, incluso esta libertad de autodeterminación informativa o de control de nuestros datos personales podría ser en realidad ilusoria, de tal modo que el “ciudadano digital” se estaría dejando transformar en “súbdito digital”, perdiendo así la soberanía sobre su propia información personal y, por consiguiente, su identidad. Quizá en el contexto digital sea ilusorio entender que el desarrollo de nuestra personalidad es verdaderamente libre y autónomo, y haya llegado el momento de asumir que la construcción de nuestra identidad personal no depende únicamente de nuestras libres decisiones, sino que también encuentra una fuente heterónoma, distorsionadora de la percepción que tiene cada individuo de su propia identidad, como única

⁶⁹ Artículo 21 del Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016.

⁷⁰ La capacidad de almacenamiento de información de internet, así como los silos informáticos en los que reside dicha información es, prácticamente, infinita, como la memoria de Funes. “Funes el memorioso” es un personaje de uno de los cuentos que integran la obra “Ficciones” de Jorge Luis Borges. Este personaje tiene la cualidad de recordar todo lo vivido a escala 1:1, lo que le lleva a emplear un día en recordar otro día y, por consiguiente, a no poder olvidar ni el más insignificante detalle. Internet es una especie de “Funes digital”, puesto que puede recordarnos multitud de aspectos de nuestra vida pasada que ni siquiera nosotros recordamos, eso sí, mucho más rápidamente que el personaje de Jorge Luis Borges. J. L. BORGES, *Ficciones*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 123 y ss.

⁷¹ Las herramientas de control sobre nuestra información integran lo que se ha dado en llamar: “habeas data”. Esta figura jurídica está integrada a su vez por un conjunto de facultades a saber: derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de cancelación –derecho al olvido–, derecho de oposición, derecho a la limitación de los datos, derecho a la portabilidad de la información personal y derecho a no ser objeto de una decisión automatizada con consecuencias jurídicas o similares. Este catálogo de derechos, recogidos en el RGUEPD, ha sido ampliado por la ley española LO 3/2018 de 5 de diciembre de protección de datos personales y derechos digitales.

e intransferible⁷². La identidad digital es fruto de un “relato simultáneo”, es decir, la identidad digital no solo depende de nuestra narración, de nuestras acciones, omisiones o interacciones con otras personas, sino que es el resultado de un diálogo simultáneo y permanente que escapa a nuestro control. Este diálogo permanente de construcción de identidades digitales se desarrolla en lo que se ha denominado “identidad digital aumentada” que “potencia y proyecta las experiencias de los individuos y que permite transmitir pensamientos, imágenes y contenidos de forma instantánea a través de diferentes redes relacionales interconectadas entre sí”⁷³.

Inevitablemente, esto nos lleva a sospechar que en la sociedad digital, fruto del desarrollo tecnológico, el individuo disfruta de una “ausencia de libertad cómoda, suave, razonable y democrática”⁷⁴, que diluye cualquier posibilidad de pensamiento crítico. La sociedad digital se habría convertido, por tanto, en una “factoría de identidades” creadas en serie, y cuya materia prima proviene de la ingente información vertida en internet, a través de nuestras consultas a páginas web, opiniones en redes sociales y de las múltiples aplicaciones que nos “hacen la vida más fácil”, es decir, de nuestra huella digital. Lo que puede estar pasando es que “con la técnica no hemos ampliado el perímetro de nuestra libertad, sino que fingimos ser más libres que antes”⁷⁵.

Si analizamos pormenorizadamente el control real que podemos ejercer sobre nuestra información personal, llegaremos a la conclusión de que el derecho a la autodeterminación informativa adolece del aquí denominado “déficit de la triple A”. En primer lugar, ejercemos un *control apriorístico* sobre nuestra información personal, puesto que el consentimiento se manifiesta en un primer momento, como herramienta habilitante –y legitimadora– para el tratamiento de los datos personales. Una vez que se da el consentimiento, en la mayoría de los casos, se produce una pérdida de control efectivo, aflorando el segundo déficit, el del *control aparente*. Cuando subimos información personal a internet esta no se mantiene en un plano de realidad bidimensional, sino que se sumerge en las profundidades abisales del ciberespacio. La realidad digital es el Dios Jano, una de sus caras mira hacia las pantallas de nuestros dispositivos y ordenadores, y es en esa faz en la que ejercemos un

⁷² J. L. PIÑAR MAÑAS, “Identidad y persona en la sociedad digital”, cit., p. 102.

⁷³ M. PÉREZ SUBÍAS, “Identidad digital”, en *Telos. Cuadernos de Comunicación e innovación*, Fundación Telefónica, 2012, p. 2 (disponible en www.telos.es).

⁷⁴ H. MARCUSE, *El hombre unidimensional*, Ariel, Barcelona, 2016, p. 41.

⁷⁵ J. M. LASALLE, *Ciberleviatán*, cit., p. 76.

control aparente de nuestra información, mientras que con la otra cara mira hacia la profundidad del océano de datos que es internet, donde nuestra información ha podido ser copiada, compartida, combinada a través de la técnica del Big Data, o almacenada en los superordenadores de las grandes compañías tecnológicas. Por consiguiente, lo que era identificable, cuantificable, mensurable y personal, se ha convertido en metainformación sobre la que se pierde prácticamente el control. Por último, el poder soberano que ejerce un usuario de internet sobre su información personal es *anecdótico*, entendiendo por anecdótico lo que define la RAE como “un suceso circunstancial e irrelevante”. En realidad, nuestro control efectivo se ejerce sobre una información personal epidérmica, reducida y primitiva. Se da una manifiesta pérdida del control jurídico sobre los datos combinados, sobre los metadatos, y sobre los perfiles obtenidos a través del análisis de datos masivos que llevan a cabo las empresas fundamentalmente a través de la técnica del Big Data, etc.

Las limitaciones que presenta el derecho a la autodeterminación informativa, así como la imposibilidad manifiesta de garantizar que la información circulante en internet sea veraz, obstaculizan considerablemente nuestra capacidad de comprensión, nuestro juicio crítico y la posibilidad de adoptar una decisión informada y, por consiguiente, libre. Este hecho también dificulta un libre desarrollo de la personalidad, puesto que en la sociedad digital no somos los únicos “hacedores” de nuestra identidad, sino que somos sujetos de identidades construidas a partir de correlaciones, de cálculos algorítmicos que predicen nuestras acciones o decisiones incluso antes de que las hayamos imaginado. Y si somos predecibles nuestra libertad es solo ensoñación, solo apariencia de libertad.

Llegados a este punto debemos plantearnos si en la sociedad digital podemos seguir disfrutamos de la libertad de los modernos tal y como la hemos definido en el primer epígrafe o, por el contrario, esta se ha convertido en un mero espejismo, en un trampantojo que tapa las vergüenzas de la “no libertad” en la sociedad digital. Entonces ¿estamos ante un espectáculo tautomárgico? ¿Debemos dar por perdida ya cualquier posibilidad de mantener con vida la libertad de los modernos en la sociedad digital?

3. “EL CONTROL DE LOS DATOS OS HARÁ LIBRES” O QUIZÁ NO. MÁS ALLÁ DE LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS

A la luz de todo lo expuesto, la sospecha de que en realidad no ejercemos una soberanía efectiva sobre nuestra información personal y, por consiguiente,

te, sobre la construcción de nuestra identidad digital, cobra mayor fuerza. Como ya hemos advertido, si no ejercemos un control real y efectivo sobre nuestros datos personales, entonces no podemos concebirnos plenamente libres en la sociedad digital. Al menos no podríamos ser libres en el sentido moderno de libertad del que hemos partido en este artículo. Sin embargo, la experiencia del partícipe de la sociedad digital es la de gozar de la máxima libertad que se haya conocido nunca. Vivimos, por tanto, en una permanente paradoja. Como usuarios de internet podemos acceder a multitud de medios de información, así como a múltiples canales y plataformas de comunicación. Además, gracias a que en internet se inmaterializa la información, lo inmaterial abarata y democratiza su acceso, por lo que podemos disponer de la mayor biblioteca jamás imaginada; podemos acceder a ingentes repositorios musicales, fotográficos y artísticos en general; podemos matricularnos, incluso de manera gratuita, en cursos impartidos en las mejores universidades del mundo; y, además, podemos crear empresas enteramente digitales que nos proporcionen un medio de vida con menores costes fijos, más visibilidad y mayor dinamismo.

Desde esta perspectiva, es innegable que el individuo nunca tuvo mejor oportunidad para informarse, formarse e instruirse de una manera plural y libre. Sin embargo, los individuos que integramos la sociedad digital somos conscientes de que el ejercicio de nuestras libertades en internet no es un juego de suma cero. Sabemos que nuestra libertad está bajo vigilancia, está sometida a un “tercer grado”, por parte de los poderes que ostentan el control de los datos. Somos conocedores de la paradoja en la que vivimos y participamos conscientemente de la ficción del “como si” fuéramos libres y detentáramos un poder efectivo de autodeterminación sobre nuestra información, al menos en Occidente. Quizá de lo que no somos conscientes es del alcance verdadero de ese control ubicuo. Byung-Chul Han entiende que hemos llegado a un nivel tal de inconsciencia que ni siquiera nos autoconcebimos sujetos sometidos por un poder coactivo “amable y ubicuo”, sino que nos concebimos como un “proyecto libre” que se reinventa constantemente⁷⁶.

Si bien la democracia liberal moderna ya trajo consigo previamente, entre otras cosas, la secularización y desmitificación de los diferentes discursos públicos, la sociedad digital ha traído consigo el “mito de la libertad”. Como determina Leszek Kolakowski “el mito solo puede ser aceptado si se convierte, para la mirada del individuo, en una suerte de imposición a la que está some-

⁷⁶ B. CH. HAN, *Psicopolítica*, Herder, Barcelona, 2019, p. 11 y pp. 57 y ss.

tida igualmente toda la sociedad en la que aquel participa. Por consiguiente, el mito configurador de valores implica una renuncia a la libertad en la medida en que impone un modelo acabado, y una renuncia a la absoluta inicialidad del ser humano en la medida en que lo inserta en una situación no histórica absolutamente originaria, le otorga una dimensión atemporal, adicional y procura vincularse comprensivamente con un orden atemporal”⁷⁷.

Esta ensoñación colectiva sobre la libertad nos aboca al entendimiento de la libertad de los modernos, en el contexto de la sociedad digital, como un mandato de optimización. Según Robert Alexy los principios, a diferencia de las reglas, son mandatos de optimización y éstos, a su vez, se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, así como porque la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas; estas últimas vienen determinadas por los principios y reglas que juegan en sentido opuesto⁷⁸. Es decir, ha de asumirse que la libertad negativa en la sociedad digital se comporta, en el mejor de los casos, como un principio que se aplica de manera gradual, y cuya optimización o maximización atiende tanto a condiciones prácticas como jurídicas. Si bien, las condiciones jurídicas en el contexto de la UE son más óptimas como para que la balanza caiga del lado de la libertad, no parece que sea así en todos los lugares ni en todas las circunstancias como ya hemos tenido ocasión de comprobar. Si, por el contrario, solo debiéramos entender el derecho a la libertad en la sociedad digital como una regla, es decir, plenamente exigible y aplicable a la manera de “todo o nada”, podríamos correr el riesgo de quedarnos con el “nada”. La tangibilidad de la regla se volatiliza en la sociedad digital que inmaterializa las relaciones jurídicas, de tal modo que la existencia de un derecho o una libertad no exige una realidad física previa, un bien jurídico material que proteger. Además, en la sociedad digital se podría estar produciendo lo que Ansuátegui Roig denomina la “contaminación tecnológica” de las libertades, lo que puede estar provocando la reformulación de los derechos antiguos, la aparición de nuevos derechos y libertades, así como la aparición de nuevas formas de vulneración de éstos⁷⁹.

Todo ello aleja la posibilidad de que la sociedad digital se acabe convirtiendo en una comunidad política democrática en un sentido pleno, lo que

⁷⁷ L. KOLAKOWSKI, *La presencia del mito*, Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, pp. 33 y 34.

⁷⁸ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 87.

⁷⁹ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Nuove Tecnologie e Spazio pubblico”, cit., p. 27.

además dificulta una posible transición de la condición de usuario y cliente a la de ciudadano digital que se autodetermina. Una de las razones la encuentra Herbert Marcuse en el hecho de que la civilización contemporánea nos ha llevado a un estadio en el que la “sociedad libre” no se puede definir adecuadamente en los términos tradicionales de libertades económica, intelectual o política, por lo que se necesitan nuevos modos de realización que correspondan a las nuevas capacidades de la sociedad. Por ejemplo, afirma Marcuse la libertad política –lo que Berlin denomina libertad positiva– actualmente significa la liberación de los individuos de una política sobre la cual no ejercen ningún control efectivo, y de lo que somos plenamente conscientes⁸⁰. Además, puede que seamos colaboradores necesarios en este “liberticidio”, ya que como advierte Constant: los hombres modernos prefieren el comercio a la política activa, de tal modo que desde la Modernidad el comercio es el estado normal, el fin único, la tendencia universal, la vida verdadera de las naciones⁸¹.

Sin embargo, quizá en el futuro, los usuarios de internet salgan de la caverna y tomen el poder digital, a través del control de su información personal, haciendo así realidad el ideal emancipatorio de la libertad moderna. Si esto sucediera los ciudadanos digitales estarían en disposición de pactar un “contrato social”, a través del cual responder a las preguntas de ¿quién manda? ¿cómo se manda? y ¿qué se manda? Preguntas a las que podríamos responder con el modelo de la democracia liberal representativa que reconoce y garantiza los derechos humanos. Con ello, se habría resucitado la libertad de los modernos de Constant para la sociedad digital. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como ya hemos advertido, que la tradición moderna ha vinculado la libertad con la idea de “individualismo posesivo”, según advierte Crawford B. Macpherson, y que destaca en las siete proposiciones siguientes: 1) lo que hace a un hombre ser libre es ser libre de la dependencia de las voluntades ajenas; 2) la libertad de la dependencia ajena significa libertad de cualquier relación con los demás salvo aquellas en las que el individuo entra voluntariamente por su propio interés; 3) el individuo es esencialmente propietario de su propia persona y de sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad; 4) aunque el individuo no puede enajenar toda su propiedad

⁸⁰ H. MARCUSE, *El hombre unidimensional*, cit., pp. 43 y 44.

⁸¹ Afirma Benjamin Constant que “El comercio inspira a los hombres un vivo amor por la independencia individual, atiende sus necesidades y satisface sus deseos sin intervención de autoridad, y que, en el caso de darse dicha intervención, sería entendida como una molestia y un trastorno” B. CONSTANT, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., pp. 84 y 85.

sobre su propia persona puede enajenar su capacidad para trabajar; 5) la sociedad humana consiste en una serie de relaciones mercantiles; 6) dado que lo que hace humano a un hombre es la libertad de las voluntades ajenas, la libertad de cada individuo solo se puede limitar justamente por unas obligaciones y reglas tales que sean necesarias para garantizar la misma libertad a los demás; 7) la sociedad política es una invención humana para la protección de la propiedad que el individuo tiene sobre su propia persona y sobre sus bienes para el mantenimiento de relaciones de cambio debidamente ordenadas entre individuos considerados como propietarios de sí mismos.

Es posible que haya llegado el momento de preguntarnos si este modelo de libertad puede tener acomodo en la sociedad digital o debemos transitar hacia otro modelo de libertad menos individualista y, sobre todo, menos posesiva. Byung Chul Han apuesta por abandonar el concepto de “libertad individual”, propio del neoliberalismo, y dirigirnos hacia un modelo de libertad relacional. Afirma este autor que el aislamiento total al que nos conduce el régimen liberal no nos hace realmente libres⁸². De esta manera pretende desvincular a la libertad del individualismo posesivo. Como ya ha advertido Macpherson, el liberalismo entiende al sujeto como “empresario de sí mismo”, y como empresario también en sus relaciones con los demás, ya que el rendimiento económico constituye la razón última de las relaciones interpersonales. El ánimo mercantil parece constituir el sustrato último de la sociedad digital, en la que se promueven las relaciones interpersonales con la finalidad de conseguir una población cautiva objetivo de un marketing personalizado. Sin embargo, la autonomía individual no tiene porqué identificarse con el individualismo posesivo y patrimonialista con el que se ha vinculado al liberalismo desde la Modernidad. Podemos entender la libertad personal o la autonomía individual como la capacidad que puede generar una persona de reflexionar, no solo sobre sí misma, sino también sobre su entorno y sobre los demás agentes intervinientes en ese mismo entorno. Esa posibilidad de reflexionar sobre un “yo relacionado con otros”, permite a la persona integrar otras realidades en sus decisiones. De esta manera, el individuo ejerce su “autonomía relacional” al tomar una decisión libre y comprensiva de las relaciones interpersonales que delimitan su entorno social⁸³.

Un claro ejemplo de los límites del individualismo posesivo lo encontramos en los Estados de Derecho, en los que la ciudadanía no ejerce un poder

⁸² B. CH. HAN, *Psicopolítica*, cit., p. 13.

⁸³ S. ÁLVAREZ MEDINA, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 45.

absoluto sobre sus propios bienes, incluso tratándose de sus datos personales. Los individuos desarrollan sus vidas en sociedades en las que la información y la comunicación resultan imprescindibles para la seguridad de la comunidad política, por lo que su información personal puede quedar puesta al juego de la ponderación. Por esta razón, la información, aún aquella que se refiere a datos personales, ofrece una imagen de la realidad social que no debe ser patrimonio exclusivo del interesado. Si todos cedemos información al ámbito público, posiblemente esto pueda revertir positivamente sobre nosotros mismos. Esto se ha puesto claramente de manifiesto con la pandemia del Covid-19. La crisis mundial del coronavirus nos ha hecho tomar conciencia de la debilidad del argumento del interés privado frente al imperio de la salud pública y del interés general. El bien de la salud pública no solo justifica la limitación de la libertad de movimiento entre otras, sino que, además, justifica la cesión tácita al Estado de nuestros datos sanitarios. Esto supone abandonar un modelo de “consentimiento informado” rígido –como el que contempla el RGPD (Reglamento General de Protección de Datos de la UE)- y transitar hacia la consolidación de un modelo “opt-out” u opción salir. Es decir, a menos que el sujeto titular de la información sanitaria exprese lo contrario, sus datos pasarán a formar parte del flujo de datos públicos del que se nutren tanto las medidas de salud pública, como la investigación sanitaria pública, cuya fundamentación última se encuentra en el criterio del interés general⁸⁴. Este modelo presume el consentimiento, es decir, se aplica un consentimiento tácito por defecto, como sucede en el sistema español de donación de órganos y, de ahí, su éxito mundial.

En su versión más amplia, este “modelo de consentimiento presunto”, posibilitaría un uso privado de los datos sanitarios y, por consiguiente, permitiría que las empresas privadas se lucraran de dicho patrimonio público. Si bien es cierto que esta idea puede generar reticencias, ya que la industria

⁸⁴ Como advierte Federico de Montalvo “seguir asentando el modelo legal en el postulado de que la enfermedad y sus datos sólo les pertenecen a quienes sufren aquélla y no a los demás es, en nuestra opinión, ignorar la realidad. A este respecto, debemos recordar que la protección de datos no es, ni nunca ha sido, un fin en sí misma, sino que, más bien, sirve para proteger a la persona en el libre desarrollo de su personalidad, tanto en su esfera privada como en la esfera pública”. Mantener una posición que ignore el beneficio colectivo de los datos sanitarios no está primando la autonomía, sino el egoísmo y el narcisismo. Véase F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, “Una reflexión desde la teoría de los derechos fundamentales sobre el uso secundario de los datos de salud en el marco del Big Data”, *Revista de Derecho Político* de la UNED, núm. 106, 2019, p. 53.

farmacéutica y sanitaria busca maximizar su beneficio económico, no es menos cierto que sus resultados –bienes y servicios sanitarios– pueden repercutir muy positivamente en la calidad sanitaria de la sociedad en su conjunto. Además, ha de tenerse en cuenta que el sector sanitario está regulado y limitado por el “deber de secreto”, base fundamental de la relación de confidencialidad entre el personal sanitario y el paciente, y que viene a reforzar la seguridad en el tratamiento de los datos personales. La investigación participada entre lo público y lo privado es, seguramente, lo más eficiente e inteligente actualmente, y será con toda probabilidad lo que permita el éxito en la investigación de la vacuna del Covid-19⁸⁵.

Es indudable que nos encontramos ante un triste hito histórico que ha arrojado a la humanidad a la mayoría de edad de manera abrupta. Quizá haya llegado el momento de “atrevernos a saber” que seguramente a partir de ahora no dispongamos de un control pleno sobre nuestros datos sanitarios, sobre nuestros hábitos de vida y sobre nuestra ubicación geográfica, al menos hasta que la amenaza de una pandemia se disipe totalmente. Posiblemente este hecho provoque el inicio de una reflexión colectiva que nos haga tomar conciencia de cuál es el valor real que tiene nuestra información personal en la sociedad digital y exijamos tomar el control para gestionarla con la finalidad de que revierta en el bien colectivo. De este modo, quizá podamos abandonar el individualismo radical que dirige la vida occidental y que da origen a la concepción patrimonialistas de la realidad y, por consiguiente, de nuestra información personal.

4. CONCLUSIONES

Si bien la Modernidad trajo consigo la libertad individual, entendida como espacio privado de no interferencia, quizá haya llegado el momento de superar esta concepción y de abrirnos a realidades colectivas que exigen nuestra implicación y colaboración más directa. La sociedad digital demanda una idea de libertad relacional, entendida como la capacidad de desarrollar nuestra personalidad de manera autónoma, aunque en conexión necesaria con el entorno social, es decir con el marco de relaciones interpersonales en el que nos integramos. Esto puede ayudar a desvincular el derecho a la auto-

⁸⁵ El NIH (Institutos Nacionales de Salud) ha creado una asociación público-privada para acelerar el desarrollo de una vacuna contra el Covid-19.

determinación informativa de la idea de un espacio virtual de dominio privado, y de carácter patrimonial, que ha imperado en los últimos tiempos.

Por otro lado, debemos tomar conciencia de cuál es la verdadera naturaleza de la sociedad digital y de cuáles son las posibilidades reales de democratizar dicho espacio que, como ya hemos advertido, aglutina diversas dimensiones y no todas son de carácter político. De cualquier modo, ha de tenerse en cuenta que para ser “ciberciudadanos” primero tenemos que estar dispuestos a actuar como tales, tenemos que desear tomar el control y ejercerlo de manera democrática. Incluso, podríamos ambicionar la “libertad de los antiguos”, a través del ejercicio de la democracia directa, ya que internet nos ofrece un espacio perfecto para desarrollar nuestra autodeterminación política.

De momento, la realidad de la sociedad digital nos recuerda que seguimos en régimen de libertad vigilada. Y quién sabe si el efecto anestésico de los nuevos tiempos nos haga dejar de anhelar la libertad de los modernos, cuando ya nos hayamos acostumbrado al confinamiento custodiado de la sociedad digital.

VANESA MORENTE PARRA

Filosofía del Derecho

Universidad Pontificia de Comillas ICADE

c/ Alberto Aguilera, 23

28015 Madrid

e-mail: vanesamorente1980@gmail.com

REGLAS DE JUEGO Y ORDEN CONSTITUCIONAL COMO REGLAS DE LA CONVIVENCIA

THE RULES OF THE GAME AND CONSTITUTIONAL ORDER AS RULES OF COEXISTENCE

JUAN-RAMÓN FALLADA-GARCÍA-VALLE
Universitat Rovira i Virgili

Fecha de recepción: 6-5-20

Fecha de aceptación: 13-10-20

Resumen: *Algunas expresiones caracterizan el orden constitucional como las “reglas del juego” o “de convivencia”. Este artículo explora algunas características fundamentales de los órdenes constitucionales a partir de su comparación con las reglas de los juegos. Libertad, carácter lúdico y ausencia de castigos para quienes deciden no jugar, se contraponen a supuesta aceptación compartida de las normas constitucionales, sacralidad y potencial uso de la violencia desregulada contra la disidencia. A partir de esa caracterización de los órdenes constitucionales, se hacen algunos comentarios críticos.*

Abstract: *Some expressions identify the constitutional order with the “rules of the game” or “of the convivence”. Taking that as a starting point, some key characteristics of the constitutional orders are pointed out, by comparing them with the rules of the games. Freedom, ludic character and lack of punishment to those who decide not to play are confronted to supposed shared consent of the constitutional norms, sacredness and potential use of unregulated violence against dissidence. From that characterization some critical comments will be made.*

Palabras clave: reglas de juego, orden constitucional, normas regulativas/constitutivas, estado de excepción, estado de derecho, derecho a la autodeterminación

Keywords: rules of game, constitutional order, regulative/constitutive norms, state of exception, rule of law, right of self-determination

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

De las constituciones se suele afirmar que establecen las reglas de juego de una comunidad política o, también, las reglas de convivencia. Creo que lo que se está afirmando es que hay unas normas fundamentales teóricamente aceptadas y compartidas por sus miembros mediante las cuales una comunidad política se constituye y se define a sí misma. Este artículo pretende explorar los paralelismos (y las divergencias) entre las reglas de los juegos y el orden constitucional, entendido éste como el conjunto de normas dirigidas a posibilitar y articular la convivencia social.

No toda relación social es una relación de convivencia. Sin ánimo de exhaustividad, una relación de convivencia consistiría en una relación entre partes que se consideran iguales entre sí, basada en la voluntariedad, estable en el tiempo, amplia y compleja por el alcance de las actividades comunes, con objetivos compartidos por las partes, dando todo ello lugar a la constitución de una comunidad sustentada por lazos de afectividad.

Esos rasgos guardan relaciones entre sí. Por ejemplo, que las partes estén situadas en un plano de igualdad, consecuencia de un respeto recíproco, hace que la relación se base en la voluntariedad y contribuye a la formación de lazos afectivos. Con todo, de entre todos esos rasgos me centraré en los de la voluntariedad y la constitución de una comunidad, pues creo que resultan particularmente importantes para entender las semejanzas entre las relaciones de convivencia y las relaciones sobre las que se sustenta la actividad de jugar: tanto el convivir como el jugar pasan por aceptar someterse a las normas que regulan esos modos de relacionarse; por otro lado, quienes aceptan someterse establecen una relación que, por sus peculiaridades, conlleva la creación de una comunidad. Un objetivo central de este trabajo reside en mostrar la relevancia de esos dos elementos a la hora de mostrar las semejanzas y diferencias entre las reglas de los juegos y las normas constitucionales de las comunidades políticas.

Esta no es una cuestión extraña al pensamiento político o jurídico. El meollo del problema de la legitimación del poder político y la justificación del deber de obediencia al Derecho reside ulteriormente en que, quienes están sujetos a ese poder, acepten tal posición de sujeción. Diría que todas las ideologías políticas coinciden en sostener que el poder político queda legitimado y la obediencia al derecho justificado si actúa, no con miras al interés de los gobernantes o de algún otro grupo particular, sino al de la comunidad política.

Un último comentario introductorio. La creencia en la idoneidad de la comparación entre reglas de los juegos y orden constitucional parte de ciertos presupuestos metodológicos. Por cuestiones de espacio y de delimitación del objeto de estudio, no se entrará ni en la exposición ni en el análisis de esa metodología, si bien se hacen ciertos apuntes al respecto en algunas notas a pie de página. Sólo un apunte muy general que, espero, ayude a la lectura de esas notas. Se parte aquí de una concepción del derecho no-formalista, pues se cree que el fenómeno jurídico está inextricablemente interrelacionado con la política. Tradicionalmente, esas interrelaciones han encontrado su lugar de máxima condensación en la noción de “soberanía”, noción que conlleva la sacralización de la esfera de lo jurídico. Frente a esa manera tradicional de entender las relaciones entre derecho y política, aquí se lanza una propuesta alternativa que vigoriza las relaciones de lo jurídico y lo lúdico. El punto clave que, a mi entender, da cuenta de esa idoneidad radica en que la actividad de jugar consiste en una actividad libre sujeta a reglas (es decir, que el sometimiento a las reglas del juego parte de la previa aceptación), idea nuclear del principio democrático y, por ende, del Estado de derecho. Por esa vía, las relaciones entre política y derecho varían respecto a aquella comprensión tradicional: la política queda sujeta a la normatividad del derecho. Es dentro de ese marco donde el análisis formalista-normativista del derecho tomaría sentido y relevancia.

2. SOBRE LAS REGLAS DE LOS JUEGOS

2.1. Normas constitucionales de las reglas de los juegos como normas definitorias y constitutivas de una actividad lúdica y de una comunidad de jugadores

A la hora de comparar las reglas de los juegos y los ordenamientos jurídicos, el Derecho se suele relacionar con aquellos juegos que Caillois situaría en la esfera del *ludus* en contraposición a la esfera de la *paidia*¹. Esa recurrente ubicación del fenómeno jurídico en el terreno de lo ordenado resulta acertada en situaciones de normalidad, si bien será puesta en cuestión cuando, al

¹ *Ludus* hace referencia a la acción calculada, meditada y subordinada a normas pre-establecidas, mientras que con *paidia* se refiere a la acción proactiva, tumultuosa, exuberante y espontánea. Ver R. CAILLOIS, *Man, play, and games*, Urbana; Chicago, University of Illinois Press, [1958] 2001, p. 13.

analizar en qué medida es correcta la analogía entre las normas constitucionales y las reglas de los juegos, se tenga en cuenta el fenómeno del estado de excepción, es decir, la suspensión del orden jurídico.

Todo reglamento de un juego se estructura estableciendo un objetivo o valor (de manera genérica, ganar la partida), una serie de reglas que determinan² y constituyen patrones fijos para los movimientos considerados correctos y que delimitan la manera de conseguir ese objetivo, una serie de reglas que ordenan la secuenciación de esos movimientos considerados correctos y, finalmente, una serie de reglas que determinan los componentes necesarios para poder llevar a cabo esos movimientos considerados correctos. Las reglas de los juegos que cumplen alguna de esas funciones se denominarán “normas constitucionales”.

Desde el punto de vista de las funciones del lenguaje, las normas constitucionales de un juego son aquellas normas que, desde una posición interna (más adelante se entrará en esta cuestión), cumplen, o bien la función de determinar la validez o nulidad –la posibilidad o la imposibilidad– de una acción a efectos del juego (función definitoria o determinativa)³, o bien la función de constituir o crear una acción encaminada a la consecución del objetivo marcado por el propio juego, de tal forma que, sin esas normas, la actividad en cuestión no existiría (función constitutiva).

En algunos casos, las reglas de los juegos se componen exclusivamente de normas constitucionales, como es el caso del ajedrez. En otros, como sucedería en el *Monopoly*, las reglas del juego incluyen tanto normas constitucionales como prescriptivas. Frente a las normas constitucionales, las normas prescriptivas (en sentido amplio) serían 1) aquellas que tienen la función de guiar la conducta mediante el establecimiento de permisos, obligaciones o prohibiciones, y cuyo incumplimiento, durante el normal desarrollo de la partida, conlleva la imposición de sanciones (normas prescriptivas en sentido estricto), y 2) también aquellas donde se recoge el deber de imponer una sanción en caso de haber incumplido con alguna norma prescriptiva del tipo anterior (normas de sanción).

Las normas constitucionales de las reglas de los juegos conforman sistemas normativos de validez conjunta y autónoma. Raz⁴ caracteriza este tipo

² G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 26.

³ G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., pp. 25-26.

⁴ J. RAZ, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 130-141.

de sistemas como aquellos en que el incumplimiento de una sola de las reglas deja sin sentido el hecho de cumplir con las demás, lo cual equivale a afirmar que el incumplimiento de una norma implica dejar de llevar a cabo la actividad de jugar. En ese sentido, las normas constitucionales de las reglas de un juego constituyen conjuntamente la actividad de jugar a un juego.

“Jugador” es aquel agente que lleva a cabo una actividad lúdica regulada por las reglas de un juego, esto es, que asume como único valor el estipulado en las reglas y se rige por éstas para conseguir realizar el fin propuesto. Si la actividad no se realiza en solitario, los agentes que están llevando a cabo una misma actividad forman parte de una misma comunidad de agentes⁵ (o “comunidad de jugadores” en el caso de la actividad de jugar). Desde esta perspectiva, las normas constitucionales se pueden definir como aquellas normas que todos los agentes tienen que cumplir para que todos ellos estén realizando la misma actividad; inversamente, se trataría de aquellas normas cuyo incumplimiento implicaría que ya no todos estarían llevando a cabo la misma actividad. Respecto a las normas constitucionales de una actividad no cabe, en principio, el término medio: o bien se cumple con las reglas de juego, en cuyo caso se está llevando a cabo la actividad y se forma parte de la comunidad de agentes (o jugadores), o no se cumple con ellas y, entonces, no se está llevando a cabo la actividad, ni se forma parte de la comunidad de agentes (o jugadores). En consecuencia, en la medida en que el propósito sea que un determinado colectivo de agentes lleve a cabo la misma actividad, respecto al cumplimiento o no de las normas constitucionales se exige la unanimidad, sin que resulte admisible la disensión.

2.2. Actividad lúdica como actividad voluntaria

El juego es una actividad lúdica: si un juego no divierte, lo normal es que se deje de jugar y, tal vez, que no se vuelva a jugar⁶. Dejar de jugar tiene que ser siempre una opción⁷; en el momento en que no cabe la posibilidad de abandonar el juego, éste deja de serlo.

⁵ Se define “comunidad de agentes” como el grupo de personas que, voluntariamente, adecúan su comportamiento de manera generalizada y estable a las normas constitucionales de una actividad.

⁶ E. GOFFMAN, “Fun in games”, en *Encounters*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Company, 1961, pp. 17-81.

⁷ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Madrid, Alianza/Emecé, [1954] 2000, p. 27; R. CAILLOIS, *Man, play, and games*, cit., pp. 6-7.

En la medida en que se puede decidir jugar o no jugar, las normas constitucionales de una actividad lúdica regulan una actividad libre, voluntaria. Que se trate de una actividad libre guarda relación con el hecho de que el cumplimiento de las normas constitucionales no viene respaldado por ninguna norma de sanción. Unas reglas de juego formadas exclusivamente por normas constitucionales es un sistema normativo que no contempla la imposición de sanciones negativas en caso de que éstas sean incumplidas. Desde esta perspectiva, las normas constitucionales se definen como aquellas normas compartidas que, teóricamente, todos los miembros de una comunidad de agentes asumen como válidas mientras llevan a cabo la actividad definida. Suponer que todos los miembros asumen las normas de esa actividad como válidas significa que, en principio, cada uno de ellos acepta voluntariamente someterse a las reglas del juego, esto es, acepta adecuar su conducta a aquellas reglas comunes que constituyen la actividad en cuestión. Siendo esto así, el recurso a la coacción como medio para asegurar el cumplimiento de las normas no sólo no debería resultar necesario, sino superfluo e, incluso, contraproducente.

2.3. Lo lúdico y lo cotidiano

En su función descriptiva, las normas constitucionales de las reglas de los juegos construyen conjuntamente el mundo vinculado a la actividad regulada en ellas, mundo que adquiere autonomía respecto al mundo de la vida cotidiana. En primer lugar, literalmente dentro del mundo vinculado a la actividad de jugar no habría ningún ente más de los estrictamente necesarios, ni esos entes tendrían ninguna característica más de las estipuladas por las propias reglas del juego y que vienen determinadas por el objetivo del juego estipulado y los movimientos considerados correctos para la consecución del mismo. Así, lo que una palabra significa en el mundo vinculado a las reglas de un juego suele diferir sustancialmente del significado que se le atribuye en el mundo de la vida cotidiana porque también los objetivos y valores, y las acciones reguladas son sustancialmente distintas.

La separación entre el mundo generado por las reglas de un juego y el mundo de la vida cotidiana se evidencia a través de los diferentes valores y objetivos que dan cuenta de la actividad que tiene lugar en cada uno de ellos. Que el juego sea una diversión guarda relación con que el objetivo (lo que tiene valor) venga determinado por el propio juego, pues esto permite que el objetivo último fijado resulte trivial en la mayoría de juegos. Los objetivos de los juegos resultan triviales porque la determinación de ganadores y perdedores

no tiene consecuencias que se alarguen más allá de la partida en concreto (una partida a un juego se desarrolla con total independencia respecto a cualquier otra partida), ni tampoco más allá del ámbito del propio juego, es decir, respecto a la consecución de otros objetivos o valores de otras actividades que sí repercuten sobre el proyecto de vida personal. Con todo, lo anterior requiere ser precisado, pues hay casos en que la actividad lúdica sí tiene repercusiones sobre la vida cotidiana: así, por ejemplo, en los juegos con un componente físico, cabe la posibilidad de lesionarse; otros supuestos serían el de los juegos con dinero (normalmente de azar), y también cuando se juega por dinero, es decir, cuando se hace de manera profesional. En estos casos, quien se arriesga a lesionarse, o juega con o por dinero debería aceptar las posibles consecuencias negativas que del jugar se puedan derivar para su vida cotidiana, circunscribiéndolas al ámbito del juego (v. gr., no demandando al causante de la lesión sufrida, siempre que ésta haya sido resultado de una acción circunscrita a la partida). Cuando el agente no separa la actividad lúdica de la vida ordinaria, el juego se pervierte⁸. Así pues, en la medida en que el objetivo viene dado, el juego supone una forma de evasión temporal de la responsabilidad de tener que tomar decisiones serias acerca de qué es valioso y cómo alcanzarlo. El hecho de que, para el jugador que está jugando, lo único que tiene valor es precisamente el objetivo que el juego le propone, implica que la preocupación por los objetivos serios de la vida queda en suspenso. Lo anterior permite distinguir, de momento, tres planos: 1) el plano de la vida cotidiana⁹ o de lo serio, esto es, el de la vida dirigida por objetivos y decisiones particulares; 2) el plano de evasión de la vida cotidiana o de lo lúdico (o lo no serio), en que el juego aparece como una distracción del deber y la responsabilidad de decidir; y 3) el plano de lo serio de lo lúdico, de la seriedad de los objetivos establecidos por el juego para el jugador, quien los adopta en exclusividad mientras está jugando¹⁰. Con base en esta división, los jugadores se caracterizarían por adoptar el objetivo del juego como lo único serio o con valor, distrayéndose temporalmente de su cotidianidad. En la medida en que se abandona al objetivo propuesto por el juego, “jugador” es aquel que deja, en cierto modo, de ser él mismo para devenir el agente construido por las reglas del juego¹¹.

⁸ R. CAILLOIS, *Man, play, and games*, cit., pp. 5 y 43-55.

⁹ Una fenomenología de la vida de la vida cotidiana, en P. BERGER; T. LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires; Madrid, Amorrortu-Murgua, 1968, pp. 36 ss.

¹⁰ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., pp. 17-18.

¹¹ H.-G. GADAMER, “El juego como hilo conductor de la explicación ontológica”, en *Verdad y método*, 3ª ed., Salamanca, Ed. Sígueme, 1988, p. 155.

Las reglas de los juegos incluyen también, por lo menos, una norma de secuenciación (o continuidad). Las normas de secuenciación establecen lo equivalente a la dimensión temporal del mundo construido por ellas. Respecto a éstas, Raz sostiene que «su propósito radicaría en que el juego siga adelante, o, más precisamente, esta norma determina parcialmente lo que cuenta como jugar el juego. El castigo por violar reiteradamente las normas de continuidad es que el infractor pierde el juego y es expulsado de él aunque podría haber castigos más pequeños por infracciones menores de las reglas de continuidad. Es el hecho de que la violación de una norma de mandato dé por resultado la pérdida del juego lo que indica que la norma es una norma de continuidad»¹². La caracterización hecha por Raz de las normas de continuidad resulta, a mi entender, confusa. Primeramente, serían aquellas normas que establecerían el simple deber de mover por parte de un determinado jugador, pero además expresarían el deber de mover eligiendo la mejor opción posible para alcanzar el objetivo del juego (ganar la partida), o, lo que es lo mismo, mandarían permanecer jugando hasta el momento mismo en que se determina que se ha ganado la partida. Pero las consecuencias de la vulneración de esos dos deberes son bien distintas. En el primer caso, si un agente incumple el deber de mover cuando le toca, la consecuencia es que deja de jugar (la acción se considera inválida, nula, inexistente). En cambio, la vulneración del deber de actuar conforme a la mejor opción conlleva que el jugador pierda el juego. El juego finaliza igualmente, pero sólo para el jugador que no ha optimizado suficientemente sus movimientos. En ambos casos, las causas y consecuencias del cese del juego difieren sustancialmente. Se reserva la denominación de “normas de secuenciación”¹³ (o “continuidad”) para aquellas normas que establecen meramente el deber de mover, mientras que a las normas que fijan el deber de elegir la mejor de las opciones posibles para alcanzar el objetivo del juego las denominaré “normas de optimización”. A diferencia de las normas de optimización, las normas de secuenciación vienen explicitadas en las reglas de juego. En tanto que enunciados descriptivos, este tipo de reglas establecen la temporalidad del mundo construido, esto es, ordenan la secuencia temporal de acontecimientos dentro del mundo construido por el juego.

¹² J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., pp. 133.

¹³ La denominación de “normas de secuenciación” se antoja más pertinente si se quiere prescindir del elemento volitivo del querer continuar jugando por parte de los agentes para focalizar la atención en la dimensión estrictamente normativa.

2.4. Estado de excepción en las actividades lúdicas

Del carácter voluntario de las actividades lúdicas se deriva un rasgo fundamental de sus normas constitucionales: ningún reglamento de un juego recoge sanción alguna por abandonar el juego.

Reglamentariamente, no se estipula sanción negativa en caso de incumplimiento de una regla constitucional¹⁴, sino la nulidad de ese acto: se considera que esa acción no ha sucedido porque las reglas estipulan que es imposible (en un sentido ontológico) que suceda dentro de una partida. En tanto que el acto es considerado nulo o inválido por las reglas del juego, la conducta infractora sitúa al jugador fuera del juego: el individuo deja de jugar. Lo que se hace determina lo que se es, y lo que se hace y se es viene, a su vez, supeditado por la voluntad del agente de someterse a las reglas del juego.

Desde luego, cabe la posibilidad de que el resto de jugadores achaquen el incumplimiento de una regla del juego al desconocimiento de la regla (lo que presupone la creencia por su parte de que el agente tiene la intención de atenerse a ellas), o que lo acusen de hacer trampas (lo que presupone la creencia por su parte de que el agente conoce la regla vulnerada y de que ha actuado con la voluntad de incumplirla, pero con el fin de conseguir realizar el objetivo fijado por el juego¹⁵), o tal vez de aguafiestas o aburrido. En todos los casos, la actividad de

¹⁴ J.R. SEARLE, *Actos de habla*, 9ª ed., Madrid, Cátedra, [1969] 2017, p. 59.

¹⁵ R. CAILLOIS, *Man, play, and games*, pp. 7 y 45, señala que el hecho de que el tramposo pretenda sacar ventaja de las reglas, haciendo creer al resto de jugadores que las respeta cuando en realidad las está incumpliendo, es motivo suficiente para considerar que sí está jugando al mismo juego que el resto; arruina el juego sólo quien considera que éste no tiene sentido. Personalmente, discrepo de esta línea de pensamiento. No es suficiente para afirmar que se está jugando al mismo juego el que los jugadores compartan el objetivo fijado por el juego. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que, en caso de que se pille al tramposo, la reacción normal sea la reprobación de su conducta e, incluso, su expulsión si ello supone una condición necesaria para continuar la partida, o, en caso de que no quepa subsanación del perjuicio, se invalide la partida y, por tanto, se finalice. Puede que el tramposo le encuentre sentido al juego, pero lo normal es que lo arruine para el resto de jugadores. Sólo si, una vez los demás jugadores se cercioran de que el tramposo está jugando con otras reglas y lo aceptan, entonces se puede afirmar que están llevando (e incluso, de que han llevado) a cabo la misma actividad, si bien el juego sea ahora otro distinto al que se suponía que estaban jugando inicialmente, pues las reglas han cambiado. *Ad interim*, el tramposo y el resto de jugadores aparentemente estaban realizando la misma actividad, cuando en realidad estarían realizando actividades distintas. Esa superposición de actividades también se presenta cuando los padres juegan con sus hijos pequeños y se dejan ganar. Aquí, los padres hacen trampas intencionadamente, sólo que para perder (enfocado desde las reglas del juego al que, aparentemente, se está jugando). A mi entender, en esa situación, los padres no han aceptado ni los valores del juego, ni las

jugar queda suspendida momentáneamente hasta la aclaración de esa situación de excepcionalidad. En el caso de desconocimiento de la regla, lo normal es que se proceda a la explicación de la regla violada para luego exhortar a su acatamiento. En el caso de la acusación de hacer trampas, se cuestiona si el jugador que ha actuado desviadamente sigue jugando o no, suspendiéndose la actividad de jugar hasta que no se aclare ese punto. Con todo, la acusación de tramposo presupone que, al mismo tiempo, aún se considera que ese jugador está jugando, lo cual se espera que ponga de manifiesto mediante la rectificación de su movimiento antirreglamentario. Su movimiento se entiende como incorrecto por lo que se está a la espera de su rectificación. Si finalmente no rectificara su movimiento, entonces cabría la acusación de aguafiestas o aburrido por parte del resto ante la autoexclusión de esa persona. Aquí la acusación partiría de la toma de conciencia de que esa persona ha dejado de jugar. En los dos últimos casos, la acusación formulada supone una forma de sanción negativa (consistente en una reprobación verbal) que no viene estipulada en las reglas del juego, pero que es formulada por quienes continúan jugando, si bien la actividad se encuentra en suspenso; esas sanciones son, por expresarlo de alguna manera, externas a las reglas del juego, pero al mismo tiempo ejecutadas por parte de aquellos que continúan jugando, es decir, de aquellos que se hayan sometidos voluntariamente a ese orden normativo.

2.5. Posición interna y posiciones intersticiales (interna y externa) en actividades libres

De todo lo anterior se desprende que las desviaciones de la conducta se pueden enfocar desde dos perspectivas distintas, la del agente que decide desviarse y la de la comunidad de agentes. Parece evidente que, desde el primer punto de vista, la decisión de abandonar la actividad no supone sanción negativa alguna, puesto que sería el resultado de una decisión querida y voluntaria. Si se mira desde la óptica de la comunidad de agentes, entonces puede que ésta no reaccione negativamente; pero cabe también la posibilidad de que ésta sí reaccione negativamente. En el caso de la actividad de jugar, en ningún caso esa reacción negativa viene prevista reglamentariamente.

De manera más general, en las actividades voluntarias se pueden distinguir dos grandes posiciones: la interna y la intersticial. Se denominará “po-

reglas: aunque sus actividades resulten complementarias, en realidad, padres e hijos están llevando a cabo actividades distintas, con valores y reglas distintos.

sición interna” a la de aquel agente que ha aceptado someterse a las normas constitucionales de una actividad y se halla inmerso en ella. Se denominará “posición intersticial” a la de aquel individuo que mantiene cierto tipo de relación con las normas constitucionales, pero de tal manera que no está situado ni propiamente dentro (no se somete a las reglas de juego), pero tampoco completamente fuera de la comunidad de agentes. Esta segunda posición, se puede subdividir en otras dos. Si esa situación de ambivalencia se debe a que, aún sin actuar como miembro de una comunidad de agentes, está decidiendo si formar parte o no de la comunidad (ya sea entrando o no entrando, o manteniéndose o saliéndose de ella), entonces se denominará “posición intersticial externa”. Si, en cambio, se debe a que la comunidad de agentes, sin dejar la actividad, la suspende para demandar a un tercero que juegue, o para recriminarle que no lo haga, o para decidir expulsarlo de la partida (y, por tanto, de la comunidad de jugadores) en caso de que no quiera abandonarla (como podría ser el caso de un tramposo), entonces se denominará “posición intersticial interna”.

A partir de esas dos posiciones, es posible también distinguir entre el “tiempo constituido” y el “tiempo constituyente” de una actividad instituida por un conjunto de normas constitucionales. El tiempo constituido transcurre mientras se aplican las normas de secuenciación y la actividad se desarrolla con normalidad por parte de la comunidad de agentes (cuando todos los considerados miembros de una comunidad se sitúan en una posición interna); el tiempo constituyente irrumpe cuando algún agente se sitúa en alguna de las dos posiciones intersticiales.

3. ORDEN CONSTITUCIONAL COMO REGLAS DE LA CONVIVENCIA (O DEL JUEGO)

3.1. El carácter múltiple de las normas constitucionales de los ordenamientos jurídicos

De manera análoga a las reglas de los juegos, los órdenes constitucionales definen y constituyen la actividad de comunidades políticas, estableciendo los valores y objetivos perseguidos, demarcando las acciones que se consideran válidas y, en ese sentido, posibles, así como las que se consideran inválidas (o nulas), y, en consecuencia, “imposibles”. Respecto a la temporalidad de los órdenes constitucionales, me decanto por pensar que se

caracterizaría por dos notas: su carácter cíclico (no lineal) y su vocación de permanencia indefinida en el tiempo; no se entrará en demasiados detalles, pero alguna cosa se comentará sobre esas particularidades. Un orden constitucional está compuesto por el conjunto de normas constitucionales de un ordenamiento jurídico.

En el ámbito de lo jurídico, se entiende por “normas definitorias constitucionales” aquellas que definen a la comunidad política y determinan la actividad de ésta. En otras palabras, son aquellas normas que construyen el mundo vinculado a la actividad de una comunidad política. En su función definitoria (o determinativa), esas normas crean una realidad normativa distinguible y separada de otras realidades, en particular de la realidad social¹⁶. Los componentes fundamentales que conforman el mundo de cualquier comunidad política son el territorio, la población, el propio Estado en tanto que organización política y un conjunto de valores y objetivos, junto a una serie de elementos simbólicos de carácter identitario¹⁷. El conjunto de valores y objetivos conformaría el proyecto político comunitario, a cuya realización, teóricamente, va encaminada la actividad de la comunidad. Al mismo tiempo, el proyecto político sería el rasgo identitario fundamental de las comunidades políticas, es decir, aquello que las definiría, aquello que determinaría lo que cada una de ellas es; en otras palabras, lo que una comunidad política es se identifica con lo que proyecta ser. En consecuencia, la realidad construida por las normas constitucionales no es sino una idealización, y la comunidad política una comunidad imaginada¹⁸ con vocación, eso sí, de transformar la realidad social, de modo que lo fáctico acabe correspondiéndose con el ideal.

¹⁶ Para una fundamentación, desde las neurociencias, de la acción humana como base del conocimiento humano y, en consecuencia, del carácter constructivo de la realidad, ver G. RIZOLLATI; G. SINIGAGLIA, *Las neuronas espejo: Los mecanismos de la empatía emocional*, Barcelona, Paidós, 2006; y G.M. EDELMAN; G. TONONI, *El universo de la conciencia*, Barcelona, Crítica, 2002. Una exposición sintética de las corrientes más importantes que han señalado el carácter constructivo de una realidad jurídica (relativamente) autónoma que se conforma a través del propio Derecho, en G. TEUBNER “How law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, *Law & Society Review*, vol. 23, núm. 5, 1989, pp. 727-758. Ver, también, P. BORDIEU, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en p. BOURDIEU; G. TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Santafé de Bogotá, Uniandes, 2000, pp. 155-220.

¹⁷ Definir la comunidad política vendría a corresponderse con lo que K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 63-65, denomina “la decisión política fundamental”, concepto sobre el cual se articula la teoría de C. SCHMITT, *La dictadura*, 4ªed., Madrid, Alianza ed., [1978] 2013.

¹⁸ A.-M. THIESSE, *La creación de las identidades nacionales*, Madrid, Ézaro, 2010; B. ANDERSON, *Imagined communities*, 2ª ed., Londres; Nueva York, Verso, 1991.

En el ámbito de lo jurídico, se entiende por “normas constitutivas constitucionales” aquellas que articulan la comunidad alrededor de un proyecto político (de unos valores y objetivos) y constituyen la actividad de la comunidad política considerada al mismo tiempo como legítima y posible. Una “comunidad política” es aquel conjunto de individuos que comparten unas mismas reglas de juego constitucionales, esto es, que llevan a cabo una misma actividad política. Nuevamente, lo que debe ser (el ámbito de la acción política debida) y lo que es (el ámbito de la acción política factible) se confunden: delimitan el ámbito de la acción política considerada legítima por parte de la población y del Estado (esto es, la acción dirigida a la realización de los valores y objetivos comunitarios), ámbito que se corresponde con el marco de acciones consideradas posibles dentro del mundo construido por las normas definitorias constituyentes (lo cual determina lo que “es posible” o “no es posible” hacer, esto es, “lo que se puede” hacer en un sentido ontológico), de tal manera que la identidad comunitaria se identifica con el proyecto político supuestamente compartido¹⁹. Nótese que lo considerado “posible” o

¹⁹ R. SMEND, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, [1928] 1985, sería, a mi entender, un buen exponente de una teoría constitucional que plantea las relaciones entre comunidad política y Estado en los términos aquí expuestos. A este respecto, define “Estado” como aquella asociación voluntaria real o soberana (pp. 52-62) en continuo proceso de integración en la realidad (pp. 62ss.). Más recientemente, P. HÄBERLE, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000. En España, una posición afín a la de Smend sería de la P. LUCAS, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 1998, y “Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución: La Constitución como norma y como integración política”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 83, 1994, pp. 9-28. Con todo, las diferencias con los planteamientos de Smend o Lucas son también importantes. De manera significativa, se rechaza la metodología fenomenológica sobre la cual articulan la idea, nuclear para sus teorías, de vivificación del espíritu (comunitario e individual). Así, mientras que estos autores atribuyen entidad ontológica (como vida espiritual) a la comunidad política, a mi entender, hay que entenderla como un constructo producto de convenciones, esto es, si se me permite el oxímoron, como una realidad ilusoria: si bien la conceptualización nos permite acceder a la realidad, al mismo tiempo supone hacer abstracción, alejarse de ella. Para un planteamiento teórico afín al que aquí se mantiene, ver S. FISH, “Force”, en *Doing what comes naturally*, Oxford, Clarendon-Oxford University Press, 1989, pp. 503-524. Esa postura no sólo la considero más acertada epistemológicamente, sino también políticamente: frente a los peligros de posibles mistificaciones acríticas, considero saludable mantener una actitud reflexiva y crítica, sin negar por ello la necesidad y deseabilidad de generar sentimientos de pertenencia a una multiplicidad de comunidades. Por todo lo anterior, se cree más acertado metodológicamente la comparación político-normativa del orden constitucional con el orden de las reglas de los juegos. Otro tanto puede decirse de C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza ed., 1982, sólo

“imposible” de hacer lo es sólo visto desde dentro del mundo construido por las normas constitutivas constitucionales: la acción es “imposible” en el sentido de que quien actúa de manera contraria al orden constitucional se sale del mundo vinculado a éste y abandona la actividad comunitaria. En la medida en que el mundo construido por las normas definitorias constitucionales tiene su razón de ser en la actividad comunitaria establecida por las normas constitutivas constitucionales, éstas últimas resultan el tipo más importante dentro de las normas constitucionales.

La distinción que aquí se propone entre normas definitorias constitucionales y normas constitutivas constitucionales resulta análoga a la distinción entre definiciones legales y normas constitutivas (o que confieren poderes)²⁰. Por un lado, las normas constitutivas se asemejan a las definiciones legales en que definen aquellos agentes a quienes se atribuyen potestades jurídicas: identifican quién tiene potestad para hacer qué y, en consecuencia, qué actos gozan de validez jurídica (en el sentido de haber sido realizados por quien tiene poder normativo para hacerlo). Pero, a diferencia de las definiciones legales, las normas constitutivas crean una actividad institucional, esto es, establecen que sólo quien tenga atribuida la capacidad para generar determinadas consecuencias jurídicas, las generará, siempre y cuando su conducta cumpla con lo establecido en las normas constitucionales²¹.

Las normas constitutivas constitucionales no consisten en normas prescriptivas²². Su incumplimiento no comporta la imposición de una sanción,

que mientras Smend entiende que la unidad (el consenso) se alcanza mediante la integración de la diversidad, Schmitt considera que la unidad requiere uniformidad.

²⁰ M. ATIENZA; J. RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 4ª ed., Madrid, Ariel, 2012, pp. 78-81; J. FERRER, *Las normas de competencia*, Madrid, CEPC, 2000; D. MENDOCA, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, CEC, 1992.

²¹ Según M. ATIENZA; J. RUIZ, *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 83-89, estructuralmente, la fórmula canónica de las normas que confieren poderes sería la siguiente: “Si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional R.”

²² “J.R. SEARLE (*Actos de habla*, pp. 50-60) es quien populariza la contraposición entre normas constitutivas y normas regulativas (o prescriptivas), contraposición que le da pie a otra entre hechos brutos y hechos institucionales. Los hechos institucionales serían aquellos creados por sistemas de normas constitutivas y que, en consecuencia, sólo se pueden explicar haciendo referencia a este tipo de normas (p. 68-72). Por el contrario, J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., pp. 124-128, sostiene que ambas categorías son indistinguibles, pues toda norma sería regulativa y constitutiva al mismo tiempo. D. GONZÁLEZ, “Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle”, *Doxa*, núm. 13, 1993, p. 265-276, por un lado, admite la crítica de Raz de que toda norma es regulativa y constitutiva simultáneamente. Con todo, considera que esa distinción entre normas resulta pertinente. En el caso de las normas

sino la invalidez o nulidad del acto²³. Por otro lado, un acto llevado a cabo por quien tiene la capacidad normativa se considera, en principio, válido, aunque sin menoscabo de que pueda ser invalidado en caso de que no se cumplan determinados requisitos formales y materiales.

No se debe confundir el orden constitucional con el ordenamiento jurídico: el orden constitucional se refiere sólo a aquellas normas que definen y constituyen una comunidad política. Por otro lado, las normas constitucionales no se pueden identificar sin más con los artículos de rango constitucional: ni todo artículo recogido en una constitución consiste necesariamente en una norma constitucional del ordenamiento jurídico en el sentido aquí expuesto, ni todas las normas constitucionales de un ordenamiento jurídico tienen por qué venir recogidas en el texto constitucional. No todo artículo constitucional es necesariamente una norma constitucional por dos razones. En primer lugar, porque no todos los artículos constitucionales definen a la comunidad política, es decir, no alcanzan la dimensión holística que caracteriza este tipo de normas²⁴. En segundo lugar, porque puede que haya normas de rango in-

constitutivas, la descripción de la conducta resulta imposible si la norma no existe, pues es la norma la que crea la conducta (la conducta es institucional y, por tanto, la descripción sería siempre interpretativa), mientras que, en el caso de las normas regulativas, estas regularían y constituirían conductas naturales susceptibles de ser descritas como hechos naturales no interpretados (hechos naturales brutos) o interpretados, o como hechos institucionales (interpretados a partir de la propia norma). Su postura se sostiene sobre la distinción de González entre descripciones no interpretativas (hechos naturales brutos) o descripciones interpretativas (ya sea de hechos naturales o institucionales) y la afirmación de la posibilidad del primer tipo de descripciones. Personalmente, discrepo. A mi entender, si un hecho es plenamente bruto, es decir, se presenta como un hecho objetivo, puro, entonces no se puede enunciar nada de éste. González tiene razón cuando afirma que resulta imposible decir “yo prometo” si no existe la regla de prometer; pero, entonces, de manera similar es imposible describir el hecho de “dar 50 libras esterlinas” si no se dispone de la noción de dar, de 50 y/o de libra esterlina. Esa presunción remite, a mi entender, a un empirismo muy simple e ingenuo ya superado. Más acertadas me parecen las propuestas de A. PLACANI, “Constitutive and regulative rules: a dispute and a resolution”, *Phenomenology and Mind*, núm. 13, 2017, pp. 56-62, y de M. ATIENZA; J. RUIZ, *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 69 ss, las cuales sitúan la distinción en el tipo de conducta regulada: mientras que las normas regulativas mandan o permiten, las normas constitutivas (no puras) confieren poderes.

²³ La diferencia entre nulidad y sanción resulta significativa, pues la nulidad de un acto o una norma supone tratarlos como si nunca hubieran existido (porque su existencia no se considera posible en el mundo creado por el ordenamiento jurídico), mientras que la imposición de una sanción implica la comisión de un acto ilícito, pero, por ello mismo, considerado posible.

²⁴ Respecto al orden constitucional español, a esta idea responde la distinción de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid,

fraconstitucional que se tengan por normas constitucionales²⁵. En resumen, la condición de norma constitucional no depende de su rango jurídico, si no de su aceptación como norma definitoria de la comunidad política. Afirmar que el carácter de norma constitucional depende de la aceptación social equivale a afirmar que depende de un hecho fáctico extrajurídico. Este planteamiento resulta afín a la caracterización de la regla de reconocimiento hartiana²⁶.

Hechas las precisiones anteriores, en lo que sigue se hablará indistintamente de orden constitucional, normas constitucionales o de constitución (constituciones, textos constitucionales, etc.). A mi entender, una buena razón para justificar esa equiparación, y ello pesar de su imprecisión, residiría en que la mayoría de normas constitucionales suelen estar ubicadas en el texto constitucional, lo cual se debe a que una de las funciones atribuidas a las constituciones reside precisamente en constituir la comunidad política.

Es precisamente esa caracterización de las constituciones como los textos en los cuales se establecen las reglas de juego, o normas de convivencia, de las comunidades políticas²⁷ la que anima este trabajo. Así entendidas, las constituciones se tienen por la expresión del consenso fundamental pretendidamente existente en una comunidad o, lo que viene a ser lo mismo, por los textos jurídicos en que se define y constituye una comunidad política.

Una última aclaración antes de continuar. El sentido en el que se entiende aquí “norma constitucional” es puramente formal, esto es, como aquella norma que, por su fundamentalidad, ocupa una posición jerárquicamente superior respecto a otro tipo de normas que integran un ordenamiento jurídico, e indistintamente de cuales sean los valores y principios en ella expre-

Civitas, 1983, pp. 97-99, entre valores constitucionales básicos y fundamentantes y el resto de principios constitucionales menos relevantes. Otros autores que también establecen esa jerarquía dentro de los textos constitucionales. Ver, por ejemplo, G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 38-41, o F.J. LAPORTA, “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, en LAPORTA, F.J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, CEPC, 2003, pp. 75-92.

²⁵ Para el caso español, el sentido de los artículos en que se establecen los criterios recogidos en el Código Civil (ver Título I del Libro Primero) para determinar quien posee la nacionalidad española (algunos dirían: quien “es” español) serían buenos candidatos para este segundo supuesto.

²⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, [1961] 1998, pp. 125 ss.

²⁷ A modo ilustrativo, ver, para el caso de la actual constitución española, G. PECES-BARBA, “Un consenso para la convivencia”, *El País*, 6-12-1981, y “La Constitución como reglas del juego”, *El País*, 6-12-1977, o E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, Madrid, INAP, 2003, pp. 31 ss.

sados, es decir, de cuál sea su contenido material (“sentido sustantivo” de la norma)²⁸. Así, por ejemplo, tanto la constitución española de 1978, como las leyes fundamentales del régimen franquista cabe entenderlas como normas constitucionales en un sentido formal.

3.2. Obligatoriedad de los ordenamientos jurídicos y legitimación del poder político

Como se ha comentado, la actividad de jugar es una actividad libre, de manera que, ulteriormente, el jugar dependía de que los participantes aceptasen cumplir voluntariamente con las reglas del juego. Esa característica no se veía afectada por la posibilidad de que, desde quienes se encontraban en una posición intersticial interna (esto es, desde quienes querían jugar), reaccionaran negativamente ante la negativa a jugar por parte de un individuo a quien consideraban miembro de la comunidad de jugadores: el hecho de actuar obligado resultaba, por definición, incompatible con el carácter lúdico de la actividad de jugar. Por las características propias de la actividad de jugar, se podría decir que la validez y, por tanto, la obligatoriedad de las reglas del juego no es separable de su legitimidad.

No sucede lo mismo en el caso de las normas constitucionales de los ordenamientos jurídicos. Como regla general, la obligación jurídica se asegura mediante el uso de la violencia contra aquellos que no aceptan un determinado orden constitucional (lo que les ubica en una posición intersticial externa) por parte de quienes sí se adhieren al mismo (situándose en una posición intersticial interna)²⁹, como suele ser el caso de las diferentes instituciones del Estado respecto al orden constitucional que éste mismo ha creado. A diferencia de la actividad de jugar, cuya continuidad exige el consenso unánime de la comunidad de jugadores, la continuidad del orden constitucional es compatible con la existencia de disidentes dentro de la comunidad política; de hecho, lo

²⁸ La distinción entre el sentido formal y el material de las normas constitucionales tiene su correlato en la distinción entre el sentido formal y el material (o sustantivo) de las constituciones. Ver M. ATIENZA, “Constitución y argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, pp. 199.

²⁹ Para algunas interesantes reflexiones en torno al componente místico de la autoridad o, en otras palabras, de las relaciones entre fuerza y justicia en el momento constituyente, ver J. DERRIDA, “Del derecho a la justicia”, en *Fuerza de ley*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 52-54, donde aborda la aporía de la aceptación del sometimiento a ley como pretendido fundamento justificador del ordenamiento jurídico en los estados de derecho.

extraño sería que no los hubiera. En conclusión, la aceptación social de un orden jurídico no es condición necesaria para su existencia: su eficacia determina su existencia, no la valoración moral que hagan una serie de individuos. La validez y la obligatoriedad jurídicas de las normas constitucionales resultan independientes de la voluntad de quienes se hallan sujetos a ellas³⁰.

³⁰ Enfocado desde la filosofía del derecho, la separación de validez y legitimidad va de la mano con la tesis iuspositivista de la separación de derecho y moral, aquí defendida. Valga como ejemplificación de la amplísima literatura en torno a las (des)conexiones entre derecho y moral, el debate entre el iuspositivista R. GUASTINI (“Derecho dúctil, derecho incierto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, pp. 111-123) y el postpositivista G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995). Enfocado desde la teoría constitucional, y dentro del constitucionalismo, este mismo debate encuentra una ramificación en el binomio deberes fundamentales (que resalta la cuestión de la validez y obligatoriedad de la Constitución) y derechos fundamentales (como fuente de legitimidad). Tradicionalmente, se ha entendido que la función normativa de la Constitución reside en organizar y limitar la acción política del Estado: de ahí que se haya enfatizado su carácter vinculante para los poderes públicos, lo que ha derivado en la escasa atención prestada por la doctrina a los denominados “deberes fundamentales” de la ciudadanía. A ello ha contribuido también el que las propias constituciones no establezcan normas de sanción que acompañen tales deberes (criterio éste que, de hecho, se utiliza para distinguir entre “deber” y “obligación”), relegando este asunto a su posterior desarrollo legislativo. Este planteamiento expresaría la versión contemporánea de la analogía entre la actividad de jugar y la actividad política encaminada a constituir un determinado orden constitucional que, con miras a su legitimación, presenta el sometimiento a dicho orden como dependiente de una decisión voluntaria (esto es, como una decisión personal que no viene respaldada por ninguna norma de sanción). En consecuencia, y sin poner en cuestión la vinculatoriedad jurídica de las constituciones en la actualidad (ver E. GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., 1983), cuando aquí se afirma que las normas constitucionales son de obligado cumplimiento para quienes la propia constitución considera miembros de la comunidad política (la ciudadanía), se está pensando concretamente en la obligación que se deriva de la posibilidad de que el Estado recurra a la violencia bajo la lógica del estado de excepción, esto es, en aquellas situaciones en que se considera amenazado el orden constitucional como tal, cuestión ésta que será abordada en breve. Sobre el debate acerca del contenido, el alcance de esos deberes fundamentales y los peligros que encierran para la articulación del Estado como un Estado de Derecho ante una posible interpretación extensiva que vuelva exigible una militancia activa respecto a determinadas ideas políticas, ver S. VARELA “La idea de deber constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 69-96. Sobre la noción de “deber constitucional”, ver también, J.M. GOIG, “La constitucionalización de deberes”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 9, 2011, pp. 111-148; F. LANCHESTER, “Los deberes constitucionales en el derecho comparado”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 67-81; M.A. ALEGRE, “Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 23, 2009, pp. 271-291; F. RUBIO, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, pp. 11-56; G. PECES-BARBA, “Los deberes fundamentales”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 329-341.

Con todo, toda organización estatal, incluso las más autoritarias, actúan con miras a obtener el mayor grado de aceptación social posible del orden constitucional creado por ellas. A mi entender, una razón importante que explica esa pretensión reside en que el sometimiento voluntario facilita asegurar la pervivencia del orden constitucional, esto es, su perpetuación en el tiempo. Que el Estado logre generar un deber jurídico de obediencia al orden constitucional por el hecho de que dispone de la capacidad para imponerse mediante la fuerza física no genera ningún tipo de deber moral: en la medida en que lo valoren como injusto, cabe esperar el rechazo de ese orden, así como un deber moral de desobediencia al mismo. De esta forma, se produce una relación tensa entre lo específico del Estado, a saber, la autoatribución del ejercicio monopólico legítimo de la violencia³¹, y la legitimación de ese poder político-constitucional por parte de la población, lo cual pasa por su aceptación voluntaria (sean cuales sean las razones de tal aceptación). Así, cuanto mayor sea el grado de aceptación social del orden constitucional, mayor la obediencia voluntaria del orden jurídico y, por tanto, mayores también las probabilidades de continuidad del orden constitucional mediante un empleo menor de recursos para su imposición mediante la fuerza física. A su vez, la legitimidad de un orden constitucional y las razones éticas para la obediencia al derecho pasan por presentarlo como un orden que articula las relaciones del Estado con quienes considera miembros de la comunidad política como relaciones de convivencia³². E inversamente, cuando la obediencia al orden constitucional se impone mediante la violencia, más improbable resulta que el violentado pueda concebir ese orden constitucional como un orden que constituye relaciones basadas en la convivencia social y política y, por ende, más improbable resulta que acepte voluntariamente someterse al orden constitucional.

3.3. Lo sagrado y lo cotidiano

Si las reglas de los juegos crean un mundo vinculado a la actividad lúdica regulada, el cual goza de autonomía respecto al mundo de la vida cotidiana, los órdenes constitucionales también construyen un mundo, sólo que éste tradicionalmente se ha situado en el ámbito de lo sagrado. En lo que si-

³¹ M. WEBER, "La política como vocación", *El político y el científico*, 2ª ed., Madrid, Alianza ed., 1998, pp. 83-84.

³² G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, cit., pp. 45 y 73-74.

gue, se expone esa visión tradicional del derecho que vincula el orden constitucional con el ámbito de lo sagrado.

Se entiende por “sagrado” el sentido que Agamben le da a ese término, quien vincula la noción de *homo sacer* (o “nuda vida”) a la de poder soberano³³. De esta forma, lo sagrado encuentra su ámbito en el tiempo constituyente del orden político, lo cual resulta equiparable, visto desde un punto de vista intersticial interno, al momento constituyente del orden del mundo. Desde esta perspectiva, el mundo construido por el orden constitucional se presenta como una realidad objetiva, si bien ideal, en otras palabras, como un orden justo proyectado susceptible de desmoronarse o de ser demolido. La existencia del disidente pone en evidencia la posibilidad de otras realidades alternativas al mundo ordenado por la constitución, realidades que son concebidas como estados caóticos, informes, anárquicos. Así pues, siempre desde el punto de vista de un miembro situado en una posición intersticial interna, el orden constitucional requiere para su realización de la acción proactiva de la comunidad para que esa realidad no degenera en una situación de desorden.

La ubicación de las normas constitucionales en el mundo de lo sagrado haya su contrapunto en el mundo de la cotidianidad (o de lo profano, si se prefiere). Mientras que el ámbito de lo sagrado guarda relación, siempre desde una posición intersticial interna, con la realización de aquellos fines más trascendentes relacionados con el interés general de la comunidad, el ámbito de lo cotidiano está conformado por la concurrencia de intereses particulares. Con todo, esos ámbitos estarían conectados entre sí: en un estado de normalidad, la regulación normativa de lo cotidiano persigue, supuestamente, articular la multiplicidad de intereses individuales con miras a la realización del bien común. En este punto se ponen también de manifiesto algunas diferencias entre las reglas de los juegos y los órdenes constitucionales: 1) las reglas de los juegos establecían objetivos y valores triviales, los órdenes constitucionales no; 2) las reglas de los juegos no regulan ninguna actividad cotidiana guiada por la seriedad de objetivos e intereses particulares, los órdenes constitucionales se despliegan en ordenamientos jurídicos que, potencialmente, abarcan toda actividad cotidiana.

Desde una posición interna, las normas constitucionales definen e identifican las comunidades políticas³⁴; describen un orden que se tiene por constituido, que tiene una forma dada, y establecen quién puede (en el sentido de posibilidad

³³ G. AGAMBEN, *Homo sacer I: El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998.

³⁴ J.J. GOMES, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 104-105.

ontológica) hacer qué. Desde esta perspectiva interna, la comunidad política se presenta como una realidad objetiva, evidente e incuestionada, y cuya existencia y posibilidades de acción no dependen de la voluntad de sus miembros. En otras palabras, en una situación de normalidad, las normas constitucionales son aquellas cuya transgresión ni se plantea como posible por parte de los miembros de la comunidad, pues supondría lo mismo que contravenir las leyes “naturales” del mundo en el que se desenvuelve su existencia cotidiana.

Por contraposición, desde una posición intersticial externa, los valores y normas constitucionales se conciben como la expresión de un programa político o ideológico transformador y configurador de la realidad social. Desde esta perspectiva, las normas constitucionales componen el proyecto político de una determinada comunidad: prescriben cómo debería estar configurado el orden social, cómo debería ser el mundo de la comunidad política. Se trata de un mundo construido, pues la manera cómo se define ese mundo responde a un proyecto transformador de esa misma realidad que es el objeto de la definición. Ese mundo idealizado es imposible que se corresponda completamente con el mundo presente, pues el mundo presente se caracteriza por la heterogeneidad de lo concreto, mientras que ese mundo idealizado presenta la comunidad como una abstracción homogénea. Esa distorsión respecto a los hechos se evidencia en la pretensión de unanimidad en la aceptación social de las reglas constitucionales por aquellos que, considerándose miembros de la comunidad, se sitúan en una posición intersticial interna³⁵. La comunidad política se presenta como una entidad imaginada, ilusoria, como una idealización que no encuentra correspondencia en lo empírico, como un constructo que es ideado y, en consecuencia, susceptible de ser manipulado³⁶.

³⁵ Conviene advertir que es precisamente cuando se explicitan los discursos acerca de la existencia de un consenso constitucional y unas reglas del juego compartidas, es decir, en situaciones en que tal consenso no se da. Lo que se tiene por obvio no debería explicitarse, si realmente lo fuera. Esas apelaciones a las reglas de juego compartidas se pueden mover entre una sincera voluntad de encuentro con el otro y el mantenimiento de un *status quo* privilegiado configurado por las reglas actuales. Para un análisis de estos dobles en la época de la transición española, ver R. DEL ÁGUILA “La transición a la democracia en España: reforma, ruptura y consenso”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 25, 1982, pp. 101-127. Un documento que ejemplifica los esfuerzos “pedagógicos” por afirmar, conformar y consolidar un consenso durante esa época en “Las reglas del juego: el compromiso de la libertad”, <http://www.rtve.es/alacarta/videos/archivo-constitucion/reglas-del-juego-compromiso-libertad/1596263/>.

³⁶ J. ÁLVAREZ, “Lo sagrado y lo profano en la nación. Cultura, identidad y movilización”, en *Historia y Filosofía política, jurídica y social. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, vol. IV, pp. 42.

Para los miembros de la comunidad, el carácter ilusorio, idealizado del mundo construido por las normas definitorias constitucionales no conlleva que ese mundo se comprenda como falso o ficticio. Bien al contrario, ese mundo idealizado se tiene por el verdadero o real³⁷. En primer lugar, el mundo idealizado se tiene como el real, pues esa idealización se considera el resultado de la discriminación de aquellos rasgos considerados relevantes para la conformación de la propia identidad como miembro de la comunidad política. Desde esta visión, la vida cotidiana, la que se desenvuelve en el mundo presente entre individuos particulares y está guiada por intereses personales diversos, se articula sobre ese mundo idealizado. En segundo lugar, en la medida en que los juicios de verdad sólo se pueden enunciar respecto a entidades cuya forma está determinada, esto es, que requieren de leyes que estén operativas y generen un orden, cada colectivo concibe el mundo construido por las normas constitucionales de la comunidad a la que se adscriben como el auténticamente real, pues fuera de ese orden sólo se concibe el caos, lo informe, la anarquía (literalmente, la ausencia de todo principio ordenador)³⁸. De esa forma, a la norma constitucional se le confie-

³⁷ Para un estudio de la mentalidad religiosa, ver J. AMADOR "Mito, símbolo y arquetipo en los procesos de formación de la identidad colectiva e individual", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 44, núm. 176, 1999, pp. 61-99, y M. ELÍADE, *Lo sagrado y lo profano*, 4ª ed., Madrid, Guadarrama/Punto Omega, 1981. R. GUASTINI, "Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcatterra", en A. SQUELLA (ed.), *Alf Ross: Estudios en su homenaje*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1984, pp. 306, critica la apelación a normas constitutivas, pues generan una "atmósfera metafísica", un mundo mágicamente duplicado a través del lenguaje. Sostener que los ordenamientos jurídicos crean una "atmósfera metafísica" y que, por lo tanto, si se quiere comprender qué es el Derecho ese rasgo tiene que ser explicado, no es lo mismo que afirmar que esa atmósfera se corresponda con una realidad metafísica. En la medida en que los seres humanos carecemos de intuición intelectual y que nuestro conocimiento de la realidad externa e interna se sustenta sobre procesos neuronales, inevitablemente construimos un mundo que no se corresponde con la realidad; en la medida en que se utilicen conceptos para explicar la realidad, el modo de conocer humano supone una idealización. Así pues, nuestras creencias son reales en el sentido de que creer algo es un hecho (por falsa que sea esa creencia), y resultan explicativas de la realidad en tanto en cuanto actuamos condicionados por nuestras creencias.

³⁸ Sin menoscabo de sus diferencias, Huizinga y Caillois comparten dos tesis: la primera, que el juego es inspirador de comunidad; y segunda, que la cultura es juego en la medida en que el juego impulsa hacia la superación de los puros condicionamientos naturales. Si el juego conlleva la creación de un espacio-tiempo distanciado de la cotidianidad, la cultura genera mundos de ideas distanciados de lo estrictamente natural o biológico. Esa capacidad de ideación posibilita la distinción de lo sagrado frente a lo profano y también, por ejemplo, de la esfera de lo jurídico como ámbito (total o relativamente) autónomo frente a otras dimen-

ren las notas características de lo sagrado en tanto en cuanto constituirían una realidad trascendente que ordena el mundo de lo profano, de la vida cotidiana de las personas movidas por objetivos e intereses particulares³⁹. Esto vale para toda organización política, desde las de la antigüedad que fundamentan el poder político en relatos mitológicos fundacionales⁴⁰ hasta los regímenes absolutistas modernos⁴¹, y también para las comunidades políticas contemporáneas secularizadas⁴².

Si bien las constituciones se aprueban en momentos históricos determinados, estas se encuentran sujetas a su permanente reactualización, tanto a través de la actividad legislativa en la que se despliega ese proyecto político, como de la actividad política del parlamento, la actividad jurisprudencial del poder judicial o la doctrina de los tribunales constitucionales; es decir, la ordenación de la vida cotidiana por parte del Estado incide en la interpretación del orden constitucional y, por consiguiente, en la identidad comunitaria⁴³. Esta constante actividad (re)interpretadora del orden consti-

siones. Para una exposición de las convergencias y divergencias entre estos dos autores, ver C. MORILLAS, "Huizinga-Caillois: variaciones sobre una visión antropológica del juego", *Enrahonar*, núm.16, 1990, pp. 11-39.

³⁹ En esa línea, ver P. LUCAS, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, cit., pp. 92-104. A modo de ejemplo, sobre la concepción de la constitución estadounidense como texto sagrado de una religión civil, ver J.M. BALKIN, *Constitutional redemption*, Harvard, Harvard University Press, 2011; y S. LEVINSON, *Constitutional faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988.

⁴⁰ M. ELÍADE, *Lo sagrado y lo profano*, cit.

⁴¹ J.F. SEGOVIA, "La monarquía parlamentaria. Orígenes y causas de la desnaturalización de la monarquía", *Verbo*, núm. 535-536, 2015, pp. 425-447; J.G. MARÍN "La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)", *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 63 ss., quien señala la plenitudo potestatis del Derecho canónico medieval como precedente directo de la noción de "soberanía" en su sentido moderno.

⁴² E. GENTILE, *Politics as religion*, Princeton, Princeton University Press, 2006; y J. ÁLVAREZ, "Lo sagrado y lo profano en la nación. Cultura, identidad y movilización", cit. Para el caso de Alemania, pero exportable a la tradición occidental, ver G. L. MOSSE, *La nacionalización de las masas*, Madrid, Marcial Pons, [1975] 2005. Sobre las dinámicas mistificadoras, totalizadoras del Estado contemporáneo desde dos paradigmas contrapuestos, ver M. HORKHEIMER y T. ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración*, 2ª ed., Madrid, Trotta, [1969] 1997, pp. 59 ss); y E. VOEGELIN, "Las religiones políticas", en *Las religiones políticas*. Madrid, Trotta, [1938] 2014, pp. 27-71.

⁴³ E. RENAN, *¿Qué es una nación?*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, [1882] 1983, expresa esta idea en su cita clásica: "La existencia de una nación es (perdonadme esta metáfora) un plebiscito cotidiano, como la existencia del individuo es una afirmación per-

tucional por parte del Estado puede generar tanto el fortalecimiento, como el debilitamiento del consenso constitucional⁴⁴, de manera que haya colectivos que dejen de sentirse identificados con la deriva político-identitaria del orden constitucional. Un aumento de la desafección social puede poner en riesgo la estabilidad del orden constitucional, pues, igual que el mundo construido por las reglas de un juego se mantiene en la medida en que hay jugadores que se guían por esas reglas, es decir, que continúen jugando, de forma paralela la existencia del mundo construido por un orden constitucional es difícilmente sostenible en el tiempo, si no hay una comunidad dispuesta a obedecer voluntariamente. Expresado aún de otra manera, las normas constitutivas constitucionales constituyen los poderes del Estado ordenadores de la comunidad política sólo en tanto en cuanto gozan de una eficacia generalizada duradera⁴⁵, duración que requiere, por lo menos en el largo plazo, de un colectivo de individuos que actúen conforme a las reglas del juego comunitario de forma que esas normas sean practicadas voluntaria y duraderamente en el tiempo.

La eficacia del orden constitucional se puede obtener mediante la obediencia voluntaria, o mediante el uso de la violencia.

Por la primera vía, la eficacia duradera del orden constitucional depende de la renovación constante de la aceptación de esas reglas de juego constitucionales por parte de un colectivo significativo de practicantes, quienes, de esa forma, continúan llevando a cabo la actividad regulada. De esta forma, el proceso constituyente permanente al cual se hayan sujetas las comunidades políticas requiere, a su vez, de la constante renovación de la aceptación social de un orden constitucional en constante transformación (mediante liturgias, ceremonias, festividades, etc.), o de espacios políticos “sagrados” (como serían las sedes parlamentarias para los sistemas parlamentarios o los palacios reales para los monárquicos), así como la adhesión a una serie de símbolos identitarios (jefe del Estado como símbolo de unidad, banderas, himnos, heroificación

petua de vida”. Ver también R. SMEND, *Constitución y derecho constitucional*, pp. 63 y 136-137) y, más recientemente, G. ZAGREBELSKY, *Historia y Constitución*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2011.

⁴⁴ A partir de las diferentes posibles relaciones entre el derecho producido por los Estados democráticos y de derecho y su recepción por la sociedad, K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, pp. 216-222, distingue entre constituciones normativas (acoplamiento constitución-sociedad), nominales (no integración de la Constitución en la vida política y social por defectos en la sociedad receptora) y semánticas (apropiación de la Constitución para beneficio propio por quienes detentan el poder del Estado).

⁴⁵ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 57-63.

de personajes, mistificación de episodios históricos, etc.)⁴⁶ serían las formas explícitas habituales institucionalizadas por el propio orden constituido dirigidas a asegurar su continuidad. Un ejemplo destacable se encuentra en la mitificación de los referéndums constitucionales, allí donde éstos se han celebrado, en tanto que explicitación del pretendido consenso social, y su reiteración festiva anual como modo de renovación cíclica del momento constitutivo de la comunidad⁴⁷.

En la medida en que las normas constitucionales tienen vocación de renovar el mundo constitucional mediante la participación activa de los miembros de la comunidad, se asemejan a las normas de continuidad (o secuenciación) discutidas en el apartado dedicado a las reglas de los juegos. Con todo, los juegos y los órdenes político-constitucionales se distinguen en lo siguiente: en los juegos hay un momento final resolutorio en que se determina el (los) ganador(es). En cambio, el objetivo de la actividad constitucional reside en que el juego continúe, esto es, en asegurar la continuidad misma de la comunidad política; gana quien consigue imponer y mantener su visión de orden constitucional.

3.4. Violación del orden constitucional y estado de excepción

Se sientan las bases para la existencia de un conflicto de carácter constituyente cuando dos colectivos consideran relevantes para la determinación de su identidad rasgos distintos que generan mundos idealizados que resultan incompatibles entre sí, o, expresado de otra manera, cuando una parte significativa de la población no acepta las reglas de juego constitucionales.

Como se acaba de comentar, ante un conflicto de carácter constituyente caben, básicamente, dos posibles respuestas: promover por vías pacíficas una mayor aceptación de las reglas de juego constitucionales; o bien imponer tales reglas mediante el recurso a la violencia⁴⁸. En lo que sigue, me cen-

⁴⁶ G.L. MOSSE, *La nacionalización de las masas*, cit., [1975] 2005; R. SMEND, *Constitución y derecho constitucional*, cit., pp. 96-97.

⁴⁷ Frente a la irreversibilidad o linealidad del mundo ordinario, C. MORILLAS, "Huizinga-Caillois: variaciones sobre una visión antropológica del juego", cit., pp. 38-39, caracteriza la reversibilidad o circularidad temporal como la temporalidad propia del juego ("Sólo hay juego, soberanamente, si se juega-para-volver-a-jugar, si es posible recuperar su principio *siempre*. El juego es *eterno* o no es." (p. 38)). De manera similar a los juegos, y en contraposición con la legislación ordinaria, el orden constitucional se caracterizaría también por su circularidad temporal.

⁴⁸ En contra de la posición de C. SCHMITT, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza ed., [1932] 1998, la relativa uniformidad sobre la cual se asienta el orden constitucional no

tro exclusivamente en esa segunda vía, la violenta, y sus consecuencias para comprender el orden constitucional como marco para la convivencia política y social.

La vía de la imposición mediante la violencia es propia de aquellos que, situados en una posición intersticial interna, entienden las normas constitucionales como aquellas normas respecto a las cuales no cabe ni siquiera disentir en tanto que condiciones para la existencia misma de la comunidad política y, por ende, de un mundo ordenado. En consecuencia, la transgresión de las normas constitucionales es concebida como una amenaza para la continuidad del orden constitucional y, por consiguiente, para la pervivencia misma de la comunidad política.

Que el mundo construido por las normas definitorias constituyentes perdure en la medida en que esas normas son practicadas implica que es posible la no aceptación e, incluso, la violación de las mismas. Aun y partiendo de la presunción de la unanimidad en su aceptación social, esa posibilidad es completamente asumible por parte de los miembros de la comunidad, pues, para éstos, su falsación empírica no invalida su verdad como Idea, o si se prefiere, como proyecto político que define a la comunidad. Por otro lado, al ser esas normas concebidas por los miembros de la comunidad como enunciados (descriptivos) que constituyen su mundo, tal vulneración se concibe como una alteración inadmisibles del orden “natural” de las cosas; las normas constitucionales conforman el ámbito de lo no-decidible, es decir, de lo “imposible” de decidir⁴⁹, no porque no sea una opción real, sino porque “salirse” del orden constitucional conlleva la disolución del orden social, la destrucción de la comunidad política, la caída en el caos. De ahí que, respecto a las normas que definen la comunidad política, no admitan la disidencia. Pero el disidente no sólo es concebido como un agente inmoral desintegrador del orden político, sino que además es quien está equivocado; desde este segundo punto de vista, el problema radicaría en que no sabría quién es realmente y a qué mundo pertenece. A su vez, la negación de la identidad del disidente conlleva inevitablemente la negación de su proyecto político dirigido a la continuidad de la que considera su comunidad política y, ulteriormente, a la

encuentra en la imposición forzada su único recurso, ni, por lo tanto, el ámbito de lo que este autor califica como “la Política” (en mayúscula) queda constreñido a la actividad encaminada a alcanzar esa homogeneización mediante la fuerza.

⁴⁹ Sobre la noción de “lo no-decidible”, ver E. GARZÓN VALDÉS, “Representación y democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 143-163.

negación de su identidad (con la consiguiente falta de reconocimiento de derechos que tiende a situarlo en la “nuda vida”⁵⁰): no sólo no debería ser por su maldad, sino porque su existencia pone en cuestión el mundo constituido. El otro disidente sencillamente debería no existir.

El recurso a la vía violenta por parte de una comunidad que se sitúa en una posición intersticial interna se articula a través del denominado “estado de excepción”. Se entiende por “estado de excepción” la situación de suspensión del ordenamiento jurídico frente a una situación en que la continuidad del orden constitucional se considera amenazada, de forma que se levantan los constreñimientos que el ordenamiento jurídico impone sobre el Estado respecto al uso de la violencia. A la percepción de un estado como excepcional le sigue la adopción de medidas excepcionales (que contravienen la legalidad). Esa suspensión del ordenamiento jurídico se puede producir con base en un derecho de excepción (es decir, a una norma del ordenamiento jurídico que regula situaciones de excepcionalidad) o bien *de facto* (ya sea porque tal ordenamiento no contempla un derecho de excepción o, porque contemplándolo para algunos casos, no hay ningún artículo que prevea una situación concreta)⁵².

El estado de excepción genera una situación paradójica, pues sitúa al militante en una posición similar a la del disidente (esto es, en una posición intersticial). Y es que el propósito formal residiría en garantizar el cumplimiento de un orden constitucional que encuentra su despliegue en un orden jurídico que queda suspendido⁵³, lo cual conlleva indirectamente la poten-

⁵⁰ En torno a este concepto, ver las obras de G. AGAMBEN, *Medios sin fin: Notas sobre la política*, Valencia, Pre-Textos, 2001, y *Homo sacer I: El poder soberano y la nuda vida*, cit.

⁵¹ La noción de “disidente” aquí desarrollada enlaza con el concepto de “potencialidad” sobre el cual, según, B. GULLI, “The ontology and politics of exception”, en T. ZARTALOUDIS (ed.), *Agamben and Law*, Londres; Nueva York, Routledge, 2016, pp. 141-164, se fundamentaría el pensamiento de Agamben, y que tendría como consecuencia política el permanente estado de excepción característico de nuestros días. Ese enlace se podría exponer de la siguiente manera: en la medida en que el reconocimiento de derechos abre la posibilidad de que el disidente lleve a cabo conductas disidentes (ya gocen de amparo legal o no), la evitación de esa potencialidad justificaría la aplicación anticipada/preventiva de medidas restrictivas de derechos. La amenaza y la necesidad de respuesta se ubicaría en la potencialidad (en el ámbito de lo que las personas piensan y son), no en la actualización (en el ámbito de las conductas).

⁵² P. CRUZ, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35.

⁵³ G. AGAMBEN, *Estado de excepción: Homo sacer, II, 1*, Valencia, Pre-textos, 2010.

cial suspensión de los derechos y libertades que pudieran integrar el orden constitucional. De esta forma, la respuesta dada por el Estado puede perfectamente entrar en contradicción con el derecho de normalidad; de manera más precisa, el estado de excepción se caracteriza por posibilitar una respuesta y, simultáneamente, la contraria para un mismo supuesto de hecho, sin que quepa prever la reacción estatal ante un caso concreto. En definitiva, el fenómeno jurídico abandona el terreno de lo ordenado (*ludus*) para situarse en el ámbito de lo caótico (*paidia*).

Se pueden establecer algunas analogías y diferencias entre la suspensión de la actividad de jugar y la suspensión del orden jurídico. Por un lado, tanto la comunidad de jugadores, como la comunidad política se sitúan en una posición intersticial interna, suspendiendo la aplicación de las reglas de juego. Pero mientras que la persecución del objetivo del juego queda en suspenso temporalmente cuando la comunidad de jugadores se ubica en esa posición, no sucede lo mismo en el caso de la comunidad política bajo el estado de excepción: el Estado no deja de perseguir el mismo objetivo que en el estado de normalidad, el mantenimiento del orden constitucional; más bien, ahora se autoriza a hacer trampas. En palabras de Lazzeri y Reynié, cuando prima la razón de estado “l’Etat est comme un mauvais perdant qui parfois modifie les règles du jeu”⁵⁴.

La adopción de medidas excepcionales encontraría su justificación en el estado de necesidad: la salvaguarda del todo necesitaría el sacrificio de una parte. Conviene subrayar que la necesidad remite, no a imperativos normativos, sino técnicos, es decir, a una cuestión de eficacia en términos de una relación medio-fin: las medidas adoptadas no se entienden propiamente como consecuencias normativas imputables a una conducta ilícita, sino como aquellas necesarias para conseguir el restablecimiento de un determinado estado de la realidad⁵⁵. Así pues, los perjuicios causados por el uso de la violencia bajo el estado de excepción no se conciben propiamente como sanciones jurídicas que se imputan ante la transgresión de una obligación o una prohibición, sino como aquella respuesta considerada eficaz para restituir el estado de cosas anterior a una conducta o actividad que, en tanto que inválida o nula, nunca debería haberse producido. En otras palabras, la reacción del Estado bajo el

⁵⁴ C. LAZZERI; D. REYNIÉ, *La raison d’État: Politique et rationalité*, Paris. Presses Universitaires de France, 1992, pp. 10. (trad.: “El Estado es como un mal perdedor que a veces modifica las reglas del juego”. Traducción tomada de E. FERNÁNDEZ, *Entre la razón de Estado y el Estado de derecho: la racionalidad política*, Madrid. Dykinson, 1997, pp. 2.)

⁵⁵ J. SEVILLA, “El estado de excepción”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, Universidad de Valencia, 1980, pp. 341-351.

estado de excepción no es propiamente la respuesta última ante un acto indebido, sino ante la negativa de un agente a aceptar la invalidez o nulidad de las consecuencias de sus actos, esto es, a aceptar la imposibilidad (en un sentido ontológico) de las consecuencias de sus acciones.

Que la justificación de esas medidas radique en su “necesidad”, y no en su justicia o en que sean la consecuencia jurídica debida, supone nuevamente dibujar la cuestión del mantenimiento del orden político-jurídico, no en términos propiamente normativos, sino más bien ontológico-institucionales. Y, nuevamente, el entrelazamiento de lo descriptivo y lo prescriptivo produce resultados paradójicos: la conformación de la realidad a través del recurso a una violencia no reglada no se presenta como una manera de forzamiento de la realidad, sino como medidas “realistas” encaminadas a que la comunidad se adecúe a la realidad, una realidad que, eso sí, consiste en la imagen construida por las normas definitorias constituyentes que pretenden imponerse mediante el recurso a esa violencia no reglada. El problema se plantea como de necesidad de adaptación al mundo, pero en realidad son las leyes de ese mundo ilusorio las que se consideran amenazadas.

Como se viene comentando, la identidad comunitaria se basa, teóricamente, en la aceptación de las reglas de juego comunitarias, con la consiguiente inmersión de los aceptantes en el mundo construido por esas reglas, de tal forma que ese mundo pasa a presentarse para sus integrantes como un sistema de enunciados descriptivos y constitutivos, cuya vulneración acarrea la invalidez o nulidad, pero no propiamente la imposición de sanciones negativas. El hecho de que los textos constitucionales se presenten como expresión de un consenso social supuestamente unánime en torno a la identidad comunitaria explicaría la práctica ausencia de normas constitucionales en las cuales se establezcan sanciones negativas. Así, de manera análoga a lo que sucede en la actividad de jugar, los órdenes constitucionales no estipulan normas de sanción contra aquellos que se considera que han violentado las reglas de juego constitucional, ya sea porque no viene estipulada en el ordenamiento jurídico (de nuevo, aquí, de manera similar a lo que ocurre en reglas de los juegos), o porque, viniendo recogida, hace referencia sólo a la adopción de las medidas “necesarias” para mantener el orden constitucional. El levantamiento de cualquier límite normativo en el uso de la violencia, ya sea *de facto* o en base a las escasísimas normas constitucionales que habilitan el uso de la violencia, supone la *ultima ratio*⁵⁶ del Estado.

⁵⁶ F. QUESADA, *Ultima ratio regis: Control y prohibición de las armas desde la antigüedad a la edad moderna*, Madrid, Polifemo, 2009, pp. 392-93; R. WENDT, “The principle of ‘ultima

Lo anterior no supone negar la existencia de normas en los ordenamientos jurídicos dirigidos a castigar las transgresiones que se consideran vulneraciones graves de valores y normas constitucionales⁵⁷, incluidas las transgresiones contra el orden constitucional en sí mismo. Dentro del ordenamiento jurídico español, a esa lógica responde, por ejemplo, la configuración del delito de rebelión recogido en el artículo 472 CP.

En los Estados de derecho, ese tipo de normas no formarían parte del derecho de excepción. En efecto, conforme a la lógica del Estado de derecho, la persecución de ideas políticas es contraria a la lógica de ese tipo de sistemas. Ello se traduce en la exigencia del empleo de violencia física (y adecuada al tipo de actividad) como elemento configurador del ilícito. De ahí que este tipo de normas de sanción negativa no vengan recogidas en las constituciones, sino que se relegan a la legislación de rango inferior, de manera destacada el derecho penal, al ser éste el ámbito en que se regula la reacción del Estado frente a conductas y actividades violentas. De esta forma, si la reacción del Estado se ajusta a la norma penal, la capacidad de respuesta estatal alcanza, no a cualquier actividad dirigida a socavar el orden constitucional, sino sólo a aquellas conductas que ejercen una violencia propia de las rebeliones: no se castiga al disidente por muy amenazante que se considere su actividad para la continuidad del orden constitucional, sino a quien se alza violentamente. La lógica del Estado de derecho exige que la respuesta al disidente que canaliza sus demandas, no necesariamente conforme a derecho, pero sí pacíficamente, se articule políticamente, en ningún caso penalmente. Aún de otra manera: no se admite cualquier respuesta estatal en función de su necesidad, sino que se exige que el Estado ajuste su respuesta a derecho y aplique, ahora sí, la sanción jurídicamente estipulada sólo en el caso de que se pruebe la concurrencia de todos los elementos que configuran el ilícito.

ratio' and/or the principle of proportionality", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 3, núm. 1, 2013, pp. 84. El origen de esta expresión se remontaría a la inscripción serigrafiada en los cañones franceses a partir de los últimos años de la Guerra de los Treinta Años por orden del cardenal Richelieu, práctica que habría adoptado Federico el Grande de Prusia a partir de 1742. Desde hace más de 250 años, a partir de Carlos III, y hasta la actualidad, esa práctica fue igualmente adoptada por la monarquía española, siendo además el lema del cuerpo de artillería en la actualidad (ver A. SANZ, "Editorial", *Memorial de Artillería*, núm. 170 vol. 1, 2014, pp. 2.

⁵⁷ G. QUINTERO et altri, "La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución", en G. QUINTERO (dir.), J. JARIA (coord.), *Derecho penal constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 84-133.

Que ese tipo de normas penales no formen parte del derecho de excepción implica que no puedan ser entendidas como normas constitucionales (en el sentido que aquí se ha dado a este concepto). En la medida en que el Estado se adecúe a derecho en la aplicación de ese tipo de artículos, esas normas son concebidas como normas de sanción negativa: ni ellas por sí mismas cumplen la función de definir a la comunidad política, ni tampoco operarían como la respuesta “necesaria” por parte del Estado frente a quienes cuestionan aquellas normas que integrarían el orden constitucional.

Sólo si el Estado aplicara esas normas penales conforme a la lógica del estado de excepción (es decir, desde una posición intersticial interna) de tal forma que se utilizaran para criminalizar cualquier conducta considerada amenazante, incluidas las pacíficas (por ejemplo, mediante la redefinición de “violencia” como, potencialmente, cualquier acción de oposición al orden constitucional, sin que importase si ha habido actos violentos o no, o de si la violencia ejercida es adecuada al tipo delictivo), entonces pasarían a formar parte *de facto* del derecho de excepción: el acto mismo de disentir sí sería entendido como una forma de violencia. En ese caso, y más allá de las apariencias, el Estado no actuaría realmente con sujeción al ordenamiento jurídico.

La imposición mediante el recurso a la violencia en caso de transgresión de las normas constitucionales plantea los dos siguientes problemas.

Primer problema. El recurso a la violencia irrestricta de cara al mantenimiento del orden constitucional conduce a dos consecuencias de difícil encaje entre sí. Por un lado, la reacción violenta irrestricta se justifica en que el orden constitucional estaría conformado por aquellos elementos que integran un supuesto consenso social unánime, unanimidad que hallaría su fundamento en el hecho de que, supuestamente, las normas constitucionales expresarían el orden “natural” del mundo, fuera del cual resultaría imposible la vida comunitaria. Pero si el orden constitucional se entiende como la descripción de las leyes de una realidad indisponible, como sucede si se interpretan desde una perspectiva interna, entonces la reacción violenta no sólo debería resultar fútil (ninguna acción humana puede transformar las leyes de la naturaleza), sino además totalmente innecesaria (si hay unanimidad, no hay necesidad de imposición mediante la violencia). Esa contradicción se sustenta sobre la falsa premisa de que el orden constitucional responde a una realidad objetiva y a un consenso social unánime: el hecho fáctico es la falta de unanimidad en la aceptación de las reglas de juego constitucionales.

Segundo problema. Los textos constitucionales se presentan como normas que constituyen un orden político y social basado en relaciones de convivencia y no en la imposición mediante la fuerza. Por consiguiente, el recurso a la violencia resulta problemático porque dificulta presentar el orden constitucional como el marco de convivencia político y social.

El uso de la violencia contra aquellos que deciden no liberarse de la tensión que domina la decisión dirigida hacia objetivos serios contemplados en la constitución (es decir, contra quienes consideran las normas constitucionales como enunciados prescriptivos y, por lo tanto, susceptibles de ser transgredidos, o, aún de otra manera, contra quienes ya no quieren “jugar” conforme a las reglas del orden constitucional establecido) plantea problemas en relación con la consecución del objetivo último, y que no es otro que el restablecimiento del orden constitucional. El problema radica en que, si las constituciones son, supuestamente, la expresión del consenso fundamental de los miembros de una comunidad, el restablecimiento del orden constitucional sólo se puede conseguir con la aceptación voluntaria de tal orden por parte de quienes han expresado su voluntad de salirse del juego. Que el orden construido por las normas constitucionales se pueda presentar como un hecho dado, y no como un proyecto político partidista que necesita forzar el mundo presente para su implementación, depende del grado de aceptación de tales reglas. Cabe esperar que la imposición de un orden constitucional mediante la coacción o la violencia conduzca a la toma de conciencia de su carácter autoritario y, por ende, de su deslegitimación por aquellos que sufren dicha violencia.

4. CONCLUSIONES. ESTADO DE DERECHO Y DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN

La actividad de jugar regulada por las reglas de los juegos se caracteriza por su carácter voluntario (se sustenta en la aceptación del sometimiento a las reglas) y lúdico (no seriedad de los objetivos planteados por el juego en relación a la vida cotidiana). Pero que los objetivos del ámbito de lo lúdico sean triviales no implica que, en tanto que voluntaria, la actividad de jugar se sostenga sobre una serie de valores que no son triviales, a saber, la libertad y la igualdad. Una consecuencia de lo anterior es que la aceptación voluntaria de jugar en el momento constituyente no supone la obligatoriedad de permanecer en la actividad de jugar: el derecho de salida está inherentemen-

te vinculado al carácter voluntario del sometimiento a las reglas del juego. La actividad constituyente de las comunidades políticas recogida en los órdenes constitucionales mantiene una relación ambivalente con la actividad lúdica. Por un lado, tradicionalmente se ha situado en el terreno de lo sacro, caracterizado por su carácter trascendente (independiente de la aceptación voluntaria de sus miembros) y la seriedad de los objetivos y la actividad misma (constitución de un mundo ordenado –o de una comunidad política– frente a la posibilidad de una situación de anarquía). Por otro lado, en los Estados de Derecho los órdenes constitucionales encuentran su legitimidad y pueden presentarse como reglas de convivencia en la medida en que los miembros de la comunidad aceptan someterse voluntariamente al ordenamiento jurídico. La tensión aparece cuando se sostiene, al mismo tiempo, el carácter obligatorio (sacro) y voluntario (lúdico) de un orden constitucional: paradójicamente, se justifica el uso de la violencia física contra los disidentes que se considera ponen en peligro el orden constitucional, con base en un supuesto consenso resultado de la aceptación voluntaria de ese mismo orden, suposición que remite a una imagen distorsionada y homogeneizadora de la sociedad que, en realidad, impone al disidente el deber de sometimiento al orden constitucional sin que importe su voluntad.

Se presenta así una disyuntiva. Se puede optar por la sacralización del orden constitucional, la negación del derecho de salida (en otras palabras, el derecho a la autodeterminación) y, por consiguiente, el mantenimiento del mismo mediante el uso de la violencia. Pero entonces ese orden deja de ser la expresión de un proyecto compartido por una comunidad política, las normas constitucionales pierden su legitimidad y ya no pueden presentarse como normas de convivencia. Esta es la lógica de los regímenes autoritarios y la razón de Estado. O también cabe optar por la ludificación del orden constitucional, esto es, por el reconocimiento del derecho de salida como norma constitutiva del orden constitucional (oportunamente desarrollado en la legislación ordinaria), la inmanencia y la voluntariedad del orden constitucional, en coherencia con la lógica del Estado de Derecho.

A mi parecer, lo deseable sería que las comunidades políticas se asemejaran, en la mayor medida posible, al modo cómo funcionan las comunidades de jugadores. De forma más precisa, lo deseable sería que la inevitable e imprescindible sacralización del orden constitucional se constriñera a los valores que aseguran la libre integración en la comunidad, lo cual implica un orden basado en la libertad y el respeto a y la valoración de la diferencia, así

como en el derecho a salirse de ella. En otras palabras, la integración basada en la igualdad en la diferencia (o, si se prefiere, la convivencia basada en la libre aceptación) debería erigirse en principio interpretativo de los órdenes constitucionales. Esta opción no es sino un alegato en favor de la profundización en el proceso de secularización (o desacralización) de las comunidades políticas.

JUAN-RAMÓN FALLADA-GARCÍA-VALLE
Filosofía del Derecho
Universitat Rovira i Virgili
Avinguda Catalunya 35
Tarragona 43002
e-mail: juanramon.fallada@urv.cat

LOS CENTROS DE ATENCIÓN TEMPORAL DE EXTRANJEROS
COMO NUEVO MODELO DE CONTROL MIGRATORIO: SITUACIÓN
ACTUAL, (DES)REGULACIÓN JURÍDICA
Y MECANISMOS DE CONTROL DE DERECHOS Y GARANTÍAS*

THE FOREIGNERS' TEMPORARY STAY CENTRES
AS THE NEW MODEL OF MIGRATION CONTROL:
CURRENT SITUATION, LEGAL (DE)REGULATION
AND MECHANISMS OF CONTROL AND GUARANTEE OF RIGHTS

IKER BARBERO**
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

Fecha de recepción: 17-1-20
Fecha de aceptación: 10-6-20

Resumen: *En los últimos años, con el incremento de rescates y llegadas a costas europeas por vías marítimas de personas migrantes se ha producido un cambio en el modelo de contención. En el caso concreto del Estado español, si anteriormente eran los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE) o los Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) los dispositivos para la gestión de las llegadas y derivación hacia otros procedimientos de extranjería, en la actualidad, siguiendo la lógica humanitaria-gerencial del control de fronteras, se han creado de facto los denominados Centros de Atención Temporal de Extranjeros o CATE. Se trata de edificios o recintos vallados en zonas portuarias donde se mantiene detenidas a las personas durante un máximo de 72 horas para proceder a su reseña policial y atención humanitaria. En este artículo se argu-*

* Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación Universidad-Sociedad "TRANSITEUS: La acogida de migrantes en tránsito en el País Vasco/Euskadi: diagnóstico y propuestas desde una perspectiva garantista" (US 19/08). www.transiteus.eus.

** Profesor Agregado del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea. iker.barbero@ehu.eus

mentará que la ausencia de una regulación legal de estos centros, además de añadir inseguridad jurídica a las actuaciones del personal de la Administración pública, dificulta el reconocimiento derechos fundamentales de las personas en ellos recluidas y omite mecanismos de control imprescindibles propios de una sociedad democrática.

Abstract: *In recent years, due to the increase of rescues and coastal arrivals of migrants there has been a change in the containment model. If previously it were the Foreigners' Detention Centres (or CIE) or the Immigrants' Temporary Stay Centres (or CETI) the ordinary devices for managing arrivals and referral to other immigration procedures, at present, following the humanitarian-managerial logic of border control, the so-called Foreigners' Temporary Stay Centres have been created de facto. These are fenced buildings or seals in port areas where people are kept for a maximum of 72 hours to proceed to their police proceedings. This article will argue that the absence of a legal regulation of these centers, in addition to adding legal insecurity to the actions of public administration personnel, makes it difficult to recognize fundamental rights of the people detained and omits control mechanisms essential in any democratic society.*

Palabras clave: Centros de Atención Temporal de Extranjeros, control migratorio, fronteras, derechos fundamentales, mecanismos de garantía

Keywords: Foreigners' Temporary Stay Centres, migration control, borders, fundamental rights, guarantee mechanisms

1. INTRODUCCIÓN

El año 2018 será, sin duda, una fecha de referencia en el estudio de control fronterizo y de los mecanismos de contención ante las llegadas a costas españolas de embarcaciones de migrantes procedentes del norte de África (principalmente Marruecos y África Subsahariana). Según los datos recopilados por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) hasta el 28 de diciembre de 2018, 56.480 personas lograron llegar a España tras cruzar el mar Mediterráneo (y al menos 769 migrantes perdieron la vida o desaparecieron), más personas que en los últimos siete años juntos, e incluso superando las cifras registradas durante la «crisis de los cayucos» de 2006, cuando llegaron 39.180. Esto supuso una verdadera situación de crisis humanitaria en la que la gestión de la recepción de los y las migrantes se produjo, y sigue produciéndose, no en clave de rescate humanitario, sino principalmente de control policial de fronteras y, la mayoría de las veces, fruto de la improvisación, lo que en numerosas ocasiones supone una flagrante vulneración de derechos fundamentales.

Dentro de las distintas experiencias improvisadas es preciso recordar el caso del Centro de Archidona (oficialmente denominado Centro Penitenciario Málaga II), donde en noviembre de 2017, se internó a 576 ciudadanos argelinos y uno marroquí, tras haber permanecido horas detenidos en tiendas de campaña en la dársena del Puerto de Cartagena a la espera de las resoluciones de los juzgados de instrucción de Murcia, Valencia o Andalucía que decretasen, tal y como prevé la Ley de Extranjería, el internamiento en Centro de Internamiento para Extranjeros (CIE)¹. Lo relevante del caso es que se no se trataba de un CIE preexistente como los de Madrid, Barcelona, Murcia, Canarias, Valencia o Algeciras, sino que se trataba de un centro penitenciario ya decretado como tal por orden ministerial², pero sin inaugurar, que por decisión del entonces Ministro del Interior, Juan Ignacio Zoido, adquirió el carácter de CIE³ (aparentemente dependiente del CIE de Málaga cerrado en 2013), y considerado como “un centro desconocido” en los propios autos de los jueces de instrucción de Vera (Almería) y Lorca (Murcia), encargados de autorizar el internamiento. Por un lado, es importante señalar que, según la Ley de Extranjería y la doctrina del Tribunal Constitucional STC de 7 de julio de 1987, los CIE en España son centros de carácter “no penitenciario”⁴. Y, por otro lado, también es necesario recordar que el 29 de diciembre, un ciudadano argelino apareció ahorcado en una celda en la

¹ Ver la Declaración del Defensor del Pueblo al respecto el 1 de diciembre de 2017 “El Defensor detecta numerosas carencias en las instalaciones de Archidona”; disponible en www.defensordelpueblo.es/noticias/instalaciones-archidona; ElDiario.es “Archidona: un CIE en “fraude de ley” y una actuación policial “violenta”, 13 de junio de 2018.

² Orden INT/247/2017, de 16 de marzo, por la que se crea el Centro Penitenciario de Málaga II, en Archidona (Málaga). Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/03/18/pdfs/BOE-A-2017-3013.pdf>

³ Si bien el Defensor del Pueblo solicitó información a la Dirección General de Policía (Ministerio del Interior) acerca del dictado de la orden preceptiva, y su correspondiente publicación en boletín oficial, a la que hace referencia el artículo 5 mencionado, la DGP informó que el ministro, el día 19 de noviembre de 2017, «dictó Resolución por la que se habilitan las instalaciones del Centro penitenciario Málaga II en Archidona (Málaga) como centro de ingreso provisional de extranjeros». En opinión del Defensor del Pueblo, al no haber sido publicada en el BOE, no se perfeccionó su eficacia jurídica, por tanto, el CIE adolecería de nulidad de pleno Derecho. DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2017. Mecanismo Nacional de Prevención, p 87 y ss.

⁴ A. SOLANES, “Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, núm. 19, 2016, pp. 37-76; A. JARRIN MORÁN; D. RODRIGUEZ; J. DE LUCAS, “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica”. *Revista CIDOB d’afers internacionals*, 2012, pp. 201-220.

que había sido aislado, sin que se pudiera aclarar las circunstancias de la muerte ya que el juez archivó de manera acelerada la causa y los posibles testigos fueron expulsados. El 10 de enero del 2018 el Ministerio de Interior cerró Archidona, enviando a los que aún permanecían reclusos a los CIE de Madrid y Barcelona.

Así, durante los meses posteriores, desde instancias gubernamentales, se optó por alquilar o pedir la cesión de polideportivos, lonjas y almacenes en desuso o instalaciones destinadas a grandes eventos para albergar a cientos de personas recién llegadas mientras se procedía a la reseña policial (toma de huellas, inclusión en bases de datos como EURODAC, filiación y apertura de expedientes de devolución, principalmente). Ante esta saturación de los dispositivos de primera recepción durante el verano de 2018, ocurrieron situaciones tan extremas como cuando casi 400 personas permanecieron custodiadas durante cinco días a bordo del buque de Salvamento Marítimo “María Zambrano”, amarrado en el Puerto de Algeciras. Tal y como constató el Defensor del Pueblo en la inspección que realizó el último día que se le dio tal uso, “la embarcación no reunía las más elementales condiciones como lugar de acogida, las personas retenidas a bordo no fueron formalmente recibidas por la Policía Nacional durante ese período de tiempo para que no comenzara a computarse el plazo máximo de 72 horas de una detención, privando a las personas de los derechos más elementales hasta que fueron trasladadas a otros dispositivos de atención y custodia” (visita 65/2018)⁵.

Este hecho precisamente nos lleva a la reflexión principal de este artículo: tanto por una lógica de gestión más eficaz de las llegadas como por la presión que colectivos sociales y algunas instituciones de garantías de derechos ejercieron durante 2018, las autoridades gubernamentales han optado por un cambio de estrategia para la contención de migrantes rescatados en el mar o llegados en embarcaciones por puestos no habilitados. Si bien antes su gestión se realizaba mediante el internamiento en los distintos CIE dispersos por todo el territorio estatal, o bien a través de los Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) de Ceuta y Melilla⁶, el colapso de estos dos tipos de centros tanto por el alto número de llegadas como por el esfuer-

⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO. Ficha de seguimiento de la visita realizada por el MNP. 2018. Disponible en www.defensordelpueblo.es/gestionDocumentalWS/rest/matrizSeguimientoMNP/18012926

⁶ Los CETI son centros dependientes del Ministerio de Migración, Trabajo y Seguridad Social creados en 1999 (Melilla) y 2000 (Ceuta), concebidos como dispositivos de primera acogida provisional y destinados a dar servicios y prestaciones sociales básicas a migrantes y

zo burocrático y temporal que supone decretar el internamiento en CIE o aliviar los CETI, ha motivado a la creación *de facto*, es decir, sin norma jurídica concreta alguna, de unos nuevos dispositivos de contención denominados Centros de Atención Temporal de Extranjeros o CATE (en años anteriores, como 2017 y principios del 2018, han recibido la denominación de Centros de Primera Asistencia y Detención de Extranjeros, por el Defensor del Pueblo⁷).

Aunque en las siguientes partes de este texto, mediante el análisis normativo, los datos estadísticos y la revisión bibliográfica, profundizaremos en cuestiones como su localización, regulación jurídica, vulneración de derechos y mecanismos de control, podemos adelantar una definición diciendo que son centros ubicados en las inmediaciones portuarias donde las personas rescatadas o interceptadas en el mar son desembarcadas directamente a unos recintos vallados, conformados por módulos prefabricados, y donde permanecerán detenidas durante un periodo máximo de 72 horas para que agentes de la Policía Nacional española (y Frontex) procedan a la identificación e investigación policial, y donde determinadas entidades procuran una serie de servicios como la atención médica y acogida (Cruz Roja), información sobre protección internacional (ACNUR/CEAR) y asistencia letrada (los turnos de extranjería de los Colegios de Abogacía). Precisamente, merece ser problematizada su denominación actual “de acogida”, en tanto que desaparece el anterior apelativo de “centros de detención” ¿Son realmente centros de acogida? ¿Responde esta acogida a criterios de dignidad o humanidad? Como veremos a continuación, desde un punto de vista propio, se trata de una tendencia europea/global destinada a instaurar y legitimar un nuevo régimen de contención policial en los rescates en fronteras.

2. LA CREACIÓN DE CENTROS DE RECEPCIÓN EN EL CONTEXTO EUROPEO DE EMERGENCIA HUMANITARIA

La Unión Europea (sus instituciones y sus Estados miembros) actualmente se enfrentan al mayor desafío en materia de inmigración y asilo. Las

demandantes de protección internacional llegados a estas ciudades autónomas mientras realizan los trámites de identificación y chequeo médico antes de ser trasladados a la península.

⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO. Ficha de seguimiento de la visita realizada por el MNP. 2017. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/evento-mnp/centro-primera-asistencia-detencion-extranjeros-motril-granada/>

DEFENSOR DEL PUEBLO. Ficha de seguimiento de la visita realizada por el MNP. 2017. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/evento-mnp/centro-de-primera-asistencia-y-detencion-de-extranjeros-en-adeje-santa-cruz-de-tenerife/>

tendencias actuales están poniendo en cuestión el modelo europeo de gestión de fronteras primeramente en las externas, principalmente en Grecia, Italia, Malta y España; como posteriormente en las fronteras internas, con el restablecimiento de controles internos para detener los movimientos secundarios en Ventimiglia, Hendaia o Calais⁸. En definitiva, el propio sistema Schengen está en cuestión. Por este motivo precisamente, para buscar figuras semejantes a los CATE en el panorama internacional, debemos partir de cómo son los centros de recepción para la identificación ante llegadas marítimas diseñados por la Unión Europea. Por tanto, se trataría de una figura similar a lo que en terminología técnica se han denominado “Hotspots”. El 13 de abril de 2015, a través de la Agenda Europea de Migración⁹, la Comisión Europea proponía una serie de mecanismos de la UE para actuar “en caso de que uno o más Estados miembros se enfrenten a una situación de emergencia caracterizada por una afluencia repentina de nacionales de terceros países (artículo 78 (3) del Tratado de Funcionamiento de la UE)”. Entre los mecanismos propuestos destacaba la aproximación de puntos críticos o “Hotspots approach”, consistente en el apoyo operativo en la provisión de necesidades iniciales en la recepción, identificación, registro y toma de huellas de los solicitantes de asilo para su posterior reubicación entre los Estados Miembros¹⁰. El origen de esta propuesta residía, de un lado, en la demanda por parte de Estados miembros como Francia y Alemania aquejados de la llegada de los denominados “movimientos secundarios”, principalmente migrantes irregulares y demandantes de asilo procedentes de Italia y Grecia, y, por otro lado, de las autoridades de estos últimos Estados que demandaban apoyo comunitario en la tarea de contención e identificación. A este respecto, fue significativo el incidente ocurrido en 2011 entre Francia e Italia cuando cientos de tunecinos cruzaron la frontera por Ventimiglia con permisos de re-

⁸ I. BARBERO y G. DONADIO, “La externalización interna de las fronteras en el control migratorio en la UE”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 122, 2019, pp. 137-162.

⁹ COMISION EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento, a Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea de Migración. COM/2015/0240 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN>

¹⁰ M. TAZZIOLI y G. GARELLI, “Containment beyond detention: The hotspot system and disrupted migration movements across Europe”. *Environment and Planning D: Society and Space*, 2018, Versión en línea disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0263775818759335>

sidencia temporales emitidos por las autoridades italianas¹¹. Según Vradis *et al*, en cierto modo, los hotspots, junto con la renovación de Frontex y el esquema de reubicación, suponen la culminación de la Comisión Juncker de “europeizar la frontera”, es decir, considerar las fronteras exteriores como un asunto del que deben hacerse cargo tanto las Instituciones europeas como todos sus Estados Miembros¹².

Este planteamiento político del “hotspot” se ha traducido en la apertura oficial de centros de primera recepción o hotspots en el Sur de Italia (Lampedusa, Messina, Pozzallo, Taranto y Trapani) y las Islas Griegas (Chios, Kos, Leros, Lesvos y Samos). Son centros donde personal de agencias europeas como Frontex (la Agencia Europea de Fronteras y Guardacostas), EASO (la Agencia Europea de Asistencia al Asilo), Europol (la Agencia Europea de Cooperación Policial), Eu-LISA (Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) y Eurojust (la agencia de Cooperación Judicial), prestan asistencia a la autoridades nacionales en el registro, y clasificación de las personas recién llegadas, la investigación de redes de tráfico de personas y otras actividades criminales, así como en las entrevistas a solicitantes de protección internacional¹³. En definitiva, se trata de contener a las personas el tiempo suficiente para proceder a su identificación con el fin de que, en caso de que formulen solicitudes de protección internacional en Estado Miembros distintos a Italia o Grecia¹⁴, sean retornadas a estos Estados pues

¹¹ E. PISTOIA, “Il muro invisibile ma impervio di Ventimiglia”. *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, núm., 3, 2018, p. 1-16. G. DONADIO, “The Irregular Border: Theory and Praxis at the Border of Ventimiglia in the Schengen Age” en L. AMIGONI, S. ARUIVAN BONNIN, G. PROGLIO, C. VERGNANO (eds) *Debordering Europe Migration and Control Across the Ventimiglia Region*, Routledge, Londres, pp. 109-133.

¹² A. VRADIS, E. PAPADA, J. PAINTER y A. PAPOUTSI, *New borders: hotspots and the European migration regime*, London: Pluto Press, 2019.

¹³ Concretamente, Europol se encarga de proporcionar asistencia técnica en la comprobación de documentos de identificación, y Frontex, a través de los denominados “equipos de interrogación conjunta (Joint Screening Team) realiza interrogatorios para identificar redes y rutas migratorias para sus informes de análisis de riesgos y también participa en dispositivos de asistencia al retorno de migrantes irregulares y demandantes de asilo cuyas solicitudes han sido rechazadas. EuLISA proporciona asistencia técnica en la operacionalización e introducción de datos en la base EURODAC para el registro de datos biométricos de demandantes de asilo y migrantes que hayan cruzado de manera irregular las fronteras exteriores de la UE.

¹⁴ Siguiendo las pautas de los formularios que se les entrega en Grecia (disponible en https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0116194ENN_0.pdf) y en Italia (disponible en https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0416141ENC_proof2_5rev.pdf).

al ser los lugares de entrada en la UE, son, en aplicación del Reglamento de Dublín (Nº 604/2013), formalmente los responsables de la tramitación de las demandas de asilo.

Desde una perspectiva académica crítica, Giuseppe Campesi¹⁵ ubica estos centros de recepción dentro del análisis del proceso de progresiva institucionalización de las distintas lógicas securitarias que están siendo implementadas en la Unión Europea¹⁶. Según Campesi, en el caso italiano, mientras que los centros de internamiento previo a la deportación son gobernados por la lógica de gestión del riesgo¹⁷, estos centros de primera acogida son operados por la ambigua lógica de funcionamiento de “gobierno humanitario” como mecanismo de control¹⁸. Dice Walters a este respecto que en espacios fronterizos ubicados en el Mediterráneo como Lampedusa, pero también en muchos otros lugares del mundo, confluyen juntas “en una incómoda alianza, la política de alienación con la política del cuidado, y una táctica de abyección con una de recepción”¹⁹. Y es que cruzar la frontera, ya sea terrestre o marítima, se ha convertido en una opción peligrosa debido a la securitización, militarización y privatización de su control²⁰, siendo expresión de esta idea la reciente operación EUNAVFOR MED SOPHIA (desde 2015)²¹, coordinada por Frontex y Europol, y ejecutada por fuerzas policiales y militares de los Estados Miembro, “con el fin de interrumpir el negocio de las redes de contrabando y tráfico de personas en la zona sur del Mediterráneo Central” (Decisión 2015/778 de 18 de mayo de 2015). De ahí que se busque

¹⁵ G. CAMPESI, “Between containment, confinement and dispersal: the evolution of the Italian reception system before and after the “refugee crisis”, *Journal of Modern Italian Studies*, núm 23 vol. 4, 2018, pp 494-506

¹⁶ J. HUYSMANS, *The politics of insecurity: Fear, migration and asylum in the EU*. Routledge, 2006; L.A. DE VRIES; E. GUILD; S. CARRERA, Documenting the Migration Crisis in the Mediterranean Spaces of Transit, Migration Management and Migrant Agency. CEPS Liberty and Security in Europe No. 94 2016. 2016; E. GUILD, *Controlling frontiers: free movement into and within Europe*. Routledge, 2017.

¹⁷ A. DE GIORGI, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Barcelona, Virus, 2005.

¹⁸ M. AGIER, *Gérer les indésirables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*. Flammarion, 2008.

¹⁹ W. WALTERS, “Foucault and frontiers: Notes on the birth of the humanitarian border.” U. BRÖCKLING, S. KRASMANN & Th. LEMKE (eds.), *Governmentality: Current Issues and Future Challenges*. Routledge. 2010, pp. 138--164.

²⁰ DRIFTE, Reinhard. Migrants, human security and military security. En *Migration, Regional Integration and Human Security*. Routledge, 2017, p. 113-130.

²¹ Disponible en <https://www.operationsophia.eu/>

cierta legitimidad “humanizando” las fronteras con el empleo de tecnologías de anticipación en la detección y la presencia de organizaciones no gubernamentales que, en virtud de fondos y concesiones públicas, al tiempo que paliar el sufrimiento consecuencia del tortuoso viaje y durante la detención, en cierta manera, pasan a ser parte de la denominada “industria neoliberal de las migraciones”²².

Con todo, más allá de políticas y acciones de caridad a las que se refiere Walter, otro elemento al que hay que prestar atención es la situación de excepción jurídica provocada por la consideración de emergencia y las consecuencias que ésta tiene sobre los derechos y garantía de los migrantes recluidos en estos centros²³. Si bien en el ordenamiento comunitario, así como en gran parte de los Estados miembros se prevén regulaciones de estos centros así como mecanismos formales para el control de la detención ante autoridades administrativas y judiciales²⁴, esos mecanismos de queja y reparación, en momento de emergencia, suelen ser insuficientes por su lentitud e ineffectividad a posteriori de las resoluciones²⁵. Precisamente, al tiempo que esos espacios de contención para migrantes se ubican en lugares remotos (como islas o espacios extraterritoriales) o de difícil acceso público (como instalaciones militares o zonas portuarias o aeroportuarias), también están internamente administrados bajo a una sustanciosa incertidumbre jurídica, lo que dificulta la posibilidad de evitar la suspensión *de facto* de derechos y garantías²⁶.

²² T. GAMMELTOFT-HANSEN, N. NYBERG-SORENSEN, (eds.), *The Migration Industry and the Commercialization of International Migration*, London, Routledge; A. LÓPEZ SALA y D. GODENAU, “Delegando el control migratorio. Una aproximación a las prácticas del outsourcing en España”, en A. LÓPEZ SALA, D. GODENAU, *Estados de contención, Estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Barcelona, Anthropos. 2017; C. RODIER, *El negocio de la xenofobia*, Madrid, Clave Intelectual, 2012.

²³ C. LEVY, “Refugees, Europe, camps/state of exception: “into the zone”, the European Union and extraterritorial processing of migrants, refugees, and asylum-seekers (theories and practice)”, *Refugee Survey Quarterly*, núm 29 vol. 1, 2010, pp.92-119.

²⁴ S. CARRERA y M. STEFAN (eds), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsion of Irregular Immigrants in the European Union Complaint Mechanisms and Access to Justice*. Londres: Routledge, 2020.

²⁵ G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*. Brill, 2010.

²⁶ A. LENDARO, “A ‘European migrant crisis’? Some thoughts on Mediterranean borders”. *Studies in Ethnicity and Nationalism*, núm 16 vol. 1, 2016, pp. 148-157.

Esta estrategia europea de crear *hotspots* o centros para la recepción de migrantes rescatados en el Mediterráneo, nos invita a investigar la situación en nuestro contexto donde la especificidad reside en que no hay una declaración formal de la Comisión de creación de hotspots, pero que, en la práctica, tanto por el patrón por el que se rigen estos Centros de Atención Temporal a Extranjeros, como por la presencia de agentes de fronteras europeos vigilantes del cumplimiento de la aproximación europea de puntos críticos, debemos considerarlos como tales.

3. EL NUEVO MODELO ESPAÑOL DE GESTIÓN GERENCIAL DE LAS LLEGADAS MARÍTIMAS

El modelo español de control de fronteras marítimas ha consistido en lo que López-Sala ha denominado “reacción dinámica”²⁷ en tanto que se asemeja a un sistema en el que las estrategias de entrada y las rutas, principalmente en los enclaves de Ceuta y Melilla, el Estrecho y el Archipiélago canario, van modificándose según las medidas de control fronterizo que se implementan. Por ejemplo, en el momento de escritura de este artículo, se ha reactivado de forma importante la ruta hacia las Islas Canarias así como la ruta desde Argelia²⁸. Así, concluye López-Sala que el incremento del control sobre alguno de estos puntos ha originado la aparición de nuevas rutas y estrategias. La consolidación del Estrecho como paso de embarcaciones convirtió la vigilancia marítima en una prioridad, llevando a la implementación progresiva del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), lo que a su vez derivó, según López-Sala, en la activación de rutas hacia el Mar de Alborán, a los saltos de las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, y hacia las Islas Canarias.

Las relaciones internacionales entre España y Marruecos principalmente, aunque también Mauritania y Senegal son otro elemento a tener en cuenta. La vigilancia fronteriza se trasladó a estos países, origen de las embarcaciones, mediante una significativa aportación de fondos y medios materiales y humanos, así como acuerdos bilaterales de readmisión, consolidando lo

²⁷ A. LÓPEZ SALA, “Política migratoria e inmigración irregular a través de embarcaciones: el caso del archipiélago canario”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, núm 0, 2007, pp. 226-244.

²⁸ ElPaís.es “Crecen las llegadas de migrantes desde Argelia tras el freno en Marruecos”, 6 de noviembre de 2019; o ElPaís.es “La ruta migratoria desde Argelia enciende las alertas de las autoridades españolas y europeas”, 23 de mayo de 2020.

que se ha denominado “externalización de fronteras”²⁹. En la actualidad, el socio principal (e imprescindible) de España en el control de la ruta migratoria del Mediterráneo occidental es Marruecos, que así lo hace valer cada vez que hay que renegociar los acuerdos de pesca de la UE o se pone sobre la mesa la cuestión del Sahara occidental. En octubre de 2018, España donó a Marruecos, y también a Senegal y Mauritania, 108 vehículos y material informático por valor de 3,2 millones de euros. Entre 2019 y 2020 Marruecos viene recibiendo de España 30 millones de euros a cargo de los presupuestos generales del Estado (Consejo Ministros de 19 de julio de 2019), que se incluyen dentro de los 147,7 millones de euros con cargo al Fondo Europeo de Emergencia Fiduciaria para África, así como 389 millones procedentes de los nuevos programas de cooperación de la Comisión Europea (20 diciembre de 2019), para mejorar y actualizar la flota de vehículos con la que reforzar el control de sus fronteras y reprimir así los flujos migratorios irregulares hacia Europa.

Así mismo, la reciente creación de la Autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración irregular en la zona del Estrecho y el Centro de Coordinación (Acuerdo de Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2018), también conocido como ACIE o “Mando Único Operativo”, debe interpretarse también en el contexto del nuevo modelo de gestión de las llegadas marítimas. Esta autoridad, ubicada dentro del cuerpo policial-militar de la Guardia Civil, y geográficamente en Málaga, según el acuerdo ministerial, toma decisiones y coordina los principales departamentos y organismos afectados en lo relativo a llegadas marítimas: Fuerzas Armadas, Frontex, Centro Nacional de Inteligencia, Guardia Civil, Policía Nacional, Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, Capitanías Marítimas, SASEMAR, Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Delegaciones del Gobierno en Andalucía, en Ceuta y Melilla, y Cruz Roja. Una de las principales encomiendas realizadas a este órgano es la coordinación de los recursos humanos y materiales destinados a la gestión y control de la inmigración irregular, entre los que destacan los procedimientos de coordinación de SASEMAR, Policía Nacional y Cruz Roja en el rescate marítimo y traslado a puerto de embarcaciones.

²⁹ R. ZAPATA-BARRERO y J. ZARAGOZA. “Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y flujos migratorios? *Panorama Social*, núm 8, 2008, pp. 186-195.

Resulta interesante la presencia de la agencia europea Frontex en el Centro de Coordinación (y la ausencia de otras agencias como EASO, Europol, Eu-LISA o Eurojust, presentes en los Hotspots italianos y griegos). Desde la creación en 2006 de la agencia europea para las fronteras exteriores siempre ha puesto el foco en la denominada ruta del Mediterráneo Occidental³⁰. A través de las operaciones conjuntas Hera (Islas Canarias y África occidental), Minerva (Estrecho de Gibraltar: Algeciras, Tarifa y Ceuta) e Indalo (Mar de Alborán: Cádiz, Málaga, Granada, Almería y Murcia), Frontex (así otros Estados Miembros) han prestado apoyo (en torno a 180 agentes) a los cuerpos policiales en el control fronterizo, identificación y registro de migrantes irregulares, así como tráfico de personas, drogas, y otras redes criminales con destino la Unión Europea. Durante el 2019, en el contexto de la Operación Conjunta Indalo, se han incorporado lanchas guardacostas, un buque de la Armada Nacional francesa y un avión Beechcraft de la dirección regional guardacostas de aduanas de Marsella, llegando incluso a realizar operaciones de interceptación y rescate en alta-mar, pero transfiriendo a las personas a las embarcaciones SASEMAR para su traslado a puerto. Desde el 4 de noviembre de 2020, Frontex está presente en las Islas Canarias desarrollando la misión denominada “Canary Islands Focal Point”.

En este contexto actual de gestión de las fronteras exteriores, según los datos publicados por ACNUR³¹ en el portal sobre la situación en el mediterráneo relativo a España, datos proporcionados a su vez por el Ministerio de Interior, del total de entradas por vía marítima (65.383) a fecha de 31 de diciembre de 2018, en base a los principales orígenes, 13.076 serían de nacionalidad marroquí, 13.053 de Guinea Conakry, 10.340 malienses, 5.801 argelinas, 5.273 de Costa de Marfil, 4.080 de Gambia, 2.133 de Senegal y 1.573 de Siria. Si bien luego veremos que la ayuda ofrecida a Marruecos ha tenido la consecuencia directa de la reducción a la mitad de las llegadas, así como la reactivación de la ruta atlántica a Canarias (23029 en 2020), ahora debemos preguntarnos ¿cómo se han gestionado esas llegadas en los últimos años?, precisamente para argumentar que ha habido un cambio en consonancia con el *hotspot approach*.

³⁰ A. Ruiz Benedicto “El papel de Frontex en la militarización y securitización de los flujos migratorios en la Unión Europea. Barcelona” Centre Delàs d’Estudis per la Pau, 2019.

³¹ Disponible en <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/67552>

En estos últimos años, siguiendo en cierto modo la estela de los estudios de criminología crítica³² y crimmigración³³, autores como Fernández-Bessa y Brandariz³⁴, y siguiendo esa línea de investigación también Barbero³⁵, han observado un “giro gerencial” de la maquinaria de deportación (detención, internamiento y expulsión) de extranjeros, en gran medida motivado por la reducción de recursos y efectivos en momentos de crisis económica, y la necesidad de alcanzar cotas de mayor eficacia policial. Dicho con otras palabras, lograr objetivos con menos recursos/esfuerzos. En otro lugar, Brandariz explica cómo esta evolución gerencial “se pone claramente de evidencia cuando se indaga un conjunto de cambios operativos (de prioridades), institucionales (de organización de las instancias de control), logísticos (de planificación de las necesidades materiales de sistema) e infra-normativos (de niveles inferiores a la Ley y el Reglamento de Extranjería) que han transformado profundamente la realidad del sistema de control migratorio en España”³⁶. Para este autor, ahora ya no se sanciona de manera generalizada “a quien se puede”, sino cada vez más “a quien se quiere”, refiriéndose a determinadas nacionalidades en relación con determinados hechos, y todo ello condicionado por necesidades de legitimidad pública y, sobre todo, de funcionamiento ágil y eficiente –no necesariamente eficaz– de este dispositivo de control. Es dentro de esta lógica gerencial donde me gustaría también ubicar las novedades ocurridas en el contexto de emergencia humanitaria ante las llegadas marítimas y su gestión mediante la creación de los CATE, en detrimento de los CIE.

En primer lugar, es preciso puntualizar que para materializar el internamiento de un extranjero en un CIE se requieren una serie de condicionantes,

³² D. MELOSSI, M. SOZZO; J.A. BRANDARIZ (ed.), *The political economy of punishment today: visions, debates and challenges*, Routledge, 2017.

³³ J. STUMPF, “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”. *American University Law Review*, vol. 56, p. 367, 2006; M. VAN DER WOUDE; V. BARKER; J. VAN DER LEUN. *Crimmigration in Europe. European Journal of Criminology*, vol 14, núm. 1, 2017.

³⁴ C. FERNÁNDEZ BESSA, y J. A. BRANDARIZ GARCÍA, “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación”, en *InDret*, núm 4, 2016, pp. 1-25.

³⁵ BARBERO, Iker. Estudio jurídico-empírico de la detención, internamiento y expulsión de extranjeros en el País Vasco: especial examen a las expulsiones exprés. Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, [S.L.], 2018, núm. 45, p. 143-171

³⁶ Entrevista a José Ángel Brandariz: “No hay un modelo de control migratorio propiamente europeo, sino diversas combinaciones en diversos Estados” Disponible en <https://blogs.publico.es/red-juridica/2019/07/12/no-modelo-control-migratorio-europeo/>

requerimientos, y en cierta medida, garantías jurídicas³⁷. Antes de nada, es necesario que el órgano policial que pretende el internamiento solicite a la dirección del CIE la existencia de plazas disponibles. Después, el internamiento debe ser autorizado mediante auto judicial emitido por el juez o jueza de instrucción del lugar de la detención, previa vista donde interviene la fiscalía y la defensa letrada del extranjero. En caso de autorización del internamiento, cabe recurso de reforma y posterior apelación, dilatando varios días los plazos que materialicen el internamiento. Ante estas condiciones legales, es evidente la ineficacia de los CIE como mecanismos de gestión de urgencia ante las llegadas a costas de personas a quienes la policía quiere identificar a fin de incoar un procedimiento de devolución (58 LOEx)³⁸ y, no podemos olvidar, para cumplir requerimiento de incluir los datos en EURODAC, en el contexto de la nueva estrategia comunitaria de migración y asilo³⁹.

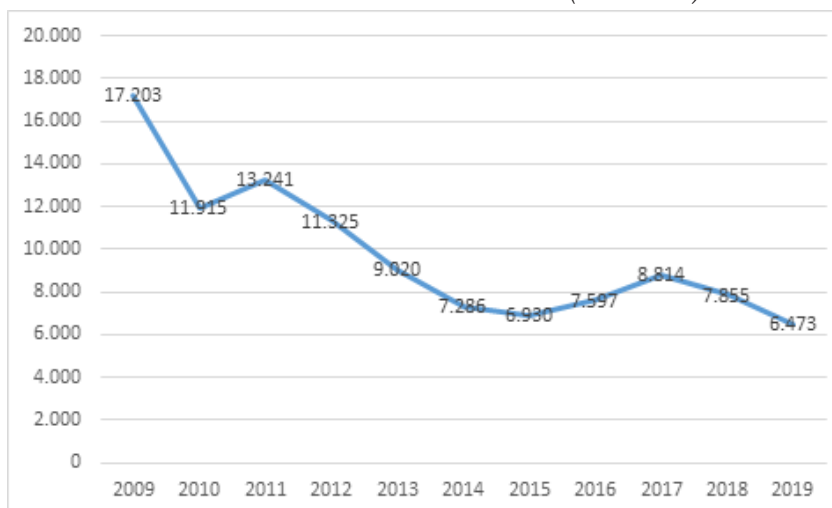
En segundo lugar, atendiendo a una serie de datos sobre internamientos en CIE (Tablas 1 y 2), queremos argumentar que, por un lado, si bien hay una tendencia de descenso pronunciado de los internamientos, en los últimos años las cifras se han mantenido por el uso de los CIE para la contención de recién llegados; y por otro lado, hay que señalar el carácter diferenciado de los distintos CIE en funcionamiento, en relación a la función que cumplen, siendo algunos centros de recepción y otros centros de expulsión (siempre siendo conscientes de que determinados momentos, ante el desbordamiento de CIE como Algeciras o Murcia, personas recién llegadas son trasladadas a CIE como Madrid, Valencia o Barcelona) las tasas de capacidad de expulsión de cada uno de los CIE.

³⁷ M. MARTINEZ ESCAMILLA, "Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2009, núm. 62, vol. 1, p. 253-281. FERNADEZ-BESSA, Cristina Los centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Una introducción desde las Ciencias Penales, Iustel, Madrid.

³⁸ Ante la entrada irregular cuando ésta se produce por puesto no habilitado, la Ley de Extranjería, en su artículo 58.3b), prevé el procedimiento de "devolución" consistente en el retorno forzoso del extranjero a su país de origen, habilitando el internamiento en CIE como medida cautelar cuando se prevea que no se podrá ejecutar la devolución en el plazo de 72 horas (58.6 LOEX).

³⁹ COMISIÓN EUROPEA, Hacia un sistema europeo común de asilo, equitativo y sostenible, 4 de mayo de 2016, Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1620

Tabla 1: Evolución internamiento CIE (2009-2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio del Interior e Informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (Defensor del Pueblo).

Si tomamos como referencia el año 2016 (no hay datos más actuales de tasa de expulsabilidad), CIE como Las Palmas (0.6), Tenerife (12.09) y sobre todo Algeciras (14.99), presentan unas tasas de capacidad de expulsión proporcionalmente relativamente bajas, ya que históricamente han cumplido la función de centro de primera acogida; por el contrario, Madrid (46.16), Valencia (59.10) o Murcia (57.95) reportaban unas tasas de materialización de la expulsión relativamente altas, (si bien también reciben personas recién llegadas, bien a aeropuertos como Barajas o El Prat, como a costas) en tanto que su principal función ha sido la de recibir personas procedentes de distintas partes del territorio para materializar la expulsión.

Tabla 2: Tasa de capacidad de expulsión por cada CIE (2016)

CIE	Las Palmas	Tenerife	Algeciras	Barcelona*	Madrid	Murcia	Valencia
Expulsabilidad	0.63%	12.09%	14.99%	21.43%	46.13%	57.95%	59.10%

* Barcelona permaneció cerrado por reformas durante varios meses en este periodo

Fuente: Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (Defensor del Pueblo).

De nuevo, si miramos los motivos del internamiento en el 2018, año de mayor afluencia de llegas a costas (Tabla 3), observamos que mientras que determinados CIE acogen proporcionalmente más personas por cuestiones de seguridad y expulsiones previstas en el código penal, o por situación administrativa irregular, como puede ser Barcelona, Valencia o Madrid; en otros CIE, es mucho mayor (en torno al 85-90%) el peso de las personas internadas por entrada irregular. Recordemos de nuevo que es habitual reubicar recién desembarcados también en CIE alejados de las costas, de hecho 817 de las 820 personas internadas en Barcelona lo habían hecho en patera o buque, 994 de 1061 en Madrid, 657 de 665 en Valencia.

Tabla 3: Motivos de internamiento 2018

Motivo ingreso	Algeciras	%	Barcelona	%	Las Palmas	%	Madrid	%	Murcia	%	Tenerife	%	Valencia	%	Total	%
Seguridad y CP	21	1,4	93	7,8	18	6,5	252	12,9	23	1,8	25	3,4	52	5,6	484	6,2
Irregularidad	111	7,6	273	23,0	24	8,6	648	33,0	201	15,3	90	12,3	209	22,6	1556	19,8
Entrada ilegal	1331	91	820	69,1	236	84,9	1061	54,1	1087	82,9	615	84,2	665	71,8	5815	74,0
TOTAL	1463	100	1186	100	278	100	1961	100	1311	100	730	100	926	100	7855	100

Fuente: Ministerio de Interior, Portal de Transparencia

En tercer lugar, en la línea de lo que decía Brandariz de que hay una selección de orígenes nacionales, según el informe 2018 del Servicio Jesuita al Migrante (SJM), en los momentos de mayores llegadas de 2018 principalmente, desde autoridades gubernamentales se decidió dejar de internar a subsaharianos, dando prioridad al internamiento de marroquíes (2.801) y argelinos (2.511) por la facilidad con que pueden ser devueltos⁴⁰. Gracias a esta política, se ha producido una subida de la eficacia de los CIE como centros de expulsión. Y, al mismo tiempo, siguiendo la lógica de la eficiencia y reducción de costes económicos y burocráticos, apenas un 16.8% de los 13.316 marroquíes llegados en 2018 pasó por un CIE, ya que en su mayoría son retenidos en calabozos policiales y devueltos directamente en las 72 horas posteriores a su llegada. También es cierto que, según informantes cualificados, en los últimos meses de 2019, ante las llegadas de marroquíes procedentes de la zona del Rif, en la mayoría de los casos, se estaba autorizando su detención en los CATE y decretando su puesta en libertad puesto que muchos o no eran admitidos por Marruecos o porque solicitaban protección internacional por persecución política.

En definitiva, el uso de los CIE como dispositivo de contención han evolucionado en los últimos años siguiendo una lógica gerencial evidente: se interna menos en 2018 que en 2009; cuando se interna, se interna dando preferencia a las nacionalidades con mayor probabilidad de materialización de la expulsión; y si es posible, se procurará ejecutar la expulsión sin internamiento (ya sea por la programación de vuelos o por la cercanía y admisión del país). De las 65.383 personas que habrían entrado de forma irregular en 2018 (32.492 en 2019⁴¹ y 42.861 en 2020), si se dice que solo una parte de los nacionales de Marruecos y Argelia (en torno a 26.000) son internados en CIE, ¿Qué sucedió con el resto, principalmente originarios de Guinea Conakry (12.780), Mali (11.903)? A fecha de 31 de diciembre de 2019, ACNUR⁴² contabilizaba 8.271 marroquíes, 5.025 argelinos, 5.124 guineanos, 3.298 malienses, 2.867 costamarfilenses, 2.378 senegaleses, 1.238 tunecinos o 1.031 sirios, entre otros ¿Cómo se están gestionando estas llegadas? Su destino principal (juntos con los CETIs) son los Centros de Atención Temporal de Extranjeros o CATE, centros de detención con tintes humanitarios.

⁴⁰ SERVICIO JESUITA AL MIGRANTE, Informe CIE 2018: Discriminación de Origen Disponible en <https://sjme.org/publicacion/informe-cie-2018-discriminacion-de-origen/>

⁴¹ Disponible en <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/73187>

⁴² Disponible en <https://data2.unhcr.org/es/documents/details/73591>

4. LOS CENTROS DE ATENCIÓN TEMPORAL DE EXTRANJEROS

De entrevistas mantenidas con informantes cualificados, podemos establecer el siguiente *modus operandi* para la detención en CATE. Una vez es localizada la patera en altamar, ya sea a través del SIVE o mediante un llamamiento de socorro desde la propia patera, es el Mando Único Operativo quién, tras consultar con Marruecos y comprobar la ubicación de la embarcación en la zona SAR (Search and Rescue), decide cuál es el puerto de destino. A la llegada de la embarcación de salvamento marítimo a puerto, quien técnicamente procede a la detención es la Guardia Civil por razón de competencia en control de puertos y seguridad en fronteras. Además, también aguardan la policía portuaria, Frontex, Policía Nacional y la Cruz roja. Los primeros en subir a la embarcación son Frontex y Policía Nacional para obtener información de primera mano sobre las cartas de navegación, las circunstancias y coordenadas del rescate y tipo de patera/motor. Posteriormente, Cruz Roja entra para hacer una primera evaluación por si hay personas que necesitan evacuación urgente. Así, los primeros en salir son enfermos, mujeres y menores, que en ocasiones son trasladados o hospitalizados o albergues de distintas ONG, aunque, como han denunciado organizaciones sociales y así ha constatado el Defensor del Pueblo, habitualmente mujeres y menores permanecen encerrados en los CATE incluso en celdas colectivas sin diferenciar con los hombres. Posteriormente van desembarcando los hombres en grupos de 10 personas aproximadamente, para ir realizando un primer triaje que en ocasiones se les pone pulseras de colores dependiendo de su estado de salud. Durante el proceso de reseña policial (toma de huellas fotografías y otros datos biométricos), agentes de Frontex pueden ir seleccionando algunos de los migrantes para un interrogatorio más a fondo. Finalmente, a lo largo de los días de detención, van recibiendo la visita de abogados y abogadas de los turnos de extranjería específicos para las llegadas a costas, para prestar asistencia bien en la tramitación de la orden de devolución o en la solicitud de protección internacional. Respecto a esto último, también suele estar presente un equipo de CEAR (organización que ganó el concurso licitado directamente por ACNUR)⁴³ para informar de forma colectiva sobre protección internacional y, en algunos lugares, Save the Children por si hubiera niños y niñas menores no acompañadas. Actualmente, las so-

⁴³ CEAR, "CEAR y ACNUR se unen para facilitar la identificación de refugiados en costas", 14 de agosto de 2018, Disponible en <https://www.cear.es/cear-acnur-identificacion-refugiados-costas/>

licitudes de protección internacional que se formalizan en los CATE siguen el procedimiento previsto para la solicitud en territorio, y no el previsto para fronteras y CIE, con unos plazos mucho más ajustados. Una vez realizadas todas las actuaciones policiales e identificación de la persona, la policía puede optar por el traslado a Centro de Internamiento, la devolución inmediata a través de la frontera con Marruecos, o la puesta en libertad con una orden de devolución incoada o una cita para el planteamiento formal de la solicitud de asilo. Respecto a este último aspecto es necesario señalar que si bien en los momentos más álgidos del 2017 y 2018, había una fuerte descoordinación dando lugar a que muchas personas una vez liberadas quedaban sin ningún tipo de asistencia, o eran trasladadas a otros lugares del estado de forma caótica⁴⁴. En la actualidad, se han ido articulando una serie de centros denominados Centros de Atención de Emergencia y Derivación (CAED)⁴⁵, gestionados principalmente por la Cruz Roja y CEAR a través de una concesión del Ministerio de Migraciones, Trabajo y Seguridad Social⁴⁶; así como redes alternativas (Red #AcogidaDigna, redes informales...) establecidas por todo el Estado para dar una acogida digna quienes no acceden a los recursos públicos.

4.1. Surgimiento y situación actual

Como decíamos en la introducción, ya desde al año 2017 se vienen utilizando unos rudimentarios dispositivos para la contención de personas extranjeras llegadas por vía marítima llamados inicialmente Centros de Primera Asistencia y Detención (tiendas de campaña levantadas por la Unidad Militar de Emergencias), ubicados en Cartagena, Almería, Motril, Málaga, Algeciras y Tarifa (Defensor del Pueblo 2017 y 2018), y que en la actualidad han pasado a denominarse los Centros de Atención Temporal de Extranjeros o CATE de San Roque (Cádiz), Málaga, Motril (Granada), Almería, y más recientemente los ubicados en Canarias (Arguineguín,

⁴⁴ *Naiz.info*, "Abandonan a 46 refugiados en la estación de autobuses de Donostia", 18 de junio de 2018.

⁴⁵ *ElDirariodeAlmeria.es* "Un nuevo centro para atender a los inmigrantes llegados en pateras", 26 de julio de 2019; *CadenaSer.com* "El Gobierno inaugura un CAED en Málaga que permitirá acoger a 230 personas", 27 de Agosto de 2019.

⁴⁶ Real Decreto 301/2019, de 26 de abril, por el que se regula la concesión directa de una subvención a Cruz Roja Española para la realización del programa de atención a inmigrantes llegados a las costas españolas o a las ciudades de Ceuta y Melilla a través de las fronteras terrestres en el año 2019.

Barranco Seco en Gran Canarias, El Hierro, Muelle de Puerto del Rosario de Fuerteventura y Adeje en Tenerife⁴⁷)

Haciendo un breve recorrido por cada uno de los centros, más allá de elementos específicos, vemos una arquitectura común: la incertidumbre real y jurídica generada por la permanente provisionalidad. Tras la una primera fase de tiendas de campaña, el actual CATE de Cádiz, ubicado Puerto de Algeciras, (aunque técnicamente pertenece al municipio de San Roque, de ahí sus múltiples denominaciones) concretamente en el antiguo Centro de formación portuaria e industrial de Crinavis, permanece abierto oficialmente desde el 2 de agosto de 2018. En Málaga, durante 2017 y 2018, se emplearon instalaciones como las casetas del Recinto Ferial o Pabellón Polideportivo Municipal José Paterna. En la actualidad, el nuevo CATE (inaugurado en 29 agosto de 2019) es un espacio cedido por el propio Puerto de Málaga a la Delegación del Gobierno Central, de unos 2.500 m² en el que hay prevista una ocupación de 300 personas en unos cinco módulos independientes prefabricados, tres de ellos para estancias de migrantes, uno para los servicios asistenciales y dos para agentes policiales (uno Policía Nacional y otro Frontex)⁴⁸. La APDHA siempre ha señalado irregularidades formales en lo que refiere a cuestiones técnicas de la creación y construcción del centro. En las costas granadinas, lo que inicialmente se denominó Centro de Primera Asistencia y Detención de Extranjeros de Motril, consistía en las tiendas de campaña levantadas por la Unidad Militar de Emergencias que servían tanto para labores documentales, asistencia médica, como para alojamientos, aseos y comedores. A esperas de que se abra el nuevo centro, ubicado en una parcela de 2.000 m² del mismo puerto y construido a base de módulos prefabricados, similar al de Málaga, el actual CATE de Motril se encuentra ubicado en unas antiguas instalaciones del puerto pesquero. Se trata de un centro sin apenas ventilación con el exterior ni calefacción, y con una distribución interior a base de celdas con puertas de rejas donde se encierran 20 a 30 personas con colchones en el suelo y un solo baño. El CATE de Almería se encuentra ubicado en el denominado Muelle de Poniente y consiste en una serie de módulos prefabricados. En Murcia, si bien no hay declarado un CATE en funcionamiento (aunque sí construido), sí hay constancia de la instalación de un

⁴⁷ Se tiene constancia de algunos de estos centro por el informe del Defensor del Pueblo sobre "La migración en Canarias" (2021) https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/03/INFORME_Canarias.pdf

⁴⁸ APDHA Málaga tiene un CATE. Centro de Detención de Migrantes Disponible en <https://www.facebook.com/apdha.malaga/videos/932815713732907/>

denominado “Dispositivo de Acogida”, consistente en carpas y tiendas de campaña en el Muelle de la Curra, en el Arsenal del Puerto de Cartagena. En las Islas Canarias, ya en informes del Defensor del Pueblo de 2018⁴⁹ se hacía mención a un Centro de Primera Asistencia y Detención en Adeje, Santa Cruz de Tenerife. Ante el aumento de llegadas desde octubre de 2019, se comenzaron decretando los internamientos en el CIE de Hoya Fría (Tenerife) o en Barranco Seco (Gran Canaria), o ubicando en instalaciones improvisadas, edificios en desuso cedidos por los ayuntamientos o centros de ONG. El primer gran espacio de detención/confinamiento bajo la denominación de CATE fue el Muelle del puerto de Arguineguín (en el municipio de Mogán, al sur de la Isla de Gran Canaria). Desde 20 de agosto de 2020 desembarcaron más de 20.000 personas, llegando en su punto más álgido de hacinamiento con 2600 personas (incluidos menores, acompañados y no acompañados). Las condiciones eran, en palabras del Defensor del Pueblo, “inhumanas”⁵⁰. Las personas permanecían varias semanas durmiendo en el suelo sin techo, con escasos recursos de aseo (25 baños químicos y 12 duchas que se fueron instalando muy paulatinamente), y sin un plan definido de distanciamiento social más allá de vallas de obra a modo de pequeños cercados, dando lugar a números contagios por Covid-19. Si bien a finales de noviembre se decretó su cierre y apertura del CATE de Barranco Seco (consistente en una serie de tiendas de campaña militar), se sigue empleando como puerto de desembarco, primera identificación por parte de Policía nacional y Frontex, y triaje sanitario por parte de Cruz Roja.

En lo que refiere a las cifras de detención en estos centros (Tabla 4), debemos señalar los siguientes elementos. En primer lugar, es necesario decir que no se trata de datos publicados de oficio, si no obtenidos bien a partir de mecanismos de control parlamentario o a través de solicitudes propias en el Portal de Transparencia, lo que ya de por sí atribuye elementos de voluntad de opacidad estos centros. Además, es preciso resaltar que la originalidad de estos datos frente a otros ya hechos públicos, reside en que en la pregunta parlamentaria formulada por el diputado EH Bildu, Jon Iñarritu, de 21 de julio de 2019 (184/481, XIII legislatura), solo se mencionaban adultos, dejando fuera a los menores. En segundo lugar, convendría prestar cierta cautela

⁴⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO. Ficha de seguimiento de la visita realizada por el MNP. 2018. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/evento-mnp/centro-de-primera-asistencia-y-detencion-de-extranjeros-en-adeje-santa-cruz-de-tenerife/>

⁵⁰ <https://www.defensordelpueblo.es/evento-mnp/centro-de-atencion-temporal-de-extranjeros-del-muelle-del-puerto-de-arguineguin-las-palmas-de-gran-canaria/>

a la certeza de los datos, especialmente de las primeras fechas, ya que como venimos diciendo, la improvisación e incertidumbre jurídica de estos mecanismos ha podido dar lugar a la no inclusión en esta tabla de detenciones en dispositivos no considerados inicialmente como CATE (Málaga es un ejemplo de ello dónde se sabe que se empleaban polideportivos y recintos feriales como lugar de detención y, sin embargo, no constan datos previos a la mitad del 2019).

Con todo, vemos que el 2018 es sin duda el momento de mayor rendimiento de estos centros, con al menos 33.619 personas detenidas, de las cuales más de 3.000 eran personas menores de edad. Esto último, es relevante en el sentido de que algunos niños y niñas que migran acompañados, no están detenidos en el CATE por la detención de sus familiares (como sucede en los CIE), si no que ellos mismos son objeto de detención para identificación. Por un lado, y por analogía con los CIE, el artículo 62 bis i) de la LOEx posibilitaría que los extranjeros sean internados “en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida”⁵¹. En el caso de los CATE, si bien en algunos centros sí hay módulos separados para familias, en otros persiste el internamiento en módulos comunes y no se ha tenido constancia de que la práctica habitual sea el informe favorable previo de la Fiscalía. Pero, por otro lado, en el caso de menores no acompañados debemos recordar que la LOEx (art.62.4) prohíbe taxativamente el internamiento, debiendo guiarse por los parámetros establecidos en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Aun así, en diversas ocasiones se ha tenido constancia, incluso evidenciado con una visita de personal de la Oficina del Defensor del Pueblo⁵², del internamiento en CATE de menores no acompañados.

⁵¹ El Tribunal Supremo, por sentencia de 10 febrero 2015, declaró inaplicable, el inciso “y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar” del artículo 62 bis 1.i) de la LOEx; así como inválidos y nulos los incisos, “en la medida de lo posible”, del artículo 7.3, segundo párrafo, y “y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar” del artículo 16.2.k) del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros; obligando a facilitar alojamiento separado a las familias internadas, tal como impone apartado 2 del artículo 17 de la Directiva de Retorno.

⁵² Publico.es, “Interior encerró en “celdas para adultos” a menores llegados en patera a Málaga. Según constató el Defensor del Pueblo en una visita al Centro de Asistencia Temporal de Extranjeros (CATE) de la ciudad el 9 de septiembre de 2019, había niños “tanto acompañados como sin acompañar” en estancias no adecuadas. Ha puesto el caso en manos de la Fiscalía”. 23 de noviembre de 2019.

En general, haciendo un análisis más pormenorizado por centros debemos decir que si bien San Roque-Cádiz es el más grande en cuanto a capacidad, otros CATE mucho más pequeños presentan tasas de retención similares, cómo es el caso de Almería o Motril, denotando un evidente uso excesivo y un potencial hacinamiento en estos últimos. Finalmente, si bien la cifra para el 2019, ha descendido, se trata de una cifra suficientemente alta para poder afirmar la consolidación de estos centros como mecanismo de detención ante la llegada a costas.

Tabla 4 Datos de detención en CATE (2017-10 diciembre de 2019)

	Motril	San Roque	Almería	Málaga	Murcia
Capacidad	90	450	180	300	¿?
2017	3.838	No habilitado	5.567	No habilitado	No habilitado
2018	9.497 (572 menores)**	11.885 (2.025 menores)	12.234 (589 menores)	No habilitado	No habilitado
2019	3.414 (178 menores)	5.344 (1.273 menores)	5.488 (284 menores)	*1.042 (49 menores)	No habilitado

* Abierto el 29 de agosto de 2019

Fuente: elaboración propia a partir de pregunta parlamentaria (184/481 de 2019) y respuesta de Portal de Transparencia con fecha de 10 de diciembre de 2019⁵³.

Respecto a los CATE de Canarias, es a partir del informe del Defensor del Pueblo⁵⁴ que se sabe que en el CATE de Barranco Seco ha habido un total de 5.564 personas detenidas en esas instalaciones hasta el 1 de febrero 2021. De estas, 4.806 eran hombres (3464 marroquíes y 1342 subsaharianos), 232 mujeres (125 marroquíes y 107 subsaharianas) y 526 menores (403 marroquíes y 123 subsaharianos). En el mismo informe se detalla que en el CATE de Adeje durante 2020 han estado detenidas 3.200 personas, de ellas 108 mujeres y 514 menores (10 de ellas niñas, 9 de Costa de Marfil y una de Guinea Conakry).

De la lectura de los últimos informes del Defensor del Pueblo, en calidad de Mecanismo para la Prevención de la Tortura (MNPT), se observa que las deficiencias principales que ha denunciado esta institución han sido las

⁵³ Si bien se ha solicitado actualización de la información vía Portal de Transparencia, a fecha de entrega de este artículo no se ha recibido contestación alguna.

⁵⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La migración en Canarias Estudio*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2021.

condiciones habitacionales de estos centros donde no hay separación entre hombres y mujeres y menores, el hacinamiento en celdas colectivas sin literas, baños y duchas en el exterior y la ausencia de sistemas de calefacción en invierno⁵⁵. Recordemos que, a pesar de tratarse de las costas mediterránea y atlántica-canaria, las condiciones climatológicas en otoño e invierno pueden llegar a ser verdaderamente adversas. En lo que respecta a elementos relativos a la situación de detención, el MNPT ha señalado en diversas ocasiones la ausencia de libros de registro y custodia de detenidos (obligatorios en comisarías), personal policial con funciones encomendadas de seguridad y no formadas técnicamente en trabajos con personas en situaciones de especial vulnerabilidad⁵⁶, lecturas de derechos y asistencias letradas colectivas y en condiciones inadecuadas para garantizar la privacidad entre detenido y letrado, escasa información sobre protección internacional, así como infraestructuras y medios técnicos como fotocopiadoras para cumplimentar formularios sin necesidad de desplazamientos a comisarías para obtener copias⁵⁷. Un elemento interesante que señala el MNPT es la diversidad por demarcaciones policiales de las resoluciones donde se constata la ausencia de algunas órdenes de devolución sin que consten las coordenadas del lugar exacto de la interceptación de la embarcación para constatar si se trataba de un acceso irregular a territorio o de un rescate en aguas internacionales⁵⁸.

Por todo ello, reiteramos la situación sociológica de incertidumbre y provisionalidad estructural y arquitectónica que se traslada a las condiciones deplorables en la que se encuentran en la mayoría de ocasiones las personas detenidas en los CATE. Esta incertidumbre tiene su origen, sin duda, en la ausencia de una regulación positiva que se ajuste a Derecho y ofrezca elementos tanto a la Administración para realizar su labor conociendo los límites de su actuación, como a las organizaciones sociales que buscan denunciar esas actuaciones que superarían los límites legales.

4.2. Naturaleza jurídica

El primer rasgo que debemos analizar en lo que refiere a la naturaleza jurídica y, en consecuencia, al régimen de gobierno de estos centros de de-

⁵⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2017. Mecanismo Nacional de Prevención*, p 77 y ss.

⁵⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2017. Mecanismo Nacional de Prevención*, p 92 y ss.

⁵⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2018. Mecanismo Nacional de Prevención*.

⁵⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2018. Mecanismo Nacional de Prevención*, p 84

tención, es la situación de alta ambigüedad jurídica desde el momento que, a diferencia de los CIE, no están mencionados en la LOEx, y mucho menos desarrollados ni en el reglamento de la LOEx⁵⁹ ni en el de los CIE (RCIE)⁶⁰. En tanto que son centros de detención, los CATE tampoco encuentran encaje dentro de lo previsto en el artículo 264 y siguientes del reglamento de la LOEx que se refiere a los denominados “Centros de migraciones”, insertos dentro de una red pública con fines de integración social y dependientes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (donde sí podrían enmarcarse los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes o CETI de Ceuta y Melilla). Por tanto, su definición normativa, lejos de buscarse en un texto normativo, debe buscarse por un lado, en la ya mencionada respuesta del Gobierno del Estado en sede parlamentaria (184/481), de 21 de julio de 2019, en la que se declara que “los CATE tienen dependencia orgánica de la plantilla policial donde se hallan localizados, por lo que la naturaleza jurídica de dichos centros es la misma que la dependencia policial a la que se encuentran adscritos”; y por otro lado, en la Resolución de 23 de julio de 2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad⁶¹, que los define como “instalaciones concebidas para realizar las primeras actuaciones en un tiempo máximo de estancia de 72 horas mientras se tramitan las diligencias iniciales de identificación y comprobación de antecedentes para después ser derivados a CIE o a disposición de las ONG”.

Buscando la justificación normativa que todo órgano administrativo debe tener para su creación, debemos ir al “Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de febrero de 2019, por el que se adoptan medidas adicionales para reforzar las capacidades operativas y garantizar la adaptación permanente de la Autoridad de Coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración irregular en la zona del Estrecho de Gibraltar, mar de Alborán y aguas adyacentes, para el cumplimiento de las funciones que le fueron

⁵⁹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

⁶⁰ Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

⁶¹ Resolución de 23 de julio de 2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se declara de emergencia la tramitación de diversos expedientes de contratación para atender las necesidades de alojamiento manutención limpiezas y otras producidas ante la llegada inesperada y masiva de embarcaciones con inmigrantes a las costas españolas especialmente el arco sur Almería Granada Málaga Cádiz y Huelva.

encomendadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2018”, cuando dice que es el Mando Único quien determina “los puertos de desembarco de los inmigrantes irregulares y posibilita una asistencia integral a través de los Centros de Atención Temporal de Extranjeros (CATE). (...) Para ello, se ha procedido al acondicionamiento de los CATE del puerto de la Bahía de Algeciras (San Roque) y se está tramitando la adaptación de los existentes en los puertos de Motril, Málaga y Almería”. Por lo tanto, de la lectura de este texto se desprende que se enmarcan dentro del mecanismo de coordinación del Mando Único, sin embargo, un acuerdo de Consejo de Ministros no es base jurídica suficiente para la creación de centros de detención. Recordemos que al comienzo de este artículo decíamos que para la creación de los CIE es necesaria una orden ministerial, es decir, un reglamento. En definitiva, es importante señalar la vulneración del principio de legalidad en lo que refiere a la propia existencia de tales centros. La ausencia de normas de rango previsto en el ordenamiento para su creación, entre otras cuestiones conflictivas, dificulta el control de legalidad ante la jurisdicción ordinaria y la propia administración de las resoluciones y actos administrativos que se derivan de las actuaciones policiales en estos centros.

Finalmente, en lo que refiere a su financiación, nuevamente es necesario acudir a sede parlamentaria, concretamente a la Comisión de Interior del Senado, con fecha de 2 de octubre de 2018, en la que el Ministro de Interior Fernando Grande-Marlaska declaró que “el 23 de julio, la Secretaría de Estado aprobó una resolución con carácter de emergencia para la tramitación de diversos expedientes de contratación, con el fin de atender las necesidades de alojamiento y manutención consecuencia de la llegada importante de embarcaciones con migrantes”⁶². Asimismo, en la misma declaración se menciona el acuerdo firmado entre la Secretaría de Estado de Seguridad y la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, por el que se ceden unos terrenos en el término municipal de San Roque para el establecimiento del CATE. En definitiva, si los gastos son sufragados con cargo a las aplicaciones presupuestarias correspondientes al presupuesto de gastos del Servicio Presupuestario de la Dirección General de la Policía y a la sección 16 del Ministerio de Interior (programa 132 seguridad ciudadana), indirectamente se está haciendo una localización orgánica de estos centros dentro de la estructura de la DGP del Ministerio del Interior. Una vez más, la incertidumbre

⁶² Disponible en www.migrarconderechos.es/legislation/Mastertable/legislacion/RSES_23_07_2018_emergencia_contratacion;jsessionid=9346E922CF652E6CAD3A6C1AB5EDD0C6

de su naturaleza jurídica dificulta su monitorización también desde el punto de vista de la gestión presupuestaria (incluso ante posibles inspecciones de órganos administrativos de control de gasto o Tribunales de Cuentas). Convendría, por tanto, delimitar su ubicación tanto en la jerarquía orgánica de la administración en la que se ubican, así como las competencias y funciones que se le atribuyen.

Por lo tanto, no se trataría de centros autónomos como pudieran ser los CIE o los CETI, sino anexos o extensiones de las comisarías, creados para albergar a detenidos que por su volumen no son reclusivos en los calabozos de las propias comisarías. Ahora bien, la duda que aquí surge es si esta decisión responde a criterios de humanidad (evidentemente los nuevos CATE no son almacenes en semi-ruina o cubiertas de barcos a la intemperie) o bien a cuestiones de creación de espacios donde la gestión policial de los desembarcos se realiza de una manera más acorde a las nuevas pautas marcadas en los hotspots italianos y griegos. Tales decisiones, que tan a menudo responden a cuestiones de eficiencia (ejecutar más devoluciones, con menos internamientos o detenciones, al menor coste económico y burocrático) pueden adolecer de falta de fundamento legal o constituir vías de hecho que deben ser controladas tanto por operadores jurídicos como abogados o fiscalía, como por organizaciones sociales encomendadas a esa misión. En el siguiente apartado, miraremos a distintos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para el control de la actuación pública ante la vulneración de derechos y garantías de las personas reclusas en los CATE.

5. GARANTÍA DE DERECHOS EN LOS CATE Y MECANISMOS DE CONTROL

En lo que refiere a la garantía de derechos en los CATE, en tanto que son espacios de detención, debemos prestar atención a varios aspectos. En primer lugar, el relacionado con los derechos inherentes a la persona en situación de custodia policial. En segundo lugar, es importante preservar una situación de dignidad durante la detención, por lo que es fundamental referirse a la situación y arquitectura de los CATE. Finalmente, es imprescindible referirse a los mecanismos de control cuando las garantías son conculcadas.

A pesar de que, en opinión del Ministro del Interior, el objetivo de estos centros es “mantener localizables a las personas, y en ningún caso detenidas”, una especie de custodia policial para la identificación, tal y como manifestó

Antonio de Haro, inspector jefe y responsable de la Unidad Central contra las Redes de Inmigración y Falsedades Documentales (UCRIF) en Málaga en las Jornadas sobre Periodismo de Fronteras de 2019, “las personas una vez son desembarcadas, están en calidad de detenidas” y “tanto la Fiscalía como los juzgados competentes lo entienden así”⁶³. Por lo tanto, les corresponden evidentemente los derechos recogidos en el Estatuto del Detenido (el 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal o LECrim) y de procedimientos de expulsión/devolución del art. 22 LOEx como son el derecho a ser informado de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, el derecho a no declarar contra su voluntad, la garantía (incluso gratuita) a la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, así como el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, su detención y el lugar de custodia, y, fundamentalmente a no llevarse a cabo la devolución en supuestos de solicitud de protección internacional, mujeres embarazadas, menores y personas enfermas. Mirando el caso del CATE de Arguineguín, la mayoría de las personas permanecieron allí varias semanas en una situación de detención totalmente ilegal puesto que el límite para la custodia policial sin actuación judicial que decretara su internamiento en un CIE es de 72 horas. Uno de los fundamentos esgrimidos por la policía y posteriormente recogidos en el Auto judicial del juzgado de instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, de 23 de noviembre (FJ cuarto), fue que no era posible proceder a la reseña policial hasta la obtención de un test de PCR con resultado negativo. En contra de la realidad confirmada por los migrantes allí detenidos, sus familiares y los abogados que los asistían, según este auto, no se limitó la “libertad ambulatoria” salvo en casos de “una prudente proporcionalidad entre la limitación de dicho derecho fundamental y la salvaguarda de la salud pública”.

Merece aquí especial referencia el artículo 520.6.d) LECrim que establece el derecho a entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial”, por dos motivos; en primer lugar, como hemos visto, en numerosas ocasiones el Defensor del Pueblo ha reiterado la vulneración del derecho a la entrevista reservada e individualizada; y en segundo lugar, es preciso recordar que desde el mismo momento en que son desembarcados, la policía, pero especialmente Frontex, ya están indagando e interrogando a los migrantes. Es

⁶³ ASOCIACIÓN PRENSA MALAGA Streaming HD Granada 15/3/2019. Disponible en <https://youtu.be/xViEIOZu884?%20t=549>

nuevamente llamativo el caso de Arguineguín, puesto que fueron numerosas las quejas públicas que realizaron los abogados que tenían la designación por turno de oficio del Colegio de abogacía. Además de la ya mencionada denuncia por detención ilícita por superar las 72 horas, también se denunciaron las deplorables condiciones para el ejercicio profesional: asistencias colectivas (cuando deben ser individualizadas y reservadas), “en diferido” (en la comisaría cuando la persona estaba en el puerto a kilómetros de distancia), todo ello previsto en el 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁴.

Con todo, las Comisiones de Extranjería de los Colegios de Abogacía han sido claves, en la garantía de los derechos de los migrantes detenidos en general⁶⁵, y especialmente en la organización de dispositivos específicos para garantizar el derecho a la asistencia letrada en las llegadas a costas, y más recientemente en los CATE. Los Colegios de Cádiz, Málaga, Granada y Almería, entre otros, disponen de protocolos específicos de actuación urgente ante las llegadas de embarcaciones, de manera que existe una coordinación para garantizar la presencia de un abogado por cada 10 o 12 migrantes, así como sistemas de apoyo telemático a través de redes sociales creadas ad hoc (como grupos de whatsapp). Evidentemente, a pesar de que, en el momento del desembarco, las personas están en situación provisional de detención por entrada ilegal por puesto no habilitado, desde el instante en que se invoca el derecho a solicitar protección internacional el status de esa persona cambia, quedando en suspenso el procedimiento de devolución, y abriéndose un itinerario alternativo previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

En lo que refiere al control como recintos públicos, el control de legalidad por parte de operadores externos, principalmente organizaciones sociales, se ha centrado también en aspectos formales. Resulta interesante las acciones de denuncia de la APDHA de Málaga. En primer lugar, recuerdan que el nuevo CATE incumple el acuerdo plenario del 26 de febrero de 2015, alcanzado unánimemente, donde se acordó el rechazo a que, en un futuro, se instalara en su término municipal cualquier tipo de edificio o instalación pública –ya sea bajo la denominación de Centro de Internamiento de Extranjeros, Centros de Estancia Controlada de Extranjeros, Centros de Estancia Temporal o cualquier otra que se pueda utilizar– que tenga como objetivo la privación de libertad e interna-

⁶⁴ Circular 68/20203 colegio abogados Gran canaria.

⁶⁵ I. BARBERO, “El acceso a los centros de internamiento para extranjeros como control y garantía de derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 37, 2017, pp. 233-256.

miento de personas inmigrantes por el simple hecho de su situación administrativa” (Acta nº4/15 de la Comisión de Pleno del Ayuntamiento de Málaga). Así mismo, en lo que refiere a la licitación, la relativa al CATE de Málaga, estando proyectada desde abril de 2018, se realizó por el procedimiento de emergencia cuando, según el artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público “solo es posible acudir a este procedimiento de contratación de manera excepcional, esto es, cuando hay que realizar una obra de manera inmediata”. Finalmente, la APDHA junto con ElDiario.es formularon una queja en torno a la construcción arquitectónica del centro ya que, según la instrucción técnica para el diseño y construcción de áreas de detención 11/2015 de la Secretaría de Estado de Seguridad, la medida media para las celdas colectivas debería ser 4 m² mínimos por persona, mientras que en el CATE solo se cuenta con 2,3 m² de espacio de media por persona, pudiendo dar lugar a situaciones hacinamiento. De esta manera, ejerciendo el derecho a intervenir en asuntos públicos en calidad de interesados, las organizaciones sociales no solo intervienen en cuestiones de vulneración de derechos, sino de fiscalización de la actividad de la Administración en labores técnicas (licitaciones, construcción de recintos, contratos...).

Es preciso mencionar los distintos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para el control y denuncia ante malas praxis y vulneraciones de derechos en estos centros. En primer lugar, debemos decir que, a diferencia de otros contextos cercanos, en España, más allá de denuncias y los recursos ordinarios en vía administrativa y judicial, no existe un mecanismo de queja específico previsto en la Ley de extranjería para los supuestos vulneración de derechos e irregularidades en el control fronterizo y procesos de expulsión⁶⁶. Así mismo, a diferencia de los CIE donde sí está previsto que los internos puedan presentar quejas ante la dirección del centro (Art. 16.n RCIE⁶⁷), que debe ser controlada por el juzgado de control del lugar de ubicación del CIE, debemos entender que si se diera el caso, cualquier persona detenida en un CATE, y que hubiera sufrido algún tipo de vulneración de derechos, estaría legitimada a interponer la correspondiente denuncia ante la fiscalía o ante el juzgado correspondiente, actuación que podría ser llevada a cabo por el o la abogada que le asistiera durante su detención en el

⁶⁶ I. BARBERO, M. ILLAMOLA, “Deportations without the Right to Complaint: Cases from Spain” en S. CARRERA, M. STEFAN (eds.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsion of Irregular Immigrants in the European Union Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, Londres, 2020.

⁶⁷ Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

CATE, a través de la Oficina del Defensor del Pueblo o por parte de alguna organización social.

Debemos referirnos también a las posibles vulneraciones que pudieran cometer los agentes de Frontex presentes en los CATE, quienes, más allá de su dudoso régimen jurídico como agentes policiales (¿Cuál es el estatuto de los agentes de Frontex? ¿En calidad de qué están en los CATE? ¿Son controlables sus actuaciones?), están sometidos a su propia regulación (Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas) y al resto de legislación comunitaria en materia de derechos fundamentales, especialmente consagrados en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. De hecho, desde 2016, se prevé un mecanismo de queja ante la Oficina de Derechos fundamentales de Frontex, por cualquier afcción a derechos generada por agentes de Frontex o de Estados miembros actuando en operaciones relacionadas con la agencia europea (art. 72 Reglamento Frontex). Se tiene constancia de una visita a Andalucía en agosto de 2019 del equipo de la Oficina de Derechos fundamentales de Frontex con el fin de exponer tanto a agentes propios como españoles, así como a ONG, pero según la dirección de tal organismo, hasta la fecha de redacción de este texto no se ha recogido ninguna queja formal en este contexto.

Finalmente, en numerosas ocasiones, se ha debatido a cerca de la capacidad de control de la actuación de la Administración, por parte autoridades como los cargos electos del Parlamento Europeo, las Cortes generales o Parlamentos autonómicos. Al igual que en los casos de centros penitenciarios, comisarias, CIE, CETI y otros centros de privación de libertad, se ha defendido la necesidad de que sea un control inmediato (sin cita ni aviso previo) y pleno (a todos los lugares) para garantizar una fiscalización efectiva y veraz de la situación real⁶⁸, y no como defendía el Ministro del Interior en el contexto de una sesión de control parlamentario, con comunicación previa “por cuestiones organizativas” (Senado, 2 de octubre de 2018)⁶⁹. Sin embargo, este derecho parlamentario se ha visto conculcado tanto en noviembre de 2020 cuando el diputado Jon Iñarritu no pudo acceder al CATE de Arguineguín como el día 4 de diciembre del 2020 cuando varios europarlamentarios (Miguel Urban,

⁶⁸ I. BARBERO, *El acceso a los centros de internamiento para extranjeros como control y garantía de derechos*, cit., pp. 233-256.

⁶⁹ Comparecencia ante el Senado del Ministro del Interior, D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, ante la Comisión de Interior, para informar sobre las líneas generales de la política de su Departamento, 2 de octubre de 2018. Disponible en http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_12_327.PDF

Malin Björk y Pernando Barrena, de grupo GUE/NGL), un parlamentario del Parlament catalán, Rubén Wagensberg y, de nuevo, Jon Iñarritu, intentaron acceder al CATE de Barranco Seco. Iñarritu finalmente pudo acceder, previa autorización de Interior el 30 de enero de 2021.

Además, es necesario referirse a la posibilidad de que organizaciones no gubernamentales accedan a los CATE, no solo como prestadoras de servicios, sino para realizar acciones de monitoreo de la actividad de la Administración. El artículo 62 bis de la actual Ley de Extranjería, en consonancia con el mandato de la Directiva 2008/115/CE relativa al retorno (art 16.4), recoge tanto el derecho del interno en CIE a entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes (art 62 bis 1. j); como el derecho de las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes a visitar los centros de internamiento (62 bis 3). En el caso de los CATE, al no haber una regulación específica, el acceso de organizaciones no gubernamentales queda sujeta a la decisión discrecional del Ministerio del Interior o inferior jerárquico. Así, como ya hemos mencionado en este artículo, la organización Cruz Roja, a través de un convenio de adjudicación directa con el Ministerio de Interior (similar al previsto para los CIE), realiza tareas ERIE (Equipo de Respuesta Inmediata en Emergencia), asistencia médica (triaje y seguimiento) y social (manutención y reubicación tras la puesta en libertad). De una manera similar a los hotspots italianos y griegos donde está presente EASO, en el caso español el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para el Refugiado (ACNUR) quien está presente en los CATE a través de personal de CEAR, para ofrecer información y asistencia en materia de asilo en los CATE (junto con los turnos de abogacía). Por lo tanto, son solo estas las organizaciones que cotidianamente acceden a los CATE, sin que otra organización pueda acceder de manera formal (profesionales de prensa, en ocasiones imprescindibles para conocer lo que sucede en los CATE, sólo pueden acceder con la debida acreditación).

En suma, al tratarse de centros donde la situación de detención se produce en unas circunstancias tan extremas y donde las personas pueden presentar múltiples vulnerabilidades, es evidente que, ante una hipotética regulación, y siguiendo los mandatos de instituciones y normativas comunitarias, desde una lógica de garantía de los derechos fundamentales de las personas detenidas (incluso para preservar y fomentar buenas prácticas por parte de funcionarios y personal adscrito a los centros) deberían articularse mecanis-

mos de control y queja; así como vías para que órganos públicos de control y organizaciones independientes tengan un acceso mayor a las instalaciones, a la información relativa a la toma de decisiones referentes a estos centros y a la personas en ellos custodiadas, para evitar situaciones en las que la legalidad de éstas decisiones quede en entredicho.

6. CONCLUSIONES

A pesar de la ausencia total de una regulación de rango legal que prevea la existencia de los CATE, y mucho menos, una norma de rango reglamentario que los desarrolle, no cabe duda de la existencia y su reconocimiento por parte de instancias gubernativas como espacios de detención ante las llegadas a costas. Más de 50.000 personas, incluidas menores han pasado por alguna de las distintas modalidades de CATE que han existido en los últimos años, y nada apunta (ninguna declaración política hasta la fecha) a que vayan a desaparecer, especialmente ante la persistente llegada y rescate de embarcaciones a costas. Las políticas de externalización de fronteras con Marruecos, Senegal, Mauritania o Argelia, lejos de frenar en seco las salidas, no hacen sino (re)activar rutas peligrosas y desembocar en naufragios, muertes y desapariciones en aguas del Atlántico y del Mediterráneo. En ese sentido, será más necesaria una gestión humanitaria que policial.

Como apuntábamos anteriormente, resulta interesante la desaparición de la palabra “detención” que recogía la denominación inicial. No responde sino a una estrategia de maquillaje o camuflaje de estos centros dentro de la lógica de humanitarización del control fronterizo. Frente a los CIE que son centros de inspiración penitenciaria, los CATE en ocasiones se presentan como espacios asistenciales. El encaje de estos centros en esta lógica humanitaria a la que se refería Walters la encontramos con la presencia de organizaciones publico/ privadas Salvamento Marítimo, de organizaciones no gubernamentales como Cruz Roja, Save the Children o CEAR/ACNUR o instituciones como los colegios de abogacía, prestando servicios médicos/asistenciales y de asesoría. Al igual que se justifica el empleo de tecnología de vigilancia para evitar riesgos, daños, crímenes o muertes de las personas que tratan de cruzar las fronteras, se recurre a las organizaciones sociales para atender a víctimas de las inclemencias climáticas o la dureza del trayecto por el mar. Concretamente, la presencia de personas especialmente vulnerables como mujeres víctimas de trata, demandantes de protección internacional

o de menores (acompañados y no acompañados) en espacios altamente policializados choca con toda lógica de preservación del interés superior del menor, por lo que deberían buscarse alternativas más allá de la separación en módulos dentro de los CATE, como podrían ser centros para familias.

La principal diferencia de los CATE con los centros denominados *hotspots* ubicados en Grecia e Italia, es que éstos últimos están formalmente reconocidos por las instituciones comunitarias como tales, derivando su régimen jurídico por tanto de normativa comunitaria. En el caso español, el único anclaje con la Unión Europea sería la presencia de agentes Frontex y la obligatoria reseña en bases de datos comunitarias como EURODAC. Además, a diferencia de los *hotspot* donde el compromiso de reubicación era una de las notas definitorias, en el caso español se optó por un improvisado *laissez passer* hacia países del norte europeo, dando lugar a la desatención de esas personas, así como a una gestión férrea de control fronterizo interno por parte de Francia, y que a posteriori está dando lugar a devoluciones a España de personas que solicitaron asilo en Francia, Bélgica o Alemania, en aplicación del Reglamento de Dublín. Con todo, no debemos olvidar que existe una regulación comunitaria, ya sea la Directiva de Retorno como la prevista de procedimientos de asilo, y más especialmente, la Carta de Derechos fundamentales, que pueden constituir un límite a actuaciones totalmente reprobables por parte de los agentes policiales encargados de la custodia y gestión de esos centros, incluidos los agentes de Frontex los cuales podrían ser controlados a través del mecanismo específico de la Oficina de Derechos Fundamentales de la propia agencia europea.

Por lo tanto, de la interpretación de preguntas parlamentarias y resoluciones administrativas podemos decir que se trataría de dispositivos de contención vinculados o anexados a comisarías cuyo fin único es agilizar las labores policiales de identificación y derivación (CIE, devolución...), evitando, por un lado, la burocracia administrativa y judicial que supone el internamiento en CIE; y por otro, la sobreocupación que han presentado CIE como Algeciras en momentos puntuales. Debemos enmarcar, por tanto, estos centros dentro de la nueva gestión gerencial del control migratorio en la medida que su fin es limitarse a cumplir el objetivo de gestionar la llegada y seleccionar el destino de cada una de las personas atendiendo a circunstancias personales como la nacionalidad. Las decisiones puntuales sobre el destino de las personas se toman tendiendo a parámetros de eficiencia policial como la (in)expulsabilidad de determinados orígenes o las tasas de ocupación de los CATE.

Con todo, es importante señalar que las posibles mejoras de las instalaciones (ventilación, espacios comunes, baños y duchas...) así como el reconocimiento y garantía de derechos (asistencia letrada, información sobre protección internacional, etc.), no debe limitarse al enfoque gerencial-humanitario, sino que es fruto de la presión ejercida por instituciones garantistas como el Defensor del Pueblo o las Comisiones de Extranjería de los Colegios de Abogacía (incluso trabajadores de Salvamento Marítimo), así como de organizaciones sociales como APDHA, CIEs NO o ACNUR que han vigilado la labor de la Administración y han planteado denuncias ante instancias administrativas y judiciales y ante los medios.

Concluimos diciendo que lo ideal sería que no existieran los CATE para la reseña policial, sino verdaderos centros de recepción humanitaria con instalaciones de acogida para personas vulnerables rescatadas en situaciones dramáticas. Mientras tanto, es una demanda social y un requisito legal que se regulen a través de normas de rango legal (incluso por ley orgánica, puesto que afectan directamente a los derechos fundamentales de las personas ahí detenidas), que posteriormente sean desarrolladas tras un proceso de recogida de propuestas de entidades sociales y expertos en materia de derechos y garantías. Así mismo, es indispensable que esa regulación recoja mecanismos de queja ante vulneración y permita el acceso de organizaciones sociales para la prestación de servicios, así como para la garantía de los derechos y control de las instituciones, puesto supondría el cumplimiento de mínimos que toda sociedad democrática merece. Finalmente, es imprescindible concluir recordando que, tal y como ya recomendó el Defensor del Pueblo al Ministerio del Interior (Recomendación del 24 de julio de 2018) una vez constatada la inexpulsabilidad de la persona, sería de justicia proveer de un documento acreditativo de su situación de manera que no sean objeto de procedimientos policiales ni lesivos ni privativos de libertad, o incluso promover un procedimiento de regularización circunstancial de manera que cientos de personas no queden en un limbo jurídico que les avoque a la exclusión.

IKER BARBERO

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.
Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho.
Campus Sarriko,
48015 Bilbao
e-mail: iker.barbero@ehu.eus*

**SOBRE EL MINIMALISMO ANTI-CONFLICTIVISTA Y LIBERAL:
UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA INTEREST THEORY Y DEL ENFOQUE DINÁMICO**

*ANTI-CONFLICTUALIST AND LIBERAL MINIMALISM OF RIGHTS:
AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE
OF INTEREST THEORY AND THE DYNAMIC APPROACH*

MICHELE ZEZZA*
Universidade de São Paulo (USP)
Brasil

Fecha de recepción: 11-1-20
Fecha de aceptación: 15-9-20

Resumen: *El artículo describe dos enfoques minimalistas en materia de reconocimiento y protección de los derechos: las variantes anti-conflictivista y liberal. En ello, se reconstruyen sus fundamentos histórico-culturales y se destacan los principales elementos de su insostenibilidad teórica. Para este fin, se utilizan algunas herramientas teóricas derivadas de la combinación de la interest theory con un enfoque dinámico.*

Abstract: *The article describes two different minimalist approaches in the field of recognition and protection of rights: the anti-conflictual and the liberal variants. It explores their historical-cultural assumptions and highlights their main elements of their unreasonableness. To this end, we use some theoretical tools deriving from the combination of interest theory with a dynamic approach.*

Palabras clave: minimalismo anti-conflictivista, minimalismo liberal, *interest theory*, enfoque dinámico

Keywords: anti-conflictualist minimalism, liberal minimalism, interest theory, dynamic approach

* El presente trabajo ha sido financiado por la *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo* (FAPESP), con el siguiente número de proceso: 2017/24035-9.

1. EL ENFOQUE MINIMALISTA Y SUS RAÍCES HISTÓRICO-CULTURALES

Incluso desde un análisis superficial de su desarrollo histórico, es inevitable notar cómo, a partir del constitucionalismo de la segunda posguerra, la noción de derecho subjetivo ha registrado un significativo proceso de transformación que ha afectado tanto el plano de las reivindicaciones como el de las adscripciones. Paralelamente a la multiplicación de las exigencias sociales de los ciudadanos, incluso la cantidad de los titulares de los derechos (individuos, comunidades, animales, plantas, objetos inanimados, generaciones futuras, etc.) ha aumentado considerablemente, hasta el punto de incluir en ciertas ocasiones nuevos¹ sujetos jurídicos e intereses colectivos, así como peculiares herramientas de reconocimiento y protección jurídica.

En comparación con las fases anteriores de la evolución de los derechos – referidas a las tradicionales libertades individuales y a los derechos sociales, económicos y culturales– la actual estrategia reivindicativa de los derechos exhibe algunos rasgos indudablemente peculiares. Sólo para poner algunos ejemplos: asuntos como las garantías frente a los riesgos de manipulación genética, los derechos del embrión o el derecho al aborto, el derecho al desarrollo o a una suficiente calidad de vida, han adquirido, y continúan adquiriendo, una relevancia innegable en el marco de las exigencias individuales y colectivas que caracterizan el constitucionalismo contemporáneo.

Nos encontramos frente a un conjunto heterogéneo de situaciones subjetivas, cuya inclusión en las clasificaciones tradicionales es a menudo difícil de alcanzar. En este sentido, dentro de las actuales sociedades globalizadas y multiculturales, las reivindicaciones que suelen ser incluidas en el marco de los derechos de cuarta generación (derechos colectivos y derechos de solidaridad) componen un catálogo abierto, dinámico y flexible de derechos que raramente son justiciables, o incluso no reconocidos por el derecho positivo. Existe una tendencia creciente, dentro del debate filosófico-jurídico sobre los derechos más recientes, a extender la noción de titularidad a sujetos no-humanos que, en sentido estricto, carecen de una plena capacidad jurídica y, en algunos casos, incluso de la capacidad de expresar su propia voluntad. De esta manera, se produce un proceso de fragmentación del originario sujeto

¹ Cabe señalar que aquellos derechos que, en el debate teórico, suelen ser llamados “nuevos derechos”, en realidad, en la mayoría de los casos son reformulaciones (nuevas interpretaciones o nuevas aplicaciones) de derechos ya existentes.

de los derechos, tradicionalmente identificado con un individuo dotado de características como la autonomía, la racionalidad y la intangibilidad.

La configuración especial que el reconocimiento y la titularidad de los derechos fundamentales ha adquirido en los Estados constitucionales en las últimas décadas ha tenido como consecuencia el nacimiento y el desarrollo de un conjunto de propuestas normativas que conciben el problema de la expansión anómica de los derechos como uno de los principales factores de crisis del constitucionalismo contemporáneo. Estos planteamientos suelen detectar una relación de proporcionalidad inversa entre la tendencia –efectivamente difundida en el lenguaje jurídico-político contemporáneo– a representar innumerables reivindicaciones en términos de derechos y su efectiva capacidad de satisfacer los intereses y las necesidades de las personas: al reconocimiento cada vez más amplio de la titularidad de derechos y de instrumentos de tutela se corresponde, por tanto, una disminución progresiva de su eficacia².

En este sentido, observa Roberto Bin:

la desafinación es evidente: la venta de títulos nobiliarios es el preludio de la pérdida de su relevancia social, y lo mismo se aplica al estatus constitucional de los "derechos". Conceder el estatus de derecho constitucionalmente reconocido a intereses que proceden de la puerta pequeña de una interpretación audaz hace muy poco creíble el intento de recurrir a este estatus para desvitalizar otros intereses antagónicos, desprovistos de un título nobiliario³.

Un paso adicional, en relación con este discurso, consiste en sostener que, para evitar el debilitamiento de los bienes moral y jurídicamente relevantes, sería conveniente limitar su reconocimiento y protección jurídica a aquellos intereses más vinculados a las tradicionales libertades negativas⁴, entendidos como perfectamente cerrados en sí mismos, de fácil o inmediata aplicación, intrínsecamente aconflictivos y gratuitos (o baratos)⁵. Se propo-

² D. ZOLO, "Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali'. A proposito di un saggio di Luigi Ferrajoli", *Teoria politica*, núm. 15, vol. 1, 1999, pp. 16-18, habla de una "ley de la efectividad decreciente de las garantías de los derechos".

³ R. BIN, "Diritti e fraintimenti", *Ragion Pratica*, núm. 14, 2000, pp. 23-24, traducción mía. Es conveniente precisar que el autor no defiende un enfoque minimalista en materia de reconocimiento y protección de los derechos.

⁴ Para la noción de libertad negativa, la referencia principal es I. BERLIN, *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1958.

⁵ Versiones emblemáticas de esta perspectiva pueden ser halladas en M. CRANSTON, "Human Rights, Real and Supposed", en D.D. RAPHAEL (ed.), *Political Theory and Rights*

ne, así, una redefinición del catálogo de los derechos (y de sus garantías) en una dirección marcadamente deflacionista o, cuando menos, orientada a deconstruir el principio de la indivisibilidad de los derechos. En esta perspectiva, se considera la restricción de la cantidad de los intereses moral y constitucionalmente legítimos como una forma de evitar que los derechos “reales” sean debilitados⁶.

El proceso de especificación de los bienes y titulares, la difusión cada vez más amplia de discursos, reclamaciones y demandas de derechos puede producir a menudo un incremento de las ocasiones de conflicto entre los mismos derechos y constituir un obstáculo objetivo para su protección. En las reflexiones siguientes centraremos la atención sobre dos modelos de minimalismo particularmente relevantes dentro del debate filosófico-político y filosófico-jurídico actual: 1) un enfoque que podría definirse como “anti-conflictivista”, cuyo propósito principal es resolver o limitar los problemas de incompatibilidad entre derechos; y 2) un enfoque “liberal”, que apunta en cambio a restringir el catálogo de los derechos a las libertades fundamentales clásicas.

2. EL MINIMALISMO ANTI-CONFLICTIVISTA

En términos generales, el enfoque conflictivista tiende a considerar el problema de la incompatibilidad entre derechos⁷ como una relación antinó-

of Man, Macmillan, London, 1967; M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2001; O. O'NEILL, “The Dark Side of Human Rights”, *International Affairs*, núm. 81, vol. 2, 2005, pp. 427-439; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia* [1974], Wiley-Blackwell, 2011; T. NAGEL, *Mortal questions* [1979], Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁶ Un enfoque parcialmente parecido es el defendido por John Rawls en *The Law of Peoples*, en el que el autor extiende las nociones de ‘justicia como equidad’ y de ‘liberalismo político’, originalmente diseñadas para sociedades nacionales particulares, en una perspectiva internacional, proponiendo de hecho, a nivel global, ideas análogas a las que los críticos libertarios de su teoría habían elaborado en referencia a la etapa inicial de su teoría. La cantidad de los derechos humanos y la calidad de su protección son limitados, ya que en una teoría de la justicia internacional representan una restricción a la soberanía y están esencialmente vinculados al respeto del principio de autodeterminación. Por tanto, los derechos humanos son concebidos como un umbral mínimo a alcanzar para formar parte de la Sociedad de los pueblos (v. J. RAWLS, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Harvard College, Cambridge, Massachusetts, 1999; al respecto, véase también la crítica de J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 22-27).

⁷ Para una introducción al tema del conflicto entre derechos: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], tr. esp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp.

mica, de “incoherencia lógica” (“*inconsistency*”)⁸, entre normas (generalmente principios) que reconocen derechos fundamentales, imputables a sujetos que se encuentran en una posición antagónica o incluso al mismo sujeto. En esta situación, los deberes involucrados no resultan “composibles” o aplicables de forma consistente, como explica Hillel Steiner:

[l]a imposibilidad entre derechos puede asumir cualquiera de estas dos dimensiones: puede haber incompatibilidad entre el ejercicio de diferentes tipos de derechos por parte de diferentes personas; o puede existir entre diferentes personas que ejercen el mismo tipo de derecho. Mi ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión puede interferir con el ejercicio de su derecho a la privacidad; o mi ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión puede interferir con su ejercicio de su derecho a la libertad de expresión⁹.

Se trata por tanto de un problema de aplicación de normas (atributivas de derechos fundamentales) que ocurre dentro de los sistemas jurídicos cada vez que no sea posible cumplir al mismo tiempo con dos exigencias reconocidas en ellos: la implementación de un derecho que pertenece a un individuo *x* requiere, por razones conceptuales o fácticas (es decir, *in abstracto* o *in concreto*), el incumplimiento de otro derecho (que también puede representar otra instancia del mismo derecho) de un individuo *y*.

En oposición a este discurso, diferentes planteamientos normativos niegan que, en abstracto, puedan ocurrir casos genuinos de colisión entre derechos, o afirman que, en caso de que se produzcan en la fase de aplicación, pueden ser solucionados estableciendo cuál derecho debe prevalecer¹⁰.

70-78; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005, pp. 430-436; J. WALDRON, *Rights in Conflict* [1989], en *Liberal Rights: collected papers 1981-91*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993; F.M. KAMM, “Conflicts of Rights: Typology, Methodology and Non-Consequentialism”, *Legal Theory*, núm. 7, 2001, pp. 239-255.

⁸ Para una distinción entre la noción de “*consistency*” (compatibilidad lógica) y la de “*coherence*” (congruencia substancial) entre normas, véase N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, en A. PECZENIK et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984, pp. 235-251.

⁹ H. STEINER, “The Structure of a set of Compossible Rights”, *Journal of Philosophy*, núm. 74, vol. 12, 1977, p. 768, traducción mía. Sobre este tema, véanse también S. BESSON, *The Morality of Conflict*, cit.; J. GRIFFIN, *On Human Rights*, cit., pp. 57-82.

¹⁰ Entre las teorías normativas, ejemplos significativos pueden ser encontrados en: J. HABERMAS, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [1992], tr. esp., Trotta, Madrid, 1998; I. DE OTTO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Id., L. MARTÍN-RETORTILLO (a cargo de), *Derechos fundamentales y*

Según esta perspectiva, el error que habitualmente se comete a la hora de identificar un conflicto entre derechos radica en no precisar el antecedente de las normas que atribuyen derechos fundamentales. En una situación de presunto conflicto, o uno de los dos derechos involucrados no es un auténtico derecho, o se están ignorando los perímetros exactos de uno (o ambos) de ellos¹¹. Los derechos entrarían en conflicto sólo en su formulación genérica, pero luego resultarían susceptibles de especificación, tras haber identificado una tercera regla cuya formulación haría desaparecer la apariencia de conflicto.

Dentro del debate filosófico-político, un ejemplo esclarecedor de esta primera forma de minimalismo es la argumentación desarrollada por Robert Nozick para neutralizar las hipótesis de colisión de derechos dentro de una teoría (mínima) del Estado. Esta reconstrucción forma parte de un proyecto más amplio de transformación utópica de la sociedad: en este marco, por tanto, hay que colocar también la intención de restringir la categoría de intereses que pueden aspirar a la calificación de “derechos” exclusivamente a las libertades negativas clásicas de abstención. Estos espacios de libertad pueden operar entonces como “vínculos colaterales”: como ciertos límites absolutos y negativos a la conducta de las personas¹². Aunque el autor no explicita claramente su contenido, de un análisis global de *Anarquía, Estado y Utopía* emerge la inspiración fuertemente individualista de una teoría centrada en el principio de la inviolabilidad de la persona.

Constitución, Tecnos, Madrid, 1988; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999; A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; J.J. MORESO, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Id. (a cargo de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; Id., *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, en J. BETEGÓN et al. (a cargo de), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 473-493; A. OLLERO TASSARA, “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, *Pensamiento y Cultura*, núm. 3, 2000, pp. 157-166; J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000; P. SERNA BERMÚDEZ, F.M. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

¹¹ V. T. SMITH, “Rights Conflicts. The Undoing of Rights”, *Journal of Social Philosophy*, núm. 26, 1995, en particular pp. 150-151.

¹² V. R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pp. 47-48. Esta concepción de los vínculos colaterales refleja el principio kantiano subyacente de los individuos como fines en sí mismos, sobre cuya base los derechos de un individuo no pueden ser vulnerados para evitar violaciones de derechos de otros sujetos.

Para entender el significado de este discurso es preciso tener como punto de partida el problema del origen de la titularidad de los bienes. Al respecto, Nozick elabora una teoría pura del título válido (*"entitlement theory"*), es decir, orientada a determinar si las personas tienen efectivamente derecho a lo que poseen, que se estructura en torno a tres presupuestos esenciales: 1) un principio de justicia en la adquisición, que trata de la toma de posesión inicial de los bienes (cómo las personas llegan a poseer bienes naturales y sin dueño, qué tipos de objetos se pueden tener, etc.); 2) un principio de justicia en la transferencia, que explica cómo una persona puede adquirir propiedades de otra, incluyendo el intercambio voluntario y las donaciones; 3) un principio de rectificación de la injusticia, que explica cómo lidiar con las propiedades adquiridas o transferidas injustamente, cómo y en qué medida indemnizar a las víctimas, cómo tratar las transgresiones del pasado o las injusticias cometidas por un gobierno, y así sucesivamente¹³. En relación con este último punto, en teoría, este principio exige la reparación de las posibles injusticias cometidas a través de adquisiciones y transferencias previas: puede implicar, por tanto, incluso una compensación sustancial en beneficio de quienes han sido ilegítimamente perjudicados. En algunos contextos, aunque por un tiempo limitado, será necesario un fuerte intervencionismo estatal para mejorar la situación de los sujetos y grupos sociales más penalizados. Sin embargo, cabe señalar que Nozick no proporciona ninguna explicación sistemática en lo que respecta a cuándo y en qué medida los abusos de apropiación –la adquisición de propiedad en condiciones de escasez para el resto de la comunidad– deben ser modificados o sancionados¹⁴.

Esta perspectiva, encaminada a resaltar las condiciones de legitimidad de la apropiación privada de los recursos naturales, se funda abiertamente en la teoría del trabajo y la propiedad desarrollada por John Locke en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, que en particular en el par. 27 ofrece una reconstrucción lógica del proceso de apropiación de los bienes naturales por parte de los individuos. En este sentido, Nozick retoma la teoría clásica del estado de naturaleza, entendida como aquella condición en la que cada persona puede alcanzar un cierto nivel de bienestar de acuerdo con sus propias habilidades. Tal bienestar, aunque distribuido de manera desigual, puede

¹³ Ibid., pp. 152-153.

¹⁴ Una crítica al individualismo nozickiano, que destaca su indiferencia respecto a las exigencias económico-sociales del bienestar colectivo, se puede encontrar en H.L.A. HART, "Between Utility and Rights", *Columbia Law Review*, núm. 79, vol. 5, 1979, pp. 828-846.

justificarse mediante lo que en la teoría del autor es la “cláusula lockiana” (“*Lockean proviso*”)¹⁵, con arreglo a la cual la auto-pertenencia (“*self-ownership*”) proporciona a cada sujeto la libertad de agregar el resultado de su propio trabajo a los recursos naturales, trasformando la propiedad común en propiedad privada. En la reinterpretación nozickiana, esta cláusula limitadora implica que, aunque toda adquisición reduzca paralelamente el espacio de disponibilidad para los demás individuos, esta posesión es aceptable hasta que la condición de algún individuo no se vuelva peor de lo que habría sido sin alguna propiedad privada.

Este argumento lockiano, conocido como principio del *labour-mixing*, ha sido criticado por el propio Nozick, quien pone en tela de juicio la idea de que añadir algo de propio a un objeto que anteriormente no pertenecía a nadie pueda fundar, *ipso facto*, la propiedad sobre este último: de hecho, este principio no puede constituir la justificación última del derecho a la adquisición de los recursos naturales, que en esta reconstrucción se delega a la función desempeñada por la cláusula limitadora. En este sentido, se pregunta Nozick: “¿Por qué mezclar lo que poseo con lo que no poseo es una forma de perder lo que tengo en lugar de una forma de ganar lo que no? Si poseo una lata de jugo de tomate y la derramo en el mar para que sus moléculas (radiactivas, para que pueda verificarlo) se mezclen uniformemente en todo el mar, ¿acaso llevo a ser dueño del mar, o he disipado neciamente mi jugo de tomate?”¹⁶. Ahora bien, de acuerdo con una interpretación “débil” de la

¹⁵ Cfr. R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pp. 175-182. En cierta medida, este enfoque puede ser relacionado con la teoría, elaborada por R. POSNER (*Economic Analysis of law*, Little Brown & Co., Boston, 1977, pp. 36 ss.), de los derechos de apropiación. Sobre la cláusula lockiana, v. J. WOLFF, *Robert Nozick: Property, Justice, and the Minimal State*, Stanford University Press, Stanford, 1991; D. AI-THU, “Libéralisme et justice sociale: la clause lockéenne des droits de propriété”, *Revue française d’économie*, núm. 10, vol. 4, 1995, pp. 205-238; J. WALDRON, “Nozick and Locke: Filling the space of rights”, *Social Philosophy and Policy*, núm. 22, 1, 2005, pp. 81-110. Sobre la teoría lockiana: C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, Oxford, 1962; J. TULLY, *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980; M. KRAMER, *John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

¹⁶ R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pp. 174-175, traducción mía. Del mismo modo, Jeremy Waldron imputa a Locke un “*category mistake*” (más exactamente, un error semántico consistente en atribuir indebidamente una propiedad a un objeto), ya que el trabajo constituye una actividad que no puede ser identificada con las entidades físicas (v. J. WALDRON, “Two Worries About Mixing One’s Labour”, *The Philosophical Quarterly*, núm. 33, 130, 1983, pp. 37-44).

cláusula limitadora, no reconducible al texto lockiano en su literalidad¹⁷, siempre deberá quedar para los demás la posibilidad como en la situación antecedente y sin pérdidas significativas en términos de bienestar. “La apropiación privada y unilateral de un recurso R es, según Nozick, legítima si no empeora la posición de los demás, que ya no tienen la libertad de hacer uso de R, en lo referente a la situación inicial en que no existía propiedad privada sobre R”¹⁸. Toda persona –alega– debería preocuparse únicamente de respetar aquellos vínculos que hacen posible el ejercicio de los derechos de los demás: la posible vulneración del derecho del sujeto A no exime el sujeto B del deber de respetarlos. En resumidas cuentas: los títulos sobre los recursos colectivos –que Nozick concibe como sin propietario y no, como sostenía Locke, en condición de propiedad común– pueden considerarse legítimos si (a) se forman a través de la extensión a ellas de la propiedad que cada uno tiene sobre sí mismo y (b) se fundan en el respeto de la propiedad de sí¹⁹.

Habida cuenta de lo que antecede, por tanto, los derechos se configuran como aquellos confines (“boundaries”) que delimitan la legítima e inviolable esfera de acción de los individuos. Estas barreras no pueden ser superadas sin el consentimiento de las partes interesadas, por definición legitimadas a construirse libremente el propio futuro. Dentro de esta reconstrucción, los únicos derechos positivos admisibles son los que provienen de transacciones voluntarias entre personas (como los que surgen cuando se contratan determinados servicios esenciales).

En la base de esta propuesta normativa y deontológica se puede identificar la pretensión (objetivista) de definir el contenido de los derechos en función de un análisis abstracto de sus elementos teóricos: el problema de

¹⁷ El razonamiento lockiano puede ser sintetizado en los siguientes términos: “a) toda persona P es propietaria de su trabajo T; b) trabajando en un recurso natural R común para todos, una persona mezcla T con R; entonces c) R contiene algo que pertenece a P; d) R es propiedad de P; e) a condición de que la sobrevivencia de las otras personas no se ponga en peligro” (C. DEL BÒ, *I diritti sulle cose: Teorie della giustizia e validità dei titoli*, Carocci, Roma, 2008, p. 63, traducción mía, énfasis en el texto): si, por un lado, los individuos tiene derecho a explotar los terrenos naturales a través de su propio trabajo, por otro lado están legitimados a hacerlo solamente “at least where there is enough, and as good, left in common for others” (J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, 1690, cap. V, par. 27).

¹⁸ C. DEL BÒ, *I diritti sulle cose: Teorie della giustizia e validità dei titoli*, cit., p. 87, énfasis en el texto.

¹⁹ V. en este sentido G.A. COHEN, *Self-Ownership, World-Ownership, and Equality: Part I*, en F. LUCASH (ed.), *Justice and Equality Here and Now*, Cornell University Press, Ithaca, 1986, pp. 108-135.

la compatibilidad entre derechos, desde esta perspectiva, se presenta como exclusivamente definitorio o estipulativo, al depender en gran medida de la noción de derechos previamente aceptada.

3. EL MINIMALISMO LIBERAL

Al modelo nozickiano se puede conectar parcialmente una perspectiva bastante recurrente, dentro del panorama filosófico-político y filosófico-jurídico contemporáneo, que atribuye implícitamente a la sucesión histórica de las distintas categorías de derechos una distinción estructural, de carácter axiológico²⁰, entre derechos “auto-ejecutivos” –los derechos civiles y políticos de la primera generación²¹– y derechos a prestaciones positivas, de crédito hacia el Estado –los derechos sociales, económicos y culturales, así como los derechos colectivos, relacionados especialmente con las esferas de la bioética y de las tecnologías. Los primeros se caracterizarían por imponer meras abstenciones (evitar matar, torturar, imponer la censura, etc.), mientras que los segundos requerirían sobre todo, por no decir exclusivamente, el cumplimiento de obligaciones positivas (erogaciones de recursos públicos, prestaciones en la esfera de la sanidad o de la instrucción, etc.). Dentro de este marco, los derechos de la tercera y de la cuarta generación (derechos colectivos y de solidaridad) son frecuentemente caracterizados como intereses cuya implementación exige una pluralidad de intervenciones, financiadas principalmente a través del recurso a la imposición y, por ello, potencialmente lesivos de los derechos de propiedad.

A partir del reconocimiento de la escasez natural de los recursos, los derechos sociales (aquellos derechos orientados a la neutralización de las desigualdades materiales presentes en la sociedad)²², así como los derechos “po-

²⁰ Una reconstrucción parecida se puede encontrar, por ej., en M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, ed. by A. Gutmann, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2001; T. NAGEL, *Mortal questions* [1979], Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

²¹ V. por ej. C. FRIED, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1978; M. CRANSTON, *Human Rights, Real and Supposed*, cit., p. 50 (“civil and political rights are not difficult to institute. For the most part, they require Governments, and other people generally, to leave a man alone [...] generally they can be secured by fairly simple legislation”).

²² La función redistributiva de los derechos sociales se encuentra subrayada en particular en T.H. MARSHALL (*Citizenship and social class* [1950], Pluto Press, London, 1992), quien considera los derechos sociales como determinaciones cualitativamente nuevas de la condi-

sitivos” en general (las pretensiones a una intervención positiva por parte de otros sujetos), son configurados como intereses cuyo cumplimiento corre el riesgo de conducir a ineficiencias económicas globales del sistema, colocando a los titulares en una condición de competitividad estructural para acceder a los bienes de la comunidad²³. Estos derechos tienden a ser concebidos como meras “oportunidades condicionales”²⁴, inevitablemente vinculadas a la discrecionalidad de las elecciones políticas parlamentarias y gubernamentales, y cuya implementación depende en gran parte de la disponibilidad de los recursos. Sobre la base de esta interpretación, la efectividad de los derechos socioeconómicos, culturales y de nueva generación depende en gran medida de las opciones sobre cómo redistribuir la riqueza nacional (por ejemplo, en el caso de la atención médica o de la instrucción pública), mientras que las libertades civiles y políticas pueden garantizarse independientemente de la coyuntura económica, sin menoscabar la arquitectura liberal de la sociedad.

En el plano jurisprudencial, podemos considerar sobre todo el trato específico reservado a los derechos fundamentales (en particular sociales) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aproximadamente en las últimas dos décadas: neto de algunas fluctuaciones²⁵, el escenario más frecuente que

ción de ciudadanía y en tensión estructural con el mercado, dado que su inclusión implica la creación de un derecho a percibir una renta no proporcional al valor de mercado de quien lo reclama. A este respecto, véase también D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, en Id. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 33-34, quien advierte que el efectivo cumplimiento de los derechos sociales es incompatible con el ideal de la plena eficacia del mercado y, por tanto, sólo puede pasar por una profunda revisión de las estructuras de la economía capitalista. Por último, también S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 117, 120, alega que el reconocimiento de los derechos sociales representa una alternativa a la lógica de la autosuficiencia del mercado.

²³ Para una postura de este tipo véanse en particular G. CORSO, “Diritti umani”, *Ragion pratica*, núm. 7, 1996, pp. 59-66, que hace referencia a la idea de un “conflicto distributivo” entre los diferentes titulares de derechos sociales, utilizando también la metáfora de la sustracción como efecto de una acumulación continua de derechos, y A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004, quien habla de un “juego de suma cero” en el que algunos derechos no son aplicados para dejar espacio a la protección de otros derechos.

²⁴ Esta expresión fue utilizada inicialmente por J.M. BARBALET en *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality*, Open University Press, London, 1988.

²⁵ Cabe señalar que, en algunas sentencias relativamente recientes, la Corte parece estar dispuesta a limitar las “libertades fundamentales” para proteger los “derechos fundamentales” reconocidos por las tradiciones constitucionales nacionales y por la CEDH, orientándose así hacia una colocación de los derechos y libertades en un terreno de igualdad. Véanse, en particular, del Tribunal de Justicia: 26 de junio de 1997, caso C-368/95, *Familiapress*; 12 de junio de 2003, caso C-112/00, *Schmidberger*; 14 de octubre de 2004, caso C-36/02, *Omega*. Finalmente,

resume su razonamiento jurídico al respecto es que los Estados miembros pueden aplicar los derechos reconocidos dentro de sus respectivos ordenamientos siempre y cuando no interfieran con la aplicación del derecho de la Unión y con el predominio uniforme de los derechos y libertades reconocidos y regulados por el mismo. En este sentido, son numerosas las decisiones del Tribunal de Justicia que demuestran, en general, que los derechos sociales sólo pueden ser reconocidos (ser elevados a la categoría de derechos fundamentales) si contribuyen a atribuir relevancia a las tradicionales libertades económicas de circulación de capitales, personas, bienes y servicios (las cuatro libertades del mercado común europeo)²⁶. No es exagerado afirmar que, en muchos casos, los derechos sociales (especialmente los derechos laborales y los derechos relacionados con los sistemas de seguridad social) están “funcionalizados” a las exigencias de competitividad del mercado común europeo, de la libre competencia y, en general, del desarrollo económico. De forma más o menos consciente según el caso, la distinción teórica entre las distintas generaciones de derechos acaba legitimando el trato desfavorable que los derechos de la tercera y cuarta generación suelen recibir.

Esta dicotomía, al estar desprovista de todo respaldo lógico, debe ser rechazada. En las consideraciones que siguen, destacaremos las principales aporías que socavan el modelo minimalista en sus dos variantes.

4. LA IRRAZONABILIDAD DEL MINIMALISMO

Dado que el minimalismo aspira a ser un proyecto filosófico-político de transformación social, su irracionalidad puede ser hallada exclusivamente en su impermeabilidad a los condicionamientos ejercidos por el derecho positivo. Sin embargo, cabe señalar que se aleja considerablemente de la realidad jurídica la pretensión, formulada por los teóricos minimalistas, de analizar las relaciones entre derechos a través de un análisis lingüístico y conceptual en el que el nivel semántico está completamente separado del contexto con-

en la sentencia *Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (C-67/96, 1999) la Corte ha declarado que el derecho a la negociación colectiva puede estar sustraído del condicionamiento ejercido por el derecho de competencia.

²⁶ Entre las sentencias más representativas, se pueden considerar las decisiones relativas al derecho de huelga (sent. *Viking*: C-438/05, 2007), de lucha sindical (sent. *Laval*: C-341/05, 2007) y de salario mínimo (sent. *Rüffert*: C-346/06, 2008); véase también la sent. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo* (C-319/06, 2008).

creto de su implementación. En el campo de la interpretación jurídica y de la práctica jurisprudencial, la mayoría de las veces, la determinación de los límites de un derecho impone un trabajo de ponderación con otros derechos potencialmente conflictivos dentro de las circunstancias del caso específico.

Cristopher Wellman, en particular, al evaluar la propuesta nozickiana, señala que ni siquiera esta manera de configurar la relación entre derechos podría excluir la posibilidad de conflictos entre derechos negativos²⁷. De manera similar, Bruno Celano afirma que incluso un conjunto minimalista de derechos liberales clásicos, para ser plausible, debería incluir una pluralidad de derechos susceptibles de colisionar entre sí (y por tanto de causar conflictos entre los deberes correlativos), así como el establecimiento de cláusulas abiertas, limitaciones y “términos éticos gruesos”²⁸.

La disciplina constitucional de los derechos muestra que la posibilidad de proteger cualquier derecho depende siempre de la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales. El recurso generalizado a técnicas ponderativas, tests de proporcionalidad y criterios de razonabilidad, así como las continuas reglamentaciones (especificaciones, determinaciones del contenido) que los tribunales constitucionales y los jueces comunes aplican a todo tipo de derechos, demuestran que incluso el ejercicio de los derechos de libertad puede ser gradual y estar vinculado a la disponibilidad coyuntural de los recursos materiales y jurídicos²⁹.

Por tanto, incluso los derechos civiles y políticos tradicionales (libertad personal y libertad de movimiento, libertad de asociación y reunión, inviolabilidad del hogar, propiedad privada, etc.), generalmente asociados a las fun-

²⁷ “Rejecting positive rights cannot solve the problem of conflicting rights” (C. WELLMAN, *On Conflicts Between Rights, The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview, Boulder, 1999, p. 273).

²⁸ “[A]nche un *Bill of Rights* che si limiti a sancire i diritti di libertà (diritti della prima, o della primissima, generazione), riducendo all’essenziale il catalogo dei diritti costituzionalmente sanciti, purché ragionevole e sensato, genera la possibilità di conflitti, tensioni, fra i diritti, e fra questi ultimi e ulteriori fini, scopi, obiettivi, valori sociali e politici; e genera, in tal modo, l’indeterminatezza e l’incertezza tipiche delle costituzioni contemporanee” (B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 96).

²⁹ Sobre la coexistencia de las dimensiones positiva y negativa de los derechos, véanse en particular J. WALDRON, *Rights in Conflict*, cit., p. 214 (“one and the same right may generate both negative and positive duties”); L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 325, 327; S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999.

ciones típicas del Estado de derecho liberal, requieren, para volverse efectivos, intervenciones positivas como el establecimiento de sistemas burocráticos, administrativos y judiciales, el ejercicio del poder policial y otras funciones. Se puede pensar, por ejemplo, en el caso del derecho a la participación democrática, que en la práctica requieren mucho más que la mera abstención por parte del Estado, ya que siempre son necesarias algunas estructuras políticas que brinden un espacio adecuado para la participación popular³⁰.

Al mismo tiempo, ni siquiera los derechos socio-económicos, culturales y de la cuarta generación pueden ser vistos simplemente como el resultado de obligaciones positivas: aun cuando los titulares ya hayan tenido acceso al bien que constituye el objeto del derecho en cuestión, el poder estatal seguirá teniendo que abstenerse de realizar aquellas conductas que puedan dañarlo (por ejemplo, en el caso del libertad de sindicalización o derecho de huelga), y utilizar las medidas de control adecuadas para prevenir y sancionar las violaciones. Al respecto, J.A. Cruz Parceró correctamente señala:

*cuando hablamos del derecho a la educación pensamos inmediatamente en la obligación positiva del Estado de impartir educación, construir escuelas, pagar a los maestros, dar becas, etc.; pero, a su vez, el Estado tiene obligaciones pasivas de no empeorar la educación, de no expulsar a los niños de las escuelas, de no negar el acceso a la educación (en ciertas circunstancias), de no cobrar cuotas de inscripción o colegiatura cuando la educación es gratuita, etc.*³¹.

Además, no se puede pasar por alto que los mismos fondos públicos utilizados para financiar la protección de los derechos pueden constituir, en una perspectiva orientada hacia el futuro, una inversión productiva para incrementar el bienestar colectivo. En este sentido, retomando parcialmente una tesis de Amartya Sen –quien destaca la conexión entre el desarrollo económico, industrial y tecnológico de Japón y China a principios del siglo XX y las

³⁰ Al respecto, observa Jeremy Waldron: “[r]eflection on the rights of the citizen also undermines the claim that first generation rights call only for inaction by the state, rather than collective intervention. In fact, rights to democratic participation require much more than mere omissions by the state. They require officials to approach their task in a certain spirit, and they require the establishment of political structures to provide a place for popular participation and to implement people’s wishes, expressed by voting and other forms of pressure” (J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?* [1987], en *Liberal Rights. Collected papers 1981–91*, cit., p. 343).

³¹ J.A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 76.

inversiones en educación e investigación científica realizadas, en el período anterior- Luigi Ferrajoli sostiene acertadamente que “si es verdad que los derechos fundamentales tienen un costo, también es cierto que cuestan mucho más sus vulneraciones o sus incumplimientos”³². Especialmente en las democracias contemporáneas, caracterizadas por un estrecho vínculo entre el progreso económico, cultural y tecnológico, el reconocimiento y la protección de derechos esenciales como el acceso a la alimentación, a la seguridad social, a la salud o a la educación constituyen la base de la supervivencia individual, pero también del desarrollo socio-económico de la comunidad en su conjunto.

4.1. Algunas observaciones sobre la *interest theory* y el enfoque dinámico

4.1.1. *El reconocimiento de la paritariedad de los derechos: algunas etapas esenciales*

Dejando de lado el análisis de la teoría de Nozick, se puede observar que, en términos generales, la propuesta minimalista tiende a apoyarse en la identificación entre derechos y obligaciones jurídicas. Dicho de manera simple, con base en este enfoque, se tienden a considerar como dignos de protección solo aquellos bienes (auténticos, genuinos, gratuitos, etc.) cuyas garantías jurídicas ya han sido establecidas (o que puedan serlo fácilmente).

Ahora bien, una posible solución para superar algunos de los principales aspectos problemáticos implícitos en este enfoque es ofrecido por la *interest theory* contemporánea combinada con una perspectiva dinámica³³: la idea de que un mismo derecho constitucional puede originar más derechos, reivindicaciones y obligaciones de terceros, según un conjunto de direcciones no determinables a priori³⁴.

³² V. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, cit., pp. 67-71, traducción mía; A. SEN, *Resources, Values and Development*, Harvard University Press, Harvard, 1984.

³³ El hecho de que el enfoque dinámico, la mayoría de las veces, parezca estar estrechamente vinculado a diferentes formas de *interest theories* puede verse como históricamente contingente y desprovisto de necesidad lógica. En este punto ver L. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 39 ss., 51-53, 96 ss., quien elabora una versión de la *choice theory* (el enfoque que justifica la atribución de un derecho como una forma de proteger una elección) que acepta las tesis esenciales de la concepción dinámica.

³⁴ La concepción dinámica –observa Celano– “vede un diritto soggettivo come il nucleo germinale di (come una ragione atta a giustificare l’attribuzione o il riconoscimento di) posi-

Aunque existan diferencias notables al respecto, siguiendo a M.H. Kramer, podemos afirmar que todas las reconstrucciones que pueden ser incluidas bajo la denominación de *'interest theory'* comparten dos principios básicos: "(1) [n]ecesario aunque insuficiente para que un sujeto X disponga efectivamente de un derecho es que este mismo derecho, si efectivo, preserve uno o más de sus intereses. (2) El hecho de que X sea competente y autorizado para exigir o renunciar al ejercicio del derecho no es ni suficiente ni necesario para que X posea tal derecho"³⁵. Cabe matizar que, dentro de este esquema, la condición decisiva es esta última: dado que la competencia presupone la capacidad de elegir, si una persona no es moral o legalmente competente, ni siquiera puede ser autorizada moral o jurídicamente a tomar una elección. Esta es la razón principal por la que, para los partidarios de la *choice theory*, los niños o las personas que no están en condiciones de comprender y expresar una voluntad racional, ya que carecen de la capacidad de controlar y determinar sus elecciones, no se pueden considerar auténticos titulares de derechos. En otras palabras, los derechos son reivindicaciones acompañadas por un poder: sin poder puede haber una reivindicación, pero no existe ningún derecho. Por otro lado, según los defensores de la teoría del interés, la posesión de un derecho no depende de la posesión de poderes jurídicos sino únicamente del hecho de que este derecho protege los intereses de las personas.

La elaboración más completa de un enfoque de este tipo conjugado con una concepción dinámica tiene sus raíces, en la década de 1970, en algunas

zioni normative determinate, o insiemi determinati di posizioni siffatte (come la *ratio* che spiega, giustificandola, l'attribuzione o il riconoscimento di posizioni normative determinate)" (B. CELANO, "I diritti nella *Jurisprudence* anglosassone contemporanea", en *Analisi e diritto* 2001. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2001, p. 6.). Enfoques dinámicos pueden encontrarse en: J. FEINBERG, "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry*, núm. 4, 1970, pp. 243-257; N. MACCORMICK, "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 62, 1976, pp. 305-316; ID., *Rights in Legislation*, en P. HACKER, J. RAZ (ed. by), *Law, Morality and Society*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 188, 201; J. RAZ, *Legal Rights* [1984], reed. in *Ethics in the Public Domain*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1994; ID., *The Nature of Rights* [1984], reed. en Id., *The Morality of Freedom*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 165-192; L. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., pp. 51-52; J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 79-87; J. WALDRON, *Rights in Conflict*, cit., espec. pp. 212-214; D. LYONS, *Rights, Claimants and Beneficiaries* [1969], en Id., *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.

³⁵ M.H. KRAMER, *Rights without Trimmings*, en Id., N.E. SIMMONDS, H. STEINER (eds.), *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 62.

obras de Neil MacCormick (y más tarde retomadas y desarrolladas especialmente por Joseph Raz, Jeremy Waldron y Andrei Marmor), en las que el autor mueve una serie de objeciones a la perspectiva hartiana, optando por una visión dinámica de los derechos, entendidos como “situaciones favorables” de carácter argumentativo o justificativo³⁶.

Sin embargo, antes de ilustrar esta posición, es necesario dar un paso atrás. Según H.L.A. Hart, en definitiva, el significado de los términos referidos al vocabulario de los derechos tiene que ser hallado en ese único elemento común a las diferentes nociones (o a la mayoría de ellas) que lo integran. Analizando la particular versión de la “*benefit theory*” presentada por Jeremy Bentham³⁷, Hart³⁸ afirma que ser beneficiario del cumplimiento de una obligación jurídica no constituye una condición ni necesaria ni suficiente para ser titular del derecho correlativo a esta obligación. Por el contrario, es necesario y suficiente que el titular disponga del poder de control sobre la obligación correlativa a aquel derecho.

La perspectiva de la *choice* o *will theory*³⁹ –afirma el autor– “centrada en la noción de elección individual jurídicamente protegida”⁴⁰, no puede ser

³⁶ V. N. MACCORMICK, “Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights”, cit.; Id., *Rights in Legislation*, cit. Algunas anticipaciones de las tesis formuladas por MacCormick pueden encontrarse en D. LYONS, *Rights, Claimants and Beneficiaries*, cit.

³⁷ El núcleo de la ‘*benefit theory*’ de los derechos, en la versión desarrollada por Jeremy Bentham, se puede resumir en los siguientes términos: “this identification of a right-holder by reference to the person or persons intended to benefit by the performance of an obligation” (H.L.A. HART, *Legal Rights* [1973], en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 169).

³⁸ Véase en particular H.L.A. HART, *Are There Any Natural Rights?* [1955], en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 35; ID., *Legal Rights*, cit., pp. 162-193. Sobre la posición tomada por Hart a partir de 1955, v. en particular J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?* [1987], cit., pp. 366-367.

³⁹ Aunque incluso en este caso existan varias diferencias, según M.H. KRAMER, los defensores de la *choice theory* comparten tres principios: “(1a) [s]ufficient and necessary for X’s holding of a right is that X is competent and authorized to demand or waive the enforcement of the right. (2a) X’s holding of a right does not necessarily involve the protection of one of more of X’s interests. (3a) A right’s potential to protect one or more of X’s interests is not sufficient per se for X’s actual possession of that right” (M.H. KRAMER, *Rights without Trimmings*, cit., p. 62). Versiones emblemáticas de la *choice theory* pueden ser encontradas en H.L.A. HART, *Legal Rights*, cit.; N.E. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, en M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER (ed.), *A Debate over Rights*, cit.; H. STEINER, *Working Rights*, en M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER (ed.), *A Debate over Rights*, cit., pp. 233-301; C. WELLMAN, *An Approach to Rights: Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer, Dordrecht, 1997.

⁴⁰ H.L.A. HART, *Legal Rights*, cit., p. 189.

considerada exhaustiva con respecto a la noción de derecho subjetivo⁴¹, ya que no puede proporcionar explicaciones adecuadas para todos aquellos casos en los que parece apropiada una utilización del lenguaje de los derechos referido a las necesidades básicas, entendidas como bienes esenciales para la preservación de la dignidad de los individuos⁴². En virtud de sus características, este planteamiento no puede ser considerado como la única explicación posible para los derechos subjetivos⁴³: en algunos casos, es posible argumentar que el núcleo de la noción de derecho subjetivo, más que en la posibilidad de elección por parte de los titulares de derechos, tiene que ser hallado en la idea de necesidades básicas. Esto se da principalmente en dos ámbitos: el de los sistemas constitucionales rígidos –en los que los derechos constituyen al mismo tiempo límites formales y sustanciales para el legislador– y en el ámbito de la evaluación moral, es decir, en un contexto radicalmente diferente respecto al vocabulario “estándar” de los derechos.

El propio Hart, en otras palabras, a pesar de poner énfasis en la relevancia de la elección individual en su definición de la noción de derecho subjetivo, reconoce que las concepciones voluntaristas no pueden dar cuenta de aquellas expectativas cuyo cumplimiento no puede delegarse a un acto potestativo del titular (la facultad de determinar el comportamiento de otro sujeto), sino que depende de la iniciativa de otro sujeto. Tales teorías no parecen capaces de captar la noción de derecho subjetivo que, a partir de unas necesidades fundamentales, sería ajena al lenguaje técnico-jurídico habitualmente empleado por jueces, abogados, juristas, perteneciendo más bien a “una forma peculiar de crítica moral del derecho”⁴⁴. La validez de la teoría

⁴¹ Sobre los límites que el propio Hart reconoce en la teoría de la elección, ver J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 204-205.

⁴² Siguiendo la reconstrucción de LUIGI FERRAJOLI (*Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, cit., pp. 298-299), se puede suponer que fundar derechos equivale a plantearse el problema de determinar su sustrato axiológico y a proporcionar las razones por las que deben ser reconocidos dentro del ordenamiento jurídico. En un nivel general de ética normativa, en una perspectiva “filosófico-política” o de “teoría de la justicia”, fundar los derechos humanos equivale a explicitar los argumentos a favor de su existencia y su legitimidad. De acuerdo con esta línea de razonamiento, podemos identificar el fundamento de la dignidad humana en el valor de la existencia del individuo como titular de derechos y deberes morales (véase en este sentido J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001).

⁴³ V. H.L.A. HART, *Legal Rights*, cit., p. 189.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 192-193. En relación con el caso específico de los *welfare rights*, Hart sostiene que estos derechos pueden ser reclamados a través de una perspectiva voluntarista en al menos dos contextos: cuando la aplicación de la prestación positiva que es objeto del derecho

de la elección, por tanto, se limitaría a la justificación de algunos derechos jurídicos: de aquellos casos en los que el titular de un derecho está en condiciones de ejercer un poder sobre el destinatario del deber. Por otro lado, Hart reconoce que este enfoque resulta inadecuado para explicar ciertas cuestiones relacionadas con la protección del bienestar y el desarrollo humanos: en estos casos, la noción de beneficio o interés nos permite explicar en qué manera los individuos son tutelados, a través de “derechos-inmunidad” (a los que corresponden “discapacidades” para el legislador), frente a los abusos del poder estatal organizado⁴⁵.

Basándose en estas intuiciones, será sobre todo Neil MacCormick quien deconstruirá la (que en su momento constituía la) teoría estándar, introduciendo una serie de contraejemplos para mostrar que algunos titulares de derechos pueden carecer de cualquier poder sobre las obligaciones correlativas de otros sujetos. El ejemplo paradigmático que hace el autor, como es sabido, es el de los derechos de los niños: es sensatamente posible argumentar que todo niño tiene derecho a recibir una instrucción, sin saber todavía con precisión quién debe tener la obligación correspondiente y el poder de proporcionarla⁴⁶. Un segundo ejemplo se refiere a otros titulares de derechos indisponibles, en particular en el ámbito de las relaciones laborales y el poder de negociación, quienes tienen plena capacidad de actuación pero que, por diferentes motivos, no hacen uso (o no pueden hacerlo) de ningún poder para elegir entre el cumplimiento o la no obligación correlativa⁴⁷. Según

esté condicionada a una petición expresa por parte del titular del derecho, y cuando la ley prevea ciertos mecanismos de *enforcement* en caso de que no se preste el servicio. Sin embargo, no se puede reconducir a un enfoque voluntarista el caso de los derechos sociales en relación con los cuales el titular del deber correspondiente no es identificable o, por otros motivos, la prestación no resulta exigible (v. *ibid.*, pp. 185-186).

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 168-9. Simplificando: un individuo X tiene una inmunidad frente a un individuo Y si este último no tiene el poder de (no está en condiciones de) modificar la posición jurídica de X. Señalan cómo es posible dar cuenta de los derechos de inmunidad sobre la base de un enfoque voluntarista: N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, cit., pp. 194-5; M. BAYLES, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Kluwer, Dordrecht, 1992, p. 147. En una primera fase de su reflexión –hay que precisar– Hart se inclina a explicar la noción de inmunidad desde la perspectiva de la teoría de la elección (v. H.L.A. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence* [1953], en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 35 n.).

⁴⁶ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, cit., pp. 305, 313. Sobre este tema, véase el análisis I. FANLO CORTÉS, *I bambini e i diritti. Una relazione problematica*, Giappichelli, Torino, 2008. Por una reconstrucción del debate Hart-MacCormick, v. B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., espec. pp. 54-65.

⁴⁷ N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, cit., pp. 196-197.

MacCormick, por lo tanto, las disposiciones jurídicas no constituyen en sí mismas un derecho, pero son esenciales para llevarlo a la práctica, “al ampliar los derechos de los niños”⁴⁸. Cuando se afirma, por ejemplo, que un niño tiene derecho a ser alimentado, eso no significa simplemente que otra persona tiene el deber de alimentarlo, sino que la satisfacción de su interés es un fin en sí mismo y no un medio para lograr otros fines⁴⁹.

Ahora bien, uno de los principales aspectos críticos de esta orientación teórica es que a la existencia de un derecho moral (y del deber moral relacionado) no siempre corresponde un deber jurídico: en otras palabras, el riesgo inherente a este enfoque sería el de desconocer la relevancia de la adopción autoritativa de decisiones vinculantes. Al respecto, MacCormick mantiene, sin embargo, que pueden existir derechos jurídicos (no solo derechos morales⁵⁰) no correlativos y lógicamente antecedentes respecto a la determinación de deberes jurídicos: la función de los derechos no es reducible en modo alguno a la de meros epifenómenos de deberes u otras posiciones jurídicas. Una posible respuesta a este problema se encuentra en la distinción, elaborada por Ferrajoli, entre garantías primarias (obligaciones positivas o negativas, asumidas por particulares y/o autoridades públicas, relacionadas con

⁴⁸ Id., *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, cit., p. 308. El propio MacCormick, sin embargo, no desconoce la relevancia del papel de la elección individual en el ejercicio de los derechos subjetivos (“[i]t is certainly true that apart from such cases as those of children or the mentally incapacitated, the holder of a legal right is normally permitted and empowered in law to choose whether or not on any given occasion he should avail himself of his right”; N. MACCORMICK, *Children's Rights*, cit., p. 314).

⁴⁹ V. Id., *Children's Rights*, cit., p. 159.

⁵⁰ En términos generales, con la expresión ‘derechos morales’ podemos referirnos a aquellos derechos ideales que surgen de la dimensión ética de la existencia del individuo, anterior a las instituciones sociales, que para ser afirmados o reivindicados no requieren de ningún tipo de reconocimiento jurídico o institucional. Particularmente esclarecedor, al respecto, es la reflexión de Carlos S. Nino quien, reformulando una definición de MACCORMICK (*Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 160), caracteriza a los derechos morales en los siguientes términos: «[s]e adscribe a alguien el derecho de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso, cualesquiera que sean las consecuencias de tal acceso respecto de valores agregativos” (C.S. NINO, *Ética y derechos humanos Un ensayo de fundamentación* [1984], Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 40). De acuerdo con esta perspectiva, de hecho, el único requisito para atribuir un derecho moral a un sujeto está constituido por la clase C (la persona moral).

un derecho) y garantías secundarias (la obligación de los jueces de sancionar con la anulación o con la condena los hechos inválidos o ilegales en los que ocurran las violaciones a las garantías primarias⁵¹). Según el autor, aunque los derechos consisten en “expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de provisiones públicas) o prohibiciones (de lesiones)”⁵², y por lo tanto las obligaciones y prohibiciones que les corresponden, así como las obligaciones conexas de reparar o sancionar judicialmente eventuales lesiones de derechos, “derivan lógicamente por el propio estatuto normativo de los derechos”, en la práctica suele ocurrir que no sólo se infringen estas obligaciones y/o prohibiciones, sino que “ni siquiera se establece por ley”⁵³. Sin embargo, la falta de mecanismos de protección a nivel infraconstitucional, y en particular en lo que respecta al aparato de garantías jurisdiccionales, no anula la existencia de un derecho, sino que configura una laguna dentro del ordenamiento jurídico⁵⁴. En este caso, la responsabilidad de colmar la laguna recae sobre el legislador o sobre el juez-intérprete: en el caso de que la relativa meta-obligación quede incumplida, no obstante, persistirá el problema de identificar las garantías secundarias del derecho en cuestión.

4.1.2. Argumentos críticos contra el minimalismo

De acuerdo con los partidarios de la *interest theory*, la mayor eficacia de este enfoque depende principalmente de su capacidad de justificar el reconocimiento, al menos a nivel moral prepositivo, de los derechos sociales⁵⁵ y

⁵¹ V. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., vol. I, pp. 196-198, 668-701; Id., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, espec. cap. II, III.

⁵² Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 11, traducción mía.

⁵³ Id., “Diritti fondamentali”, *Teoria politica*, núm. 14, vol. 2, 1998, p. 11, n. 2.

⁵⁴ V. Id., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 53-54

⁵⁵ Como destaca Alessandra Facchi, sin embargo, “sostenere la centralità della scelta e della volontà individuale non significa escludere la rilevanza dei diritti economici-sociali” (A. FACCHI, “Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti”, *Ragion pratica*, núm. 31, 2008, p. 325). En este sentido, no hay impedimento, en principio, para recurrir a una justificación de los derechos sociales que haga referencia a una perspectiva de *will* o *choice theory*. Sobre la compatibilidad entre *interest theory* y (la protección de los) derechos sociales, J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, cit., pp. 11-12; Id., *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, cit., pp. 16-17. Por una posición que coloca el fundamento de los derechos sociales en el respeto de la autonomía individual, v. C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford University Press, New York, 2004.

de los derechos atribuidos a sujetos que no son capaces de expresar su voluntad (los niños, de algunas personas con discapacidad, de generaciones futuras, etc.). Sobre la base de esta perspectiva, es posible reconocer la existencia de un derecho cuando un determinado interés (su elemento justificativo) se considera suficientemente importante para atribuir a un sujeto titular una serie de posiciones subjetivas favorables (libertades, pretensiones, poderes e inmunidades), e imponer a otro sujeto (no necesariamente a un individuo específico) las posiciones correlativas necesarias para protegerlo. En este sentido, se hace posible incluir en el catálogo de los derechos aquellos casos cuyos titulares no están en condiciones de realizar elecciones libres y conscientes⁵⁶.

Además, este planteamiento también permitiría incluir una gama de opciones más amplias entre las posibles justificaciones de los derechos, aceptando diferentes valores (principios, bienes, necesidades, etc.) como justificaciones del reconocimiento de derechos, que incluyen también la protección de la libertad individual. Una reconstrucción doctrinal que identifica el núcleo generativo de los derechos en la tutela de un interés individual o colectivo puede aceptar diferentes valores como elementos justificativos del reconocimiento de derechos, al resultar más abierto frente a los cambios del marco social de referencia. Este enfoque, que reconoce, como podría decirse, un “fundamento suficiente”⁵⁷ o “distintos fundamentos posibles”⁵⁸ de los derechos, parece más compatible con un contexto de pluralismo ideológico como el que caracteriza al constitucionalismo contemporáneo.

Los derechos, en este sentido, se conciben como exigencias ético-jurídicas que constituyen el núcleo de una pluralidad de posiciones y deberes subjetivos (“*grounds of duties*”)⁵⁹; posiciones complejas que incluyen tanto características de intervención “positiva” como de abstención “negativa”, y de las que surgen varias “oleadas” (“*waves*”) de posiciones subjetivas específicas no predeterminables. Observa al respecto Celano:

⁵⁶ V. por ej. M.H. KRAMER, *Rights without Trimmings*, cit., p. 64.

⁵⁷ V. C. PERELMAN, *Peut-on fonder les droits de l'homme?*, en *Droit, morale et philosophie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, pp. 57-64.

⁵⁸ V. N. BOBBIO, “Sul fondamento dei diritti dell'uomo” [1965], en ID, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.

⁵⁹ “The essential point is, however, that rights are grounded in the interests of the potential right holder, and that duties are grounded in rights” (A. MARMOR, *On the limits of rights*, cit., pp. 3-4).

[p]ara quien adopte la *choice theory*, es difícil encontrar razones en apoyo la conclusión de que necesidades e intereses humanos básicos constituyen, como tales, la base de los derechos. Si, por el contrario, se adopta la *interest theory* –es decir, si se asume que existe un derecho siempre que haya un interés (un bien) que tiene que ser protegido, o cumplido (un interés suficientemente importante como para justificar la imposición de obligaciones a otros sujetos)– la posibilidad de calificar lo que constituye el objeto de necesidades o intereses humanos fundamentales como, de por sí, objeto de otros tantos derechos no presenta ninguna dificultad conceptual. En esta perspectiva, los derechos de libertad se configuran como una clase particular de derechos, iguales y coordinados con respecto a los demás. De la misma manera que la vida y las condiciones materiales necesarias para una existencia digna, incluso la libertad, o algunas libertades, son bienes que deben garantizarse a los individuos (son intereses que deben protegerse)⁶⁰.

La *interest theory*, combinada con una perspectiva dinámica, tiende a atribuir la misma dignidad teórica a las diferentes generaciones de los derechos, incluso cuando ciertos intereses aún no hayan sido aceptados dentro de un ordenamiento jurídico positivo y su reivindicación tiene sentido solo desde el punto de vista de la crítica moral del derecho. En este sentido, la validez del planteamiento en cuestión parece encontrar su confirmación en el funcionamiento efectivo de las disposiciones que atribuyen derechos fundamentales: además de los perfiles de abstención negativa, siempre se requiere, para los fines de su efectivización, un trabajo complejo de determinación (especificación, concreción, delimitación) de su contenido mediante la creación de apropiados institutos, normas y reglamentos, y de la predisposición de los necesarios recursos económicos y financieros⁶¹.

De hecho, esta reconstrucción del significado de los derechos puede aportar distintos elementos teóricos para rechazar aquella lógica economicista⁶² que asigna una importancia central al “principio de necesidad” impuesto

⁶⁰ B. CELANO, “I diritti nella *Jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, cit., pp. 51-52, traducción mía.

⁶¹ En este sentido, véanse sobre todo R. BIN, “Diritti e fraintendimenti”, cit., pp. 15-25; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà: l’incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 86 ss.; S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, cit.; R.A. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014; P. HÄBERLE, *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, Palestra, Lima, 2019.

⁶² Por una crítica al proyecto de extender la metodología económica al análisis de los procesos políticos y a la fundamentación de los derechos humanos, véase en particular

por los mercados, y por las instituciones monetarias y bancarias: una especie de planteamiento jurisprudencial que asigna a los derechos sociales un papel de subordinación instrumental en relación con los objetivos económicos. Este tipo de propuesta acerca del fundamento teórico de los derechos puede contribuir a resaltar la inconsistencia del modelo de razonamiento que subyace en varias decisiones de los tribunales constitucionales, al tiempo que sienta las bases para una concepción alternativa de los mismos, dentro de una visión orientada a reprimar la supremacía de la dimensión ética de los derechos sobre otras necesidades y exigencias (a partir de los procesos socioeconómicos).

MICHELE ZEZZA

Departamento de Direito do Estado

Universidade de São Paulo (USP)

Largo São Francisco, 95

São Paulo-SP 01005-010

e-mail: _michele.zezza@for.unipi.it

J. RAWLS, *Theory of Justice: Revised Edition* [1971], Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 317.

**DERECHO A LA CIENCIA.
LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN, ACCESO,
PARTICIPACIÓN Y PROMOCIÓN
DE LA CIENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

*RIGHT TO SCIENCE.
FREEDOM OF RESEARCH, ACCESS,
PARTICIPATION AND PROMOTION OF SCIENCE
IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM*

DAVID VILA-VIÑAS
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 19-3-20

Fecha de aceptación: 1-9-20

Resumen: *El derecho a la ciencia está reconocido en normas internacionales y constitucionales, como la Constitución Española de 1978. En este artículo se discute la configuración de la ciencia como su objeto, su consideración como un bien común y los valores que constituyen el fundamento de este derecho. Se distinguen tres dimensiones de este derecho para realizar un análisis de su contenido y los principales riesgos de vulneración. Estas son, la libertad de investigación científica (artículo 20.1.b Constitución Española) el derecho de acceso a la ciencia y al disfrute de sus beneficios (artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el derecho a disfrutar de una actividad promocional de la ciencia por parte del Estado (artículo 44.2 CE).*

Abstract: *The right to science is recognized in international and constitutional norms, such as the Spanish Constitution of 1978. This article discusses the configuration of science as its object, its consideration as a common and the values in which that right is founded. Three dimensions of this right are distinguished in order to make an analysis of its content and the main risks of violation. These are the freedom of scientific research (Article 20.1.b of the Spanish Constitution), the right of access to science and the enjoyment of its benefits (Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) and the right to enjoy the promotion of science by the State (Article 44.2 EC).*

Palabras clave: derecho a la ciencia, I+D, derechos humanos, derechos sociales, políticas de conocimiento
Keywords: right to science, R&D, human rights, social rights, knowledge policies

1. INTRODUCCIÓN

En la etapa que se abrió con el final de la II Guerra Mundial, la libertad de investigación científica se reconoció como derecho en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en las constituciones nacionales de posguerra, así como en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE). En el fundamento axiológico de esta libertad se sitúa el vínculo entre el libre desarrollo de la investigación científica y el disfrute de sus resultados, por una parte, y las nociones de dignidad, libre desarrollo de la personalidad y bienestar material, por otra. A pesar de contar con un sustrato de valores compartidos por otros derechos, aquel resulta singular sobre todo a causa de su objeto. En este artículo se considerará la ciencia como un bien común definido formalmente por la acción horizontal de la comunidad científica. La libertad de investigación científica también es singular en cuanto al carácter necesariamente institucional y colectivo de su efectación, ya que, solo en el contexto de esa comunidad científica libre, cabe desarrollar una producción de conocimiento coherente con este derecho. A partir de dicha caracterización inicial, el artículo se centrará en distinguir tres dimensiones del derecho a la ciencia. Aunque se trata de aspectos indivisibles para la efectividad del derecho, se ordenarán de este modo porque cada uno de ellos cuenta con unas especificidades, en cuanto a su conceptualización y operatividad. No en vano se van a identificar positivaciones concretas de cada uno de ellos. Se trata de la dimensión de libertad de actividad científica (artículo 20.1.b CE), del derecho de acceso a la actividad científica y el disfrute de sus beneficios (artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en adelante, PIDESC) y del derecho a disfrutar de una actividad promocional de la ciencia por parte del Estado (artículo 44.2 CE). Para cada una de estas dimensiones y conforme al enfoque de las vulneraciones de derechos, se explorarán los aspectos conceptuales más influyentes en su efectividad, ligados a la realidad de la actividad investigadora y a sus implicaciones para las obligaciones negativas y positivas del Estado, en especial en el contexto español. Todo ello, a partir de la premisa de que conceptualizar mejor las es-

trechas interrelaciones entre las diferentes dimensiones de este derecho es imprescindible para poder diseñar unas garantías eficaces.

2. CIENCIA. CONCEPTOS, VALORES Y PRINCIPIOS POLÍTICOS SUBYACENTES

2.1. La problemática delimitación jurídica del objeto científico

Aunque los instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos han incorporado desde hace casi ochenta años referencias a distintos aspectos de un denominado *derecho a la ciencia*, a su libre producción y al disfrute de sus beneficios, la denominación de este derecho no ha dejado de ser una cuestión abierta. En términos globales, se entiende que esta noción contiene los aspectos relativos a las libertades ideológicas, de expresión e información¹ y al derecho a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”². Al mismo tiempo, se trata de una noción expresiva y fácil de comunicar al conjunto de la ciudadanía³, lo que supone un activo en la esfera comunicativo-política, relevante en último término para la efectividad de los derechos⁴. Es cierto, no obstante, que la noción que se constitucionaliza con mayor peso en el ordenamiento español es la de *libertad de investigación científica* (artículo 20.1.b CE). Aunque conceptualmente sería posible incluir las distintas dimensiones del derecho a la ciencia bajo aquella noción de libertad, resulta lógico acudir a un término más amplio y expresivo, tanto por la heterogeneidad de los contenidos de este derecho como por su mayor correspondencia con la denominación de la doctrina internacional.

¹ Cabría deducir esta dimensión del derecho de los artículos 18 y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (en adelante, PIDCP) y del artículo 15.3 PIDESC. *Vid. infra* secc. 3.1.

² Tal es la formulación del artículo 15.1.b) del PIDESC. *Vid. infra* secc. 3.2.

³ L. SHAVER, “The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress”, *European Journal of Human Rights*, núm. 4, 2015, pp. 411-443 (<https://doi.org/10.2139/ssrn.2564222>).

⁴ M. CALVO GARCÍA, “Derechos sociales: algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre” en M. ABAD CASTELOS *et al.* (eds.), *Políticas económicas y derechos sociales*, Robinson, Madrid, 2016, pp. 163 y ss. Ver también C. RODRÍGUEZ-WANGÜEMERT y J. MARTÍNEZ-TORVISCO, “Human lights through the paradigm changes of the social communication theories”, *International Review of Sociology*, núm. 27 vol. 2, 2017, pp. 230-240, (<https://doi.org/https://doi.org/10.1080/03906701.2017.132900>).

La segunda cuestión a dilucidar respecto a este derecho es el objeto *ciencia* a que se refiere. Cuando se alude a un conjunto tan complejo como es, al menos, el conocimiento válido en un determinado momento histórico y las reglas comúnmente asumidas para su validación⁵, parece razonable que el derecho pueda tener sus reservas a la hora de ofrecer una definición de su objeto. Nótese que, desde un enfoque positivista, las elementos de la ciencia jurídica, y con ello las reglas relativas a la determinación de sus objetos, forman parte del ámbito de la ciencia que se pretende delimitar. De este modo, la solución jurídica más prudente, ya que es imposible escapar de la necesidad de hacer operativa alguna suerte de definición, sería devolver la cuestión al ámbito científico, a través de una tautología del estilo “desde una perspectiva jurídica, ciencia será lo que el método científico defina como ciencia”⁶. Aparte de su pragmatismo, la ventaja de este enfoque es que maximiza la autonomía del ámbito científico frente a las injerencias de otros ámbitos; cuestión nada menor ya que, como se verá, forma parte del contenido esencial de la libertad de investigación científica:

*La Ciencia sólo puede prosperar en un clima de libertad. Y este clima de libertad no depende únicamente de una libertad externa, es decir, de su independencia respecto a cualquier tipo de influencia política, sino también de que exista libertad dentro de la Ciencia (...), ya que el alma de la Ciencia es la tolerancia*⁷.

Este enfoque, que podría denominarse como una *definición formal de la ciencia por parte del derecho*, es el que abraza la propia Ley española 14/2011, de 1 junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación cuando, en su artículo 13.1, define la *actividad investigadora* “como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conoci-

⁵ Véase A. R. CHAPMAN, “Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Application”, *Journal of Human Rights*, núm. 8, 2009, pp. 6 y ss, respecto al contexto político-sociológico mertoniano en que se definió la ciencia como objeto de este derecho en el periodo posterior a la II Guerra Mundial.

⁶ M. A. AHUMADA CANABES, “La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional”, *Revista chilena de derecho*, núm. 39 vol. 2, 2012, pp. 411-445 defendería, a partir de una argumentación más completa, una posición análoga a ésta.

⁷ H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, A. CALSAMIGLIA (ed.), Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1992, p. 62.

mientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación”⁸. También es el enfoque al que se adhiere el Tribunal Constitucional (el adelante, TC) cuando indica que el objeto ciencia no lo determina el derecho, sino más bien los estándares científicos de cada momento⁹ o cuando, al tener que resolver conflictos entre este derecho y el de honor, intimidad y propia imagen, incide en que la condición para acceder a la tutela del primero es ser fiel a un método concreto y riguroso de investigación¹⁰.

En este punto la cuestión es si dicha remisión al método científico se corresponde con la pura abstención de la acción jurídico-política para dejar paso a la de una ciencia autónoma o si, como postulan los enfoques sobre la gubernamentalidad¹¹, aquella acción pública es indispensable no solo para tutelar, sino también para producir, dicha autonomía científica. Al caracterizar la gubernamentalidad liberal, Michel Foucault describió bien cómo, en su interior, libertad no se contraponía a un estado de naturaleza, carente de normas e instituciones. Al contrario, un objetivo principal de la acción de gobierno

⁸ Como bien señalada M. M. DARNACULLETA I GARDELLA, “Libertad de investigación científica y la promoción de la ciencia en beneficio del interés general” en F. LÓPEZ RAMÓN *et al.* (eds.), *Organización de la Universidad y la Ciencia*, INAP. Madrid 2018, p. 14 (<http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1876-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XIII-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>), se incorpora así la definición de la OCDE, como se sigue constatando en el Manual Frascati, OCDE, 2015, cap. 2 y como previamente había sostenido la doctrina jurídica alemana en pos de la autonomía del ámbito científico.

⁹ Véase la STC 43/2004, en su FJ 8, así como el análisis de G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978” en R. L. CHUECA (ed.), *La investigación científica como derecho fundamental*, Comares, Granada, 2012, p. 53.

¹⁰ Véanse las SSTC 43/2004, FFJJ 4 y 5, y 214/1991, FJ 8, a propósito de la libertad de investigación en el ámbito historiográfico, notando que, como indica ARRUEGO, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, *cit.* pp. 54 y 55, el enfoque formal y la relevancia del método no es incompatible con que este derecho incluya la protección de la subjetividad del investigador y de su producción como un acto creativo, expresado incluso a través de métodos heterodoxos, siempre que se encuentren bien fundados.

¹¹ Para ampliar esta noción, véanse, entre muchas referencias, M. DEAN, *Governmentality: Power and rule in modern society*, Sage, London, 2003, M. VALVERDE, “Specters of Foucault in law and society scholarship”, *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 6, 2010, pp. 45-59 y D. VILA-VIÑAS, “El pensamiento jurídico de los ‘Estudios de Gubernamentalidad’”. Los desarrollos post-foucaultianos acerca del funcionamiento del poder desde una perspectiva jurídica”, *Anuario de Filosofía Jurídica*, núm 29, 2013, pp. 493-513.

es *producir* la libertad¹², esto es, el marco normativo e institucional que no regula la actividad dada en un sentido restrictivo, sino que la delimita, en un sentido creativo: menos reglamentar los procesos sociales que gobernarlos conforme a un conjunto de normas formuladas en su interior, de acuerdo con su propio funcionamiento en el medio¹³. Desde este enfoque, el rol de la norma sería en primer lugar de carácter epistémico: se situaría en un campo homogéneo de datos positivos o de elementos fácticos que requieren estandarización para hacer posible ahí una labor de objetivación o categorización. Así, normar no es solo dar reglas, sino objetivar el campo de validez y eficacia de las prácticas de un determinado sector, a través de la configuración de un conjunto de categorías, taxonomías, técnicas, etc¹⁴. y, por supuesto, delimitar con ello un campo exterior a la norma a través de una serie de tecnologías de discriminación que, en este caso, permitirán identificar lo impropio del campo científico, lo que no debe ser tutelado por un derecho a la libertad científica.

De este modo, la remisión formal no funciona solo como una abstención, sino que exige una acción positiva de normación. A este enfoque se aproxima Chueca¹⁵ cuando señala que la ciencia moderna se delimita a partir de un proceso de normación, por el que la actividad científica existe con el método, instituciones y reglas actuales no como un ámbito autónomo, sino dentro del derecho, bajo el conjunto de normas jurídicas que establecen no solo este derecho fundamental a la libertad de investigación científica, sino sus objetivos, métodos, deontología y límites éticos. No se trataría por lo tanto del límite exterior a una actividad por lo demás autónoma, sino una condición interna para el propio rigor científico¹⁶. A partir de este suelo formalista, con-

¹² Sobre la producción de libertad, véase D. VILA-VIÑAS, *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 69 y ss.

¹³ Véase M. FOUCAULT, *Seguridad, territorio, población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Akal, Madrid, 2008, pp. 334 y 335 y J. GOODIE, "The invention of the environment as a subject of legal governance" en G. WICKHAM y G. PAVLICH (eds.), *Rethinking Law, Society and Governance: Foucault's Bequest*, Hart, Oxford, 2001, pp. 73-92.

¹⁴ Véase F. EWALD, "Norms, Discipline, and the Law", *Representations*, núm. 30, 1990, p. 156.

¹⁵ Véase R. I. CHUECA RODRÍGUEZ "La investigación científica como espacio iusfundamental de normación" en R. I. CHUECA (ed.), *La investigación científica como derecho fundamental*, cit. p. 28, donde señala la conversión de la ciencia en una actividad transitiva.

¹⁶ "[P]odemos seguir afirmando que el conocimiento hace libre en la medida en que nos permite conocer el mundo en el que nos desenvolvemos vitalmente. Pero esta libertad

viene señalar también que es necesario encontrar la fórmula para dar traslado a estos conceptos de los valores económicos y sociales que ha adquirido la ciencia en el Estado Social y Democrático de Derecho y en virtud de la cual no puede reducirse a una libertad de carácter individual e interior¹⁷.

Tanto el inicial enfoque formal como esta última inflexión más material o transitiva encuentran asimismo algunas objeciones. En primer lugar, una crítica compartida por distintas perspectivas señala que la definición formal de la ciencia por parte del derecho es más un ideal o una ficción que una descripción. Tal como ocurre en el positivismo jurídico, tras la formalidad de la normación científica, descansa una determinada visión de la ciencia y sus formas de capital¹⁸, propia de personas bien posicionadas en la misma. De esta manera, lo razonable, lo propio de un espíritu científico genuino sería precisamente cuestionar la neutralidad y el carácter aséptico de ese enfoque y problematizar en cambio el carácter político y social de sus prácticas¹⁹, así como su propuesta axiológica. En contraste con todo ello, una perspectiva material o transitiva sí se propondría evidenciar ese sustrato y esos objetivos.

Este giro no resulta, sin embargo, suficiente para algunas perspectivas críticas que identifican un exceso de normación y, más allá, de intervención por parte del Estado. Así, el espacio de autonomía científica se ve condicionado, en primer lugar, por la definición de una serie de objetivos y valores por parte de las normas jurídicas, siquiera sean internacionales o de alto rango y, en segundo lugar, por la concreción gubernativa de estos principios y objetivos en determinados parámetros cuantitativos, bibliométricos y de evaluación de la actividad investigadora²⁰. Aunque en la sección 3.1 se reto-

no es ya, si alguna vez lo fue, una libertad más allá del derecho. Todo lo contrario, la libertad de investigación científica exige hoy la inserción de su contenido jurídico preciso en los mismos fundamentos de los ordenamientos constitucionales. Y anuncia ya una poderosa tendencia a generalizar estándares supraestatales” CHUECA, *La investigación científica como derecho fundamental*, cit. p. 29.

¹⁷ Véase CHUECA, *La investigación científica como derecho fundamental*, cit. p. 34.

¹⁸ Véase P. BOURDIEU “Las formas del capital. Capital económico, capital cultural y capital social” en A. GARCÍA INDA (ed.), *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001, pp. 131-164.

¹⁹ Véase B. LATOUR, *Nunca hemos sido modernos: ensayo de antropología simétrica*, Debate, Barcelona, 1993, entre otros estudios clave de ciencia, tecnología y sociedad, para ampliar estos enfoques.

²⁰ Véase DARNACULLETA I GARDELLA, “Libertad de investigación científica y la promoción de la ciencia en beneficio del interés general”, cit. pp. 13 y ss, que señala como ejemplo de esto el sistema de acreditaciones o de reconocimiento de sexenios, así como,

mará este debate a propósito de las obligaciones que supone para el Estado el reconocimiento de esta libertad de investigación científica, el problema de pretender que el contenido de esta libertad no esté adscrito a ninguna concepción de la ciencia es que, contra la intuición inicial de estar ampliando su alcance, se estaría dejando el derecho en una situación de mayor incertidumbre y perjudicando con ello su eficacia. En la medida en que esta libertad entra en frecuente conflicto con otras y cuenta con vulnerabilidades notables, como se verá en la siguiente sección, la definición de unas reglas metodológicas que delimiten la investigación científica ofrece a quien la realiza o pretende realizarla más garantías de efectividad de este derecho. Eso sí, a condición de que tal definición sea falsable y abierta a uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, como es la pluralidad. Es decir, de que se trate de un concepto de ciencia abierto a otras expresiones de la subjetividad de quienes investigan, siquiera sean heterodoxas, siempre que se encuentren bien fundadas²¹. Por otro lado, si la discusión se centra en qué tipo de investigación científica debe promover el Estado, en virtud de las obligaciones derivadas de la formulación más económico-social de este derecho, como la que se hace en el artículo 44.2 CE²², tal previsión es coherente con el principio democrático de que sea la dirección política del Estado la que establezca y promueva esos objetivos prioritarios, siempre que estos sean coherentes con

desde una perspectiva foucaultiana, P. AMIGOT LEACHE y L. MARTÍNEZ SORDONI, "Gubernamentalidad neoliberal, subjetividad y transformación de la universidad. La evaluación del profesorado como técnica de normalización", *Athenea Digital*, núm. 13 vol. 1, 2013, pp. 99-120.

²¹ Nótese que, aunque en el ámbito estatal el principio de pluralidad opera sobre todo como una garantía frente a la imposición o apoyo exclusivo a una perspectiva científica por parte del Estado, en la escala internacional este valor pretende garantizar la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas creativas de comunidades indígenas o locales. Véase, en este sentido, la Observación General N° 17, de 21 de noviembre de 2005, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/GC/17. Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf), apartado II.9, en su interpretación del artículo 15.c del PIDESC. Para una perspectiva postcolonial sobre las políticas de reconocimiento de saberes comunitarios véase J. M. CRESPO y D. VILA-VIÑAS, "Comunidades: Saberes y conocimientos originarios, tradicionales y populares", en D. VILA-VIÑAS y X. E. BARANDIARAN (eds.), *Buen Conocer - FLOK Society. Modelos sostenibles y políticas públicas para una economía social del conocimiento común y abierto en el Ecuador*, IAEN - CIESPAL, 2015, pp. 619-691 (<http://book.floksociety.org/ec/3/3-2-comunidades-saberes-y-conocimientos-originarios-tradicionales-y-populares>) y, de manera más general, sobre las relaciones científicas, T. TUCKER y M. W. MAKGOBA, "Public-Private Partnerships and Scientific Imperialism", *Science*, núm. 320, 2008, pp. 1016-1017.

²² Vid. infra secc. 3.3.

la propia racionalidad científica, que incluye un criterio de apertura también política, y el principio de pluralismo al que se ha aludido.

En todo caso, introducir dos desplazamientos de este problema puede ayudar a enfocarlo mejor para hacer más eficaz este derecho frente a los riesgos actuales. En primer lugar, delimitada la ficción sobre la vacua formalidad de la ciencia, sí sería legítimo y recomendable identificar y debatir sobre los objetivos y los valores que subyacen a las distintas propuestas científicas, como se tratará de hacer a continuación. No conviene olvidar que avance científico e interés general no son necesariamente idénticos y que, ante eventuales bifurcaciones, la protección de la libertad de investigación abarca solo a aquella compatible con el conjunto de los principios constitucionales. En segundo lugar, una de las premisas de este artículo es que, al considerar las vulneraciones al derecho a la ciencia, ha sido habitual desconocer el impacto de la retracción o la ausencia de una acción pública de fomento de esta actividad cuando, al menos en el contexto español, su impacto es al menos equiparable al de las tradicionales injerencias o condicionamientos del Estado respecto a la actividad científica. Documentar mediante las investigaciones socio-jurídicas pertinentes esta observación ofrecería una nueva mirada sobre los riesgos actuales a las libertades y permitiría diseñar garantías más eficaces para este derecho.

2.2. La ciencia, un común plural

En este apartado se expondrán los contenidos axiológicos que subyacen al derecho a la ciencia y se formularán algunas propuestas para caracterizar ésta desde una perspectiva político-filosófica, axiológica e iusfundamental, tal como se introdujo durante el apartado anterior.

En la tarea de fundamentar este derecho, ha sido habitual recurrir a su finalidad, a su impacto en la mejora de las condiciones de vida y con ello en la efectividad de otros muchos derechos, como el acceso a medicinas, a bienes de primera necesidad, tales como el agua y los saneamientos, o a las comunicaciones y a la movilidad. De este modo, cierto nivel de desarrollo científico se convierte en una condición para el disfrute de ciertos derechos fundamentales, así como para avanzar en la conformación de unas personas y comunidades más capaces de resolver sus problemas materiales. Sin embargo, al igual que ocurre con el derecho a la educación, resulta polémico que su fundamento se sustente solo en una racionalidad instrumental. En cambio, cabe

argumentar que la libertad de investigación científica y el derecho a acceder a ésta contienen un valor en sí mismas, un valor vinculado a la dignidad de la persona²³ y a las nociones ilustradas de emancipación y acceso a la autonomía personal²⁴. Por supuesto no cualquier práctica científica encaja con esta concepción. El enfoque de derechos humanos acota la ciencia susceptible de tutela a aquella que se dispone “al servicio de la humanidad”²⁵, que se dedica a la mejora de las condiciones de vida y al alivio del sufrimiento, conforme a unos estrictos parámetros éticos²⁶. Aunque la propia pluralidad de las nociones de dignidad que avala nuestro ordenamiento pueda dificultar la concreción de este enfoque²⁷, se trata de un fundamento consolidado de este derecho.

A partir de este sustrato axiológico y de la consiguiente proyección estratégica del derecho a la ciencia, cobra sentido considerar a la misma como un bien público o bien común, según la perspectiva²⁸:

²³ Véase, en apoyo de esta perspectiva, SHAVER, “The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress”, cit. pp 415 y 416, así como ARRUEGO, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, cit. p. 51 sobre el vínculo de esta libertad con el derecho fundamental a la dignidad de la persona.

²⁴ Sobre la racionalidad filosófico-política que comprenden los valores ilustrados en esta dirección, véase M. FOUCAULT, “¿Qué es la Ilustración?” en S. MATTONI (ed.), Alcían, Buenos Aires, 2002.

²⁵ Véase SHAVER “The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress”, cit., p. 416.

²⁶ Nótese que estos también son algunos de los criterios hermenéuticos con los que dirimir los conflictos que puedan producirse con otros derechos.

²⁷ CHAPMAN, “Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Application”, cit., pp. 11 y 12 señala al menos dos concepciones de la dignidad habituales y conflictivas en este ámbito. En primer lugar, la que se vincula a la capacidad, sobre todo individual, de adoptar decisiones autónomas y que se sintetizaría en el empoderamiento y en la capacidad de prestar consentimiento informado y libre respecto a asuntos científicos. En segundo lugar, una de carácter limitativo, vinculada a la necesidad de conservar un núcleo de la comprensión de lo humano frente a nuevas propuestas científicas y que suele ser relevante en ámbitos como la genética.

²⁸ Aunque en el ámbito jurídico está más extendida la noción de *bien público*, como muestran AHUMADA, “La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional”, cit. o SHAVER, “The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress”, cit., en el ámbito sociológico, económico y politológico lo está más la de *bien común* o *commons*, debido a la influencia de E. ÖSTROM, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge, M.A., Cambridge University Press, 1990 y E. ÖSTROM y C. HESS (eds.), *Los bienes comunes del conocimiento*, Madrid, Traficantes de Sueños, IAEN, 2016. Desde

El conocimiento científico tiene las propiedades necesarias para ser considerado como un bien público, lo que justificaría su extracción del mercado y su no privatización. Al igual que los bienes públicos, se caracteriza por la no rivalidad y la no exclusividad, es decir, porque cualquier persona puede hacer uso del conocimiento, sin que ello afecte a los demás y porque los beneficios que de él derivan están disponibles para todos²⁹.

Distinciones conceptuales aparte, esta consideración ofrece algunas ventajas respecto al objetivo de aumentar la eficacia de este derecho. La primera reside en que no solo da importancia a la producción de una libertad de investigación y a su defensa frente a injerencias externas, sino que introduce dentro de sus contenidos el acceso, tanto a la actividad científica en sí como a sus resultados. Es decir, resulta más coherente con la conceptualización multidimensional de este derecho a la ciencia. En segundo lugar, en la medida en que dicha consideración como bien común constituye más un horizonte estratégico del gobierno del conocimiento que una caracterización necesaria en el presente, aquella anticipa la orientación de las políticas públicas en la materia: garantizar el acceso, desmercantilizar el bien y asegurar la participación democrática en su funcionamiento, en especial de las poblaciones más vulnerables³⁰. Esto incluye también la implementación de medidas de divulgación masiva de los procesos y resultados científicos a través de plataformas de publicación abierta y de las metodologías colaborativas y descentralizadas de producción de conocimiento científico³¹.

el ámbito jurídico pero conforme al enfoque de los bienes comunes del conocimiento, véase M. ORTIZ GARCÍA, "Reflexiones sobre la generación digital-colaborativa del conocimiento y su transferencia de bien común desde la universidad" en F. LÓPEZ RAMÓN *et al.* (eds.), *Organización de la Universidad y la Ciencia*, cit. pp. 445-459. Aunque en muchos discursos operen como sinónimos, la noción de comunes incluye la distinción entre la titularidad pública y la consiguiente gestión por parte de las administraciones y la titularidad del común y una gestión por lo tanto más directa por parte de la ciudadanía o de un grupo social dado.

²⁹ AHUMADA, "La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional", cit., p. 428.

³⁰ Véase el programa de SHAVER, "The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress", cit. p. 413 para la efectividad de este derecho.

³¹ Véase, en esta dirección la caracterización de M. ORTIZ GARCÍA "Reflexiones sobre la generación digital-colaborativa del conocimiento y su transferencia de bien común desde la universidad", cit. y las propuestas de X. E. BARANDIARAN *et al.*, "Ciencia: investigación participativa, colaborativa y abierta", en D. VILA-VIÑAS (eds.), *Buen Conocer - FLOK Society. Modelos sostenibles y políticas públicas para una economía so-*

En el otro extremo de la concepción de la ciencia como un bien común se sitúa su consideración como bien privado. Una ciencia concebida enteramente como un bien regido por las reglas exclusivas del mercado, con eventuales protecciones a la libertad de investigación pero sin promoción alguna por parte de los poderes públicos en favor de su expansión ni del acceso de las poblaciones más vulnerables. Desde la perspectiva expuesta, esta concepción es incompatible con la regulación constitucional e internacional del derecho. Sin embargo y sin alcanzar este límite, la ciencia no opera en la práctica como un bien común, sobre todo a causa de dos grandes procesos. El primero es la llamada *mercantilización* de la ciencia o del conocimiento, referido a la reinscripción de las prácticas científicas en los criterios del mercado³². La clave de este proceso no es si el conocimiento científico, en todo o en parte, se produce en el interior del sector privado o del público³³, sino que, con independencia de quienes lo protagonicen, sí se encuentra bajo un mismo *régimen de veridicción*³⁴, bajo unos mismos criterios para distinguir el conocimiento científicamente adecuado del inadecuado, que son en esencia los que operan en ese mercado específico. Nótese en todo caso que este proceso va más allá de las continuidades entre la gubernamentalidad liberal y una definición formal de la ciencia que se mostraron³⁵, ya que, a partir de determinado punto, dicha racionalización resulta incompatible con la producción científica desde un enfoque de derechos, en lo que respecta a los valores, los criterios de validación y de sostenibilidad del medio científico implicados³⁶. Como resultado de este proceso, la ciencia se encuentra hoy en una situación ambivalente, ya que el rol es-

cial del conocimiento común y abierto en el Ecuador, cit., pp. 143-222 (<http://book.floksociety.org/ec/1/1-2-ciencia-investigacion-colaborativa-participativa-y-abierta>).

³² CHAPMAN, 2009 cit. pp. 8 y 9 realiza un sucinto recorrido por el cambio en la comprensión de la ciencia durante la segunda mitad del siglo XX y la recepción crítica que esto tuvo en sectores de la comunidad científica.

³³ Por ejemplo, M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State: Debunking Public Vs. Private Sector Myths*. Anthem Press, London, 2014 ya mostró que la investigación pública puede liderar la innovación científica y estar supeditada al tiempo a los objetivos de mercado.

³⁴ Véase sobre este concepto M. FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, México D.F., FCE, 2007, p. 53.

³⁵ Vid. supra secc. 2.1 y X. FERREIRO BAAMONDE, "Mercantilización y precarización del conocimiento: El proceso de Bolonia", en EDU-FACTORY et al. (eds.), *La universidad en conflicto*, Traficantes de Sueños., Madrid, 2010, pp. 120-1, que vincula la mercantilización a nuevos riesgos también para la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

³⁶ Véase S. HOREL, *Lobbytomía*, L. SANCHO (trad.), Morata, Madrid, 2019.

pecial que el conocimiento desempeña en la producción contemporánea³⁷ hace que, por una parte, el conocimiento sea un objeto a proteger y promover, al tiempo que, por otra parte, se convierte en el centro de procesos de producción y validación principalmente regidos por una racionalidad ajena a los valores emancipatorios de la ciencia.

El segundo proceso que cortocircuita el funcionamiento de la ciencia como un bien común es la consolidación de una gubernamentalidad basada en la austeridad³⁸. La limitación de la inversión pública en este ámbito³⁹, así como el conjunto de políticas que impiden que despegue la inversión en el sector privado⁴⁰, y que llevan a que se mantenga en niveles muy inferiores a los de los Estados del entorno, limita en el contexto de este artículo las características esenciales de los bienes comunes. Limita la participación en la investigación científica, al afectar a la cantidad de profesionales⁴¹, pero también las actividades de divulgación. Del mismo modo afecta a la sostenibilidad de la ciencia, ya que, aunque el uso de los bienes comunes no excluye el uso por parte de otras personas, no se trata de bienes que se produzcan sin coste. Al contrario, los bienes comunes, incluido los basados en conocimiento, tienen requerimientos biosociales para su producción y sostenibili-

³⁷ Y. MOULLIER-BOUTANG, *Cognitive Capitalism*. Polity Press, Cambridge, 2011, p. 86 define esta etapa como “capitalismo cognitivo”, lo que “designa un sistema de acumulación cuyo principal objeto de acumulación está constituido por el conocimiento, que se convierte en la fuente principal de valor así como en el lugar principal del proceso de valorización”.

³⁸ Véase M. BLYTH, *Austeridad. Historia de una idea peligrosa*, Crítica, Barcelona, 2014, para profundizar sobre este concepto.

³⁹ Si se toma como referencia el periodo central de la crisis de 2008 y el despegue posterior (2009-2016) se observa que la inversión pública en I+D en España descendió un 9,1% durante ese periodo, mientras que la media de la UE-28 aumentaba un 27,4% y la de países como Reino Unido un 39,3% o un 12,5% la de Italia (Fuente: INE y Erustat).

⁴⁰ En 2018, la proporción de la inversión interna en I+D asumida por el sector privado alcanzó el 49,5% del total. Aunque esto marca una tendencia ascendente en la evolución española, se mantiene lejos de la UE (Fuente: INE). Para datos comparados de 2016, la intensidad de la inversión en I+D ejecutada por el sector privado respecto al PIB fue del 0,64%, mientras que la de la UE alcanzó el 1,34% del PIB, con el agravante de que la brecha, que en 2009 se había situado en una proporción del 0,72% y 1,18%, ha aumentado notablemente en los años posteriores (Fuente: R. XIFRÉ, *La inversión en I+D y la innovación después de la crisis: sector público y sector privado*, Cuadernos de información económica, Funcas, núm 265 (julio-agosto), 2017, p. 17.

⁴¹ Solo en 2018, con 225.000 investigadores/as, se ha llegado a recuperar el nivel de 2010 de investigadores/as en jornadas equivalentes a tiempo completo (en adelante, EJC). En los años valle de este periodo, como 2014, se llegaron a perder más de 20.000 investigadores/as EJC (Fuente: INE).

lidad⁴² que las estrategias de austeridad ponen en riesgo. En todo caso, lo que se hace evidente, a efectos del interés del presente artículo, es que ni la definición de la ciencia ni su caracterización como objeto de derechos es un asunto pacífico que pueda referirse solo a criterios formales. Al contrario, se trata de una definición basada en posiciones axiológicas y políticas. A lo largo de la siguiente sección, se expondrá el modo en que cierta concepción de la ciencia y de la libertad de investigación se ha positivizado en el derecho español y cuáles son sus implicaciones respecto a los valores subyacentes y a su efectividad.

3. POSITIVACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En el objetivo de dotar de efectividad a determinados valores, como en este caso son los que vinculan el derecho a la ciencia con la dignidad y el acceso a mayores cotas de autonomía y de bienestar material, la positivación es una estrategia indispensable, aunque no suponga una garantía absoluta de eficacia⁴³. La constitucionalización de determinados contenidos axiológicos y principios políticos, como los reseñados en la sección anterior, aunque no el único, es un instrumento privilegiado de esta estrategia. En primer lugar, permite atender al contenido multidimensional de este derecho, que se organizará aquí en tres dimensiones materiales: la libertad de investigación científica, el derecho a acceder a la ciencia y a sus beneficios y, por último, el de disfrutar de una actividad promocional de aquella. En segundo lugar, debido la posición jerárquica de la norma constitucional, las previsiones respecto a la ciencia pueden servir para proteger un enfoque prudencialista y garantista de los valores constitucionales respecto ciertos desarrollos científicos, que por su propia definición son dinámicos y rupturistas. El establecimiento de unos principios constitucionales claros a este respecto, dentro de la perspectiva de la normación creativa que se adoptó en la sección 2.1, lejos de restringir el desarrollo científico, sirve para garantizar su práctica, así como de base al desarrollo legislativo ulterior. Si estos principios constitucionales se

⁴² Véase C. VERCELLONE *et al.*, D3. 1-Theoretical Framework on future knowledge-based economy, D-Cent project, 2014 (<http://dcentproject.eu/wp-content/uploads/2014/04/D3.1-Theoretical-framework-on-the-knowledge-based-economy-and-ICT-driven-collective-intelligence.pdf>).

⁴³ Véase CALVO GARCÍA, "Derechos sociales : algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre", cit. e Id., "Crisis económica y efectividad de los derechos sociales" en M. J. BERNUZ Y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 89-132.

formulan además de manera flexible y abierta, su objetivo garantista podrá adaptarse a los nuevos contextos científico-técnicos⁴⁴.

En la norma constitucional esta positivación se produce a partir de dos preceptos. En primer lugar, el artículo 20.1.b) reconoce y protege el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”, de donde se deduce la citada libertad de investigación científica, noción que, como se indicó, refiere bien esa composición mixta entre producción y creación, entre técnica e imaginación de la actividad científica. Aunque se profundizará después en este contenido⁴⁵, sirva destacar aquí que

Está protegido por el derecho fundamental todo el proceso que abarca desde la decisión sobre el objeto de la investigación hasta la comunicación de la aportación al conocimiento alcanzada, pasando por la fase medular intermedia del trabajo intelectual de obtención de nuevo saber a partir del material que se utiliza como presupuesto de la investigación, conforme al plan y a la metodología que deban aplicarse⁴⁶.

En segundo lugar, el artículo 44.2 CE, cuya ubicación sistemática es bien distinta, establece que “los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”.

En cuanto a la positivación de este derecho en las normas internacionales, conviene destacar su presencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁴⁷, tanto en lo incluido por el reconocimiento de la libertad de expresión⁴⁸, como por el derecho de participación en

⁴⁴ Véase, en apoyo de esta perspectiva, ARRUEGO “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, cit., pp. 37-40, que también señala las reticencias de Chueca hacia las constituciones que, como la alemana o la suiza, al contener previsiones constitucionales “fuertes” en esta materia, pierden pronto conexión con el presente.

⁴⁵ Vid. infra secc. 3.1. También puede encontrarse un resumen de la constitucionalización concreta de este derecho en los Estados del entorno europeo en A. ELVIRA, “El derecho a la investigación científica en el marco de la Unión Europea” en R. L. CHUECA (ed.), *La investigación científica como derecho fundamental*, cit., pp. 69-100.

⁴⁶ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Libertad de investigación científica y sexenios”, *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 44, 2012, p. 229.

⁴⁷ Véase AHUMADA, “La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional, cit., p. 428 para un análisis de la misma a este respecto.

⁴⁸ El artículo 19 de esta Declaración establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus

el progreso científico, en los beneficios que produzca y en el disfrute de los intereses morales y materiales que le correspondan⁴⁹. Tales principios también encuentran reconocimiento en el PIDCP, donde la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole” debe entenderse abarcativa de la actividad de investigación⁵⁰, así como, con toda claridad, en el PIDESC, cuando su artículo 15:

después de consagrar el derecho a participar en la vida cultural (15.1.a), se refiere al derecho de toda persona a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones” (15.1.b) y a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora” (15.1.c). La misma disposición establece, entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, “las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura” (15.2), comprometiéndose a “respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora” (15.3) y a reconocer “los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales” (15.4)⁵¹

opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

⁴⁹ El artículo 27 de la misma Declaración establece, en su apartado primero, que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” y, en su apartado segundo, que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

⁵⁰ En este sentido, también ARRUEGO, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, cit. p. 40, con apoyo en la libertad de pensamiento reconocida en el art. 18 y en el citado 19.2, que establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. AHUMADA, “La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional”, cit., p. 429 entiende que el establecimiento de límites en el PIDCP a los experimentos médicos y científicos también puede entenderse como una positividad concreta de la libertad científica con respeto a valores fundamentales como la dignidad o la integridad física y moral. En concreto, el artículo 7 *in fine* establece, en vínculo con la prohibición de la tortura, que “en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

⁵¹ AHUMADA, “La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional”, cit. pp. 429-430. Para una consideración actualizada de la efectividad de estos derechos, resulta muy útil el contenido de F. SHAHEED, Report on the Copyright Policy & the right to science & culture. Special rapporteur in the field of cultural rights (A/HRC/28/57), Geneva, UNGA, Human Rights Council,

En el plano europeo conviene considerar el reconocimiento que hace la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en su artículo 13, de la libertad de investigación científica, de manera autónoma respecto a la libertad de expresión⁵², en una positivación coherente con los valores y objetivos de la Unión Europea⁵³.

Debido a la heterogeneidad y amplitud de esta recopilación normativa, se suscitan algunas cuestiones preliminares sobre el funcionamiento de este derecho a la ciencia. En primer lugar, la de quién puede ser titular de este derecho. Por una parte, parece claro que no se establecen discriminaciones entre su ejercicio dentro de instituciones públicas o privadas y que se extiende a la actividad de los profesionales universitarios, en cuyas figuras confluyen las actividades de docencia e investigación⁵⁴ y resulta pertinente la libertad de cátedra (artículo 20.1.c CE). Por otra parte, también es admisible pensar que no solo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, pueden ser titulares de este derecho, no tanto en lo concerniente a la actividad creativa última que siempre es individualizable en un número de sujetos determinados, por extenso que este sea, y de donde se sigue la inalienabilidad de los derechos de autor en su vertiente moral; sino en lo relativo a la definición y ejecución autónomas de una agenda de investigación, como podría ser la de una universidad⁵⁵, donde es clara la correspondencia con los valores constitucionales.

2014 y F. SHAHEED, *The right to benefit from scientific progress and its applications*. Special rapporteur in the field of cultural rights (A/HRC/20/26), Geneva, UNGA, Human Rights Council, 2012, así como las recomendaciones y declaraciones de la UNESCO y el Consejo Internacional para la Ciencia (ICSU).

⁵² Véase AHUMADA, "La libertad de investigación científica: Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional", cit. p. 431 y, aunque sobre un conjunto de cuestiones distintas a las que pretende abordar este artículo, también el llamado Convenio de Oviedo, de 1999, respecto a la relación entre dignidad humana y las aplicaciones de la biología y medicina.

⁵³ Véanse los fines relativos a "la elevación del nivel y de la calidad de vida" (artículo 2) y el medio de "el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico" (artículo 3.m) del Tratado Constitutivo.

⁵⁴ Véase por ejemplo el enfoque de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU) cuando establece, en sus artículos 40.1 y 40.1 bis, que "la investigación es un derecho y un deber del personal docente e investigador de las Universidades" y que "la universidad apoyará y promoverá la dedicación a la investigación de la totalidad del Personal Docente e Investigador permanente".

⁵⁵ M. CUETO PÉREZ, "El régimen jurídico de la investigación en la universidad: novedades de la LOU", *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, p. 486 vincula el desplie-

Al margen de este último supuesto, la efectividad del derecho va a requerir su adaptación a las formas contemporáneas de investigación científica, que son principalmente de carácter colectivo y colaborativo, como corresponde al funcionamiento de los bienes comunes⁵⁶. De hecho, las reflexiones sobre su gobernanza ya han avanzado en las últimas décadas la discusión acerca del ejercicio de un derecho por parte de una colectividad, sin que ello vaya en detrimento de la libertad específica, en este caso de investigación, de ninguna de las personas físicas que la integran⁵⁷.

También resulta decisiva para la efectividad de este derecho la implicación del sector privado. Si se atiende a las dinámicas de desarrollo y efectuaración de la libertad de investigación científica, puede observarse que no tiene sentido limitar las obligaciones derivadas de la misma a los Estados, ya que, en primer lugar, buena parte de la investigación se realiza en el sector privado y, en segundo lugar, incluso cuando esta se impulsa o se financia mayoritariamente desde el sector público, la actividad científica contemporánea ha alcanzado tal nivel de complejidad y coste, que su fomento es inviable sin la contribución del sector privado. Por el momento, este cambio de perspectiva apenas se ha recogido solo en instrumentos de *soft law*, como los “Principios rectores sobre empresas y los derechos humanos” que publicó Naciones Unidas en 2011, pero, al menos en un plano conceptual y hermenéutico, carece de sentido limitar las obligaciones derivadas de este derecho a los Estados⁵⁸.

Introducidas de manera sucinta estas cuestiones previas, es momento de considerar el núcleo de la positivación de este derecho a la ciencia, cual es la relación de aspectos muy distintos, desde el punto de vista conceptual pero también del relativo a las obligaciones exigibles a los Estados y a terceros para su efectividad. Todo ello se ha establecido además mediante instrumentos de positivación heterogéneos, que adolecen de ciertas ausencias, sobre

gue de la libertad de investigación científica en el plano colectivo de la institución universitaria al reconocimiento de la autonomía universitaria en el artículo 27.10 CE.

⁵⁶ Vid. *supra* secc. 1.2. La propia LOU asume también este enfoque cuando remite, en su artículo 40.2, a los grupos de investigación como la unidad básica de los procesos de investigación.

⁵⁷ Véase ÖSTROM “Governing the commons: The evolution of institutions for collective action”, cit. y ÖSTROM y HESS, *Los bienes comunes del conocimiento*, cit.

⁵⁸ Véase E. VAYENA y J. TASIOLAS, “The dynamics of big data and human rights: The case of scientific research”, *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, núm. 374 vol. 2083, 2016, pp. 8-9 (<https://doi.org/10.1098/rsta.2016.0129>).

todo en cuanto a mecanismos legislativos y políticos para garantizar su efectividad⁵⁹. Con el fin de abordar esta tarea, se van a distinguir tres dimensiones del derecho a la ciencia. En primer lugar, la libertad de investigación científica, en cuanto al derecho a no soportar injerencias a la libertad en el proceso de investigación, consagrado en el artículo 20.1.b) CE. En segundo lugar, el derecho al acceso a la ciencia, a su realización y al disfrute de sus beneficios que, a falta de una positivación más explícita en la norma constitucional española, encuentra base en los artículos 15 del PIDESC y 19.2 del PIDCP. Y, en tercer lugar, el derecho a que el Estado realice una labor de fomento de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, consagrado en el artículo 44.2 CE.

La utilidad de esta distinción no debe empañar la realidad de que se trata de dimensiones de un mismo derecho⁶⁰, como se demuestra si forzamos los argumentos que se basan en la autonomía de estas dimensiones o, lo que es más habitual, la reducción de este derecho a no sufrir injerencias externas en el desarrollo de la actividad científica. Es evidente que no cabe afirmar la existencia de una libertad científica al margen de la existencia de toda una actividad de *producción* de esa libertad por parte del Estado, en términos de provisión de educación científica básica y superior, de infraestructuras, personal investigador, títulos y acreditaciones y demás instrumentos burocráticos para la configuración de una suerte de servicio público de producción y apoyo a la investigación científica. Del mismo modo, aunque dentro del derecho a acceder a la ciencia, pueda aislarse la situación de quien no pretende tener más relación con la ciencia que disfrutar de sus beneficios, a modo de simple persona usuaria, la idea de *acceder* a la investigación exige la posibilidad de participar, de que cualquier persona con capacidades para ello pueda realizar cierta actividad científica. Se trata de un aspecto inescindible por completo de la libertad de investigación científica, ya que no cabría afirmar que, por ejemplo, una sociedad que no establece ningún medio para que cualquier persona practique una cierta actividad científica, como podría ser una sociedad que solo permite educarse en la ciencia a determinadas castas superiores, respeta el derecho a la ciencia, por mucho que esas personas que sí tienen acceso no sufran mayores injerencias en su actividad.

⁵⁹ Este asunto exige la ampliación de la presente investigación.

⁶⁰ Véase CALVO, "Derechos sociales : algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre", p. 147.

3.1. Libertad de investigación científica

El reconocimiento de la libertad de investigación científica en el artículo 20.1.b) CE implica “un derecho fundamental subjetivo a favor del investigador para evitar intromisiones o interferencias en el desarrollo de su actividad”⁶¹. Esta es la dimensión del derecho de la que se ha ocupado principalmente el TC⁶², advirtiéndose en cambio menor consideración de su dimensión objetiva⁶³, esto es, de las obligaciones de los poderes públicos y de terceros para hacer efectiva tal libertad⁶⁴.

La configuración tradicional de este derecho lo ha aproximado a los derechos de libertad de pensamiento y expresión pero existe consenso en que, a pesar de las evidentes continuidades⁶⁵, su constitucionalización en el interior del núcleo duro de los derechos fundamentales amerita una consideración autónoma. Ello se encuentra, de hecho, en la línea del constitucionalismo de posguerra y su coherencia con la complejización de los procesos productivos y científicos⁶⁶.

En esa misma STC 51/2008, se señala que “el objetivo principal (...) es proteger la libertad del proceso creativo”. Desde la perspectiva del presente trabajo, poner el foco de la protección en el proceso creativo es relevante

⁶¹ Véase J. CABRERA RODRÍGUEZ, “El derecho fundamental a la libertad de investigación científica (art. 20.1. CE) como principio organizativo. El caso de las reales academias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 19(enero-abril), 2014, p. 127.

⁶² Véanse las SSTC 153/1985, FJ 5; 26/1987, FJ 4; 90/1992, 43/2004 y 51/2008, entre otras pertinentes.

⁶³ Véase CABRERA, “El derecho fundamental a la libertad de investigación científica (art. 20.1. CE) como principio organizativo. El caso de las reales academias”, cit. p. 131.

⁶⁴ Vid. infra seccs. 3.2 y 3.3.

⁶⁵ Por ejemplo que, cuando se pretende identificar este derecho en el PIDCP, se hace deduciéndolo de las referencias a esas libertades clásicas en los artículos 18 y 19.2, como se ha mostrado al inicio de esta sección.

⁶⁶ D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, “La libertad de creación científica en la evolución de la ciencia y la tecnología” en F. LÓPEZ RAMÓN et al. (eds.), *Organización de la Universidad y la Ciencia*, cit. pp. 110 y ss señala que, si bien la jurisprudencia constitucional considera en sus inicios que el contenido del art. 20.1.b) “no es sino una concreción del derecho (...) a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones” (STC 153/1985), ésta evoluciona hasta referirse a la libertad de creación científica y artística como a “un derecho fundamental específico” (STC 51/2008, con las salvedades que aconseja el hecho de que su objeto no es una pieza de producción científica, sino literaria). Véase ARRUEGO, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, cit. p. 46 para ampliar el análisis sobre la relevancia de esta sentencia en el proceso de autonomización de este derecho.

porque subraya que el proceso de investigación no es una acción puntual, como por ejemplo lo sería divulgar los resultados de una investigación dada, sobre la que no debe intervenir de manera restrictiva, sino que se trata de un proceso. Resulta claro que la ausencia de tales injerencias forma parte del contenido esencial del derecho pero esta configuración procesal, en primer lugar, invita a pensar la garantía de este derecho como el establecimiento de un dispositivo que lo haga sostenible y no solo que evite aquellas injerencias puntuales. De este modo, la dimensión positiva del derecho se encuentra en el primer plano también de la libertad del artículo 20.1.b CE, disolviendo así la dicotomía con la que se ha comprendido este derecho tradicionalmente. Tal dicotomía propone que el artículo 20 se refiere al derecho liberal negativo, que cuenta con plenas garantías, mientras el resto de dimensiones del derecho a la ciencia conforman un derecho social positivo, que se encuentra positivizado en otros lugares y cuyas obligaciones derivadas están pendientes del desarrollo legislativo y de la evolución de las cuentas del Estado. En segundo lugar, dicha configuración procesal de la libertad científica permite, desde el enfoque de sus vulneraciones⁶⁷, identificar con más eficacia los distintos puntos críticos dentro del proceso de científico y diseñar mecanismos de garantía adecuados. A pesar de lo razonable de esta interpretación, conviene reconocer que el enfoque dominante sigue siendo el que podría resumirse como:

*La libre investigación científica es, primariamente, un derecho fundamental de libertad (frente al Estado), no de prestación [como el derecho a la educación (art. 27 CE), por ejemplo], que, sin embargo, se ejerce, en gran medida, dentro del Estado (en las universidades y organismos públicos de investigación), en y a través de organizaciones estatales. Al menos en ese sentido, puede hablarse de una institucionalización estatal de la ciencia*⁶⁸.

A partir de esta base, conviene realizar dos matizaciones. En primer lugar, desde una perspectiva pragmática y conforme al citado enfoque de la vulneración de los derechos, es necesario resaltar la existencia de nuevos riesgos, que se suman a la tradicional injerencia estatal o de terceros sobre la libertad científica. La estrategia implementada por los Estados sociales para

⁶⁷ Véase A. R. CHAPMAN, "Violations Approach", *Human Rights Quarterly*, núm. 18 vol. 1, 1996, pp. 23-66 para profundizar sobre este enfoque pragmático que considera el estudio de la efectividad de los derechos a partir de sus vulneraciones concretas y no tanto del punto de partida que supone su contenido normativo.

⁶⁸ RODRÍGUEZ, "Libertad de investigación científica y sexenios", *cit.* p. 231.

la gestión de la crisis de 2008, basada en la austeridad⁶⁹ o limitación de la inversión pública en las áreas claves del Estado Social y los sectores productivos, ha reducido la intervención promocional del Estado en esta y otras materias. En contraste con una primera intuición, la austeridad no solo afectaría a los derechos sociales⁷⁰, sino también a las libertades, al deteriorar la calidad del proceso científico creativo y hacerlo eventualmente insostenible o imposible de desarrollar, al menos en instituciones españolas. Tal ocurre, por ejemplo, a consecuencia de la reducción de la inversión en educación superior e I+D+i⁷¹, lo que afecta al desarrollo de nuevas vocaciones y carreras científicas, a la cantidad de empleos dedicados a este sector en España⁷², o a las dificultades para percibir y ejecutar los fondos de investigación.

En segundo lugar, al examinar la propia genealogía de estas libertades, se pueden avanzar nuevas conclusiones sobre sus contenidos. Por una parte, estas libertades adoptan la premisa de que existe una esfera de autonomía personal anidada a la dignidad de la persona que es obligatorio proteger frente a las injerencias externas, sean de un poder político organizado o sean de terceros. Qué libertades concretas forman parte de esa esfera es una cuestión axiológica y política dinámica pero, en general, resulta aceptado incluir libertades más naturalizadas, como la libertad ambulatoria, que otras cuyos objetos son productos sociales más complejos e institucionalizados, como ocurre con la propiedad o la propia actividad científica. Con respecto a estos objetos sociales complejos, resulta evidente que la efectividad de su protección no exige solo una evitación de injerencias en su uso y disfrute. Al contrario, circunstancias como un grado elevado de seguridad jurídica en cuanto a las normas aplicables, al funcionamiento de dicho objeto y a los mecanismos de tutela se vuelven indispensables. Cuando se trata de garantizar estos segundos aspectos, tal labor ya no se realiza por lo general frente

⁶⁹ Véanse, entre muchas referencias, D. BAKER, "The Myth of Expansionary Fiscal Austerity", CEPR Reports and Issue Briefs, núm. 23, 2010, pp. 14 (<https://ideas.repec.org/p/epo/papers/2010-23.html>) y J. E. STIGLITZ, *People, Power, and Profits: Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, Penguin, London, 2019.

⁷⁰ A pesar de que este no es el lugar oportuno para su discusión, convendría profundizar sobre los motivos por los que esto resulta en general aceptable en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho.

⁷¹ En M. BLASCO et al., ¡Queremos inventar nosotros, por favor!, 29 de marzo de 2019 (https://elpais.com/elpais/2019/03/28/ciencia/1553794522_288589.html) un nutrido grupo de investigadores e investigadoras de prestigio resumían las reivindicaciones más acuciantes de la ciencia en España.

⁷² Véase nota 42 acerca del descenso en el número de investigadores e investigadoras.

al Estado o al poder político institucionalizado, sino precisamente a través de los mismos. Si se sigue el ejemplo de un objeto tan complejo y formalizado como la ciencia⁷³, el razonamiento adquiere más fuerza porque, para la generación de esa libertad de investigación, es imprescindible el despliegue y mantenimiento de un marco de normatividad científica. Si se analiza el contenido de la libertad de investigación a la luz de esta circunstancia, se observa que la efectividad del citado derecho exige el cumplimiento acumulado de dos condiciones: 1) la ausencia de injerencias durante todo el proceso de investigación y 2) la creación y sostenimiento de un marco institucional y normativo en el que pudieran definirse, validarse y hacerse valer las formas científicas.

Además, lo particular del ámbito científico es que este no puede agotarse en un marco normativo e institucional de génesis estatal, sino que su normatividad implica al conjunto de la comunidad científica porque la ciencia es una actividad creativa pero no solo individual. Se trata de una actividad que adquiere tal condición en el marco de validación de una comunidad científica que, en cada caso, falsea las hipótesis, diseña y repite los experimentos o certifica la calidad del trabajo de los pares. Esa intervención distribuida termina por configurar el marco de normatividad en el que se efectúa el derecho y añade, por lo tanto, una tercera condición para considerar que es efectivo: la creación y sostenimiento de una comunidad científica que nutra y someta a juicio constante la creación y funcionamiento del marco institucional y normativo al que se aludió en la segunda condición.

En términos generales, esta comprensión de las libertades es coherente con la caracterización del proceso moderno de gubernamentalización de las relaciones de poder como un proceso de *estatización* del poder⁷⁴, a condición de que esto no se entienda como un poder totalitario, sino como una actividad más amplia, multidireccional y heterogénea, que en ocasiones se articula funcionalmente con las comunidades científicas y en ocasiones entra en conflicto con ellas por la autonomía y la dirección de los procesos científicos, como se verá a continuación. Respecto a esta situación, el giro hacia una gobernabilidad basada en la austeridad impone el reto de considerar un pensamiento de gobierno en el que se asuma el abandono del *ethos* expansivo por

⁷³ Vid. supra secc. 1.1.

⁷⁴ Entre distintas referencias, véase sobre todo M. FOUCAULT, *Seguridad, territorio, población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Akal, Madrid, 2008 y D. VILA-VIÑAS, *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*, cit., pp. 49-50.

parte del Estado para adoptar en cambio uno reflexivo, que le lleva a posponer su acción positiva sobre derechos configurados al calor de la gobernabilidad precedente, como el derecho a la ciencia.

Es precisamente en el tradicional conflicto entre el Estado y quien investiga o el conjunto de la comunidad científica, si se hace honor al funcionamiento actual de la ciencia, donde se observan algunas consecuencias de esta evolución. Las vulneraciones habituales a la libertad científica han tenido la forma bien de censura bien de subordinación de los procesos de investigación a intereses exteriores. Como garantía frente a estas vulneraciones no solo se ha positivizado dicha libertad, sino que también se ha avanzado en una progresiva autonomización de la ciencia respecto al poder político y en un fortalecimiento de la comunidad científica. Este último movimiento ha resultado muy eficaz, aunque haya tenido el “coste” de vincular la protección de este derecho a la asunción de las reglas del método científico, delimitado por esa comunidad⁷⁵. Dicha autonomía adquiere distintas formas, desde la conocida autonomía universitaria y su impronta en los contenidos de educación superior y de las agendas de investigación⁷⁶, hasta la validación de los avances científicos a través de los métodos de evaluación por pares o la relevancia de las agencias de acreditación, evaluación y asignación de fondos, compuestas por miembros de la comunidad científica. Como se indicó en la sección 2.1, esta reordenación del campo de vulneraciones del derecho a la ciencia no ha hecho desaparecer las tradicionales pero las posiciones críticas respecto a la configuración de este derecho ponen el foco en las causadas por la imposición de una determinada concepción de la ciencia. Dada esta concepción predominantemente formal de la libertad de investigación científica, las vulneraciones se producirían hoy a través de mecanismos de estructuración, subjetivación e intervención encuadrados en las tecnologías de *gobierno a distancia*⁷⁷, tales como criterios de medi-

⁷⁵ Véase RODRÍGUEZ, “Libertad de investigación científica y sexenios”, cit. p. 233.

⁷⁶ Nótese que este contenido también se encuentra positivizado en el núcleo de los derechos fundamentales (art. 27.10 CE) y que M. J. AGUDO ZAMORA, “El contenido del derecho a la autonomía universitaria en la Ley Orgánica de Universidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pp. 14 y ss. lo vincula con la libertad de cátedra (art. 20.1.c CE), formando ambas parte de lo que denomina “libertad académica” (pp. 3 y ss). CHAPMAN, “Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Application”, cit., pp. 16 y 17 insiste también en este vínculo con la libertad académica desde una perspectiva internacional.

⁷⁷ Véase, entre otras referencias, N. ROSE y P. MILLER, “Political power beyond the State: problematics of government”, *The British Journal of Sociology*, núm. 43 vol. 2, 1992, pp. 172-205.

ción, procedimientos de auditoría, burocratización de las tareas cotidianas⁷⁸. Sin embargo y como ya se indicó al discutir la formalización de la ciencia, la cuestión no es tanto cuestionar la oportunidad de la medición (resulta difícil imaginar un conocimiento científico al margen de ciertos aparatos de estandarización), sino los objetivos en que se inscriben esas formas de racionalización de la actividad científica⁷⁹.

3.2. Derecho de acceso y participación en la ciencia

La segunda dimensión del derecho a la ciencia que se pretende destacar es la relativa a participar en la actividad científica, tanto en los beneficios proporcionados por sus resultados como en todo el proceso de creación que constituye el núcleo de protección de este derecho fundamental. Ello es coherente con el vínculo entre este derecho y la dignidad humana, ya que los efectos emancipatorios de eventuales avances en el conocimiento solo se compadecen con la dignidad si son accesibles de manera universal, sin constituir el punto de partida de nuevas discriminaciones. En los términos de Naciones Unidas:

El contenido normativo del derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones incluye: a) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia; b) oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica; c) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones⁸⁰;

⁷⁸ Numerosos trabajos han criticado diferentes aspectos de este sistema de control-validación de la investigación científica. Véase AMIGOT cit. sobre las técnicas de control social del profesorado a partir de un análisis foucaultiano de su evaluación. También, RODRÍGUEZ, "Libertad de investigación científica y sexenios", cit. sobre los efectos del sistema de reconocimiento de sexenios al personal docente e investigador, así como C.A. CHAPMAN *et al.*, "Games academics play and their consequences: How authorship, h-index and journal impact factors are shaping the future of academia", *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, núm. 286 vol. 1916, 2019 (<https://doi.org/10.1098/rspb.2019.2047>) sobre los perjuicios para la calidad científica del sistema de citas y publicaciones. Así como FERREIRO, "Mercantilización y precarización del conocimiento: El proceso de Bolonia", cit., sobre la manera en que la conocida como Reforma de Bolonia de la universidad concretaba esa racionalidad para la educación superior.

⁷⁹ *Vid. supra* secc. 2.2, en cuanto a la superposición de los objetivos de mercado sobre los inherentes a la ciencia.

⁸⁰ SHAHEED, The right to benefit from scientific progress and its applications. Special rapporteur in the field of cultural rights (A/HRC/20/26), cit. Par. 25, p. 9. Nótese que

Estos contenidos se han trasladado a las normas positivas de mayor rango. En el ámbito internacional, resulta particularmente explícito el reconocimiento del artículo 15 del PIDESC⁸¹. En la CE, debe considerarse la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 9.2 de “participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, lo que abarca sin duda a la vida científica. Al mismo tiempo, esta dimensión tiene evidentes conexiones con la libertad de investigación científica, reconocida en el artículo 20.1.b CE. Por una parte, se convino en que la titularidad de esta libertad no era solo individual, sino colectiva y debía incluirse en su ejercicio y disfrute al conjunto de la ciudadanía. Por otra, se apuntó el rol de la comunidad científica en la definición de lo científico como objeto de tutela y en la encarnación del marco institucional en que se haría viable. A este respecto, si bien es razonable que la participación y gobernanza de esa comunidad científica se rija por criterios científicos, y que ello module la participación, no lo es que aquélla se diseñe como una comunidad cerrada, de la que no pueda formar parte, siquiera eventualmente, cualquier persona que opere conforme a esos criterios, lo que supondría una suerte de revitalización de principios de dudoso valor científico, como el de autoridad, en esta ocasión de una comunidad dada. Tampoco es compatible con una ciencia ligada a la dignidad humana abandonar la ambición de que mayores proporciones de la ciudadanía formen parte de sus procesos, si no de manera profesional, sí en una definición heterogénea de sus objetivos y métodos y en un disfrute universal de sus beneficios.

Como resulta lógico, este derecho se ha desarrollado sobre todo en ámbitos en los que el avance científico ha exigido la concreción de estas demandas y ha suscitado conflictos en cuanto al acceso de individuos y comunidades, como ha ocurrido en el ámbito de la investigación biomédica⁸² y de la inves-

Shaheed incluye también el “d) un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología”, aunque este contenido se encuadra mejor conceptualmente en la dimensión del derecho a la ciencia que se analizará en el siguiente apartado.

⁸¹ Vid. supra secc. 3. Puede profundizarse en las normas internacionales que han positivizado este derecho en S. P. MARKS, “Human Rights and the Challenges of Science and Technology”, *Science and Engineering Ethics*, núm 12 (February), 2014, pp. 2 y ss.

⁸² Véase MARKS “Human Rights and the Challenges of Science and Technology”, cit. y M. A. AHUMADA CANABES, “El derecho a gozar de los beneficios de la ciencia: Una aproximación a su contenido, considerando las Declaraciones de la UNESCO sobre el genoma, datos genéticos humanos y bioética”, *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm 42, 2015, pp. 27-68, para profundizar sobre los desarrollos en este ámbito.

tigación sobre biodiversidad. En este último ámbito, el derecho de acceso a la ciencia revela un vínculo esencial entre los planos *económico* y *democrático*. En primer lugar, cuando los conocimientos comunitarios muestran ser indispensables para el avance del conocimiento científico y adquieren también un valor en el mercado, surge el reto de cómo esta circunstancia puede ser un factor de desarrollo de las propias comunidades y no un supuesto de simple extracción de su patrimonio a favor de ciertas instituciones científicas y comerciales. Cobra sentido aquí el aspecto económico del derecho a disfrutar de los beneficios de la ciencia, “como una herramienta para la inclusión a través de las culturas y el empoderamiento de los distintos actores”⁸³.

En segundo lugar, pronto se hace evidente que la participación en los beneficios no es suficiente si no se sigue de la posibilidad de que las mismas comunidades participen durante todo el proceso científico y no solo en la puesta a disposición inicial de sus saberes o en la recepción final de una proporción de los réditos obtenidos. Participar es, en cambio, formar parte de las decisiones estratégicas sobre la definición de las agendas de investigación, los métodos de obtención y reproducción de la información biológica o las formas de transferencia de esos conocimientos, incluidas las relativas a su comercialización y a las eventuales condiciones de la misma⁸⁴. Todo ello constituye un elemento diferencial del derecho a la ciencia respecto a otros derechos sociales⁸⁵.

La relevancia de la participación también introduce requerimientos específicos en cuanto a las garantías. Si se tratara solo de redistribuir los beneficios de la investigación, tanto comunidades como Estados podrían desempeñar un rol escasamente activo en el reparto y recepción de los beneficios. Sin embargo, hacer efectiva la participación exige de los segundos una inter-

⁸³ Véase E. MORGERA, “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, *Laws*, núm. 4, 2015, p. 826 (<https://doi.org/10.3390/laws4040803>) y S. GOLINELLI *et al.*, “Biodiversidad: ciencia ciudadana, saberes ancestrales y biodiversidad aplicada en la economía social del conocimiento”, en D. VILA-VIÑAS (eds.) *Buen Conocer - FLOK Society. Modelos sostenibles y políticas públicas para una economía social del conocimiento común y abierto en el Ecuador*, cit., pp. 401-456 (<http://book.floksociety.org/ec/2/2-2-biodiversidad-ciencia-ciudadana-saberes-ancestrales-y-biodiversidad-aplicada-en-la-economia-social-del-conocimiento>) respecto a la tensión entre una regulación más proclive a la investigación y otra a la protección de las comunidades.

⁸⁴ Véase MORGERA, “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, cit. pp. 813 y ss.

⁸⁵ Véase VAYENA, “The dynamics of big data and human rights: The case of scientific research”, cit. p. 5.

vencción mayor, que la anime y que consiga que sectores crecientes de la población pasen de la posición de personas beneficiarias de los avances científicos a personas partícipes de esos avances⁸⁶. Para ello, tampoco es suficiente la acción unilateral del Estado, por proactiva que fuera, sino que esta debe coordinarse con las propias comunidades beneficiarias – agentes. Aunque la complejidad técnica de establecer dispositivos que garanticen este derecho se escapa a las posibilidades del presente artículo, sirva resaltar que las estrategias de gobernanza de los comunes, basadas en el principio democrático de que toda la comunidad que contribuye a su formación, que los disfruta y que es responsable de su viabilidad, es también responsable de su gobernanza, resulta pertinente para el ámbito científico, toda vez que el conocimiento puede categorizarse como un bien común del que no cabe ser un simple destinatario pasivo de los beneficios, sino un digno partícipe en su destino⁸⁷.

De conformidad con el marco analítico que parte de las vulneraciones de los derechos y que se ha propuesto, el derecho de acceso se enfrenta a algunas situaciones de ineffectividad. La principal de ellas es la causada por el desequilibrio de poder en el acceso a la ciencia. En el contexto de una ciencia que cada vez requiere más recursos para su despliegue, se genera desigualdad entre la posición de los distintos actores. Quienes detentan los recursos económicos y, con ello, adquieren una posición prevalente para marcar la agenda científica y capturar los beneficios de su avance⁸⁸ prevalecen frente a la generalidad de los miembros de la comunidad científica. Estos últimos producen y protagonizan los avances del conocimiento pero encuentran enormes limitaciones en su acceso a las decisiones estratégicas y al disfrute

⁸⁶ Como señala MORGERA, “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, cit. p. 813 respecto a la investigación en biodiversidad, esto exige de los Estados “construir/promover las capacidades de los beneficiarios para conducir por ellos mismos la investigación de base biológica”.

⁸⁷ Vid. supra secc. 2.2.

⁸⁸ Véase MORGERA, “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, cit., pp. 805 y ss, que destaca como factores de estas vulneraciones el impacto de la agenda política neoliberal, en la forma de una disminución de los fondos públicos, el estrechamiento de las agendas científicas en favor de los agentes comerciales y la intensificación de los derechos de propiedad intelectual en detrimento de la divulgación de los hallazgos científicos. También S. HOREL, *Lobbytomía*, cit. ha mostrado cómo, en sectores como el farmacéutico o el agroalimentario, con un alto impacto económico, el peso de los intereses económicos llega incluso a alterar los parámetros científicos que deberían servir de base para las regulaciones.

de los beneficios⁸⁹, como se ha evidenciado a propósito de las brechas de género⁹⁰. Por último, se situarían las comunidades y grupos sociales en riesgo de exclusión respecto a la actividad científica, que ven vulnerado con frecuencia este derecho, a pesar de que algunas de ellas detenten conocimientos básicos para su avance.

Ante esta situación, la obligación de los poderes públicos es establecer medidas para remover esas brechas de acceso y participación, con especial atención a los grupos vulnerables⁹¹. Sin embargo, desde la perspectiva de la garantía de estos derechos, se ha denunciado con reiteración la falta de actividad suficiente de los Estados para desarrollar el alcance, el contenido normativo y sus propias obligaciones a este respecto⁹². Existen para ello dos factores que operan como lastre y que se analizarán con más detenimiento en el apartado siguiente. En primer lugar, el discutido encasillamiento de estos contenidos como derechos económicos, sociales y culturales, con su correspondiente subalternización respecto a otros derechos y, en segundo lugar, la consolidación

⁸⁹ Un ejemplo paradigmático de los problemas de acceso es el que suscita el ámbito de las publicaciones científicas de alto impacto. Realizadas con las contribuciones científicas generadas por proyectos de investigación y la revisión gratuita de pares, tienen a menudo precios altos que deben sufragar, normalmente de nuevo con fondos públicos, las bibliotecas académicas que puedan, siendo inviable el acceso para el resto. Por otro lado, DARNACULLETA, "Libertad de investigación científica y la promoción de la ciencia en beneficio del interés general", cit. p. 22 señala el problema del acceso a las investigaciones que, pese a contar con financiación pública, se rigen por acuerdos de confidencialidad que impiden el acceso a sus datos y resultados. Véase G. DOMÉNECH PASCUAL, "Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora", *InDret*, núm. 2, 2016, pp. 2-41, al perjuicio que en ocasiones supone para la investigación en España en el ámbito jurídico la compatibilidad de las posiciones de investigación con la actividad profesional.

⁹⁰ Por ejemplo, en una institución académica concreta, como la Universidad de Zaragoza, la proporción entre investigadores e investigadoras tiende a igualarse pero ello no se refleja aún en la capacidad de captación de fondos (en 2018 solo el 16,8% de los fondos fueron captados por mujeres) y en la proporción de mujeres como investigadoras principales (36% de los proyectos en 2018). Para más datos véase KAMPAL DATA SOLUTIONS, "Estudio de Género en la I+D+i en la Universidad de Zaragoza. Presentación", Vicerrectorado de Transferencia e Innovación Tecnológica y el Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social; Instituto Aragonés de la Mujer del Gobierno de Aragón, 2019, nov. (http://prensa.unizar.es/notasprensa/anexos/0_Estudio%20genero%20investiga%20UZ.pdf).

⁹¹ CHAPMAN, "Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Application", cit. p. 14 defiende que este último es uno de los principios más relevantes en el desarrollo científico conforme a un enfoque de derechos humanos.

⁹² Véase SHAHEED, *The right to benefit from scientific progress and its applications. Special rapporteur in the field of cultural rights (A/HRC/20/26)*, cit. Par. 30 a 43, sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados.

de una agenda de austeridad que, en relación con lo anterior, justifica la inacción de los Estados en favor de una reducción del gasto público.

3.3. Promoción de la investigación científica

La tercera dimensión del derecho a la ciencia se refiere a la posibilidad de exigir a los poderes públicos que realicen una labor de promoción de la ciencia y de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, tal como consagra el artículo 44.2 CE. Desde la perspectiva del reconocimiento de determinados valores y contenidos políticos, en este artículo confluyen dos elementos. Por un lado, esta positivación incide en que la ciencia y sus avances se consideran algo apreciable en sí mismos, dentro del contexto axiológico que se definió en la sección 2.2. Por otro lado, hace explícitas las obligaciones positivas de los poderes públicos en esta materia, con el objetivo de alcanzar la efectividad de los contenidos del derecho expuestos. Por ejemplo, la obligación asignada a los poderes públicos en el artículo 44.2 CE prolonga y concreta la obligación genérica establecida en el artículo 9.2 CE, relativa a la remoción de los obstáculos para la participación en la vida científica y una mayor igualdad de oportunidades en este ámbito⁹³.

La doctrina constitucional española tiende a considerar que se trata de un derecho de carácter subjetivo, del que se sigue la obligación de los poderes públicos de implementar una política pública prestacional, pero que carece de eficacia directa, exigiendo en cambio una configuración legal de cada una de estas obligaciones para hacerlas efectivas⁹⁴, tal como sucede con el derecho a la promoción del acceso a la cultura o con otros principios rectores de la política económica y social, ubicados en el mismo capítulo III del Título I CE⁹⁵.

⁹³ Cuestión subrayada además por la presencia del fomento de la cultura y de la ciencia en el mismo artículo 44 CE, siquiera en apartados distintos. Véase R. VELÁZQUEZ ÁLVAREZ, "Artículo 44" en C. MONTESINOS *et al.* (eds.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2018, p. 844 y 847.

⁹⁴ Véase en esta posición a VELÁZQUEZ, "Artículo 44", *cit.*, entre otras referencias que se irán desgranando.

⁹⁵ En el ámbito internacional, AHUMADA *cit.* pp. 423 y ss, comparte este enfoque para las constituciones portuguesa (artículo 77) y brasileña (artículos 218 y 225), aunque las señala como ejemplos de regulación constitucional más precisa en las obligaciones impuestas al Estado y en el reconocimiento del impacto de la ciencia en la producción.

Existe asimismo cierta controversia sobre el carácter autónomo de esta dimensión promocional del derecho a la ciencia respecto al derecho a la cultura, no solo debido a las concomitancias conceptuales, sino a que tanto la CE, en su artículo 44, como el PIDESC, en su artículo 15, los establecen de manera conjunta. En este caso, buena parte de la doctrina española entiende que cabe distinguirlos⁹⁶. Desde la perspectiva de los valores y contenidos políticos que vehiculan estos derechos, tiene sentido su ubicación conjunta, habitualmente posterior también al derecho a la educación, como aspectos relacionados entre sí y con el acceso al conocimiento como parte del proceso de libre determinación de la personalidad y acceso a una vida digna⁹⁷. Ya en el interior del artículo 44.2 CE, la misma doctrina entiende también que no se pueden deducir consecuencias jurídicas relevantes de la distinción entre las nociones de ciencia, más general, y de “investigación científica y técnica”.

En cuanto al contenido de este derecho, lo primero que destaca es la delimitación del objetivo de la promoción. Si bien parece que la ciencia cuenta con la citada presunción de bondad, ni toda actividad científica será objeto de promoción ni ésta se realizará en cualquier dirección. La promoción se centrará en aquella ciencia que se realiza “en beneficio del interés general”. Como puede imaginarse, esta funcionalización constitucional de la promoción científica se observa con prudencia desde las posiciones más liberales y escépticas respecto a la pertinencia de la tutela estatal de la libertad de investigación científica. En particular estos enfoques subrayan que la formulación constitucional tiene una fundamentación desarrollista que prejuzga el tipo de conocimiento que debe promocionar el Estado mientras subordina otros⁹⁸. Aunque se trata de una tensión en cierto sentido ineludible, una vez

⁹⁶ Véase FERNÁNDEZ DE GATTA, “La libertad de creación científica en la evolución de la ciencia y la tecnología”, cit. p. 118 y M. CONTRERAS CASADO, “El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado Autonomo”, en R. L. CHUECA (ed.), *La investigación científica como derecho fundamental*, cit. pp. 130-132., donde se hace referencia a la posición del TC en este sentido.

⁹⁷ En este sentido, véase por ejemplo SHAVER, “The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress”, cit. pp. 415 y 416.

⁹⁸ Por ejemplo DARNACULLETA, “Libertad de investigación científica y la promoción de la ciencia en beneficio del interés general”, cit. p. 3 atribuye este enfoque desarrollista a la Ley 14/2011 de ciencia y señala que “en pleno siglo XXI, a pesar de las evidentes consecuencias reflexivas del desarrollo tecnológico y de la incertidumbre científica sobre sus efectos, el Derecho parece mantener intacta su fe en las bondades de la ciencia, promoviendo activamente un cientifismo de corte utilitarista que no se corresponde con el ocaso de la modernidad”.

se aceptan las premisas axiológicas y sociológicas de la expansión del Estado Social, conviene que la enmarcación de este debate atienda a algunas precisiones. En primer lugar, al delimitar el objeto ciencia ya se indicó que tal no estaba vinculado a la ausencia de intervención, sino, al contrario, a una constante gubernamentalización de la actividad científica y de su comunidad⁹⁹, por lo que el primer paso para adentrarse en esta tensión sería identificar qué normas son las que están definiendo la ciencia “válida”, es decir, la que es objeto de promoción. En segundo lugar, parece evidente que no cabe interpretar las referencias al interés general como una subordinación completa de toda acción pública al interés económico o del desarrollo, sino, en conjunto con el resto de principios constitucionales, más bien como una alusión a un sentido integral del beneficio para una mayoría de ciudadanos, algo que debe decidirse mediante los mecanismos democráticos de toma de decisiones y establecimiento de prioridades en la acción pública¹⁰⁰.

Sentado esto, el siguiente paso es determinar cuáles son los valores con los que resulta legítimo establecer un vínculo en la promoción de la ciencia. El ámbito científico puede contar con una relativa autonomía formal para la definición de sus contornos y, con ello, para la discriminación de los objetos de protección pero no con una completa autonomía axiológica respecto a los valores consagrados en el ordenamiento jurídico. De hecho, el presente artículo ha delimitado algunos de ellos: protección de la libertad de investigación individual y colectiva dentro de un sentido normativizado pero plural de la ciencia, aumento de la cantidad de personas y de la proporción de su participación en el diseño y ejecución de la actividad científica, así como en el disfrute de sus beneficios, con especial atención a la incorporación de las poblaciones más vulnerables. De este modo puede configurarse un marco constitucional a la luz del cual valorar si los desarrollos legislativos y normativos, las políticas públicas, así como las intervenciones concretas de los poderes públicos tienen validez o deben ser descartadas¹⁰¹, teniendo en cuenta también que las vulneraciones al derecho de la ciencia no solo proceden de la injerencia pública, sino de manera creciente de la omisión de una acción pública eficaz.

⁹⁹ Vid. supra sección 2.1.

¹⁰⁰ Véase por ejemplo la posición de ARRUEGO, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, cit. p. 56 en esta dirección.

¹⁰¹ Véase, como un ejemplo de este análisis crítico, a RODRÍGUEZ, “Libertad de investigación científica y sexenios”, cit. pp. 235 y ss, en la argumentación que concluye que las normas que establecen los criterios de evaluación previa a la concesión de sexenios para el personal docente e investigador no tienen el rango normativo adecuado.

Delimitados los márgenes legítimos de la intervención, surge la necesidad de concretar su contenido, ya que tanto la acción de “promover” como la referencia a la “ciencia” resultan bastante amplias. En síntesis, se trata de la obligación de apoyar “actividades directamente conducentes a descubrimientos científicos o a avances técnicos” pero “también la divulgación de los resultados obtenidos”¹⁰², lo que refuerza la efectividad del derecho de acceso que se analizó en el apartado anterior. La doctrina interesada en la efectividad de los derechos, sobre todo de los clasificados como derechos sociales, ha desgranado esa obligación genérica en un conjunto de aspectos de la acción pública que deben completarse. Se trata de un conjunto heterogéneo¹⁰³, como exige la naturaleza de los principios jurídicos y su implementación en el contexto de la acción legislativa y las políticas públicas¹⁰⁴.

Los poderes públicos tienen obligación, en primer lugar, de disponer los medios económicos, institucionales, técnicos y humanos oportunos para poder desarrollar, al menos, las actividades de creación y divulgación. En segundo lugar, tienen la obligación de establecer dotaciones presupuestarias suficientes para que tales procesos se completen de manera adecuada. Como en otros ámbitos, esta responsabilidad sobre la financiación y la autonomía sobre su destino depende de la distribución competencial. En el caso de la ciencia, dicha distribución no podría preterir la responsabilidad estatal en la garantía, también mediante acciones positivas, de la libertad de investigación científica del artículo 20.1.b CE¹⁰⁵. Además, a la distribución Estado – Comunidades Autónomas, se añade aquí la autonomía universitaria (artí-

¹⁰² Véase STC 53/1988, FJ 1 y FERNÁNDEZ DE GATTA, “La libertad de creación científica en la evolución de la ciencia y la tecnología”, cit. pp. 118 y 119 respecto a la evolución de las posiciones del TC en esta materia.

¹⁰³ Los contenidos obligacionales que se van a exponer se encuentran con detalle en M. CALVO, “Derechos sociales : algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre”, p. 150.

¹⁰⁴ Respecto a la noción de implementación, véase M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 12 y ss. En L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, pp. 41-49. se encuentra asimismo un excelente resumen de las consecuencias de las particularidades de los principios.

¹⁰⁵ Véase VELÁZQUEZ, “Artículo 44”, cit. pp. 845-6 sobre la distribución competencia entre Estado y Comunidades Autónomas en esta materia, conforme al esquema de competencia fundamental sobre el derecho fundamental derivado del artículo 20.1.b) y concurrencia y acumulación de potestades respecto a las obligaciones derivadas del artículo 44.2 de la Constitución, tanto del Estado y las Comunidades autónomas, como de la Unión Europea y la administración local.

culo 27.10 CE), que sin embargo resulta exigua precisamente en cuanto a su dimensión financiera¹⁰⁶.

En tercer lugar, las obligaciones anteriores no pueden realizarse mediante una simple transferencia dineraria puntual o periódica, sino que la obligación abarca a la creación o a la adaptación de aparatos o de instituciones de intervención públicas o que cuenten con validación pública, a las que se debe incorporar personal experto. El conjunto de estas intervenciones estará sujeto asimismo a un sistema de controles y evaluaciones.

Sin embargo, la delimitación de su contenido normativo no prejuzga la efectividad de este derecho. A este respecto, llama la atención el carácter flexible de las citadas obligaciones en derecho español¹⁰⁷, debido a su ubicación normativa y a las garantías que esto ofrece *ex* artículo 53.3 de la misma norma. La mayor parte de la doctrina constitucionalista postula que debe entenderse una escisión de “la faceta libertad, en este caso científica, incluida en el art. 20.1.b CE de la faceta de función prestacional del poder público recogida en el presente art. 44.2 CE.”¹⁰⁸. A consecuencia de esto, su efectividad se remite a un posterior desarrollo legal¹⁰⁹, que tampoco sería inconstitucio-

¹⁰⁶ Desde la perspectiva de M. CUETO, “El régimen jurídico de la investigación en la universidad: novedades de la LOU”, cit., p. 486, la efectividad de la libertad de investigación en un plano individual y de la autonomía universitaria exige un refuerzo de su autonomía financiera: “las Universidades deberían contar con una mayor financiación propia, que asegure de mejor forma la libertad de Cátedra y el derecho a la producción y creación científica y técnica que reconoce el artículo 20 de la CE, derechos que no pueden verse afectados ni por la autonomía universitaria, ni por las competencias estatales ni autonómicas”.

¹⁰⁷ Otros ámbitos, como la regulación internacional de la investigación en biodiversidad, podrían servir en cambio de referencia para la configuración de un régimen de derechos más efectivo. Véase MORGERA, “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, cit. y A. PLOMER, *Patents, Human Rights and Access to Science*, Edward Elgar, Broadheath, 2015, entre otros trabajos. Nótese que el foco de vulneración en estos ámbitos es la existencia de una actividad de investigación de la que se excluye a las poblaciones más vulnerables, que además son las que habitan los territorios que contienen esos conocimientos, mientras que, en el caso español, se discute el grado de cumplimiento del Estado de sus obligaciones en la promoción de la investigación.

¹⁰⁸ VELÁZQUEZ, “Artículo 44”, cit. p. 848. En la misma dirección véase también ARRUEGO, “El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978”, cit., pp. 56 y ss.

¹⁰⁹ En el análisis de CONTRERAS, “El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado Autonomo”, cit., p. 126 sobre su valor normativo, se resalta que “su reconocimiento y proclamación pertenecen al ámbito constitucional, puesto que son normas constitucionales las que los acogen, pero la

nal en caso de no atender a esas obligaciones. Si, en cambio, se eleva la mirada al contenido de los Pactos Internacionales y las obligaciones que imponen a los Estados, no existe fundamentación en los mismos para introducir esa discriminación entre la dimensión de libertad y la de promoción. Sí existen particularidades en la forma de cumplimiento de las obligaciones de hacer (pero éstas referidas tanto a la dimensión de libertad como a la de promoción) que imponen una suerte de cumplimiento progresivo¹¹⁰. Cabe añadir que una distinción entre distintas dimensiones del derecho puede tener interés desde una perspectiva conceptual o pedagógica; de hecho, el orden del presente artículo se atiene a ella en cierto sentido. También puede ayudar a diseñar con más precisión las garantías de efectividad pertinentes pero no puede ser el rasgo que articule el funcionamiento del derecho a la ciencia¹¹¹.

En primer lugar y desde una perspectiva pragmática, no cabe establecer una distinción tajante entre el par libertades –obligaciones negativas, por una parte, y el par derechos sociales– obligaciones positivas, por otra, porque las confusiones entre ambos son constantes. Por ejemplo, la protección de la libertad de investigación científica exige sostener unas infraestructuras, organizaciones y comunidades que son las que delimitan el propio campo científico, de manera que las actividades de promoción tienen impacto en la eficacia básica de todas las dimensiones del derecho¹¹². Tampoco cabe esa distinción rígida desde la perspectiva del control de estas obligaciones, ya que las vulneraciones pueden provenir tanto de la comisión como de la omisión¹¹³.

efectividad de su ejercicio por parte de los ciudadanos depende necesariamente de lo dispuesto en el ámbito legal, de lo que establezcan, en definitiva, las leyes”.

¹¹⁰ Véanse V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002 y Á. J. RODRIGO, “Los derechos sociales en tiempos de crisis económica y el desarrollo sostenible”, en M. ABAD CASTELOS *et al.* (eds.), *Políticas económicas y derechos sociales*, cit. p. 81 y ss.

¹¹¹ Nótese que no se trata de un rasgo de la cultura jurídica española. En este mismo ámbito, MORGERA, “Fair and Equitable Benefit-Sharing at the Cross-Roads of the Human Right to Science and International Biodiversity Law”, *cit.* y PLOMER, *Patents, Human Rights and Access to Science*, *cit.*, entre otras referencias, refieren una visión análoga en el contexto internacional.

¹¹² CALVO, “Derechos sociales : algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre”, *cit.* p. 147 y ss muestra cómo también las libertades más básicas exigen para su efectividad una actividad de promoción por parte del Estado, que es una actividad positiva.

¹¹³ Se trata de una doctrina consolidada, al menos, desde las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1997, par. 11.

En segundo lugar y desde la perspectiva del control de esas obligaciones, a pesar de la dificultad de definir el modo en que los tribunales deberían integrar el derecho ante situaciones de ausencia de desarrollo legal o de un desarrollo ineficaz¹¹⁴, la distinción jerárquica entre estas dimensiones debe superarse en favor de una interpretación sistemática de las normas que pivote sobre el contenido del artículo 20.1.b CE y otros principios constitucionales para valorar qué intervenciones de los poderes públicos son necesarias con el objetivo de hacer efectiva la libertad de investigación científica en todas sus dimensiones¹¹⁵.

En tercer lugar, los avances en la exigibilidad de todos los derechos¹¹⁶ no pueden borrarse a causa de su reinterpretación¹¹⁷ en el contexto reciente de austeridad y escasez que rige también respecto a las políticas científicas. La ausencia de norma legal aplicable o la existencia de una política pública materialmente contradictoria con los principios constitucionales en la materia no debería significar, en caso de conflicto, la renuncia a resolver conforme a los principios constitucionales¹¹⁶.

Por último, convendría profundizar sobre las implicaciones del sistema axiológico en el que cabe situar el derecho a la ciencia. Al respecto, se han destacado algunos elementos esenciales, como son, primero, el sentido no solo instrumental de este derecho, sino su vínculo con la dignidad y, segundo, la orientación de las intervenciones públicas hacia el interés general, esto es, hacia el sistema de valores propio de un Estado Social y Democrático de Derecho. Separar por completo las cuestiones relativas a la efectividad de la

¹¹⁴ Estas son situaciones que L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, P. ANDRÉS y A. GREPPI (trads.), Trotta, Madrid, 5ª ed., 2006, p. 28 y ss ha calificado como lagunas.

¹¹⁵ Véase CABRERA, "El derecho fundamental a la libertad de investigación científica (art. 20.1. CE) como principio organizativo. El caso de las reales academias", cit., pp. 139-40: "sin embargo, "[n]o cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida" (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4)".

¹¹⁶ De manera analógica, es pertinente la argumentación de la Observación General nº 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su parágrafo 9 (<https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-9-aplicacion-interna-del-pacto>), que señalaba que, si un derecho no puede ejercerse plenamente sin una intervención del Poder Judicial, es necesario establecer los recursos judiciales pertinentes.

dimensión de libertad del derecho de las relativas a su dimensión promocional contravendría la base material de nuestro ordenamiento porque solo atendería a una noción negativa de la libertad y por ello parcial respecto a la realidad de la creación científica. Una noción, por lo tanto, ajena a las exigencias de sostenibilidad y carácter colectivo e institucional de sus procesos reales. Cabe presumir que una investigación más profunda sobre las vulneraciones concretas de este derecho serviría además para revelar la proliferación de estas conexiones entre los distintos planos del derecho y para diseñar garantías de efectividad que abarquen todos sus aspectos.

4. CONCLUSIONES

Al actualizar la mirada sobre el derecho a la ciencia, han cobrado fuerza algunas singularidades que no tenían mayor protagonismo durante su formulación inicial a mitad del siglo XX. En primer lugar, en las sociedades postindustriales esta libertad no se configura sobre todo frente a la acción del Estado, aunque tutelarla frente a sus injerencias forme parte del contenido esencial del derecho, sino a partir de la labor de normación e institucionalización que resulta en buena medida una labor pública. En segundo lugar, esta constatación no estaría completa si no se incluyera el rol de la comunidad científica, en particular en la delimitación del objeto del derecho, la ciencia, y por lo tanto de las actividades susceptibles de tutela y en la gobernanza de las normas e instituciones científicas. Por ello, se ha caracterizado la ciencia como un bien común. En tercer lugar, esto hace que la efectividad de la libertad científica exija tres condiciones acumulativas: 1) la ausencia de injerencias durante todo el proceso de investigación y 2) la creación y sostenimiento de un marco institucional y normativo en el que pudieran definirse, validarse y hacerse valer las formas científicas y 3) la creación y sostenimiento de una comunidad científica que nutra y someta a juicio constante la creación y sostenimiento del marco institucional y normativo al que se aludió en la segunda condición.

En cuarto lugar y al tratar de la dimensión del derecho de acceso en la ciencia, su contenido no puede limitarse al de acceder a los beneficios que produce el conocimiento científico, algo por otra parte esencial, sino que es necesario situar en el primer plano el derecho de participación del conjunto de la ciudadanía, y no solo de la estricta comunidad científica o de los poderes públicos, en el diseño e implementación de la acción científica. Por

último, se constata que, en la consideración de este derecho, sigue vigente la división y jerarquización entre las libertades y los derechos económicos, sociales y culturales. Este artículo ha mostrado, en cambio, la estrecha interrelación entre la eficacia de la libertad científica más básica y la efectividad de las obligaciones estatales de acción positiva en el aseguramiento de un marco normativo, institucional y presupuestario suficiente. Es necesario asimismo ampliar la investigación empírica sobre cómo las políticas de austeridad sostenidas durante una década en el ámbito científico han dado lugar a vulneraciones que se superponen a las tradicionales de censura o de imposición de una agenda científica. Todo ello es imprescindible para diseñar indicadores fiables en este campo y garantías eficaces del derecho a la ciencia.

DAVID VILA-VIÑAS
Laboratorio de Sociología Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
c/ Pedro Cerbuna, 10
Zaragoza 50010
e-mail: dvila@unizar.es

CUESTIONES ÉTICO-JURÍDICAS EN TORNO A LA VACUNACIÓN PÚBLICA*

ETHICAL-LEGAL ISSUES REGARDING PUBLIC VACCINATION

POL CUADROS AGUILERA
Universitat de Lleida

Fecha de recepción: 3-4-20

Fecha de aceptación: 1-9-20

Resumen: *A pesar de que la vacunación es el medio más eficaz para controlar y prevenir enfermedades infecciosas, el creciente auge del movimiento antivacunas ha logrado reducir el número de vacunaciones y representa, por ello, una seria amenaza para la salud pública. Ante esta situación, en este artículo se analizan los aspectos ético-jurídicos más importantes relacionados con la vacunación, y cómo deberían tenerse en cuenta a fin de configurar las políticas en la materia. Al lado de ello, se presenta el modelo de vacunación pública que mejor respondería a los problemas éticos de la vacunación, examinando la forma en la que podría desarrollarse este modelo en el contexto de nuestro Derecho.*

Abstract: *Despite the fact that vaccination is the most effective way to control and prevent infectious diseases, the growing boom of the anti-vaccine movement has reduced the number of vaccinations and, therefore, represents a serious threat to public health. In this situation, this article analyses the most important ethical-legal aspects related to vaccination, and how they should be taken into account in order to configure the policies on the matter. Beside this, the public vaccination model that would best respond to the ethical problems of vaccination is presented, examining the way in which this model could be developed in the context of our Law.*

Palabras clave: vacunación, salud pública, ética, inmunidad de grupo

Keywords: vaccination, public health, Ethics, herd immunity

* Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado "Salud Pública en Transformación: Desinformación, Alimentación y Cambio Climático, cuya referencia es PID2019-107212RA-I00.

1. LA INMUNIDAD DE GRUPO Y EL RECHAZO A LA VACUNACIÓN

Existen múltiples enfermedades infecciosas que pueden provocar serios daños, gran morbilidad, e incluso la muerte. Muchas de esas enfermedades, sin embargo, pueden prevenirse y controlarse a través de la vacunación, cuya introducción sistemática ha salvado, y continúa haciéndolo, millones de vidas, reduciendo también la morbilidad que generan y, en definitiva, contribuyendo a mejorar la salud de las personas¹. De hecho, la OMS ha calculado que la inmunización a través de las vacunas evita a nivel global entre dos y tres millones de muertes al año, y que, de incrementarse la cobertura vacunal mundial, se podría evitar otro millón y medio de defunciones anuales².

Uno de los mayores triunfos alcanzados por el hombre ha sido precisamente la erradicación de la viruela en el año 1980, así como la práctica desaparición de la poliomielitis, además del sarampión y de la rubeola. Y ello se

¹ Aunque la vacunación se sitúa en un terreno con gran incidencia de la Ciencia, no está en los objetivos de este artículo entrar en el proceloso terreno del conocimiento científico, por entender que su exigencia quedaría fuera de nuestro alcance, y por no correr el riesgo de desvirtuar una reflexión que pretende ser ética y jurídica. Asimismo, las vacunas objeto de este artículo son las llamadas “vacunas sistemáticas”, esto es, las que tienen un interés sanitario de tipo comunitario y que se aplican a la totalidad de la población, formando parte de los programas de vacunación pública. Dentro de este grupo tenemos todas aquellas que de forma general se emplean en la infancia y que forman parte del calendario vacunal, entre las cuales están la vacuna contra la poliomielitis, difteria, tétanos, tos ferina, hepatitis B, meningitis por *Haemophilus influenzae* y meningococo C, rubeola, sarampión y paperas. Con esto queremos decir que las reflexiones que aquí se contienen se refieren a las vacunas ya conocidas, es decir, aquellas respecto a las que la medicina tiene más experiencia y conocimiento, tanto de la vacuna en sí, como de la enfermedad a la que se combate. Por el contrario, no nos ocuparemos de las vacunas no sistemáticas, es decir, aquellas que no tienen un interés comunitario sino individual, estando sus indicaciones en función de factores de riesgo personales o ambientales de cada individuo, o ante la aparición de brotes epidémicos. Tampoco nos referiremos a todas las vacunas que pudieran descubrirse en un futuro, puesto que lo que aquí se dice difícilmente puede extenderse sistemáticamente respecto a todas las vacunas, especialmente a las futuras, pues cada una ha de ser entendida en su contexto epidemiológico concreto. A los efectos del presente artículo, se entenderá por “vacunación”, las “medidas profilácticas tendientes a inmunizar a un individuo frente a la aparición de una concreta enfermedad”. C. CIERCO, “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, 2005, p. 231. Respecto a la clasificación de las vacunas en sistemáticas y no sistemáticas, véase A. GIL DE MIGUEL, *Principios básicos de vacunación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 19-20.

² OMS, *10 datos sobre inmunización*, disponible en www.who.int/es/news-room/facts-in-pictures/detail/immunization.

ha logrado a través de políticas de vacunación a gran escala; políticas que, por el éxito demostrado, han ido extendiéndose, de la mano de la OMS y de otros organismos internacionales, a los países con ingresos más bajos³.

Por todo ello, la vacunación es casi unánimemente considerada como uno de los avances más importantes en la historia de la medicina y, junto con la potabilización del agua o el sistema de saneamiento y eliminación de residuos, uno de los logros más trascendentes en materia de salud pública⁴.

Sin embargo, a pesar de los éxitos que acompañan a la vacunación, y de los numerosos datos empíricos a su favor arrojados por las sucesivas campañas de vacunación pública, cada vez son más las personas que deciden no vacunarse, o que no permiten que se vacune a sus hijos e hijas⁵. Y si bien es cierto que, desde la introducción de los primeros programas de vacunación a gran escala a principios del siglo XIX, siempre ha habido sectores de la población con una opinión negativa respecto de las vacunas, durante las últimas décadas ha habido un incremento en el cuestionamiento y rechazo de las mismas como no se había producido nunca. Y esto se debe en gran parte a que, en los países con ingresos más altos, se ha consolidado un vigoroso movimiento “antivacunas” que, a través de internet y de las redes sociales, difunde un claro mensaje contrario a la vacunación, el cual está consiguien-

³ Véase, por ejemplo, el *Plan de Acción Mundial sobre Vacunas* elaborado por la OMS para los años 2011-2020.

⁴ Sobre esto véase L. K. BALL, *et al.*, “Risky Business: Challenge in Vaccine Risk Communication”, *Pediatrics*, núm. 101, 1998, pp. 453-458, y CENTRE FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Ten Public Health achievements*, 2011.

⁵ Prueba de ello es que la American Academy of Pediatrics haya señalado que el número de pediatras estadounidenses que han registrado el caso de padres se niegan a vacunar a sus hijos ha pasado de ser el 74.5% en 2006 al 87% en 2013. Cf. C. HOUGH-TELFORD, *et al.*, “Vaccine Delays, Refusals, and Patient Dismissals: A Survey of Pediatricians”, *Pediatrics*, núm. 138, vol. 3, 2016, p. 1. Lo que diferencia a las vacunas públicas de las privadas, es que las primeras están incluidas en el Calendario común de vacunación, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano dependiente del Ministerio de Sanidad, y están financiadas por la Seguridad Social. Las vacunas privadas, por su parte, no están incluidas en el Calendario, ni cubiertas por la Seguridad social, y pueden adquirirse en las farmacias con prescripción médica. Son ejemplos de vacunas de este tipo las de uso selectivo para viajeros, como las del cólera, la rabia, la tuberculosis, las encefalitis centroeuropea y japonesa, las fiebres amarilla y tifoidea, la hepatitis A o la meningitis meningocócica. Para saber cuáles son las vacunas públicas, véase CONSEJO INTERTERRITORIAL. SISTEMA NACIONAL DE SALUD, *Calendario común de vacunación a lo largo de toda la vida. Calendario recomendado año 2020*, diciembre de 2019. disponible en https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/docs/CalendarioVacunacion_Todalavida.pdf

do revertir la opinión pública que se tenía respecto a esta técnica y reducir significativamente los niveles de inmunización⁶.

Si este fenómeno social preocupa enormemente a las autoridades sanitarias, es porque está haciendo aparecer o, mejor dicho, reaparecer, enfermedades de las que hacía muchos años que no se tenían registros⁷. El problema se agrava cuando los individuos no vacunados viven concentrados en zonas o “bolsas” de población, por cuanto que favorecen la aparición de brotes epidémicos. En Europa, por ejemplo, a pesar de que el sarampión era una enfermedad prácticamente extinguida, desde 2017 ha habido un incremento de los casos, que han pasado de ser 5.000 en 2016, a ser más de 21.000, y con aproximadamente 40 fallecidos, al año siguiente. Lo preocupante, nuevamente, es que en 2017 más del 80% de los niños y adolescentes contagiados de sarampión no habían sido vacunados, a pesar de que la vacuna de esa enfermedad estaba disponible y de forma gratuita en todos los países de la Unión Europea⁸.

A pesar de estos datos, la opinión pública no empezó a ver con inquietud al movimiento “antivacunas” hasta que los medios, en la segunda década del siglo XXI, se hicieron eco de una serie de casos de menores infectados con desenlace fatal, lo cual hizo que las autoridades y expertos en salud pública empezaran a preguntarse de qué modo debían hacer frente al desafío que se les planteaba. Nos referimos, por ejemplo, a casos como el del niño de

⁶ Federico de Montalvo ha señalado que, aunque en España los niveles de vacunación en 2007 no eran inferiores al 92% en ninguna comunidad autónoma, cada vez hay una presencia más palpable en nuestro país de un movimiento que rechaza la vacunación. En este sentido, entiende que, aunque actualmente no estemos ante un conflicto de dimensiones relevantes en relación con el movimiento antivacunas en nuestro país, el Derecho ha de trabajar en su prevención, adelantándose a que determinados hechos o tendencias futuras vengan a confirmar que lo que la actualidad nos muestra hoy sea, en realidad, la punta de un iceberg. F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 215 y 234.

⁷ Por ejemplo, en el Estado de California, en 2010, se registró una epidemia de tosferina que fue la más importante desde 1947. En 2012 le siguió el Estado de Washington con la epidemia más importante de esa misma enfermedad desde 1942. Cf. J. E. ATWELL, *et al.*, “Non-Medical Vaccine exemptions and Pertussis in California 2010”, *Pediatrics*, núm. 132, 2013, pp. 624-630; y CENTRE FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, “Pertussis Epidemic-Washington, 2012”, *Morbidity and Mortality Weekly Report*, núm. 61, 2012, pp. 517-522.

⁸ A. AMMON, y X. PRATS, “Vaccines, Trust, and European Public Health”, *Euro Surveil*, núm. 23, vol. 17, 2018, pp. 1-3; y EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Measles in the EU/EEU: Current Outbreaks, Latest Data and Trends*, 2018.

6 años de la localidad catalana de Olot, el cual en 2015 contrajo difteria sin estar vacunado por expresa voluntad de sus padres, y que terminó falleciendo ese mismo año. La noticia ganó en trascendencia porque el último caso de esa enfermedad registrado en Cataluña fue en 1983. De hecho, en 1941 se registraron en España 1.000 casos de difteria por cada 10.000 habitantes, pero tras una campaña de vacunación pública iniciada en 1947 y que se prolongó mucho en el tiempo, la enfermedad fue declarada erradicada en 1987⁹.

Otro caso mediático fue el del niño de 6 años que falleció por sarampión en 2017 en Italia. El menor, al que se le había diagnosticado leucemia, y al cual, por ello, la vacunación le estaba contraindicada, fue contagiado por sus dos hermanos mayores, quienes tampoco estaban vacunados en su caso por expreso deseo de la familia¹⁰. En Francia, también en 2017, falleció una joven de 17 años por sarampión que tampoco estaba vacunada, pues se había sometido a un trasplante de corazón, una causa contraindicada para vacunarse. A este caso le siguió, también en el país galo, los fallecimientos por la misma enfermedad de una paciente de 26 y otra de 32 años que tampoco habían sido vacunadas¹¹. Por último, en los EE.UU., en donde el sarampión fue considerado erradicado en 2000, hubo un brote epidémico en el parque de atracciones de Disney en California en 2014. A principios de 2015, los infectados por el foco ocasionado en ese parque ascendía a 102, de los cuales el 40% fueron menores de 20 años, y, entre estos, el 17% menores de 4 años¹². Hay que tener presente que padecer alguna de las enfermedades prevenibles a través de la vacuna, como el sarampión, la poliomielitis, la viruela, la meningitis o la rubeola, no sólo puede provocar la muerte, sino dejar importantes e irremediables secuelas físicas y psíquicas, que pueden generar en quien las padece, además, un estigma social que les haga sufrir discriminaciones, por ejemplo, en el ámbito laboral¹³.

Lo siguiente que cabría preguntarse es por qué hay individuos no vacunados, o, mejor dicho, qué razones pueden llevar a un individuo a rechazar

⁹ P. LINDE, "Quiénes son los antivacunas", *El País*, 27 de junio de 2015.

¹⁰ I. MONZÓN, "Muere un niño de sarampión en Italia tras ser contagiado por sus hermanos no vacunados", *El Español*, 23 de junio de 2017.

¹¹ E. CANTÓN, "Un nuevo caso de sarampión reaviva el debate de las vacunas en Francia", *El Periódico de Catalunya*, 11 de julio de 2018.

¹² P. XIMÉNEZ, "El brote de sarampión de Disneyland supera los 100 casos en 14 estados", *El País*, 4 de febrero de 2015.

¹³ Para entender la forma en la que esta situación podría encajar en un supuesto de discriminación en el ámbito laboral, véase M. PUIG, "La tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa", *Derechos y Libertades*, núm. 42, 2020, pp. 305-308.

la vacunación o impedir que se vacune a sus hijos. Hay dos grandes motivos que explican esto. El primero de ellos tiene que ver con un acceso muy difícil o nulo a las vacunas. Si bien es el supuesto típico de los países con ingresos bajos, también se da en Europa, sobre todo en grupos de población que viven aislados o al margen de la sociedad, ya sea por razones étnicas, culturales, o incluso geográficas. Son colectivos que, a su aislacionismo, suelen añadir el desconocimiento, la desinformación, o la falta de interés por las vacunas¹⁴.

El segundo motivo se refiere ya al supuesto general de individuos que residen en países con ingresos altos y que sí tienen acceso a las vacunas. Pero dentro de este grupo, a su vez, hay que distinguir entre los individuos que, aunque pueden vacunarse, deciden no hacerlo de forma libre y consciente y aquellos otros que, aunque quieran, no pueden vacunarse por razones médicas. Veamos esto.

Empecemos por considerar las razones no médicas, esto es, las razones por las que un habitante de un país con altos ingresos, sano e informado, rechazaría la vacunación. Las más comunes de este tipo serían, en primer lugar, las que ponen en duda la seguridad y efectividad de dicha técnica¹⁵. En este sentido, se dice, por ejemplo, que las vacunas están compuestas de sustancias tóxicas o potencialmente nocivas; que provocan efectos secundarios perjudiciales, como por ejemplo el autismo, la diabetes y, sobre todo, que debilitan el sistema inmunológico¹⁶. O bien se defiende que las vacunas no son necesarias, porque las enfermedades de las que previenen son muy poco frecuentes y están desapareciendo naturalmente¹⁷.

En segundo lugar, encontramos razones para el rechazo que se fundamentan en la creencia en métodos alternativos que previenen o reducen la incidencia de enfermedades, como la homeopatía, la toma de complementos vitamínicos, una mejor higiene, o los hábitos de vida saludables¹⁸. Incluso

¹⁴ Sobre las "poblaciones infravacunadas", véase C. CIERCO, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público. Ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 105.

¹⁵ Sobre este tipo de razones véase P. SMITH, *et al.*, "Parental Delay or Refusal of Vaccine Doses, Childhood Vaccination Coverage at 24 Months of Age, and the Health Belief Model", *Public Health Reports*, supl. 2, vol. 126, 2011, pp. 135-146.

¹⁶ M. NAVIN, *et al.*, "Vaccine Education, Reasons for Refusal, and Vaccination Behaviour", *American Journal of Preventive Medicine*, núm. 56, vol. 3, 2019, pp. 359-367.

¹⁷ Puede encontrarse más información al respecto en S. BLUME, "Anti-vaccination movements and their interpretations", *Social Science & Medicine*, núm. 62, 2006, pp. 628-642.

¹⁸ Véase al respecto A. KATA, "A postmodern Pandora's box: Anti-vaccination misinformation on the Internet", *Vaccine*, 28, 2010, pp. 1709-1716; y I. HARMSSEN, *et al.*, "Why pa-

se asegura que, a veces, es beneficioso contraer la enfermedad para adquirir inmunización de forma “natural”, quedando gracias a ello protegido para el futuro¹⁹.

En tercer lugar, hay quien enarbola razones que tienen que ver con la desconfianza hacia la medicina “oficial”, a la que se ve (demasiado) comprometida con el gobierno y con los poderes económicos, como, por ejemplo, aquellos laboratorios que hipotéticamente se beneficiarían de la extensión de las vacunas. De acuerdo con Bert Baumgaertner, por ejemplo, aquéllos que menos confían en el gobierno y en lo gubernamental en general, son más proclives a rechazar la vacunación²⁰. Estos individuos, asimismo, prefieren informarse por su cuenta a través de internet antes que acudir a fuentes oficiales, porque no creen que la medicina institucional pueda ofrecerles un conocimiento verídico sobre la vacunación, pues sospechan que la mayor parte de los datos que se llegan a publicar por esta vía están manipulados.

En último lugar, encontramos las razones de tipo moral o religioso. Hay quien cree las vacunas son un asunto inmoral, porque para su desarrollo se experimenta con niños, y quien entiende, sencillamente, que la vacunación no es compatible con la observancia de su fe²¹. Es importante apuntar que las razones religiosas son las que llevan a un mayor número de personas a rechazar la vacunación en términos absolutos y son, por lo tanto, el tipo de razones no médicas más frecuentes²².

Vistas las razones de tipo no médico, a su lado encontramos razones estrictamente médicas que impiden o desaconsejan la administración de una vacuna. Así la existencia de alergias respecto a algún componente incluido en ella, o la de enfermedades que deprimen y debilitan el sistema inmunológico, como la leucemia. También si es el caso de tratamientos oncológicos, intervenciones quirúrgicas severas, o bien la aplicación a personas con órga-

rents refuse childhood vaccination: a qualitative study using online focus groups”, *Biomedical Centre Public Health*, núm. 13, vol. 1, 2013, pp. 1-8.

¹⁹ Así lo ha recogido, por ejemplo, A. GIUBILINI en *The Ethics of Vaccination*, Palgrave Macmillan, Londres, 2019, p. 14.

²⁰ B. BAUMGAERTNER, *et al.*, “The influence of political ideology and trust on willingness to vaccine”, en *PLOS One*, núm. 13, vol. 1, 2018, p. 9.

²¹ Merece la pena señalar que, aún lo paradójico que resultan algunos motivos aducidos por quienes rechazan la vacunación, por ejemplo el citado de que para el desarrollo de vacunas se experimenta con niños, lo que aquí nos interesa es tan sólo presentar los motivos que alegan quienes se oponen a la vacunación, pero no averiguar su veracidad. Sobre esto, véase A. KATA, “A postmodern Pandora’s box...”, *cit.*, p. 1710.

²² OMS, *Report of the SAGE Working Group On Vaccine Hesitancy*, 2014, p. 18.

nos trasplantados, o a recién nacidos, demasiado débiles aún para ser inmunizados, etcétera. Son ejemplos, en definitiva, de incompatibilidad entre el estado de salud del individuo y la administración de la vacuna²³.

¿Significa esto que las personas que padecen alguna de estas contraindicaciones quedarían plenamente desprotegidas y expuestas a contraer enfermedades infecciosas? Lo cierto es que no. Existen dos modos de “inmunizarse” frente a enfermedades víricas a los que pueden recurrir los individuos, dependiendo de la situación médica en la que se encuentren. Por un lado encontramos la vacunación, que es el modo más eficaz, directo y preferente de inmunización y, por el otro, la llamada “herd immunity”, o “inmunidad de grupo”, cuya protección funciona cuando una alta proporción de la población es inmune, por ejemplo porque ha sido vacunada contra una determinada enfermedad y, en consecuencia, el virus no puede seguir transmitiéndose de persona en persona, ¡ni siquiera a los no vacunados!, por lo que su circulación se interrumpe, y la enfermedad termina por erradicarse²⁴.

Pero para blandir satisfactoriamente el escudo de la inmunidad de grupo es necesario, en muchos casos, alcanzar una altísima cobertura vacunal, que generalmente se encuentra entre el 90 y el 95% de la población, aunque esta cifra sea variable y dependa de la enfermedad concreta. Así, se estima necesaria una cobertura del 92-95% para alcanzar la inmunidad de grupo respecto al sarampión, el 92-95% para la tosferina, el 90-92% para las paperas, el 85-97% para la rubeola, el 80-85% para la difteria, y el 80-85% para la poliomielitis²⁵.

En cuanto a su naturaleza social, Angus Dawson considera que la inmunidad de grupo tiene las características propias de un bien público, por cuanto que no genera exclusión (“non-excludable”) ni rivalidad (“non-rivalrous”) en quienes se benefician de él²⁶. Mientras que, en principio, un bien

²³ JESSICA FLANIGAN da ejemplos de los peligros a los que se exponen los individuos no vacunados por razones médicas en “A Defence of Compulsory Vaccination”, *HealthCare Ethics Committee Forum*, núm. 26, vol. 5, 2014, p. 9.

²⁴ Podemos encontrar otro tratamiento de la “inmunidad de grupo” desde un punto de vista ético o social en R. E. SPIER, “Ethical aspects of vaccines and vaccination”, *Vaccines*, vol. 16, núm. 19, pp. 1788-1794, y en J. SCHWARTZ, y A. CAPLAN, “Ethics of vaccination programs”, *Current Opinion in Virology* 1, 2011, pp. 263-267.

²⁵ Estos datos han sido obtenidos en R. M. ANDERSON, “The concept of herd immunity and the design of community-based immunization programmes”, *Vaccine*, vol. 10, núm. 13, 1992, p. 929.

²⁶ A. DAWSON, “Herd Protection as a Public Good: Vaccination and our Obligations to Others”, A. DAWSON, y M. VERWEIJ, (editors), *Ethics, Prevention, and Public Health*, Oxford University Press, 2007, p. 163-164.

privado sólo genera efectos positivos inmediatos en quien goza de él, la inmunidad de grupo, en tanto que bien público, produce beneficios para todos los miembros de la comunidad. Por eso se dice que es “non-excludable”, es decir, que no puede excluir con facilidad a individuos concretos respecto a los beneficios que genera, incluso cuando haya quien no quiera beneficiarse, o no haya contribuido a su consecución. Por último, es “non-rivalrous”, por cuanto que no exige que los individuos compitan o rivalicen entre sí para sacar provecho del bien. Otros bienes que comparten estas características son, por ejemplo, el aire puro, la defensa nacional, los diques de protección frente a inundaciones, o la salubridad de las aguas.

Respecto al modo en que la inmunidad de grupo puede alcanzarse y mantenerse es importante notar, tal como recuerda Dawson, que es necesaria “the cooperation of a sufficiency large number of people”, o, lo que es lo mismo, que “no individual or small group of individuals (respecto a la comunidad) can realize herd immunity”²⁷. Porque sólo puede ser generada a través de una labor colectiva muy amplia, y nunca por acciones individuales o parciales, la inmunidad de grupo es un bien que debe ser visto necesaria y técnicamente como una empresa colectiva o comunitaria.

La importancia de la inmunidad de grupo, que es el bien que proporciona la vacunación obligatoria, descansa en los beneficios que reporta, los cuales, de acuerdo con Alberto Giubilini, quien ha dedicado al tema varios capítulos de su libro *The Ethics of Vaccination*, son fundamentalmente tres. En primer lugar, la protección de los individuos no vacunados (no debe olvidarse sin embargo que, tal como advierte este autor, la inmunidad de grupo, aun constituyendo la mejor manera para proteger a los que no pueden vacunarse por razones médicas, no ofrece el mismo nivel de protección que la vacunación individual, y que, por lo tanto, no debe ser vista como una alternativa equivalente a la vacunación)²⁸. En segundo lugar, la protección de los propios vacunados, ya que ninguna vacuna es 100% efectiva²⁹. Por último, el considerable ahorro en gasto público que proporciona, al evitar los gastos de tratar a los pacientes de enfermedades prevenibles a través de la vacunación

²⁷ Ibidem.

²⁸ A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, cit., p. 19.

²⁹ El Center for Disease Control and Prevention señaló, en 2017, que la vacuna contra la tosferina sólo es un 70% efectiva durante el primer año, y que luego decrece hasta el 30-40% en los cuatro años siguientes a su administración. Véase CDC, *Pertussis FAQ*, disponible en www.cdc.gov/pertussis/about/faqs.html

y redirigir recursos públicos a la satisfacción de otras necesidades, sanitarias o no³⁰.

La vacuna debe ser vista en consecuencia como un recurso que no sólo tiene potenciales beneficios para el individuo al que se le administra, sino que repercute de forma positiva en la colectividad en general y en los que no pueden vacunarse en particular. Es precisamente esta repercusión en los demás lo que permite hablar de los aspectos éticos de la vacuna y la convierte en un acto, en suma, relacionado con la solidaridad.

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA

Al igual que la donación de sangre, la vacuna puede ser contemplada como un acto solidario y un deber moral, desde el momento en que no sólo permite proteger a los individuos vacunados, sino también a los demás, y, en especial, a aquellos individuos vulnerables que no pueden vacunarse por razones médicas y que ven en la vacunación de sus conciudadanos la mejor salvaguarda frente a determinadas enfermedades contagiosas. Pero si, tal como hemos visto, es justamente la protección de los demás lo que convierte la vacunación en un asunto con una dimensión ética, el modelo de vacunación pública que se adopte ha de tener en cuenta esta dimensión ética. Veamos a continuación como la tienen en cuenta diferentes modelos.

Hay que partir de la idea de que hay estados de salud que desaconsejan la vacunación, y que quienes se encuentran en ellos no tienen mejor protección que vivir en una comunidad en la que esté activada la inmunidad de grupo. Puede entenderse, por lo tanto, que esos individuos tengan derecho a reclamar protección frente a enfermedades infecciosas exigiendo a sus conciudadanos que contribuyan a alcanzar y mantener la inmunidad de grupo. Según Giubilini, “we have a prima facie claim not to be harmed by others, which generates a prima facie obligation on others not to harm us”, o, lo que es lo mismo, existe “a prima facie claim right not to be infected by vaccine-preventable disease, when this can be achieved through vaccinations”³¹. Se trata de algo muy parecido a pedir a los demás su contribución para obtener bienes colectivos relacionados con la salud pública, como el aire

³⁰ Giubilini señala, por ejemplo, que el costo total anual ocasionado para tratar a enfermos de gripe en los Estados Unidos gira en torno a los 87.1 millones de dólares. A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, cit., p. 27.

³¹ *Ibid.*, pp. 34 y 37.

puro, el agua potable, o un sistema eficaz de saneamiento y alcantarillado, ejemplos típicos de bienes que generan en las personas ciertas obligaciones individuales³².

Si la comunidad tiene el deber de proteger a sus integrantes a través de la inmunidad de grupo, la vacunación –único medio capaz para alcanzarla– se convierte así en una obligación y en una responsabilidad comunitaria. Y esto significa, a su vez, que cada uno de los individuos que conforman la comunidad tiene el deber moral de contribuir a su realización, o lo que es lo mismo, tiene el deber moral de vacunarse. En este sentido, Angus Dawson ha asegurado que “individuals may under a moral obligation to vaccinate themselves to ensure that others are not put at increased risk of harm due to their omission”³³. También Giubilini cree los individuos están impelidos a vacunarse por un deber moral cuando afirma que “each and every individual member of the collective with the power to realize herd immunity has a moral obligation to contribute to the realization of the collective effect”³⁴.

Es importante darnos cuenta, para comprender mejor lo que seguirá, que a través de afirmaciones como estas estamos pasando de una obligación colectiva a una obligación individual. La comunidad, entendida como el conjunto de sus integrantes, tiene el deber y la responsabilidad de proteger a sus miembros, especialmente a aquellos que no pueden hacerlo por su cuenta, y que dependen de los demás, es decir, que la comunidad tiene el deber de alcanzar la inmunidad de grupo³⁵. Pero, al tratarse de un bien colectivo, la inmunidad de grupo supone para su consecución la atribución de ciertas obligaciones al individuo. La obligación colectiva se vuelve también individual. En palabras de nuevo de Giubilini, “this type of collective obligation entails for attribution of individual obligations to be vaccinated”, o lo que es

³² Así lo cree también Giubilini, el cual asegura que “collective obligations to realize herd immunity give rise, by their very own nature, to individual obligations to contribute to herd immunity by being vaccinated”. *Ibid.*, p. 48.

³³ A. DAWSON, “Herd protection as a public Good...”, *cit.*, p. 171.

³⁴ A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, *cit.*, p. 44.

³⁵ De hecho, el propio Comité de Bioética de España, en un documento dirigido al caso expreso de la vacunación pública, nos recuerda que de la salud pública se deriva un verdadero derecho-deber, de manera que los ciudadanos tendríamos el derecho a la protección de nuestra salud, pero al mismo tiempo seríamos también destinatarios del deber legal de someternos a dichas medidas para la debida protección de la salud pública como interés colectivo. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*, 19 de enero de 2016, p. 12.

lo mismo, “translates into an individual obligation to be vaccinated to (...) all members of a collective”³⁶.

No es esto algo demasiado sorprendente. El alcance y mantenimiento de bienes colectivos genera cargas, y todo derecho lleva aparejado un deber. Para que un ciudadano disfrute de un derecho, alguien deberá soportar la carga que la prestación de ese derecho lleva aparejada. Ya Hans Kelsen, señaló rotundo que el derecho de uno supone la obligación de otro³⁷, lo que Juan Ramón Capella resumió en la fórmula que dice que alguien tiene un derecho si y solo si los demás tienen deberes a su respecto (esto es, deberes acerca de aquello que se trata de proteger con cualquier noción determinada de derecho)³⁸. En el caso que nos ocupa, para que el derecho a la protección de enfermedades prevenibles a través de la vacunación no quede vacío de contenido, aquellos que sí pueden vacunarse deben de soportar la carga de tener que hacerlo³⁹.

La siguiente pregunta que se nos abre es: ¿En base a qué criterios podemos saber a quién corresponde el deber de soportar las cargas que genera la consecución de la inmunidad de grupo? Un criterio es el que suministra el brocardo *qui sentit commodum sentire debet incomodum*, o lo que es lo mismo: deberán soportar las cargas que exija el mantenimiento de un bien, aquellos que se beneficien del mismo. En este mismo sentido, Dawson considera que “where individuals drive benefits from participation in a society, group or population, justice requires that they should contribute a fair share of the effort or risks that it might be necessary to run to achieve that benefit”⁴⁰. En parecidas y famosas palabras se pronunció John Stuart Mill cuando defendió que todo aquel que recibe la protección de la sociedad tiene que devolver algo a cambio de este beneficio, y el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno esté obligado a observar una cierta línea de conducta hacia los demás. A lo que añade que esa conducta consiste en que “cada persona asuma su parte (...) de los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o a sus miembros de daños y abusos”⁴¹.

³⁶ Ibid., p. 44.

³⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, capítulo VIII, p. 116.

³⁸ J. R. CAPELLA, “Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis” en J.A. ESTÉVEZ, (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 46.

³⁹ Sobre “la constitucionalización de la solidaridad”, o la relación de la solidaridad con los deberes constitucionales, véase F. J. ANSUÁTEGUI, “Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales”, *Diritto Costituzionale*, núm. 2, 2019, pp. 11-35.

⁴⁰ A. DAWSON, “Herd protection as a public Good...”, cit., p. 174.

⁴¹ J. S. MILL, *Sobre la libertad*, Akal, Madrid, 2014, p. 85.

Beneficiarse de los bienes y de la comodidad que brinda la vida en sociedad, sí, pero también contribuir a su mantenimiento, y defender y proteger a la comunidad de los males que la amenazan a través del trabajo y del sacrificio, si es necesario. Ahora bien, pudiera ocurrir que determinados individuos, para los que la vacunación no estaría contraindicada por razones médicas, decidieran no vacunarse. Amparados por alguna de las razones vistas anteriormente, o por ninguna, deciden no participar en el logro y mantenimiento de la inmunidad de grupo de la que, indudablemente, se beneficiarán. Tales individuos, descritos como “free riders”, son los que Mariëtte van der Hoven, en un artículo con un título tan descriptivo como “Why One Should Do One’s Bit”, caracteriza como aquellos que “take advantage of the efforts others have made to establish some collective good without actually contributing oneself”⁴²; o como dice Tim Dare refiriéndose a la vacunación, “unimmunized are ‘free-riders’ in the sense that they take the benefit of high immunization rates without exposing themselves to the risk unavoidably attendant upon attaining those rates”⁴³.

El suyo sería un caso parecido al del pescador que no quiere colaborar junto con el resto de sus compañeros en la limpieza y mantenimiento de un lago, aunque vaya a sacar el mismo partido que ellos de unas aguas limpias y el consiguiente incremento de las capturas⁴⁴. Es más que probable pensar que el resto de pescadores intentará convencerle para que colabore, explicándole los beneficios que le reportará el que las aguas estén limpias. Pero, si decide mantenerse en sus trece, poco más podrán hacer que reprocharle que su conducta es egoísta y poco ética, o injusta, tal y como considera van der Hoven, cuando afirma que “the unfairness of free riding lies not in the deliberate choice of agents to enjoy a benefit, but in the unwillingness to pay for that good”⁴⁵.

Sin embargo, este ejemplo no es del todo análogo al que nos está ocupando, pues, aunque el pescador decline participar en las labores de limpieza, no por ello impedirá al resto de pescadores alcanzar el propósito de tener las

⁴² M. VAN DER HOVEN, “Why One Should Do One’s Bit: Thinking About Free Riding in the Context of Public Health Ethics”, *Public Health Ethics*, vol. 5, núm. 2, 2012, p. 155.

⁴³ T. DARE, “Mass Immunization Programmes: Some Philosophical Issues”, *Bioethics*, vol. 12, núm. 2, 1998, p. 145.

⁴⁴ El primer ejemplo ha sido acuñado por GARETT CULLITY, que se refiere al “recalcitrant fisherman”, y que aparece en su artículo “Moral Free Riding”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 1, 1995, pp. 3-34.

⁴⁵ M. VAN DER HOVEN, “Why One Should Do One’s Bit...”, cit., p. 159.

aguas limpias. Puede no ser necesaria la concurrencia del pescador recalci-trante –ni siquiera la de la mayoría de ellos– para conseguir el objetivo. Pero, en el caso de la inmunidad de grupo, sí que sería necesaria la participación del pescador, porque sería preciso vacunar a una alta proporción de la población para conseguirla.

La obligación colectiva de alcanzar la inmunidad de grupo no puede permitirse abusar del privilegio de dejar a la libre voluntad de cada individuo vacunarse o no, porque, si lo hace, un número significativamente alto de individuos puede no vacunarse, y entonces el objetivo pretendido nunca podrá ser alcanzado y el resto de contribuciones individuales resultarán estériles.

Volvamos por eso un momento a aquel lago. Supongamos que los pescadores están utilizando una pintura o un barniz para sus embarcaciones que está acabando con la pesca del lago debido a su toxicidad. Cuando los pescadores se dan cuenta, deciden inmediatamente dejar de utilizar ese producto. Todos lo hacen salvo uno. Y aunque los demás intenten persuadirle a través de la mejor pedagogía, el pescador no quiere atender a razones, por lo que los peces siguen muriendo envenenados. Esta situación es más análoga a lo que ocurriría con la inmunidad de grupo si algunos dejaran de vacunarse, por cuanto que, si se respetara su decisión –a pesar de haberles intentado convencer a través de la más exquisita pedagogía–, no sería posible alcanzarla ni mantenerla, y el resto de contribuciones individuales no serviría para nada.

El escenario que cabría explorar ahora es el de si debería tratarse a los que rechazan la vacunación de igual modo que en el primer ejemplo se trata a los pescadores recalci-trantes, es decir, si deberíamos respetar la voluntad de los individuos que no quieran vacunarse, o por el contrario deberíamos obligarles a que efectivamente lo hicieran⁴⁶. Asimismo, había que responder

⁴⁶ En este sentido, el principio de daño, tal y como lo entendió John Stuart Mill, nos ofrecería un argumento adicional para responder a la pregunta de si deberíamos obligar a los individuos que se negaran a vacunarse. Mill señala que el único propósito por el que puede ser ejercido legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir del daño a otros. Pues bien, tal y como hemos visto, siendo la inmunidad de grupo un bien público o colectivo capaz de proteger a las personas de ciertas enfermedades, el principio de daño legitimaría optar por un modelo de vacunación pública obligatoria a fin de lograr y preservar niveles de vacunación suficientes para activar la inmunidad de grupo y proteger, de este modo, a aquellos individuos que, por ejemplo, no pueden vacunarse por razones médicas. Véase J. S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 35.

a la cuestión de a quién debería corresponder semejante tarea. Se diría que es deber y responsabilidad de los poderes públicos, en tanto que garantes de la salud pública, asegurar el alcance y mantenimiento de la inmunidad de grupo, y que ello debería hacerse bien prohibiendo el uso de barnices tóxicos en un caso, bien adoptando el modelo de vacunación obligatoria en el otro⁴⁷.

No parece difícil encontrar apoyo en el Ordenamiento jurídico. El artículo 43.2 de la Constitución establece que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de *medidas preventivas*”, y que “la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”⁴⁸. El artículo 3.1 de la Ley General de Sanidad, señala “la promoción de la salud” y “la *prevención de enfermedades*” como principios que deberán regir el sistema público de salud⁴⁹. El artículo 11 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud dice que se entenderá por prestaciones de salud pública “el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población”, y añade que deberán considerarse como prestaciones de ese tipo “la *prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones*”⁵⁰. Por su parte, el artículo 168 del TFUE señala que “la acción de la Unión (...) se encaminará a mejorar la salud pública, *prevenir las enfermedades humanas* y evitar las fuentes de peligro para la salud pública y psíquica”. Por último, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “toda persona tiene derecho a acceder a la *prevención sanitaria*”⁵¹.

“Prevención de enfermedades”, “prevención sanitaria” y “medidas preventivas”; “poderes públicos”, “Administraciones públicas”, “sistema público de salud” y “acción de la Unión”. En definitiva, que el Estado tiene la responsabilidad y la obligación legal de tutelar la salud pública en lo que se refiere a la prevención de enfermedades. No hace falta, claro está, que el legislador explicité cuáles son los medios apropiados para ello, ni cuál es

⁴⁷ Roland Pierik sostiene que la salvaguarda de la salud pública legitimaría al Estado a adoptar el modelo de la obligatoriedad por su idoneidad como recurso para asegurar la inmunidad de grupo, cuando sostiene que “compulsory vaccination is justified by the fact that the state has an obligation to guard common good of herd immunity in order to protect vulnerable people”. R. PIERIK, “Mandatory Vaccination: An Unqualified Defence”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 35, núm. 2, 2018, p. 386.

⁴⁸ La cursiva que acompaña a la cita de esta norma, y a la de las siguientes, son nuestras.

⁴⁹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁵⁰ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁵¹ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre del año 2000 en Niza, 2000/C, 364/01.

la mejor forma de hacerlo. Entendemos que las vacunas son, esencialmente, medios para prevenir enfermedades, y que precisamente corresponde al Estado proteger de las enfermedades infecciosas a los individuos en general, y a quienes no puedan hacerlo por ellos mismos en particular. “State has the moral responsibility to protect and promote individuals’ health, especially that of the most vulnerable people (such as those who cannot be vaccinated”, nos recuerda Giubilini en su trabajo sobre este asunto⁵².

Parece claro en consecuencia que, en relación con la inmunidad de grupo, la responsabilidad individual de vacunarse se traduciría en responsabilidad institucional de asegurar que los individuos efectivamente se vacunen. Y que, por lo tanto, correspondería al Estado imponer esa obligación, adoptando el modelo de vacunación pública obligatoria. Estaría más que justificado, en definitiva, juridificar la obligación moral de vacunarse –obligación que ya tienen los individuos de forma independiente–, y convertirla en una verdadera obligación legal.

3. LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA

Acabamos de ver que, en primer lugar, puede sostenerse que la comunidad tiene la obligación de lograr la inmunidad de grupo; en segundo lugar, que esa obligación es, a su vez, individual, puesto que cada miembro de la comunidad es responsable de cumplir con la obligación de vacunarse y, en tercer lugar, que es responsabilidad del Estado asegurar que los individuos cumplen con esa obligación, a través de políticas encaminadas a alcanzar la inmunidad de grupo. Por último, que esas políticas deberían concretarse en la adopción de un modelo de vacunación pública obligatoria. Lo que vamos a ver a continuación es cómo debería desarrollarse ese modelo para encajar en un régimen de derechos y libertades como el reconocido en nuestro Ordenamiento jurídico.

Cuando los poderes públicos deben adoptar cualquier política que sirva como medio para conseguir un fin, todo lo deseable que sea este, deben respetarse una serie de principios que inspiran al Ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, el de medida menos restrictiva, que es aquel principio que exige que la medida en cuestión sea la que menos afecte a los derechos y libertades de la ciudadanía. Debemos comprobar ahora, por lo tanto, si la vacunación

⁵² A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, cit., p. 54.

obligatoria, aunque legítima, sería la medida menos restrictiva para alcanzar el objetivo de la inmunidad de grupo.

A simple vista, podría parecer evidente que la vacunación obligatoria es una medida muy restrictiva con la autonomía individual, y que de haber otros medios menos intrusivos que igualmente permitieran conseguir altos niveles de inmunidad, el modelo de la obligatoriedad debería descartarse. Veamos si esto es así, y qué medidas permitirían, *a priori*, asegurar la inmunidad de grupo, siguiendo el orden de menos a más restrictivas.

En primer lugar, encontraríamos la promoción, el fomento, o la recomendación de la vacunación. Campañas de información o de concienciación serían ejemplos de medidas de este tipo. Sin embargo, aunque indudablemente podrían funcionar para algunos individuos, probablemente no sería un recurso eficaz en relación a aquellos otros que niegan las bondades de la vacuna, o que la rechazan categóricamente, por razones religiosas, filosóficas o de otra índole.

En segundo lugar, estaría el “nudging”, un método de persuasión que prevé dirigir la conducta de los individuos empujándoles a base de pequeños estímulos. Un ejemplo típico de esta práctica es, en relación con el fomento de una dieta sana, colocar en las estanterías de los supermercados los productos más y menos saludables de forma tal que al consumidor le resulte más fácil alcanzar los primeros que los segundos. Lo particular del “nudging”, por lo tanto, es que es un modo de alterar el comportamiento del individuo, pero sin llegar a prohibirle ninguna de las opciones de conducta que se le presentan⁵³. En el caso que nos ocupa, este tipo de medidas podrían servir para aquellos que tengan razones débiles para no vacunarse, como los que alegan falta de tiempo, excesiva distancia entre su residencia y la consulta del médico, o los que no quieren afrontar los gastos inherentes a la visita médica, por ejemplo. Ahora bien, no parece que este método pueda servir para convencer, hacer cambiar de opinión, o influir en el comportamiento de aquellos que tengan “razones fuertes”, como de conciencia o religiosas, para no vacunarse⁵⁴.

⁵³ Así lo creen Thaler y Sunstein, cuando definen el *nudging* como el modo de establecer o configurar el rango de opciones entre las que podrá escoger un individuo, de tal manera que “alters people’s behaviour in a predictable way without forbidding any option or significantly changing their economic incentives”. Véase R. THALER y C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin, Londres, 2008, p. 6.

⁵⁴ También creen que los *nudges* son insuficientes para que accedan a vacunarse individuos que rechazan este método profiláctico por razones de conciencia, religiosas o filosóficas Y. SAGHAI “Salving the Concept of nudge”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 39, vol. 8, 2013, p. 489, y A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, cit., p. 76.

En tercer lugar, estarían los incentivos fiscales: premiar a los que acuerden vacunarse con un importe pecuniario. Se trataría de una medida con la que el poder político recompensaría una conducta que estima como deseada. Aunque podría ser efectiva, la medida estaría limitada por la situación de dependencia económica de cada individuo y por el contexto socioeconómico en general, lo que impediría que su eficacia pudiera ser conocida *a priori*. Además, y como casi siempre que interviene una variable económica para dirigir la conducta de los individuos, este tipo de medidas suelen ser más efectivas cuanto más bajas son las rentas de los destinatarios, y menos efectivas cuanto mayores son.

En cuarto lugar, encontramos los desincentivos asociados a la negativa de vacunarse, los cuales se podrían configurar de varias maneras. Una de ellas sería a través de la retención de ciertos beneficios fiscales. Un ejemplo de ello lo suministra la experiencia australiana, que llama “no jab, no pay” a la retención de los beneficios financieros que el gobierno destina a los padres con hijos recién nacidos⁵⁵. Otro ejemplo sería impedir que las personas no vacunadas accedieran a determinados espacios, decretar que no pudieran ingresar a ciertas categorías profesionales, como la de funcionario, o privarles del acceso a guarderías y centros educativos. Esta medida es la que se conoce como “vacuna-condición”, e implica dar a la vacuna la categoría de requisito administrativo para el acceso a determinados bienes o servicios. El ejemplo paradigmático de este tipo de medidas es la multa, esto es, penalizar a los no vacunados con la imposición de un pago pecuniario, cuyo valor como desincentivo está fuera de dudas.

Aunque es innegable que los desincentivos influirían sobre la voluntad de los individuos, y que de adoptarse harían que muchos se vacunarían, el problema es que se parecen demasiado poco a una medida compatible con un modelo de vacunación voluntaria, y mucho a la típica sanción que seguiría al incumplimiento de una obligación legal. Es decir, parece que son un recurso que presupone la existencia de una obligación legal de vacunarse. Resulta paradójico establecer medidas destinadas a que la ciudadanía se vacunen de forma voluntaria que sean, en sí mismas, más coercitivas que las propias sanciones derivadas del incumplimiento de una obligación legal. Creemos, por lo tanto, que este tipo de medidas no encajan del todo bien en un sistema de vacunación “voluntario”.

⁵⁵ Para conocer más sobre la medida “no jab, no pay” del Gobierno australiano, véase F. H. BEARD, “No Jab, No Pay and vaccine refusal in Australia: the jury is out”, *The Medical Journal of Australia*, núm. 206, vol. 9, 2017, pp. 381-383.

La conclusión que podemos extraer de todo esto es que ninguna de las medidas citadas permitiría alcanzar el objetivo de conseguir que prácticamente todas las personas accedieran a vacunarse por su propia voluntad, bien porque no son lo suficientemente coercitivas, bien porque demandan la existencia de una obligación legal de vacunarse. Así pues, descartadas las anteriores, cabe aceptar que el modelo de la obligatoriedad respetaría el principio de medida menos restrictiva, puesto que sería el único modo de conseguir que todos los individuos se vacunasen, precisamente por no depender de la capacidad de persuasión de la Administración ni, en definitiva, de la voluntad de los individuos⁵⁶.

Llegados a este punto, lo siguiente que deberíamos comprobar es si los poderes públicos efectivamente están habilitados para establecer obligaciones en materia de salud pública en lo que se refiere a la vacunación. Ya comprobamos, ciertamente, que recae sobre la Administración la responsabilidad de garantizar la inmunidad de grupo. De lo que se trata ahora es de ver si el Estado tiene la capacidad técnica para generar la obligación legal que permitiría, en este caso, alcanzar dicho objetivo.

Lo primero que hay que considerar es que el artículo 43.2 de la Constitución dispone que, en lo que respecta a la tutela de la salud pública a través de medidas preventivas, “la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. La Ley General de Sanidad, por su parte, señala, en su artículo 11, que los ciudadanos tienen el deber de cumplir con las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los servicios sanitarios. Por último, la Ley 22/1980, en su artículo único, establece que “las vacunas contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno (...). En todas las demás infecciones (...) podrán ser recomendadas y, en su caso, impuestas por las autoridades sanitarias”⁵⁷.

Lo que cabe extraer de estas disposiciones normativas es que efectivamente los poderes públicos están habilitados para establecer obligaciones en

⁵⁶ Es importante señalar que también el Comité de Bioética de España recomendó el recurso de la vacunación obligatoria precisamente cuando hubiera indicios de una reducción de las tasas de vacunación que pusieran en peligro el efecto rebaño, pero que ello no debería impedir que la Administración siguiera impulsando medidas de educación, información y promoción de la vacunación. Véase COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*, 19 de enero de 2016, p. 27.

⁵⁷ Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

materia de salud pública en general, y también en concreto para tutelarla “a través de medidas preventivas”. ¿Y qué medidas hay más preventivas que las vacunas? Asimismo, y más explícitamente, la Ley 22/1980 deja la puerta abierta a que el Gobierno, en caso de estimarlo oportuno, imponga la vacunación de forma obligatoria.

Ahora bien, visto esto, también hay que señalar que la normativa vigente podría no ser suficiente para desarrollar un sistema obligatorio de vacunación pública, aunque sí lo sería para imponer vacunaciones de forma puntual en caso de concurrir situaciones extraordinarias y urgentes⁵⁸. De hecho, cuando la Constitución establece el mandato a los poderes públicos que conocemos, precisa que, en todo caso, los derechos y deberes sean establecidos mediante norma con rango de ley, la cual, por el momento, en lo que se refiere a las vacunas, no encontramos en nuestro Derecho⁵⁹.

No obstante, ¿ha habido alguna experiencia histórica de vacunación obligatoria en nuestro país? Sí. En 1903 se sentaron las bases de la vacunación pública en España, siguiendo el modelo de la obligatoriedad, a través del Real Decreto sobre vacunación obligatoria y medios de extinción de la viruela, en cuyo artículo 6º se establecía de forma categórica que “será absolutamente obligatoria la vacunación y revacunación”⁶⁰. Sin embargo, este modelo no llegó a consolidarse hasta 1944, cuando la Ley de Bases de la Sanidad Nacional declaró “obligatorias las vacunaciones contra la viruela y la difteria en la forma que determinarán los reglamentos”⁶¹. Respecto al resto de vacunas, recordó que “se mantiene la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia

⁵⁸ No otra cosa es lo que sostiene César Cierco, quien defiende la necesidad general de una regulación específica en materia de vacunación pública, dada la complejidad de la materia, y su gran importancia social. en C. CIERCO, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, cit.

⁵⁹ En este sentido, Federico de Montalvo sostiene que sería necesario la aprobación de una norma legal que habilitara a las autoridades públicas a adoptar medidas de vacunación sistemática obligatoria puesto que, aunque la normativa actual sí habilitaría a las autoridades a imponer vacunas de forma puntual, por ejemplo para casos de epidemias, no sería suficiente para la adopción de un modelo basado en la obligatoriedad. F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, “Rechazo a las políticas públicas de vacunación”, cit., p. 234; También lo sostiene en “El paradigma de la autonomía en salud pública. ¿Una contradicción o un fracaso anticipado?: El caso concreto de la política de vacunación”, *Derecho y Salud*, núm. 24, 2014, pp. 25-27.

⁶⁰ Real Decreto sobre vacunación obligatoria y medios de extinción de la viruela, de 15 de enero de 1903.

⁶¹ Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944.

de casos repetidos de estas enfermedades, estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente". Por último, la Ley dejó la puerta abierta a que las demás vacunas que en el futuro se desarrollaran pudieran imponerse de forma obligatoria por las autoridades sanitarias.

El modelo de la obligatoriedad se mantuvo hasta que en 1979 la OMS declaró erradicada la viruela, lo cual hizo que dejara de tener sentido vacunar obligatoriamente contra esta enfermedad. En consecuencia, en 1980, se promulgó la Ley 22/1980, la cual estableció que las vacunas contra la viruela y la difteria "podrían ser declaradas obligatorias", y que, respecto a las demás enfermedades, las vacunas podrían ser recomendadas o, en su caso, impuestas por las autoridades sanitarias. Desde entonces, ninguna vacuna ha vuelto a ser obligatoria⁶².

Ahora bien, quizás podría pensarse que si nuestro sistema de vacunación pudo ser obligatorio en los años anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, fue por el reducido alcance de los derechos y las libertades que en aquellos momentos se reconocían. Nada más lejos de la realidad. Hoy en día, países de nuestro entorno, como Italia y Francia, han adoptado recientemente el modelo de la obligatoriedad sin que ello desvirtúe el carácter democrático de su Derecho. De hecho, de los sesenta y dos países en el mundo que establecen vacunas obligatorias, catorce de ellos son miembros de la Unión Europea⁶³.

Los casos italiano y francés nos sirven de ejemplo de que puede adoptarse el modelo de vacunación obligatoria de forma totalmente compatible con un régimen pleno de derechos y libertades. En 2017, el Gobierno italiano promulgó un decreto-ley en el que declaró obligatorias diez vacunas. Asimismo, estableció que los padres deberían presentar la libreta de vacunación para poder inscribir a los niños de cero a seis años en guarderías y escuelas infantiles, así como multas administrativas para los casos de incumplimiento⁶⁴.

⁶² César Cierco ha estudiado la consolidación de la vacunación obligatoria y el tránsito hacia el modelo recomendado o voluntario en nuestro país, en su libro: *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, cit, pp. 20-35.

⁶³ En concreto, se prevén vacunas obligatorias en Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Malta, y Polonia. Katie Attwell ofrece una tabla con los 62 países que establecen una o más vacunas obligatorias, entre ellos los comunitarios, en K. ATWELL, *et al.*, "Mandatory vaccination and no fault vaccine injury compensation schemes: An identification of country-level policies", *Vaccine*, núm. 37, 2019, p. 2846.

⁶⁴ El Decreto-Ley fue convertido ese mismo año en la Legge 31 luglio 2017 n. 119, con modificazioni del Decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale. Las vacunas que estableció como obligatorias fueron las del tétanos, poliomieltitis, hepatitis B, difteria, tos ferina, haemophilus influenzae tipo B, sarampión, pape-

Lo que provocó esta decisión fue un descenso notable de los niveles de vacunación que se relacionó con la aparición de algunos brotes epidémicos durante la segunda década del siglo pasado. En concreto, entre los años 2011 y 2016, la vacunación contra la poliomielitis se redujo en Italia en un 2.8%, y la del sarampión en un 4.8%. A consecuencia de ello, en 2016 se registraron 844 casos de sarampión, y 2.395 en 2017, de los cuales el 90% afectaron a individuos no vacunados⁶⁵. Para hacernos una idea de lo que supuso la epidemia de sarampión en Italia de 2017, baste señalar que ese país se convirtió ese año en el sexto del mundo con mayor propagación de la enfermedad, solo por detrás de la India, Nigeria, Paquistán, Ucrania y China.

La decisión de incrementar el número de vacunas obligatorias fue impugnada por la Región del Véneto, a través de un recurso presentado ante el Tribunal Constitucional. En sentencia de 24 de febrero de 2018, el Tribunal respaldó la adopción del modelo de la obligatoriedad, al estimarlo una medida necesaria para la “prevención de la difusión de enfermedades infecciosas” y para alcanzar el objetivo de la inmunidad de grupo⁶⁶. Asimismo, observó que el legislador “ha intervenido en una situación en la que *el instrumento de la persuasión carecía de eficacia*” y que, por eso, “optó por la obligación”⁶⁷. Quizás con esta última afirmación el Tribunal se refería a la experiencia piloto que se llevó a cabo en el Véneto, en donde en 2007 se suprimieron las vacunaciones obligatorias, y se reforzaron las campañas de concienciación ciudadana como medida compensatoria. El resultado del experimento fue que las vacunas se redujeron en un 5% en la región⁶⁸.

Una enseñanza parecida suministra el caso francés. El modelo de vacunación pública en Francia anterior a 2018 establecía la obligatoriedad de tres vacunas (contra la difteria, el tétanos, y la poliomielitis). Pero aquel año el Gobierno fijó como obligatorias otras ocho más, siendo once el número total de vacunas obligatorias. Al igual que en el caso italiano, la medida fue acompañada de la imposición del requisito de la vacunación para escolarizar a los niños⁶⁹.

ras, rubeola y varicela. W. RICCIARDI, *et al.*, “Moving towards compulsory vaccination: The Italian experience”, *The European Journal of Public Health*, vol. 28, núm. 1, p. 2.

⁶⁵ Sobre esto véase C. TOLOSA TRIBIÑO, “El derecho a la salud y la vacunación en España y en el Derecho comparado”, *Anuario RANM*, núm. 135, vol. 3, 2018, p. 327.

⁶⁶ Sentencia nº 5/2018 del 22-11-2017.

⁶⁷ El subrayado es nuestro.

⁶⁸ C. SIGNORELLI, *et al.*, “Childhood vaccine coverage in Italy after the new law on mandatory immunization”, *Annali di Igiene*, núm. 30, vol. 4, 2018, p. 8.

⁶⁹ Las ocho nuevas vacunas fueron contra las siguientes enfermedades: haemophilus influenzae tipo B, tos ferina, hepatitis B, sarampión, paperas, rubeola, meningococcus C y

¿Por qué este cambio? La respuesta se encuentra en la suma de tres factores: el primero es que la situación de coexistencia entre vacunas obligatorias y voluntarias generaba la falsa percepción de que las primeras eran las realmente importantes, y que las otras eran opcionales o menos importantes. Una situación, por cierto, muy parecida a la eslovena, en la que el modelo mixto provocó que, durante el año 2016, el nivel de vacunación de las no obligatorias fuera mucho menor que el de las obligatorias⁷⁰. Esto nos puede servir para comprobar los problemas que ocasiona este modelo mixto entre voluntariedad y obligatoriedad que, ante los extremos, quiere ofrecer una solución basada en la equidistancia entre un modelo y otro.

El segundo factor que propició el cambio es que Francia era uno de los países occidentales en los que las vacunas eran vistas con mayor desconfianza entre la población. De hecho, en 2015 el 41% de los franceses encuestados se mostraba preocupado por la seguridad y eficacia de las vacunas⁷¹. A esto hay que añadir que, a consecuencia de una reducción de los niveles de vacunación –que se situaron por debajo del 84% en 2018– hubo un brote de sarampión con 2.913 casos. El Primer Ministro, Édouard Philippe declaró que “des enfants meurent encore de la rougeole, dans la patrie de Pasteur ce n’est pas admissible”⁷².

¿Cuáles fueron los resultados del establecimiento de nuevas vacunas obligatorias en Francia? Por un lado, la opinión de la ciudadanía respecto a las vacunas mejoró notablemente, pues mientras que en 2015 los que pensaban que las vacunas eran inseguras representaban el 41%, tres años más tarde eran el 23.7%. Y respecto a la eficacia de las vacunas, si en 2015 eran el 17.3%, en 2018 tan sólo representaban el 12.5%⁷³. Estos datos sirven como argumento para los que creen que la opinión desfavorable hacia las vacunas sólo puede –o incluso debe– ser combatida con vigorosas campañas de información y persuasión ciudadana. Ni la experiencia del Véneto, ni las en-

steptococcus pneumoniae. Véase J. WARD, *et al.*, “Why France is making eight new vaccines mandatory”, *Vaccine*, núm. 36, 2018, p. 1801.

⁷⁰ En Eslovenia hay 9 vacunas obligatorias y 2 voluntarias. La diferencia en el número de vacunados es que, mientras la ratio de las obligatorias se sitúa entre el 90-95%, el de las voluntarias ronda el 50%. Sobre esto véase M. VRDELJA, *et al.*, “From mandatory to voluntary vaccination: intention to vaccine in the case of policy changes”, *Public Health*, núm. 180, 2020, pp. 1-3

⁷¹ R. COHEN, “Impact of mandatory extension on infant vaccine coverages: Promising preliminary results”, *Médecine et maladies infectieuses*, núm. 49, 2019, p. 35.

⁷² S. ROY, “Matignon va rendre obligatoires onze vaccins”, *Le Figaro*, 4 de julio de 2017.

⁷³ D. LÉVY-BRUHL, *et al.*, “Assessment of the impact of the extension of vaccination mandates on vaccine coverage after 1 year, France, 2019”, *Euro Surveill*, núm. 24, vol. 25, 2019, p. 4.

cuestas de opinión realizadas en Francia, aconsejan recurrir sólo a medidas de persuasión y fomento para incrementar los niveles de vacunación. Y por el otro lado, y como resultado evidente aún más importante, el número de vacunaciones también creció respecto a todas y cada una de las vacunas que pasaron a ser obligatorias⁷⁴.

Para terminar con el caso francés, vale la pena señalar que, a propósito de la obligatoriedad de vacunar respecto a las tres primeras vacunas, se planteó una cuestión prioritaria de constitucionalidad por parte de una pareja que se negaban a vacunar a sus hijos. El *Conseil Constitutionnel* se pronunció en marzo de 2015 sobre la admisibilidad de la medida⁷⁵. Frente al rechazo de los padres, el *Conseil* aseguró que es “lícito para el legislador definir una política de vacunación con el fin de proteger la salud individual y colectiva”, con lo que la medida respondía adecuadamente al mandato constitucional de proteger la salud pública. Asimismo, concluyó que el sistema obligatorio no vulneraba ningún derecho o libertad garantizados por la Constitución, y que por ello la medida fue declarada conforme a Derecho⁷⁶.

No hay que olvidar que, en el modelo de vacunación pública obligatoria, se genera una obligación legal que consiste en un hacer, en someterse a una intervención médica. Pero para que el establecimiento de este hacer, esta prestación de servicios, sea declarado conforme a Derecho, deberá respetar las exigencias que se derivan del conjunto del Ordenamiento jurídico para este tipo de obligaciones. Para saber qué exigencias son esas debemos mirar a la Constitución, la cual, si bien no establece los principios que deberán inspirar las prestaciones personales, sí lo hace respecto de las patrimoniales, las cuales pueden servir perfectamente para el caso que nos ocupa. Esos principios, referidos en el artículo 31.1 CE, son los de generalidad e igualdad, capacidad y no confiscatoriedad. Veamos, pues, qué exigen cada uno de ellos.

Lo que mandan los principios de generalidad e igualdad, es que la obligación de vacunar recaiga por igual sobre todos los individuos y que, por ello, todos estén sujetos de igual manera a la obligación. De acuerdo con él,

⁷⁴ Las estadísticas concretas respecto a todas las vacunas pueden consultarse en *ibidem*, y en R. COHEN, “Impact of mandatory extension on infant vaccine coverages...”, *op.cit.*

⁷⁵ *Décision Conseil constitutionnel*, n° 2015-458 QPC de 20 de marzo de 2015.

⁷⁶ En concreto, el *Conseil constitutionnel* aseguró que, al establecer vacunas obligatorias, el legislador “no ha vulnerado la exigencia constitucional de protección de la salud” garantizada por la Ley, y que las disposiciones impugnadas por los recurrentes “al no infringir ningún otro derecho o libertad garantizados por la Constitución, deben ser declarados conformes con la Constitución”. *Ibidem*.

todos los individuos, a menos que concurra una causa adecuada de exención, están obligados a vacunarse. Además de los españoles, también estarían obligadas las personas extranjeras que residan en España y que estén en posesión de la tarjeta sanitaria. No así, sin embargo, el resto de extranjeros que visiten temporalmente nuestro país, como turistas o viajeros. No hay que perder de vista que el fin último es el logro y mantenimiento de la inmunidad de grupo, y que, si se alcanzan cifras de vacunados incluso superiores a las mínimas que exige su activación, será posible compensar la llegada de turistas y visitantes no vacunados sin que por ello se haga peligrar la defensa inmunológica colectiva⁷⁷.

Ahora bien, hay que señalar que el hecho de que los individuos estén obligados vacunarse no significa que todos vayan a tener que hacerlo. La obligación sólo sería exigible a quienes cumplieran con una serie de requisitos técnicos que, por supuesto, deberían acompañar a la medida, requisitos que son los que ya están establecidos hoy en día para preservar la salud de las personas y que provienen de la larga experiencia en vacunación, la cual aconseja, por ejemplo, administrar determinadas vacunas sólo cuando los pacientes alcancen determinada edad y en el número de dosis indicada –por ejemplo, la vacuna contra la poliomielitis se administra al cumplir los 2, 4 y 11 meses, y a los 6 años–, verificar el estado de vacunación previo antes de inocular una dosis, vacunar de la gripe sólo a embarazadas y a personas mayores de 65 años, etcétera⁷⁸.

El párrafo anterior nos conduce a los principios de capacidad y no confiscatoriedad, que exigen, en definitiva, que cuando se impone legalmente una obligación tenga en cuenta, en cada caso, las circunstancias de los individuos. Uno de los argumentos más usados para desaconsejar la vacunación obligatoria es que se trata de una medida masiva, y que en consecuencia comportaría una desatención de los casos particulares. Todo lo contrario de lo que exigen estos dos principios: atender al estado de salud de cada individuo a fin de velar en todo momento por su salud, evitando que pueda perjudicársele. Se trata, por lo tanto, de respetar el viejo principio de *primum*

⁷⁷ Tal y como ha afirmado, Giubilini, “the more the rate of international travels intensifies, the less meaningful and useful herd immunity becomes as a preventive measure”. A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, cit., p. 19.

⁷⁸ Para más información sobre vacunación adulta, véase https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/docs/Vacunacion_poblacion_adulta.pdf. Y para más información sobre vacunación infantil, véase https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/docs/CalendarioVacunacion_Todalavida.pdf

non nocere, el cual aconseja establecer un régimen de exenciones por razones médicas, que son, como ya vimos, las que se refieren a personas inmunodeprimidas, recién nacidos, pacientes de quimioterapia, de trasplantes de órganos, de leucemia, etcétera, obviamente no aptos para la vacuna. También habrá que velar por el respeto al consentimiento informado, es decir, que el personal sanitario informe a las ciudadanía de acuerdo con lo establecido por la Ley, y recabe su consentimiento para llevar a cabo el acto médico⁷⁹.

Esto nos lleva a que sería preciso organizar un régimen sancionador para los casos de incumplimiento, en tanto que estamos hablando de una obligación legal. Las consecuencias que deberían seguirse en los supuestos de no cumplir con la obligación de vacunarse son uno de los aspectos más difíciles y controvertidos que acarrea esta obligación. Algunos, como Jessica Flanigan, proponen que habría que excluir a los no vacunados de determinados servicios públicos, como por ejemplo la escolarización a los niños. La misma autora es también partidaria de aplicar restricciones en el empleo respecto a sectores como la sanidad o el cuidado de personas, a fin de mitigar la transmisión de enfermedades, al igual que de establecer multas y destinaría lo recaudado a financiar campañas de concienciación a favor de la vacuna. Flanigan hasta llega al punto de imputar a los no vacunados la responsabilidad de los daños producidos. Siempre que fuera posible rastrear el origen de un brote y determinar que el causante fue un individuo no vacunado, los perjudicados deberían poder demandarle⁸⁰.

A nuestro modo de ver, la medida más adecuada para abordar los supuestos de incumplimiento debería ser, en primer lugar, la imposición de una multa administrativa. César Cierco, ha alertado de que el problema de establecer multas es que podrían llegar a convertirse en una especie de “bulla-antivacunación”, que permitieran sortear la obligación con el simple abono del importe a los más afortunados⁸¹. Ahora bien, como señala este autor, la finalidad de una multa no es penalizar sin más, sino vencer la resistencia de los individuos, razón por la cual, de adoptarse esta medida, debería im-

⁷⁹ Que la vacuna sea obligatoria no dispensa al personal sanitario de informar al obligado y de recabar su consentimiento, según lo dispuesto en las leyes para todo acto médico, pues una cosa es el consentimiento en relación a un acto médico en sí, y otra las razones por las que la persona decide prestar su consentimiento, que pueden ser muchas y muy variadas, y que al médico no le son en absoluto pertinentes.

⁸⁰ Sobre esto véase J. FLANIGAN, “A Defence of Compulsory Vaccination”, cit., pp. 20-22.

⁸¹ C. CIERCO, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, cit., p. 48-49.

ponerse de forma periódica, con una cantidad incluso creciente en el tiempo. A la multa podría acompañarle además la llamada “vacuna-condición”, esto es, convertir la vacuna en un requisito para, por ejemplo, poder escolarizar a los niños.

De hecho, no otra cosa es lo previsto para estos supuestos en Italia y en Francia: en el país transalpino se establecen multas administrativas que pueden ir de los cien a los quinientos euros para los casos de incumplimiento, y se exige a los padres que certifiquen que sus hijos cumplen con el calendario de vacunación para poder escolarizarlos, mientras que en Francia sólo se exige esta segunda medida⁸². Pero es que son precisamente esas medidas las que ya fueron adoptadas en nuestro país por el Real Decreto de 1903, el cual estableció, en su artículo 8º, que la “inobservancia o falta de puntualidad será corregida con multas gubernativas”, y que los padres debían presentar el certificado de vacunación de sus hijos siempre que la autoridad lo exigiera (artículo 9º), ya que, sin el certificado en regla, “no se concederá ingreso en Escuela pública, Colegio ó Liceo particular” (artículo 13º)⁸³.

En cualquier caso, la compulsión, o vacunación forzosa, debería ser una medida subsidiaria de las anteriores, por ser más gravosa, y quedar reservada como último recurso para los supuestos más graves. Aunque es cierto que la materia correspondiente al régimen sancionador se presta a una amplia especulación sobre la mayor o menor eficacia de las diversas medidas, bastan las experiencias italiana y francesa para comprobar que la compulsión no sería necesaria, y que la simple amenaza de una multa, junto con la “vacuna-condición”, son suficientes para incrementar notablemente el número de individuos vacunados. Así lo ha sostenido, tras examinar este asunto, el filósofo del Derecho Roland Pierik, el cual asegura que la experiencia prueba que “mandatory vaccination through fines provides enough an incentive to generate sufficient vaccination rates to maintain robust herd immunity”, y

⁸² En Italia, el artículo 4 del *Decreto-legge* de 7 de junio de 2017 establece sanciones administrativas que pueden ir de los cien a los quinientos euros, y el *Decreto legislativo* de 16 de abril de 1994, *Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, delative alle scuole di ogni ordine e grado*, prevé, en su artículo 100, que “l’amissione alla scuola materna è subordinata al possesso del requisito dell’età (...) e alla presentazione della certificazione delle vaccinazioni di cui all’articolo 117”. En Francia, el *Décret* núm. 2018-42 de 25 de enero de 2018 *relatif à la vaccination obligatoire* estableció, en su artículo 2, que la admisión de los niños a escuelas y centros de enseñanza estaría subordinado a la presentación del certificado de vacunación.

⁸³ Real Decreto sobre vacunación obligatoria y medios de extinción de la viruela, de 15 de enero de 1903.

que, por ello, “only when this is not the case a more intrusive policies can be considered”⁸⁴.

4. ¿SON CONVINCENTES LAS OBJECIONES?

Una de las razones a las que se apela para oponerse a la vacunación obligatoria es que la obligatoriedad viola el derecho a la integridad física. Mark Navin, quien ha dedicado un libro a analizar las objeciones que plantean quienes rechazan la vacunación, asegura que “vaccines refusers may insist that coercive vaccination violates bodily integrity, which is something that the state may not do”⁸⁵. Por su parte, Giubilini señala sobre todo a los “nozickian libertarians” como aquellos que afirman que “bodily autonomy is a fundamental liberty, and therefore the state is not justified in violating bodily autonomy to promote a good that is valuable for the community”⁸⁶.

“Yo no me quiero vacunar y nadie puede obligarme, porque la Constitución protege mi negativa”. Esto es lo que parecen pensar algunos, que consideran que la imposición de vacunas es incompatible con el derecho a la integridad física que reconoce en el artículo 15 la Constitución española. Nuestro Tribunal Constitucional (a partir de ahora TC), en la STC 120/1992, de 21 de septiembre, señaló que “este derecho constitucional (el derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15) resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad”, a lo que añadió que “esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”. Parece, pues, que cabría apoyarse en el derecho a la integridad física para justificar la resistencia a imponer una vacunación.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los derechos no son absolutos, y que deben ser armonizados entre sí. Como recordó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación a un caso en el que declaró ajustada a Derecho la decisión de vacunar forzosamente a los hijos de unos padres que se negaban a hacerlo, “la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto a los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de

⁸⁴ R. PIERIK, “Mandatory Vaccination...”, cit., p. 389.

⁸⁵ M. NAVIN, *Values and Vaccine Refusal. Hard Questions in Ethics, Epistemology, and Health Care*, Routledge, Nueva York, 2016, pp. 183 y ss.

⁸⁶ A. GIUBILINI, *The Ethics of Vaccination*, cit., p. 104.

la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general”⁸⁷.

Nos encontramos en un escenario en el que la salud de todos está expuesta a un grave riesgo, lo cual es razón suficiente para limitar el derecho a la integridad física de los individuos. *Salus populi suprema lex est*. Y vacunar a determinados individuos a cambio de garantizar protección colectiva frente a enfermedades infecciosas, es una medida perfectamente armonizable con la salvaguarda del derecho a la integridad física.

Es importante señalar por ello que el propio TC ha indicado explícitamente que el derecho a la integridad física no es un derecho absoluto, y que puede ceder si es ante razones de interés general, debidamente establecidas y justificadas por la Ley. Y, claro está, la salud pública es una de esas razones. En la STC 207/1996, el TC explicitó qué exigencias debería cumplir cualquier medida que afectara a un derecho fundamental, así como, y de manera más concreta, los que afectarían al derecho a la integridad física⁸⁸. Veamos esto.

En relación con las medidas restrictivas de derechos fundamentales, el TC sostuvo que deberían cumplir con las exigencias generales de razonabilidad y proporcionalidad, que se concretan en las condiciones de idoneidad –que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto–, de necesidad –que no exista otra medida menos restrictiva e igual de eficaz–, y de proporcionalidad en sentido estricto –que, en relación con los bienes en colisión, la medida genere más beneficios que perjuicios⁸⁹. Pues bien, parece claro que la vacunación obligatoria cumpliría con las tres condiciones, porque permitiría alcanzar y mantener la inmunidad de grupo, como han demostrado las experiencias italiana y francesa, y cumplir así con el juicio de idoneidad. Ya hemos visto que no habría otra medida menos gravosa que permitiera asegurar la inmunidad de grupo, por lo que también cumpliría con la condición de necesidad. Por último, cumpliría con la exigencia de proporcionalidad, porque a cambio de una afectación menor a la integridad física, lograríamos activar el escudo de la inmunidad de grupo⁹⁰.

⁸⁷ Véase el Fundamento de Derecho cuarto de la STSJ de Andalucía 8545/2013, de 22 de julio.

⁸⁸ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁸⁹ Sobre el principio de proporcionalidad como guía para la resolución de los conflictos de derechos, véase M. J. AÑÓN ROIG, *¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?*, *Derechos y Libertades*, núm. 34, 2016, pp. 79 y ss.

⁹⁰ Juan José González López ha sostenido que la imposición obligatoria de la vacunación a los menores no maduros es susceptible de superar el juicio de proporcionalidad,

Antes de proseguir, sin embargo, valdría la pena descartar, a propósito del juicio de necesidad, la reclusión o confinamiento domiciliario como medida alternativa y menos restrictiva para los que se negasen a la vacunación obligatoria. Es cierto que la reclusión no permitiría alcanzar la inmunidad de grupo, pero es que ni siquiera sería menos gravosa que la propia compulsión. En la citada STSJ de Andalucía 8545/2013, el Tribunal tuvo que valorar si la vacunación forzosa cumplía el juicio de proporcionalidad, porque la parte recurrente entendía que era más razonable el aislamiento domiciliario voluntario. El Tribunal concluyó que “la Sala no llega a vislumbrar por qué sería más proporcional tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (dado que habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración”⁹¹.

Además de las condiciones a cumplir por cualquier medida que afecte a un derecho fundamental, el TC también detalló, en la misma STC 207/1996, las tres exigencias que debería acreditar toda medida que restringiera concretamente el derecho a la integridad física: en primer lugar, que “en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer (...) un riesgo o quebranto para la salud”. En segundo lugar, que en cualquier caso la intervención sea llevada a cabo “por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran”; en tercer lugar, que la intervención deberá efectuarse “con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún

y representa una alternativa legislativa constitucionalmente admisible. Cf. J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, “Análisis de la admisibilidad constitucional de la vacunación obligatoria de menores”, *Derecho y Salud*, vol. 26, 2016, p. 167. En el mismo sentido, María Martín Ayala defiende la instauración de un calendario vacunal único y obligatorio para todo el Estado. M. MARTÍN AYALA, en “Vacunación infantil”, *Derecho y Salud*, vol. 24, núm. extra. 1, 2014, pp. 182-192.

⁹¹ También ha defendido que la reclusión domiciliar es más gravosa que la vacunación forzosa STAN BLOCK, quien afirma que, “during a possible vaccine-preventable illness, the child must not only be isolated from one’s office, but also from day care, school, and susceptible siblings”. Véase del autor “The Pediatrician’s Dilemma: Refusing the Refusers of Infant Vaccines”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2015, pp. 650. En la misma línea JESSICA FLANIGAN ha señalado que “quarantine is a limitation on a potentially contagious person’s (...) the cost to the individual of preventing transmission is typically higher than in the case of non-vaccination because it involves isolation rather than a unwanted injection or medication”, y añade que, por otro lado, “the risks posed by contagious people who are subject to quarantine are also higher”. De la autora, “A Defence of Compulsory Vaccination”, cit., p. 13.

caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante”.

No se ven grandes problemas para que la vacunación obligatoria cumpliera con estos tres requisitos, pues el personal sanitario sería el encargado de vacunar a los individuos con todas las garantías sanitarias, del mismo modo que, por cierto, se hace hoy en día; y la dignidad de las personas se vería respetada absolutamente. También cumpliría con el requisito de no poner en riesgo la salud de los individuos. Hay que recordar que este modelo iría acompañado de una serie de requisitos técnicos, y de un sistema de exenciones, de tal modo que no se vacunaría a los individuos para los que la vacunación pudiera comportar problemas de salud, ya fuera por el estado en que se encuentren, ya por estar en situaciones contraindicadas con la administración de vacunas.

De hecho, no otra cosa es lo que se hace en Italia y en Francia. En el país transalpino, el artículo 1.3 del *Decreto-Legge* citado establece que las vacunaciones “possono essere omesse o differite solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale o dal pediatra di libera scelta”. Mientras que en Francia, el *Code de la santé publique* establece, en su artículo L3111-2, que “les vaccinations suivantes sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue, dans des conditions d’âge déterminées par décret en Conseil d’Etat, pris après avis de la Haute Autorité de santé”.

César Cierco ha señalado a la objeción de conciencia como una de las grietas o puntos más débiles del modelo de la obligatoriedad, por cuanto que se la invoca para resolver la colisión entre la vacunación obligatoria y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁹². Sin embargo, aunque *a priori* pudiera verse dicha objeción como algo inherente al establecimiento de cualquier obligación legal que imponga una prestación de servicios, así la de prestar el servicio militar, lo cierto es que, examinado de cerca el asunto, no parece haber excesivas buenas razones para habilitar esta suerte de objeción de conciencia vacunal.

⁹² C. CIERCO, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, cit., p. 93. Para saber más sobre el debate entre la objeción de conciencia y la vacunación obligatoria, pueden verse D. SALMON y A. SIEGEL, “Religious and Philosophical Exemptions from Vaccination Requirements and Lessons Learned from Conscientious Objectors from Conscription”, *Public Health Reports*, vol. 116, 2001, pp. 289-295, y S. CLARKE, et al., “Conscientious Objection to Vaccination”, *Bioethics*, núm. 31, vol. 3, 2017, pp. 155-161.

En primer lugar, porque no está nada claro que la vacunación obligatoria colisione con esas libertades. Como ha apreciado César Cierco, “los vínculos entre la vacunación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión distan de ser claros” a efectos de ser tenidos como motivo de exoneración⁹³. Pierik cree por su parte que la libertad religiosa y de creencias no deben ser vistas, en ningún caso, como límites a la vacunación obligatoria, y no considera por ello que deba habilitarse una objeción de conciencia por razones no médicas⁹⁴. Tampoco la Comisión Europea de Derechos Humanos entendió que la vacunación obligatoria representara una interferencia en el ejercicio de tales libertades. En 1998, este órgano tuvo que decidir si la vacunación obligatoria era contraria a la libertad de pensamiento, conciencia y religión protegida por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y concluyó que “the obligation to be vaccinated, as laid down in the legislation at issue, applies to everyone, whatever their religion or personal creed”. En consecuencia, consideraba que “there has been no interference with the freedom protected by art. 9 para 1 of the Convention”⁹⁵. Asimismo, merece la pena señalar que, aunque no pueda descartarse que en un futuro aparezca una religión que rechace explícitamente la vacunación, de momento no la hay y, en todo caso, sería necesaria cierta plausibilidad intelectual respecto a las razones no médicas que impidan vacunar.

A esto hay que añadir que las exenciones por razones no médicas serían contrarias al principio de generalidad e igualdad, que ya vimos que exige que todos los individuos estén igualmente obligados a vacunarse⁹⁶. Pierik incluso llega a afirmar que las exenciones por motivos religiosos discriminarían a los ateos, porque serían ellos, como casi siempre, los únicos que tendrían que soportar las cargas que exige la vida en comunidad⁹⁷. Por su parte, Flanigan rechaza de pleno las exenciones por razones no médicas, porque entiende que “religious freedom and rights of informed consent no not entitle non-vaccinators to harm innocent bystanders”, es decir, que esos derechos no legitimarían al objetor a, en definitiva, perjudicar a terceros⁹⁸.

Por último, otra razón que desaconsejaría abrir cauce a una objeción de conciencia, es que, de hacerlo, se frustraría el objetivo último de lograr y

⁹³ C. CIERCO, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, cit., p. 93.

⁹⁴ R. PIERIK, “Mandatory Vaccination...”, cit., pp. 389-390.

⁹⁵ Decisión de 15 de enero de 1998, *Carlo Boffa y otros c. San Marino*, p. 34.

⁹⁶ Así lo entiende al respecto A. GIUBILINI en *The Ethics of Vaccination*, cit., pp. 118-119.

⁹⁷ R. PIERIK, “Mandatory Vaccination...”, cit., p. 392.

⁹⁸ J. FLANIGAN, “A Defence of Compulsory Vaccination”, cit., p. 17-19.

mantener la inmunidad de grupo, lo cual haría que todo el modelo de vacunación obligatoria careciera de sentido. Esta idea ha sido defendida por Thomas May y Ross Silverman, los cuales aseguran que el modelo más efectivo de lograr este objetivo es denegar todas las exenciones no médicas⁹⁹. Si abrimos la puerta a la objeción de conciencia, el modelo de la obligatoriedad se tornaría ineficaz y, lo que *a priori* sería una obligación, *a posteriori* no lo sería; y no lo sería porque la objeción representaría un camino que, en apariencia restringido, permitiría que todo ciudadano que alegara razones no médicas, quedara dispensado de vacunarse. Quizás sea precisamente por este motivo por lo que ni el sistema francés ni el italiano han contemplado la “objeción de conciencia vacunal”, y sólo permiten la exención por razones médicas¹⁰⁰.

Es interesante comprobar el cambio de rumbo que están tomando algunos Estados de los EE.UU. en relación con este asunto. En el país americano, en donde existe la vacunación obligatoria, todos los Estados prevén exenciones por razones médicas, 48 de ellos por razones religiosas y solo 20 por creencias personales o de índole filosóficas. Y el incremento reciente en el número de casos en los que se apela a razones no médicas para evitar la vacunación está llevando a que los estados de la federación traten de limitar las exenciones no médicas o, cuanto menos, a restringir y dificultar su tramitación. Un buen ejemplo de ello es el cambio de políticas en el Estado de California, en donde, a consecuencia del brote de sarampión de Disneyland en 2015, se decidió eliminar totalmente las exenciones no médicas¹⁰¹.

Cabe afirmar, por lo tanto, que no solo el modelo de vacunación pública obligatoria tendría perfecta cabida en nuestro Ordenamiento jurídico, por ser perfectamente armonizable con el régimen de derechos y libertades

⁹⁹ T. MAY, y R. SILVERMAN, “Free-Riding, Fairness and the Rights of Minority Groups in Exemption from Mandatory Childhood Vaccination”, *Human Vaccines*, núm. 1, vol. 1, 2005, p. 14.

¹⁰⁰ A pesar de que hay buenas razones para adoptar el modelo de vacunación pública obligatoria y para rechazar la objeción de conciencia vacunal, esto no nos debe llevar tan lejos como para pensar, como hacen algunos, que es legítimo impedir que las personas puedan expresarse libremente sobre esta materia. También hay buenas razones para establecer impuestos, por ejemplo, pero no parece tanto que las haya para evitar que pueda ser discutida su conveniencia o idoneidad.

¹⁰¹ Sobre esto, véase C. CONSTABLE, *et al.*, “Rising rates of vaccine exemptions: Problems with current policy and more promising remedies”, *Vaccine*, núm. 32, 2014, pp. 1793-1797, y R. PIERIK, “Mandatory Vaccination...”, *cit.*, p. 395.

constitucionales, sino que existen buenas razones que aconsejan adoptarlo, ya que no sólo es el único que permite alcanzar y mantener la inmunidad de grupo, sino que es el que mejor respeta los aspectos éticos de la vacunación.

POL CUADROS AGUILERA
Universitat de Lleida
Facultad de Derecho, Economía y Turismo
Calle Jaume II, 73
25001 Lleida.
e-mail: pol.cuadros@udl.cat

**DEMANDAS DE ESCLAVOS
ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL Y ULTRAMAR,
RECLAMANDO SU LIBERTAD**

*SLAVE LAWSUITS IN THE SPANISH SUPREME COURT AND OVERSEAS,
DEMANDING THEIR FREEDOM*

RAMSÉS LÓPEZ SANTAMARÍA
*Corporación Universitaria Autónoma del Cauca
Colombia**

Fecha de recepción: 17-6-20

Fecha de aceptación: 24-11-20

Resumen: *El presente artículo busca ubicar decisiones que dieron cierre a procesos judiciales sobre solicitudes de libertad por parte de esclavos, en el uso del recurso de casación y dentro del marco de la estructura judicial y legal originaria de España. Este escenario advierte un aspecto de interés, en el sentido de probar qué tan cercanos pudieron llegar a ser los argumentos que se dieron en el Tribunal Supremo español respecto de aquellos que se gestaron en los casos resueltos sobre el mismo tema por parte de los jueces ubicados en los territorios del Virreinato de la Nueva Granada. Para este caso, se plantea un análisis documental de referencias primarias y secundarias relacionadas con el estado de la cuestión.*

Abstract: *This article seeks to locate decisions that closed judicial processes on requests for freedom by slaves, in the use of the appeal and within the framework of the judicial and legal structure originating in Spain. This scenario warns an aspect of interest in the sense of proving how close the arguments that were given in the Spanish Supreme Court could become with respect to those that arose in the cases resolved on the same subject by the judges located in the territories of the Viceroyalty of New Granada. For this case, a documentary analysis of primary and secondary references related to the state of the question is proposed.*

Palabras clave: libertad, litigio, sujeto, esclavo
Keywords: freedom, litigation, subject, slave

* <https://orcid.org/0000-0002-3035-7583>

1. INTRODUCCIÓN

Resulta de interés para esta investigación identificar si existen coincidencias argumentativas entre las decisiones tomadas en la Sala de Indias del Tribunal Supremo español y las decisiones tomadas por los jueces en ultramar en relación con las demandas presentadas por esclavos afrodescendientes asentados en los territorios de Indias y en este caso particular en el Virreinato de la Nueva Granada. Además, si tal relación advierte la existencia o no de denominadores comunes, entre las decisiones judiciales y sus argumentos en España y en ultramar, sobre el reconocimiento de la libertad de los esclavizados.

Lo anterior indica que, respecto al uso de disposiciones normativas como las Siete Partidas, entre otras, usadas en los dos contextos judiciales mencionados para resolver casos, pudieron tener igual alcance interpretativo o, por el contrario, los matices de interpretación para responder a la reclamación de libertad fueron en ambos casos totalmente opuestos¹.

Además, resulta de interés advertir que los esclavos podían acudir ante el tribunal de mayor importancia dentro de la estructura jurídica de los territorios de la corona, usando para ello un recurso jurídico en concreto, el recurso de casación. Aspecto que, de hecho, pone de presente que, desde 1835, el alto tribunal ya ponía en consideración de sus sentencias la posibilidad de reconocer de alguna manera la calidad de ‘sujeto’ al esclavo, que podía acudir hasta sus despachos para la reclamación de derechos².

Con lo anterior, se quiere resaltar que las pretensiones de los jueces en la historia institucional colombiana no estuvieron por fuera de los intereses que desde las decisiones judiciales españolas se tomaron respecto a la necesidad de algún grado de reconocimiento de personalidad jurídica en el esclavo. En el mismo sentido, es posible, con ayuda de las decisiones judiciales tomadas sobre reclamaciones de esclavos ante el Tribunal Supremo, evidenciar que, como en el caso de los jueces en el territorio del Virreinato de la Nueva Granada, el uso de principios como los ‘derechos de la humanidad’, como argumentos en demandas de esclavos, puede ser igualmente identificado en

¹ Vid. J. MARTÍNEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 23-28.

² Vid. B. DÍAZ SAMPEDRO, “La politización de la justicia: El tribunal supremo (1836-1881)”, Tesis doctoral, Departamento de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 147.

las sentencias del tribunal español para reconocer o negar derechos de libertad e incluso de propiedad de los esclavizados³.

Si existen coincidencias respecto al uso de principios como la humanidad, el honor o la justicia, entre otros, entre ambos escenarios judiciales, ¿qué significan, para el presente trabajo, dichos espacios comunes entre jueces distanciados por ultramar, pero al parecer unidos por pretensiones morales orientadas hacia el reconocimiento del esclavo? Dicho espacio común puede proporcionar pistas más claras acerca de los dos contextos judiciales y brindar elementos de solución a la pregunta previamente planteada en esta investigación.

Por tal razón, se advierte la necesidad de identificar las sentencias cuyos accionantes son la comunidad esclavizada, además, el contenido mismo de sus motivaciones jurídicas y, de igual manera, las consideraciones tenidas en cuenta por los jueces para reconocer o no las pretensiones de reclamación de libertad⁴.

Con ayuda de estas referencias es posible advertir, además, que la existencia de una sala propia para asuntos de Indias no tuvo origen exclusivo en el Tribunal Supremo. Existe, además, un antecedente entre los años de 1809 y 1810 llamado el Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias, creado durante los difíciles momentos en que España estuvo bajo el gobierno de Napoleón, motivado por el gobierno liderado por el Rey Fernando VII en el espacio que las fuerzas napoleónicas de José I no lograron ocupar⁵.

³ Como ocurre en otros casos de reclamaciones jurídicas hechas por esclavos en Europa, existen fundamentaciones hechas en relación con la importancia que tiene el cristianismo y principios morales originados en esta moral respecto a la igualdad de los seres humanos. En esta línea, se recomienda ver: Sociedad Literaria de Amigos Colaboradores. *Colección de las causas más célebres, los mejores modelos de alegatos, acusaciones fiscales, interrogatorios y defensas en lo civil y criminal del foro francés, inglés y español: Parte francesa*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1834, pp. 99-136.

⁴ Como se ha podido observar, existe una tendencia a favorecer la libertad de los esclavos. Esta tendencia no es exclusiva de la historia institucional colombiana. Por el contrario, es posible encontrar casos en los que, en diferentes lugares del sur del continente americano, como ocurre en Argentina, la aparición en el sistema jurídico de figuras como el Defensor o Procurador de esclavos fomentó la tendencia de demandas de esclavos en contra de sus amos por diferentes razones. Entre dichos casos se encuentran el mal trato y lo que impulsó luego a que se creara en su favor la posibilidad de cambiar de dueño ante la prueba del uso abusivo de castigos. Al respecto, sobre las demandas presentadas por esclavos contra sus amos en Argentina, se recomienda ver: C. BERNAND, *Negros esclavos y libres en las ciudades hispanoamericanas*, Fundación Histórica Tavera, 2001, p. 81.

⁵ Vid. J. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, "El consejo y tribunal supremo de España e Indias (1809-1810)", en la *España medieval*, Tomo V, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, pp. 1033-1050.

Una evidencia jurídica de esta naturaleza advierte de la relación que existe entre España y los territorios de las Indias, sobre todo, en cuanto a la estructura judicial, en donde instituciones como la previamente mencionada, se ocupan en alguna de sus salas de asuntos propios de los territorios de ultramar. Este contexto ayuda a explicar cómo, durante la primera mitad del siglo XIX en España, hubo un interés por crear escenarios institucionales desde los cuales se pudieran atender los asuntos de Indias y orientar la manera de resolverlos⁶.

En este orden de ideas es donde se puede hablar de la creación de la Sala de Indias del Tribunal Supremo español en el año 1835, no como una primera aparición de tal Sala dentro de la estructura jurídica española, sino, por el contrario, como un proceso de evolución histórica, en el que los temas de ultramar son de importancia para los operadores judiciales de la península. Es por ello por lo que se hace necesario identificar seis sentencias proferidas por la Sala de Indias del Tribunal Supremo, que pasaran a ser expuestas en el acápite siguiente y en las que los jueces califican al esclavo como ‘sujeto’. Aspecto que resulta para los fines de este trabajo de gran interés, si por tal calificativo se puede afirmar que su reconocimiento no fue solo objeto exclusivo de aceptación en las decisiones judiciales de los jueces en la historia institucional colombiana⁷.

2. LA SALA DE INDIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL SUSTENTO JURÍDICO DE LAS SENTENCIAS SOBRE ESCLAVITUD ULTRAMARINA

En cuanto a las sentencias en concreto identificadas de la Sala de Indias del Tribunal Supremo español, será posible hacer referencia a seis de ellas. En dichos pronunciamientos el Tribunal advierte el reconocimiento de la condición de sujeto del esclavo, como accionante y titular de derechos, sobre todo en cuanto a la existencia de su derecho a la libertad. Por tal razón, una de las primeras características comunes entre los argumentos tenidos en cuenta entre jueces de la Sala de Indias y aquellos de ultramar, tiene que ver con el reconocimiento inicial del esclavo como sujeto⁸.

⁶ Vid. B. DÍAZ SAMPEDRO, “La politización de la justicia: El tribunal supremo (1836-1881)”, cit., pp. 20-106.

⁷ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, cit., p. 45.

⁸ Este reconocimiento, como se ha dicho en páginas anteriores, no es exclusivo ni de los jueces del Tribunal Supremo, ni tampoco de quienes ejercieron las mismas funciones en la historia institucional colombiana. Este es el caso del esclavo Joseph Sosa, quien demanda

Esta coincidencia no es consecuencia deliberada de decisiones judiciales que se toman en relación con el reconocimiento de derechos en favor de una comunidad esclavizada. Los argumentos están basados en un marco judicial común, que existió tanto para los jueces del Tribunal Supremo español como para aquellos jueces del otro lado del Atlántico y a quienes igualmente les correspondió partir del mismo sistema judicial para reconocer o negar derechos en favor de esclavos⁹.

Entre las referencias sobre disposiciones normativas comunes tanto en el Tribunal Supremo español, como en ultramar, se pueden mencionar: las Siete Partidas de Alfonso X del siglo XIII, el Código Negro de 1789 y la Novísima Recopilación de 1805. Estas son referencias jurídicas comunes en ambos escenarios judiciales, toda vez que, dentro de estas, existieron reconocimientos legales en favor de esclavos para acceder al sistema judicial, más exactamente en el marco de la Real Cédula de 1789, en la que se promueve la defensa de los intereses de los esclavos en los procesos judiciales a través de la figura del procurador síndico¹⁰.

a su amo y a quien se le reconoce personalidad jurídica para hacerlo. Tomado de: M. ARRE MARFUL, y K. MORAGA RODRÍGUEZ, "Litigios por sevicia de negros y mulatos esclavos. Estrategias de 'sobrevivencia social' en Chile colonial (s. XVIII)", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 2009, <http://journals.openedition.org/nuevomundo/55954>; DOI: 10.4000/nuevomundo.55954

⁹ Vid. J. MARTÍNEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, cit., p. 23.

¹⁰ Sobre este particular, es posible identificar expedientes judiciales, tanto del Tribunal Supremo como de ultramar, en los que aparece el Procurador Síndico como un protagonista dentro del sistema judicial en la defensa de los derechos de los esclavos. Para el caso de expedientes en los que participa el Procurador en casos de ultramar, se puede consultar: Archivo Histórico Central del Cauca. Signatura: 4328 (Ind. J I-1 cv). Remitente: José Valencia, procurador general, defensor de esclavos. Destinatario: Alcalde ordinario Manuel de Cuebas. Contenido: "Causa de manumisión del negro Modesto, esclavo de la testamentaria de Juan Tomás Rada a cuyo primer albacea Antonio Mendizábal de Trissarry había consignado aquel 300 pesos, a cuenta de su libertad desde 1809; Promovido el asunto por el defensor de esclavos se da traslado a los herederos de Rada y contesta de parte de ellos Francisco Mariano Rada, 2º albacea y heredero; se nombran evaluadores y no habiendo éstos dándole mayor valor, se le otorga la carta de libertad al expresado negro". Lugar del Procedencia: Popayán. Fecha: 1º de enero de 1809 y 22-28 de febrero de 1812. Folios: 4. Observaciones: manuscrito. Signatura: 5162 (Ind. J I-7 cv). Remitente: Manuel María Velasco, síndico procurador general. Destinatario: Presbítero Manuel Antonio Ayerve. Contenido: "Expediente promovido por el Procurador General, sobre la libertad del negro Juan José perteneciente al finado Marcos Bermúdez". Lugar de Procedencia: Popayán. Fecha: 2 de diciembre de 1818-3 de febrero de 1819. Folio: 6. Observaciones: manuscrito. Original. Signatura: 5989 (Ind. J II-2 cv).

Este último funcionario es clave en la puesta en marcha de actividades judiciales por parte de esclavos, no solo en el escenario judicial de la historia institucional colombiana, sino también en los recursos de casación presentados ante la Sala de Indias del Tribunal Supremo en defensa de los derechos, especialmente de libertad de los esclavizados. Un elemento común, pero al mismo tiempo diferenciador, si se quiere entender que, no obstante su existencia institucional para el caso particular colombiano, su accionar no fue necesario en todos los casos, como se puede demostrar en expedientes judiciales encontrados en archivos judiciales en Colombia¹¹.

Al respecto, en la presente investigación es posible evidenciar casos en los que los esclavos, en su solicitud de libertad y también en algunos casos de reconocimiento de su propiedad privada, pudieron presentar demandas de manera directa, sin la necesidad de representación de procurador síndico. Este proceder advierte una particularidad de distinción y, al mismo tiempo, de coincidencia; en el caso de esta última, porque la figura existió legalmente en ambos escenarios, pero en el de la primera, porque se ha podido poner de presente que en casos concretos hubo demandas presentadas directamente por esclavos de su puño y letra, en donde incluso obtuvieron sentencias a su favor¹².

Las circunstancias de naturaleza política, los intereses propios del contexto de una tensión entre dos poderes, uno colonial y otro criollo, influyeron en las condiciones de desarrollo de decisiones judiciales. En el caso de la historia institucional colombiana modularon el uso de ciertos formalismos, ante la necesidad de beneficiarse del reconocimiento de los esclavos en favor de los intereses de la corona, por un lado, y de la conveniencia de los grupos sociales con pretensiones de independencia, por otro¹³.

¹¹ Es de interés para el presente trabajo resaltar que, en la historia institucional colombiana acá estudiada, no en todos los casos los esclavos presentaron sus demandas a través de Procurador; sino que, por el contrario, lo hicieron directamente, como ocurre en el caso de la demanda del esclavo Juan Andrés Rodríguez. Al respecto, revisar: Archivo Histórico Central del Cauca. Signatura: 3121 (Rep. C I -4 dt). Remitente: Juan Andrés Rodríguez (esclavo). Destinatario: Francisco Antonio Jirón, Juez parroquial del Tambo. Contenido: "Juan Andrés (esclavo), entabló demanda contra el ciudadano Santiago David, su amo, por cinco vacas paridas y una pailita de cobre que éste le quitó". Lugar de procedencia: Popayán, Tambo. Fecha: 4 de junio de 1839. Folios: 98 a 101. Observaciones: manuscrito. Original. Pertenece libro de actas con la misma signatura.

¹² Ibid.

¹³ Vid. A. PÉREZ-VILLA, "Disorderly Love. Illicit Friendships, Violence and Law in a Slave Society at War, Popayán-Colombia, 1809-1830", Thesis of Doctor of Philosophy, History and Women's Studies, University of Michigan, 2017, pp. 43-51.

Si bien esas circunstancias no son propias del contexto del Tribunal Supremo, si es cierto que existe un marco jurídico común que permite la defensa de los intereses jurídicos de aquellos provenientes de África y esclavizados. Por un lado, tanto para el uso de recursos judiciales en la historia institucional colombiana, como para el uso de los mismos en España. Esta es una característica particular que distingue una condición especial del estudio de la esclavitud, dentro del contexto de la corona española, a diferencia de la misma institución en otros territorios.

Lo anterior quiere decir que, mientras que en el caso español hubo un amplio marco jurídico en favor de la actividad judicial de los esclavizados, en otras monarquías dichos reconocimientos estuvieron reducidos considerablemente, hasta el punto de negar cualquier acción civil en favor de un esclavo, precisamente porque su condición ajena a la de ser un “sujeto” se lo impide. Este es el caso de la demanda presentada por Drent Scott ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, un hombre afroamericano que en 1857 obtiene como sentencia judicial la negación de su reconocimiento a la libertad¹⁴.

En otro aspecto, es posible anotar la coincidencia que existe en cuanto a la duración de los procesos judiciales adelantados por los esclavos, en su condición de sujeto del proceso. Tanto en el caso de las demandas presentadas en el escenario del Virreinato de la Nueva Granada, como de aquellas interpuestas ante el Tribunal Supremo español, el tiempo de duración fue similar, inicialmente en prolongados espacios de tiempo y luego, aproximadamente con una duración de cinco años, para la obtención de sentencias¹⁵.

No se identifican dentro de los procesos judiciales iniciados por los esclavos temporalidades expeditas. De hecho, en algunos casos, tanto en uno como en otro de los escenarios estudiados, los sujetos procesales fallecieron, sustituyendo a los demandantes originales sus herederos, especialmente sus hijos. Esta es una característica especial del marco legal en el que se desarrollan las mencionadas demandas, entender que la muerte del sujeto procesal no da por terminada la acción y su proceso; por el contrario, las pretensiones

¹⁴ Vid. A. ALLEN, *Origins of the Dred Scott Case. Jacksonian Jurisprudence and the Supreme Court 1837-1857*, University of the Georgia Press, Athens, 2006, p. 9.

¹⁵ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, cit., p. 50.

siguieron en cabeza de los hijos de los esclavos, quienes, en casi todos los casos, tenían la misma condición que sus padres¹⁶.

Este último aspecto es de interés si se entiende que el propósito es no solo reconocer la condición de sujeto en favor de los esclavos, sino, además, en favor de sus propios herederos. Siguiendo el marco jurídico propuesto para sustanciar las decisiones de los jueces en ambos continentes¹⁷.

Más allá de cualquier intención de reconocimiento en favor del esclavo como sujeto del proceso, los beneficios obtenidos para este dentro del marco legal se extendieron en favor de sus herederos. Razón por la cual, en algunos casos, es posible identificar que luego de la muerte del accionante sus hijos o sus esposas siguieron adelante como titulares de la demanda judicial.

Por otro lado, dentro del marco legal existente para la toma de decisiones judiciales en relación con los esclavos, la Recopilación de Leyes de Indias del siglo XVII permitió que los españoles que tuvieran hijos con mujeres esclavas pudieran reclamar en favor de estos su condición de libertad. Esta es una de las razones por las cuales hijos de esclavas lograron la libertad apelando a esta norma en los procesos judiciales¹⁸. La misma norma promueve, además, a todas: “[...] nuestras Reales Audiencias, que si algún Negro, o Negra, u otros cualesquiera, tenidos por esclavos, proclamaren a la libertad, los oigan, y hagan justicia, y provean, que por esto no sean maltratados por sus amos”. Una referencia legal, precisa y clara que advierte la necesidad de reconocer un trato en favor de los esclavos alejado de los abusos, como consecuencia de sus demandas por mal trato y por exigencias puntuales hacia sus propios amos¹⁹.

¹⁶ Existe una tendencia histórica respecto a la preocupación sobre la dilación injustificada de los procesos judiciales y las consecuencias que esto trae para la sociedad. Al respecto se recomienda ver: M. RUBIO, *La catedral y el bazar. Reflexiones profanas sobre la justicia*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 124-189.

¹⁷ Como se ha dicho previamente, la influencia del cristianismo promueve un reconocimiento inicialmente moral en favor de los esclavos, lo que resultará siendo favorable, en términos de los alcances jurídicos que tendrán los procesos judiciales a la hora de permitir que en la mayoría de los casos se reconozca de la libertad. Al respecto se recomienda ver: J. CASABÓ SUQUÉ, “Esclavitud y cristianismo”, *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. XII, núm. 758, 5 de noviembre de 2007. ISSN 1138-9796. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-758.htm>

¹⁸ Vid. J. MARTÍNEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, cit., p. 39.

¹⁹ *Ibid.*

3. LA CONSIDERACIÓN DEL ESCLAVO COMO SUJETO DEL PROCESO EN EL TRIBUNAL SUPREMO

No obstante, en relación con la existencia de un marco jurídico en favor del reconocimiento del esclavo como sujeto de derechos, al mismo tiempo hubo disposiciones normativas que apelaron a consideraciones totalmente opuestas y que buscaron, por el contrario, prohibir cualquier clase de progreso en favor de la aceptación en su favor. Este es el caso de la miscegenación, una norma en procura de la prohibición de la mezcla de razas, y con ella la implementación de castigos para aquellos que en su condición de blancos decidieran estar con esclavas y tener con ellas hijos²⁰.

Esta contradicción normativa es muy propia de la época, si se entiende que es posible identificar un vasto escenario normativo, el cual no fue objeto de recopilación en todas sus disposiciones. Razón por la cual, en muchos casos, es posible advertir la existencia de decisiones judiciales favorables y, en otros, adversas a las pretensiones planteadas por los esclavos sobre su reclamación de libertad; y lo mismo ocurre en relación con sus derechos a ser titulares de propiedad privada²¹.

Este es un escenario jurídico complejo, dentro del cual el juez identifica no solo contradicciones, sino además vacíos dentro de la norma, que en muchos casos favorecieron al esclavo en la procura de su libertad; tal y como se puede ver en sentencias proferidas por el Tribunal Supremo español sobre los derechos de libertad de esclavos, sosteniendo lo siguiente:

“Según los principios filosóficos y de derecho, aun cuando en el caso presente pudiera haber duda de si los dos gemelos quedaban libres debería estarse siempre en favor de la libertad [...] estos principios han sido infringidos, así como la doctrina legal establecida por la regla veintinueve, título treinta y cuatro, Partida sép-

²⁰ Vid. V. GUTIÉRREZ DE PINEDA, *Miscegenación y Cultura en la Colombia Colonial. 1750-1810*, Tomo II, Universidad de los Andes y Colciencias, Bogotá D.C., 1999, pp. 66-74.

²¹ Esta tensión se puede evidenciar, entre muchos otros casos, en las demandas presentadas por esclavos contra sus amos por maltratos físicos. El complejo sistema normativo de la época hizo muy difícil que en todos los casos los esclavos pudieran tener la protección judicial, toda vez que medió considerablemente la posición de poder de su amo. Sin embargo, en otros casos similares de maltrato, el amo evitó dichas demandas ante la exposición pública que esta podía implicarle. Al respecto se recomienda ver: M. MUNIVE, “Blanco seguro: el maltrato a los esclavos en Cartagena y Mompox durante el siglo XVIII”, *Procesos Históricos: revista de Historia y Ciencias Sociales*, núm. 13, 2008, pp. 97-116. Disponible en: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/procesoshistoricos/article/view/9586/9527>

tima, de que el que está a lo favorable debe estar a lo adverso; pues así como D. José Elías de Entralgo y su esposa Doña Ana Fernández no hubieran devuelto, según la práctica alegada por el Síndico Procurador y no contradicha por Entralgo, los veinticinco pesos a su esclava María Eugenia si el fruto de su concepción hubiese nacido muerto, así también el mismo fruto, sea de uno o de dos hijos, debe obtener la libertad sin ningún aumento de retribución, al haberse estipulado, en realidad, un contrato (de compraventa de la libertad) a riesgo y ventura; y tratándose de sí un ser dotado de razón a de quedar libre o esclavo, todas las dudas que pueden ocurrir deben resolverse favorablemente a la libertad [...]"²².

Esta sentencia del Tribunal Supremo español advierte una reflexión de interés, particularmente en cuanto a la manera que el juez tiene de llenar el vacío del sistema jurídico (en este caso la duda), usando para ello la libertad como principio rector de solución del caso concreto. Esta reflexión es de valor si se entiende, además, que es una decisión que se toma en el marco del siglo XIX, en donde aún la esclavitud existe como institución jurídica en muchos territorios de la corona en América²³.

Sin embargo, es posible notar, con ayuda de estas referencias jurisprudenciales, que la tendencia en este escenario en favor del reconocimiento del esclavo como un 'sujeto' del proceso judicial, no fue exclusiva de los jueces en el marco de la historia institucional colombiana, sino también de aquellos que fueron competentes para la solución del recurso de casación en el Tribunal Supremo. De hecho, al hacer una comparación entre las decisiones judiciales en mención, es posible advertir que existe un denominador común en cuanto al uso de principios que, en muchos casos basados en pretensiones morales sirvieron como razón jurídica para la positivación de reclamaciones no propiamente jurídicas, como el beneficio de la libertad²⁴.

²² J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, cit., p. 55.

²³ Vid. *Ibid.*, p. 56.

²⁴ En el caso de la historia institucional colombiana, existen estudios en donde se han logrado detallar las referencias primarias, a través del Archivo General de la Nación y del Archivo Histórico Central del Cauca, de expedientes judiciales, en donde se muestran las tendencias jurisprudenciales de la época, respecto a la consideración de la libertad de los esclavos, particularmente sobre los contratiempos, las contradicciones y, en otros casos, sobre los logros respecto al dilatado reconocimiento de la libertad de los esclavos en la Nueva Granada. Al respecto se recomienda ver: M. CUEVAS, "El proceso de la abolición de la esclavitud en la Nueva Granada (1780-1860). Tiempos y contratiempos de una transición significativa, entre la Revolución y la República". *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. 2019. Disponible en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/72382>. DOI: 10.4000/nuevomundo.72382

Este uso de principios en común, a los cuales en muchos casos los esclavos apelaron para su uso, como en las demandas en las que se mencionan los ‘derechos de la humanidad’, el ‘honor’ o el ‘trato humano’, entre otros, son parámetros de transformación de los derechos, particularmente en el proceso de reconocimiento del esclavo como sujeto. Por un lado, en cuanto a la historia institucional colombiana entre los siglos XVIII y XIX y, por otro, en cuanto al marco jurídico español, con el que se comparten intereses comunes de solución de casos iniciados por la comunidad esclavizada.

Ese marco jurídico determina una conducta común para los jueces encargados de resolver las solicitudes de libertad de los esclavos, en el escenario de la historia institucional colombiana acá estudiada, así como en el caso de la Sala de Indias del Tribunal Supremo. Muestra de dicha conducta común se puede mencionar, entre otras, la correspondiente a la ley 13 de las Siete Partidas, que reza: “Y decimos que regla derecha es que todos los jueces deben ayudar a la libertad, porque es amiga de la naturaleza, que la aman no tan solamente los hombres, más aún todos los animales”²⁵.

Referencias como esta advierten sobre la razón que tiene el Tribunal Supremo de proferir sentencias en favor de la libertad, en algunos casos de reclamaciones hechas por esclavizados. De igual manera, este mismo tribunal pone de presente en sus sentencias la consideración que existe, dentro del marco de las Siete Partidas, respecto al trato que deberá darse a la duda en caso de solución de pleitos en donde la libertad es objeto de estudio. Para tal propósito, en sentencias como aquella proferida el 12 de noviembre del año 1857 por la Sala de Indias, se dice en considerando: “[...] que tratándose de si un ser dotado de razón ha de quedar libre o esclavo, todas las dudas que puedan ocurrir deben resolverse favorablemente a la libertad, como lo dispone la ley 18, título 22, Partida 3, y regla primera, título 34, Partida 7”²⁶.

No obstante la existencia de disposiciones normativas como las que se señalan con anterioridad, el Tribunal Supremo dispuso, en otros casos, negar el reconocimiento de la libertad solicitada, a través del Síndico Procurador, como efectivamente ocurre en sentencia del 12 de noviembre de 1857. Caso en el que se alega que María Antonia Pardo, “era una de los 94 negros apre-

²⁵ Alfonso X ‘El Sabio’. *Las siete partidas*. Editorial Linkgua digital, 2014, p. 238.

²⁶ Directores de la revista general de legislación y jurisprudencia. *Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de justicia, en recurso de nulidad, casación en injuria notaria, y en materia de competencias, desde la organización de aquellos hasta el día*, Tomo VIII. Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1863, p. 557.

sados en la goleta Nuestra Señora del Carmen, que introducidos en Trinidad en el año 1795, adquirieron su libertad por disposición soberana”²⁷.

Sobre la decisión en concreto del alto tribunal en cuanto a la libertad de Pardo, se puede anotar lo siguiente:

“Suministradas pruebas por ambas partes en este pleito, la Sala que le sentenció calificó de bien probado que la morena Antonia Pardo no fue del número de esclavos introducidos en Trinidad el año 1795 y emancipados después por una soberana resolución, sino de los desembarcados anteriormente en aquel punto en 1792 a quienes no comprendió dicha Real gracia”²⁸.

En relación con el contenido de la sentencia, la decisión tomada por el Tribunal Supremo advierte que solo podrá ocuparse de los hechos y, en particular, de la manera como aquellos han sido tratados en las instancias previas por el juez de primera instancia; impidiendo así resolver a favor del esclavo, pues en este caso ha quedado probado que la demandante no fue objeto de los beneficios que se produjeron en favor de los esclavos desembarcados en el año 1795. No obstante la existencia de las disposiciones normativas referidas con anterioridad sobre la duda en favor del esclavo, esta logró, a criterio del Tribunal Supremo, ser resuelta probatoriamente en las instancias previas al recurso de casación, por lo que sobre ellas el Tribunal Supremo limitó su pronunciamiento.

Dicho lo anterior, y con ayuda de las referencias primarias identificadas en este caso sobre las decisiones judiciales tomadas dentro de la Sala de Indias del Tribunal Supremo español, en uso del recurso de casación, se puede deducir igualmente que, así como en las decisiones judiciales tomadas en la historia institucional colombiana respecto a reclamaciones de libertad hechas por esclavos en circunstancias similares, las que fueron objeto de decisión del tribunal español gozaron de tener condiciones afines.

Esto quiere decir que, además de la existencia de marcos jurídicos comunes, hubo en ambos escenarios coincidencias en las tendencias de solución de casos en los que los esclavos fueron ‘sujetos’ del proceso judicial, particularmente en el reconocimiento de la libertad. Razón por la cual es posible identificar sentencias que, por un lado, reconocen el mencionado derecho a un esclavo, pero que al mismo tiempo lo niega en otros casos²⁹.

²⁷ J. MARTÍNEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, cit., p. 57.

²⁸ *Ibid.*, p. 58.

²⁹ Si bien la presente investigación se centra en la identificación de los grados de reconocimiento de personalidad jurídica logrados por los esclavos, a través del uso del sistema judicial

Complemento de lo anterior, también se hace necesario advertir que, si bien existen aspectos comunes que pueden ser objeto de estudio entre las sentencias de un lugar y otro, también se pueden identificar diferencias que, para este caso en particular, tienen que ver con el grado de formalidad que obran en unos y otros escenarios. Si bien es cierto que las decisiones judiciales estudiadas han coincidido en el trato del esclavo como 'sujeto' del proceso, en ambos existen maneras distintas de comprender las formalidades de este³⁰.

4. FORMALIDADES PROCESALES EN LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS DE ESCLAVOS

Por un lado, es posible advertir que, en el caso concreto de las decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Supremo, existen mayores exigencias en relación con los aspectos procesales. Así sucede con la exigencia de representación legal que se formaliza con la presencia del Procurador Síndico, en los recursos de casación presentados ante la Sala de Indias del Tribunal. Por otro lado, dicha formalidad en la presentación de demandas en el marco de la historia institucional colombiana difiere en cuanto a la posibilidad de que los esclavos presenten sus demandas de manera directa³¹.

en el marco de la historia institucional colombiana, también es cierto que hubo una prolífica actitud litigiosa por parte de quienes fueron traídos de África para ser esclavizados en otros lugares del sur del continente americano. Este es el caso de los estudios que se han logrado en Lima, Perú, así como también en Puerto Rico, respecto a las demandas presentadas por los esclavos en contra de sus amos, para la reclamación de su libertad y de su propiedad. No obstante la presente labor no se centra en estos lugares, se puede advertir que existió, igualmente, una tendencia de reconocimiento del esclavo como 'sujeto' en los procesos judiciales, en los que tuvo reconocimientos de derechos, así como también negaciones, bajo el mismo marco normativo que en Colombia fue usado por las orientaciones de la corona española. Al respecto se recomienda ver: G FIGUEROA LUNA, y N. IDROGO CUBAS, "No queremos amos'. Lambayecanos en lucha por libertad e igualdad (Afronorteños, 1750-1850)". *Contrastes Revista de Historia*, núm. 9-10, 1994-1997, pp. 97-127. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/serolet/articulo?codigo=112440>

³⁰ Una referencia respecto a la formalidad en el escenario geográfico del Virreinato de la Nueva Granada, a diferencia del que se propone en el Tribunal Supremo, tiene que ver con los casos en que los esclavos pudieron presentar sus demandas de manera directa ante los despachos judiciales, sin la necesidad de apoderado judicial. En el marco de la historia institucional colombiana, se han podido evidenciar expedientes en donde esclavos escribieron y firmaron sus demandas por sí mismos. Al respecto puede ser revisado, en el Archivo General de la Nación, Sección Colonia, Temporalidades SC. 57, 1768, el caso relativo a la reclamación de peculio hecha por la esposa de Francisco Borja, esclavo negro.

³¹ La figura del Síndico Procurador fue muy importante en los litigios adelantados por los esclavos en diferentes latitudes del continente americano, sobre todo en el sur y en el

Lo anterior no solo quiere decir que existan diferencias en cuanto al uso de formalidades procesales en uno y otro escenario. Más allá de esto, este artículo busca descubrir el significado que, tanto las similitudes como las diferencias entre ambos contextos jurídicos, tienen del reconocimiento del esclavo como sujeto. Razón por la cual en la exigencia o no de Procurador para la presentación de demandas, el alcance de los reconocimientos pudo variar a partir de esta.

Al respecto, es necesario anotar que, sobre la exigencia de representación legal de los esclavos en sus demandas, en el escenario promovido con jueces en la historia institucional colombiana, esta fue omitida en varias ocasiones. Hubo demandas en las que los esclavos escribieron e impetraron las mismas directamente, sin el uso de representación judicial³².

De hecho, en los casos en que el esclavo presentó demandas directamente, en varias oportunidades, obtuvo reconocimiento de sus pretensiones jurídicas; en algunas ocasiones sobre el reconocimiento de un derecho a mejor trato (como ocurrió en el caso de María Chiquinquirá), en otras para el reconocimiento de sus derechos de propiedad privada o peculio (como en el caso del esclavo negro Juan Andrés Rodríguez, ante el juez de El Tambo, en primera instancia). Estos y otros casos son consecuencia de un contexto, dentro del cual el juez de los territorios de la corona debe tomar decisiones acerca de los derechos reclamados por los esclavos³³.

Lo anterior quiere decir que el contexto político, económico, incluso social, dentro del cual los jueces ubicados en ultramar profirieron sentencias sobre el tema de estudio acá propuesto, estuvo influenciado por aspectos distintos a los que fueron propios de los jueces del Tribunal Supremo español. Mientras que en un escenario el juez ocupó la misma vecindad junto con

Caribe. Al respecto de la importancia de este funcionario en la isla de Cuba, se recomienda ver: C. VARELLA, "El canal administrativo de los conflictos entre amos y esclavos. Causas de manumisión decididas ante síndicos en Cuba", *Revista de Indias*, vol. 71, núm. 251, 2011, pp. 109–136.

³² Archivo Histórico Central del Cauca. Signatura: 3121 (Rep. C I –4 dt). Remitente: Juan Andrés Rodríguez (esclavo). Destinatario: Francisco Antonio Jirón, Juez parroquial del Tambo. Contenido: "Juan Andrés (esclavo), entabló demanda contra el ciudadano Santiago David, su amo, por cinco vacas paridas y una pailita de cobre que este le quitó". Lugar de procedencia: Popayán, Tambo. Fecha: 4 de junio de 1839. Folios: 98 a 101. Observaciones: manuscrito. Original. Pertenece libro de actas con la misma signatura.

³³ Vid. M. CHAVES MALDONADO, *Honor y Libertad. Discursos y Recursos en la Estrategia de Libertad de una Mujer Esclava*, Departamento de Historia e Instituto Iberoamericano de la Universidad de Gotemburgo, Suecia, 2001, pp. 145–172.

los propietarios de cuadrillas de esclavos, incluso siendo en muchos casos familiar de aquellos, en otro, dichas influencias estuvieron marcadas por otro tipo de circunstancias³⁴.

Es importante resaltar que, si bien es posible distinguir denominadores comunes entre estos dos escenarios de solución de pleitos adelantados por esclavos, también es cierto que, respecto al uso común de normas entre las partes separadas por ultramar, el alcance interpretativo y el uso en concreto de dichas disposiciones normativas, entre ellas las Siete Partidas, se matiza, de acuerdo con ciertos intereses propios del control que sobre la población esclavizada fue necesario tener³⁵.

Entre esos controles se pueden advertir los correspondientes a la posibilidad de una sublevación por parte de las cuadrillas de esclavos que, en muchos casos, fue superior en número al grupo familiar o integrantes de familias de sus amos. Estas condiciones propias de una realidad en donde hubo mayor presencia de población esclavizada, influyó en el alcance que las mismas decisiones tuvieron en relación con el reconocimiento de grados de libertad en favor de esclavos.

Contrario sensu, el contexto dentro del cual se profieren sentencias por parte del Tribunal Supremo está marcado por la existencia de circunstancias sociales diferenciadas, en las que dichas relaciones entre los jueces y los sujetos procesales fueron lo suficientemente distantes como para hacer las exigencias necesarias, tanto en lo sustancial como en lo formal, respecto a la solución de los casos. Razón por la cual, en el caso particular del Tribunal Supremo, en las seis sentencias analizadas en las que se considera al esclavo como 'sujeto' procesal, dicha consideración no significa la aceptación en todo caso de sus pretensiones y, tampoco, la ausencia de su obligatoria representación judicial en cada demanda, a través de la figura del Procurador Síndico³⁶.

³⁴ Vid. C. VARELLA, "El canal administrativo de los conflictos entre amos y esclavos. Causas de manumisión decididas ante síndicos en Cuba", cit., p. 118.

³⁵ Una referencia de valor, dentro del marco de la presente investigación, sobre la valoración en la toma de decisiones acerca de la esclavitud en los territorios de la corona, se puede encontrar en el informe hecho para tal fin a inicios del siglo XIX, por don Joaquín Mosquera y Figueroa a su Majestad el Rey. Al respecto puede ser consultado: Archivo Histórico Javeriano Juan Manuel Pacheco S.J. 322-1815, abril 7. Madrid. Informe sobre la abolición del comercio de negros y sus repercusiones sobre las posesiones en América. B1-ES2-EN1-CP05-DOC7.

³⁶ Es de interés para la presente investigación poner de presente que existen, igualmente, aportes sobre investigaciones hechas en relación con la actividad litigiosa adelantada por

Este tipo de consideraciones formales son diferentes en ambos casos, sobre todo si se entiende que, en la historia institucional colombiana existe una necesidad inmediata de favorecer el acceso de los esclavos a la justicia, para evitar cualquier tipo de sublevación violenta en contra de los dueños de tierras, quienes son al mismo tiempo dueños de la mayor cantidad de cuadrillas de esclavos. Esta consideración jurídica sobre la no exigencia de formalidades, responde a un espacio en el que las pretensiones morales de los esclavos son mucho más cercanas y conocidas para aquellos funcionarios encargados de la función administrativa y judicial en el Virreinato de la Nueva Granada³⁷.

De igual manera, si se sigue analizando cada caso en el que el Tribunal Supremo asume la condición de 'sujeto' del esclavo, se puede advertir no solo el reconocimiento de tal condición, sino también la detallada valoración que se hace del marco jurídico y su cumplimiento, así como el respeto formal sobre las consideraciones probatorias que en la primera y segunda instancia del proceso se tuvieron en cuenta, tanto por el *ad quo*, como por el *ad quen*.

Sobre este particular, es posible señalar el caso asumido por la Sala de Indias del Tribunal Supremo en el que se estudia el principio: "De quales condiciones son los que nascen de sierua, e de ome libre [sic]". Ley que no resuelve completamente la condición en que se encuentran los hijos de esclava, luego de que esta logra su libertad. En los hechos de la demanda, se pone de presente que: "[...] los hijos de Pilar Hernández, eran personas libres y de su derecho, por haber nacido de un vientre que adquirió su libertad por ministerio de la ley, desde la época en que su señor abusó de ella como mujer³⁸".

los esclavos en el Caribe. Este es el caso de las demandas presentadas por esclavos negros en la isla de Santo Domingo, en donde se estudió también su condición de 'sujetos' en el proceso judicial, así como la figura del Síndico y el complejo sistema normativo que igualmente existió para ellos en Puerto Rico. Al respecto se recomienda ver: G. CARLO ALTIERI, *El sistema legal y los litigios de esclavos de Indias (Puerto Rico-siglo XIX)*, Consejo superior de investigaciones científicas, Sevilla, 2010, p. 143.

³⁷ Es de interés anotar que, pese a la posibilidad de que el esclavo pueda presentar una demanda judicial en contra de su amo, esto no quiere decir que en todos los casos se haya podido hacer un reconocimiento a la reclamación de sus derechos. Sobre todo cuando quienes ejercieron la función de juez eran al mismo tiempo los representantes del ejecutivo, con intereses de control sobre la población esclavizada. Esta es la razón por la cual, en el sistema normativo colonial, se incluye la figura del Síndico Procurador, con el fin de mediar entre los intereses que el juez, al mismo tiempo en calidad de alcalde, pudiera tener en las reclamaciones judiciales de los esclavos. Al respecto: C. VARELLA, "El canal administrativo de los conflictos entre amos y esclavos. Causas de manumisión decididas ante síndicos en Cuba", cit., p. 118.

³⁸ J. MARTÍNEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857-1891)*, cit., p. 58.

Las pretensiones planteadas por el Procurador Síndico, en representación de los hijos de la esclava Pilar, no tuvieron finalmente aceptación por parte del Tribunal, según las siguientes consideraciones:

“Si bien no existen en estos autos las partidas de bautismo de los mulatos Celestino y Bonifacia [...], resulta por la declaración D. Rafael Hernández (el supuesto padre), hecha en [...] su último testamento, otorgado en primero de mayo de 1850, que poseía entre otros bienes, una mulata llamada Pilar y sus hijos Celestino y Bonifacia, y por consiguiente, que habiendo nacido éstos cuando aquella era aún esclava, se encuentran en el mismo desgraciado caso que los otros sus hermanos”³⁹.

Como se puede deducir de lo proferido por el alto Tribunal, si bien se ha asumido la condición de sujetos procesales de los poderdantes del Procurador Síndico, al mismo tiempo, la Sala ha hecho un análisis puntual de la norma, en la que existe la duda si los hijos de la esclava Pilar nacieron antes o después de que la mencionada accionante obtuviera su libertad. Ante la duda, motivada por la ausencia de las partidas de bautismo de los hijos, el tribunal decide fallar en favor del testimonio del señor Hernández, presunto padre de los menores.

En una sentencia proferida el 20 de diciembre de 1860, por la Sala de Indias del Tribunal Supremo, el Procurador Síndico:

“[...] dedujo la demanda objeto de este litigio, esponiendo que Doña María Cipriana Rodríguez había prometido dar la libertad a las morenas María Regina y su hermana Mauricia en recompensa de sus buenos y leales oficios, cuya oferta ratificó poco antes de su fallecimiento, sin que hubiese podido testar por habérselo impedido la violenta y grave enfermedad de que había muerto; y que D. Juan Lacería, único heredero de su madre la Doña Cipriana, no se prestaba a cumplir la voluntad de ésta ni la obligación, que la misma había contraído en favor de las esclavas [...]; por lo que pidió se condenase a Don Juan Lacería a que cumpliera la voluntad de la referida su madre, otorgando la correspondiente carta de ahorro en favor de las morenas María Regina y Mauricia [sic]”⁴⁰.

En el mencionado contenido de la demanda, es posible notar, de nuevo, que si bien el Tribunal Supremo reconoce la condición de ‘sujeto’ procesal de las ‘morenas’, a través de la representación que ejerce el Procurador, esta

³⁹ Ibid., p. 61.

⁴⁰ Ibid., p. 62.

no es una garantía para que las pretensiones de las esclavas (como lo es en este caso) sean consideradas favorablemente. Por el contrario, la sentencia se refiere al hecho concreto de la competencia que por ley dispone tener, tanto la primera como la segunda instancia procesal, para calificar los hechos y las pruebas aportadas por las partes.

En este caso es objeto de valoración principal el hecho de la ausencia de testigos que prueben que realmente la promesa de libertad en favor de las morenas Mauricia y Regina haya sido cierta, razón por la cual la Sala de Indias decide: “[...] una cuestión de hecho no es susceptible de recurso de casación, porque es de la exclusiva competencia de las Audiencias apreciar las probanzas y calificar los hechos [...]”⁴¹.

Una vez más se decide negar las pretensiones de reclamación de la libertad de esclavos bajo el contexto de la ausencia de una formalidad, que en este caso corresponde a la necesaria presencia de testigos que confirmen la voluntad del causante. Estos requisitos son de obligatoria evaluación por parte del Tribunal, cuando en recurso de casación resuelve solicitudes de reconocimiento de derechos como los que acá se exponen⁴².

No obstante lo anterior, en un caso similar, pero con decisión opuesta, en sentencia del 22 de octubre de 1869, la Sala de Indias del Tribunal Supremo resuelve: “para que se declarasen libres de servidumbre [...] los menores Lorenzo, Francisco, Florencio, Mauricio, Simona, Merced con su hijo, Bartolomé, María Rita, Susana y Gregoria, y [...] los pardos José de Jesús y Jacobo”. Quienes, sin haber tenido otorgado testamento a su favor, el Tribunal declara su libertad, toda vez que se reciben cinco testigos que confirman la voluntad cierta del difunto⁴³.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 63.

⁴² La naturaleza jurídica de la casación tiene origen en el Derecho francés, dentro del cual el mencionado recurso pretende mantener el control de la separación de poderes, impidiendo con ello que los jueces realicen interpretaciones normativas que son exclusivas del legislador. La casación, desde sus orígenes, exige la puntual ritualidad de la legalidad, del cumplimiento de la ley, respetando con ello la voluntad popular de ajustarse a los preceptos de la ley. El presente es el escenario dentro del cual los jueces en Europa conciben la naturaleza del recurso. Al respecto se recomienda revisar: J. DELGADO CASTRO, “La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 33, 2009, pp. 345–367.

⁴³ J. MARTÍNEZ GIRON, *Los pleitos de derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del tribunal supremo (1857–1891)*, cit., p. 64.

Este aspecto formal es importante si se entiende que la ley primera, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación de Indias, concede fuerza de testamento a la última voluntad manifestada ante cinco testigos vecinos del lugar donde el testamento se hiciera. Aspecto que en este caso se pudo probar, contrario a lo ocurrido en el previo, donde, de manera similar, se solicitó ante Tribunal de Indias la declaración de libertad de aquellos esclavos a quienes en vida su amo prometió su expedición de cartas de libertad, pero en esa situación sin que mediara ni la existencia de testamento, ni la de testigos que confirmaran su voluntad.

Como se puede notar, las consideraciones y las valoraciones que dentro del marco de la Sala de Indias se hace en recurso de casación, sobre la solicitud de libertad de los esclavos, está mediada por altos componentes formales y procesales, que no podían ser obviados en ningún caso. Siendo esta una razón para considerar por qué en el caso particular de la presentación de recursos de casación ante este Tribunal, la exigencia de la representación legal de los esclavos, a través de la figura del Procurador Síndico fue obligatoria⁴⁴.

Lo anterior quiere decir que si bien dentro del contenido de las sentencias proferidas por la Sala de Indias es posible identificar seis sentencias en las cuales se considera el reconocimiento de la calidad de ‘sujeto’ del esclavo dentro del proceso iniciado, a través del recurso de casación, también es cierto que dicha consideración no condicionó el resultado de una sentencia en su favor. Por el contrario, esta reflexión es diferente a la que en el escenario de las decisiones judiciales tomadas en la historia institucional colombiana se han anotado con anterioridad.

Mientras que en las decisiones judiciales del Tribunal Supremo español la exigencia de formalidades procesales fue mayor, en el caso de las decisiones tomadas por los jueces en demandas presentadas entre el siglo XVIII y XIX en Colombia, su consideración fue relativa, gozando de cierta flexibi-

⁴⁴ Es de valor para el presente artículo advertir la razón por la cual, en España, más exactamente en el Tribunal Supremo, hubo detalladas exigencias respecto de la formalidad procesal y el cumplimiento estricto de la ley. Mientras que en América del sur, en la historia institucional colombiana, se pueden identificar casos en los cuales los esclavos no cumplieron siempre con estos requisitos para presentar una demanda. Este es un referente de valor sobre la manera cómo en América se interpretaron las doctrinas normativas provenientes de Europa, y su influencia en la comprensión de los derechos en América. Al respecto se recomienda ver: J. POCOOCK, *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica* (Eloy García López, Marta Vázquez-Pimentel trads.), Tecnos, Madrid, 2008, p. 173.

lidad a la hora de su exigencia tanto en los pleitos de solicitud de libertad como de reconocimiento de propiedad en favor de esclavos⁴⁵.

La pregunta en relación a esta distinción tendrá que ver con el ¿por qué dicha consideración cambia en ambos escenarios, si se está usando el mismo marco jurídico? En cuanto a su respuesta, se busca advertir aquí como una de las dificultades, la gran distancia entre la península y los territorios de ultramar, una causa evidente de la tardanza en el conocimiento de las leyes creadas en España⁴⁶.

No obstante dicha dificultad en la historia institucional colombiana las normas se convirtieron en una extensión de la presencia del Rey en sus lejanos territorios, aspecto que generó, en la expedición de decisiones judiciales, matices diferentes a aquellos que fueron tenidos en cuenta dentro del marco del Tribunal Supremo español. Muchas normas fueron creadas bajo el desconocimiento detallado de la realidad de los sujetos a quienes fue destinada su aplicación, razón por la cual es posible evidenciar la diferente comprensión que sobre los derechos pudieron llegar a tener tanto los jueces del Tribunal en España y aquellos jueces en ultramar⁴⁷.

⁴⁵ Como se ha anotado en apartados anteriores, existen expedientes judiciales en los que se hace posible evidenciar la manera como el juez modula sus sentencias, de conformidad con los intereses políticos del momento, ajustando para ello exigencias propias de la formalidad procesal. Al respecto revisar: Archivo Histórico Central del Cauca. Signatura: 1775 (Ind. J I-3 cr). Remitente: Antonio Carvajal y Tenorio. Destinatario: Ramón, mulato. Contenido: “Comisión e instrucciones de Carvajal y Tenorio a Juan Luís de Obando para que reciba una declaración al mulato Ramón ‘de tal’, ante el escribano público Manuel de Velasco, relativa a la fuga que hizo él con Juana Reyna, cuando la conducía, por encargo de la justicia, del Tambo al Pueblo de la Cruz, por habérsele probado amancebamiento con el Subteniente Joaquín de Paz etc. Al fin Ángel Salazar pide a la Reyna, con quién tenía esponsales; y se le da libertad a ella por doce días para que contraiga el matrimonio y si no sea detenida. El asunto se había llevado en secreto ‘por interés del matrimonio de Paz’. Falla en definitiva ‘Sámamo’”. Lugar de Procedencia: Popayán. Fecha: 4 de septiembre-4 de octubre de 1813. Folios: 6. Observaciones: manuscrito. Original.

⁴⁶ Vid. M. GÓMEZ GÓMEZ, “Escribir la norma: problemas de recepción, acatamiento y publicación de los documentos reales en las Indias durante el antiguo régimen”, *Les Cahiers Frames*, vol. 30, 2019 DOI: 10.4000/framespa.5617.

⁴⁷ Este contexto advierte, además, la existencia de pretensiones morales que cambian según el contexto social, político, económico y, por supuesto, en este caso el geográfico. El escenario de las pretensiones morales desde donde se da origen a la fundamentación de los derechos tiene sus propios matices, de acuerdo a las regiones en donde estos se desarrollan. Razón por la cual, en este caso, no se puede hablar en estricto sentido de una realidad jurídica exacta entre los jueces del Tribunal Supremo y los de ultramar.

La anterior puede ser una razón para entender con mayor claridad por qué algunos derechos pudieron ser considerados en un escenario y en otro con grados de reconocimiento distintos. Este es el caso de los derechos de propiedad de los esclavos, que son casi inexistentes en relación con las sentencias identificadas del Tribunal Supremo, mientras que en el caso de los jueces ubicados en la historia institucional colombiana sus consideraciones sobre tal derecho son, en comparación con el Tribunal, fueron más evidentes en número⁴⁸.

Esta es la situación de demandas judiciales presentadas en el Estado Soberano del Cauca por parte de grupos esclavizados exigiendo su acceso a la propiedad privada. Casos que no logran ser identificados en altos números en las sentencias proferidas por la Sala de Indias del Tribunal Supremo, y tampoco considerados por parte de los Procuradores Síndicos como casos objeto de revisión, a través del recurso de casación. Por el contrario, en el territorio del Virreinato de la Nueva Granada, desde la mitad del siglo XVIII, ya se conocen referencias de pleitos judiciales muy importantes que advierten el decidido interés de acceder al peculio y, sobre todo, a la tierra; como ocurre en el caso de la demanda presentada por los esclavos libertos ubicados en las tierras de Quilichao, hacia el norte de Popayán⁴⁹.

La anterior es una referencia de interés si se entiende que, en cuanto al reconocimiento de la propiedad, la ley exige mayor cantidad de condiciones, como por ejemplo el justo título, formalidad de la que adolecen claramente los litigantes, y sobre la cual lo único que tienen para alegar está basado en su calidad de poseedores de los territorios. Contrario a lo que se podría considerar en el marco de un análisis por parte del Tribunal Supremo español, en el caso de los jueces del Estado Soberano del Cauca, la demanda termina siendo favorable a las pretensiones de los demandantes. Lo que es un referente de mucho interés si se entiende que la sentencia se profiere por fuera del uso de las formalidades que normalmente se exigirían en la reclamación de propiedad⁵⁰.

⁴⁸ Archivo Histórico Central del Cauca. Signatura: 3121 (Rep. C I-4 dt). Remitente: Juez Cantonal. Destinatario: Miguel Santiago Valencia. Lugar de procedencia: Popayán. Fecha: 12 de abril de 1839. Folios: 88 a 97. Observaciones: manuscrito. Original. Pertenece libro de actas con la misma signatura.

⁴⁹ Vid. R. BOLAÑOS, "Accediendo a la tenencia de la tierra: integración política de los libres de San Antonio de Quilichao en la jurisdicción de Caloto, provincia de Popayán (1740-1808)", *Revista El Taller de la Historia*, vol. 8, núm. 8, 2016, pp. 22-45.

⁵⁰ Como se ha podido ver, el reconocimiento de propiedad en favor de esclavos negros en los territorios de la corona no es un asunto lo suficientemente claro. No obstante, se han

Casos como este advierten sobre la posibilidad de hablar de un denominador común entre el escenario de las sentencias proferidas por la Sala de Indias del Tribunal español y los jueces del Virreinato de la Nueva Granada; al considerar el reconocimiento del esclavo como ‘sujeto’ procesal. Sin embargo, existe al mismo tiempo una diferencia entre ambos, relativa al alcance de su reconocimiento como sujetos y, sobre todo, en cuanto al reconocimiento de sus derechos.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo se ha puesto en evidencia un grupo de sentencias, proferidas por el Tribunal Supremo español, en las que existen tanto coincidencias como diferencias sobre el alcance que tiene el reconocer la calidad de sujeto de los esclavos en un proceso judicial, en relación con aquellas sentencias en las que los jueces de ultramar, usando el mismo marco jurídico, deciden no solo reconocer la condición de sujeto del esclavo, sino, además, interpretar de manera diferente las leyes sobre las que sustancian sus decisiones para permitir al esclavo no solo ser libre, sino también propietario⁵¹.

Estas similitudes y diferencias ayudan a comprender mejor el alcance que tiene, además, la posibilidad de la existencia o no de la condición de sujeto del esclavo en la historia institucional colombiana, entre los siglos XVIII y XIX. Dejando claro al respecto que dicha condición es común en cuanto al reconocimiento que pudo tener el esclavo tanto en las sentencias proferidas

podido identificar casos concretos, con ayuda de las referencias primarias, sobre el uso y la tenencia de bienes, tanto muebles como inmuebles, en su favor. Igualmente, existió toda una tendencia de negación jurídica para facilitar la condición de señor y dueño de un esclavo. Ahora, en cuanto a otros lugares, se ha podido probar que algunos esclavos negros lograron no solo ser propietarios, sino incluso ocupar espacios de poder, como reyes en geografías en las que difícilmente podrían haberlo logrado. Al respecto se recomienda ver: B. REDFORD, *De esclavo a faraón, los faraones negros de la XXV dinastía* (Silvia Furió, trad.), Editorial Crítica, Barcelona, 2005, pp. 15–18.

⁵¹ Al respecto de esta referencia, sobre la manera de interpretación que los jueces asumieron entre los siglos XVIII y XIX, resulta de interés advertir que no en todos los casos la función del juez estuvo encaminada a limitar dicha actividad interpretativa a lo previsto taxativamente en la ley. Esto quiere decir que, a inicios del siglo XIX, en la historia institucional colombiana tesis como la propuesta por Montesquieu sobre el rol del juez como ‘la boca de la ley’ está muy lejos de cumplirse en el actuar de los jueces de ultramar. Se sugiere revisar: C. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Tomo I (Siro García del Mazo, trad.). Librería general de Victoriano Suarez, Madrid, 1906, p. 237.

por el Tribunal Supremo como por los operadores judiciales en el Virreinato de la Nueva Granada en su calidad de sujeto.

En el mismo sentido, es pertinente advertir que sobre la condición de sujeto existen al mismo tiempo formas diferentes de graduación de su reconocimiento. Esto quiere decir que si bien en los dos contextos existen relaciones en cuanto a su marco jurídico, esto no implica que los alcances de dicho reconocimiento sean iguales en los dos escenarios judiciales. Por el contrario, la consideración de pretensiones morales justificadas son un elemento mucho más fuerte en las motivaciones de las sentencias de ultramar que en aquellas proferidas con tendencias mayormente formales y ajustadas a las exigencias del recurso de casación, utilizado igualmente por los esclavos⁵².

RAMSÉS LÓPEZ SANTAMARÍA
Corporación Universitaria Autónoma del Cauca
Calle 5 No. 3 - 85 Popayán,
Departamento del Cauca, Colombia
e-mail: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co

⁵² En cuanto a la obligación de la motivación judicial, hubo un periodo de tiempo en el cual dicha exigencia de motivar las sentencias judiciales fue suspendida, por orden del Rey Carlos III, entre los años 1778 y 1847. Dicha orden real no surtió efectos respecto a la actividad de motivar sentencias por parte de los jueces en ultramar, como se ha podido ver con ayuda de los expedientes judiciales estudiados, en donde se advierte que las sentencias en la historia institucional colombiana fueron sustanciadas. Al respecto del origen del uso de la motivación en las sentencias, se sugiere ver: A. MURILLO VILLAR, "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español", *Rivista Internazionale*, volumen 5, 2012, pp. 36-65.

RECENSIONES

Javier de LUCAS,
Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch.
De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter,
Tirant lo Blanch, 2020, 218 pp.

JESÚS GARCÍA CÍVICO
Universitat Jaume I

Palabras clave: racismo, Derecho y cine, Derecho y literatura
Keywords: racism, Law and film, Law and literature

Los valores no existen en el cielo de los conceptos sino que los vemos incorporados en las acciones de las personas “reales” o en esos entes de la imaginación literaria y cinematográfica (capaces de *poseernos*, al decir del crítico cultural George Steiner) que llamamos “personajes” y que comparten aquella etimología tantas veces repetida, pero siempre gráfica, que remitía al *prósopon* griego: máscara del actor.

Un valor, sea la justicia, la honestidad, la honradez, no existe en abstracto sino en la actuación concreta que observamos tanto en los actores sociales (de acuerdo con una idea propia de la sociología “dramática” de Norbert Elias, Erwin Goffman y otros) como en personajes que no son *de carne y hueso*. Una idea similar la expresó Nietzsche –un poco antes de la invención del cinematógrafo– en su opúsculo de 1873, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*: “Decimos que un hombre es honesto. ¿Por qué ha obrado hoy tan honestamente?, preguntamos. Nuestra respuesta suele ser como sigue: A causa de su honestidad. ¡La honestidad! Esto significa a su vez: la hoja es la causa de las hojas”.

No, la hoja no es la causa de las hojas, al igual que no sabemos nada en absoluto de una cualidad esencial que se llame en abstracto “la honestidad”, pero sí de numerosas acciones individualizadas que denominamos “acciones honestas”. Si a las personas cuyos cursos de acción son honestos la llamamos honesta, a las personas que nos es dado conocer en la vida real –pero

también a los personajes cuyos cursos de conducta conocemos a través de relatos de ficción propios de la literatura o el cine- las podemos llamar “modelos de honestidad”.

Esa cualidad aprehensible en acciones concretas y una larga serie de rasgos relacionados con los mejores atributos del *law in action* que lo retratan como «hombre de derecho» convirtió al abogado Atticus Finch –el personaje de *Matar a un ruiseñor* (1960) creado por la imaginación de la escritora norteamericana y activista de los derechos civiles Nelle Harper Lee (1926-2016)- en un modelo para muchas personas, y en particular, en un modelo para juristas comprometidos con el núcleo deontológico y axiológico del universo jurídico.

Reflexionar sobre el significado y las vicisitudes de estos modelos (aquí el modelo de hombre honesto, el modelo de abogado, o mejor, ya, el «modelo de hombre de derecho») para analizar estructuras y dinámicas político-sociales, así como el significado *profundo* del mismo derecho, es algo al alcance de esos pocos pensadores habituados a transitar entre distintas disciplinas a través de una reflexión comprometida, lúcida, abierta y crítica, tal es el caso de la extensa y muy coherente trayectoria intelectual del catedrático de filosofía del derecho, hoy también senador, Javier de Lucas Martín.

Integrado en la colección “Cine y derecho”, *Nosotros, que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo al Black Lives Matter*, con su estupeficiente título de ecos cortazarianos, no es un mero texto académico encerrado en los márgenes del campo jurídico, ni solo un exponente de esa perspectiva conocida como “derecho en el cine” (aquí derecho en la literatura y el cine), por mucho que abunden en él las más oportunas citas cinematográficas y esté presente el fino análisis de los recursos técnicos y narrativos de este arte del siglo XX que el autor conoce bien, sino un gran «ensayo a secas». Un gran ensayo actual y abierto, esto es, un ensayo realmente interdisciplinar en torno a una serie de asuntos de extraordinaria actualidad, entre ellos, el enraizamiento cultural y político del racismo y la necesidad de afrontarlo seria, profunda y abiertamente como “batalla por el alma de EE.UU.” en expresión de Joe Biden, hoy ya presidente de ese poderoso país.

Se trata, en ese sentido, de un ensayo que ha sabido presentar al racismo no como un problema intermitente, una suerte de reparo o de pequeño “pero” en la, por lo demás “modélica” democracia estadounidense tal como es acriticamente presentada por muchos medios de comunicación, sino una fractura fundacional, una llaga que no ha dejado de supurar y que ha dado

lugar a una doble conciencia impregnada hasta la médula de miedos, pecados e incluso monstruos tal como las recientes ficciones de Jordan Peele, *Déjame salir* (*Get Me Out*, 2017) y *Nosotros* (*Us*, 2019) o las novelas de Colon Whitehaed han sabido presentar.

Si el personaje de Atticus Finch de la novela de Harper Lee –ganadora del premio Pulitzer en 1961– al que «da vida» (qué expresión tan turbadora) Gregory Peck en la versión homónima de Robert Mulligan (*To Kill a Mocking Bird*, 1963), supuso pronto todo un “modelo de acción”, uno de los detonantes del ensayo de Javier de Lucas se debe cifrar en la conmoción que para muchos supuso la lectura del primer borrador de la novela tal como lo concibió originariamente la autora y que poco antes de su muerte se publicó como *Ven y pon un centinela* (*Go, Set a Watchman*, 2015).

Ven y pon un centinela no es propiamente una precuela literaria (ni mucho menos una secuela como la avispa estrategia de mercadotecnia editorial insistió), sino la historia tal como fue primeramente concebida por la autora. Si en *Matar a un ruiseñor*, la figura del viudo Atticus observada a través de los ojos de su hija Scout (una gran “voz de la novela” en expresión de Oscar Tacca), es un dechado de virtudes del padre paciente, ciudadano liberal, abogado íntegro, humano empático, hombre admirable o “de una sola pieza”, en *Ven y pon un centinela*, el personaje de Atticus Finch –desde la perspectiva de una Scout cerca de la treintena convertida en la activista Jean Louise– se perfila inquietantemente como un engranaje conservador del supremacismo paternalista más naturalizado. Finch, de unos setenta años, aparece de forma contradictoria y compleja, una figura todavía ficticia pero más “humana”, menos arquetípica, resultado de una historia nacional, de un ambiente y de unas profundas convicciones colectivas que lo alejan del modelo ideal o “puro” mejor conocido.

La primera reacción ante la “variación Finch” tuvo que ver tanto con el desconcierto como con la decepción, pero, y este es a mi juicio el primer gran mérito de *Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch*, la mayor complejidad del personaje también podría ser tenida como una invitación –aceptada explícitamente por el autor de este ensayo– a pensar qué significado tiene la actitud representada por Atticus Finch en la historia de Estados Unidos desde su fundación hasta el movimiento *Black Lives Matter*. No se trata tanto de “salvarle” como de conocerle. No se trata desde luego –siguiendo la ridícula y en algún punto suicida moda cultural– de “cancelarle” sino de *saberle mejor* para conocer así, desde la perspectiva que ofrece la literatura y el cine –y valga ahora el juego con la metáfora orgánica– no solo los materiales que

conforman la *constitución* de los seres humanos sino el *corazón* de unos de los países más poderosos y culturalmente influyentes del mundo.

Se trata al fin y al cabo, de utilizar lo que algunos tenemos por un vehículo infalible del conocimiento: la desilusión, la pérdida de la inocencia. Esa pérdida de la inocencia (muy bien apuntado el paralelismo con la metáfora de la muerte del ruiseñor por parte del autor, p. 33), no es estrictamente una decepción –un aprendizaje a través de la decepción– sino un desafío relativo a la comprensión de la complejidad. Para ello la primera parte comienza con una confrontación o doble cara: “Cara y cruz de Atticus Finch”.

A la descripción del personaje Atticus Finch previa a su problematización se le dedica un primer capítulo. Si *Matar a un ruiseñor* supone una reflexión crítica sobre el arraigo de la cultura segregacionista –colonial y esclavista– del *Deep South*, la figura de Atticus se recortaba no como una parte indistinguible de ella, sino como un individuo que desde el interior –como si de una posición estratégicamente buscada se tratara– se enfrentaba valientemente a ella en coherencia con los presupuestos de la mejor moral de la conciencia individual, aquí coincidente con un apartado de la ética profesional: Al defender al negro Tom Robinson, acusado falsamente de violar a una joven blanca, Atticus *asume el coste* de la soledad. El abogado ideal es la voz de quienes no tienen derecho, una fórmula cercana a la definición del derecho como “ley del más débil” del jurista florentino Luigi Ferrajoli.

Uno de los rasgos del modelo de honestidad –el de ser “un hombre de derecho”– ocupa el segundo capítulo. Aparecen aquí ideas próximas al garantismo, pero sobre todo algunas constantes de fondo en la filosofía del derecho de Javier de Lucas –la exigencia de los derechos humanos, la obediencia a la ley, la legitimidad, la ciudadanía, los derechos de las minorías, la xenofobia– un pensamiento propio cercano a los presupuestos y a los estilemas formales de Hannah Arendt (adjetivación afilada, crítica social e institucional muy aguda, reivindicación de la memoria, valentía intelectual) enriquecida por visiones siempre plurales de la cultura pero juzgadas a la luz de uno de los valores que más ha estudiado el autor: la solidaridad, de ahí el rótulo “la voz de los que no tienen derecho” (p. 57 y ss.).

El “otro Atticus” es una aproximación a las raíces del supremacismo a partir de otro rasgo –rasgo evidenciado en *Ven y pon un centinela*– cual es la inscripción del abogado Finch en el seno de la tradición de la democracia jeffersoniana una “democracia de pequeños propietarios” defendida por ese miembro de los *Founding Fathers* que fue el tercer presidente de la nación

(p. 93 y ss.). En ese trasfondo del Sur, la familia Finch representa una visión del mundo religiosa, tradicional y agrícola recelosa del Estado en los años 30 cuando transcurre *Matar a un ruiseñor* y opuesta al poder federal y al Tribunal Supremo en los convulsos años 50, el marco temporal de la novela tal como fue primeramente concebida.

Atticus sigue siendo a mitad de siglo un “hombre de derecho” absolutamente contrario a la violencia y la crueldad, pero no puede escapar de ese sistema social del sur que es asimilable al de una sociedad de castas tan asentada que no debe extrañar verle relacionado con el Klan. El racismo estructural es tan obscuro y brutal que a los ojos de la joven Jean-Louise, resulta tan incomprensible como la honda figura psicoanalítica de ese padre freudiano que se acaba por “matar”.

Las últimas páginas de la primera parte del ensayo, la más extensa, describen con minuciosidad detalles del conflicto generacional y del conflicto social. La imagen del “negro domesticado” –¿no exige la figura paternalista el correlato del hijo que debe mantenerse en su lugar?– cede a la reivindicación orgullosa (hoy diríamos “empoderada”). Bajo los trazos de una sociedad amable, la de la imaginaria Maycomb, latía un mundo envenenado por un densísimo racismo en el que se entrelazaban tanto las más delirantes interpretaciones religiosas como un ignorante biologicismo que no terminó, ni mucho menos, con la abolición de la esclavitud, pero tampoco con ciertas reformas legislativas e hitos jurisprudenciales en nombre de la igualdad. Queda clara la necesidad de la revolución social, una tarea civilizatoria aún pendiente que consiga desarraigar los prejuicios hondamente asentados en un modelo social y económico basado en la esclavitud imbricado en ciertas jerarquías mentales latentes ya en las convicciones de los colonos norteamericanos contra el rey Jorge de Inglaterra.

Apoyándose en autores muy distintos como la jurista afroamericana Michelle Alexander o el escritor Ta-Nehisi Coates, De Lucas desvela la relevancia que para la comprensión de ambas novelas –*Matar a un ruiseñor* y *Ven, pon un centinela*– tiene ese sistema de jerarquías rígidas y discriminaciones estructurales que llega a la actualidad y en el que Atticus (y los hombres bajo el molde de Atticus) sin sostener las tesis racistas más infames, sí representa un tipo de segregacionismo, un perverso paternalismo supremacista, expresado en el lema *separate but equals*.

Hasta aquí podría resultar un ensayo más que digno, pero como ya he insinuado antes, creo que esta obra supone tanto un exponente de la madurez de la colección “Cine y derecho” como una obra situada en el centro de

la madurez del propio autor, eso explica la generosa dedicación de toda una segunda parte centrada en la metáfora del *cheque sin cobrar* que explica el fenómeno del *Black Lives Matter*.

Efectivamente, el dinamismo de la igualdad es el *leitmotiv* de la segunda parte de este ensayo. Se trata de una disección sobre el “pecado original” (p. 116) de la democracia americana y el peligro ya no de mirar a otro lado, sino de *pensar hacia otro lado*. La actitud de Finch ya no es suficiente (si alguna vez lo fue), no basta con defender ciertos derechos de los negros en términos de igualdad, derecho a la libertad, proceso justo, libertad de expresión y manifestación, si no se deshacen las profundas interiorizaciones supremacistas.

De Lucas aprovecha tanto el bello film de Mulligan como las novelas de Harper Lee como hilo conductor de una reflexión sobre la continuidad del racismo y del segregacionismo, la actualidad de los réditos del “triángulo de la esclavitud” –que ponía también de manifiesto el escritor W. G. Sebald al hablar de los intereses generados todavía en el siglo XX por los exclusivos inmuebles de las costas de Inglaterra levantados con los beneficios de ese ignominioso comercio. El calculado genocidio indio, el capitalismo salvaje, las analogías del racismo con el holocausto, el papel del negro en el cine y en la literatura habrían creado un estado de cosas que hace normal lo anormal tal como refleja la cara del poeta James Baldwin frente al entrevistador Dick Cavett que en la gráfica escena inicial de *I'm not your negro* (Raoul Peck, 2016) le pregunta: “¿Por qué los negros no son optimistas si ya aparecen hasta en anuncios de televisión?, ¿mejora la situación pero se sigue sin tener esperanza?”. La respuesta de Baldwin, negro y homosexual, guarda mucha relación con el fondo de nuestra cuestión –como sagazmente observó Fernando Flores, hoy codirector de la colección “Cine y derecho” en una de las presentaciones de este ensayo: “No habrá esperanza mientras se siga hablando de esa forma tan peculiar porque lo importante no es qué está ocurriendo con los negros, con la gente de color, sino qué va a pasar con este país”.

El problema no es el resentimiento, la integración o el perdón de los negros, sino averiguar el porqué de la intensidad y la persistencia del odio de los blancos. Deben entenderse así –como algo relativo a lo que está pasando con ese país– como “batalla por el alma de la nación”, las estremecedoras últimas palabras de George Floyd: “I can't breathe”. Es en ese marco, como un problema de los blancos, donde cabe situar el recelo hacia las políticas de Washington de los delirantes y peligrosos grupos de apoyo al ya expresidente Donald Trump. La equidistancia de este entre las víctimas de la brutalidad policial (una brutalidad homicida) y las amenazadoras diatribas de

los Proud Boys o QANON aparece en las últimas secciones del ensayo de Javier de Lucas como un capítulo más de una historia que el autor ha podido ora resumir ora desvelar. La negación y la minusvaloración de ese odio enfermizo es el principal peligro, por eso se repasa el legado de Martin Luther King pero también sus sucesivos entierros (un inteligente guiño al film de Tommy Lee Jones *Los tres entierros de Melquiades Estrada* con estupendo guion de Guillermo Arriaga), se recuerda la violencia policial pero también ese triste rito de paso de la adolescencia de los negros norteamericanos (“the talk”), se analiza la lucha actual del movimiento *Black Lives Matter* contra el racismo pero se sitúa el supremacismo y el segregacionismo en torno a la metáfora del cheque pendiente de cobrar. Escapa de la posibilidad de una reseña entrar en los sutiles comentarios sobre la actualidad de la política *separate but equal* (personalmente creo que la expresión resulta más gráfica si se invierten los términos: *equal but separate*, iguales, sí, ¡pero separados!).

La sentida coda (pp. 179-182) supone un agradecimiento a la profundidad de una autora como Harper Lee e indirectamente un reconocimiento a las posibilidades de la imagen cinematográfica y literaria para explicar ese complejo fenómeno atravesado por una dimensión cultural que es el derecho. Herbert Marcuse observó muy bien la presión sin precedentes que las impactantes imágenes de las ficciones globales (o mejor “globalizables”) ejercen sobre los valores. Las ficciones proponen modelos de conducta y pautas de comportamiento. ¿Qué personajes tomarán el relevo de Atticus Finch o de David (el jurado número 8 de *Doce hombres sin piedad* interpretado por Henry Fonda)? Las series actuales exhiben mucho más músculo que pensamiento, más acción que reflexión, más emoción que razón. En las fechas que publicamos esta reseña, la colección “Cine y Derecho” de la editorial Tirant lo Blanch ha recibido la medalla de oro al mérito de Bellas Artes del ministerio de Cultura y Deporte. En un tiempo caracterizado por la revancha de la incultura y el rencor hacia el saber, no está de más reivindicar también la figura de Javier de Lucas, un intelectual en el sentido lúcido y valiente del término, cuya obra ha traspasado y merecer traspasar todavía más los límites de la filosofía del derecho.

JESÚS GARCÍA CÍVICO
Universitat Jaume I
e-mail: civico@uji.es

José Luis REY PÉREZ,
Los derechos de los animales en serio,
Dykinson, Madrid, 2019, 236 pp.

PABLO SERRA PALAO
Universidad de Murcia

Palabras clave: teoría de los derechos, ética animal, derechos de los animales, derechos morales, derechos legales
Keywords: rights theory, animal ethics, animal rights, moral rights, legal rights

La reflexión filosófica sobre cómo han de ser las relaciones entre animales humanos y no humanos ha ido ocupando un papel cada vez más protagónico en el ámbito de la filosofía moral, emergiendo toda una serie de publicaciones específicas sobre esta cuestión fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX¹. Las conclusiones que han venido planteándose desde la ética animal –al margen de la disparidad de enfoques, principalmente el utilitarista, deontológico, emotivista o el enfoque de la ética de la virtud– nos dicen, en términos muy generales, que el ser humano no sería el único partícipe del espacio moral y que los animales no humanos también habrían de ser considerados miembros de la comunidad moral. Esta expan-

¹ Digo fundamentalmente porque, como bien señala Jamieson, “filósofos clásicos, como Aristóteles, y modernos, como Kant y Bentham, analizaron brevemente aquello que le debemos a los animales, pero sus observaciones fueron consecuencia de un enfoque filosófico más amplio, y no el resultado de una investigación específica”, véase D. JAMIESON, “Animals and ethics, agents and patients” en K. ANDREWS y J. BECK (eds.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Animal Minds*, Routledge, Nueva York, 2017, p. 461. Algunas excepciones reseñables fueron, a modo puramente ilustrativo, el libro de Humphrey Primatt *A Dissertation on the Duty of Mercy and Sin of Cruelty to Brute Animals* (1776), escrito desde un enfoque utilitarista cristiano, o el ensayo de Henry Salt intitolado *Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress* (1892). Para un análisis sobre la presencia de los animales en la historia del pensamiento político, desde Pitágoras hasta Jeremy Bentham, *vid.* A. COCHRANE, *An Introduction to Animals and Political Theory*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010, pp. 10-28.

sión de la comunidad moral² conlleva aceptar que los animales³ merecen un respeto moral, y, en consecuencia, que tienen unos intereses de suficiente peso como para generar obligaciones morales al resto de miembros de la comunidad. Su inclusión como miembros de la comunidad moral y la posesión de estos intereses supone reconocer que –a excepción de lo previsto por algunas posiciones éticas– ostentan una serie de derechos *morales*.

Sin embargo, no ha sido hasta fechas relativamente recientes cuando la cuestión de los animales ha trascendido el ámbito de la filosofía moral (más allá de la existencia de incursiones aisladas), recibiendo una atención significativa por parte de la filosofía política y la teoría política. Cochrane precisa, acertadamente, que estos enfoques políticos sobre las relaciones que mantiene el ser humano con el resto de animales “parten de las conclusiones formuladas por quienes se dedican a la ética animal –que los animales tienen valor moral y derechos morales– a fin de plantearse qué significa esto para las relaciones de poder que mantenemos con ellos”⁴. Son ya un buen número de contribuciones⁵ las que han ido dando forma a lo que se ha calificado como un *giro político* en la cuestión de los derechos de los animales⁶. Precisamente, es en este giro político en general, y en la obra *Zoopolis* (2011) de Sue Donaldson y Will Kymlicka en particular, donde el profesor José Luis Rey Pérez encuentra la base política para trazar un *giro jurídico* en la teoría de los derechos de los animales.

² Dónde colocar la frontera de la comunidad moral es un debate que dista mucho de ser definitivo, y es que esa frontera dependerá en gran medida de la perspectiva que estemos priorizando, ya sea esta antropocéntrica, sensocéntrica, biocéntrica o ecocéntrica.

³ Por razones de claridad expositiva, en lo sucesivo emplearé el término “animal” para referirme exclusivamente a los animales no humanos sintientes.

⁴ A COCHRANE, *Should Animals Have Political Rights?* Polity Press, Cambridge, 2020, p. 6.

⁵ *Vid.*, entre otras, A. COCHRANE, *An Introduction to Animals and Political Theory*, cit.; A. COCHRANE, *Sentientist Politics: A Theory of Global Inter-Species Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2018; A. COCHRANE, *Should Animals Have Political Rights?* cit.; S. DONALDSON y W. KYMLICKA, *Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011; R. GARNER, *A Theory of Justice for Animals: Animal Rights in a Nonideal World*, Oxford University Press, Nueva York, 2013; R. GARNER y S. O’SULLIVAN (eds.), *The Political Turn in Animal Ethics*, Rowman & Littlefield, Londres, 2016; S. O’SULLIVAN, *Animals, Equality and Democracy*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011; M. WISENBURG y D. SCHLOSBERG (eds.), *Political Animals and Animal Politics*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014; A. WOODHALL y G. GARMENDIA DA TRINDADE (eds.), *Ethical and Political Approaches to Nonhuman Animal Issues*, Springer, Cham, 2017.

⁶ T. MILLIGAN, “The Political Turn in Animal Rights”, *Politics and Animals*, vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 6-15; T. MILLIGAN, *Animal Ethics: the basics*, Routledge, Abingdon, 2015, pp. 154-174.

En efecto, en su obra *Los derechos de los animales en serio* (2019), Rey Pérez apunta a construir una teoría jurídica de los derechos de los animales desde las concepciones políticas que Donaldson y Kymlicka exponen en *Zoopolis* (2011). La aproximación que hace Rey Pérez desde la filosofía jurídica a esta cuestión conlleva no poca valentía, al haber asumido la responsabilidad de recoger el testigo dejado por Donaldson y Kymlicka en el ámbito político para continuar el camino en términos jurídicos. En adición, podemos adelantar que este nexo indisoluble entre la obra de Rey Pérez y la teoría política de *Zoopolis* (2011) se presenta, simultáneamente, como fortaleza y debilidad del libro aquí reseñado: por un lado, contar con una dimensión política previa sobre los derechos de los animales le permite al autor elaborar una teoría jurídica mucho más sólida en su argumentación; pero, por el otro, al llevar a cabo ese proceso de construcción jurídica sobre una base teórico-política predeterminada, corre el riesgo de reproducir las posibles limitaciones que pudiera contener la base teórica de la que parte. Con todo, es evidente que la teoría de Donaldson y Kymlicka ha marcado un hito en la cuestión de los derechos de los animales, y no ya por el rico y abundante debate que ha generado en el ámbito académico, sino también porque, como ha sabido apreciar Rey Pérez, “su planteamiento abre un enorme campo de trabajo para la filosofía jurídica y la filosofía de los derechos” (p. 15). Dicho esto, a continuación se expondrán, muy brevemente y sin apartarse de la estructura marcada por el libro, los argumentos más importantes con los que Rey Pérez da cuerpo a una teoría jurídica que sostiene no solo la titularidad de derechos *en sentido jurídico* a los animales, sino que también especifica qué clase de derechos se estarían reconociendo.

Así, bajo el rótulo “*Los animales como titulares de derechos*”, se exponen las principales tesis que definen el marco teórico de la obra, dando a conocer el pensamiento de Rey Pérez y sentando las bases para la segunda parte, de naturaleza eminentemente más práctica. En esta primera parte, el autor conjuga una aproximación desde la filosofía moral y la filosofía jurídica para buscar respuesta a cuestiones de vital importancia para la propia esencia del marco teórico, tales como la consideración moral de los animales, su inclusión como miembros de la comunidad moral en condición de agentes morales, la titularidad de derechos *morales* en base a esa membresía y la necesaria positivización de esos derechos en una norma jurídica vinculante.

Por lo que se refiere a la consideración moral de los animales, Rey Pérez no se aleja en exceso de la visión “clásica” en ética animal, al hacer hincapié

en la capacidad de sufrir y disfrutar, de experimentar placer y dolor, esto es, en la capacidad de “sintiencia”⁷ de los animales. En este sentido, la comunidad moral de Rey Pérez puede calificarse de sensocéntrica, desmarcándose del antropocentrismo moral pero también de otros enfoques provenientes de la ética ambiental, como son el biocéntrico o el ecocéntrico. Y en ese proceso de fundamentar la incorporación de los animales como miembros de la comunidad moral, Rey Pérez, claramente influenciado por el enfoque de las capacidades de Nussbaum⁸, critica la idea liberal de comunidad –diseñada conforme a los presupuestos de libertad, igualdad y autonomía– y aboga por una comunidad moral construida sobre “el principio de la dignidad y la capacidad de experimentar dolor” (p. 23), dignidad que comporta considerar a todos los miembros de la comunidad moral “como fines y no como medios, porque presentan una serie de capacidades que están en condiciones de florecer y desarrollar si nada se lo impide” (p. 23). Ese énfasis en las diversas capacidades que, al menos en sentido potencial, poseen todos los miembros de la comunidad moral, deriva en la consideración de los animales no simplemente como pacientes morales, sino como agentes morales. Rey Pérez defiende esta tesis apoyándose en la diferenciación que realiza José Luis Aranguren entre moral como estructura y moral como contenido⁹. Así, en la medida en que los animales tienen la capacidad de aprender determinadas costumbres que les permiten relacionarse socialmente, que son capaces de discernir cuándo incumplen estas normas, y que además estos comportamientos morales se manifiestan independientemente de la relación con el ser humano, concluye que los animales están dotados de moral como estructura y, en consecuencia, pueden asumir contenidos morales. Ahora bien, aún cuando la argumentación presentada por Rey Pérez resulta esclarecedora, llama la atención en al menos dos aspectos que, todo sea dicho, carecen de la suficiente relevancia como para comprometer la tesis defendida por el autor: por un lado, que para sustentar el argumento del comportamiento moral de

⁷ Sobre esta característica básica que comparten un gran número de animales, Leyton apunta que “la sintiencia está presente en sujetos conscientes que se dan cuenta de lo que les sucede, es decir, animales con cerebro complejo (dotados de sistema nervioso con un órgano central) y animales con cerebro simple (con sistemas nerviosos centralizados sencillos)”, véase F. LEYTON, *Los animales en la bioética: tensión en las fronteras del antropocentrismo*, Herder Editorial, Barcelona, 2019, p. 49.

⁸ M. C. NUSSBAUM, *Frontiers of justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

⁹ J.L. L. ARANGUREN, *Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1979.

los animales apenas existan referencias a estudios realizados en el ámbito de la etología; por el otro, sorprende que, al tratar la moralidad de los animales, Rey Pérez se limite a mencionar a Sapontzis¹⁰ y no entable un diálogo con otros autores que desde la filosofía moral también han abordado esta cuestión, tales como DeGrazia o Rowlands¹¹.

En base a lo anterior, y dado que agentes de la comunidad moral, los animales ostentan una serie de derechos *morales*. Con todo, esta titularidad de derechos en el ámbito de la moral no alcanza para garantizar su eficacia y respeto, de ahí que sea necesaria su positivización en una norma jurídica vinculante. Pero según el autor hablar de instituciones jurídicas solo es posible en el seno de comunidades políticas, y es justamente aquí donde para Rey Pérez cobra especial relevancia la teoría política de Donaldson y Kymlicka. La tesis defendida por estos autores canadienses y suscrita por Rey Pérez parte de un enfoque relacional que diferencia entre grupos de animales según las relaciones políticas mantenidas con el ser humano, distinguiendo así entre domésticos, liminales y salvajes. El proceso histórico de domesticación ha generado una relación de interdependencia con determinados animales, intensificando sus habilidades sociales así como el aprendizaje de normas morales, por lo que según esta tesis los animales domésticos han de ser considerados miembros plenos de la comunidad política en calidad de co-ciudadanos, con todos los derechos y deberes inherentes a la condición de ciudadanía. Por su parte, el concepto político de soberanía es el que utilizan para abordar el caso de los animales salvajes, los cuales formarían comunidades soberanas separadas que deben ser respetadas por los seres humanos, prohibiéndose toda injerencia externa a excepción de aquellas intervenciones "humanitarias"¹². Finalmente, los animales liminales serían aquellos que, si

¹⁰ S. F. SAPONTZIS, *Morals, Reason, and Animals*, Temple University Press, Filadelfia, 1987.

¹¹ Al respecto, *vid.* D. DeGRAZIA, *Taking Animals Seriously: Mental Life and Moral Status*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; M. ROWLANDS, *Can Animals Be Moral?* Oxford University Press, New York, 2012.

¹² Al igual que he comentado en alguna otra ocasión, Donaldson y Kymlicka limitan esta intervención a aquellos casos en los que esa injerencia deja intactas las circunstancias existentes (como por ejemplo un acto concreto de compasión individual) o bien sirve para restablecer esas circunstancias ante situaciones graves (como puede ser una plaga o bacteria que amenace al ecosistema en su conjunto, así como la reparación de daños ambientales causados por el ser humano). *Vid.* P. SERRA PALAO, "Lo animal es político: en defensa de un acceso pleno a la salud para los animales de compañía", *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11, núm. 2, 2020, p. 48, n. 59. Por lo demás, para un original análisis sobre la intervención de naturaleza coercitiva en otros Estados en aras de proteger los derechos de los

bien comparten espacios físicos con los seres humanos (principalmente los núcleos urbanos), no tienen mayor interés en interactuar más allá de satisfacer sus necesidades básicas para sobrevivir, por lo que no formarían parte de la comunidad política y recibirían un estatus de *cuasi-ciudadanía*. En este grupo entrarían las ardillas, ratas, zorros, gatos ferales o palomas, entre otros, hallándose en una posición intermedia –y por ello notablemente compleja de regular– entre los animales domésticos y salvajes.

Precisamente, adoptar esta diferenciación por grupos basada en la posición relacional del individuo es lo que está detrás del principal comentario crítico que merece destacarse sobre la teoría jurídica de Rey Pérez. Hasta ahora, hemos visto que en tanto en cuanto todos los animales sintientes son miembros de la comunidad moral como agentes morales, son titulares de una serie de derechos morales. Sin embargo, para este autor el reconocimiento de derechos en sentido jurídico surge de la inserción del individuo en una comunidad política, afirmando que “todos, los derechos generales y los específicos, se asientan sobre la ciudadanía, sobre la comunidad política que los institucionaliza y les da una protección” (p. 74). En base a lo anterior, los animales domésticos, liminales y salvajes serían titulares de derechos morales, pero solo los primeros, al disfrutar de la condición de ciudadanía, tendrían reconocidos derechos en una norma jurídico-positiva. Rey Pérez arguye que reducir la distancia entre los derechos morales y jurídicos solo sería posible mediante una estructura de gobierno global y que, actualmente, “el Derecho continúa siendo una realidad predominantemente estatal”, concluyendo que la institucionalización de los derechos “solo puede hacerse a partir de las comunidades políticas” (p. 70). Sin embargo, la ausencia de este gobierno global (la estructura de la ONU sería lo más cercano a ello que tenemos hoy en día) no ha impedido la universalización de los derechos humanos y la constitución de un genuino Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incidiendo considerablemente en el Derecho interno de los Estados. Asimismo, y aunque una Declaración Universal de Derechos de los Animales parezca de momento irrealizable, resulta prometedor contemplar cómo se va gestando, al menos en el ámbito académico, un Derecho Animal Global¹³.

animales, *vid.* A. COCHRANE y S. COOKE, “‘Humane intervention’: the international protection of animal rights”, *Journal of Global Ethics*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 106-121.

¹³ Así, por ejemplo, A. PETERS, “Toward International Animal Rights” en A. PETERS (ed.), *Studies in Global Animal Law*, Springer, Berlín, 2020, pp. 109-120; A. PETERS, “Global Animal Law: What It Is and Why We Need It”, *Transnational Environmental Law*, vol. 5, núm. 1, 2016, pp. 9-23; A. PETERS, “Liberté, Égalité, Animalité: Human-Animal Comparisons in

En adición, a la hora de respaldar la búsqueda de relaciones justas y equitativas con los animales en tanto que miembros de nuestras comunidades políticas, Rey Pérez apunta que “en un mundo globalizado [...] no parece que tenga mucho sentido levantar una barrera en la relación entre los animales humanos y no humanos de forma que la única relación que pudiéramos tener sería la de los deberes de abstención sobre sus medios naturales” (p. 53). Pues bien, podríamos alegar que, en un mundo globalizado, en el que se invade y expulsa sistemáticamente a los animales salvajes de sus hábitats, y en el que la forma de organización económico-social de los países industrializados está comprometiendo las condiciones ecológicas necesarias para que los animales puedan florecer y desarrollarse adecuadamente, no parece que tenga mucho sentido levantar una barrera en el acceso al reconocimiento jurídico de determinados derechos fundamentales, sobre la base de pertenencia a una determinada comunidad política y la condición de ciudadanía. Es cierto, y aquí concuerdo con Rey Pérez, que esto no puede derivar en una alteración de los ciclos naturales presentes en la naturaleza (pp. 77-78), pero no es menos cierto que mantenemos relaciones con los animales salvajes, que la toma de decisiones en nuestras comunidades políticas alteran significativamente el curso de sus vidas y que debemos buscar la mejor forma posible de que estas relaciones sean también justas y equitativas, lo cual no parece realizable si en este caso nos quedamos en el terreno de la moral y no les ofrecemos la eficacia y obligatoriedad que garantiza la plasmación jurídica de ciertos derechos, al menos aquellos que sean esenciales para lograr ese tipo de relaciones. En lo que respecta a los animales liminales, Rey Pérez se limita a declarar que tendrían reconocidos ciertos derechos debido a su estatus de *cuasi-ciudadanos*. Con todo, si consideramos la especial situación de estos animales (al compartir espacios físicos con el ser humano, se ven especialmente afectados por las decisiones que se tomen en la comunidad política con la que interactúan, pudiendo sus vidas ir a mejor o peor), el hecho de que no hayan pasado por un proceso histórico de domesticación y por tanto no hayan desarrollado una mayor capacidad de socialización con el ser humano (lo cual explicaría la dificultad de mantener relaciones de cooperación e interdependencia con ellos), no debería de convertirse en razón suficiente para abstenerse de ahondar en la posibilidad de otorgarles deter-

Law”, *Transnational Environmental Law*, vol. 5, núm. 1, 2016, pp. 25-53; S. BRELS, “A Global Approach to Animal Protection”, *Journal of International Wildlife Law & Policy*, vol. 20, núm. 1, 2017, pp. 105-123.

minados derechos jurídicos. Más aún, ¿acaso no ocurre algo similar con determinados grupos humanos con los que se comparte espacio físico, que no tienen interés alguno en socializar y por tanto no se mantiene una relación de reciprocidad e interdependencia con ellos, pero, sin embargo, nadie duda de que tengan reconocidos una serie de derechos fundamentales?

Finalmente, la limitación comentada en párrafos anteriores –y cuyo germen lo encontramos en la teoría política asumida– también tiene como consecuencia el no haber aprovechado la construcción de una teoría jurídica como la que nos ofrece Rey Pérez para aproximarse desde la filosofía jurídica a propuestas filosófico-políticas tan sugestivas como, por ejemplo, la reconceptualización de los derechos humanos en derechos *sentientes* trazada por Cochrane¹⁴ o el reconocimiento a los animales salvajes de derechos de propiedad sobre el territorio que habitan¹⁵.

En cuanto a la segunda parte del libro, intitulada “¿De qué derechos estamos hablando? Problemas prácticos en el reconocimiento de los derechos de los animales”, Rey Pérez despliega una extraordinaria argumentación jurídica con el objeto de ir perfilando las condiciones necesarias en las que ese prometedor escenario jurídico para los animales podría materializarse, compartiendo al mismo tiempo un pronóstico de las consecuencias que ello presumiblemente tendría para las sociedades actuales. Siendo fiel al marco teórico desarrollado a lo largo de la primera parte, se centra mayoritariamente en el reconocimiento de derechos de libertad, sociales y políticos a los animales que forman parte de la comunidad política en calidad de ciudadanos, esto es, a los domésticos. En la riqueza y detalle que caracteriza la fundamentación jurídica con la que se aproxima a cada uno de los derechos, Rey Pérez pone de manifiesto y saca partido a la consolidada experiencia en la temática, como así lo demuestra su dilatada trayectoria académica¹⁶. En relación

¹⁴ A COCHRANE, “From human rights to sentient rights”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 16, núm. 5, 2013, pp. 655-675.

¹⁵ Vid. J. HADLEY, “Nonhuman Animal Property: Reconciling Environmentalism and Animal Rights”, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 36, núm. 3, 2005, pp. 305-315; J. HADLEY, *Animal Property Rights: A Theory of Habitat Rights for Wild Animals*, Lexington Books, Lanham, 2015; S. COOKE, “Animal Kingdoms: On Habitat Rights for Wild Animals”, *Environmental Values*, vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 53-72.

¹⁶ Entre sus obras destacan J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico: ¿cómo garantizar el derecho al trabajo?* Dykinson, Madrid, 2007; Id., “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y libertades*, núm. 16, 2007, pp. 137-156; Id., *La democracia amenazada*, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2012; Id., “¿Un nuevo modelo de bienestar? Los cambios en la filosofía del bienestar” en J. L. REY PÉREZ

con el derecho de libertad de los animales domésticos, y tras una reflexión acerca de los zoológicos y la experimentación animal, prácticas que justifica su superación en términos eminentemente morales (dadas las limitaciones antes apuntadas, al tratarse principalmente de animales salvajes y liminales), habrían de ser eliminados todos los espacios de explotación que caracterizan actualmente a la industria ganadera, así como repensar los espacios públicos para tener en cuenta los intereses de movimiento de los animales.

En este recorrido por los derechos de la ciudadanía *animal*, cobra especial relevancia el conjunto de derechos sociales, a los que el autor les dedica una parte importante de la obra (pp. 99-173). En primer lugar, dota de contenido a los derechos laborales, con todas las condiciones de justicia en el trabajo que habrían de quedar garantizadas: derecho al descanso, a vacaciones, a condiciones adecuadas de seguridad e higiene en el trabajo, a la protección social, jubilación e incluso a la participación en la negociación de los convenios colectivos, lo cual se podría llevar a la práctica por medio de representantes neutrales que actuaran defendiendo los derechos laborales de los animales. En el derecho a la educación recaería sobre el Estado la obligación de establecer un contenido mínimo educativo para los animales, a través de la creación de escuelas públicas en las que el proceso de formación estaría basado en el juego y en reforzamientos positivos. Finalmente, el derecho a la salud y a la vivienda completarían la relación de derechos sociales que habrían de quedar reconocidos en el seno de la comunidad política. En el primero, la creación de una red pública de asistencia veterinaria –a imagen y semejanza de la red pública de asistencia sanitaria– sería la opción más adecuada para garantizar este derecho. En el segundo, Rey Pérez distingue dos situaciones. Por un lado, para aquellos animales domésticos que no viven en compañía de humanos, como los que hoy se consideran “de ganadería”, los refugios y santuarios de animales¹⁷ tendrían que cumplir con las condiciones necesarias para ser considerados verdaderos hogares. Por el otro, el

(dir.), *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 15-85; Id., “Una reflexión sobre las formas de garantizar los derechos sociales en el siglo XXI” en S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 243-274.

¹⁷ Donaldson y Kymlicka ya se encargaron de resaltar el papel decisivo que juegan los santuarios de animales en el camino hacia una verdadera comunidad política interespecies. En este sentido, vid. S. DONALDSON y W. KYMLICKA, “Farmed Animal Sanctuaries: The Heart of the Movement? A Socio-Political Perspective”, *Politics and Animals*, vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 50-74.

derecho a la vivienda de los animales que conviven con humanos quedaría garantizado junto al de estos últimos, planteándose incluso la posibilidad de que pudieran ser titulares del derecho de propiedad sobre una vivienda, por ejemplo, a través de una herencia. En estos casos, Rey Pérez anticipa la necesidad de crear instituciones que protejan a los animales como propietarios o usufructuarios. Por último, esta ciudadanía animal quedaría incompleta sin el reconocimiento de derechos políticos. Pero para el autor no basta con los mecanismos de representación propios del modelo de democracia liberal –los cuales se adaptarían sin mayores problemas a la realidad animal–, y tampoco la opción adecuada pasa por el énfasis en las capacidades del ciudadano propias del modelo republicano y su comprensión de la participación política. En cambio, Rey Pérez defiende que la solución se descubre en explorar nuevas formas de participación mucho más inclusivas, moldeables y adaptables “a la realidad de ciudadanos que son diversos en su naturaleza, en su capacidad, en sus lenguajes” (p. 193), formas de participación, por tanto, que estarían también abiertas a la realidad de los animales.

Rey Pérez ha sabido aprovechar al máximo una teoría política que encajaba adecuadamente con el discurso jurídico, y el resultado ha sido una teoría jurídica de los derechos de los animales que logra superar el terreno de la filosofía moral y política en el que parecía haberse estancado el debate. En las primeras páginas del libro, la teoría política de Donaldson y Kymlicka se presenta como un planteamiento que abre un enorme campo de trabajo para la filosofía jurídica. Pues bien, de la obra *Los derechos de los animales en serio* podemos decir que descubre un nuevo horizonte jurídico de relaciones justas y equitativas con los animales, invitando gentilmente a todas las ramas del Derecho para que orienten la mirada en esa dirección.

PABLO SERRA-PALAO

Universidad de Murcia

e-mail: pablo.serra@um.es

ORCID ID: 0000-0002-4158-3535

Alexander TESIS,
Free speech in the balance,
Cambridge University Press, New York 2020, 234 pp.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: libertad de expresión, formalismo, proporcionalidad
Keywords: free speech, formalism, proportionality

En materia de libertad de expresión, se está produciendo un doble proceso debido a Internet y a la globalización donde, por un lado, se requieren respuestas globales para temas que se plantean en la red y, por otro lado, y simultáneamente, se refuerzan los mecanismos locales de las diversas culturas jurídicas para dar respuesta a los casos planteados. En la obra titulada *Free speech in the balance*, Alexander Tesis ofrece un panorama sobre los avances legales y jurisprudenciales de la libertad de expresión, centrado en la cultura jurídica norteamericana. Su posición no es meramente descriptiva de los casos donde se ha ido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, sino más bien se realiza un análisis crítico del enfoque mayoritario, que califica de formalista, categórico, “rígido y libertario”¹- y se ofrece una alternativa –proporcionalista–, más cercana a la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la cultura jurídica norteamericana, la concepción predominante de la libertad de expresión la considera un derecho muy valorado en el conjunto de libertades constitucionales, lo que tiene la paradójica consecuencia de desalentar, de forma general, las regulaciones gubernamentales e imponer un deber de justificación –de determinada solidez– para la intervención estatal. Esto ha sido desarrollado a partir de diversos casos por el Tribunal

¹ A. TESIS, *Free speech in the balance*, Cambridge University Press, New York 2020, p. 42. A partir de ahora, esta obra será citada en el texto, con la referencia a la página entre paréntesis.

Supremo que ha creado categorías jurisprudenciales, como la del conocido test del “*clear and present danger*”. En las primeras líneas de este libro, Tsesis marca la intrínseca conexión entre concepción norteamericana de libertad de expresión y democracia: “la libertad de expresión es un componente esencial de la operación de un Gobierno representativo comprometido con los derechos iguales y el bienestar general del pueblo.” (p. XI).

La visión tradicional de la jurisprudencia establece que existen unas categorías “históricas y tradicionales” que contienen discurso que no está protegido por la Primera Enmienda, como son: “obscenidad, difamación, fraude, incitación y el discurso integral de conducta criminal” (p. 5.). Es interesante porque el Tribunal Supremo reitera esta distinción en un caso donde ha de dilucidar si una regulación –*Animal Crush Videos Act*– (ACVA), que criminalizaba las fotos, los videos y películas donde se mostraba la tortura, herida, mutilación o muerte de animales estaba de acuerdo con la Primera Enmienda. En el caso *United States v. Stevens*², se consideró que esta regulación prohibitiva era parcialmente inconstitucional. Desde esta perspectiva, Tsesis manifiesta sus dudas con el fallo: “la reflexión del juez Roberts en el sentido de que es relevante establecer un adecuado marco constitucional para evitar juicios subjetivos que deriven en censura. Él rígidamente rechazó incluso considerar una ponderación rigurosa del interés nacional en liza para disuadir la crueldad con los animales que es parte de los esos videos” (pp. 4-5).

Sobre la categoría “no protegida” de obscenidad, es relevante el caso *Miller v. California*³, donde el razonamiento del Tribunal Supremo está compuesto de 3 partes: un hecho debe ser evaluado 1.- Cuando la “persona media” que se basa en los “principios contemporáneos de las comunidades” puede encontrar si “la expresión tomada como todo apela al interés lascivo”; 2.- Si “se describe o representa de una forma patentemente ofensiva una conducta sexual específicamente definida por la ley aplicable del Estado” y 3.- “Si la obra tomada como un todo no tiene ningún valor científico, político, artístico o literario” (p. 14).

En el caso *Beauharnais v. Illinois*⁴ afirmó como constitucional una ley sobre difamación, otra categoría “no protegida”, de grupos en Illinois “prohibiendo a los individuos exhibir materiales que exponen a los ciudadanos de cualquier raza, color, credo o religión a despreciar, hacer escarnio o deshonor

² *United States v. Stevens*, 559 US 460, 472 (2010).

³ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

rar o lo que produzca la ruptura de la paz pública o desórdenes públicos” (p. 15). A este respecto, Tsesis afirma que “los legisladores del Estado creyeron que la ley era necesaria, dado el contexto de la historia de racismo de Illinois” (p. 16).

Después de analizar las categorías “no protegidas” por la Primera Enmienda, Tsesis hace un análisis sobre los principales valores que subyacen en la regulación de la libertad de expresión, en el contexto norteamericano. El primero que se suele mencionar es el valor de la autonomía de la autoexpresión. Frente al cual, Alexander Tsesis marca una cierta distancia crítica con estas palabras: “Sin otros factores adicionales, llegar a garantizar la autorrealización del discurso falla al diferenciar entre los valores sociales plurales del discurso, incluyendo aquellos informativos de forma personal y política. Centrarse exclusivamente en la agencia personal crea una presunción contra las limitaciones establecidas a los individuos, más que identificar la importancia del discurso en términos contextuales y equilibrados” (p 22).

El segundo gran valor justificante de la libertad de expresión es al autogobierno político. Existe un trabajo clásico de Meiklejohn⁵ sobre el tema y es más actual la reflexión de Cass Sunstein⁶, en el contexto de la democracia deliberativa. En este sentido, Tsesis afirma que “las comunicaciones de un nivel más bajo incluyen todos los tipos de discurso, esto lleva a un conjunto dispar y amplio de información fuera del nexo de las comunicaciones protegidas. El discurso político disfruta de mayor protección que todos los otros, pero lo que es político no siempre está claro. La Literatura y el Arte, por ejemplo, pueden estar en ambos campos y la gente puede no estar de acuerdo en cuál es el mensaje central de un libro, una pintura o una pieza musical” (p. 30).

El tercer valor que subyace a las teorías de la libertad de expresión podría sintetizarse como la *búsqueda de la verdad*. Sobre lo que Tsesis sostiene que se incluye aquello que ayuda a adquirir un conocimiento preciso, lo cual comprendería: “indudablemente, las conversaciones y debates robustos sobre formas de conocimiento comerciales, históricas, políticas, médicas, jurídicas y otras. Pero esta estrecha definición falla para dar cuenta de la protección de opiniones como el sarcasmo, el arte abstracto e incluye otras categorías –no-informativas, pero protegidas– de expresión” (p. 35).

Una vez se ha proporcionado un panorama sobre la jurisprudencia norteamericana acerca de la libertad de expresión, sobre categorías “no protegi-

⁵ A. MEIKLEJOH, *Free speech and its relation to self-government*, The Lawbook Exchange, 2011.

⁶ C. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, The Free Press, 1993.

das” y los valores que justifican las categorías protegidas, Tsesis realiza un balance crítico cuando afirma “el Tribunal Supremo ha adoptado una perspectiva libertaria, rígida más que desarrollado un marco teórico comprensivo para evaluar los casos de la Primera Enmienda” (p. 42). Como ejemplo, el autor de *Free speech in the balance* señala el caso de 2015 *Reed v. Town of Gilbert*⁷, donde el Tribunal Supremo basándose en precedentes recientes encontró que la Ordenanza de una ciudad violaba la Primera Enmienda por distinguir entre señalización política, ideológica y direccional. El Tribunal homogenizó todas las formas de discurso sosteniendo que el escrutinio estricto se aplica a cualquier ley que distinga entre el contenido de varias formas de información (p. 42). Por tanto, se insiste en afirmar la neutralidad de contenido, como características de la Primera Enmienda, donde el Tribunal ha de mantenerse neutral y no puede entrar a enjuiciar el fondo del discurso. Esto se aplicó, por ejemplo, al famoso caso *R.A.V. v. City of St. Paul*⁸, donde la Ordenanza municipal que prohibía símbolos como una cruz en llamas, en ese caso en el jardín de una familia negra, se consideró contraria a la Primera Enmienda.

La alternativa por la que aboga Alexander Tsesis es aplicar, en el contexto norteamericano, el razonamiento proporcional, influido por consideraciones de cómo se concibe la ponderación en el contexto europeo. Concluye Tsesis su análisis reivindicando, en cierta forma, las categorías construidas jurisprudencialmente –como la de incitación– de la libertad de expresión “ciertamente sirven como máxima de la experiencia –*rules of thumb*– de análisis” (p. 49). Aquí la referencia al enfoque de Robert Alexy resulta oportuna, siendo éste su enfoque referencia de múltiples estudios y su método es mencionado y aplicado por Altos Tribunales de diversos países. Es ya un método general de aproximación a la proporcionalidad.

Unos casos judiciales originan unas categorías jurisprudencialmente construidas, que se aplican a otros casos y cuándo no son consideradas ya adecuadas se crean nuevas categorías. En cambio, Tsesis propone un marco que busca ser más sistemático y un método interpretativo con más consistencia. De esta forma, “a nivel judicial, debe proveer guía para proteger la expresión, ponderar cualquier política alternativa y examinar si las regulaciones restrictivas de la expresión se sobrepasan o son sobreinclusivas, e identificar si los objetivos establecidos pueden ser conseguidos con estrategias menos restrictivas” (p. 61)

⁷ *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155 (2015).

⁸ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992),

Desde esta perspectiva, el enfoque formalista, predominante de forma tradicional en Estados Unidos, resulta insuficiente: “la estrecha dependencia sobre categorías creadas judicialmente fuerza a disputas complejas sobre hechos en un pequeño conjunto de identificadores jurídicos que son sujetos de interpretación selectiva y pueden no capturar todas las consideraciones relevantes para la resolución jurídica. La elección del Tribunal de las categorías que pueden ser discurso –como discurso gubernamental, *forum* público o doctrinas basadas en el contenido– puede dar lugar a resultados que comporten desafíos a las restricciones sobre el discurso como regulaciones prohibiendo el uso de símbolos confederados en las matrículas” (p. 65).

Los académicos norteamericanos, por lo general, argumentan de forma típica, advierte Tsesis, que la revisión basada en el enfoque de la proporcionalidad permanece “de forma fundamentalmente subjetiva y no provee un enfoque judicial adecuado” (p. 78). Esta crítica también se afirma por ciertos sectores en Europa, por ejemplo, el enfoque de Habermas contrario a la ponderación. Sin embargo, el enfoque de la proporcionalidad tiene importantes seguidores y es influyente a la hora de tomar decisiones de diversos Tribunales. Es interesante porque Tsesis en esta obra, *Free speech in the balance*, pone al Tribunal Europeo de Derechos humanos como ejemplo de razonamiento en base a la proporcionalidad.

En un caso de 2012, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Princesa Carolina de Mónaco en el que se sostuvo que los fotógrafos crearon “un clima de continuo acoso que puede inducir a una persona a un fuerte sentido de intrusión en su vida privada o incluso persecución.” En la ponderación, se favorece la intimidad sobre la libertad de expresión. La decisión se basa en 5 factores de proporcionalidad para ponderar la intimidad sobre la libertad de expresión: 1.-La contribución del trabajo a un debate de interés general; 2.- Cómo la persona interesada es conocida públicamente y la materia del reportaje; 3.- La conducta anterior de la persona interesada; 4.- El contenido, la forma y las consecuencias de la publicación; 5.- Las circunstancias en que las fotografías fueron tomadas⁹. Más importante para la aproximación de Tsesis es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconfirmado en un caso más reciente que “el contexto y las circunstancias en que las fotos fueron publicadas no pueden ser obviadas”¹⁰ (p. 80).

⁹ STEDH 24 junio 2004, *Von Hannover v. Alemania* demanda no 59320/2000.

¹⁰ STEDH 7 febrero 2012, *Von Hannover v. Alemania no 2*, demandas 40660/08 y 6041/8.

El enfoque de Tsesis desafía la visión de categorías de Estados Unidos y elabora una teoría para el análisis contextual judicial en el Tribunal Supremo en Estados Unidos, donde los académicos tienden a ser libertarios en oposición a este enfoque de la proporcionalidad en la libertad de expresión (p. 77).

En la segunda parte de libro se aborda la problemática específica de determinadas materias vinculadas con la libertad de expresión, aportando matices distintos y enfoques propios desde la perspectiva norteamericana. Una de ellas analiza la regulación sobre material en apoyo de organizaciones terroristas extranjeras. A este respecto Tsesis afirma que “la ley de apoyo del material prohíbe a cualquiera dar consejos a organizaciones terroristas extranjeras o proyectos científicos, diplomáticos, técnicos, pero la culpabilidad no está determinada solo por palabras o simplemente por asociación. Al contrario, la ley prohíbe solo la coordinación del discurso con una organización terrorista extranjera” (p. 101)

Una temática propia en los Estados Unidos es la libertad de expresión en los Campus Universitarios donde deben seguir las reglas generales de las regulaciones sobre el lenguaje del odio o deben ser estrictas. De esta forma, Tsesis sostiene que “prohibiciones contra formas antisemitas, racistas, chovinistas, homofóbicas y otro tipo de lenguaje discriminatorio y de acoso deben ser adaptadas estrictamente y de forma consistente con los fines del Título Octavo del *Civil Rights Act* de 1964, el discurso que es de forma inminente dañino o verdaderamente amenazador de declaraciones está dentro del poder de sanción de la Universidad” (p. 137). O sea, parece que aquí se estaría en la línea del test del *clear and present danger*, pero quizá la ponderación a realizar sea más amplia considerando “los intereses de los hablantes, teniendo en cuenta los intereses educativos, las provisiones probablemente tienen que tener en cuenta los fines académicos, la disponibilidad de canales alternativos de comunicación y los principios pertinentes de la Primera Enmienda” (p. 137).

Otra interesante temática analizada en el libro es la libertad de expresión de escolares de escuelas secundarias *-high schools-* en la era de Internet. Aquí Alexander Tesis muestra su preocupación por la deriva de la reciente jurisprudencia de los Tribunales norteamericanos sobre el tema, que buscan restringir la libertad de expresión de adolescentes escolarizados sobre temas controvertidos, incluso fuera de horas de clase. Desde esta perspectiva, Tsesis incide en el punto de que “más que implicarse en un análisis de proporcionalidad, las decisiones recientes del Tribunal Supremo han sido fa-

vorables a las autoridades en las escuelas en casos que desafían los castigos de los estudiantes que hicieron comentarios controvertidos de tipo político y social. Esta deferencia se ha visto incrementada con suspensiones por declaraciones que están fuera del horario y las premisas de las escuelas. Esta protección reducida a los derechos de la Primera Enmienda deja fuera el rigor de la revisión judicial en los casos de censura” (p. 155).

Dinero y política pueden tener múltiples vinculaciones, alguna de ellas claramente indeseables porque afectan a la igualdad política de los ciudadanos. Es interesante porque la doctrina en Estados Unidos sobre libertad de expresión suele dedicar su atención a la igualdad política en cuanto manifestación de la libertad de expresión. El *leading case* *Buckley v. Valeo*¹¹ estableció que las *expenditures*, –el dinero donado para abogar por ideas–, no estaban limitadas según la Primera Enmienda. mientras que las *contributions*, –dinero donado a un candidato o partido–, sí tienen límites. A este respecto, Tesis crítica este enfoque ya que “revindicando ser categórico en esta interpretación del discurso, el Tribunal Supremo ha dado más peso a los intereses de las personas que pueden proveer más dinero en el sistema y se ha construido menos en las ideas sobre el bien común, y más sobre los intereses de las personas ricas y corporaciones” (p. 171-172)

Esta obra titulada *Free speech in the balance* es un interesante panorama sobre la concepción de la libertad de expresión predominante en Estados Unidos, donde se muestran diversas críticas y se propone una alternativa de interpretación judicial proporcionalista. El manejo de las fuentes bibliográficas y jurídicas es excelente y muy apropiado para reforzar los argumentos expuestos. Al principio aludía a la relevancia de las culturas jurídicas para comprender las diversas concepciones sobre la libertad de expresión. El enfoque propuesto por Tesis es muy atractivo, especialmente para un jurista europeo. No obstante, para su éxito fecundo en Estados Unidos, me parecería que subyace un tema clásico de Filosofía del Derecho. Un primer elemento el de la importancia de los precedentes en los países del *common law* y un segundo, es la relevancia del realismo jurídico en la tradición iusfilosófica norteamericana. Quizá el enfoque de la proporcionalidad sea más plausible dentro de opciones interpretativas que afirmen de forma más clara nociones como sistema, coherencia, o plenitud.

Pero este puede ser un cambio en el enfoque iusfilosófico para hacer evolucionar la interpretación de la Primera Enmienda en el contexto norteameri-

¹¹ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

cano. No sería el primero ya que ésta “ha evolucionado desde una tolerancia silenciosa de las leyes sobre el libelo sedicioso a encontrarlas repugnantes para el discurso político; de alabar los saludos obligatorios a la bandera, a reconocer que esas leyes socavan las libertades religiosas; desde sostener leyes contra la ofensa a la bandera americana, hasta reconocer que esa conducta es una expresión de ideas y, desde una estricta responsabilidad de todas las formas de libelo, a un análisis complejo del libelo, contra los funcionarios públicos, implicados en una conducta oficial.” (p. 177).

Esta deseable evolución en la interpretación –en un sentido más proporcionalista–, como propone Alexander Tsesis, podría aproximar la forma de resolver conflictos en las diversas culturas jurídicas, en un tema como la libertad de expresión, donde resulta relevante poder ofrecer respuestas globales, en ámbitos como Internet, que implican nuevos desafíos a la eficacia de los derechos humanos.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.perez@uc3m.es

Massimo La Torre,
Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi,
Leo S. Olschki, Firenze, 2020, 263 pp.

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México

Palabras clave: naturaleza del Derecho, positivismo jurídico, Derecho natural, normatividad
Keywords: nature of Law, legal positivism, natural Law doctrines, normativity

Con motivo del inicio del curso académico 1909-1910 Santi Romano dictó en la Universidad de Pisa una conferencia titulada *Lo Stato Moderno e la Sua Crisi*. En esa breve pero sustanciosa contribución puso en la palestra una serie de argumentos de lo que constituía un asalto al soberbio edificio construido por la doctrina del Estado, sobre todo, en la versión que se fraguó tras la Revolución Francesa. Desde su punto de vista, el gran déficit de la teoría del Estado radicaba en su “excesiva simplicidad”. Para Romano el “pecado original” del estatismo moderno fue dejar de lado a las fuerzas sociales y el pluralismo normativo en favor del monismo, de la afirmación de la ley como única fuente del Derecho. Frente al Estado soberano dicha doctrina propuso únicamente al individuo, “en apariencia armado de una serie infinita de derechos proclamados enfáticamente y ampliados con una generosidad sin coste, pero no siempre protegidos en sus legítimos intereses en el campo de los hechos”¹. Quizá ello se debía a que un Estado que afirmaba “autolimitarse” para conceder derechos a sus súbditos, en tanto soberano, podía en esa misma lógica sustraerlos. El libro que me propongo reseñar aquí puede considerarse paralelo a la empresa de Romano. En efecto, en *Il diritto contro se stesso* Massimo La Torre nos ofrece argumentos del asalto operado, en este caso, contra el orgulloso edificio iuspositivista. Se trata de una interpretación

¹ Cfr. S. ROMANO, “El Estado moderno y su crisis” [1909], trad. de F.J. Durán, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, 2011, pp. 635-654.

atenta de varios autores y de las razones que lo llevan a constatar la enésima crisis del positivismo jurídico.

Antes de dar cuenta del ensayo, conviene hacer una precisión central: ¿qué tiene La Torre por la *Weltanschauung* iuspositivista? Para el autor del libro esa cosmovisión iuspositivista es la que se configura sobre los postulados teóricos de Hans Kelsen y H.L.A. Hart. Ellos representan el núcleo normativista del positivismo jurídico, donde “la consecuencia esencial consiste en la separación del Derecho de la moral”². En efecto, se recordará que la negación del Derecho Natural, en tanto metafísica, es una de sus señas de identidad para el autor de la *Reine Rechtslehre*. Con todo, Kelsen no afirmaba que el Derecho no debe armonizar con la moral, siempre y cuando se reconozca la existencia de distintos sistemas morales en conflicto. Desde una perspectiva voluntarista, concebía el Derecho como un orden normativo que regula la conducta humana de manera coactiva. La sanción aquí es nuclear, integrando las reglas un orden escalonado en el que la validez última se presupone en una *Grundnorm*. Asimismo, el austriaco destacaba la exigencia político-jurídica de la previsibilidad de la decisión o de la seguridad jurídica de ella derivada como una de las consecuencias del iuspositivismo. Pero reconocía que ello era posible sólo hasta cierto grado. En el Derecho siempre hay un margen de indeterminación, bien por el lenguaje mismo, bien porque las normas jurídicas generales no predeterminan de manera absoluta las normas jurídicas particulares. Finalmente debe recordarse que el positivismo jurídico, siempre para Kelsen, lleva a una “división del trabajo” en la que es preciso distinguir la teoría general del Derecho —que describe el Derecho de manera avalorativa o se ocupa de los conceptos jurídicos fundamentales— de la filosofía del Derecho —que formula juicios de valor sobre el Derecho justo o sobre la función del Derecho— y cuyos resultados pueden ser diversos dados los muchos ideales de justicia. Este es el objeto propio de la política jurídica según Kelsen, no de la ciencia del Derecho, al ocuparse del Derecho que debe ser y no del Derecho que es.

H.L.A. Hart también hace propia la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Él construye su concepto de Derecho a partir de la crítica al imperativismo austriano, proponiendo su elucidación como la “unión de reglas primarias y secundarias”. Estas últimas son “reglas sobre reglas”, y entre ellas, la de “reconocimiento”, que determina cuándo una norma forma

² Cfr. H. KELSEN, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, trad. de M. De la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XVI, núm. 61, 1966, pp. 131-143.

parte del sistema jurídico, tiene un papel central. Como es conocido, el “positivismo hartiano” se articula con base en tres tesis: la ya mencionada de la separación conceptual; la tesis de las fuentes sociales; y la tesis de la discreción judicial. Dejemos de lado la primera y recordemos las otras dos tesis. La segunda sostiene que para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos de validez jurídica. La tercera tesis sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos o no regulados expresamente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictada por Derecho claramente establecido y, por tanto, el Derecho es parcialmente indeterminado o incompleto³. Puede decirse que su positivismo jurídico, su antiesencialismo, así como “el giro hermenéutico” constituyen el armazón de su teoría. Ahora ¿por qué es importante este breve recordatorio a nuestros efectos? La respuesta es porque en *Il diritto contro se stesso* se toman las doctrinas de esos autores como referencia para la crítica. La Torre no olvida que tanto Kelsen como Hart fueron profundos renovadores de la tradición iuspositivista, al delimitar su “parcela” y poner los nuevos cimientos de su “edificio de posguerra”. Dicho esto, pasemos al libro.

La historia comienza con “La revuelta de los principios” de Ronald M. Dworkin, el formidable adversario que con su crítica obligó al iuspositivismo hartiano a recular, o más aún, a recluirse. Su ataque se dirigió a los cimientos del edificio mismo al reestablecer la conexión entre Derecho y moral. Los principios como normas con una clara dimensión de moralidad escapan a la regla de reconocimiento, y ello tiene consecuencias devastadoras para el esquema de Hart. Entre las críticas dirigidas a éste, destaca la que hace contra su tesis de la discrecionalidad judicial: si aquellos casos no resueltos por el campo semántico gobernado por la regla deben resolverse a través de un ejercicio de discreción fuerte por parte del juzgador, la idea misma de imperio de la ley, de unos derechos previos o indisponibles, se disuelve. Dworkin ataca al positivismo ahí donde se considera indestructible, en la idea de seguridad jurídica (p. 171). A la obsesión positivista por las fuentes, el norteamericano contrapone la “rights thesis” según la cual, siempre desde

³ Cfr. H.L.A. HART, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. De Páramo, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 36, 1980, pp. 3-18, p. 5. Sobre el particular, permítaseme una referencia a: F.M. MORA-SIFUENTES, “Hart y el problema del positivismo jurídico. Una reconstrucción en tres actos”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, pp. 2-32.

una perspectiva interna, las partes no buscan certificar qué dice el Derecho, sino que afirman que tienen razón, que su pretensión está justificada. Algo emitentemente moral. La potente defensa dworkiniana de la idea de certeza jurídica, como sabemos, viene de asumir la tesis de la “one right answer”, algo que resulta problemático a su vez. Otra crítica no menos interesante es la del aguijón semántico. El positivismo hartiano, dice en *Law's Empire*, es una “plain fact view” incapaz de dar cuenta de la controversia que suscita la determinación del Derecho y su validez. Éste para Dworkin, como sabemos, es un concepto interpretativo que sólo puede comprenderse atendiendo a sus fines. Con todo, y frente al solipsismo del “juez Hércules”, caracterizado por poseer recursos tanto epistémicos como prácticos ilimitados, Massimo La Torre propone traer a escena la figura del abogado como coadyuvante en su labor, para articular con ello una visión más dialógica. Esa solución tendría el atractivo de abrir la teoría del Derecho a la figura del abogado y su ética profesional, “ambas sacrificadas por la narrativa iusfilosófica, especialmente por la positivista” (p. 29).

En el segundo capítulo se ocupa de un autor muy influyente para la consolidación del iuspositivismo como paradigma dominante en Italia. Me refiero a Norberto Bobbio, figura central en la renovación de la filosofía del Derecho también en España, cuya prolífica obra abarca alrededor de setenta años. Aquí, el primer escollo a superar es el dominio de una obra tan compleja como dilatada. Massimo La Torre nos sugiere organizar el trabajo del profesor turinés en tres periodos: sus comienzos, en donde hay una impronta husserliana e idealista importante; su etapa “aurea”, donde encontramos su escrito “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, que, afirma, funda la moderna escuela positivista analítica italiana; y una tercera época, tanto de abandono de su neopositivismo como de franca sociologización de su trabajo. Las razones que se añaden aquí a la crisis del positivismo jurídico tienen que ver con dos órdenes de consideraciones. En primer término, el giro sociológico de “Dalla struttura alla funzione” patentiza el abandono de los márgenes kelsenianos en los que Bobbio se había conducido al estudiar la función promocional del Derecho, un tema de primer orden en el marco del Estado social en el que el componente teleológico o valorativo es central. La segunda cuestión radica en su atenuación de la distinción entre “ser” y “deber ser”. En concreto, al reconocer una dimensión prescriptiva de la ciencia jurídica o metajurisprudencia. En última instancia, el conocimiento presupone la pregunta sobre la cualidad de bondad o maldad intrínseca a su objeto, algo problemático para la *Wertfreiheit*

iuspositivista. Ahora bien, observa el profesor de Catanzaro que en el tránsito del Derecho a la teoría política hecho por Bobbio no hay espacio para la filosofía moral, pues permanece encerrado entre el análisis conceptual y la historia de las ideas políticas, postura que La Torre entiende idiosincrática a la filosofía italiana de la que el turinés fue actor y protagonista.

El siguiente paso en la historia argumental es analizar la respuesta dada por Hart al desafío de Dworkin, concretamente, en el *Postscript*. En opinión de La Torre en ese trabajo hay, de forma paradójica, un acercamiento a las versiones más radicales del escepticismo frente a las reglas toda vez que predica la primacía del juez como operador jurídico desvinculado del Derecho, el “Judex Rex”. En efecto, una de las consecuencias que se siguen de afirmar el “positivismo jurídico suave” consiste en asumir una tesis de la incompletitud del sistema jurídico y no únicamente sobre los casos difíciles. Allá donde el Derecho no llega —y no puede llegar por la porosidad del lenguaje—, encontraríamos la discrecionalidad pura del juzgador, no una actividad justificativa. Con ello el autor de los *Essays in Jurisprudence and Philosophy* “desdibuja” la noción de vaguedad en la de laguna legal generando no pocos problemas. Si en la primera podemos todavía argumentar en favor de una interpretación entre las disponibles, en la laguna, por el contrario, todo sería discrecionalidad. En opinión de La Torre, Hart termina asumiendo una postura decisionista que es contraria, al menos en la tradición continental europea, al Derecho positivo y su práctica: en casos de vaguedad, o incluso de lagunas, los ordenamientos jurídicos no autorizan acudir directamente a los principios sino al propio sistema a través de la analogía. Todo lo anterior resulta sorprendente viniendo del autor que denunciara la “pesadilla” a la que nos abocaba el juez realista como amenaza para el principio de división de poderes. Otro aspecto digno de mención es que, frente al desafío dworkiniano, Hart pareció acudir al expediente de separar la teoría del razonamiento jurídico de la teoría de la naturaleza del Derecho, algo que para el autor del libro tiene consecuencias desastrosas. Seguir este camino, en opinión de La Torre, aboca al iuspositivismo a la irrelevancia toda vez que lo distancia de las prácticas jurídicas concretas.

El capítulo cuarto trata de la obra de Neil MacCormick y Ota Weinberger. Considero que el tratamiento que hace el Catedrático de Catanzaro del primero sólo se entiende si tenemos presente que, para él, MacCormick no fue un revisionista más del legado de Hart sino su heredero auténtico. Y lo fue, porque en su *Legal Reasoning and Legal Theory* desarrolló una teoría del razonamiento jurídico más satisfactoria que la expuesta por aquél. El escocés

además hizo una contribución central al clarificar que es posible distinguir dos perspectivas dentro del “punto de vista interno”: una “cognitiva”, como participante que comprendiendo las normas no les reconoce un carácter vinculante o moral, y otra “volitiva”, que sí lo hace. Otro aspecto destacado tiene que ver con el anclaje ontológico que da MacCormick al Derecho, como “hecho institucional”, apoyado en la distinción de J. Searle, y desde la cual critica la “falacia imperativista”. En fin, también encontramos en su trabajo argumentos contra la visión soberanista o estatalista presente en no pocas teorías iuspositivistas. Por otra parte, de Ota Weinberger destaca su crítica a la noción imperativa de la norma como mandato, tan querida por Kelsen, quien en su etapa de la *Allgemeine Theorie der Normen*, llegó a sostener que la lógica no es aplicable al Derecho. Frente a esto, Weinberger desarrollará una lógica deóntica dando una base ontológica más robusta al Derecho predicando un principio de “co-validez”. Para evitar la deriva decisionista del iuspositivismo, dicho autor va a integrar “forma”, “historia” y “voluntad” concibiéndolos como elementos coordinados. Con todo, para La Torre, el así llamado neoinstitucionalismo tiene un límite importante: la “trivialización del significado de actitudes normativas”, misma que puede ejemplificarse en las críticas formuladas por MacCormick (pp. 110-1) a la “pretensión de corrección” de R. Alexy. Mientras los autores afines no se ocupen de la fundamentación de los discursos prácticos, el neoinstitucionalismo seguirá siendo un proyecto incompleto para el italiano (p. 114).

Otro signo inequívoco de crisis para Massimo La Torre es la fragmentación que el iuspositivismo hartiano sufrió tras los embates de Dworkin. En el Capítulo 5 del libro se habla de una “Defensa de la ortodoxia” para referirse al positivismo jurídico “excluyente” de Joseph Raz y su articulada defensa de la tesis de las fuentes sociales. Como ya se señaló, el precio que se paga con dicha estrategia es repudiar el carácter hermenéutico del concepto de Derecho. Bien porque se retorne a un esencialismo en la noción de autoridad legítima, bien porque se expulsa de la naturaleza del Derecho al razonamiento jurídico, lo que resulta fatal para la teoría. El “incorporacionismo”, al conceder que los principios morales *puedan* incluirse en la regla de reconocimiento, termina por comprometer la tesis de las fuentes sociales, haciendo difícil distinguirlo de la postura dworkiniana. Además de ser una doctrina “parochial”, el verdadero problema del incorporacionismo, en opinión de La Torre, es que no se toma los principios jurídicos en serio, cuya naturaleza *a la vez* moral requiere de argumentación práctica, y no puramente teórica, en su aplicación. Por su parte,

el positivismo “normativo” o “ético”, al apelar a valores como la certeza o seguridad jurídica, al defender el ideal del imperio de la ley y la dignidad democrática de la legislación, se aleja de la perspectiva *Wertfreiheit* positivista para acercarse a su versión “ideológica”. Llegados a este punto, el último expediente visitado en este capítulo es el reposicionamiento de la “coerción” como elemento nuclear de la experiencia jurídica. En efecto, la tesis del “Derecho como fuerza” ha sido defendida recientemente por F. Schauer, pero resulta mucho más problemática de lo que a primera vista parece. Contra esta opinión, en *Il diritto contro se stesso* se defiende una posición antiautoritaria relegando la coacción a elemento secundario, un *pis aller*, más no la esencia del Derecho. Entre otras razones, porque desde esa visión se propugna una antropología determinada, la del *bad man*. Todo lo anterior resulta desenfocado para La Torre pues entiende que la función primordial del Derecho, si es que alguna tiene, siguiendo en este punto a H.L.A. Hart, es la de proporcionar una guía de conducta para el *puzzled man*, para el “hombre confundido”.

La insatisfacción del paradigma positivista tampoco lleva a nuestro autor a asumir alguna doctrina del Derecho Natural, que, al proponer una relación entre una teoría ideal y normativa fuerte, pueden etiquetarse también como “idealismo jurídico”. En mi opinión, aquí encontramos una de las contribuciones más interesantes de Massimo La Torre al distinguir dos versiones contemporáneas del iusnaturalismo haciendo una analogía con el positivismo jurídico. La primera es la “excluyente” según la cual el principio moral que da validez a una regla de conducta no necesita proceso de deliberación colectiva concreta alguno. Esto sucede, por ejemplo, con los siete “bienes básicos” de John Finnis, quizá el teórico vivo más importante asociado a la tradición católico-tomista del iusnaturalismo; o con el *Principle of Generic Consistency* de Alan Gewirth asumido por de Deryck Beylveeld y Roger Brownsword. Con este principio la llamada “Escuela de Sheffield” da una naturaleza moral fortísima a su *Grundnorm*, no meramente “hipotética”, siendo por ello los iusnaturalistas más radicales para nuestro autor. La segunda versión es la “incluyente”. Aquí, la determinación de la regla de conducta válida derivada de tales principios no puede hacerse sin mediar un ejercicio de deliberación pública positiva. Ejemplos de este tipo de doctrina las encontramos en Robert Alexy o Jürgen Habermas dada la impronta discursiva de sus respectivas teorías. Como se sabe, para Alexy existe una conexión conceptual entre Derecho y moral. Pero se trata, a diferencia de la Escuela de Sheffield, de una conexión débil o “cualificante”. La misma se

establece por medio de una “pretensión de corrección” inherente al punto de vista interno o de los participantes. Aquí los principios morales tienen una esencia procedimental, necesitan hacer referencia a una práctica concreta de deliberación. En este apartado el lector encontrará ideas muy sugerentes y con muchas implicaciones.

La doctrina de Carlos Nino se aborda en el capítulo 7. Lo que el argentino niega al iuspositivista, afirma La Torre, es la dignidad de ser el paladín de la “Ley de Hume”, la imposibilidad de derivar enunciados normativos de aserciones descriptivas. Su “teorema fundamental de la filosofía del Derecho” plantea que las normas jurídicas, por sí mismas, son incapaces de constituir auténticas razones para la acción; a menos de que puedan referirse, o reconducirse, a juicios morales. El paradigma iuspositivista, que conceptualiza el Derecho desde una perspectiva factual (un comando, una práctica o un texto), no es capaz de dar soporte al contenido deóntico presupuesto por él mismo, pues “un hecho puede ser, cierto, la causa de una conducta, pero no puede constituirse en una razón” (p. 172-3). No puede hacerlo, so pena de violar la falacia naturalista. Contra lo que solemos dar por hecho, nos dice el profesor de Catanzaro, ese *approach* avalorativo es fuertemente prescriptivo: el positivista “a menudo no se abstiene de decirnos qué es obligatorio y correcto para un caso determinado”. En última instancia, el carácter excluyente de las normas, como son asumidas por el iuspositivista –i.e., “dogmas”–, supone una tesis poco cognitiva sino “abrumadoramente normativa, ciertamente moral y, de forma probable también política” (p. 178-9). Nino toma dos nociones centrales para salir de ese *cul-de-sac* al que aboca el iuspositivismo: la tesis del caso especial de R. Alexy y la idea de la “chain novel”, esto es, asumir que el Derecho es una gran obra colectiva, próxima a la integridad dworkiniana. En tales coordenadas, la democracia en su versión deliberativa aparece reforzada en el esquema del argentino, pues, en materia moral, supone aplicar a los criterios de justicia una racionalidad intersubjetiva, “dialógica”. Con todo, es censurable que Nino termine propugnando una pretensión excesiva con su defensa del carácter epistémico de la democracia, una deriva “jacobina”, que no es necesaria para la “tesis del caso especial”. Por ello, La Torre nos sugiere que la tesis democrática de Nino sea interpretada en términos de una situación intersubjetiva de justificación de las normas comunes de conducta en donde se reconozca la autonomía moral de todos (p. 190).

El siguiente capítulo habla del “neoconstitucionalismo” de dos autores italianos. Un tanto idiosincrático, el tratamiento que hace de Gustavo

Zagrebel'sky y Luigi Ferrajoli se aparta de algunas interpretaciones que ambos han recibido. En primer lugar, puede decirse que el "neoconstitucionalismo" para Massimo La Torre se sintetiza en la idea de "rematerialización del Derecho positivo". Para teorizar dicho paradigma se parte de la importancia de la jurisprudencia constitucional o la pérdida de centralidad de la ley como fuente del Derecho. En el "diritto mite", además, la experiencia jurídica pierde muchos de sus rasgos del pasado: ya no es el mandato, la sanción o la soberanía lo que resulta la esencia de lo jurídico, sino que pasan a mero accidente. Por el contrario, lo que se coloca en el centro de atención viene a ser la *mitezza*, la progresiva reducción de la violencia, la discursividad o la razonabilidad (p. 194). Y aquí es donde la lectura se vuelve penetrante: en su opinión, Zagrebel'sky no ofrece base alguna para racionalizar el fuerte contenido normativo presupuesto en el paradigma mismo, toda vez que asume tesis subjetivistas en materia metaética o, incluso, porque no proporciona una base lógica y conceptual a la distinción entre principios y valores (que teoriza próximo al nihilismo schmittiano). Por su parte, la empresa de Luigi Ferrajoli también puede considerarse "neoconstitucional" siempre que no se asocie al principialismo. Mejor, y como he dicho en otro lugar, se trata de una doctrina desde y para del Estado constitucional. En su núcleo encontramos el "declive de la soberanía" (p. 205), que, a través del principio de legalidad, cambia la configuración del Estado de ser un órgano del monopolio de la violencia a una estructura lógica de derechos, deberes y competencias, que minimizan su dimensión coercitiva (Ferrajoli, no debemos olvidar, es un campeón del Derecho Penal "mínimo"). Pero su conceptualización del nuevo paradigma o mutación del Derecho presenta también problemas. Por ejemplo, su definición formal de derecho fundamental, la pretensión de completitud de su teoría (Ferrajoli, dice La Torre, es "panjuridicista") o la reivindicación del carácter prescriptivo de la ciencia jurídica. Nuevamente encontramos tesis que difícilmente resultan compatibles con el paradigma iuspositivista en ambos, pues su relación con él es, por lo menos, ambigua.

La riqueza del libro se acerca a su final abordando la doctrina de Martii Koskenniemi sobre la historia o los conceptos jurídicos y que titula "postmodernismo". Entiende La Torre que el postmodernismo se caracteriza por tener a las ideas como meros utensilios al servicio de intereses espurios, esto es, falsa conciencia e ideología. En el caso del autor finlandés los conceptos no son meras "técnicas de representación" de enunciados atómicos a la manera del primer Ludwig Wittgenstein. Más bien, nos dice el profesor de

Catanzaro, son los conceptos, en tanto frases primitivas o elementales, “contra las que se estrellan todos los intentos posteriores de análisis o reducción”. Y esto es particularmente cierto en el caso del concepto de Derecho, por lo que “la historia de las ideas se convierte en una teoría de la naturaleza del Derecho” (p. 215). En mi opinión, además de ser este el capítulo más denso de toda la obra, el punto central para el concepto de Derecho es que la falta de objetividad de los reclamos de justicia o razonabilidad invocadas con frecuencia en el ámbito jurídico para Koskenniemi no son sino mera “operación apologética”, que encubrirían “la más prosaica y espuria razón de Estado”. Es decir, hay una tensión en la obra del finlandés una tesis sociológica y una tesis ética; una dialéctica entre “apología” y “utopía”. Esto es notable en el ámbito al que proyecta sus reflexiones, el Derecho Internacional, en donde la normatividad parece comprimirse en favor de la factualidad. Sin embargo, el autor deja abierta la posibilidad de cierta trascendencia de contenido ideal. En última instancia, va a ser una forma de positivismo suave, el trabajo ordinario de los operadores jurídicos y sus virtudes profesionales las que podrían reconducir a una etapa “un poco más digna” en las relaciones internacionales. Esta deconstrucción postmoderna, según La Torre, acaba por confiar nuevamente el destino en la práctica jurídica de la que se había señalado la dialéctica ineludible entre apologética y utopía.

En el apéndice que cierra el libro, el profesor La Torre se ocupa del legalismo como filosofía del Derecho y la ética de las profesiones jurídicas que le acompaña siendo Francisco Laporta y Liborio Hierro sus interlocutores, respectivamente. Como se recordará, en *El imperio de la ley* Laporta articuló una sofisticada defensa del legalismo partiendo del principio de la autonomía personal. A través de la promulgación de normas entendidas como reglas, la ley es, a un tiempo, instrumento de control y de distribución del poder, permitiendo también articular el problema de la autoridad del Derecho. Previsibilidad, seguridad, división de poderes, democracia, etc., están en el centro de la apuesta de Laporta por el imperio de la ley como un ingrediente de una teoría de la justicia. Pues bien, sin escamotear algunos méritos que dicho ideal representa, La Torre encuentra varios problemas en su propuesta. Me refiero a dos. En primer término, la idea de regla entendida *a là Raz* como razón de segundo orden, excluyente, perentoria, independiente de contenido se caracteriza por cancelar el razonamiento autónomo del agente. El comando, al ser “sordo” e “insensible” a las razones o al “sentido” de lo ordenado, parece incompatible con el ejercicio mismo de la libertad humana. En segundo lugar, porque se

mantiene muy próximo al prescriptivismo, a la idea de que el Derecho sobre todo es regulativo más que constitutivo. Finalmente, el legalismo promueve una específica ética del abogado. Aquí el trabajo de referencia es el de Liborio Hierro, para quien el jurista, en materia deontológica, no sólo es, sino que *debe ser* parcial. Debe asumir una ética de la tolerancia que le permita reconocer la dignidad de su contraparte. Pero esta posición de la “moral-amoralidad” resulta escasamente convincente para el autor italiano.

Como ha podido observar el lector, la panorámica ofrecida por La Torre en este libro viene a enriquecer la bibliografía de que disponemos en el ámbito de la teoría y filosofía de Derecho contemporánea. Y lo hace porque en su recorrido hay espacio para otras escuelas o filósofos del Derecho más allá de la estrecha nómina angloamericana. De igual manera, la apuesta del autor va en el sentido de que la práctica o los operadores jurídicos (abogados, ciudadanos, etc.) tengan un papel central en la conceptualización del Derecho. Sobre todo, porque ya no podemos expulsar del recinto de la experiencia jurídica la referencia a una normatividad fuerte, a valores, principios, criterios morales o “políticos”, porque ellos están en la naturaleza misma del Derecho (p. 228). En mi opinión, el haber expulsado la referencia a principios y valores constituye para Massimo La Torre el “pecado original” del positivismo jurídico. Y retomando los motivos de S. Romano, podemos advertir cierta predilección del profesor de Catanzaro por una forma aproximarse al Derecho con elementos sociológicos importantes, construida desde lo público o con una clara dimensión discursiva. Sin embargo, nuestro autor es consciente también de que la interna pretensión de justicia del Derecho puede volvérselo en su contra en la realidad de los hechos, o que la normatividad fuerte que defiende puede ser enmascarada con pura ideología, por doctrinas autoritarias, cuando no por cierto platonismo. Es plenamente consciente de ello, pero no recula en su apuesta cuando concluye lo siguiente: las normas jurídicas al momento de su aplicación requieren de razones y las razones de teoría. El Derecho, por tanto, es su filosofía (p. 228). Esto, nos dice el autor del *Il diritto contro se stesso*, puede negarse, pero al hacerlo, al negar su naturaleza eminentemente práctica o filosófica, nos encontramos que hemos dado un vuelco al Derecho, confrontándolo contra sí mismo.

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México
e-mail: fm.mora@ugto.mx

Jesús Ignacio DELGADO ROJAS,
Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 95 pp.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: homosexualidad, discriminación, legislación reformista, libertad individual, autonomía, hipocresía.
Keywords: homosexuality, discrimination, reforming law, individual liberty, autonomy, hypocrisy.

El libro *Víctima y el derecho a la no discriminación por diversidad afectivo-sexual* tiene como contenido el análisis teórico de la película *Víctima*, dirigida por Basil Dearden y estrenada en 1961. La película reúne a un buen número de actores y actrices insignes, entre los que sobresale el papel desempeñado por Dirk Bogarde.

Hace el número seis de la importante colección, de la editorial Tirant lo Blanch, “Cine y derecho”, que cuenta como codirectores a Javier de Lucas y Fernando Flores. Ambos son ya muy conocidos por su cultura cinéfila y el primero, además, por corresponderle un papel pionero en el acercamiento del cine a la Universidad y a la reflexión jurídica. Esta colección ha sido distinguida, en diciembre del 2020, con la Medalla de Oro al Mérito en las Bellas Artes, otorgada por el Consejo de Ministros a propuesta del ministro de Cultura y Deporte, José Manuel Rodríguez Uribes.

El libro que me corresponde comentar es un libro valioso sobre un tema importante y complicado, tratado de manera clara y sincera, valiente pero no militante. La película *Víctima* está muy bien contextualizada (las páginas dedicadas a la sociedad victoriana y al Círculo de Bloomsbury están acertadamente manejadas). Su conexión con el Informe Wolfenden, con la nada fácil reforma de la legislación anti-homosexual, con polémicas teóricas, como la llevada a cabo entre el filósofo del Derecho Hart y el juez Devlin, están muy bien logradas y es un acierto del autor.

Este libro y la película sobre la que versa son una prueba de que el cine, como la literatura, puede ayudar a reflexionar sobre aspectos morales, políticos y jurídicos tan actuales como inexcusables. También son útiles para ayudar a respetar la dignidad humana y sus derechos, a comprender la diversidad humana y sus valores positivos y a comprometernos con una sociedad mejor y más decente.

El libro está compuesto por siete partes. En la primera se explica que la película *Víctima* «nace en el contexto propicio para forjar un cambio en la mentalidad de una sociedad que ya evidenciaba síntomas de transformación» (p. 11). El cambio de mentalidad tiene que ver con un asunto, hasta ese momento tabú en el plano cinematográfico, como es la homosexualidad, sobre la que se mantendrá una rigurosa prohibición y persecución penal en Inglaterra. Para llegar al gran público se utiliza una historia de relación homosexual, acompañada de chantaje, del suicidio de la doble víctima de la ley y de la extorsión, Jack Barrett (P. McEnery), un empleado de la construcción, y de la valiente decisión, tras fuertes dudas, de un conocido abogado, Melville Farr (D. Bogarde). La película nos narra como Farr, la otra parte del idilio, «se adentra en un camino plagado de riesgos, poniendo en juego su imagen y reputación y destapando la espiral de temor y culpa de la hipócrita sociedad inglesa en la que los homosexuales se convierten en víctima y en criminales a la vez, debiendo ocultarse sólo por ser como eran» (p. 13). Enseguida aparecen personajes representativos de distintas profesiones y clases sociales que ayudan a hacerse una idea de cómo acoge el ciudadano medio esa legislación represiva, ya sea por convencimiento ya sea por miedo. El cuadro es realmente esclarecedor y hay detalles realmente brillantes. De esa manera nos enteramos del funcionamiento de la moral social.

Pero antes, en la parte segunda, el autor nos conduce al contexto histórico del momento, un contexto social heredero de la sociedad victoriana en la que se quiere enfatizar el papel del Círculo de Bloomsbury como grupo verdaderamente rupturista de la moral social dominante. Un grupo formado por personalidades tan notables como Virginia Woolf, Lytton Strachey, E.M. Forster, Maynard Keynes, Duncant Grant, Roger Fry, Vanessa Bell o Leonard Woolf; algunos de los cuales se sintieron influidos por las ideas filosóficas de G.E. Moore expresadas al final de sus *Principia Ethica*. Por otro lado, en el contexto jurídico-político destaca la creación, en 1954, del Comité sobre Delitos de Homosexualidad y Prostitución, que en 1957 hace público un Informe que resucita el enfrentamiento (casi cien años antes) entre el juez

F. Stephen y J.S. Mill, y dará lugar a la famosa polémica acerca de la despenalización de la homosexualidad entre el filósofo del Derecho oxoniense H.L.A. Hart y el juez P. Devlin (1959).

La tercera parte está dedicada a los aspectos de mayor relieve de la película *Víctima*, enfatizando cómo sus creadores eligieron la manera más adecuada de expresar la necesidad de una reforma legal en materia de homosexualidad. También se destinan unas páginas al papel del abogado homosexual, encarnado magistralmente por D. Bogarde, y a las pretensiones de su director Basil Dearden. La respuesta a la pregunta de lo que supuso la película *Víctima* para la sociedad inglesa del momento es el principal asunto de la cuarta parte, mientras que en la siguiente se describen los vericuetos de los diez años que tardaron las recomendaciones del Informe Wolfenden en aplicarse, con la aprobación parlamentaria y conversión en ley, conocida como la *Sexual Offences Act* (1967). Me disculpo por la imposibilidad para mí de hacer una apropiada síntesis del numeroso e importante cúmulo de ideas y reflexiones que aquí aparecen y que, en ningún caso, pueden sustituir a la lectura del libro. Finalmente, la parte sexta se ocupa de unas breves conclusiones y la séptima incluye una útil bibliografía.

Creo que queda suficientemente demostrado con la lectura del libro del Dr. Jesús Ignacio Delgado, que él se sitúa en la línea iniciada por el Informe Wolfenden en 1957, seguida por la *Sexual Offences Act* de 1967 en Inglaterra y proseguida por varios países que hasta hoy han llevado a cabo reformas legislativas de gran calado a favor de la despenalización de la homosexualidad y la consideración de la naturalidad, la normalidad y la protección jurídica de esta orientación sexual. Los sentimientos y las conductas homosexuales estarían amparadas por un valor superior del ordenamiento jurídico, como es la libertad (art. 1 de la Constitución Española), por los fundamentos del orden político y de la paz social, tal como la dignidad de la persona y sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (según el art. 10 de la Constitución Española) y por la igualdad ante la ley y la no discriminación (incluida la sexual) contemplada en el art. 14 de la misma Constitución.

Todo ello recibe una de sus fuentes teóricas más claras, y también aparece en el libro y en su importante monografía *Ciudadanía liberal y moralismo legal* que se publicará próximamente en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y que fue su trabajo de tesis doctoral defendido en octubre de 2019, de un libro de John Stuart Mill, publicado en 1859, bajo el título *Sobre la libertad*. En la introducción a dicho libro, una obra imprescindible

para el interesado en estos asuntos, podemos leer: «La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás». Conviene añadir que J.S. Mill, prudentemente, ha señalado unos párrafos antes: «Casi es innecesario decir que esta doctrina es sólo aplicable a seres humanos en la madurez de sus facultades». Y tampoco olvidar que para él el ejercicio de la libertad no es absoluto, pues encuentra su límite en el daño que pueda producir a los demás.

Convertir en delincuentes a un sector de la población por su orientación sexual aparece hoy como una práctica injustificada e injustificable, aunque la historia de nuestras sociedades está repleta de víctimas similares a las de la película que se analiza y comenta en el libro. En poco tiempo se han dado pasos importantes en el sentido de la normalización de la homosexualidad. Pasos justos pues tienen el objetivo de proteger la dignidad humana y ciertos derechos fundamentales. Pero no nos hagamos excesivas ilusiones al respecto. Son muchos los países que siguen persiguiendo, hasta con la pena de muerte, las prácticas homosexuales. Y muchas personas que siguen manteniendo y alentando posturas represivas fundamentadas en prejuicios, en interpretaciones cerradas de textos religiosos o en convicciones fanáticas. Por ello, el objetivo de la normalización, frente al rechazo y la persecución, no se logra únicamente con reformas jurídicas. Precisa también de cambios de mentalidad y de planteamientos éticos y educativos. Y de diálogos efectuados sin miedo.

La represión física y el acoso mental a la orientación sexual de signo homosexual no han traído nunca, ni en la historia ni en la actualidad, ningún resultado beneficioso para las personas y las sociedades. Ningún progreso moral, cultural, ni material. Sí una buena cantidad de injusticias, crueldades, vidas sacrificadas, oscurantismo, hipocresía, chantajes, dobles vidas y falta de autenticidad. Y como nos recuerda Jesús Ignacio Delgado en su libro, en el caso concreto de la película, las leyes contra la homosexualidad en Inglaterra tuvieron un efecto contrario al que pretendían, puesto que se convirtieron en el «privilegio de los extorsionadores», ya que el noventa por ciento de los chantajes cometidos en territorio británico tenía como víctimas a homosexuales (p. 12). Cifra asombrosa que demuestra claramente que las

leyes represivas anti-homosexualidad no solamente fueron injustas sino también ineficaces (por no cumplir el objetivo que las inspiró). Y creo que esa legislación injusta e ineficaz ha sido la práctica corriente de otros muchos países hasta hace pocas décadas.

Quisiera enfatizar ahora la importancia de un resultado que creo que aporta la normalización de la homosexualidad. Se trata de la realización de la autenticidad humana y la eliminación de la hipocresía. Es una de las enseñanzas morales que podemos obtener de la película y concretamente del papel desempeñado por su protagonista principal.

Jesús Ignacio Delgado lo indica de manera viva y acertada al escribir: «Farr es un hombre tranquilo aunque atormentado. Sólo levanta la voz una o dos veces en la película, y es ahí cuando podemos ver qué es lo que verdaderamente arranca la furia del abogado: le parece errado que la homosexualidad sea castigada, que los gais no puedan acudir a la policía para denunciar un chantaje, que predomine la hipocresía» (p. 52).

Aunque el origen etimológico griego de la palabra hipocresía hace referencia al papel que un actor juega en el teatro, con el tiempo ha adquirido un sentido claramente despectivo. El hipócrita y sus actos de hipocresía no son moralmente aceptados pues no solamente son la prueba de una agresión a la autenticidad y a la verdad de nuestros comportamientos personales, sino que crean desconfianza social. En el caso concreto de la película, su protagonista se ve obligado a llevar una doble vida, a vivir con el miedo a ser descubierto y a las consecuencias familiares y profesionales de ello, y a una tensión moral y psicológica que poco tiene que ver con la falsa apariencia de serenidad que despliega. Su tormento personal, y no únicamente el probable rechazo social y la posible sanción penal, son el pago que debe efectuar por jugar ese doble papel al que está condenado. Y la única salida, si quiere vivir de manera auténtica y sin remordimientos de conciencia, es tomar la decisión valiente que asume en la película. Y es también una respuesta éticamente justificada.

Y un último punto en el que deseo insistir, que se podría haber desarrollado por el autor pero que infiero de la película y de la lectura del libro, es que las garantías al derecho a la privacidad se manifiestan como la solución adecuada al chantaje y la hipocresía.

Alguien podría pensar que el mantenimiento de una zona íntima, privada, cerrada a las intromisiones y, al fin y al cabo, secreta, es un acicate, un estímulo para el chantaje y la extorsión. Es decir, como la mayoría de esas acciones se producen porque el chantajeado o extorsionado desea evitar que

salgan a la luz aspectos íntimos o privados de su vida, porque, en caso contrario, afectarían muy dañosamente a su vida familiar, a su reputación y a su, por ejemplo, promoción profesional, entonces una manera de evitar ese efecto es renunciar a lo privado convirtiendo nuestra vida cotidiana en algo totalmente público, abierto a la curiosidad ajena. Creo que esta solución es errónea y no apropiada, pues es precisamente el reconocimiento de la existencia de ese marco privado de nuestra intimidad y su protección jurídica lo que evita el chantaje y la extorsión, ya que ambas conductas, al transgredir derechos tan conectados con el respeto a la dignidad humana y la integridad moral, serían ilegales y sancionables.

Además, la posibilidad de la exposición total y pública de nuestra vida cotidiana podría ser la base de una forma de totalitarismo al facilitar la intromisión continua en la existencia de cada ser humano. Sin caer en la hipocresía, quizá sea necesario aceptar, y que los demás acepten, que debemos y podemos vivir con ciertos secretos y con un ámbito de privacidad e intimidad intocable y a salvo de injerencias de la sociedad y sus distintos tipos de poderes. La confesión pública, a la que nos someten algunos medios de comunicación, y un mal entendido culto exagerado a la sinceridad, en algunas ocasiones puede que tengan poco que ver con la libertad de expresión y con el derecho a la información. Al contrario, puede que sirvan para desarrollar un extraño exhibicionismo y para fomentar la hipocresía, una vez que seamos conscientes del riesgo social que corremos al pretender una transparencia total que nos deja poco espacio para la individualidad.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: efgarcia@der-pu.uc3m.es

Ana María MARCOS del CANO (ed.),
En tiempos de vulnerabilidad: Reflexión desde los derechos humanos,
Dykinson, Madrid, 2020, 225 pp.

RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ
UNED

Palabras clave: derechos humanos, vulnerabilidad, diversidad.
Keywords: human rights, vulnerability, diversity.

El germen del libro *“En tiempos de vulnerabilidad: reflexión desde los derechos humanos”* se enroca en una larga tradición de estudio de la catedrática de Filosofía Jurídica y editora del mismo Ana María Marcos del Cano, la cual posee una extensa cronología de preocupaciones intelectuales centradas en cuestiones que mezclan lo jurídico y lo ético. El propósito del libro consiste en reflexionar sobre el papel que representan y desempeñan los derechos humanos en los tiempos actuales, los bien apostillados *“tiempos de vulnerabilidad”*.

Desde una óptica colectiva e interdisciplinar, la cual se plasma en cada uno de los capítulos que componen la obra, la metodología del mismo consiste en radiografiar, de manera general, el concepto de vulnerabilidad desde diferentes ámbitos del espectro científico. El interés reciente que se ha venido prestando por el mismo desde diferentes escenarios, pero sobre todo desde el académico, capitaliza su atención en poner en evidencia el olvido al que se ha visto sometido, y como, a su vez, desde hace unos años hasta la actualidad, coincidiendo con el desgaste del Estado de Bienestar en Europa, se ha convertido en un elemento central para analizar e interpretar la realidad, junto con la innegable asunción del mismo en casi la totalidad de las propuestas teórico-políticas que afrontan el presente.

No es casualidad, como señala Ana María Marcos del Cano, que *“hasta ahora, tanto la interpretación de los derechos humanos, como el fundamento del sistema jurídico-político, se han basado en los principios de dignidad humana y au-*

tonomía, esto es, a la capacidad de una persona de proyectar su vida de acuerdo con sus valores y creencias”¹. De ahí la importancia de este libro, más si cabe en los tiempos que corren donde todos, en mayor o en menor medida, hemos experimentado la vulnerabilidad en una especie de experiencia colectiva. Si bien es cierto que “*En tiempos de vulnerabilidad*” ve la luz en plena pandemia, el mismo es fruto de un ejercicio de reflexión previo, donde se tratan asuntos tan variopintos pero a la vez tan conectados como la eutanasia, el sufrimiento psíquico y la diversidad mental, la asistencia sanitaria a extranjeros y personas vulnerables, el sinhogarismo, entre otros. La pandemia, en última instancia, ha acelerado el proceso de reflexión urgente al que suele tenernos acostumbrados, en ciertamanera, la teoría humanitaria.

El pensamiento moderno, con sus variantes en mayor o menor medida, ha venido concibiendo un modelo de persona recubierta de dos elementos esenciales: la autonomía y la dignidad. La autonomía, como sabemos, está estrictamente relacionada con la autorrealización, es decir, con la capacidad y posibilidad de tomar decisiones por nosotros mismos. Por otro lado, la dignidad realiza una doble función: la primera, la cual podríamos catalogar en un sentido negativo, realiza las tareas propias de un caparazón, resguardándonos tanto de nuestro propio “yo” como de las posibles injerencias externas; la segunda, que se constituye en un sentido positivo, radica su importancia en el fortalecimiento del estímulo tanto de la capacidad de ser autónomo como en el de la reivindicación del trato equitativo frente a los demás. Estos elementos, pilares de la teoría democrática, siguen siendo fundamentales. Pese a ello, conviene señalar que este tipo de persona, donde la autonomía parece acabar estando relacionada únicamente con la posibilidad de elección de preferencias y donde no se presta demasiada atención a la idea de que la libertad de elegir depende de la capacidad de poder escoger más entre distintas opciones que entre preferencias, acaba configurando un modelo normativo de individuo que hace oídos sordos a los principios generales tanto del republicanismo como del comunitarismo.

La experiencia de lo que conocemos como “*neoliberalismo*”, denominación que sigue generando ciertas dudas dentro del ámbito académico, ha reformulado la noción de autonomía desde parámetros estrictamente individualistas, casi intentando reducir las experiencias comunitarias a la esfera familiar y potenciando la lucha por la ventaja competencial entre las per-

¹ A. M. MARCOS del CANO (ed), *En tiempos de vulnerabilidad: reflexión desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2020, p.17.

sonas de forma exacerbada en casi todos los ámbitos de nuestra existencia. Pero ello, como ocurre con todo en la vida, acaba teniendo parte de trasposición fáctica y parte de normativismo. La pureza es inalcanzable en cualquier sistema jurídico-político, y solamente lo es más allá de la pluma de algún que otro intelectual. Debemos, como bien nos advierte el profesor Innenarity, asumir y convivir con la complejidad, desdeñable para algunas tareas y enriquecedora para otras tantas². Y no hay nada más acertado dentro de la lógica de la complejidad que incorporar la vulnerabilidad como uno de los elementos centrales de la experiencia ontológica del ser.

No somos mónadas que pululan de un lugar a otro como nos recordó Marx, pero tampoco, como bien demuestra la historia contemporánea, debemos aspirar a gestionar la pluralidad entendiendo la relación política estrictamente como un campo de batalla donde lo único que importa es la consecución del poder. La situación pandémica actual, a la que se intenta responder en algunas que otras cuestiones desde este libro, ha puesto encima de la mesa la amenaza más brutal y desgarradora a la que los seres humanos pueden enfrentarse: el peligro por la propia vida. En este sentido, si bien es cierto que la competencia política no ha dejado de existir, sí parece que la misma haya quedado, en cierto sentido, suspendida por la urgencia de la excepcionalidad.

No obstante, y volviendo a echar mano del razonamiento de Ana María Marcos del Cano al que aludí líneas arriba, los "*tiempos de vulnerabilidad*", si bien no suprimen los proyectos de vida individuales legítimos que cada persona se marca para sí mismo/a, sí que potencian o casi obligan, por la situación límite a la que empujan, a que los valores y creencias de cada uno/a se adapten a las exigencias de los objetivos generales que nos marcamos como sociedades comunes. Si en este momento el objetivo general y principal es intentar conservar la salud del mayor número de personas y hacer frente a la crisis sanitaria echando mano de una serie de medidas, escogidas entre varias opciones recomendadas por las instituciones y por los expertos, se pone en evidencia que vivir en sociedad implica la fijación de una serie de objetivos (y no solamente durante la excepcionalidad) que implican cooperación intrainstitucional, interciudadana y socio- estatal. El requerimiento cooperativo que plantean las situaciones de excepcionalidad no deberían de quedarse solamente en eso, en coberturas esporádicas marcadas por el momento

² D. INNENARITY, *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, p.36.

que se vive, sino que han de normalizarse y presentarse como experiencias enriquecedoras. De nada sirve que las instituciones nos doten de instrumentos para convivir con el riesgo si luego dejamos en el cajón del olvido la ética de la responsabilidad ciudadana. Este ejemplo, lo que acaba confirmando, como ya se encargó de señalar tiempo atrás el bueno de Habermas, es que la lógica dialógica o el consenso interpartes, es el mejor de los instrumentos tanto para acabar con cualquier tipo de violencia como para afrontar situaciones tan excepcionales como la actual. El ser humano, al fin y al cabo, tal como pretende hacernos ver el libro, ni crece, ni se desarrolla, ni aprende, ni afronta los problemas que le surgen durante el transcurso de su vida en soledad, sino que vive la misma tanto para consigo mismo como para con los demás, inmiscuyéndose en relaciones y obligaciones sociales que le hacen ser responsable ante sí y ante otros. Incorporar la noción de vulnerabilidad a la amalgama de elementos que componen al ser humano y su diversidad es una exigencia irrenunciable, ya que la situación presente nos ha recordado, otra vez más, que gestionar la pluralidad o la complejidad no puede pasar por renunciar al establecimiento de fines comunes. Lo contrario nos aboca a la polarización social.

Por ello, este libro pretende contribuir al debate actual desde la óptica del consenso y el diálogo, optando por la recuperación de un modelo de reconocimiento y de cuidado donde la vulnerabilidad ocupe una posición preeminente dentro del imaginario colectivo, reconociendo que la misma no ha de entenderse como una barrera u obstáculo en el despliegue de la autonomía individual, sino que la propia autonomía florece en el mismo momento en el que asumimos la vulnerabilidad como parte intrínseca a la propia experiencia de vivir, donde nadie somos ajenos a la misma pero reconociendo que sí se presenta con mayor frecuencia en ciertos colectivos que por factores biológicos (condición) y/o por factores sociales (situación) son estructuralmente desválidos frente a los demás y frente a las instituciones. El ejercicio de empatía que tal concepción puede generar no es, desde luego, insignificante.

El lector se encontrará, paralelo a todo lo anterior, con una obra colectiva que pretende en el fondo de su quehacer la rearticulación del concepto de libertad desde un prisma equitativo, donde la misma no olvide que no solamente basta con tener una amalgama de opciones entre las que elegir, sino que para poder ejercitar la autonomía, ha de ostentarse la capacidad para poder seleccionar entre alguna de ellas. No podemos reducir la experiencia de vivir a la prescripción (falsa) de la lógica mercantil, donde triunfe la sim-

plicidad relacional antikantiana en la que priman los afectos instrumentales frente a los finalísticos, y donde se olvida que para poder competir primero hay que ser capaz de poder formar parte de tal competición. No obstante, una política del reconocimiento y del cuidado que recupere la noción de vulnerabilidad pareja a los conceptos de dignidad humana y de autonomía, contendrá los elementos de éxito para la consecución de una política de justicia social capaz de hacer frente a los retos que presentan la complejidad de nuestras sociedades democráticas, ya que apostará por la consecución de una sociedad igualitarista, centrada en brindar los elementos e instrumentos necesarios por parte de las instituciones multinivel (locales, nacionales, internacionales) que aseguren, como mínimo, una vida digna a todos/as. No empaña este objetivo igualitarista, ni mucho menos, la noción de libertad individual sino que, más bien, la complementa de manera correcta, entendiendo que la misma se acaba ejerciendo conforme a la capacidad material que se tenga, y en base a las relaciones comunitarias y roles sociales en los que estamos inmersos y de los que formamos parte cada día.

A fin de cuentas, *"En tiempos del vulnerabilidad"* se nos refresca la memoria y nos advierte de que la política de derechos humanos no debe de plantearse entre la elección forzosa de esto o lo otro, en el sentido en el que también lo expresa César Rendueles cuando destaca el ocultamiento político al que se ha visto relegada la lucha igualitaria en base a la preservación o incremento de la libertad personal³, sino que la lógica originaria y la esencia de la misma tiene que ver con el establecimiento de garantías y con la promoción de la complementariedad.

RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ
UNED

e-mail: rmerayo2@alumno.uned.es

³ C. RENDUELES, *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*, Seix Barral, Barcelona, 2020, p. 20.

Roger CAMPIONE,
La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial.
Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho.
Dykinson, Madrid, 2020, 163 pp.

ANA ALDAVE ORZAIZ
Universidad Pública de Navarra

Palabras clave: inteligencia artificial, guerras, bioética, filosofía
Keywords: artificial intelligence, wars, bioethics, philosophy

Apunta el profesor Campione en las páginas iniciales de su trabajo que si Bergson comenzó a hablar a mediados de siglo XX de *homo faber* fue precisamente porque entendía que nuestro rasgo distintivo como especie residía en la facultad de fabricar instrumentos artificiales mediante nuestra inteligencia (p.15). El resultado de nuestra inteligencia iba a ser, por tanto, siempre artificial. Si es cierto que el hombre se ha servido de la técnica desde la prehistoria para dotarse de instrumentos que le permitieran progresar en su entorno, podría fácilmente pensarse ¿qué tienen de nuevo y/o preocupante los actuales procesos de desarrollo e implantación de la tecnología robótica y de la inteligencia artificial? ¿Dónde está la inquietante novedad?

Esta transformación queda muy gráfica y sucintamente reflejada en una Resolución de 2017 del Parlamento Europeo, de la que se hace eco Campione nada más comenzar: “cuanto más autónomos sean los robots, más difícil será considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes” (p. 13). En efecto, continúa Campione, la novedad problemática de la robótica y de la inteligencia artificial de los últimos tiempos radica en el hecho de que ésta ha comenzado a adquirir formas, facultades y capacidades típicamente humanas –como la autonomía, capacidad de aprendizaje o de decisión– que ponen a prueba los propios conceptos ontológicos de “instrumento” o “máquina” y “humano”; y lo estaría haciendo en un doble sentido: por un lado, como mecanización de lo vivo (a través del potenciamiento de facultades humanas

derivado de la hibridación con máquinas) pero también, simultáneamente, como vivificación de lo mecánico (la asignación a las máquinas de formas –cuerpos– y facultades típicamente humanas).

“¿Cómo afecta este mestizaje ontológico a la dimensión normativa?” (p.13) es la pregunta fundamental y última sobre la que versará la obra aquí reseñada. Ante la inabarcable extensión y complejidad de un interrogante así expresado, Campione ha querido centrar la primera parte de la obra en el análisis del impacto de la robótica en el ámbito bélico y militar y su correspondiente marco jurídico –*el ius in bello* o Derecho Internacional Humanitario–, para después dedicar la segunda parte a reflexionar sobre las implicaciones de la nueva inteligencia artificial en algunas dimensiones de la vida civil. En vista de los desafíos iusfilosóficos que inevitablemente afloran al albor de las últimas innovaciones en inteligencia artificial, el objetivo que se propone el autor es someter el Derecho tradicionalmente aplicable –sea en contextos de guerra, sea en contextos de ausencia de guerra– a un test de esfuerzo o de plausibilidad, reivindicando su utilidad allí donde sea necesario o señalando la necesidad de nuevas reglamentaciones allí donde el Derecho aún no ha llegado.

Campione comienza la primera parte concediendo que, en efecto, ni el progreso técnico en general ni las armas autónomas en particular son elementos exclusivos y novedosos de los conflictos armados contemporáneos. Basta con pensar en las minas antipersona para constatar que el uso de dispositivos que no precisan de la acción humana para “desplegar su efecto atacante” (p.47) lleva años normalizado. Sin embargo, subraya Campione, un primer elemento problemático que sí incorporan los nuevos sistemas de armas autónomas con respecto a los anteriores radica en que éstos han sido dotados de una capacidad de aprendizaje autónomo tal que no sólo permitiría llegar a sustraer a los agentes humanos completamente del proceso de decisión sino que, además –y aquí está el quid de la cuestión–, podrían llegar a tomar decisiones (y, por tanto, a desencadenar resultados) impredecibles. Tanto la ausencia total de intervención humana como la imprevisibilidad de las decisiones y sus resultados en contextos de guerra –en los que se decide y dispone sobre la vida de inocentes– son dos elementos de entidad suficiente para poner patas arribas la lógica jurídica del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH). Pero si además, y simultáneamente, son las propias armas las que, en ausencia de ser humano, van adquiriendo forma humana y, por tanto, un “cuerpo” con un arma permanentemente integra-

da en él, entonces los cortocircuitos normativos se multiplican y se aceleran. ¿Cómo podría llegar a garantizarse una distinción tan esencial en el derecho bélico como la de combatiente y civil? ¿Cómo podrían los algoritmos distinguir entre enemigo y terrorista? ¿Y cómo podrían depurarse después las responsabilidades jurídicas? La guerra drónica y artificialmente inteligente pone aún más contra las cuerdas conceptos como el de “enemigo”, “combatiente” o “campo de batalla”, y algunos de los principios más fundamentales del derecho bélico como el de humanidad, distinción o necesidad militar. Siguiendo la lógica del autor, esta constatación es una conclusión preliminar, aunque esencial, para poder abordar en clave propositiva la crisis normativa a la que nos enfrentamos. Es más, sólo habiendo tomado previamente conciencia sobre la fragilidad actual de las normas podrá recorrerse con éxito el necesario camino hacia una seria toma de conciencia sobre la utilidad y función social de las mismas.

Ante una crisis así delineada, ¿qué resquicio queda, se pregunta Campione, para confiar en instrumentos jurídicos internacionales? ¿Deberíamos acaso enterrar definitivamente el derecho –en particular, el DIH– como medida de contención de la violencia entre sujetos y entre Estados o deberíamos mantenerlo con vida? En su caso, ¿con qué aspiraciones, con qué expectativas? ¿En qué condiciones? Es aquí cuando encontramos un elocuente, fundamentado y realista alegato a favor del DIH.

En primer lugar, sostiene el autor, el derecho –en general, pero en particular el derecho bélico– mantiene un “sentido civilizatorio” en la medida en que, incluso a pesar de su reiterado incumplimiento, mantiene un efecto práctico importante. Campione arma este argumento sobre ciertas premisas teórico-normativas fundamentales acerca de la función social del derecho y acerca de los conceptos de validez y eficacia. En este sentido, sostiene el autor que incluso la norma jurídica más refinada técnicamente está condenada a perseguir eternamente a la realidad, sabiéndola inalcanzable. Sería, por tanto, un error ingenuo pero de dramáticas consecuencias denostar la función y utilidad del derecho y enterrar sus normas con el argumento de que éstas no consiguen imponerse a una realidad que, por definición, siempre irá por delante. Merece su cita *in extenso* el siguiente párrafo:

“El valor normativo no reside en la concreción real de los supuestos contemplados sino en el despliegue presuntivo de los efectos establecidos. (...) El sistema jurídico se asienta en gran medida sobre ficciones que anulan la distancia operativa entre lo presunto y lo real. Lo que importa es que son (semi)

ficciones que acarrear unos efectos muy reales. Es este criterio pragmático del vaihingeriano als ob (como si) lo que explica los mecanismos operativos generales del derecho, que acude a modelos ficcionales de normatividad y actúa "como si" la realidad se correspondiera con ellos" (p.81).

A partir de ahí, si las cosas no han de ocurrir en la realidad tal y como la previsión legal las contempla, y fijándonos específicamente en la arena internacional, en los conflictos armados y en su correspondiente ordenamiento jurídico, "¿cómo conseguir entonces que resulte plausible la apuesta por un grado limitado pero real de eficacia del derecho internacional a la luz de los conflictos armados contemporáneos?" (p.52). La tesis sobre la efectividad de las normas jurídicas se configura entonces de la siguiente manera en opinión de Campione: la medida de la efectividad (*espesor práctico*) de una norma jurídica (también de la internacional) está en manos no sólo de la *longa repetitio* de su aplicación, sino también de la "*opinio iuris* en relación a su utilidad geopolítica" (p. 52). Esta utilidad geopolítica, aclara Campione, dependerá en última instancia de si las normas son o no tomadas en serio. Y la utilidad y función de la norma de DIH no es otra que la de humanizar la guerra, es decir, contener los efectos destructivos de las mismas y limitar el sufrimiento. Llegados a este punto el razonamiento se completa por sí sólo: mientras esta idea general acerca de la utilidad de la norma jurídica sea compartida, valorada y tomada en serio, no hay motivos para enterrar dicha norma.

El alegato continúa con una reivindicación del papel de la neutralidad y de los formalismos jurídicos a la hora de contener la común tentación de los gobernantes de apropiarse de la "justicia" y esgrimir razones "éticamente superiores" con vistas a legitimar sus acciones y decisiones. Ha sido una constante en la historia de la guerra que en ella ambos bandos afirmaran estar actuando sobre la base de una causa justa, ética, o moral para justificar, a partir de ahí, las barbaridades que perpetrarían bajo el paraguas de su guerra justa. Así es que, como recuerda el autor, aunque las reglas de DIH no estén exentas de vicios, sí tienen la valiosa virtud de permitir des-teologizar o des-moralizar la guerra y lo que ocurre durante la guerra. Más aún, sólo la existencia de un Derecho Internacional Humanitario y, más específicamente, la existencia de un Derecho Internacional Humanitario imparcial y neutral -independiente de consideraciones sobre la justicia o la moralidad de la guerra misma- puede ser la base de una reglamentación válida de la conducción y resolución de conflictos armados.

El alegato se redondea por último con el argumento de la “alternativa peor”: “solo inducir deónticamente a los Estados para que al menos se planteen el problema (de la obediencia) es mejor, *in action*, que resignarse de antemano a que no servirá de nada” (p.53), pues no existen alternativas más asequibles para lograr el objetivo humanitario. Un objetivo éste que, como se ha razonado previamente, ni ha decaído ni debe decaer. No es que no existan planteamientos alternativos al DIH, sino que éstos pasan o bien por resignarse a concebir la guerra como un monstruo inevitable frente al que nada merece la pena intentar (ni siquiera regularlo y limitarlo), o bien por soñar con que, si el derecho le da la espalda, la guerra podrá erradicarse de la faz de la tierra. “Una pesadilla inaceptable”, la primera, o “una ilusión feliciana”, la segunda (p. 82). A partir de ahí, vuelve a recordar Campione que el hecho de que las circunstancias actuales de los conflictos armados no se ajusten a las dinámicas bélicas de siglos pasados no implica que haya desaparecido, ni mucho menos, la necesidad de regular de alguna manera la conducción de dichos conflictos, de limitarlos en algún grado. Al contrario, “la reivindica imperiosamente, so pena de rendirse a la definitiva futilidad de toda configuración jurídica” (p.81).

En la segunda parte de la obra, el autor se ocupa del impacto de la inteligencia artificial en diversas dimensiones de la “vida civil”. De nuevo, la vida de nuestra especie se ha visto alterada y revolucionada por la técnica desde los albores de la historia. Sin embargo, el vertiginoso ritmo al que se está produciendo el avance (bio)tecnológico en nuestros días estaría provocando, en opinión del autor, modificaciones sustanciales de orden biológico en el ser humano, y lo estaría haciendo a un ritmo imposible de asumir y metabolizar culturalmente. La tecnología, en esta ocasión, no sólo estaría impactando en la mismísima dimensión biológica del *homo sapiens*, sino que además lo estaría haciendo mucho más rápido de lo que podemos “manejar” cultural y socialmente. La pregunta que formula Campione, y que expresa bien la dimensión y la urgencia del desafío es “cómo cabalgar el tigre” (p.95).

Doctrinas y teorías que van desde el transhumanismo (que acepta la mejora de la especie humana a través de la ciencia y la tecnología siempre y cuando no se generen rupturas de orden ontológico y no haya que renunciar a la continuidad del humanismo clásico) al posthumanismo de la singularidad (que alude a una discontinuidad o ruptura evolutiva con la especie humana y reconoce la creación de una especie nueva con una inteligencia (artificial) superior a la nuestra) han abordado el gran desafío filosófico y on-

tológico que plantea la robótica desde diversos puntos de vista. Ambas doctrinas difieren en su visión de la especie humana y de las máquinas por ellas diseñadas, pero comparten al menos dos premisas que Campione apunta y toma como punto de partida para el oportuno debate jurídico: la primera sería la premisa normativa, según la cual la formación para el uso de nuevas tecnologías debe incorporar educación ética y jurídica, además de científica. La segunda sería la premisa empírica, que da por cierto que en el futuro habrá robots muy sofisticados y dotados de una inteligencia artificial tan avanzada que podrán tomar decisiones “por sí solos”.

¿Cómo regular esta realidad? Tenemos por delante, señala el autor, el reto (añadiría, quizás, también el deber) de diseñar urgentemente nuevas normas que den respuesta a los desafíos que este escenario nos plantea. Un escenario en el que las máquinas gozan de capacidad y autonomía “decisional” difumina de manera problemática la crucial frontera entre autonomía mecánica y autonomía humana. Hasta ahora, los humanos programaban a las máquinas para proporcionar determinados resultados y “simplemente” había que “esperar” tales resultados. Ahora se nos plantea una situación sustancialmente distinta: las máquinas ya están siendo diseñadas para que aprendan solas, es decir, para que adquieran capacidad de actuar y decidir de un modo no contemplado “a priori”. Sin embargo, esta capacidad discursiva y decisoria de las máquinas no se ha visto acompañada por la consiguiente capacidad para explicarse o rendir cuentas acerca de por qué hacen lo que deciden hacer. La combinación de imprevisibilidad y de opacidad e imposibilidad de rendición de cuentas generan en última instancia cortocircuitos en principios jurídicos tan básicos como el de imputabilidad de las acciones o la responsabilidad por daños, y pone también sobre la mesa la cuestión de los derechos de los robots.

La última de las dimensiones analizadas en este trabajo en la que la robótica y la inteligencia artificial estarían tensionando el paradigma clásico es el de la medicina y la bioética. Más allá del empleo de máquinas para tratar de curar a quienes han enfermado, el escollo aquí tiene que ver con el hecho de que la técnica y la robótica se pongan al servicio de un nuevo paradigma que no busca la reparación o la cura sino que aspira a la mejora del ser humano, es decir, al aumento de las facultades y capacidades –tanto físicas como cognitivas– de individuos a priori perfectamente sanos. En este punto, Campione repasa las principales corrientes filosóficas –desde la ética del perfeccionamiento hasta el bioconservadurismo de Fukuyama, pasando por

la perspectiva esencialista del don y la humildad de Sandel- para, de nuevo, extraer algunas claves comunes y poner el acento en los nudos gordianos del debate transhumanista y en las implicaciones jurídicas que acarrea: los límites y las fronteras entre una medicina terapéutica o meramente curativa y una medicina meliorativa aplicada a la mejora del individuo (*human enhancement*) son por naturaleza extremadamente fluctuantes y difusos; en este contexto, cobra suma urgencia el debate relativo a si –y cómo– podrían quedar afectados conceptos normativos como el de “persona” o “dignidad humana”, pero también principios fundamentales en todo Estado de derecho como el de igualdad, no discriminación o justicia distributiva.

Como se puede apreciar, estamos ante un trabajo que abre más interrogantes de los que cierra, y esto es algo extremadamente necesario en medio de la confusión e incertidumbre reinantes pues, como decía Heisenberg, “hacer la pregunta adecuada es frecuentemente más de medio camino hacia la solución del problema”¹. En efecto, el libro tiene un sentido eminentemente reflexivo y problematizador, pero incorpora también en última instancia algunas claves propositivas en lo epistemológico. Y es que ante una realidad “nueva” en la que lo biológico se mezcla con lo tecnológico, lo físico con lo abstracto, y lo carbónico con lo silícico, es decir, en un contexto en el que no existe una realidad ontológicamente verdadera, el autor llama a huir de esencialismos disfrazados de realismo y a recuperar la perspectiva histórica, el conocimiento y la prudencia propias del humanismo como actitud epistemológica más adecuada.

Ahora bien, el desafío no termina con la reflexión filosófica en torno a la nueva dimensión *humaquinista* de nuestra naturaleza; todo lo contrario, ésta es sólo el comienzo. La hibridación ontológica de lo humano y lo tecnológico está afectando inevitable y radicalmente a la dimensión normativa que ordena nuestras vidas. Y es aquí donde, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la obra luce con especial brillo. La fuerza del libro radica en la fuerza de los argumentos a través de los cuales el autor fundamenta su alegato a favor de la función social del Derecho. Un alegato particularmente valioso al albor de las radicales transformaciones que venimos asimilando en los últimos años, y de las que vendrán.

Conocer en profundidad tanto la realidad como la norma jurídica es esencial para desenmascarar posturas reduccionistas que se limitan a señalar la existencia de “contornos disruptivos” de las nuevas realidades para

¹ W. HEISENBERG, *Física y Filosofía*, La Isla, Buenos Aires, 1959, p. 21.

automáticamente colegir la inutilidad o muerte del Derecho sin ofrecer ninguna reflexión ni alternativa mejor. Es precisamente el conocimiento profundo tanto de los fenómenos tecnológicos descritos como del marco jurídico vigente el que permite a Campione huir de falsos realismos y examinar cuidadosamente la plausibilidad del Derecho frente a cada una de las encrucijadas planteadas, reivindicando la utilidad y vigencia del Derecho allí donde sea necesario, y reclamando su desarrollo allí donde todavía no ha llegado.

ANA ALDAVE ORZAIZ
Universidad Pública de Navarra
e-mail: anaisabel.aldave@unavarra.es

NOTICIAS

**El Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
aborda en un foro de debate
las situaciones de discriminación vividas por las mujeres
en y ante la crisis de la pandemia COVID-19**

El *Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba* ha puesto en marcha el *Foro de Debate 'Mujeres frente a la pandemia: mirada de género para una respuesta feminista'* que pretende ser un espacio de reflexión profunda sobre la situación de las mujeres en y ante la crisis generada por el coronavirus (COVID-19) en nuestro país y servir como lugar de encuentro, reflexión y altavoz de las realidades a las que las mujeres han tenido que enfrentarse durante esta pandemia y como espacio de construcción de respuestas que tengan en cuenta la perspectiva de género. Este proyecto cuenta con una ayuda del Instituto de las Mujeres en su programa de 2020 y con la colaboración del Proyecto de investigación Acceso a la Justicia y Vulnerabilidad del Ministerio de Ciencia e Innovación en su programa de 2019.

Cada mes, de marzo a septiembre, el Foro aborda un tema concreto. Tras analizar la situación de las mujeres como agentes en primera línea durante la pandemia y cómo los derechos de las mujeres se han visto afectados por esta crisis, en estos meses que quedan del proyecto prestaremos atención a las situaciones concretas de colectivos de mujeres, rastreamos respuestas feministas tanto nacionales como internacionales y, por último y teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas en las sesiones anteriores, se plantearán y debatirán propuestas feministas que se proyecten sobre los diferentes ámbitos abordados. (*VER PROGRAMA*)

En el marco de este espacio de discusión, se han querido poner a prueba dos hipótesis y dar respuesta a una pregunta. Las dos hipótesis de las que se parte son, de un lado, que las consecuencias de la pandemia han tenido un impacto desproporcionado sobre las mujeres y, de otro, que la gestión ha carecido de enfoque de género. La pregunta que se trata de responder es hacia dónde habría que caminar en el futuro para garantizar una respuesta basada en derechos, que pasa por incorporar la perspectiva feminista.

Desde el punto de vista de la metodología, el foro de debate se configura como una herramienta abierta, dinámica, colaborativa y accesible, que fomenta el intercambio participativo de ideas, la discusión sobre retos y desafíos y también el planteamiento de posibles soluciones a la hora de adoptar políticas públicas que puedan aliviar la repercusión desproporcionada de las consecuencias de la pandemia en la vida y los derechos de las mujeres.

El día 1 de cada mes se inicia el debate preliminar específico sobre el tema correspondiente. En la *página web* del Foro y en redes sociales las responsables del proyecto van subiendo materiales que pueden ser relevantes para cada uno de los temas y que se van nutriendo a medida que vayan avanzando los debates.

A través de los canales de participación habilitados (comentarios en las distintas entradas del blog <https://mujeresfrenteapandemia.com/blog/>, Twitter @ForoDebateIDHPB con la etiqueta #MujeresFrenteAPandemia y correo electrónico comunicacion@mujeresfrenteapandemia.com) las personas interesadas comparten opiniones, inquietudes, materiales (vídeos, informes, noticia de interés, iniciativas, estrategias, etc...). Además, el Foro recoge testimonios en primera persona (vídeos o podcasts) de mujeres que se han visto particularmente afectadas por cada una de las cuestiones que vamos a estudiar y a debatir o que tienen experiencia directa en el estudio o gestión de las mismas.

Al final de cada mes se celebra un webinar para sistematizar el debate. Cada uno de ellos cuenta con la participación de una persona moderadora perteneciente al IDHPB, personas académicas expertas en el tema mensual, usuarias, activistas o participantes de la sociedad civil que conozcan de primera mano la cuestión que nos ocupe y, en la medida de lo posible, personas con responsabilidad institucional en el tema.

Después de la última sesión, todas las personas participantes elaborarán un documento final identificando los principales problemas y conclusiones y, sobre todo, planteando propuestas feministas que puedan llevar a una mejor gestión del contexto de la crisis sanitaria y también de la postcrisis. Todas las conclusiones difundidas contarán con una versión en lectura fácil.

LARA CUENCA GÓMEZ

Coloquios de Dertecnia en tiempos de pandemia: el año académico 2020-2021

En el año de incertidumbre y amenaza epidemiológica, que ha sido el 2020 –y desafortunadamente continúa siéndolo el 2021– los coloquios de Dertecnia han tenido que adaptarse a las nuevas circunstancias y pasar al formato virtual. A pesar de este cambio, el interés en los temas de Dertecnia –es decir, los derechos humanos y el desarrollo tecnológico– no ha sufrido cambios y sigue siendo de profundo interés para muchos investigadores, estudiantes y las demás personas, que sin tener propiamente una afiliación académica, sienten afinidad con dichos temas.

Los coloquios que han tenido lugar en el año académico 2020-2021 se podrían clasificar en dos bloques: el primero cubre el período de septiembre a diciembre 2020, y el segundo período desde el enero 2021 hasta el mayo 2021.

Durante el primer período (septiembre-diciembre 2020) se organizaron 4 coloquios sobre temas relativos a los peligros y desafíos para algunos derechos humanos: Migle Laukyte, profesora tenure track en ciber-derecho de la facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), ha discutido la idea de una nueva categoría de los derechos, es decir, derechos algorítmicos que han surgido de –y con– el aumento del uso y la creciente ubicuidad de sistemas basados en los algoritmos inteligentes que toman decisiones sobre distintos aspectos de la vida cotidiana de los ciudadanos, procesan sus datos sin que nadie pudiera entender por qué y cómo lo hacen, no son transparentes ni abiertos y, aparentemente, no se equivocan. Evidentemente tal situación crea una sensación de poca confianza en las instituciones democráticas y aún menos en las entidades privadas que desarrollan dichas tecnologías.

El siguiente coloquio, en otoño 2020, ha sido presentado por el profesor asociado de la facultad de Filosofía de la Universidad Autónoma de Madrid, Carlos Fernández Barbudo que ha enfocado la preocupación sobre los peligros para los derechos de la ciudadanía en el derecho a la privacidad y protección de datos en el contexto de la economía de la vigilancia: el profesor Fernández Barbudo ha defendido el concepto de la privacidad colectiva, que representa el siguiente paso en el debate de la protección de la intimidad y vida privada, que hasta hace muy poco han sido siempre sobreentendidos ser individuales. Pues hemos podido ver que no es necesariamente así. Es

más: si la tecnología cada dos por tres da pasos de gigante, los conceptos jurídicos –como la protección y derecho a la privacidad– también evolucionan.

La ponencia del prof. Jordi Nieva-Fenoll ha sido inspirada en su libro “Inteligencia Artificial y Proceso Judicial” (Marcial Pons 2018), donde pone en evidencia los fallos y las limitaciones de la inteligencia artificial –en su actual estado de desarrollo– en el proceso judicial en el sentido amplio de este término. El prof. Nieva-Fenoll analiza escrupulosamente el proceso judicial y las distintas aplicaciones inteligentes –o las presuntamente tales– disponibles para cada una de sus fases y nos demuestra que hablar de proceso judicial en términos de dichas aplicaciones no tiene mucho sentido. Es más, el proceso judicial emparejado con la inteligencia artificial podría ser perjudicial para todas las partes implicadas en el mismo.

La última ponencia del año 2020 ha corrido a cargo del prof. Lorenzo Cotino Hueso, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (Valencia). En su ponencia, el prof. Cotino Hueso ha hablado de la protección de los derechos humanos antes de la inteligencia artificial. Dicha protección está prevista en la Carta de los Derechos Digitales que ha sido elaborada por el Gobierno Español, que intenta dar una respuesta clara a los nuevos retos del mundo digital y re-interpreta los derechos fundamentales que ya existen en este nuevo contexto.

El segundo bloque, que ha empezado en el año 2021, ha sido abierto por la profesora de la Universidad de Vigo Susana Álvarez González, que ha continuado el tema de los derechos humanos y la IA, dando una perspectiva más global e identificando numerosos retos que no nos permitimos perder de vista en el debate sobre nuestro futuro como la sociedad avanzada no solo tecnológicamente sino también moralmente y legalmente.

El coloquio del mes de febrero ha podido contar con la ponencia del catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Francisco Javier Ansuategui Roig. El profesor Ansuategui ha interrumpido la serie de coloquios centrados en IA hablando del impacto tecnológico sobre el espacio público: gracias a una gran variedad de tecnologías ahora podemos disfrutar de un espacio público alternativo –el espacio virtual– pero lo que vemos ahí nos presenta una visión poco grata y aún menos halagüeña sobre el futuro de nuestras democracias y el nivel del debate político. ¿Por qué pasa esto y por qué el espacio público virtual, en algunos aspectos, hace que nos comportemos de una manera muy distinta a como lo hacemos (normalmente) en el espacio público físico?

Los coloquios de primavera empezaron con el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, Roger Campione que ha hablado de su libro “La plausibilidad del Derecho en la era de Inteligencia Artificial: Filosofía carbónica y filosofía silícica del Derecho” (Dykinson 2020). El libro analiza el papel que el Derecho juega en esos tiempos de grandes cambios tecnológicos centrándose en dos ámbitos: el derecho internacional humanitario, que tiene que mediar con el despliegue de las armas autónomas, y la filosofía humaniquista (del derecho) con el transhumanismo y las mejorías humanas.

Los dos últimos coloquios previstos para el mes de abril y mayo no han tenido lugar en el momento de enviar a prensa este número de *Derechos y Libertades*: de todas formas, estamos seguros que los mismos serán dos ocasiones más para compartir ideas y descubrir otra perspectiva del mundo que cada uno de nuestros ponentes aportan al foro de Dertecnia. Os lo contaremos en el próximo número.

MIGLE LAUKYTE

CV DE LOS PARTICIPANTES

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de Universidad de Córdoba, miembro de la Red Feminista de Derecho Constitucional. En la actualidad, investigador responsable del Proyecto “Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género”. Especialista en igualdad de género, masculinidades y democracia paritaria. Autor de numerosas monografías, entre las que destacan: *Autonomía, género y diversidad* (2017), *La gestación para otros* (2018), *El hombre que no deberíamos ser* (2019), *Igualdad, género y derecho* (2020). Su último libro publicado es *La vida en común. Los hombres que deberíamos ser después del coronavirus*.

EMILIA BEA

Es Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universitat de València. Su principal área de investigación se refiere a la producción filosófica femenina, con especial atención al pensamiento de Simone Weil. Ha tratado diversos temas relacionados con los derechos humanos, como la relación con los deberes, los derechos sociales, los derechos de las minorías nacionales, la tortura y la justicia transicional y restaurativa.

MARIO G. LOSANO

Es profesor emérito de Filosofía del Derecho e Informática jurídica en las Università degli Studi di Milano y Università del Piemonte Orientale. Es miembro de la Accademia delle Scienze de Turin Affiliated Researcher del Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main. Bio-bibliografía: www.mariolosano.it

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, de la que ha sido Secretario General y actualmente es Secretario de su Consejo Social. Autor de cuarenta publicaciones sobre Teoría del Derecho, Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, entre las que destacan las monografías *La teoría de la tolerancia en John Locke* (1996), *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico* (2002), *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial* (2005), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa* (2015, en coautoría) y *La inteligencia artificial jurídica* (2019).

RAQUEL LUCÍA PÉREZ BRITO

Doctora en Filosofía del Derecho por la Universidad de La Laguna. Es Licenciada en: Derecho, en Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE E-3) y en Ciencias Políticas y Sociología (UNED). Actualmente es profesora asociada en la Universidad de La Laguna, en la Universidad Europea de Canarias y tutora de la UNED de Tenerife.

VANESA MORENTE PARRA

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Premio Extraordinario de Tesis Doctoral. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora colaboradora en la Universidad Pontificia Comillas ICADE desde 2015. Profesora colaboradora en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) desde 2020. Coordinadora del Máster online en derechos fundamentales de la Universidad Carlos III y Tirant lo Blanch desde 2018. Autora del libro *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*, publicado en 2014. Líneas de investigación actuales: nuevas tecnologías y derechos, Big Data y protección de datos personales y neuroderechos.

JUAN RAMÓN FALLADA GARCÍA-VALLE

Es investigador postdoctoral con acceso al plan SECTI, adscrito al área de Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho Público de la Universidad Rovira i Virgili. Licenciado en Filosofía y en Derecho, ambas por la Universidad Autónoma de Barcelona, y doctorado en Derecho por la Universidad Rovira i Virgili.

IKER BARBERO

Doctor en Derecho en 2010 por la Universidad del País Vasco. Entre 2011 y 2014, fue investigador visitante Ikerbasque en el Centre for Citizenship, Identities and Governance de la Open University (UK). Autor de diversas obras en materia de sociología jurídica, Derecho migratorio y de extranjería, entre las que destacan *Globalización, Estado y Ciudadanía: Un análisis socio-jurídico del Movimiento sinpapeles* (2012), "When rights need to be (re)claimed: Austerity measures, neoliberal housing policies and anti-eviction activism in Spain" (2015), "El acceso a los centros de internamiento para extranjeros como control y garantía de derechos" (2017), "The European Union never got rid of its internal controls: A case study of detention and readmission in the French-Spanish border" (2018) o "Legal aid services in Spain within the migration industry debate. Public policy, business or social compromise?" (2019). En 2014, fue galardonado con el premio Adam Podgórecki, por el Research Committee on Sociology of Law ISA-RC12.

MICHELE ZEZZA

Es investigador en Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidade de São Paulo. Ha realizado una estancia de investigación como *visiting postdoctoral researcher* en el Global Studies Institute (GSI) de la Université de Genève (UNIGE); es Doctor Europaeus en la Università di Pisa y en la Universidad de Sevilla; tiene un Master en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid y un doble grado en Filosofía e Historia en la Università degli Studi di Milano.

DAVID VILA-VIÑAS

Profesor asociado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza. Acreditado como profesor contratado doctor. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza. Investigador del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza y autor de *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas* (2014).

POL CUADROS AGUILERA

Es becario post-doctoral del área de Filosofía del Derecho, Moral y Política, del Departamento de Derecho Público, de la Facultad de Derecho, Economía y Turismo, de la Universitat de Lleida. En 2018 se doctoró en Derecho por la Universidad de Barcelona, y recientemente ha publicado el libro *La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación*.

RAMSÉS LÓPEZ SANTAMARÍA

Es abogado de la Universidad del Cauca, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente y de la Universidad Carlos III de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Rector Encargado de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, en el año 2019. Actualmente, Vicerrector de Investigaciones de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca y editor del sello editorial de la misma institución.

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**fco-javier.ansuategui@uc3m.es**; **derechosylibertades@uc3m.es**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit., nota 5).

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2021), dos números al año

Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €

Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €

Número suelto 22,00 €

Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- Teorías de la mediación y derechos fundamentales por *Pérez Jaraba, M^a Dolores*
- La plausabilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho por *Campione, Roger*
- Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, discriminación, derecho por *Zanetti, Gianfrancesco*
- Los derechos de los animales en serio por *Rey Pérez, José Luis*
- La idea de persona y dignidad humana por *Bustamante Alarcón, Reynaldo*
- En defensa del estado de derecho. Debilidades y fortalezas del estado de derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt por *Campoy Cervera, Ignacio*
- El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral por *Marcos del Cano, Ana M^a (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional por *Serra, María Laura*
- Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento” por *Pinto Palacios, Fernando*
- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación por *Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico por *Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía por *Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo por *González Ordovás, María José*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad. La cuestión de los internamientos involuntarios *por Patricia Cuenca Gómez*
- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Current issues on Human Rights *por Lazarski, Christopher, García Cívico, Jesús y Sungurov, Alexander*
- Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas *por Campoy Cervera, Ignacio*
- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

