

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas
(editores)



David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer

**PODERES,
CONSTITUCIÓN Y DERECHO**

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

**David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas**
(editores)

**David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer**



FACULTAD DE DERECHO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© De la obra: David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas

© De los textos: los autores

Primera edición, 2024

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-985-9

Depósito Legal: M-2655-2024

Preimpresión:

Besing Servicios Gráficos, S.L.

besingsg@gmail.com

Índice

INTRODUCCIÓN.....	13
--------------------------	-----------

David Sánchez Rubio y Jesús Ignacio Delgado Rojas

CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE PARADIGMAS DE CONOCIMIENTO, PODERES Y TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO.....	17
--	-----------

David Sánchez Rubio y Pilar Cruz Zúñiga

1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO Y NUEVOS PARADIGMAS	21
3. ALGUNOS DISPOSITIVOS DE PODERES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	37

CAPÍTULO SEGUNDO. ENTENDER EL PODER PARA INVESTIGAR SOBRE EL DERECHO. CUESTIONES DE MÉTODO Y GUBERNAMENTALIDAD	41
---	-----------

David Vila-Viñas

1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. RACIONALIDADES JURÍDICOPOLÍTICAS HEGEMÓNICAS: UN ITINERARIO	42
3. OTROS ENFOQUES. EL DERECHO DE LAS PLANTAS ALTAS Y EL DERECHO A PIE DE CALLE.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

CAPÍTULO TERCERO. O DIREITO ACHADO NA RUA E O NEOLIBERALISMO DE AUSTERIDADE 61

Alexandre Bernardino Costa

1.	INTRODUÇÃO	61
2.	UMA IDEIA PERIGOSA	62
3.	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NOVA RAZÃO DO MUNDO	64
4.	NEOLIBERALISMO, UMA TEORIA CIENTÍFICA? QUAIS OS SUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DA AUSTERIDADE?	66
5.	AUSTERIDADE – DEMOCRACIA E AUTORITARISMO	69
6.	O DIREITO ACHADO NA RUA.....	73
7.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	BIBLIOGRAFÍA.....	79

CAPÍTULO CUARTO. PODER TECNOLÓGICO Y POLÍTICAS PATERNALISTAS. LA GOBERNANZA ALGORÍTMICA A TRAVÉS DE *HYPERNUDGES* 81

Jesús Ignacio Delgado Rojas

1.	INTRODUCCIÓN.....	81
2.	BIG DATA COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN EN EL DISEÑO PREVIO DE OPCIONES ELEGIBLES.....	82
3.	LA CRÍTICA A LOS <i>HYPERNUDGES</i>	88
4.	DE LA TOTAL TRANSPARENCIA A LA VIGILANCIA TOTALITARIA	97
5.	CONCLUSIONES	100
	BIBLIOGRAFÍA.....	101

CAPÍTULO QUINTO. PODER PUNITIVO, PENAS ILEGALES Y DEMOCRACIA 105

Hernando León Londoño Berrío

1. INTRODUCCIÓN.....	105
2. LAS PENAS ILEGALES EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE LA PRISIÓN SIN CONDENA	106
3. AVATARES DE LA “PENA ANTICIPADA” O “PRISIÓN SIN CONDENA”	114
4. CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA.....	127
JURISPRUDENCIA.....	133

CAPÍTULO SEXTO. LA AUTONOMÍA REIVINDICA SU LUGAR CONSTITUCIONAL: INCURSIONES DEMOCRÁTICAS DESDE LO ÍNTIMO 135

Blanca Rodríguez Ruiz

1. INTRODUCCIÓN.....	135
2. CUATRO SENTENCIAS, UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	136
3. RAMIFICACIONES DE LA AUTONOMÍA: EL SISTEMA GÉNERO-SEXO, LO ÍNTIMO, LOS CUERPOS.....	141
4. REFLEXIONES DE CIERRE: AUTONOMÍA E INTERSUBJETIVIDAD	151
BIBLIOGRAFÍA.....	152

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA RISA DE ROUSSEAU. LÍMITES ONTOLÓGICOS DEL CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA SIN CUERPOS..... 155

Luísa Winter Pereira

1. INTRODUCCIÓN.....	155
----------------------	-----

2.	LA DEMOCRACIA SIN CUERPOS EN LA XIV LEGISLATURA ESPAÑOLA.....	157
3.	LA RISA DE ROUSSEAU EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO/COLONIAL.....	161
4.	UNA PROPUESTA DE DEMOCRACIA CORPORAL COMO PRINCIPIO ANTIOLIGÁRQUICO	171
	BIBLIOGRAFÍA.....	175

CAPÍTULO OCTAVO. DERECHOS Y LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812 179

Alfonso de Julios-Campuzano

1.	EL TRATAMIENTO DISPERSO DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	179
2.	LOS DERECHOS COMO CLAVE INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	181
3.	EL CATÁLOGO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	184
4.	LOS DEBERES DEL CIUDADANO	191
5.	LA FELICIDAD DE LA NACIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS INDIVIDUOS QUE LA COMPONENTE	193
6.	TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	196
	BIBLIOGRAFÍA	199
	DOCUMENTOS NORMATIVOS	201

CAPÍTULO NOVENO. LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN GLOBAL EN EL PENSAMIENTO DE ALEXANDRE KOJÈVE..... 203

Antonio Mesa León

1.	INTRODUCCIÓN.....	203
2.	EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA.....	206
3.	LA PROPUESTA DE KOJÈVE: EL ESTADO UNIVERSAL Y HOMOGÉNEO	210

4. CONCLUSIONES	220
BIBLIOGRAFÍA.....	221
CAPÍTULO DÉCIMO. PARA ALÉM DO ANTROPOCENO: O DIREITO HUMANO AO FUTURO	225
<i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	
1. INTRODUÇÃO	225
2. CENÁRIOS DO ANTROPOCENO E SEUS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE MARCOS NORMATIVOS	226
3. DESCOLONIZAR A TRADIÇÃO UNIVERSALISTA DOS DIREITOS HUMANOS	230
4. RESSIGNIFICAR DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS AO FUTURO: DO ANTROPOCÊNTRICO AO ECOCÊNTRICO	232
5. CONCLUSÃO	236
BIBLIOGRAFÍA.....	237

INTRODUCCIÓN

DAVID SÁNCHEZ RUBIO Y JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS

La vida nos es generosa y nos permite presentar, de manera continuada en los últimos años, el cuarto libro colectivo organizado por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, bajo la coordinación de los profesores David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas, quien se estrena en esta labor.

El objetivo en los cuatro libros siempre ha sido el mismo: obtener distintas aportaciones en torno a temas genéricos que den cabida y permitan la colaboración de personas pertenecientes al mundo de la doctrina jurídica e iusfilosófica española y también latinoamericana, dando especial prioridad a los miembros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Hispalense. La idea que nos hemos marcado desde el principio es que todos los participantes no tengan que renunciar a las diferentes líneas de trabajo que, por lo general, desarrollan diariamente, buscando temas nucleares y centrales, más o menos generales y abiertos, que ofrezcan la posibilidad de establecer una confluencia de estudios con denominadores comunes y que giren alrededor de plurales perspectivas y miradas iusfilosóficas, abordando distintos temas de gran actualidad entre los que se guardan claras conexiones. Asimismo, mantenemos la directriz de publicar artículos en portugués, como hicimos en los dos últimos libros. Con ello continuamos creando lazos y puentes entre la cultura jurídica iberoamericana e hispano-lusitana.

Siguiendo la costumbre de los libros anteriores, esta vez también hemos elegido una temática amplia que da cobijo a diferentes enfoques a través de perspectivas diversas, pero con indudables afinidades interdisciplinarias. Bajo el título de *Poderes, Constitución y Derecho* se reúnen distintos trabajos realizados por personas especializadas en Criminología, Derecho Penal, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. Las relaciones de fuerza y autoridad son la base de cualquier proceso de construcción de la realidad, también de la creación de toda la estructura del Derecho. El poder se presenta con distintos rostros, posee su historia y sus contextos espacio-temporales. Este libro pretende así dar muestra de las distintas manifestaciones del poder político, los

elementos que le acompañan y las diversas dimensiones humanas y sociales en las que despliega sus efectos.

Básicamente la estructura de la obra se divide en dos partes. En ambas siempre está presente el fenómeno jurídico, sin que el eje central de cada una de ellas impida que aparezcan otros elementos interrelacionados de la otra parte.

a) El primer bloque se centra en el tema del poder, considerado desde distintos ángulos: la historiadora y socióloga hispano-ecuatoriana Pilar Cruz Zúñiga y el iusfilósofo sevillano David Sánchez Rubio analizan el nuevo paradigma de las nuevas ciencias, relacionándolo con las teorías críticas del Derecho y la conexión con las relaciones de poder, distinguiendo entre poderes innominados, poderes salvajes y poderes constituyentes e instituyentes. Seguidamente, el investigador aragonés David Vila Viñas aborda, desde una perspectiva sociopolítica, el análisis del Derecho a nivel micro y macro político, con las consiguientes repercusiones que las relaciones de poder tienen sobre un uso del Derecho emancipador o un uso de mantenimiento del *statu quo*. Por su parte, el constitucionalista brasileño Alexander Benardino explica el poder de la austeridad y las políticas impuestas como solución dada por el neoliberalismo, tras la crisis económica de 2008, y señala sus fallas y defectos. Teniendo un carácter moral e ideológico, la austeridad se transforma en una razón social y en una gubernamentalidad despótica hegemónica para los países en crisis, beneficiando a las oligarquías financieras y bancarias. Frente a la austeridad, el *Direito achado na rua* (derecho que nace en la calle), con su capacidad constituyente, puede ser un modo de limitar ese autoritarismo económico.

En el capítulo cuarto, el poder del que se ocupa el iusfilósofo malagueño Jesús Ignacio Delgado es el de la tecnología. El poder tecnológico se erige como nueva forma de dominación y manipulación del comportamiento humano. La gobernanza algorítmica ejercida a través de los sistemas de Big Data tiene implicaciones preocupantes para la autonomía personal y el derecho a la privacidad. Utilizando la noción de *hypernudges*, el profesor Delgado argumentará que la toma de decisiones de los usuarios digitales es dirigida y vigilada de forma interesadamente paternalista por los gigantes tecnológicos. Finalmente, en este bloque temático, el criminólogo colombiano de la Universidad de Antioquia Hernando Londoño aborda el poder punitivo y dos formas de penalidad de aplicación hegemónica, pero ilegales, eufemísticamente bautizadas con los conceptos de “medida cautelar”, “detención preventiva” o “detención provisional”. Con un análisis crítico de sus fines ilegales en el contexto de la realidad latinoamericana, se fundamenta la tesis de su

naturaleza punitiva y se confrontan los discursos que quieren revestir dichas medidas de legitimidad.

b) La segunda parte aborda, a través de diferentes miradas, temas que mantienen una relación más estrecha con la dimensión constitucional, de manera sincrónica y diacrónica, y con las constantes presencias de poderes diversos y sus condicionamientos. La constitucionalista y feminista Blanca Rodríguez Ruiz, partiendo de la consideración de que la autonomía debe ser el valor central de todo ordenamiento jurídico y principio estructurante de la convivencia democrática, analiza cuatro sentencias del Tribunal Constitucional español, dictadas entre julio de 2019 y julio de 2023, que asientan y profundizan una línea jurisprudencial que erige la autonomía en principio constitucional y derecho fundamental, frente a la ausencia de su reconocimiento tradicional en la esfera pública. Se rompe con ello la escasa atención que el constitucionalismo ha prestado a la autonomía en el contexto de lo público, en el que las relaciones de poder han sido definidas por quienes, en origen, se arrogaron la capacidad de darles contenido: varones, heterosexuales, caucásicos, adultos no de avanzada edad, de formación cristiana y de clase media. La iusfilósofa brasileña Luísa Winter reclama, en el capítulo séptimo, la corporalidad como centro de cualquier sujeto representante de un Parlamento constitucional y democrático, especialmente el español. Críticamente cuestiona el tradicional sistema de representación del constitucionalismo colonial y moderno. Asimismo, analiza las propuestas teóricas del contrato social, el contrato sexual y el contrato racial, proponiendo, además, como herramienta de análisis, la idea de *contrato corporal* para solventar una *injusticia ontológica hermenéutica* que actúa como límite del constitucionalismo patriarcal, colonial y oligárquico.

El siguiente capítulo corre a cargo del filósofo del Derecho sevillano Alfonso De Julios, quien se ocupa de realizar un recorrido histórico por el catálogo de derechos y libertades que quedó consagrado en la Constitución de 1812. Con un exhaustivo estudio sobre el constitucionalismo doceañista, el profesor De Julios se adentra en las discusiones constituyentes, mostrando cómo los distintos acentos que basculaban entre la tradición y la Modernidad tuvieron reflejo en la Carta gaditana. Entre la continuidad histórica y los aires reformistas que provenían de otras latitudes, los constituyentes de Cádiz encuentran una identidad propia que aúna tradición y revolución, lo antiguo y lo nuevo. Atestigua así, De Julios, el lugar destacado que merece en nuestra historia jurídica la Constitución de 1812, receptora de la Ilustración y pórtico, en todo caso, del advenimiento de la España moderna. De las teorías cosmopolitas contemporáneas se encarga el novel iusfilósofo sevillano Antonio Mesa. Concretamente, su capítulo, el noveno, versa sobre las diferentes formas

que presenta un cosmopolitismo profundamente imbricado con el Derecho, orientado a explorar y formular la concreción y fundamentación en términos jurídicos de un orden global justo y respetuoso con los derechos humanos. Para la formulación de este cosmopolitismo jurídico, Mesa parte de la idea de una constitución global en el pensamiento del filósofo ruso Alexandre Kojève. Las tesis de Kojève, en diálogo con el filósofo judío alemán Leo Strauss, proporcionan, a juicio de Mesa, un fundamento sólido que merece la pena explorar para la edificación de un orden constitucional cosmopolita. Cierra este bloque temático, y el libro, el trabajo de Antonio Carlos Wolkmer quien, situándose desde los problemas derivados del colapso climático, social y sistémico de la fase actual en la que se halla el capitalismo, plantea una propuesta crítica, eco-centrada, intercultural, descolonial y pluriversal de los derechos humanos, que sea efectiva frente a la visión tradicional liberal, colonizadora y monocultural de los mismos. En este sentido, la armonía con la Naturaleza y el reconocimiento de sus derechos resulta fundamental, señalará Wolkmer, frente a los riesgos de destrucción de la Humanidad y de todo el planeta Tierra.

Terminamos este prólogo con el reconocimiento de nuestra sincera gratitud hacia María Dolores Luque Cossi, gestora del Departamento de Filosofía del Derecho, sin cuya mediación y labor este libro, como los tres anteriores, no hubiera visto la luz. Albergando la esperanza de poder hacerlo en más ocasiones, conjuntamente, en los años venideros, deseamos ahora que el lector encuentre en las páginas que siguen una aproximación a los temas y problemas que sea de su interés.

En Sevilla, a 11 de diciembre de 2023.