

Número 48, Época II, enero 2023

uc3m

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



Dykinson, S.L.
EDITORIAL

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

#48
DERECHOS Y LIBERTADES
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 48, Época II, Enero 2023



FEQYT 006/2022
Facultad de Ciencias II - 1ª Convocatoria (2011)
Válida hasta 31 de julio de 2023

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

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la VII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2023.

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 Bartolomé de las Casas
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 Bartolomé de las Casas

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 COMANUCCI (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 Bartolomé de las Casas 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 Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

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

MONOGRÁFICO “DERECHO Y CONFIANZA”

| | |
|--|----|
| Tres razones para confiar en la “ley de la confianza” (<i>La legge della fiducia</i>) | 17 |
| <i>Three reasons to trust on the “law of trust” (La legge della fiducia)</i> | |

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

| | |
|---|----|
| La confianza en el Derecho. Un centro de gravedad permanente | 27 |
| <i>Trust in the law. A perpetual center of gravity</i> | |

EMILIA BEA PÉREZ

| | |
|--|----|
| La propuesta de Tommaso Greco. A propósito de <i>La legge della fiducia</i>. <i>Alle radici del diritto</i> | 37 |
| <i>Tommaso greco’s proposal about La legge della fiducia. Alle radici del diritto</i> | |

RAFAEL DE ASÍS ROIG

| | |
|--|----|
| El Derecho y la confianza | 47 |
| <i>Trust and law</i> | |

ANDRÉS GARCÍA INDA

| | |
|---|----|
| Sobre la compleja relacion entre Derecho y confianza | 71 |
| <i>On the complex relationship between law and trust</i> | |

FRANSCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

ARTÍCULOS

La concepción positiva de la laicidad como negación del propio concepto de laicidad.....91
The positive conception of secularism as a negation of the very concept of secularism

GIOVANNI BLANDO

El liberalismo autoritario y la crisis de la Unión Europea.....111
The authoritarian liberalism and the crisis of European Union

CLAUDIA ATZENI

Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: la frágil regulación jurídica de un imperativo moral139
Humanitarian intervention and responsibility to protect: the fragile legal regulation of a moral imperative

CARMEN ROCÍO GARCÍA RUIZ

La libertad de expresión y las redes sociales: de la doctrina de los puertos seguros a la moderación de contenidos167
Freedom of expression and social networks: from the safe harbour laws to content moderation

FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ

El camino del castigo: de la pena de muerte a la cadena perpetua. El caso italiano de cadena perpetua “no revisable”199
The long path of penalty. From the debate on abolition of the capital penalty to life imprisonment. The Italian case of life imprisonment

JESSICA MAZZUCA

La ambigüedad de la justicia transnacional. El caso interamericano de los derechos humanos233
The ambiguity of transnational justice. The Interamerican case of human rights

GABRIEL ANDRÉS ARÉVALO ROBLES - LUZ ÁNGELA ARÉVALO ROBLES -
 OMAIRA ESPERANZA CASTELLANOS CORTÉS

RECENSIONES

- Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG,
Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modelo giuridico.....261
 FERNANDO H. LLANO ALONSO
- Ferdinando MENGA,
Etica intergenerazionale.....271
 HANS LINDAHL
- Damián J. ROSANOVICH,
Hegel y el Iusnaturalismo Moderno.....281
 CARLOTA ARANDA BUGALLO
- Juan de Dios BARES PARTAL y Faustino ONCINA COVES (eds.),
Utopías y ucronías. Una aproximación histórico-conceptual287
 JESÚS MORA
- Byung-Chul, HAN,
Infocracia, la digitalización y la crisis de la democracia299
 RODOLFO MARCONE LO PRESTI
- Leigh A. PAYNE, Gabriel PEREIRA y Laura BERNAL-BERMÚDEZ,
Justicia transicional y rendición de cuentas de actores económicos, desde abajo: desplegando la palanca de Arquímedes309
 JAVIER GONZÁLEZ-ARELLANO

NOTICIAS

- Una inauguración de curso especial recordando el legado
 de Gregorio Peces-Barba317
- VII Congreso Internacional *El tiempo de los derechos*,
 Universidad de Valladolid, 6 y 7 de octubre 2022320

Sobre la Red Tiempo de los Derechos321

CV de los participantes323

NOTA DEL DIRECTOR

El número 48 de *Derechos y Libertades* comienza incluyendo una sección monográfica en donde se publican comentarios y análisis sobre el libro *La Legge della Fiducia*, del Prof. Tommaso Greco. En marzo de 2022 el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid y la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla organizaron sendos seminarios en los que se desarrolló una reflexión sobre las tesis contenidas en el libro. En esta sección se incluyen los textos que recogen las intervenciones en los seminarios, mientras que en el próximo número de *Derechos y Libertades* se publicará una réplica por parte del autor. El libro, que ha dado lugar a un amplio debate en Italia, se va a publicar en su traducción castellana en la colección “Derechos Humanos y Filosofía del Derecho” de la Editorial Dykinson.

La sección se abre con el trabajo *Tres razones para confiar en la “ley de la confianza”*, de Antonio Enrique Pérez Luño, en el que se destaca la originalidad y actualidad del libro, que representa una novedad en los estudios sobre el significado de la legislación en la actualidad. Al mismo tiempo, se subrayan tres razones del valor de la propuesta de Tommaso Greco. Por una parte, la que tiene que ver con la cuestión de si la ley debe basarse en el optimismo o en el pesimismo antropológico. Por otra, la idoneidad del discurso sobre la confianza para fortalecer la garantía de la educación cívica y la seguridad jurídica entendidos como valores básicos que sustentan a las sociedades democráticas. Y en definitiva, la vocación de futuro que presenta el discurso sobre la confianza en relación con el papel de la ley en la sociedad tecnológica. Por su parte, Emilia Bea, en el artículo *La confianza en el Derecho. Un centro de gravedad permanente*, desarrolla un discurso en una doble dirección: la confianza en el Derecho y en el papel que la confianza juega dentro de él. En este sentido, reivindica un paradigma antropológico-jurídico alternativo al dominante, y que se basa en la necesidad de fiarse del otro y en el establecimiento de lazos cooperativos, cuyo núcleo reside en un sentido profundo de la responsabilidad, el compromiso y la solidaridad. Rafael de Asís en *La propuesta de Tommaso Greco. A propósito de la Legge della Fiducia*, subraya el re-

lieve iusfilosófico del discurso contenido en el libro, evidenciando los rasgos del concepto de Derecho que se defiende en el mismo. Y a continuación, tras plantear la cuestión de la confianza en los deberes y de las consecuencias de la indeterminación del Derecho, se refiere a la relación entre confianza, la seguridad y la desconfianza, a los problemas que puede tener basar el Derecho en un sentimiento, a la posibilidad de describir el Derecho única y exclusivamente en términos de confianza, y a la factibilidad de recuperar la confianza en el Derecho en un contexto como el actual, caracterizado precisamente por la desconfianza. En *El Derecho y la confianza*, Andrés García Inda analiza la crítica del anti-maquiavelismo de Greco y efectúa una propuesta, crítica también, en relación con la capacidad del Derecho, o más bien de un determinado modelo de Derecho, a la hora de generar esquemas de confianza en situaciones de incertidumbre como las que caracterizan nuestro tiempo. Su discurso se cierra con una reflexión crítica sobre el planteamiento principialista que se contiene en el libro. La sección monográfica se cierra con el artículo *Sobre la compleja relación entre Derecho y confianza*, en el que Francisco Javier Ansuátegui se refiere al carácter complejo y multidimensional de la misma, destacando el reflejo que la confianza tiene en el trabajo de los operadores jurídicos y su lugar en el universo de los sistemas normativos, entre el Derecho y la moral.

La sección de artículos incluye en primer lugar el trabajo de Giovanni Blando, *La concepción positiva de la laicidad como negación del propio concepto de laicidad*, en el que se analiza el concepto de laicidad 'positiva' o 'sana' apoyado por las jerarquías eclesiásticas señalando su confusión con el concepto sociológico de secularización y su incompatibilidad con dos valores fundamentales del Estado Constitucional de Derecho: libertad e igual consideración y respeto.

Por su parte, Claudia Atzeni, en *El liberalismo autoritario y la crisis de la Unión Europea*, a partir del análisis del concepto de liberalismo autoritario, se centra en su influencia sobre algunas formas de liberalismo contemporáneo (como el ordoliberalismo y el neoliberalismo) bien presentes tanto durante el proceso de integración como en las respuestas de las instituciones ante la crisis europea.

En el siguiente trabajo, Carmen Rocío García Ruiz aborda la cuestión de la intervención humanitaria y de la responsabilidad de proteger. Así, en *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: la frágil regulación jurídica de un imperativo moral*, se interesa por la capacidad de ambos conceptos a la

hora de plantear la cuestión sobre cómo responder ante situaciones de flagrantes violaciones de derechos cometidos por los Estados sobre sus propios ciudadanos, aquellos a los que está llamado a proteger. El trabajo artículo analiza la evolución de ambos conceptos, las diferencias entre ambos y los obstáculos que dificultan su aplicación efectiva, agravados por la situación actual.

En *La libertad de expresión y las redes sociales: de la doctrina de los puertos seguros a la moderación de contenidos*, Francisco Valiente Martínez parte de la constatación de que el auge de las nuevas tecnologías ha propiciado una revolución en la comunicación humana, que ha pasado a ser global, masivamente multilateral y esencialmente digital. Por ello, la regulación de la actividad online es necesaria para proteger a los internautas, desde el momento en que las grandes empresas multinacionales propietarias de las aplicaciones diseñan unas políticas de uso que condicionan el ejercicio de nuestros derechos fundamentales, de un modo muy particular nuestra libertad de expresión. Por todo ello se plantea el reto de articular alternativas para regular el funcionamiento de los proveedores de estos servicios y conseguir un modelo normativo equilibrado y viable a nivel internacional.

Jessica Mazzuca analiza la problemática relación entre la cadena perpetua y la pena de muerte. Así, en su artículo *El camino del castigo: de la pena de muerte a la cadena perpetua. El caso italiano de cadena perpetua "no revisable"* examina los principales pasos que llevaron a la sustitución de la pena capital por la cadena perpetua, entendida como una muerte social del condenado.

Y en el artículo que cierra esta sección, *La ambigüedad de la justicia transnacional. El caso interamericano de los derechos humanos, sus coautores*, Gabriel Andrés Arévalo Robles, Luz Ángela Arévalo Robles y Omaira Esperanza Castellanos Cortés, analizan la influencia de la justicia interamericana de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales y el optimismo generado a partir de la creciente interacción de la Corte Interamericana con los jueces nacionales y su labor como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Dicho optimismo debe ser sometido a revisión, siendo ello necesario para una mejor comprensión de la justicia transnacional en derechos humanos.

Como es usual, el lector encontrará a continuación la sección de reseñas y la de noticias, en las que se informa de las actividades que se desarrollan en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

Para terminar esta presentación, quiero reiterar el agradecimiento a la Fundación Luño Peña por el apoyo económico que recibe la revista y que facilita su continuidad. Al mismo tiempo, la publicación de éste número ha contado con una ayuda del Programa Propio del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

MONOGRÁFICO
“DERECHO Y CONFIANZA”

**TRES RAZONES PARA CONFIAR
EN LA “LEY DE LA CONFIANZA” (LA LEGGE DELLA FIDUCIA)**

**THREE REASONS TO TRUST
ON THE “LAW OF TRUST” (LA LEGGE DELLA FIDUCIA)**

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO*
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 8-6-22

Fecha de aceptación: 11-9-22

Resumen: *El libro del profesor Tommaso Greco La legge della fiducia destaca por la originalidad y actualidad de su planteamiento, ya que representa un cambio de rumbo en los estudios sobre el significado de la legislación en la hora presente. Frente a la tendencia, predominante en los últimos años, de aludir a la crisis de la ley, el profesor Greco defiende la confianza en la ley, siempre que se trate de una ley merecedora de confianza. Tres son las razones que hacen digna de confianza intelectual la propuesta teórico-jurídica que Tommaso Greco nos expone en su libro. La primera, hace referencia al pasado, se trata de la vexata quaestio de si la ley debe basarse en el optimismo o en el pesimismo antropológico. La segunda se inscribe en el presente por su idoneidad para fortalecer la garantía de dos valores básicos que sustentan a las sociedades democráticas: la educación cívica y la seguridad jurídica. La tercera posee una vocación de futuro, ya que concierne al papel de la ley en la sociedad tecnológica y a las proyecciones de la Inteligencia Artificial en la producción legislativa.*

Abstract: *Professor Tommaso Greco’s book La legge della fiducia stands out for the originality and timeliness of its approach, since it represents a change of direction in studies on the meaning of legislation at the present time. Faced with the tendency, predominant in recent years, to allude to the crisis of the law, Professor Greco defends trust in the law, as long as it is a law worthy of trust. There are three reasons that make the theoretical-legal proposal that Tommaso Greco exposes us in his book worthy of intellectual trust. The first*

* Catedrático emérito de la Universidad de Sevilla

refers to the past. It deals with the vexata quaestio of whether the law should be based on anthropological optimism or pessimism. The second is part of the present due to its suitability to strengthen the guarantee of two basic values that sustain democratic societies: civic education and legal certainty. The third has a vocation for the future, since it concerns the role of the law in the technological society and the projections of Artificial Intelligence in legislative production.

Palabras clave: legislación, pesimismo antropológico, educación cívica, seguridad jurídica, producción legislativa y Nuevas Tecnologías
Keywords: legislation, anthropological pessimism, civic education, legal certainty, legislative production and New Technologies

Participar en la presentación, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, del libro *La legge della fiducia* del que es autor mí colega y amigo de tantos años el profesor Tommaso Greco, profesor de denso prestigio intelectual y talante siempre afable, ha supuesto para mí una tarea especialmente grata y gratificante. Su obra, relevante en muchos aspectos, destaca por la originalidad y actualidad de su planteamiento, ya que representa un cambio de rumbo en los estudios sobre el significado de la legislación en la hora presente. Frente a la tendencia, predominante en los últimos años, de aludir a la crisis de la ley, el profesor Greco defiende la confianza en la ley, siempre que se trate de una ley merecedora de confianza.

Tres son, en mi opinión, las razones que hacen digna de confianza intelectual la propuesta teórico-jurídica que Tommaso Greco nos expone en su libro. La primera, hace referencia al *pasado*, porque implica un lúcido enfoque de una de las controversias teóricas que han jalonado el devenir histórico de la fundamentación de la ley en el decurso de la Filosofía del Derecho. Se trata de la *vexata quaestio* de si la ley debe basarse en el optimismo o en el pesimismo antropológico. La segunda razón que abala una actitud fiduciaria, en el plano científico, respecto al planteamiento de Tommaso Greco se inscribe en el *presente* por su idoneidad para fortalecer la garantía de dos valores básicos que sustentan a las sociedades democráticas: la educación cívica y la seguridad jurídica. Cabe aducir una tercera razón justificadora de la confianza en esa “Ley de la confianza” que nos propone Greco y que posee una vocación de *futuro*, ya que concierne al papel de la ley en la sociedad tecnológica y a las proyecciones de la Inteligencia Artificial en la producción legislativa.

1) La primera razón que invita a confiar doctrinalmente en lo que se expresa en el texto de Tommaso Greco, se funda en la conformidad con su actitud, defendida en páginas convincentes, en pro de un optimismo antropológico como fundamento de la ley. Como es notorio, en el devenir del pensamiento jurídico se han opuesto dos tendencias relativas al soporte antropológico de la ley: el pesimismo y el optimismo. A tenor de la concepción pesimista la ley es una norma necesariamente coactiva, porque entiende que los seres humanos solo la respetarán por el temor al castigo. Maquiavelo, en *El Príncipe*, ofrece una versión arquetípica de este planteamiento. En esa obra considera que los seres humanos son cobardes, ambiciosos y egoístas, que tan solo actúan correctamente por miedo al castigo. Maquiavelo llega a afirmar que: "los hombres se olvidan antes de la muerte de su padre que de la pérdida de su patrimonio" (*El Príncipe*, cap.XVII). No puede reputarse casual la circunstancia de que, desde la propia Introducción de su obra, Greco asuma el alcance de esa controversia y aluda expresamente a una "crítica del machiavellismo giuridico", ya que la actitud maquiavélica respecto a la ley, fruto de un decidido pesimismo antropológico, es la de una radical desconfianza en sus destinatarios.

Frente a esa concepción pesimista, que se halla presente en los presupuestos de diferentes versiones del positivismo jurídico contemporáneo, el optimismo antropológico parte de la bondad natural de los seres humanos, lo que les lleva a confiar en las normas que sean conformes con su propia naturaleza. Esta concepción se halla históricamente vinculada con las tendencias racionalistas del iusnaturalismo. Así, Cicerón sostiene en su *De Legibus* (I,6,18), que la ley natural es "est ratio summa insita in natura". La fórmula ciceroniana encontrará eco, siglos más tarde en los albores del iusnaturalismo moderno, en la célebre definición de Grocio, según la cual la ley natural es el "dictatum rectae rationis" (*De iure belli ac pacis* I,1,10). Para estos autores, fieles a los postulados iusnaturalistas, la ley positiva para ser justa debía ser la determinación de la ley natural. Si la ley es un producto de la razón humana, los seres humanos en cuanto entes dotados de racionalidad deben tener plena confianza en esa ley.

En algunos enfoques iusnaturalistas se ha ofrecido una versión radical del optimismo antropológico en las que la racionalidad se halla sustituida por premisas teológicas. Síntoma ejemplar de esa actitud es la teoría de la ley formulada por el profesor germano Erik Wolf, maestro de incuestionable prestigio de quien tuve el privilegio de recibir sus enseñanzas en la

Universidad de Friburgo de Brisgovia. En mi ensayo *Acotaciones a la concepción filosófico-jurídica de Erik Wolf*, que se halla en curso de publicación en *Crónica Jurídica Hispalense*, me hago eco de alguna de las tesis del maestro de Friburgo en relación con la temática que nos ocupa.

Erik Wolf fue autor de dos obras que constituyen un punto de intersección entre la reflexión filosófica y teológica sobre la ley. Se trata de sus monografías *Ordnung der Liebe* (1963) y *Recht des Nächsten* (1958). En la primera, el *ordenamiento del amor*, Wolf estima que la noción de ordenamiento jurídico entraña la idea de un orden normativo garantizado por la coacción. Ello implica una concepción pesimista de la naturaleza humana, que parte de la tesis de que, sin el temor a la coacción, las personas no cumplirían lo establecido en las leyes. Frente a esa concepción del orden jurídico se alza el ideal cristiano de un orden social basado en la confianza mutua y, en definitiva, en el amor, ya que la caridad constituye el fundamento de las relaciones interpersonales y, por tanto, de las leyes que las regulan, tal como se deriva de las enseñanzas evangélicas. Esa sustitución de un orden coactivo por un orden del amor presupondría una actitud de plena coherencia de los cristianos con los postulados y ejemplos emanados del Evangelio. La fractura existente entre unas relaciones humanas basadas en un orden de la mutua confianza fundada en el amor, inspirado en la doctrina evangélica y los ordenamientos jurídicos empíricos, que garantizan el cumplimiento de la ley en la fuerza implica, en opinión de Wolf, que los principios fundadores del cristianismo no han hallado, pese a los siglos transcurridos desde la muerte de Cristo, una vigencia real para el establecimiento de un orden social consecuente con los mandatos evangélicos.

La monografía sobre *El derecho del prójimo (Recht des Nächsten)*, es una consecuencia de la anterior. Si el orden social debe basarse en el amor y no en la coacción, las relaciones interpersonales, en las que se expresen derechos y deberes mutuos entre personas que asumen el ideario evangélico, coherentemente, debieran basarse en la confianza mutua vertebrada en el reconocimiento de la personalidad del otro como prójimo. Ese reconocimiento llevaría implícita la exigencia de construir todo el sistema de relaciones interpersonales basado en el ideal de la caridad, lo que excluiría toda instrumentalización, todo ejercicio de poder y, en definitiva, toda acción coactiva en las relaciones interhumanas.

La noción de derecho subjetivo supone, de forma implícita, la existencia de un Estado dotado de fuerza coactiva que garantice la exigibilidad, es decir, la plena eficacia de los poderes y facultades que integran el núcleo o

contenido de tal derecho. Se parte así de la presunción pesimista de que nadie va a cumplir sus deberes para con los demás de forma espontánea, por el mero respeto y afecto hacia el otro. El cumplimiento de los deberes, que constituyen el *status* pasivo de la relación jurídico-subjetiva, se halla garantizado por la sombra amenazadora de la ley en la que se manifiesta la coacción estatal. Al tiempo que, el titular del derecho subjetivo, es decir, quien asume un *status* activo en esa relación jurídica, se siente protegido por la coacción legal para hacer efectiva su pretensión. Frente a esa imagen, como alternativa evangélica a la misma, el concepto de derecho subjetivo, que entraña un *status* activo o una situación de poder frente a quien se ejercita, debiera, para los cristianos, ser sustituido por el concepto de derecho del prójimo en el que la coacción sea reemplazada por el reconocimiento de la personalidad ajena inspirado en la confianza y en la caridad.

El respeto e, incluso, la admiración que suscita el compromiso de Erik Wolf hacia sus propias convicciones y su deseo de plasmarlas en su concepción de la Filosofía del Derecho no implica que, personalmente, suscriba su planteamiento. Estimo que pueden avanzarse algunos motivos de discrepancia respecto a cuanto comporta esa posición doctrinal. Frente a ella, se puede objetar que implica la confusión de dos disciplinas cuyos métodos, estructura temática y fines son diferentes, como es el caso de la Filosofía del Derecho y la Teología jurídica. Esa confusión compromete el propio significado de ambas materias y su propia autonomía disciplinar. Además, la concepción *wolfiana* limita y compromete las posibilidades de que la Filosofía del Derecho pueda ser asumida desde diferentes creencias o premisas ideológicas. La Filosofía jurídica que propone Wolf implica aceptar unas determinadas creencias que, en el plano intelectual, no gozan de universal aceptación. Estas reservas no suponen desconocer el compromiso ineludible con el valor de la justicia que incumbe a la Filosofía del Derecho. Pero ese valor puede ser entendido desde diversas perspectivas culturales que, en muchos casos, no comparten o se alejan del ideario de la tradición cristiana. Importa, en todo caso, advertir que la Filosofía del Derecho no puede, ni debe, confundir el estudio del Derecho que "es", que constituye el objeto de sus dimensiones gnoseológica y ontológica, con el Derecho que "debe ser", asunto cuya indagación remite a la axiología o a la deontológica en cuanto parte constitutiva de la Filosofía jurídica.

Estas consideraciones me llevan a recordar la enseñanza de quien fue mi maestro y director de mi Tesis doctoral boloñesa, el profesor Guido Fassò. El profesor Fassò, publicó una obra clave para la cabal inteligencia de su pen-

samiento. Se trata del libro *Cristianesimo e società* (1969) en el que recoge sus investigaciones sobre el problema de las relaciones entre la religiosidad y la vida social. La obra suscitó un vivo debate que rebasó los linderos de la Filosofía del Derecho en los que, según propia confesión, Fassò había querido mantenerse. La tesis sustentada por el profesor de Bolonia era la de que el cristianismo, como cualquier religión auténtica, se centró, en sus orígenes, en Dios, desinteresándose de las cosas del mundo. Pero que, al difundirse y pervivir en el mundo, tuvo que hacerse sociedad e historia y se vio precisado a revestirse, pese a desnaturalizarse, de las formas de la sociedad histórica, esto es, de la institucionalización y de la juridicidad. Partiendo de estas premisas llegaba a la dramática alternativa de que: o se vivía en el mundo, para el mundo y con los medios del mundo y en este caso se operará de acuerdo con el ideal terreno que cada cual se haya forjado para la mejor convivencia social; o bien, quien desee definirse cristiano, sin contradicción e hipocresía, debe esperar que la transformación de la sociedad sea el resultado de aquella transformación del alma que se opera con la venida del Reino de Dios.

Las normas jurídicas y, por tanto, las leyes no pertenecen al ámbito de la transcendencia sino al de la inmanencia. Esa circunstancia no implica que las leyes se hallen exentas de una dimensión axiológica. Para Guido Fassò, el valor propio de la ley es el de su racionalidad, el de ser conforme a las exigencias de la racionalidad práctica. A estas premisas en su notorio libro *La legge della ragione* (1964), considera, de conformidad con la tradición del iusnaturalismo racionalista, para ser justa y merecer la obediencia de los destinatarios debe evitar ser fruto del arbitrio y acomodarse a las exigencias de la razón.

Existe, a mi entender, un cierto paralelismo entre cuanto implica *La legge della ragione* y cuanto se deriva del significado de *La legge de la fiducia*. En ambos casos se coincide en apelar a determinadas categorías axiológicas, la razón o la confianza, como elementos integradores de la ley y como factores que propician su aceptación y su observancia por parte de los destinatarios.

2) La segunda razón que avala la confianza intelectual en la propuesta doctrinal que nos ofrece el profesor Tommaso Greco tiene que ver con circunstancias que, en el momento *presente*, condicionan la confianza en la legislación. Las instancias que más directamente contribuyen a inspirar una actitud fiduciaria de los ciudadanos respecto a la ley son la educación cívica y la garantía de la seguridad jurídica.

Se desprende de la propuesta intelectual del profesor Tommaso Greco y no es casual que el último apartado de su obra *La Legge della fiducia* abogue "per una cultura giuridica responsabile". En efecto, la confianza de los ciudadanos en la ley, en un Estado de Derecho, es fruto de un determinado clima cultural, cívico y jurídico. No huelga al respecto recordar la importancia que, en el ámbito cultural español, adquirió el postulado de Ortega y Gasset, formulado en una célebre conferencia pronunciada en la Sociedad "El Sitio" de Bilbao en 1910 bajo el título de *La pedagogía social como programa político*.

La pedagogía social o, si se quiere, la educación cívica constituye un elemento indispensable para inspirar en los ciudadanos la confianza y el respeto a la ley. Si se parte de que, en un Estado de Derecho, las leyes son elaboradas a partir de un proceso libre y democrático de deliberación racional, la apelación, a través de los cauces educativos a la racionalidad del ciudadano, le debe conducir a la confianza y el respeto a la legislación. En un ámbito social en el que esté vigente y se estime como un valor o un rasgo de honor actitudes tales como la *omertà*, o en comunidades en las que se educa a los niños en la desobediencia sistemática a normas emanadas de un Estado de Derecho y confirmadas por los tribunales de justicia, resulta impensable que los ciudadanos confíen en la ley, precisamente, porque en esas circunstancias sociales se halla instalada una pedagogía de la desconfianza.

La otra condición básica para difundir entre la ciudadanía una actitud de confianza ante la ley reside en la promoción de un clima de seguridad jurídica. La seguridad constituye un deseo arraigado en la vida anímica de los seres humanos, que sienten terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que puedan estar sometidos. La exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad.

En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un Derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho, la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de la plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de la inquebrantabilidad e imponibilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial han sido instrumen-

talizados al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. Esta seguridad no puede crear ninguna forma de confianza en la ley por parte de la ciudadanía, porque se trata de la imposición de hecho de normas que no gozan de la adhesión democrática de sus destinatarios.

Frente a esa perversión de la seguridad, se alza la concepción axiológica de la seguridad jurídica. He puesto de relieve en mi libro *La seguridad jurídica* (2ª ed. 1994) que, en el Estado de Derecho, la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: *presupuesto* del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los fundamenta en el entero orden constitucional; y *función* del Derecho que asegura la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales. En esta acepción, la seguridad jurídica constituye un elemento constitutivo e ineludible de la ley de la confianza.

Entre las manifestaciones que integran el contenido de la seguridad jurídica y que, más decisivamente influyen en suscitar la confianza cívica en la ley pueden aducirse las siguientes: a) *lex promulgata*, ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla, ni confiar en ella; b) *lex manifesta*, referida a la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho. Es difícil confiar en una ley que, por su déficit de claridad, no se puede entender; c) *lex stricta*, corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, *se reserva a la ley*, en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). La participación democrática en la elaboración de las leyes contribuye a la actitud fiduciaria de quienes deben cumplirlas; y d) *lex stabilis* ya que la estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido. Una ley que cambia continuamente no puede crear un clima de confianza en sus destinatarios.

3) El asunto que motiva la tercera razón de conformidad con las tesis del profesor Greco versa sobre el horizonte *futuro* de la legislación en la sociedad digital en la que ahora habitamos. Hoy, algunos tecnólogos e ideólogos posthumanistas, no se han recatado en sustentar que la elaboración de unas leyes adecuadas para la solución de los grandes problemas de nuestro tiempo: pobreza, empleo, educación, sanidad..., no tienen un foro eficaz de planteamiento en los Parlamentos de los Estados democráticos. En opinión de los tecnólogos posthumanistas el espacio de tratamiento y solución más adecuado de esos problemas, a través de una normativa acorde con las exigencias de nuestro tiempo ha pasado a ser el de los laboratorios de Silicon Valley.

Desde esas premisas, se recuerda que, para la tradición jurídica intelectualista, siguiendo la enseñanza aristotélica, la ley debía ser “inteligencia sin pasiones”, pero en las Cámaras legislativas actuales, en algunas ocasiones, la ley ha sufrido un proceso de perversión para convertirse en “pasiones sin inteligencia”. A partir de esos enfoques, se cuestiona la calidad de las leyes elaboradas en los Parlamentos, porque los procesos legislativos no responden a exigencias de una deliberación libre y racional, sino que es producto del juego de intereses, presiones o estados emocionales. La concepción tradicional de la ley suscita una radical desconfianza en los tecnólogos posthumanistas, como alternativa para una elaboración satisfactoria de las leyes proponen el recurso a la Inteligencia Artificial (IA). Gracias a la IA será posible contar con leyes depuradas de los defectos e insuficiencias que hoy las aquejan y se podrá contar con una legislación impecable, desde el punto de vista lógico, y dotada de la máxima eficiencia en su dimensión económica y política. En virtud del recurso a las Nuevas Tecnologías (NT) y, en particular a la IA, los ciudadanos podrán superar su desconfianza en la calidad de la legislación actual, para recuperarla en una legislación tecnológica producto de la IA.

Personalmente, no puedo estar más en desacuerdo con esa pretensión, que evoca la denuncia realizada, hace ya casi un siglo, por José Ortega y Gasset cuando acuñó la expresión del “terrorismo de los laboratorios” En esos términos quería aludir a la exorbitante pretensión tecnocientífica de que sus verdades sean las únicas y exclusivas. Ese imperialismo científico, expresado a través de la subversión de los laboratorios, niega valor a cualquier tipo de verdad que no sea exacta y verificable. Para Ortega esa actitud implicaba desconocer que, desde la Grecia clásica, corresponde a la filosofía el conocimiento esencial de las primeras, últimas y definitivas necesidades

humanas, frente al carácter penúltimo de las verdades o conocimientos científicos (José Ortega y Gasset, *El imperialismo de la Física*, 1930).

Las NT, las TIC, la IA, el *Big-Data* y los algoritmos son del todo imprescindibles para el desarrollo humano. Asimismo, los estudios, investigaciones e informaciones de los tecnólogos y científicos poseen una importancia incuestionable para la toma de decisiones sobre los distintos ámbitos del mundo y de la vida, pero, tal como he intentado exponer en mi trabajo *El posthumanismo no es un humanismo* (*Derechos y libertades*, nº 44, 2021), las decisiones definitivas no se deben tomar en los laboratorios de Silicon Valley, sino que deben ser el fruto de deliberaciones libres, razonadas y responsables de los foros democráticos internacionales y nacionales.

Mérito relevante de la obra de Tommaso Greco es el de no haberse dejado seducir por las falacias tecnológicas y posthumanistas en torno a los nuevos horizontes de la legislación. Frente a la manipulación tecnológica y las trampas liberticidas que, en tantas ocasiones, pretenden hoy controlar los procesos de la producción normativa, Tommaso Greco defiende en su libro una concepción de la ley adscrita a la mejor tradición humanista y democrática, que concibe siempre la ley como el resultado de una deliberación libre, racional y responsable.

El libro *La legge della fiducia* es tan importante por cuanto dice como por cuanto sugiere. Por tal motivo en las reflexiones que ahora concluyo no he tratado de ofrecer una exégesis puntual del contenido del libro, tarea que dejo abierta a sus sucesivos lectores sin que sus impresiones puedan hallarse condicionadas por hipotecas hermenéuticas previas. Es siempre preferible que el sentido de una obra sea el fruto de las impresiones e inferencias personales de cada lector. Mi propósito se ha cifrado sólo en prolongar algunas sendas teóricas que, de la riqueza argumental del libro de Tommaso Greco se derivan y que a través de mis conjeturas he intentado aventurar de forma prospectiva.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla
Facultad de Derecho
Avda. La Enramadilla, 18-20,
41018 Sevilla
e-mail: aperez3@us.es

LA CONFIANZA EN EL DERECHO.
UN CENTRO DE GRAVEDAD PERMANENTE

TRUST IN THE LAW. A PERPETUAL CENTER OF GRAVITY

EMILIA BEA PÉREZ

Universitat de València

<https://orcid.org/0000-0002-6154-578X>

Fecha de recepción: 18-6-22

Fecha de aceptación: 15-7-22

Resumen: *En el marco del debate suscitado por el último libro de Tommaso Greco, la reflexión se centrará en el doble sentido evocado en el título del presente trabajo: confiar en el derecho y en el papel que la confianza juega dentro de él. Frente a la perspectiva antropológico-jurídica dominante, fundada en la desconfianza, la sospecha y el temor, abordamos un paradigma alternativo, basado en la necesidad de fiarse del otro y en el establecimiento de lazos cooperativos, cuyo núcleo reside en un sentido profundo de la responsabilidad, el compromiso y la solidaridad. La fiabilidad y la fidelidad aparecerán, a lo largo de este breve diálogo con el autor, como elementos internos e incluso constitutivos del derecho y, por tanto, algo así como su “centro de gravedad permanente”.*

Abstract: *Within the framework of the debate raised by Tommaso Greco’s latest book, this reflection focuses on the double meaning evoked in the title of that work: trust in the law and the role that trust plays within it. Faced with the dominant anthropological-legal perspective – that is based on mistrust, suspicion, and fear – we address an alternative paradigm that is based on the need to trust the other and the establishment of cooperative ties, and whose core lies in a deep sense of responsibility, commitment, and solidarity. Reliability and loyalty appear throughout this brief dialogue with the author as internal and even constitutive elements of law and, therefore, something like its “perpetual center of gravity”.*

Palabras clave: Derecho, confianza, responsabilidad, fiabilidad, promesa

Keywords: Law, trust, responsibility, reliability, promise

La participación el pasado 15 de marzo de 2022 en el Seminario “Derecho y confianza (en torno a *La Legge de la Fiducia. Alle radici del diritto*, de Tommaso Greco)”, organizado por el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid, me permitió entrar en un enriquecedor debate sobre el contenido y significación de este magnífico libro, que, pasados unos meses, y gracias a la iniciativa de la revista *Derechos y Libertades*, se abre a una más amplia y profunda reflexión compartida. Agradezco muy sinceramente a su director, Francisco Javier Ansuátegui, que haya vuelto a contar conmigo en esta ocasión, posibilitando que exprese de nuevo mis palabras de afecto y de admiración a Tommaso Greco y pueda sumarme a las interesantes aportaciones del resto de colaboradores en este proyecto.

Como recordé en el Seminario, la obra de Tommaso Greco llegó a mis manos por primera vez a través de nuestro común amigo, Massimo La Torre, que me regaló el libro *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*¹. Aquel libro fue para mí como una revelación. Me sorprendió desde el principio que un investigador, que había hecho su tesis doctoral y había dedicado gran parte de su vida académica al pensamiento político y jurídico de Norberto Bobbio, conociera tan profundamente a Simone Weil y pudiera aportar tanto a personas que, como yo, la hemos tenido siempre como principal objeto de estudio. La coincidencia fue también muy inspiradora personalmente, ya que yo me sentía bastante sola en el ámbito de la filosofía del derecho, habiéndome dedicado fundamentalmente a esta autora y a otras pensadoras escasamente valoradas en nuestra área de conocimiento en la época en que Tommaso Greco y yo nos conocimos.

Desde entonces se fraguó una gran amistad entre nosotros y diversas colaboraciones con encuentros tanto en Pisa como en Valencia, además de Nápoles, Catanzaro y otros lugares. Ha habido dos temas, interrelacionados entre sí, que han sido nuestro fundamental punto de unión: Simone Weil y los deberes. No olvidemos que, como recordaba Gustavo Zagrebelsky en un artículo publicado en esta misma revista, titulado “Constitucionalismo”, ella fue una auténtica pionera a la hora de descubrir el papel de los deberes no solo como reflejos o correlato de los derechos², gracias a su Declaración de

¹ T. GRECO, *La bilancia e la croce, Diritto e giustizia in Simone Weil*, G. Giappichelli, Torino, 2006.

² G. ZAGREBELSKY, “Constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 29, junio 2013, p. 35.

obligaciones hacia el ser humano, propuesta en 1943, en plena guerra, cinco años antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Si tratamos de mirar la producción del profesor Greco y el presente libro con ojos weilianos, descubriremos iluminaciones fulgurantes de la filósofa, pero traducidas al lenguaje jurídico, releídas por un teórico y filósofo del derecho, es decir, proyectadas en un terreno al que Simone Weil quiso llegar, o las circunstancias de su trabajo en los servicios de la Francia Libre le condujeron, pero sin contar con el instrumental conceptual necesario para hacerlo con el suficiente rigor o para culminarlo. Hay muchos fragmentos de la autora que nos aportan esa luz, aunque tan solo voy a referirme a algún aspecto que late en las páginas del libro de Tommaso Greco, que en este caso únicamente la cita en una ocasión refiriéndose a Tucídides y a la idea de que “no hay otra fuerza que la fuerza”³. En efecto, Simone Weil rechaza la noción de fuerza como esencia del mal, y, a su juicio, el derecho, privado de un fundamento en la justicia, se convierte en un simple y ciego instrumento de la fuerza. Así, considera que la centralidad de la noción de derecho subjetivo falsea parcialmente la realidad al hacer aparecer el drama social, que tiene mucho de injusticia profunda, como una cuestión de conflicto entre derechos individuales, lo cual, al mismo tiempo, impide dar una verdadera solución a tales situaciones de extremo desamparo y sufrimiento. Ante la desgracia, la palabra derecho “parecería ridícula de tan insuficiente”⁴. En cambio, la idea de obligación tiene en ella una posición central en la deconstrucción de una subjetividad basada en la voluntad de poder, cuyo objetivo es no necesitar al otro ni ser requerido por sus necesidades. Como recordaba otro filósofo del derecho, cercano también a Simone Weil, Juan Ramón Capella, “al admitir los propios deberes se adopta el punto de vista de quien reconoce efectivamente al otro”⁵.

La noción de atención, tal vez la mayor aportación de Simone Weil a la historia de la filosofía, es la condición primera para la realización de la justicia, ya que “cualquiera que tenga su atención y su amor dirigidos de hecho hacia la realidad extraña al mundo reconoce al mismo tiempo que está sujeto, en la vida pública y privada, por la única y perpetua obligación de

³ T. GRECO, *La Legge de la Fiducia. Alle radici del diritto*, Roma, Laterza, 2021, p. 21.

⁴ S. WEIL, “La persona y lo sagrado”, *Escritos de Londres y últimas cartas*, trad. de M. Larrauri, Madrid, Trotta, 2000, p. 28.

⁵ J. R. CAPELLA, “Simone Weil o la visión del desarraigo moderno”, Presentación de *Echar raíces*, trad. de J. C. González Pont y J. R. Capella, Madrid, Trotta, 1996, p. 14.

remediar, en la medida de sus responsabilidades y de su poder, todas las privaciones del alma y del cuerpo capaces de destruir o de mutilar la vida terrena de un ser humano, cualquiera que sea”⁶. Por tanto, si queremos hablar de justicia, hay que crear “una atmósfera de silencio” en la que pueda escucharse el grito del dolor.

Y entre las necesidades vitales del alma humana figura la obediencia. Como Simone Weil escribe: “La obediencia implica el consentimiento pues es el consentimiento y no el temor al castigo o el incentivo de la recompensa, lo que constituye en realidad el móvil principal de la obediencia... Multitud de signos muestran que los hombres de nuestra época están desde hace tiempo hambrientos de obediencia. Pero se ha aprovechado la ocasión para darles la esclavitud”⁷. También la responsabilidad es para ella una necesidad del alma humana. Y en este sentido, es muy importante subrayar que, en palabras de Tommaso Greco, “obediencia y responsabilidad no son dos cosas distintas, sino que se reclaman mutuamente”⁸.

Este nexo entre obediencia a la norma y asunción de las propias responsabilidades está en el núcleo del debate suscitado por *La Legge de la Fiducia*, en cuyas páginas se contraponen, de forma eficaz e inteligente, dos paradigmas, dos formas de entender el derecho, derivadas de dos concepciones antropológicas: una muy pesimista, la del “maquiavelismo jurídico”, basada en la tendencia natural a actuar según la malignidad del ánimo y a no creer nunca en las buenas intenciones de las personas, frente a otra visión más optimista, basada en nuestro sentido de la responsabilidad, en una conciencia cívica de los propios deberes y en virtudes de generosidad, fraternidad, acogida y respeto, que podemos compartir. La primera concepción antropológica es aparentemente más realista, pero un gran acierto del libro es mostrar hasta qué punto sus consecuencias están alejadas de la realidad del derecho, de su funcionamiento, de su mecánica y de sus prácticas cotidianas. Como leemos: “se trata de evitar que por exceso de realismo se acabe por perder la realidad, ya sea en términos cognoscitivos o en términos prácticos”⁹.

En el paradigma *sfiduciario*, el basado en la desconfianza, la sospecha, el temor y el interés, “nos dirigimos al derecho y a sus soluciones precisa-

⁶ S. WEIL, “Estudio para una declaración de las obligaciones respecto al ser humano”, *Escritos de Londres y últimas cartas*, cit., p. 66.

⁷ S. WEIL, *Echar raíces*, cit., pp. 31 y 32.

⁸ T. GRECO, *La Legge de la Fiducia. Alle radici del diritto*, cit., p. 154.

⁹ Inteligentes palabras que cierran el libro *La Legge de la Fiducia. Alle radici del diritto*, cit., p. 161.

mente porque no nos fiamos de los demás”¹⁰. Contrariamente a esa idea de obediencia que hemos leído en Simone Weil, obedecemos al derecho no por un consentimiento y asentimiento internos de sus preceptos, sino porque tememos las consecuencias negativas o dolorosas que podrían derivar de la desobediencia a las normas jurídicas y, en todo caso, en defensa de nuestro propio y exclusivo interés. Aquella imagen del ciudadano, vituperada por Tocqueville, de quien solo confía en la “bondad natural” de sus propios deseos. Derecho y justicia siempre al servicio del más fuerte y de lo útil. Pero, incluso si con Ihering pensamos que entre las motivaciones de la voluntad humana están la coerción y los intereses, pero también el sentimiento del deber y el amor¹¹, el derecho solo tendría que ver con las primeras, es decir, se correspondería con el nivel más bajo de las motivaciones de las acciones. En esta concepción coercitiva de las normas, donde el sistema sancionatorio tiene un papel tan importante, la deducción es que si podemos eludir la punición estamos autorizados a eludir la norma; si la omisión de una conducta no es sancionada, esta conducta no es obligatoria; y lo que es aún peor, nos acostumbramos a creer que todo aquello que no está prohibido y sancionado jurídicamente nos lo podemos permitir sin problema.

El otro paradigma antropológico sustenta una antropología jurídica en la que el significado del derecho está en íntima conexión con un modo de entender no solo la alteridad, como subraya Tommaso Greco, sino la propia visión de la temporalidad. La alternativa es tan radical que la confianza se despliega en diferentes dimensiones: confianza en la capacidad del ser humano de actuar correctamente, confianza en las instituciones, frente a la desafección política, confianza en el derecho y en el papel que la confianza juega dentro de él, pues, en sus distintas proyecciones, “confianza llama a confianza”¹².

En este paradigma, la alteridad, la relación con el otro, la intersubjetividad, es vista como el fundamento en el que reposa la esfera del derecho, lo que llevará a desvincular la normatividad del derecho del argumento de su fuerza coactiva. El respeto y cumplimiento de las normas pasa ante todo

¹⁰ Ibid, p. 8.

¹¹ En el capítulo VII de *El fin en el Derecho* (trad. de L. Rodríguez, Madrid, B. Rodríguez Serra ed., 1911), Rudolf von Ihering señala que son los dos motores *superiores*, no egoístas, motores *morales o éticos* del movimiento social, y que el primero de ellos, el *sentimiento del deber*, es la prosa y el segundo, el *amor*, la poesía del espíritu moral, pp. 63-64.

¹² Expresión que refiere a R. Fanciullacci, “Il circolo della fiducia e la struttura dell’affidarsi”, *Etica & politica*, vol. XIV, 2012, 1, p. 298.

por la responsabilidad de cada uno, por la asunción de nuestros deberes, por la atención al otro, por la conciencia de que nos tutelan a nosotros y a los otros, y, por tanto, lo que guía nuestra conducta es sobre todo nuestro interés común, la relación respetuosa, cooperativa y solidaria, con los demás. En primera instancia, el derecho llama a fiarse del otro, y lo hace desde el momento en que establece los derechos y los deberes recíprocos en el interior de cualquier relación jurídica; el derecho apela a confiar en aquellos con los que establecemos relaciones reguladas por las normas. No podemos no fiarnos del otro cuando actuamos jurídicamente. En este sentido, me ha gustado mucho la referencia a un libro de Alessandro Ferrara que Tommaso Greco me recomendó hace años, *La fuerza del ejemplo. El paradigma del juicio*¹³. En este libro se ofrece una alternativa para superar la fractura entre la fuerza de lo que es, lo que hay, las cosas, y la fuerza de lo que debería ser, las ideas. Esta tercera fuerza que configura nuestro mundo es la de “lo que es como debería ser”. Observar comportarse a otros correctamente anima en las propias acciones, tiene un efecto contagioso positivo, revela nuevos criterios de orientación.

Asimismo, gracias a los consejos bibliográficos de Tommaso Greco durante mi estancia de investigación en la Universidad de Pisa en 2010, conocí la obra de Maurizio Viroli, en la que la conciencia cívica aparece como la clave de bóveda de la vida social y política. A su juicio, y en diálogo con Norberto Bobbio, cada vez resulta más incuestionable que la democracia no puede funcionar solo con reglas y procedimientos y que es imprescindible la interiorización y práctica de valores éticos en el espacio público tanto por parte de los responsables políticos como de los ciudadanos en general¹⁴. En esta línea, es muy significativa la evocación de Viroli, reseñando *La Legge de la Fiducia*, de aquellos tiempos en que los contratos se sellaban estrechándose la mano¹⁵. Y aquel sencillo gesto de confianza, de fiarse uno del otro, bastaba para vincular la propia voluntad de forma duradera.

Un modo de entender la alteridad que constituye al propio derecho y que tiene como correlato una determinada perspectiva de la temporalidad. Siguiendo a Jesús Ballesteros y su lectura de Kierkegaard, Bergson y la feno-

¹³ A. FERRARA, *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Feltrinelli, Milano, 2008 (*La fuerza del ejemplo. Exploraciones del paradigma del juicio*, trad. G. Ubaldini, Gedisa, Barcelona, 2008).

¹⁴ N. BOBBIO Y M. VIROLI, *Diálogo en torno a la república*, trad. R. Rius, Tusquets, Barcelona, 2002.

¹⁵ M. VIROLI, “Le basi del diritto. Fidarsi dell'altro”, *Il Fatto Quotidiano*, Editori Laterza, 12/11/2021, p. 17.

menología: “El derecho es en sus dimensiones más profundas *durée*, diacronía, en cuanto que viene a establecer la fidelidad de las acciones humanas en cuanto son relevantes para otros. De ahí la importancia de la promesa como fundamento de gran parte de las instituciones jurídicas, casi se podría decir como *Urphaenomen* de lo jurídico. La promesa es a un tiempo memoria y proyecto, y viene por tanto a unificar pasado, presente y futuro”¹⁶. Instituciones jurídicas como la filiación, la adopción, el testamento, el fideicomiso, la fundación... “expresan la dimensión de lo permanente, más allá del paso del tiempo, y aún más allá de la muerte”¹⁷. Por supuesto también en la vida contractual, añade Jesús Ballesteros, el principio de la autonomía de la voluntad debe aceptar como criterios reguladores del comportamiento la fidelidad, la veracidad, la lealtad, la cláusula de la buena fe, y no solo –nos dice– en el ámbito del derecho privado, sino también en el derecho público, pues la fundamentación última del Estado de Derecho no radica en otra cosa que en sustraer a la voluntad cambiante de los gobernantes, y de las mayorías, un núcleo permanente de principios e instituciones, la dignidad humana, los derechos fundamentales. La confianza toca múltiples ámbitos jurídicos, por ejemplo en el derecho tributario es necesario establecer una relación entre el fisco y el contribuyente donde se exprese solidaridad e igualdad, pues dejar el cumplimiento exclusivamente en manos del aparato sancionador provoca una gran ineficiencia¹⁸. Confianza interpersonal e institucional, pacto de confianza de los ciudadanos entre sí y de los ciudadanos con los gobernantes.

Desde mi punto de vista, no solo un análisis estructural, sino también funcional y sociológico del derecho, hace patente el papel de la confianza como factor constitutivo de lo jurídico. Las diferentes funciones del derecho lo ponen de manifiesto¹⁹. La función de orientación de conductas y la función de control social muestran a las claras la relevancia de las normas primarias espontáneamente cumplidas, la dimensión educativa del derecho, su

¹⁶ J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 3ª ed, 2001, p. 131.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Este aspecto es desarrollado por Brunella Bellè en su colaboración, titulada “Fiducia, giusto riparto ed efficienza nel sistema tributario”, al volumen colectivo *I rapporti fiduciari: temi e problemi* (Torino, Giappichelli, 2020) en el que también participa Tommaso Greco dentro de un proyecto de investigación, financiado por la Universidad de Pisa, sobre el tema “I rapporti fiduciari”, que acogió dos interesantes seminarios interdisciplinares acerca de este orden de cuestiones el 29 de noviembre de 2018 y el 20 de junio de 2019 en Pisa.

¹⁹ Entre la numerosa bibliografía sobre el tema, sigue siendo referente ineludible el libro de V. FERRARI, *Funciones del Derecho*, trad. M.J. Añón y J. de Lucas, Madrid, Debate, 1989.

incidencia en los procesos de socialización, la evidencia de que las medidas de control funcionan solo si la gente las respeta, es decir, si hay una adhesión interna al menos de la gran mayoría de sus destinatarios. Sin duda, en caso de que la confianza sea defraudada, el derecho intervendrá como única expresión del uso legítimo de la fuerza, pero, junto a las sanciones negativas y las técnicas represivas, operan también las sanciones positivas, las técnicas motivacionales y promocionales. Incluso cuando el derecho cumple su función de tratamiento de conflictos, hay que empezar por las vías de resolución pacífica, acudir a la mediación, y hasta es posible llegar a invocar la justicia restaurativa, expresión máxima de confianza entre la comunidad, los infractores y las víctimas. Y por supuesto, la función legitimadora del derecho que va en dirección opuesta a la coacción, ya que, cuanto más legítimo es un ordenamiento jurídico, menos necesarios son la intimidación y el uso de la fuerza; cuanto más justo y eficiente sea un sistema jurídico, más efectivo para poder contar con consensos y comportamientos conforme de los ciudadanos.

El principal objetivo del libro de Tommaso Greco es que la teoría del derecho se haga cargo y explicita aquello que en el derecho presupone e implica inclinaciones positivas y cooperativas. Y ello en un doble plano: el de la descripción de lo que el derecho es y el plano de lo que debería ser, del mejor derecho posible, al que están convocados de forma eminente los principios, que han de jugar un importante papel junto a las reglas. La solidaridad como un hecho, porque existe, porque está inserta en el propio funcionamiento del derecho, y como un valor, porque busca su reconocimiento. En este sentido, el libro tiene un alcance orientativo, propositivo, que puede impulsar incluso cambios legislativos, según se puso de manifiesto en la sesión del 14 de diciembre de 2021 –en la Cámara de los Diputados italiana, con intervención de personalidades de tanto peso institucional, como Giuseppe Conte y Enrico Letta– sesión que habla por sí misma del impacto del libro.

El estudio nace de la realidad de estos últimos meses, ya años, de pandemia. En los peores días del confinamiento, cuando me encontraba bloqueada y con la mente totalmente dispersa, a veces escuchaba la voz siempre reconfortante de Franco Battiato en una grabación de toda su discografía que Tommaso me regaló en su casa en Pisa. Entonces me imaginaba que en aquel entrañable y añorado marco quizá se estaba escuchando al mismo tiempo, y estaba convencida de que, en ese caso, a él sí que le estaría ayudando a concentrarse en algo interesante, a sacar lección de las difíciles circunstancias que estábamos viviendo. Y no me equivoqué, pues ahora ya sabemos

lo que estaba haciendo en aquellos momentos, escribiendo el libro que hoy presentamos, cuyo fondo reside en una honda reflexión sobre la principal enseñanza de la pandemia: que “defender nuestra salud y nuestra libertad no es posible sin defender también la salud y la libertad de los otros”²⁰, que hay un interés compartido que debe guiar nuestra conducta.

La pandemia del covid 19 nos ha hecho más conscientes de nuestra vulnerabilidad común como condición ontológica y de nuestra radical interdependencia. El virus tiene una capacidad pedagógica porque nos enseña que todos somos frágiles, que toda vida es precaria, que no somos autosuficientes, que la vida de cada cual depende del comportamiento de los demás. Junto a ello, se han puesto de manifiesto los riesgos de la expansión de un enfoque inmunitario en alerta ante el contacto del otro o ante el contagio de las relaciones humanas. Y otros elementos esenciales: la escala global de los problemas a los que nos enfrentamos; la relevancia de las diferencias culturales en el modo de afrontar una catástrofe; los logros, pero también los peligros para la libertad individual, de sociedades más disciplinadas y con un alto sentido de la responsabilidad a la hora de afrontar una emergencia. Como se dice en el libro, algunos han criticado en este tiempo normas demasiado genéricas, sin sanción, o que las vacunas no sean obligatorias, pero lo que se muestra es una voluntad por parte del legislador de responsabilizar a los ciudadanos, más allá de la coerción, además de la incapacidad real del derecho para cumplir, mediante prohibiciones y sanciones, las funciones pedagógicas, de orientación de las conductas y de control social requeridas por una crisis sanitaria y económica sin precedentes.

El sentido de la responsabilidad, de la solidaridad y del deber de la ciudadanía se han puesto a prueba como nunca, y se ha hecho evidente que, sin una toma de conciencia profunda a este respecto, poco puede hacerse. Nuestro tiempo puede ayudarnos a reconocer que en el derecho existe, como vemos en el libro, junto a la dimensión vertical-sancionatoria, una dimensión horizontal-relacional, “fundada en el reconocimiento del otro y que esta es la única vía para incluir en él la solidaridad y la fraternidad”, y no como valores externos con los que medir el derecho real, sino “valores internos al

²⁰ T. GRECO, *La Legge de la Fiducia. Alle radici del diritto*, cit, p. 151. El autor reafirma esta convicción señalando que “nunca como en los últimos tiempos hemos advertido que obediencia a las normas y solidaridad recíproca están no solo conectadas sino propiamente coincidentes. Quien no respeta las normas que tutelan la libertad y la salud de todos muestra ciertamente una escasa inclinación a la solidaridad y ningún compromiso con el bien común”, p. 71.

derecho o incluso constitutivos”²¹. El derecho cuenta, y cada vez debe contar más, con la atención al otro, y, como concluye Tommaso Greco, si esto es interiorizado por todos, habremos avanzado en términos de civilización jurídica²².

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

²¹ Ibid., p. 153.

²² Conclusión que proviene de las siguientes consideraciones: “No se trata de sustituir la constricción por la convicción, la obediencia forzada por el cumplimiento espontáneo. Tal sustitución podría dar lugar fácilmente a equívocos y suscitar los temores de quien ve el peligro de un dominio que es más intenso cuanto más se disfraza de autonomía y de libertad. Se trata, en cambio, de hacer evidente que el derecho también debe contar estructuralmente con relaciones basadas en la atención a los demás. Una atención que puede aumentar o disminuir precisamente en función del grado de confianza o de coacción que el derecho promueva. Cuando se hace a través de una política de respeto y logra convencer a los ciudadanos de que su implementación depende de su comportamiento, entonces significa que también hemos ganado en términos de civilización jurídica”, Ibid., p. 154.

**LA PROPUESTA DE TOMMASO GRECO.
A PROPÓSITO DE LA LEGGE DELLA FIDUCIA.
ALLE RADICI DEL DIRITTO**

*TOMMASO GRECO'S PROPOSAL
ABOUT LA LEGGE DELLA FIDUCIA.
ALLE RADICI DEL DIRITTO*

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid
<https://orcid.org/0000-0002-0111-2261>

Fecha de recepción: 7-9-22

Fecha de aceptación: 28-9-22

Resumen: *La legge della fiducia. Alle radici del diritto, constituye una propuesta de comprensión del Derecho y, al mismo tiempo, una invitación a la reflexión sobre su significado y sentido. En estas breves reflexiones se abordan algunas de las cuestiones sobre las que el libro te invita a reflexionar y se plantean algunas dudas que suscita la propuesta de Tommaso Greco.*

Abstract: *La legge della fiducia. Alle radici del diritto, is a proposal for understanding the Law and, at the same time, an invitation to reflect on its meaning and sense. These brief reflections address some of the questions on which the book invites reflection and raise some of the doubts raised by Tommaso Greco's proposal.*

Palabras clave: confianza, deber, seguridad, cumplimiento
Keywords: trust, duty, security, compliance

Quiero empezar estas breves reflexiones sobre el libro de Tommaso Greco, *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*, felicitando al autor por este trabajo que aborda un tema tan actual como el de la confianza y el Derecho, tratando de paso, de manera rigurosa, importantes cuestiones de la filosofía jurídica y política.

El libro expresa una concepción de la filosofía del Derecho, y junto a ella también del Derecho, de la actuación de los operadores jurídicos e incluso de la justicia. Una concepción amplia y no reduccionista, en la que se integra a la filosofía Política. Esta concepción de la filosofía del Derecho que puede calificarse como contemporánea, a pesar de estar bien anclada y apoyada en la historia, posee tanto una proyección teórica como práctica. Se trata, en definitiva, de una forma de hacer filosofía del Derecho que me resulta familiar, y que está presidida por los tres grandes temas que Bobbio asociaba a ésta: la Teoría del Derecho, la Teoría de la Justicia y la Teoría de la Ciencia Jurídica.

Como no podría ser de otra forma, *La ley de la confianza*, está en sintonía con otros trabajos del profesor Greco, como por ejemplo *Norberto Bobbio: un itinerario intellettuale tra filosofia e politica* (2000); o, “Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos” (2010), donde recupera el discurso de los deberes; o, “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del Derecho” (2016), en donde se refiere al aspecto relacional del Derecho y al Derecho colaborativo.

Y también está en sintonía con diferentes líneas de pensamiento, clásicas y contemporáneas, y con principios que dan cuenta de los principales ejes de esta obra. Entre estas líneas y pensamiento está el republicanismo, con su visión de la libertad, del Estado y del ciudadano; la solidaridad, un pensamiento que hemos recuperado en la pandemia (si bien más desde el punto de vista de los ciudadanos que de los Estados); la inclusión, que por cierto, a diferencia de la integración no se entiende sin deberes (en el sentido en el que en esta obra se habla de deberes); con el pensamiento colaborativo, tan presente hoy al hablar de la vivienda colaborativa, de la economía colaborativa o, incluso, del Derecho colaborativo; con el pensamiento positivo sobre la humanidad, hoy representado por el libro de Rutger Bregman, *Dignos de ser humanos*; con el pensamiento que concibe al Derecho como argumentación, a través de la importancia que se da a la decisión, al consenso y a la justificación, y también ante la relación entre la pretensión de corrección y la confianza.

Quiero destacar igualmente lo oportuno que es el libro, teniendo en cuenta la compleja situación en la que nos encontramos en la actualidad. Hablar de la confianza en tiempos de pandemia, de guerras como las que se están produciendo (algunas de ellas muy cercanas como la de Rusia y Ucrania), de *fake-news* o de luchas internas en los partidos políticos (en España, a lo largo de los años 2021 y 2022, hemos tenido un buen reflejo de ello), puede ser

una necesidad. La reflexión sobre la confianza permite entender el Derecho y también su papel en la sociedad. ¿Es posible un Derecho basado sólo en la desconfianza? ¿ha existido en algún momento? ¿es el momento de la confianza? ¿lo ha sido siempre?

Estos interrogantes sobre la confianza aparecen muy vinculados a otro término también de gran actualidad y que, de manera transversal, está presente en este trabajo del profesor Greco: el cumplimiento. Confianza y cumplimiento (*Trust and Compliance*) son dos de los grandes referentes de la reflexión sobre la sociedad actual, y ambos los podemos encontrar en *La ley de la confianza*.

Pues bien, mi escrito va a tener dos partes. En la primera expondré algunos de los temas sobre los que *La ley de la confianza* te invita a repensar; en la segunda, señalaré alguna duda que me suscita.

1. EL CONVITE DE LA LEY DE LA CONFIANZA: UNA INVITACIÓN A LA REFLEXIÓN

La ley de la confianza es un libro que recoge una propuesta, una toma de posición (siguiendo de nuevo a Bobbio) sobre el Derecho, pero al mismo tiempo, es una invitación a reflexionar sobre los grandes temas de la filosofía jurídica y política. Se trata así de una especie de convite que Tommaso Greco nos hace llegar, en el que la elección de la comida y la bebida es a la vez una invitación a su crítica y cuestionamiento.

No es posible en estas breves páginas dar cuenta de todos y cada uno de los temas sobre los que el libro de Tommaso Greco te invita a pensar. Tampoco es posible dar cuenta de aquellos que desde un punto de vista personal son los que más me han interesado. Escogeré sólo alguno de ellos que expondré de manera desordenada, si bien quiero comenzar señalando que la propuesta de convite es lo que más valoro del libro. Una propuesta de convite que da cuenta de la capacidad del profesor italiano de abordar algunos de los temas más importantes para la filosofía jurídica y política y que, a la vez, interesan a buena parte de la población porque se manifiestan en problemas del día a día.

A lo largo de todo el libro se analizan diferentes cuestiones jurídicas desde el binomio confianza y desconfianza. Se trata de un binomio que, en línea de principio, no tiene la misma fuerza en todas las ramas.

No cabe duda de que la confianza es uno de los grandes referentes del Derecho privado, a través de dos de sus grandes principios: el principio de

buena fe y el principio de la autonomía de la voluntad. Ambos se proyectan en la principal herramienta de este Derecho: el contrato. Una herramienta que no se entiende sin la confianza, y cuya relevancia, por cierto, va más allá del Derecho, a través del valor que la promesa y la verdad tienen en nuestras sociedades. Es difícil así pensar en una sociedad basada en la desconfianza y la mentira y, por ende, en un Derecho privado de ese tipo.

En cambio, el Derecho penal parece estar basado en la desconfianza. La idea de castigo y de sanción de comportamientos, representa la desconfianza. Pero la confianza está también presente en el Derecho penal (no en el sentido en el que se integra en la dogmática penal en el siglo XX), a través de la eficacia del castigo, esto es, a través de una dimensión inseparable de este Derecho como es la confianza en que se cumplirá lo dispuesto en él.

Se trata de un tipo de confianza que está también muy presente en el Derecho público. Una de sus proyecciones más relevantes la encontramos en el ámbito del Derecho administrativo donde la confianza en la Administración se manifiesta, por ejemplo, en la presunción de veracidad de los agentes de la autoridad o en la propia presunción de legalidad. Ciertamente, esta confianza en la Administración, necesaria para el funcionamiento de ésta, no ha tenido siempre unas buenas consecuencias. Y no me refiero a actuaciones concretas de carácter ilegal sino más bien a consecuencias de tipo estructural. Un ejemplo de estas últimas es la configuración de un sistema jurídico, en el que la sanción a la Administración se convierte en una tarea casi imposible. Una consecuencia estructural del sistema, basada en la confianza, que, finalmente, lleva al ciudadano a la desconfianza.

Y es que, el binomio confianza-desconfianza plantea interesantes problemas teóricos y prácticos. Me voy a referir a dos: el problema de la confianza en los deberes y el problema de la indeterminación.

Lo que he presentado como confianza en los deberes tiene que ver con una distinción que se apunta en el libro del profesor Greco, y que para mí es de nuevo familiar. Se trata de la distinción entre deber y obligación, que aparece ya en su trabajo "Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos", y que implica conceder al término deber un cierto status justificativo superior. Un status que permite relacionar al deber con la confianza y a la obligación con la desconfianza.

Y es que esta distinción constituyó uno de los ejes de la que fue mi tesis doctoral, luego publicada en parte como *Deberes y Obligaciones en la Constitución* (1991). En aquel trabajo defendía la distinción entre la obliga-

ción y el deber, partiendo del pensamiento de Kant, analizando las obras de diversos autores y distinguiendo el plano individual del intersubjetivo. En este sentido, señalaba que deber era un término moral mientras que la obligación podía tener bien significado moral, bien significado jurídico.

Relacionaba así el concepto de deber con la voluntad buena, lo que es bueno por su valor intrínseco, aquella fuerza interior que nos hace realizar u omitir algo. El deber, señalaba, poseía un carácter absoluto, presuponiendo una 'elección de principio' o, lo que es lo mismo, la elección del proyecto vital (único aspecto en el que el deber se derivaba de algo), y que podía modificarse a lo largo de la historia del individuo.

También diferenciaba entre deber individual y de deber intersubjetivo. El deber, en sentido individual, lo relacionaba con la virtud moral, y podía ser visto como la actuación de la voluntad que es partícipe del camino hacia la consecución de nuestro proyecto vital mediante el desarrollo interno. El deber, en sentido intersubjetivo, partía del individual y tenía su origen en un diálogo ideal intersubjetivo, La 'elección de principio' se producía también en esta consideración del deber, y coincidía con el momento (nunca inmutable) en el que se producían los resultados del diálogo ideal intersubjetivo. El deber, en sentido intersubjetivo, lo identificaba, por ello, con los valores.

Y destacaba que la consideración del deber como algo autónomo hacía que pudieran darse casos en los que un deber intersubjetivo no fuera asumido por un individuo. En este caso, para éste, no podría hablarse de deber sino de obligación.

Por su parte, la obligación moral la caracterizaba por ser condicional, estar relacionada con deberes e implicar una restricción de la libertad. Dentro de ella también diferenciaba entre obligación moral individual y obligación moral intersubjetiva. La obligación moral individual surgía en virtud de un deber, de un valor o de cierta norma; la intersubjetiva de acuerdos intersubjetivos, de la moral social o del Derecho.

Por último, las obligaciones jurídicas se caracterizaban por ser impuestas por una norma jurídica, suponer una restricción a la libertad del individuo e ir acompañada de algún tipo de sanción para casos de no cumplimiento.

En este sentido, a diferencia de las obligaciones, los deberes no son relacionales, son incondicionales, representan fines en sí mismos, son autónomos, presuponen el conocimiento de su contenido y no presentan la nota de la coactividad.

Ciertamente, en la que fue mi tesis doctoral, la distinción entre deber y obligación no se hizo tomando como referencia el binomio confianza-desconfianza. Sin embargo, la lectura del libro de Tommaso Greco me ha permitido volver sobre esa distinción y examinarla desde estos parámetros.

Otro de los problemas que he apuntado es el de la indeterminación. Como es sabido se trata de una cuestión que suele ser representada a través de la distinción entre reglas y principios.

Esta distinción que se presenta al hilo de la clasificación de las normas atendiendo a su estructura, surge más bien por el carácter determinado o indeterminado de éstas. En este sentido, como es sabido, las reglas se caracterizan por su determinación, mientras que los principios lo hacen por su indeterminación. La diferencia entre enunciados determinados e indeterminados proyectada sobre el binomio confianza-desconfianza, nos lleva a relacionar lo determinado con la primera y lo indeterminado con la segunda. Se trata de una relación que trae consigo un aspecto que no queda claro en el libro de Greco y que volverá a salir más adelante: la relación entre seguridad y confianza.

Además, esta relación nos plantea otros problemas que tienen que ver con la función de los principios y con la propia comprensión del Derecho. Y es que, por un lado, la existencia de principios jurídicos, a pesar de su carácter indeterminado, en muchas ocasiones parece estar más cerca de la confianza, al ser para muchos la representación de la justicia o aquello que nos permite decidir correctamente en los casos dudosos o ante lagunas. Por otro lado, la relación entre los principios y la desconfianza puede tener consecuencias importantes para la comprensión del Derecho, sobre todo si consideramos que éste está compuesto, predominantemente, por normas principio. Si esto es así, la asociación confianza-Derecho no sería tan fuerte como parece desprenderse del contenido de este libro. Aunque claro, también podríamos matizar esa afirmación anterior de que el Derecho está compuesto, predominantemente, por normas principio, señalando que esto es así si contemplamos el Derecho como sistema de enunciados, pero que otra cosa ocurre si, además, integramos las decisiones, ya que estas requieren la conversión, para el caso concreto, del principio en regla.

El examen de ciertos fenómenos desde el binomio confianza-desconfianza plantea problemas en forma de paradojas. Destacaré dos que han surgido de la lectura del libro de Tommaso Greco: la paradoja del Derecho basado en la desconfianza pero que funciona por la confianza y la paradoja de la seguridad en la desconfianza.

La primera de ellas se produce desde el manejo de una visión del Derecho apoyada en la desconfianza, a la que se refiere de manera crítica el profesor Greco, pero que, sin embargo, funciona gracias a la confianza que las principales instituciones jurídicas trasladan a los ciudadanos o a la aceptación de su contenido. Así, por ejemplo, no cabe duda de que el Derecho no se puede explicar sin utilizar la referencia a la sanción o a la coacción; pero tampoco, sin dar cuenta de cómo los ciudadanos confían en la decisión jurídica al satisfacer éstas expectativas de razonabilidad en la mayoría de los casos. Por eso, cuando se dejan de satisfacer esas expectativas, se pierde la confianza y el Derecho se tambalea.

La segunda de las paradojas tal vez es más un círculo vicioso; un círculo entre confianza, seguridad y desconfianza. Así, la confianza requiere seguridad en el otro, saber predecir las consecuencias de nuestras acciones, prohibir y amenazar (desconfianza), y esto nos proporciona seguridad y con ella confianza (siempre que quien tiene que sancionar cumpla). De alguna manera la confianza requiere la seguridad en la desconfianza.

En todo caso, tiene razón Tommaso Greco cuando señala que cuanto más garantiza el Derecho el desarrollo de relaciones basadas en el respeto y la igualdad, puede ser en mayor medida vehículo de confianza. Y que, por el contrario, la opresión y la dominación arbitraria, al remover la base del respeto mutuo, eliminan cualquier espacio en el que pueda florecer la confianza.

Pero el respeto y la igualdad necesitan de un Derecho en el que pueda confiarse. La llamada a la confianza en este libro, no es un canto contra el Derecho, sino contra una manera de entender o de construir el Derecho. Un Derecho horizontal y no vertical. La confianza llama a nuestro aspecto relacional, nuestra dependencia, y es sin duda un mejor punto de partida para construir una teoría de los derechos y un Derecho basado en éstos.

2. CUATRO DUDAS DESDE LA LEY DE LA CONFIANZA

Como no podía ser de otra forma, la lectura de un buen libro como *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*, te suscita algunas dudas y preguntas. De manera escueta voy a referirme a cuatro.

La primera de ellas ya ha sido apuntada en varias ocasiones y tiene que ver con la relación entre confianza, la seguridad y la desconfianza. Teniendo claro que no es lo mismo seguridad que confianza, parece que la primera se presenta como el punto de intersección de las otras dos.

La segunda tiene que ver con los problemas que puede tener basar el Derecho en un sentimiento. El Derecho moderno se ha venido presentando como un orden racional justificado también invocando razones y no sentimientos. Es verdad que desde determinadas posiciones se apela a los sentimientos, pero me parece que se hace desde referentes alejados a los de Greco. Se trata en todo caso de una duda que yo mismo puedo matizar. Y es que me he referido antes a la confianza en la satisfacción de expectativas de razonabilidad. Se trata de una confianza con peso racional pero que se manifiesta como sentimiento: la confianza en la razón es también un sentimiento...

Muy unida a lo anterior me surge la tercera de las dudas que tiene que ver con la posibilidad de describir el Derecho única y exclusivamente en términos de confianza. No creo que esa sea la posición final de Greco. En el libro no se aparta completamente la dimensión de la desconfianza del Derecho. Y es que, seguramente, no es posible hacerlo. Al final la relación entre confianza y desconfianza en el Derecho tiene que ver con cuestiones como la legitimidad y la legitimación, con la validez y la facticidad.

La última de mis dudas puede presentarse a través de una pregunta: ¿Es posible en un contexto como en el que estamos de desconfianza, recuperar la confianza en el Derecho?

Ciertamente, soy consciente de que estoy partiendo de un presupuesto, el contexto de desconfianza, que habría que demostrar. Pero dando por sentado lo anterior, ¿es posible recuperar la confianza?

Seguramente una de las maneras es precisamente señalar como esta siempre ha estado aquí. Pero la desconfianza está tan arraigada...

En el ámbito de la psicología se suelen señalar ciertos pasos como etapas necesarias para la recuperación de la confianza. Entre estos pasos se habla de admitir el error, explicar lo que condujo a hacerlo, tener humildad, recuperar la comunicación, no mentir... En resumidas cuentas, reconocer el error, solventarlo y disculparse. ¿Sirven estos pasos para el Derecho y la Política?

Tommaso Greco en este libro señala algunos instrumentos para recuperar la confianza. Entre ellos destacaría dos.

Por un lado, construir un Derecho abierto, esto es, un Derecho claro y accesible. No se trata de una tarea fácil ya que implica cambiar en primer lugar buena parte de la cultura jurídica, basada conscientemente en un lenguaje técnico que genera fronteras difíciles de superar, y, en segundo lugar, el método y la distribución de los poderes jurídicos. En todo caso, esta propuesta

de Derecho abierto, permitiría superar la desconfianza ante aquello que no se entiende...

El segundo de los instrumentos que destacaría entre los propuestos por el profesor Greco es el de conseguir una cultura jurídica responsable, una cultura de la legalidad.

A estos dos instrumentos, añadiría un tercero que es, de alguna manera, una consecuencia del anterior: prestar una mayor atención a la ética de las profesiones. Y es que, un Derecho basado en la confianza requiere de un ejercicio ético de las profesiones jurídicas, sobre todo de aquellas cuya actuación determina condiciones de validez y, por qué no, de justicia. De ahí, como ya he señalado en otras ocasiones, la relevancia, por ejemplo, de la ética judicial.

¿Por qué funciona el Derecho? ¿Por qué el Derecho es eficaz? Existe una cierta tendencia a contestar estas preguntas desde el Derecho, por ejemplo, en el caso español utilizando lo contenido en el artículo 9,1 de la Constitución ("Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico"). Pero entonces, conviene advertir que el núcleo de las preguntas pasa a ser entonces la reflexión sobre por qué hay que obedecer al artículo 9,1...

A veces, esta pregunta se contesta desde la coacción y la fuerza. El Derecho es eficaz, esto es, es obedecido, porque bien a través de la fuerza física o bien a través de la amenaza de sanciones, los ciudadanos se ven obligados a hacerlo. No obstante, siempre he pensado que esta contestación, además de incompleta (al dejar sin responder la cuestión de por qué obedecen aquellos que están encargados de ejercer o dirigir la fuerza) no sirve para explicar el funcionamiento del Derecho en circunstancias normales.

El Derecho es eficaz, es obedecido, porque los ciudadanos lo consideramos razonable (que no necesariamente justo). Dejamos en manos de los Parlamentos y, sobre todo, de los jueces nuestros derechos y bienes, porque consideramos que, por regla general, son órganos legítimos que producen decisiones que satisfacen nuestras expectativas razonables. Lo anterior supone que se trata de órganos que cumplen una serie de requisitos de legitimidad (rasgos) cuyas decisiones tienen como base una interpretación del Derecho, entre todas las posibles, tomada de manera imparcial. Nótese que hablo no de la mejor interpretación ni de la que se adecúa a nuestros intereses, sino de una de las posibles y de una actuación que se realiza sin que se aprecie interés alguno por parte de un órgano que satisface una serie de rasgos. Estos rasgos, en el caso de los jueces, en ocasiones se limitan a la for-

ma de motivar (por lo tanto, tienen que ver con la manera de someterse al Derecho) o a la ausencia de interés (esto es, con la imparcialidad). Pero también pueden extenderse a otros condicionantes referidos a la figura del juez en general y de quien decide en particular.

Además, si la pregunta que nos ocupa se desenvuelve en el marco de sistemas constitucionales, satisfacer nuestras expectativas razonables implica también una decisión susceptible de enmarcar en los contenidos materiales básicos del Ordenamiento Jurídico: los derechos fundamentales.

Lo anterior, ya de por sí, condiciona la labor judicial en el sentido de que exige al Juez, con carácter general, satisfacer determinados rasgos, básicamente sometimiento al Derecho e imparcialidad. Si esto es así, la siguiente pregunta que nos debemos hacer es la de por qué los jueces obedecen al Derecho y por qué se comportan de manera imparcial (y en su caso también, si existen otros rasgos que deban satisfacer). En muchos casos esta pregunta se resuelve, de nuevo, de manera circular: los jueces obedecen al Derecho y son imparciales porque tienen la obligación jurídica de hacerlo. Pero, al igual que hacíamos antes, lo interesante es conocer por qué obedecen estas obligaciones o si se prefiere, de manera general, plantearnos si podemos justificar su existencia; justificación que, irremediamente nos lleva al campo de la reflexión ética: de la ética judicial. Sin ética judicial difícilmente funciona correctamente el Derecho.

Esta pequeña reflexión pone de manifiesto la singular importancia que posee el estudio sobre los principios éticos que determinan el papel del Juez y de la función Judicial. Y creo que esto puede extenderse a otras profesiones jurídicas.

Sin embargo, produce cierta perplejidad la poca atención que se presta, por ejemplo, en el ámbito de la formación, a la ética y deontología profesional en el campo del Derecho en general. Estoy convencido que una mayor atención a esta problemática, contribuiría al fomento de la confianza en el Derecho.

RAFAEL DE ASÍS ROIG

Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 – Madrid

e-mail: rarfid@inst.uc3m.es

EL DERECHO Y LA CONFIANZA

TRUST AND LAW

ANDRÉS GARCÍA INDA
Universidad de Zaragoza

<https://orcid.org/0000-0002-4620-9884>

Fecha de recepción: 24-5-22

Fecha de aceptación: 6-7-22

Resumen: *¿Cuál es la relación entre Derecho y confianza? ¿y cómo puede el Derecho favorecer la confianza social “adecuada”? El libro de Tommaso Greco sobre La legge della fiducia ofrece una respuesta a tales cuestiones y propone una revisión del “maquiavelismo jurídico”, entendido como el paradigma jurídico clásico. En este trabajo, a partir de la lectura de dicha obra, se plantean algunas reflexiones sobre dicha relación y se hace una crítica del planteamiento “principalista” del autor.*

Abstract: *What is the relationship between Law and Trust? And how can the Law promote an “adequate” social trust? Tommaso Greco’s book on La legge della fiducia offers an answer to such questions and proposes a review of “legal machiavellianism”, understood as the classical legal paradigm, based on mistrust. In this work, from the reading of that book, some reflections are raised on the relationship about Law and Trust, and a critique of Greco’s “principled” approach is made.*

Palabras clave: Derecho, confianza, deberes, principios, vínculos

Keywords: Law, trust, duties, principles, links

“Si vuestras leyes han sido hechas como se tiene que hacer, una de las más hermosas sería aquella que prohíbe a cualquier joven cuestionar cuál de ellas está bien y cuál no, y en cambio lo obliga a proclamar unánime y unívocamente que todas son buenas, pues las pusieron los dioses.”

Platón, *Las leyes* (I, 634de).

1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer arriesgado –o ingenuo– hablar del Derecho y la confianza en un contexto de guerra como es el propiciado por los últimos acontecimientos internacionales (la invasión rusa de Ucrania y su impacto a nivel mundial). En circunstancias como esas, alguien podría pensar en la reflexión académica como un divertimento o un juego de salón superfluo o inútil que, como mucho, solo serviría para embellecer o disimular el ruido de las bombas y los gritos de las víctimas. O para tranquilizar nuestras conciencias. No hay que hacerse ilusiones, claro: los libros de una biblioteca (el pensamiento, la cultura...) no suelen detener la agresión de los bárbaros, ni en tiempos de Agustín de Hipona, ni en los nuestros¹. Pero eso no quiere decir que debamos arrojarlos por la ventana. Al revés, es quizás entonces cuando más importancia tiene intentar comprender la realidad y el sentido del Derecho, sus posibilidades y sus límites como una herramienta frente a la barbarie. Recordemos la sentencia de Pascal: “No pudiendo hacer que lo que es justo fuese fuerte, hemos hecho que lo que es fuerte fuera justo”². En ese sentido, la dura constatación de la barbarie resulta una vez más un test inevitable de la validez de la teoría, que nos obliga a repensar críticamente³. El libro recientemente publicado de Tommaso Greco sobre *La ley de la confianza* constituye una interesante aportación en esa tarea⁴.

2. EL DERECHO Y EL AMOR

Entre los abogados suele decirse que el Derecho de familia empieza donde acaba la familia. Lo cual tiene una doble lectura. La primera es que cuando se acude al Derecho es porque la familia, entendida como un espacio autorregulado de relaciones basadas en el afecto y la confianza mutua, empieza

¹ Una llamativa imagen de los primeros días de la guerra de Ucrania, difundida a través de las redes sociales, fue la “trinchera” de libros que el escritor Lev Shevchenko hizo en la ventana de su casa, para protegerse de los bombardeos. Vid. por ejemplo en Ch. APAOLAZA, “La ventana de Shevchenko”, *La Razón*, 6-03-2022. Disponible en: <https://www.larazon.es/opinion/20220306/2hd1mhrepbfdraqri2losmvefu.html>

² B. PASCAL, *Pensamientos* § 81.

³ Cfr., por ejemplo, J. de MIGUEL, “Esplendor y miseria del realismo político”, *The Objective*, 8-03-2022. Disponible en: <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-03-08/guerra-ucrania-realismo-politico/>

⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari, 2021.

a resquebrajarse⁵. En este primer sentido el Derecho puede ser concebido como un recurso o una herramienta reparadora, o al menos de contención, que ayudaría a minimizar los daños e incluso a restaurar, hasta donde fuera posible, la relación y la confianza familiar herida o puesta en entredicho. Y en ocasiones (o tal vez muy a menudo) quién sabe si parte del fracaso del Derecho en esa misión puede tener que ver con el tamaño de las expectativas puestas en él, como si las normas jurídicas pudieran proporcionar, *por sí mismas*, el afecto o el amor gastado o desaparecido. El Derecho, desde esa perspectiva, puede sostener, reforzar o asegurar *a su manera* los deberes de respeto, asistencia y solidaridad que hasta ese momento (por así decirlo) generaba o alimentaba el afecto, pero no podría garantizar o producir ese mismo afecto. Y aunque tampoco quepa desprestigiar la posibilidad de que, como en un negocio cualquiera, la confianza producida por el Derecho despierte el afecto entre las partes, en todo caso la que procura el Derecho no es la misma, necesariamente, que la que nace del amor o de la amistad. Apuntemos ya, en ese sentido, que existe una gran variedad de formas y manifestaciones de confianza, y que quizás uno de los errores para comprender el papel del Derecho en su “producción” es la confusión entre las mismas. Del mismo modo, “es preciso evitar planteamientos lineales que puedan omitir la compleja relación que une confianza y desconfianza, relación en constante tensión y siempre atravesada por el interés, habitual y erróneamente atribuido a desconfianza con acepción negativa pues, en realidad, el hecho mismo de construir confianza no es un acto ciego o naif, sino que, bien al contrario, se trata de un acto que responde al propio interés”.⁶

Sin embargo, el sentido que los profesionales le dan habitualmente a la frase con la que abrimos este apartado tiene otras connotaciones más escépticas, negativas o incluso cínicas, si así puede decirse. No supone solo pensar en el Derecho como un recurso para reparar o ayudar cuando las relaciones y la confianza se estropean, sino como un elemento que lo que hace precisa-

⁵ Escribía Hegel que “en cuanto *sustancialidad inmediata* del espíritu, la familia se determina por su unidad *sentida*, el amor. De acuerdo con ello, se tiene en esta unidad, en cuanto esencialidad que es en y por sí, la autoconciencia de la propia individualidad, y no se es en ella como persona por sí sino como *miembro*”. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, § 158, trad. J. L. Verma, Edhasa, Barcelona, 1988.

⁶ Cfr. M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Derechos versus democracia. Ironía de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 26-27, que en ese punto se apoya en el análisis de V. MANGEMATIN y Ch. THUDEROZ (dirs.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité social*, CNRS, Paris, 2004.

mente es deteriorar esas relaciones y esa confianza (o que contribuye a ello). Desde este segundo punto de vista, no es que el Derecho entre en escena porque la familia (o el amor) desaparezca, sino que la familia (o el amor) desaparece porque el Derecho –con su rigidez, su impersonalidad y su lógica jerárquica y patrimonial⁷– entra en escena. No olvidemos que el Derecho no sirve únicamente para resolver los conflictos, sino también para provocarlos⁸.

En el primer caso, el Derecho vendría a suplir la falta de confianza (o de amor) y no resultaría necesario si aquella no escasease. Como escribía Luis Legaz Lacambra, leyendo a Aristóteles, “si todos los hombres fuesen amigos, la justicia no sería necesaria”, pero aunque exista la justicia no podemos prescindir de la amistad, no podemos sustituirla⁹. Pero en todo caso Derecho y amor serían órdenes *estructuralmente* diferentes, si no antitéticos: el *homo iuridicus*, decía Legaz, es el tipo de ser humano que “en la tricotomía de valores: amor (como caridad), amistad y justicia, antepone éste a los otros, a los que destruye y absorbe por entero”¹⁰. El Derecho, como la moral, vendría a sustituir el amor por el deber¹¹. En el segundo caso, en cambio, el Derecho vendría a provocar esa falta de amor y de confianza. Pero en ambos casos,

⁷ S. RODOTÀ, *Derecho de amor*, trad. J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2019, pp. 53 y 56.

⁸ Frente a la expresión comúnmente extendida del Derecho como mecanismo de resolución de conflictos, V. Ferrari utiliza la expresión “tratamiento de conflictos declarados”, porque “el Derecho puede ser utilizado tanto para dar lugar a conflictos como para resolverlos”. Cfr. V. FERRARI, *Funciones del Derecho*, trad. M^a J. Añón y J. De Lucas, Debate, Madrid, 1988, p. 115.

⁹ L. LEGAZ Y LACAMBRA, *El Derecho y el amor*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 31. O, como decía Madison, “si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario”. Sobre la hipótesis de una sociedad de ángeles cfr. L. MIOTTO, “From Angels to Humans: Law, Coercion and the Society of Angels Thought Experiment”, *Law and Philosophy* núm. 40, 2021, pp. 277-303. De esta idea parte precisamente Carlo Vittorio Giabardo para comentar el libro de Tommaso Greco en una magnífica reseña crítica del mismo: C. V. GIABARDO, “Pensare la fiducia nel diritto. Intorno a *Le legge della fiducia*”, *Giustizia Insieme* (05/02/2022). Disponible en: <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/131-main/filosofia-del-diritto/2141-pensare-la-fiducia-nel-diritto-intorno-a-le-legge-della-fiducia-alle-radici-del-diritto-di-tommaso-greco-laterza-2021>

¹⁰ L. LEGAZ Y LACAMBRA, *El Derecho y el amor*, cit., p. 213. Desde otro punto de vista, Gregorio Peces-Barba hacía una lectura de las relaciones entre el Derecho y el amor en el mundo moderno en la que, frente a los modelos de la separación o la escisión y de la sustitución de un orden por otro, apuntaba “una propuesta integradora” en la que ambos órdenes eran necesarios y complementarios en la construcción de una sociedad democrática. Cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El Derecho y el amor: sus modelos de relación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 67, 1982, pp. 65-79.

¹¹ F. ALBERONI & S. VECA, *Altruismo y moral*, trad. J. Bignozzi, Ediciones B, Barcelona, 1999, pp. 84 y ss.

al parecer, en la raíz de lo jurídico estaría precisamente la desconfianza. Recurrimos al Derecho porque desconfiamos y a su vez ese recurso a lo jurídico favorece nuestra desconfianza. Podría parecer que estamos condenados a vivir en un permanente círculo vicioso: Cuanto más Derecho ponemos, menos confianza generamos; y cuanto más desconfiamos, más necesitamos recurrir al Derecho. ¿Es realmente así? ¿es esa desconfianza una característica propia o constitutiva, por así decirlo, de lo jurídico, o el producto de una forma determinada de entender y practicar el Derecho? Porque en cierto modo esa es una idea bastante extendida no solo entre los juristas, sino también entre quienes no lo son. Derecho y confianza serían magnitudes inversamente proporcionales: *cuanta menos confianza, más Derecho (y viceversa)*.

3. ¿A MÁS DERECHO, MENOS CONFIANZA?

En *La legge della fiducia*, Tommaso Greco viene precisamente a cuestionar esa forma de concebir la relación entre Derecho y confianza. Según Greco, nuestra concepción del Derecho está dominada por lo que él llama el “*maquiavelismo jurídico*” o el “*paradigma de la desconfianza*”, en el que lo que define y fundamenta el Derecho es precisamente la desconfianza. Prevedemos que la confianza en el otro puede fallar y nos adelantamos con normas. Frente a ese modelo, Greco propone y defiende el “*paradigma de la confianza*”, que supondría una crítica de los presupuestos tradicionales con arreglo a los cuales concebimos y practicamos el Derecho desde tres grandes puntos de vista relacionados entre sí:

- En primer lugar, una crítica de la antropología negativa de raíz hobbesiana y del individualismo y la presunta racionalidad mandevilleana del *homo oeconomicus*, del egoísmo como virtud¹²;
- en segundo lugar, una crítica sociológico-política del ideal liberal de una sociedad entendida como mera agregación de intereses (desprovista o al margen de la idea de bien común) y del “*familismo amoral*” típico de la Europa meridional¹³;

¹² T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit. pp. 33-34.

¹³ *Ibidem*, pp. 34-35. Greco lo refiere a la Italia meridional, pero podría ser extensivo a otras sociedades del sur de Europa. El término “*familismo*” hace referencia al fenómeno social de revitalización de la familia pero que suele ir asociado a formas de solidaridad muy restringidas en las que la confianza y el compromiso moral se centra exclusivamente en el núcleo más reducido (familiar), frente a otras formas de cultura cívica. Cfr. A. GARZÓN, “*Familismo y creencias políticas*”, *Psicología Política* núm. 17, 1998, pp. 101-128. De hecho, y fruto en cierta manera del auge de las políticas identitarias, una de las dinámicas paradójicas de la solidari-

- y en tercer lugar, y sobre todo, una crítica de la teoría jurídica tradicional, de raíz kelseniana, en la que el Derecho se define básicamente sobre la idea de la coacción y la sanción¹⁴.

Conviene no pasar por alto la importancia de este último aspecto o punto de vista, porque si no corremos el riesgo de quedarnos en un análisis superficial del asunto. Todos afirmamos a menudo que el Derecho no es únicamente fuerza desnuda, o no solo es fuerza o violencia, sino también consenso; y que ningún sistema jurídico –ni político– sobreviviría basado únicamente en la amenaza y la coacción. Pero lo que propone Greco, en la línea de otros autores¹⁵, es repensar y redefinir la fuerza misma del Derecho o la *fuerza* de esa fuerza (y por lo tanto su relación con la moral). En el fondo, es la cuestión misma de la razón práctica lo que está en juego. Así, en ese sentido:

- Frente a la concepción que hace depender la obligación jurídica de la existencia de la sanción¹⁶, Greco defiende que es la obligación la que precede a la sanción, y no al revés. No hay una obligación o un deber porque se imponga una sanción, sino al contrario: se impone la sanción porque existe una obligación; si la sanción o la coacción interviene *ex post* en caso de incumplimiento es porque ya existía, *ex ante*, la obligación, de manera que incluso aunque aquella (la sanción) no se diera seguiría existiendo ésta (la obligación)¹⁷. De lo contrario, sugiere Greco, podríamos pensar que “si podemos evadir el castigo, estamos autorizados a eludir la norma”¹⁸. Sin embargo, eso no significa necesariamente que la sanción no sea un elemento

dad en nuestro tiempo es precisamente la tendencia a la reducción de la comunidad moral: nuestro sentido de la solidaridad es cada vez más intenso, pero más reducido o menos intenso. Cfr. A. GARCÍA INDA, *La dulce militancia. Crítica de la razón indignada*, Ed. Mensajero, Bilbao, 2021, pp. 125 y ss; Id., *Como un buen samaritano. Los deberes, entre la ética y el Derecho*, Sibirana Ediciones, Zaragoza, 2021, pp. 86 y ss.

¹⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., pp. 31-32.

¹⁵ Aunque desde un planteamiento radicalmente diferente, pienso por ejemplo en el sociólogo Pierre BOURDIEU, “La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Id., *Poder, Derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 165-224.

¹⁶ Para Kelsen “no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo”. Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (Cap. IV), trad. M. Nilve, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1989, pp. 79-80.

¹⁷ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 52.

¹⁸ *Ibidem*, p. 158.

- fundamental de la obligación jurídica, cuya función sería entonces, precisamente, traducir y reforzar la obligación moral.
- Frente a una concepción *vertical* de las obligaciones, Greco subraya la *horizontalidad* del Derecho, entendiendo por tal la idea de que las normas se dirigen fundamentalmente a los ciudadanos (no a los operadores jurídicos encargados de su aplicación: funcionarios, jueces, policías, etc.) y que los deberes respecto al Estado son secundarios, dependientes o están referidos a los deberes de unos ciudadanos para con otros. Greco se refiere a ello como el “momento cooperativo” de la relación jurídica.

Esta reivindicación de la “horizontalidad” o la “cooperatividad” del Derecho es importante, como una alternativa crítica al fenómeno dominante del ciudadano consumidor (y las consiguientes derivadas de la subjetivización y sentimentalización de los derechos, la avalancha e inflación de los mismos, etc.)¹⁹. E implica reconocer, en mi opinión, la prioridad teórica y práctica de la noción de obligación sobre la de derecho (subjetivo). No hay deberes u obligaciones porque existan derechos sino al revés: existen derechos porque tenemos obligaciones²⁰. Y existen deberes u obligaciones (y por lo tanto derechos) porque tenemos *vínculos* o relaciones. De hecho, en la propia etimología del término *ob-ligación* sigue resonando esa idea del vínculo o la ligadura que une a dos (o más) sujetos. Precisamente porque nos *sabemos* y/o nos *sentimos* vinculados a otros²¹ es por lo que tenemos deberes u obligaciones hacia ellos: porque estamos *en deuda*. O al revés: el sabernos obligados hacia otros nos vincula con ellos. Por eso, como recordaba Hart, no decimos únicamente que estamos obligados *a algo*, sino *hacia alguien*²². Y cabe

¹⁹ Cfr. M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Derechos versus democracia. Ironía de la globalización*, cit., § 7; M. VILLEY, *El Derecho y los derechos del hombre*, trad. O. Cortés, Marcial Pons, Madrid, 2019, entre otros.

²⁰ No se trata de una mera disquisición teórica. Al contrario, la inflación y el vaciamiento del discurso de los derechos (un fenómeno imparable y difícilmente corregible, en mi opinión) está directamente relacionado con la consideración de los mismos al margen de las obligaciones. De ahí la insistencia en los últimos tiempos de diferentes análisis que vienen a subrayar la importancia de los deberes. Aunque en cierto modo, en mi opinión, sin llegar al fondo de lo que ello supone. Cfr. por ejemplo F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “L’età dei diritti, al di là dei doveri”, en A. BALLARINO (ed.), *Novecento del diritto*, Giappiachelli, Torino, 2019, pp. 9-40.

²¹ No entro en la importante e inevitable cuestión sobre el papel de la razón y la emoción o la pasión en la constitución de esos vínculos.

²² H. L. A. HART, *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 75.

pensar que la crisis de la noción misma de deber está directamente relacionada con la erosión de tales vínculos (nacionales, culturales, sociales, familiares...) y la cultura individualista de los derechos. O con su transformación, si prefiere decirse así. ¿Qué papel juega actualmente y cuál debería jugar el Derecho en esas transformaciones? ¿contribuye a fomentar esos vínculos o a su disolución?

De todos modos, alguien podría objetar rápidamente la afirmación anterior (que la noción de obligación prima sobre la de derecho) diciendo que en el fondo un derecho subjetivo no es sino la expresión de una relación (jurídica) de poder que habilita o capacita a quien dispone del mismo (o a quien se encuentra en esa posición) para imponer una obligación o deber correlativo a alguien. La cuestión, podría decirse irónicamente recurriendo a la famosa frase de *Alicia a través del espejo*, de Lewis Carroll, no es lo que significa hablar de “derecho” u “obligación”, sino saber quién es el que manda. Eso es todo: quien tiene el poder (o sea, el “derecho”, o el Derecho) puede obligar al otro u otros a lo que sea²³. La concepción *ideal* de la relación entre las nociones de deber y de derecho quedaría así opacada por la visión *real* del poder. A este respecto, quizás una de las aportaciones críticas del libro de Greco, pretendidamente o no, puede tener que ver con la oposición a este planteamiento. O al menos con su cuestionamiento. Dicho en otros términos (y tómese lo que voy a decir como una duda, una reflexión o una pregunta, más que una afirmación), a los tres puntos de vista críticos anteriormente reseñados (el antropológico, el sociológico y el jurídico) podríamos añadir un cuarto aspecto, de carácter metodológico, que de alguna manera los engloba y presupone.

Uno podría preguntarse lo siguiente: Cuando Greco defiende la “concepción fiduciaria” del Derecho, ¿está hablando del Derecho que es, o del que debe ser? Y tal vez, esa distinción es la que el propio Greco viene a cuestionar, en un esfuerzo por re-integrar la perspectiva filosófica y la sociológica, o por vincular la legitimidad y la eficacia. Efectividad y legitimidad se retroalimentan, subraya Greco: es imposible pensar en un Derecho que no pretenda ser a la vez justo y efectivo²⁴, lo que quiere decir que no solo no es *deseable* un Derecho basado en el miedo y la desconfianza, sino que no es

²³ Quien está obligado hacia alguien, escribía Hart, está de algún modo “atado” a esa persona. Pero añadía que “la imagen precisa no es la de dos personas atadas por una cadena, sino la de una persona atada, y el extremo libre de la cadena en las manos de otra que puede usarla a su arbitrio”. H. L. A. HART, *Derecho y moral*, cit., p. 76.

²⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., pp. 84 y 102 y ss.

útil ni eficaz. Carece de sentido. Según Greco no se puede “entender” adecuadamente el Derecho desde el paradigma de la desconfianza. Con otras palabras: la crítica del “maquiavelismo jurídico” conllevaría cuestionar la hipertrofia del propio enfoque “teórico”, “científico” o “realista” que tiende a desgajar la relación entre esos dos extremos y a disolver la fuerza de la razón práctica en favor del poder. Como escribe Pierre Manent: “Si se consideran las cosas humanas desde una perspectiva “realista” o “científica”, no se las mira tanto “como son” sino que se las mira dejando de lado u ocultando el punto de vista del hombre que actúa, el del agente propiamente dicho. En efecto, no se puede mirar las cosas “tal como son” puesto que, hablando con propiedad, ellas no son, pues deben ser hechas o “actuadas”²⁵. Ese presunto realismo, que trata de responder a la distancia existente entre lo que los hombres hacen y lo que deberían hacer, en lugar de reconciliar la inevitable tensión entre la realidad y el deseo lo que hace es disolverla, considerando la moral como una debilidad a eliminar de la fórmula.

Para Maquiavelo –sigo de la mano de Manent– la “distancia” entre lo que los hombres hacen y lo que deberían hacer no es tanto una debilidad de la voluntad, sino del conocimiento: “¿En qué consiste más exactamente esta ignorancia o desconocimiento de sí? Resumiría las cosas de este modo. Por una parte, los hombres no pueden evitar hacer lo que hacen; por otra, no pueden evitar querer de alguna manera hacer lo que deberían hacer (...). Esta división de la mente, o esta duplicidad, tiene como consecuencia que vean doble y que, por supuesto sin hacer lo que deberían hacer, hagan mal lo que hacen. Así, lo que deberían hacer y que está resumido en los preceptos de la ley natural, o de la moral, no es tanto lo que no consiguen hacer, lo que no logran alcanzar o respetar, sino aquello que nubla su mirada, engaña su vista y, en consecuencia, impide o desvía, en todo caso disminuye, sus fuerzas. Los seres humanos desobedecen alegremente la ley natural en tanto esta perturba sus deseos, pero se sienten lo suficientemente intimidados por ella como para no ir hasta el final de lo que han comenzado. La moral los debilita sin corregirlos. La ley que se supone debe reglar su acción solo le quita la energía o el alcance que podía tener”.²⁶

Para el punto de vista “realista” es necesario corregir esa *diplopía moral* y eliminar aquello que obstaculiza o debilita la unidad de la acción humana. La

²⁵ P. MANENT, *La ley natural y los derechos humanos*, trad. V. Waksman, Ed. Katz, Buenos Aires, 2021, p. 31.

²⁶ *Ibidem*, pp. 34-35.

ley natural, o la moral, asocia a los seres humanos de una forma imaginaria y para Maquiavelo es urgente despertarlos de ese engañoso sueño de unidad. “No hay tantas maneras de hacerlo; en definitiva, hay solo una: darles miedo (...). Lo único que reúne *efectivamente* a los hombres es el miedo. El miedo, es cierto, tiene una extraña manera de reunir a los hombres, pues hace sentir a cada uno la preferencia ilimitada que tiene por sí mismo. Mientras que la ley natural reúne a los hombres imaginariamente dejándolos pasivos y separados, el miedo los reúne realmente forzando a cada uno a “reconocerse”, es decir, a salir de las asociaciones imaginarias en las cuales se emplean y se pierden sus capacidades de acción”.²⁷

3. EL VIRUS DEL MIEDO

Para Manent la moralización del miedo que opera con la obra de Maquiavelo –y, sobre todo, con la de Hobbes– convierte a esa pasión en el sustitutivo de la “ley natural”, lo que, en cierto modo, podría llevarnos a identificar a ésta (a lo que podríamos llamar la ley natural en referencia a los motivos de la acción humana) con la confianza²⁸. No en vano, en realidad lo opuesto a la confianza es el miedo (o la suspicacia, que sería una forma o un grado del miedo). Y como el mismo Greco pone de relieve en su libro –y ahí radica entre otras la enorme actualidad de su aportación– un ejemplo palpable de los límites heurísticos y prácticos del modelo de Maquiavelo es la reciente experiencia de la pandemia.

Además de una crisis sanitaria, la pandemia del coronavirus ha sido (o está siendo) una profunda crisis moral²⁹. Al igual que ocurre con las personas, puede decirse que en la adversidad es donde se muestra la calidad o la estatura moral de una comunidad. Cuando el viento sopla a favor y todo funciona adecuadamente es más o menos fácil gestionar los propios impulsos y tomar decisiones acertadas (o sobrellevar las erróneas), pero cuando arrecian la tempestad y las dificultades todo resulta mucho más complicado. De la cri-

²⁷ Ibidem, pp. 36-37. El “deseo de excesiva claridad” que ese presunto realismo puso en nosotros, dice Manent, “en lugar de abrirnos a lugares inéditos, nos cerró el acceso al campo de la vida práctica, es decir, de la acción bajo la ley, campo en el que se observa, en efecto, una gran distancia entre lo que los hombres hacen y lo que deberían hacer”; ibidem, p. 42.

²⁸ Ibidem, pp. 41 y 52.

²⁹ Retomo aquí, ampliadas, las reflexiones apuntadas en A. GARCÍA INDA, “Crisis moral”, *Heraldo de Aragón*, 13-03-2020, p. 23.

sis económica se dijo, con razón, que era una crisis moral. Pero no solo porque la raíz o el origen de la misma pudiera hallarse, por ejemplo, en el exceso de avaricia o la falta de probidad, sino porque el colapso financiero que supuso socavaba las prácticas y creencias sobre las que se sostiene la confianza social, que es la condición y el resultado de lo que podríamos llamar, con Michel Ignatieff, *el sistema operativo moral* de una sociedad. Para que una ciudad pueda funcionar, dice Ignatieff, “necesita un sistema operativo. Al igual que un código informático, dicho sistema consiste en un conjunto de procedimientos o rutinas compartidas que permiten convivir a millones de personas de diferentes razas, orígenes y clases sociales. Tiene que existir un equilibrio moral tácito, una actitud consistente en vivir y dejar vivir que permita a los desconocidos compartir el espacio público. Aunque abunda en cualquier ciudad, la indiferencia práctica no es suficiente. Todos queremos que nos devuelvan la mirada. Todos esperamos la amabilidad de los desconocidos, independientemente de lo poco habitual que sea. Los intereses compartidos favorecen los acuerdos comerciales, pero no dan lugar a la excitación de la vida urbana ni a su promesa de conexión humana. Ello presupone que los habitantes de las ciudades están dispuestos a apostar por la confianza, a acercarse a los desconocidos con la esperanza de que su gesto sea recíproco”³⁰.

Según Ignatieff “la ética puede compararse a un sistema operativo porque, al igual que el software, garantiza la predecibilidad que requieren las interacciones humanas estables. La condición más importante para esta previsibilidad es la seguridad, las interacciones libres de violencia. Sin seguridad, la confianza entre desconocidos es imposible”³¹. Así, el sistema operativo moral de una comunidad es “un conjunto tácito de supuestos – la configuración predeterminada, si se quiere– sobre el posible comportamiento de otras personas, que nos permite tomar decisiones”. El sistema no elige totalmente por nosotros, pero delimita y condiciona nuestras opciones y filtra la mayor parte del ruido social, proporcionando expectativas y directrices estables. Es decir: “define los límites de la confianza”. Los sistemas operativos morales se generan cuando impulsos como la confianza son reforzados una y otra vez a través de la educación, de las interacciones sociales, de las instituciones, etc.³² Al igual que en el caso del software, cuando el

³⁰ M. IGNATIEFF, *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*, trad. F. Beltrán Adell, Ed. Taurus, Madrid, 2018, pp. 79-80.

³¹ Ibidem, p. 81.

³² Ibidem, pp. 84-86.

sistema operativo no funciona bien, la sociedad se resiente. En ese sentido, una crisis del “sistema” (económico, político, cultural...) es también una crisis “moral”. Como decíamos antes, en no pocas ocasiones se ha insistido que la crisis económica de los últimos años era sobre todo una “crisis de valores”. Ciertamente es así. Pero lo que eso suponía, sobre todo, es que esa alteración de los valores o las lógicas en las prácticas humanas (la especulación financiera, la corrupción política, etc.) alimentaban el miedo o la desconfianza que es lo que hacía quebrar el sistema³³. O, en otros casos, tales crisis se producen porque carecemos de “anclajes” que sostengan o fundamenten esa confianza inevitable y necesaria para vivir en sociedad³⁴.

En ese sentido, además de una crisis sanitaria (y económica, educativa, política, jurídica...), la pandemia del coronavirus es una crisis moral, que venía a alterar nuestras costumbres y a trastocar nuestras prioridades, que nos sacude y nos pone a prueba individual y colectivamente. La cuestión es hasta qué punto nuestro sistema operativo moral soporta y nos permite afrontar adecuadamente las circunstancias límite; o en qué medida nos hemos preparado para enfrentar situaciones así, en las que ya no basta con “vivir y dejar vivir”, porque lo que está en juego no es únicamente (aunque también) la supervivencia individual, sino el destino colectivo, o el del “sistema” (sanitario, social, económico...), podríamos decir, si no hubiéramos erosionado tanto entre todos el sentido profundo de esa palabra. Y, sobre todo, cuando con ello lo que está en juego es el destino de los más débiles.

Llevamos mucho tiempo insistiendo en la importancia de los valores, esas “cosas pálidas y desvaídas”, como decía Allan Bloom, “fuegos fatuos, insustanciales, desprovistos de aquello que constituye la base del razonamiento moral: la experiencia o la pasión”³⁵. Y hemos abandonado hace mucho la conciencia y la formación de las virtudes, las disposiciones y los hábitos necesarios para vivir juntos. Educados en el compromiso indoloro y en la indignación y la queja individualista, nos resulta incomprensible cualquier exigencia que implique sacrificio, y nos enfrentamos a las dificultades con la estupefacción del niño malcriado al que le privan de cualquier capricho. Como también suenan impostadas y artificiales las llamadas a la épica de la

³³ A. CORTINA, *¿Para qué sirve realmente la ética?*, Paidós, Madrid, 2013, pp. 23-24.

³⁴ Z. BAUMAN, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, trad. A. Santos Mosquera, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008, p. 44.

³⁵ A. BLOOM, *El cierre de la mente moderna*, trad. A. Martín, Plaza & Janés, Barcelona, 1989, pp. 61-62.

comunidad por parte de nuestros representantes públicos. Habíamos trivializado la responsabilidad y el heroísmo, podríamos decir con C. S. Lewis, y de repente necesitábamos comportarnos como héroes³⁶.

En ese contexto, como el propio Tommaso Greco pone de manifiesto, la pandemia del COVID19 vino a subrayar la ineficacia del modelo jurídico de la desconfianza, pero a la vez, podríamos añadir, ha supuesto su máxima expresión práctica; o lo ha reforzado. Y seguramente esa reflexión puede extenderse a otro tipo de “riesgos” sistémicos propios de nuestras sociedades complejas (ecológicos, económicos o bélicos). Así, por una parte, la pandemia en sí misma venía a alterar o poner en cuestión el modelo jurídico-político liberal tradicional: Las soluciones individuales “agregadas” ya no servían para dar respuesta a un problema sistémico; el Derecho se mostraba como una herramienta insuficiente para orientar las conductas, los individuos no respondíamos tan “racionalmente” como nuestras autoridades esperaban a sus indicaciones o recomendaciones (o, desde el punto de vista de los ciudadanos, tales recomendaciones no eran tan “racionales” como las autoridades pensaban); la libertad entraba en tensión con la cooperación, por un lado, y con la arbitrariedad, por otro...³⁷ Por otra parte, como en una especie de huida hacia adelante, la respuesta jurídico-política no ha hecho sino insistir en esa fórmula o modelo de la desconfianza. Lejos de favorecer la confianza, si algo ha caracterizado la gestión jurídico-política de la pandemia ha sido la opacidad, la mentira y el miedo. Como decía Manuel Arias Maldonado, el poder optó claramente por asustar a la ciudadanía, antes que enfadarla³⁸. El libro de Laura Dodsworth sobre *El Estado del miedo* muestra claramente en el caso británico –y su análisis es fácilmente extensible a contextos como el nuestro– la estrategia de terror que se siguió en la gestión de la enfermedad³⁹. Necesitábamos confianza, pero se optó por inyectar miedo.

³⁶ “Con una terrible simplicidad extirpamos el órgano y exigimos la función. Hacemos hombres sin corazón y esperamos de ellos virtud e iniciativa. Nos reímos del honor y nos extrañamos de ver traidores entre nosotros. Castramos y exigimos a los castrados que sean fecundos”. C. S. LEWIS, *La abolición del hombre*, trad. J. Ortega García, Ed. Encuentro, Madrid, 1990, p. 29.

³⁷ M. ARIAS MALDONADO, *Desde las ruinas del futuro*, Ed. Taurus, Barcelona, 2020, pp. 138 y ss; P. IGNAZI & N. URBINATI, *Contagio e libertà*, Ed. Laterza, Bari, 2020. La libertad no es solo ausencia de interferencia, sino de arbitrariedad, algo que también ha aumentado en esos años de pandemia. Podríamos añadir, recurriendo a uno de los aforismos del escritor Carlos Marín-Blázquez, que “la ironía de esta sociedad individualista es que el papel del individuo resulta irrellevante”; C. MARÍN-BLÁZQUEZ, *Contramundo*, Ed. Homo Legens, Madrid, 2020, § 459.

³⁸ M. ARIAS MALDONADO, *Desde las ruinas del futuro*, cit., p. 103.

³⁹ A tenor de lo que allí se refiere, pienso que la expresión “estrategia de terror” no es exagerada. Cfr. L. DODSWORTH, *El Estado del miedo. Cómo el gobierno convirtió el miedo*

4. LO QUE MUEVE EL MUNDO

¿Qué es lo que “mueve” el mundo? ¿O qué es lo que hace que, mejor o peor, nuestras sociedades “funcionen”? Tales preguntas han espoleado y alimentado el pensamiento filosófico durante toda la historia de la humanidad. Y lo siguen haciendo. Seguramente no hay *una* respuesta y lo razonable (o lo fácil) es decir que es un conjunto de factores los que contribuyen a hacer posible la vida social. Pero, no son pocos los que afirman que puestos a escoger una “fuerza” principal, que articule u organice todas las demás, ésta sería la confianza. Y por eso, como acabamos de decir a propósito de la pandemia, nuestras sociedades se resienten cuando aquella entra en crisis.

Las cosas “funcionan” (mejor) porque “confiamos” que van a hacerlo. No hace falta ser un sociólogo funcionalista para reconocerlo y encontrar múltiples ejemplos de esa confianza en nuestra vida cotidiana: en la sanidad, la educación, la economía, el Derecho, la Universidad... Por ejemplo: sabemos que los médicos a veces cometen errores, pero si el sistema sanitario funciona es porque confiamos tanto en las decisiones de los profesionales de la medicina como en el sistema mismo⁴⁰; somos conscientes de la falibilidad de los proyectos y diagnósticos humanos, pero si vivimos en grandes edificios, viajamos en máquinas a gran velocidad, consumimos alimentos que otros nos proporcionan, o intercambiamos bienes y servicios, es porque de un modo u otro hemos depositado nuestra confianza en otros. Como diría N. Luhmann la confianza hace posibles nuestras relaciones y nuestras decisiones, al reducir la complejidad de un mundo que, de otra forma, se vuelve inabarcable⁴¹.

Dicho con otras palabras, el éxito de la sociedad moderna se ha basado en la confianza. Las sociedades modernas son imposibles sin ese presupes-

en un arma durante la pandemia del Covid-19, Ed. Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2021; J. M. BLANCO, “Covid y la sinuosa estrategia del miedo”, *Vozpopuli*, 15-04-2021, disponible en: <https://www.vozpopuli.com/opinion/miedo-coronavirus-pandemia.html>

⁴⁰ De hecho, como decíamos hace un momento, la pandemia del Covid-19 ha supuesto una cierta crisis de confianza en el propio sistema sanitario, como se observa en el tema de las vacunas. Hasta la aparición de la pandemia la confianza en los programas ordinarios de vacunación era altísima y el porcentaje de “no vacunados” mínimo. Con la pandemia, aunque siguen siendo una minoría los no vacunados, la desconfianza ha aumentado. Sería interesante analizar los diversos factores o las “razones” que pueden contribuir a ello, más allá de la estigmatización de unos y otros.

⁴¹ N. LUHMANN, *Confianza*, trad. A. Flores, Ed. Anthropos, Barcelona, 2013, pp. 53 y ss.

to⁴²: “*confianza en uno mismo* (yo puedo hacerlo, puedo aprender y adquirir nuevas habilidades), *confianza en los otros* (los otros son de fiar, puedo confiar en su racionalidad) y *confianza en las instituciones* de la sociedad (existirán mientras yo viva, de modo que puedo planificar mi vida a largo plazo, ya que en sus rasgos básicos la estructura de la sociedad se mantiene igual)”⁴³. O, en otro sentido, podríamos decir que *confiamos en las personas, en las relaciones y en la tecnología y los procedimientos* (las normas son un ejemplo de esa tecnología) que inventamos o de los que nos dotamos para mantener o mejorar el funcionamiento de todo.

De hecho, podríamos decir que la confianza no es sólo el resultado del proceso civilizador, sino, a la vez, la condición de ese proceso. Steven Pinker lo ha subrayado a propósito de la violencia: “el efecto pacificador del Estado no es sólo su fuerza bruta coactiva sino la confianza que inspira entre la población. Al fin y al cabo, ningún Estado puede apostar a un informante en cada bar o cada casa de labranza para detectar infracciones de la ley, y los que lo intentan son dictaduras totalitarias que gobiernan mediante el miedo, no sociedades civilizadas donde las personas conviven gracias al autocontrol y la empatía. Un Leviatán puede civilizar una sociedad sólo cuando los ciudadanos sienten que sus leyes, la imposición de las mismas y otras disposiciones sociales son legítimas, de modo que no recurren a sus peores impulsos en cuanto el Leviatán se vuelve de espaldas (...). Una imposición del imperio de la ley puede poner fin al caos sangriento de los caudillos enfrentados, pero reducir más los índices de violencia, hasta llegar a los niveles de las sociedades europeas actuales, supone un proceso más vago en el que ciertas poblaciones suscriben el imperio de la ley que les ha sido impuesto”⁴⁴.

El Diccionario de la RAE define la confianza como la “*esperanza firme*” o la seguridad que se tiene en alguien o en algo (incluso en uno mismo). Es decir, se trata de una creencia respecto a la capacidad de respuesta y las expectativas de comportamiento de los demás (y de uno mismo), sobre la predictibilidad y la regularidad de sus actos, que nos permite afrontar o superar la incertidumbre de la realidad social. Más concretamente, podríamos decir que la confianza se caracteriza por tres notas⁴⁵:

⁴² C. GÜEMES, “Confianza”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 10, 2016, p. 133. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3053>

⁴³ Z. BAUMAN, *Múltiples culturas, una sola humanidad*, cit., p. 44.

⁴⁴ S. PINKER, *Los ángeles que llevamos dentro. El declive de la violencia y sus implicaciones*, trad. J. Soler, Paidós, Barcelona, 2018, pp. 135-136.

⁴⁵ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, Barcelona, Herder, 2009.

- En primer lugar, la confianza es *una disposición pre-reflexiva*, una intuición podríamos decir, culturalmente educada, que nos empuja o nos anima a actuar de determinada manera en nuestras relaciones sociales. No somos confiados o desconfiados por naturaleza, ni porque en cada momento hagamos un sesudo análisis racional de pros y contras. Confiamos o desconfiamos porque hemos aprendido a confiar o desconfiar a partir de la experiencia, del ejemplo y de la práctica.
- En segundo lugar, la confianza es *una presunción*, que implica “dar por ciertas” unas circunstancias o un hecho: aunque no tengamos la garantía o la seguridad total, presumimos o aceptamos que el otro va a responder de una determinada manera, o que las cosas van a funcionar en determinado sentido. Nos fiamos *de* otros (lo que también implica que no hay una garantía total de éxito) y nos fiamos *con* los otros.
- Además, confiar en otros implica compartir unas mismas creencias o valores, un *sustrato básico común* (aunque sea el de una misma humanidad) por encima de las diferencias existentes. Esa base de valores compartidos nos remite a aquello que es “lo importante” (o lo sagrado) y que nadie puede cuestionar: sea el respeto a la palabra dada, el valor de la verdad por encima de la mentira, etc. La alteración de ese sustrato perturba inevitablemente la confianza social.

Todo ello también implica que la confianza es algo profundamente precario e inestable. Por un lado, parece muy fácil de perder y muy difícil de ganar. Por otro, constituye, como dice el filósofo Carlos Pereda, *un concepto tenso*⁴⁶, lo que incluso lleva en ocasiones, si se nos permite la expresión, a “desconfiar de la confianza”. Es un concepto tenso porque, en el fondo, confiar implica cierta cesión de autonomía por nuestra parte, supone depositar en otros la autoridad y la fuerza de nuestras decisiones: bien sea porque nos reconocemos incompetentes en algo, o bien porque reconocemos a otros alguna autoridad, lo cierto es que cuando confiamos en algo o en alguien estamos cediendo de alguna manera nuestra capacidad de decisión o de juicio⁴⁷. Y es además un concepto tenso porque cuando la confianza es inadecuada

⁴⁶ Ibidem, p. 126.

⁴⁷ El filósofo Francesc Torralba subraya el hecho de que depositar nuestra confianza en otro implica admitir que no tenemos el control de todo y que dependemos de él de alguna manera, lo que conlleva además reconocer nuestra (inter)dependencia y vulnerabilidad como seres humanos. Cfr. F. TORRALBA, *La confianza*, Ed. Milenio, Lleida, 2012, p. 34.

–ya sea por exceso o por defecto– ésta perjudica el buen funcionamiento del sistema (el buen funcionamiento de un grupo, de un proyecto, de una institución, de una sociedad...). La confianza, dice Carlos Pereda, se puede comparar con el oxígeno: “sólo se nota cuando falta o cuando por exceso irrita, molesta”⁴⁸.

Por eso la confianza es algo que también mueve a cierta sospecha por los posibles “abusos” que puede suponer. A veces el problema no es la falta de confianza sino un exceso de la misma. En realidad, esto es algo que sucede con todas las virtudes. La confianza es una virtud y toda virtud es siempre el resultado de un complejo equilibrio. En su concepción clásica aristotélica, las virtudes son el justo medio entre dos vicios (por exceso o por defecto). En ese equilibrio es donde radica la excelencia y donde por lo tanto se produce la energía o la fuerza que la virtud implica (antes hablábamos de la confianza como esa fuerza o energía que impulsa y alimenta nuestras relaciones sociales). Cuando falta confianza (por falta de transparencia, por corrupción, etc.) se genera desconfianza, suspicacias, miedo...; cuando se abusa de ella se convierte en credulidad ingenua, propicia también para todo tipo de abusos y tiranías. De ahí la necesidad de mantener ese equilibrio entre confianza y sospecha o de preguntarnos siempre cómo favorecer e inspirar la confianza “adecuada”.

5. EL DERECHO QUE MUEVE EL MUNDO

¿Cómo favorecer o inspirar la confianza “adecuada”? Parece claro que, como decíamos anteriormente a propósito de la idea del “sistema moral operativo”, propuesta por Ignatieff, las instituciones y las normas juegan un papel importante. En nuestras sociedades complejas la confianza necesita de instituciones legales para su desarrollo: “necesita normas sociales que incentiven comportamientos colectivos, esto es: un sistema legal y un proceso judicial justos (buenas leyes, juicios imparciales y procesos transparentes) pero, sobre todo, un sistema legal eficaz (*enforcement*) que genere previsibilidad. En sociedades modernas y amplias, la confiabilidad entre sujetos anónimos es generada fundamentalmente por las amenazas creíbles de las acciones coactivas que emanan de normas legales o sociales. (...) En otras palabras, la confianza puede ser leída como un resultante de sistemas legales que funcionan”⁴⁹.

⁴⁸ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., p. 39.

⁴⁹ C. GÜEMES, “Confianza”, cit., p. 134.

Dado que es difícil generar confianza directamente en las relaciones interpersonales (por el anonimato, la virtualidad, etc.), la confianza se *desplaza* así hacia la tecnología y las normas (el sistema jurídico es, al fin y al cabo, una tecnología precisa y desarrollada a lo largo del tiempo). El *modelo legal* de la confianza es el que hace de la autoridad de la ley y la seguridad jurídica el eje de la misma. Por eso, se habla de una confianza *desplazada*. En ese sentido, el Derecho sirve para generar confianza, pero para ello precisa también que se confíe en el Derecho: “Los sistemas legales necesitan de la confianza para mejorar su efectividad. Donde existen mayores niveles de confianza y capital social, la eficacia y la legitimidad es mayor. Una sociedad con mayores niveles de confianza social, es una sociedad donde los ciudadanos pueden organizarse mejor para plantear demandas a sus conciudadanos, donde se puede ejercer mejor la *accountability* a los gobernantes, donde la confianza institucional es más alta y la cooperación público-privada tienen más oportunidades de ocurrir”⁵⁰.

Como escribe Greco, parece claro que “cuanto más garantiza el desarrollo de relaciones basadas en el respeto y la igualdad, tanto más podrá el Derecho ser vehículo de confianza”; y que “por el contrario, la opresión y la dominación arbitraria, removiendo las bases del respeto mutuo, eliminan cualquier espacio en el que pueda florecer la confianza”⁵¹. De donde se sigue que necesitamos un Derecho con una “moralidad intrínseca” (la “moral que hace posible el Derecho”, que diría Fuller⁵²), que nos dé seguridad y favorezca por lo tanto esa confianza: generalidad, publicidad, irretroactividad, claridad, coherencia, estabilidad, congruencia, etc. “Lo que podemos llamar la “política jurídica del respeto y de la confianza” pasa también por una legislación que sepa ser lo más clara posible, cercana a las necesidades de las personas y las necesidades de regulación social. Cuanto más se percibe el Derecho como un lugar de oscuridad y complicación, más desconfianza y recelo genera, cuando alimenta contrastes y conflictos”⁵³.

Pero además el Derecho también tiene sus límites a la hora de generar esa confianza social necesaria para que todo funcione. Por un lado, como dice Carlos Pereda, “no se puede, ni tampoco sería deseable reducir la mayor

⁵⁰ Ibidem, p. 134; C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., pp. 54-55.

⁵¹ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 81.

⁵² L. FULLER, *La moral del Derecho*, trad. F. Navarro, Editorial F. Trillas, México, 1967, cap. 2.

⁵³ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 82.

cantidad posible de relaciones sociales a confianzas desplazadas: a formas directa e indirectamente respaldadas en formas legales de relacionarse”⁵⁴. Como decíamos al inicio, por más que recurramos a él o acuda al rescate para resolver determinados problemas, el Derecho no puede sustituir otras formas de confianza (como las que nacen de la amistad o el amor). Y al revés, por otro lado, en ocasiones las perjudica. Un exceso de intervención y regulación puede producir el efecto contrario (generar desconfianza) y una inflación de los instrumentos normativos puede provocar una devaluación de su valor como mecanismos generadores de confianza. Tal suele ser el caso de aquellos contextos normativos claramente hiperregulados y sin embargo con altos índices de impunidad y corrupción. El abuso del *modelo legal* de la confianza puede favorecer un uso o un acatamiento estratégico y cínico de las normas (en la medida que sirven a nuestros intereses) que favorece la fullería y la trampa (la desobediencia a escondidas). Paradójicamente, las sociedades más “obedientes” podrían llegar a ser aquellas con una gran densidad normativa y en las que las normas tienen menos valor y más aparece la trapacería y la corruptela. La sociología jurídica ha estudiado este tema: la cultura del in-cumplimiento de normas⁵⁵. Podría darse en ese sentido, como decíamos anteriormente, una relación inversamente proporcional entre normas y confianza: “Cuanta más confianza, menos normas; si falta, más reglas y protocolos. Un control excesivamente férreo de una organización puede ahogar el crecimiento de la confianza, porque se puede sospechar que su actividad no obedece sino a esa vigilancia. Un organismo bien concebido debe fomentar la madurez de las personas. La desconfianza frena el flujo de información, mermando la eficacia de los procesos de la toma de decisiones”⁵⁶.

La cuestión, en el fondo, nos remite inevitablemente a la pregunta por *la moralidad del Derecho*: ¿qué tipo de sistema jurídico o de instituciones legales, son las que favorecen lo que hemos llamado una confianza adecuada?; o dicho con otras palabras, ¿cómo ha de ser el Derecho –y los juristas– para generar esa energía necesaria a la que llamamos confianza (o *capital social*)? ¿o cómo favorecer la confianza en el Derecho, en la autoridad de la ley? Carlos Pereda dice, por ejemplo, que “la confianza en la autoridad de la ley es interiorizada a través de confianzas interpersonales e institucionales”⁵⁷. Y Michael Ignatieff, al

⁵⁴ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., pp. 221-222.

⁵⁵ Vid. por ejemplo el estudio de M. GARCÍA VILLEGAS (dir.), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2009.

⁵⁶ F. TORRALBA, *La confianza*, cit., pp. 67-68.

⁵⁷ C. PEREDA, *Sobre la confianza*, cit., p. 232.

referirse al “sistema operativo moral” de las grandes ciudades señala que estos sistemas aparecen “cuando ciertos impulsos –confianza limitada, acomodación condicional, asistencia mutua bajo ciertas condiciones– son reforzados una y otra vez por los ritmos y demandas de la propia vida urbana”, es decir, por la experiencia; y añade que ese refuerzo se produce “en las instituciones públicas, en nuestras interacciones con la policía, los jueces y los funcionarios públicos, y cuando nuestros hijos interactúan con los docentes en el aula. Un sistema operativo moral es una invención social colectiva que ha sido posible gracias a la interacción habitual entre las instituciones públicas y las expectativas morales de los ciudadanos”⁵⁸. De lo que en suma cabría concluir dos cosas que por muy obvias o perogrullescas que resulten olvidamos a menudo: la primera, que no todo Derecho es confiable; y la segunda, que su confiabilidad no depende únicamente de sí mismo.

6. CONFIAR EN EL DERECHO

Parafraseando el *Eutifrón* de Platón podríamos preguntarnos si confiamos en el Derecho porque es justo o es justo porque confiamos en él. Esto es, si es la confianza la que dota de moralidad al Derecho (desde “fuera”, por así decirlo) o es el Derecho el que se gana esa confianza. Seguramente así planteada la pregunta nos llevaría a una aporía o un callejón sin salida. De hecho, cuando Sócrates plantea en ese diálogo de Platón la cuestión a propósito de la piedad y lo divino, la deja en cierto modo abierta y se marcha sin responder⁵⁹. Quizás por ello deberíamos concluir que la respuesta es bidireccional: en el “origen” o en la base del Derecho hay un acto de fe, que la propia dinámica jurídica se encarga de sostener, alimentar y fortalecer... o de debilitar, desnutrir y destruir. Con John Gardner podríamos afirmar que la norma fundamental kelseniana está hecha de fe⁶⁰.

⁵⁸ M. IGNATIEFF, *Las virtudes cotidianas*, cit., pp. 83-84. Podríamos decir que nos “fiamos” de las personas porque se integran en instituciones reguladas. Así pues, hay una inevitable relación circular entre el sistema legal, la cultura de la legalidad y la confianza. Cfr. C. GÜEMES, “Confianza”, cit., p. 134. El reto estriba en que esa relación constituya un círculo virtuoso –y no vicioso. La importancia del papel de los juristas en esa tarea es evidente; no en vano, son estos los que “hacen” y “dan sentido” al Derecho. De ahí la inevitable responsabilidad moral de su tarea.

⁵⁹ “¿Acaso lo pío es querido por los dioses porque es pío, o es pío porque es querido por los dioses?”. Cfr. PLATÓN, *Eutifrón* § 10a.

⁶⁰ J. GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-18.

Por seguir con la referencia a Platón, en el *Protágoras* se cuenta que a la vista de las guerras y los conflictos incesantes que se sucedían entre las ciudades, Zeus decidió enviar a Hermes para que les dotara a los hombres del remedio necesario para la convivencia⁶¹. Comentando ese pasaje, François Ost señala que no fue una Constitución o un código legal lo que Hermes proporcionó a los seres humanos, sino algo más importante: “los afectos capaces de asegurar el apego a las leyes: *aidos* y *diké*. *Aidos*, o el respeto (de sí mismo, de los otros, de las instituciones y de las leyes), y *diké*, el sentido de la medida, el apego a la justicia. Poco importa el detalle de las leyes –añade Ost–, ni la naturaleza del régimen, lo que cuenta son esas inclinaciones sociales, esas pasiones dulces susceptibles de anudar el vínculo que hace pacíficas a las ciudades”⁶².

Sin embargo, como ya hemos apuntado anteriormente, en lugar de aprovechar, canalizar o fomentar esa energía, un *exceso de Derecho* y de *derechos* puede anular el sentido moral y la responsabilidad de los ciudadanos. Vayamos con lo primero. De un modo genérico, podemos considerar el Derecho no solo como una técnica, sino incluso como una “tecnología”, dirigida a facilitar y encauzar la inevitable tarea decisional del ser humano, favoreciendo que las decisiones adoptadas sean cada vez más acertadas, eficientes, correctas, *justas*... y evitando en la medida de lo posible las interferencias, los sesgos y los ruidos (y de ahí que, acorde con la evolución del conocimiento, también la estructura y la racionalidad del Derecho se haya ido transformando). A este respecto, la pregunta que hemos heredado de Max Weber con la metáfora de la jaula de hierro, y que actualmente nos hacen los desarrollos relacionados con la Inteligencia Artificial y su aplicación al mundo jurídico, es hasta qué punto esa evolución tecnológica se ha adueñado de nosotros y la máquina puede acabar “devorando” a su creador. La tecnificación y la burocratización que opera el procedimiento y la norma limita o restringe –si no anula– la responsabilidad o el sentido moral del agente, que queda transferido a aquel. A la vez que moraliza la tecnología, la tecnificación contribuye a vaciar de significado moral todas las cuestiones no tecnológicas⁶³. Recuperar y fortalecer el sentido moral y la responsabilidad

⁶¹ “Zeus, entonces, temió que sucumbiera toda nuestra raza, y envió a Hermes que trajera a los hombres el sentido moral y la justicia, para que hubiera orden en las ciudades y ligaduras acordes de amistad”. Cfr. PLATÓN, *Protágoras*, 322c.

⁶² F. OST, *Le droit, objet de passions?* Académie Royale de Belgique, Bruxelles, 2018, p. 30.

⁶³ Sigue siendo indispensable la lectura de Z. BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, trad. A. Mendoza, Sequitur, Madrid, 1998.

de la ciudadanía implicaría según eso poner freno a lo que Ost llama la locura y el “amor excesivo al Derecho”⁶⁴: la “passion légiférante”, la “fiebre legislativa” y reglamentaria, la obsesión normativa o el espejismo o el mito codificador⁶⁵... Evidentemente, Ost no propone que el Derecho desaparezca de la escena (también previene contra el “poco amor” o el déficit de Derecho) sino subrayar la necesidad de recuperar la medida y el equilibrio en un mundo cada vez más hiperregulado, hasta el punto de que, paradójicamente, la *desregulación* implica o requiere una intensa y compleja acción normativa.⁶⁶

Pero la cuestión sobre la *necesidad* o inevitabilidad de la desregulación para fomentar la confianza y la responsabilidad ciudadana va ligada a la pregunta sobre la *posibilidad* de hacerlo. Sobre todo, por las connotaciones políticas de la misma, que provocan no pocas dudas, recelos o miedos. Curiosamente, podríamos decir que *se desconfía* de la desregulación como mecanismo para generar confianza. De hecho, curándose en salud para evitar alguna acusación al respecto, el propio Greco insiste en que su propuesta para favorecer la confianza social no es una invitación a la desregulación⁶⁷. Lo que él propone no es desregular la sociedad sino, si se me permite la expresión, *desregular el Derecho*, apostando por una cultura jurídica principialista⁶⁸. Tal como lo plantea, las reglas tienen un automatismo y una rigidez que generaría más desconfianza hacia los destinatarios, mientras que la flexibilidad o elasticidad de los principios, implicaría una mayor confianza, habida cuenta de que requieren la interpretación o acomodación de quien los aplica (el propio destinatario). Siguiendo a Zagrebelsky, Greco subraya que las reglas exigen obediencia, mientras que los principios requieren adhesión.

⁶⁴ F. OST, *Le droit, objet des passions?*, cit., pp. 56 y ss.

⁶⁵ En el desarrollo del Estado Social, por ejemplo, en Derecho Administrativo, el “mito de la codificación”, la idea de que la ley va a resolverlo todo, ha llevado en muchos casos a la elaboración de múltiples “leyes-manifiesto”, básicamente retóricas, y cuya eficacia depende de factores ajenos a la propia producción normativa. Cfr. A. GARCÉS, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 46-49.

⁶⁶ Cfr. M. CALVO GARCÍA, “Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista”, en M^a J. ANÓN, R. BERGALLI, M. CALVO & P. CASANOVAS (eds.), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 99-129. Tal sería el caso, por ejemplo, de las estrategias de simplificación administrativa entre las que se cuenta la Ley aragonesa 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa (BOA 23 de febrero). Aunque la propia ley insiste en que su objetivo no es desregular, sino promover una nueva cultura organizativa. Y resulta llamativa la complejidad de una norma dirigida precisamente a reducir la complejidad. Luhmann no andaba equivocado...

⁶⁷ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., p. 141.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 118 y ss.

De entrada, no tengo nada que objetar a la distinción, y no me cabe duda de que los principios favorecen una mayor interpretación, por lo que se da una mayor libertad y responsabilidad (más confianza, a la postre), en el ciudadano. Pero la propuesta de Greco me plantea dos dudas. La primera tiene que ver con el “uso” o el “alcance”, por así decirlo, que estamos realmente dispuestos a dar a los principios⁶⁹. Efectivamente, en cuanto que se trata de un enunciado más abierto e indeterminado que la regla, el principio conlleva un mayor margen de interpretación. Pero si se admite ese margen de interpretación, debe admitirse igualmente la posibilidad de que el sujeto o los sujetos encargados de su aplicación lo hagan de una forma distinta a la que los demás consideremos correcta. Es lo que ocurrió en cierta manera en los primeros meses de la pandemia. Las autoridades sanitarias hacían “recomendaciones” y se quejaban de que los ciudadanos no las obedecían, a lo que muchos ciudadanos contestaban –no sin razón– que si eran recomendaciones no tenían por qué obedecerlas; bastaría, podríamos decir, con que se adhirieran a ellas. Ellos podían y debían decidir cuándo y cómo acomodarlas a las circunstancias y ponerlas en práctica (y en muchos casos seguro que lo hacían en conciencia y responsablemente). Si las autoridades decidieran sancionar por no seguir una “recomendación” o un consejo, convendríamos que en realidad se trata de una norma de mandato, y que darle la apariencia de una simple sugerencia, más que una forma de confiar en los ciudadanos sería una estrategia para disfrazar o enmascarar el ejercicio coactivo –y puede que legítimo– por parte de la autoridad. Y como subraya Greco a lo largo de su libro, promover o favorecer la confianza exige en todo caso transparencia y seguridad. ¿Puede sucedernos eso con la estrategia “principalista” propuesta por Greco?

La segunda duda hace referencia al presunto déficit de las reglas para generar confianza. ¿Realmente es así? Entiendo que, como acabamos de decir, la confianza requiere certidumbre, seguridad, transparencia... Puede, en ese sentido, que las reglas favorezcan una mayor confianza si los ciudadanos tienen claro qué es lo que se ordena y lo que no, lo que se exige y lo que se permite. Pero es que además la responsabilidad no desaparece cuando se trata de aplicar la reglas, hasta el punto de que, como sabemos, en ocasiones lo más responsable es la desobediencia a las mismas. Como dice J. Waldron, las

⁶⁹ O a qué tipo de principios, que en ocasiones pueden confundirse con las reglas que imponen un resultado, dejando al juicio o la discreción del destinatario de la norma el comportamiento o la estrategia a seguir para alcanzarlo.

categorías morales no desaparecen cuando tratamos de hacer valer nuestros derechos y, por lo tanto, siempre hay una manera responsable o irresponsable de ejercerlos. Según Waldron un derecho no otorga a su titular una razón para ejercerlo de una u otra forma y, por lo mismo, tampoco lo libera de la crítica (moral, social, política...) ⁷⁰. De manera que también tenemos “deberes” respecto a la forma de ostentar y ejercer nuestros propios “derechos” ⁷¹. En este sentido, el problema para la responsabilidad y la confianza no radica únicamente en un Derecho desmesurado o excesivo, sino, en paralelo, en un *exceso de derechos* sin obligaciones, que convierte al ciudadano en un consumidor o un cliente siempre insatisfecho. No en vano, vivimos en un mundo en el que todos somos acreedores y aparentemente nadie tiene deudas. ⁷²

ANDRÉS GARCÍA INDA
Laboratorio de Sociología Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
E-mail: agi@unizar.es

⁷⁰ J. WALDRON, *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*, trad. y ed. V. F. Benítez, J. Gallego, L. G^a Jaramillo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 116-117.

⁷¹ Hemos insistido en esta cuestión en A. GARCÍA INDA, *Como un buen samaritano*, cit.

⁷² Como sugiere M^a J. GONZÁLEZ ORDOVÁS (*Derechos versus democracia*, op. cit.) en el contexto de la globalización hemos asistido, más que a un cambio de reglas, a una distorsión de las mismas, efecto de un uso codicioso del Derecho o una instrumentalización interesada y excesiva. Lo que no resulta nuevo, leyendo a Tocqueville: “Que me digan (...) si no se forma poco a poco una especie de moral vulgar y baja según la cual el hombre que posee derechos políticos (...) hace un uso personal de tales derechos en pro de su interés; si ello no aumenta gradualmente hasta convertirse en una especie de deber de padre de familia. Si esa moral nueva, desconocida en los grandes periodos de nuestra historia (...) no se desarrolla cada vez más y no invade cada día los espíritus (...). Tal es señores, mi convicción más honda; creo que en el momento actual estamos durmiendo sobre un volcán”. A. de TOCQUEVILLE, *Discursos y escritos políticos*, tr. A. Hermosa Andújar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 149 y 152. Y sobre el hombre como “acreedor” de derechos, cfr. Ch. Delsol, *Le crépuscule de l'universel*, Cerf, Paris, 2020, pp. 151 y ss.

SOBRE LA COMPLEJA RELACION ENTRE DERECHO Y CONFIANZA*

ON THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND TRUST

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG**
Universidad Carlos III de Madrid
<http://orcid.org/0000-0002-6899-2857>

Fecha de recepción: 11-8-22

Fecha de aceptación: 8-9-22

Resumen: *En este trabajo analizo la propuesta de Tommaso Greco respecto a la relación entre Derecho y confianza, centrándome en algunos puntos relevantes y mostrando el carácter complejo y multidimensional de la misma; y también algunas consecuencias referidas al concepto de Derecho.*

Abstract: *In this paper I analyse Tommaso Greco's proposal regarding the relationship between Law and trust, focusing on some relevant points and showing its complex and multidimensional nature; and showing some consequences related to the concept of Law.*

Palabras clave: *confianza, sanción, moral, conflicto, seguridad*

Keywords: *trust, sanction, ethics, conflict, security*

1. LA PROLONGACION DE UNA LINEA DE PENSAMIENTO

Llevo tiempo discutiendo con Tommaso Greco en relación con la tensión entre lo horizontal y lo vertical en el Derecho; también sobre la recupe-

* Una versión de este trabajo se publicará en la revista *Ética&Política*.

** Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba /Departamento de Derecho Internacional Público, Derechos Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

ración de los deberes en un discurso protagonizado por los derechos¹. Esas cuestiones están presentes de manera más o menos evidente en *La legge della fiducia*. En esta ocasión, no es mi intención efectuar un repaso de todas y cada una de las cuestiones abordadas en el libro. Ello sería imposible, entre otras cosas, por el hecho de que estamos frente a un libro que, por decirlo claramente, causa una cierta y primera falsa impresión. Es un libro breve y esa brevedad puede inducir a pensar en la sencillez de argumentos y planteamientos. Pero esa impresión, si se produce, desaparece en cuanto se comienza a leer el libro. La invitación a la reflexión es inmediata. En efecto, muchos de los temas centrales de la filosofía del Derecho son –como vamos a ver– abordados, de manera directa o indirecta, en las páginas escritas por Tommaso Greco: por poner algunos ejemplos, pensemos en la relación entre el Derecho y la fuerza, la posición del Derecho en el conjunto de los sistemas normativos, la distinción entre reglas y principios y sus consecuencias en relación con el trabajo de los operadores jurídicos y también en relación con las reacciones de los ciudadanos, la estructura de la norma jurídica, las razones de la obediencia (y de la desobediencia) al Derecho. En síntesis, no están todos los temas importantes de la filosofía del Derecho, pero todos los temas que están son importantes. Lo anterior muestra la riqueza y la complejidad del libro.

Riqueza y complejidad que dificultan, como ya he señalado, la tarea de desarrollar un comentario o reflexión sobre el mismo, y que obligan a elegir determinados argumentos en los que centrar el discurso. En este sentido, me concentraré en algunas cuestiones que considero más relevantes o más dignas de discusión. Además, ya a estas alturas, el libro ha dado lugar a un buen número de reseñas y comentarios, de seminarios y de presentaciones en las que ha sido abundantemente analizado.

Por otra parte, el libro se inserta en una línea de reflexión que Tommaso Greco desarrolla desde hace tiempo². Es la que se refiere a la reivindicación

¹ Vid. F. J. ANSUATEGUI ROIG, “L’età dei diritti, al di là dei doveri”, en A. BALLARINI (ed), *Novecento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 9-40; Id., “¿De los derechos a los deberes? Una primera aproximación”, *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, vol. 5, núm. 2, julio-diciembre 2018, pp. 19-33.

² Entre sus trabajos, me limito a señalar: *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012; “Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti”, en S. MATTARELLI, *Il senso della repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 15-30; “Doveri/legami. Per una rinnovata cittadinanza”, in *Ethos repubblicano e pensiero meridiano*, a cura di F. FREDIANI e F. GALLO, Diabasis, Reggio Emilia 2011, pp. 154-164; “Relazioni giuridiche. Una difesa dell’orizzontalità

de la horizontalidad del Derecho, de la relevancia de los deberes y, en definitiva, a la crítica de una determinada versión del Derecho, que es la de aquel positivismo jurídico que subraya el imperativismo, la dimensión coactiva y la primacía de la sanción (entendida en sentido negativo, de acuerdo con la caracterización de Bobbio³). Al mismo tiempo, continúa reivindicando relevancia de los deberes. Lo cual invita a una reflexión sobre la vigencia de aquella inflexión a la que se refirió Bobbio al hablar de “vera e propria rivoluzione copernicana”⁴; de aquel “rovesciamento radicale del punto di vista tradizionale del pensiero politico”, tanto clásico como medieval, que implicaba “l’attribuzione agli individui non di diritti ma prevalentemente di obblighi”⁵.

Pues bien, tanto la reivindicación de los deberes como la crítica al positivismo son fuente de interesantes desafíos intelectuales. Por una parte, la reivindicación de los deberes de la que habla Tommaso Greco invita a preguntarse en efecto hasta qué punto estamos en una dinámica “premoderna”: no tanto por el regreso a estructuras políticas y jurídicas típicas del contexto previo a la modernidad sino por la pérdida de protagonismo de lo que bien podríamos considerar el referente a la hora de articular las estructuras jurídicas y políticas en la modernidad: los derechos. De la misma manera, conviene subrayar también en este momento inicial, que el positivismo que Tommaso Greco identifica como objetivo de sus críticas, no es el positivismo considerado en términos generales (ni siquiera el positivismo metodológico que afirma la separación conceptual entre el Derecho y la moral y la posibilidad de una definición neutral –en términos valorativos– entre ambos sistemas normativos⁶) sino más bien aquel que Bobbio identificara como positivismo teórico⁷. Cabe recordar, en este sentido, que este tipo de positivismo

nel diritto”, *Teoria e critica della regolazione sociale*, Mimesis, Milano, 2014, pp. 9-26; “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho”, en *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 2016 (14).

³ Vid. N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del Diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. XXII, núm. 4, 1969, pp. 1313-1320; Id., “Sulle sanzioni positive”, en *Scritti dedicati ad Antonio Raselli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 229-249.

⁴ N. BOBBIO, “L’età dei diritti”, en *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 56.

⁵ N. BOBBIO, “La Rivoluzione Francese e i Diritti dell’uomo”, en Id., *L’età dei diritti*, cit., pp. 114 y 115.

⁶ Vid. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, second edition, ed. by P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford University Press, 1994.

⁷ Vid. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 171-264; Id., *Giusnaturalismo e positivismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1984, en especial, pp. 107-110.

ya se encuentra con un discurso crítico que parte de las mismas filas del mismo positivismo (pensemos en la crítica de Hart a una visión exclusivamente sancionadora e imperativista del Derecho); lo cual permite constatar, y esta es una dimensión interesante del libro, que tradicionalmente algunas de las críticas al positivismo (en cualquiera de sus versiones), se han lanzado desde las propias filas positivistas. Pues bien, es interesante observar como un crítico del positivismo como Tommaso Greco no asume (en principio) una perspectiva iusnaturalista. Aunque, como veremos al final de estas líneas, lo anterior posiblemente puede ser matizado. En todo caso, la propuesta de Tommaso Greco nos permite volver a reflexionar sobre la utilidad de seguir articulando el discurso iusfilosófico a través de categorías y etiquetas que durante siglos han vertebrado la discusión.

2. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES

Antes de entrar en algunos temas concretos, me gustaría plantear algunas reflexiones generales.

El libro es oportuno porque nos habla de confianza en tiempos de pandemia, y también de guerra; de inseguridad e incertidumbre en definitiva. Es un contexto en el que los conceptos que protagonizan nuestra reflexión, y nuestra experiencia cotidiana son los de precariedad, vulnerabilidad, inseguridad, conciencia de falta de autosuficiencia, y necesidad de la colaboración con los demás. Si algo demuestra el tiempo en el que vivimos es la interdependencia, considerada no como una opción, sino como un dato y una necesidad. En definitiva, un tiempo en el que hemos reformulado muchas claves de actuación individual y colectiva. Junto a lo anterior, también es interesante enfrentarse al discurso sobre la confianza en un contexto en el que las posiciones e interpretaciones en relación con determinados avances y dimensiones del progreso científico –posthumanismo, transhumanismo, desarrollo de las tecnologías de la información–⁸, están condicionadas por la desconfianza que en muchas ocasiones es el resultado tanto de la falta de información (nuestro tiempo es el de la posverdad y las fake news) como del desconocimiento de las consecuencias de procesos que ya están en marcha.

⁸ Vid. A. E. PEREZ LUÑO, “El post-humanismo no es un humanismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 44, 2021, pp. 17-40.

Por otra parte, hay que constatar que un libro sobre la confianza, como el de Tommaso Greco, no incluye una definición o una conceptualización de la misma. Esto, que se presenta como un reto para el lector, constituye un atractivo de la propuesta y una invitación a la reflexión, desde el momento en que plantea la relación (y la distinción) entre la confianza y otros conceptos como los de lealtad, fidelidad, credibilidad, o incluso fraternidad⁹ o solidaridad¹⁰ por poner algunos ejemplos.

Además, la confianza se puede presentar como una característica (la experiencia nos demuestra que no necesaria) de las relaciones humanas; pero también como un sentimiento, una emoción. En efecto, la confianza genera emociones; y al mismo tiempo es resultado de emociones. Esto es importante en un contexto en el que asistimos a un *revival* del componente sentimental en el discurso público; componente cuyo exceso está detrás, junto a otros elementos, de los populismos (del tipo que sean, o de la dirección política a la que pertenezcan)¹¹. Arias Maldonado ha hablado de la “democracia sentimental” y Martha Nussbaum antes había hablado del lugar de las emociones en la política y en la teoría de la justicia¹².

En todo caso, si algo pone de relieve Tommaso Greco es la relevancia de la confianza en lo que podríamos considerar la “organización política (y jurídica) óptima”. Lo cual permite establecer una conexión directa con la cuestión de la legitimidad y su capacidad como elemento generador de confianza en las instituciones: la legitimidad implica confianza, y al mismo tiempo la genera. En este sentido, la confianza de la que se habla en el libro no sólo es la interpersonal, aquella cuyo lugar es el de las relaciones horizontales, sino también la institucional, aquella que se tiene hacia las instituciones. Esta confianza está condicionada tanto por el origen de las instituciones como por la

⁹ Vid. F. REY MARTINEZ, “El valor constitucional de la *fraternité*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 123, 2021, pp. 43-74.

¹⁰ Vid. J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993; G. PECES-BARBA, “Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada” en *Id., Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 125-167; F. J. ANSUATEGUI ROIG, “Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales”, *Diritto Costituzionale*, 2/2019, pp. 11-35.

¹¹ Vid, entre la ingente bibliografía, J. L VILLACANA, *Populismo*, La Huerta Grande, Madrid, 2015.

¹² Vid. M. ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Página Indómita, Barcelona, 2016; M. NUSSBAUM, *Political emotions: why love matters for justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 2013; también V. CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.

forma de ejercer su función (nos encontramos aquí con la clásica distinción entre la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio). Pero cabría añadir que hay otra dimensión referida a la confianza en el marco institucional que es aquella que existe (o que debería existir) entre las instituciones y que permite hablar de “lealtad institucional”; confianza que, de no existir, genera sentimientos de rechazo y alejamiento de la política por parte de la ciudadanía, desde el momento en que las instituciones renuncian a la responsabilidad pedagógica que les corresponde, al menos en democracia.

En relación con este último apunte, y antes de continuar, quiero señalar que estoy muy de acuerdo con toda la explicación, incluida en el libro, referida a la necesaria claridad del lenguaje del Derecho (lo cual justificaría el desarrollo de una teoría de la legislación) y al correcto funcionamiento de las instituciones como elementos generadores de confianza. Y también muy de acuerdo con que la certeza, y la confianza, exigen una interpretación inteligente de las normas, porque de lo contrario nos encontramos con el problema de la rigidez, que puede acabar siendo fuente de injusticia. Lo anterior demuestra que, en realidad, la relación entre Derecho y confianza no tiene que ser entendida solo como una relación intrínseca o conceptual, sino que la intensidad de la relación depende también de la configuración del Derecho y de sus modos de funcionar. Esto subraya la relevancia de la actitud de los operadores jurídicos a la hora no sólo de generar confianza, sino también de ser expresión de una cierta concepción y justificación de la confianza.

3. ENTRE LA DESCRIPCION Y LA PRESCRIPCION

Tommaso Greco, en un estilo muy bobbiano, asume la constante comparación entre modelos. Así, los modelos antropológicos: el hombre malo y desconfiado, frente al hombre bueno y confiado. Por otra parte, modelos de Derecho o, mejor dicho, de concepciones sobre el Derecho: aquellas que identifican el Derecho con la fuerza y la sanción, frente a aquellas que lo identifican con la confianza. En definitiva, modelos de relaciones sociales y jurídicas: un modelo relacional vinculado a la horizontalidad, y otro sancionador vinculado a la verticalidad. Pues bien, puede ser interesante someter a revisión la propuesta de Tommaso Greco en este punto, ya que posiblemente los modelos no presenten perfiles tan diferenciados como se muestra en el libro (al menos de acuerdo con una posible interpretación que se puede hacer del mismo).

Las teorías políticas, referidas a la mejor organización de la cosa pública, están relacionadas de manera directa o indirecta a una determinada concepción del ser humano. Pensemos en la comparación que nos propone Bobbio entre el modelo aristotélico y el modelo hobbesiano¹³. Así, Tommaso Greco presenta una modernidad caracterizada por el maquiavelismo político y jurídico (tradicción en la que se incluye a Hobbes). Y frente a ese modelo presenta lo que podríamos considerar la “alternativa de la confianza”. La primera cuestión que surge en este sentido tiene que ver con la nitidez de la caracterización maquiaveliana del ser humano. El propio Tommaso Greco reconoce que desde el punto de vista descriptivo Maquiavelo no es muy cuidadoso. Y es que –también utilizando la estrategia maquiaveliana de “ver las cosas como son”– no parece muy desafortunado constatar que, si bien los seres humanos no nos comportamos todos y en toda ocasión como ángeles, tampoco lo hacemos siempre como demonios. Entre el blanco angelical y el negro satánico, nos desenvolvemos más bien y generalmente en la zona de los grises.

Pero hay otra cuestión que posiblemente sea más interesante que la anterior. La propuesta de Tommaso Greco consiste en identificar el discurso de la modernidad jurídica y política a través del protagonismo de la desconfianza, incluso si se quiere de la vertiente malvada de la humanidad. Pero no hay que olvidar que el discurso de la modernidad es también el de la idea del progreso moral de la humanidad y, sobre todo, el de los derechos (originariamente entendidos como derechos naturales y posteriormente como derechos humanos o fundamentales). Bobbio, también Peces-Barba, han subrayado el protagonismo de los derechos en el discurso de la modernidad¹⁴. No parece discutible que hablar de derechos, tal y como se hace en esa modernidad que Tommaso Greco asume como referencia, implica una determinada concepción del sujeto, que se entiende como merecedor de ser protegido a través de los derechos y como capaz de identificar (a través de la razón, pero no sólo) una idea de la moralidad cuyos contenidos son susceptibles (al menos así se presentan) de ser compartidos en términos universales. Pues bien, lo anterior es más fácilmente identificable con una visión positiva del sujeto, en términos antropológicos, que con una visión negativa generalizada como la

¹³ Vid. N. BOBBIO y M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, II Saggiatore, Milano, 1979, pp. 42-58.

¹⁴ Vid. G. PECES-BARBA, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, VVAA. *Historia de los derechos fundamentales I* (G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, dirs.), Dykinson, Madrid, 1998.

que parece presentarse en algún momento en el libro, aunque sólo sea para utilizarla como objetivo de las críticas. En definitiva, la visión del ser humano propugnada por Maquiavelo es parcial. Y en ese sentido el realismo político, que se presenta como científico y descriptivo, en realidad no lo es tanto; y plantea una concepción parcial del ser humano, que lo presenta como solamente conflictivo, olvidando su dimensión pacífica, solidaria y cooperativa.

La propuesta de Tommaso Greco descansa en efecto en una propuesta antropológica determinada. La confianza y la solidaridad son entendidos como elementos básicos de las relaciones humanas y de los modelos de organización social, de los cuales el Derecho es un componente importante. A partir de aquí, podemos considerar que estamos frente a una forma de hacer filosofía del Derecho muy atractiva, vinculada a un determinado discurso sobre el ser humano y sus características constitutivas, su dimensión política, y que se presenta como alternativa a un modelo centrado en el análisis estricto del discurso normativo. En este sentido, creo que Tommaso Greco tiene muy presente, aunque sin citarla, lo que significa una filosofía del Derecho que no pierde de vista lo que Pérez Luño, en la línea de Fassò y Capograssi, han considerado la “experiencia jurídica”¹⁵. Me parece que esto merece ser puesto de relieve, ya que se puede tener la impresión de que en ocasiones el discurso iusfilosófico no ha sacado todas las consecuencias de la vinculación entre *ius* y *societas*, habiendo considerado secundario el componente social, y por tanto humano, del Derecho.

Respecto a la relación entre Derecho y confianza se pueden plantear al menos dos cuestiones: la primera es la referida al tipo de relación de la que se está hablando: ¿estamos frente a una relación que debe entenderse en el marco de un discurso descriptivo, o por el contrario prescriptivo?; la segunda, vinculada a la anterior, tiene que ver con el tipo de Derecho en el que se está pensando, ya que posiblemente, en función de que el Derecho sea o no democrático, albergue o no determinados contenidos, la relación con la confianza se va a articular de diferente manera.

En efecto, cabe preguntarse si la relación entre Derecho y confianza se considera en el marco de un discurso descriptivo o en el de un discurso prescriptivo. Dicho de manera más explícita: ¿el Derecho del que nos habla Tommaso Greco es el Derecho que es o el Derecho que a él le gustaría que fuera? Parece evidente que las implicaciones de asumir un planteamiento u otro afectan a

¹⁵ Vid. A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, en especial, cap. I: “Presupuestos de la experiencia jurídica”, pp. 19-26.

cuestiones básicas y clásicas de la filosofía del Derecho, y que tienen que ver, entre otras muchas cosas, con un discurso sobre los cometidos y responsabilidades de la ciencia jurídica y sobre el lugar que tiene la neutralidad en el desempeño de su tarea¹⁶. Pues bien, lo cierto es que si estamos frente a un discurso descriptivo, si Tommaso Greco nos está mostrando qué es el Derecho, también es cierto que se echa en falta en esa descripción una alusión a la relevancia del conflicto (no necesariamente vinculado a la violencia, sino a la no coincidencia de intereses y pretensiones, o al dato de la escasez, por ejemplo). No parece discutible que la existencia del conflicto, que bien puede ser considerado un dato de la socialidad humana, ocupa un lugar importante en la justificación de la necesidad del Derecho. Así, creo que hay buenos argumentos para mostrar que el conflicto coexiste con la confianza. El desarrollo de una visión del Derecho, como la que Tommaso Greco propugna, no debería ser incompatible con el reconocimiento del conflicto como un dato que acompaña a las relaciones humanas en el contexto social. Poner sobre la mesa la relevancia del conflicto no creo que nos sitúe directamente en el entorno del maquiavelismo jurídico, que es precisamente la posición que se presenta a lo largo del libro como obstáculo al reconocimiento del lugar de la confianza en el Derecho.

En todo caso, lo cierto es que la relación entre Derecho y confianza puede ser analizada desde diversos puntos de vista. Así, la confianza puede considerarse un elemento estructural, constitutivo, conceptual del Derecho. En este sentido, la falta de confianza se puede entender como una de las razones de ser del Derecho. Pero al mismo tiempo, el Derecho puede presentarse como un elemento generador de confianza. Es precisamente aquí donde nos encontramos con la seguridad y la certeza y en donde nos planteamos el potencial civilizatorio del Derecho, expresión de la preferencia por los modelos de conducta a través de normas frente a la fuerza bruta o el capricho (a la arbitrariedad en definitiva) a la hora de organizar la coexistencia en el interior de los grupos humanos y entre éstos. Pues bien, aquí surge la posibilidad de formular la siguiente pregunta: ¿ésta es la misma confianza de la que nos habla Tommaso Greco en su libro, y que identifica como un elemento estructural de las relaciones humanas y del Derecho? Téngase en cuenta que la confianza que genera el Derecho es una confianza que pudiéramos considerar “institucionalizada”,

¹⁶ Este es el tema al que se ha referido, entre otros, Uberto Scarpelli en U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965; y que se encuentra presente en el debate entre Nicola Matteucci y Norberto Bobbio, recientemente recuperado: *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, introd. di T. Greco, Morcelliana, Brescia, 2021.

rasgo éste que no parece predicarse necesariamente de aquella confianza que se identifica como elemento de las relaciones humanas.

4. CONFIANZA Y MODELOS DE DERECHO

Pero además –y aquí llegamos a la segunda cuestión antes señalada– Tommaso Greco centra sus críticas, de manera explícita, en un determinado modelo de Derecho, el que él considera el “modelo de la desconfianza” y que identifica con el maquiavelismo jurídico, con Hobbes, y con aquellas teorías que subrayan el papel de la sanción no sólo como elemento conceptual del Derecho, sino también como razón de la obediencia a las normas jurídicas. Es el modelo que se presenta como típico de la modernidad.

Sin querer ignorar la relevancia de este modelo en la modernidad jurídica, e incluso su carácter predominante durante mucho tiempo (posiblemente no tanto por los rasgos de la realidad jurídica sino por el tenor de las teorías construidas en torno a ella), lo cierto es que no es el único posible. Norberto Bobbio –ya hemos aludido a ello– nos ha hablado de la función promocional del Derecho y la de la posibilidad de manejar un concepto amplio de sanción que, junto a las sanciones negativas, permite hablar de las sanciones positivas. Si se tienen en cuenta propuestas como la de Bobbio, y otros, parece que la tensión entre la dimensión sancionadora (entendida como negación de la confianza) y la confianza tiende a difuminarse y pierde parte de su carácter esencial. Esto permitiría afirmar que el modelo que Tommaso Greco tiene como referencia cuando nos habla del modelo de la desconfianza no es cualquier modelo, o el Derecho abstractamente considerado, sino por el contrario un modelo localizado y avalado por determinadas propuestas teóricas.

Y es que, posiblemente, el Derecho del Estado social, también el Derecho del constitucionalismo, tiene una mayor capacidad de articular vínculos –teóricos y prácticos– con la confianza. Para ser más estrictos, no sólo el Derecho del Estado social, pero sí en particular este modelo de Derecho. Sabemos que este modelo de Derecho asume como responsabilidad la de garantizar la seguridad ante el infortunio, ante la vulnerabilidad. Todo ello, en una comprensión de la seguridad jurídica que va más allá de la certeza liberal derivada del conocimiento de la letra de la norma y de la previsibilidad de su interpretación¹⁷. El concepto de confianza no tiene aplicación sólo a las

¹⁷ Vid. G. PECES-BARBA, “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho” en *Id., Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 261-280.

relaciones intersubjetivas. Tiene aplicación también a aquella situación en la que se encuentra en sujeto que sabe que no se va a sentir desamparado frente a las contingencias de la vida, presentes y futuras. Es la seguridad que aportan las estructuras asistenciales del Estado social. Pero también podemos pensar en la confianza que genera el Derecho del Estado constitucional. En este caso estamos pensando en una confianza en que no se van a sobrepasar determinados límites constituidos por determinados contenidos morales: los de los derechos y los valores y principios que los inspiran.

Por otra parte, a lo largo del libro parecen identificarse dos parejas de conceptos: horizontal/relacional y vertical/sancionador. No sé si estas identificaciones excluyen otras posibilidades. Pero en todo caso, aunque así no fuera, plantearían algún problema. La vinculación entre lo vertical y lo sancionador parece estar pensando en un Derecho y un Estado como el liberal, que subraya la dimensión sancionadora del Derecho y la función represiva. Pero ese modelo ha sido superado por el Estado social en donde la función promocional del Derecho adquiere cada vez más relevancia y en donde es precisamente en el marco de la verticalidad entre Estado y ciudadano donde se generan espacios de confianza a través de la implementación de políticas encaminadas a garantizar derechos, a satisfacer necesidades, a generar confianza y seguridad en definitiva.

Esta consideración nos permite, a su vez, enlazar con una cuestión más general: ¿la relación entre Derecho y confianza debe entenderse en términos de complementariedad o, por el contrario, es alternativa?; ¿esta relación, sea del tipo que sea, se establece igual respecto a cualquier tipo de Derecho? Aquí nos encontramos con la necesidad de saber en qué ámbito se sitúa Tommaso Greco. La cuestión es la de saber si su objeto de reflexión es el del concepto de Derecho, situándose así en el genérico contexto de la filosofía del Derecho, o más concretamente de la teoría del Derecho, o si por el contrario está pensando en un modelo particular de Derecho. En realidad, estamos frente a una tensión propia de la filosofía del Derecho cuando emprende la tarea de conceptualizar el Derecho: aquella entre lo abstracto y lo concreto¹⁸.

Pero, en todo caso, y más allá de la tensión a la que acabo de hacer referencia, a la hora de identificar modelos de Derecho, Tommaso Greco toma como referencia la distinción entre el modelo de reglas frente al modelo de principios, entrando de lleno en la discusión iusfilosófica contemporánea; y

¹⁸ Me he referido a la cuestión en F. J. ANSUATEGUI ROIG, "Filosofía del Derecho, pluralismo y conflictos prácticos", *Ética & Política*, vol. XX, núm. 3, 2018, pp. 355-381.

más en concreto en la que se produce en el seno del constitucionalismo. En efecto, en el libro podemos encontrar una interesante reflexión sobre la distinción entre las reglas y los principios y su relación con la confianza. Si he entendido bien la propuesta, la tesis que se defiende es que regular mediante reglas es expresión de desconfianza en relación con el ciudadano. La limitación de las posibilidades aplicativas que implica el carácter disyuntivo de las reglas debe ser entendido como una muestra de desconfianza frente al sujeto cuya conducta debe regirse por los enunciados normativos. En este punto, la tesis que se defiende es que, en realidad, optar por un modelo u otro es expresión de un distinto grado de confianza en el ciudadano y en el operador jurídico. Las reglas excluyen motivaciones que trascienden la letra de la norma. Son expresión de una falta de confianza en el sujeto y por tanto se limita su “ámbito de discrecionalidad”. Así, un Derecho a través de principios es expresión de una mayor confianza en la racionalidad del sujeto.

Pues bien, posiblemente es necesario introducir algunos matices a partir de esta posición general. Así, en primer lugar, el referido al sujeto pasivo de la confianza (o desconfianza), ya que no sólo tenemos que pensar en los ciudadanos. De la distinción entre modelos de reglas y modelos de principios también se pueden extraer consecuencias para los operadores jurídicos. Pensemos en el juez. La necesaria actuación en el marco de reglas le fija al juez un ámbito restringido del que no debe salirse en lo que a posibilidades interpretativas y aplicativas se refiere. El juez *boca muda* del formalismo es un juez del que se desconfía (no sólo desde un punto de vista teórico, sino también en el marco de un contexto político como el liberal revolucionario de finales del siglo XVIII).

En el libro se plantea una defensa de un Derecho basado en principios desde el momento en que cuantas más reglas, menos confianza existe en el -y se expresa a través del- sistema jurídico. Pero aquí me gustaría ponerme en el punto de vista de los ciudadanos destinatarios de las normas, en este caso de los principios, y preguntarme si realmente un Derecho poblado de principios les genera a ellos, a los ciudadanos, necesariamente más confianza y seguridad. No olvidemos que es precisamente el Derecho de los principios el que obliga a llevar a cabo un esfuerzo justificativo y argumentativo que no se siente tan necesario en el caso de las reglas. En presencia de la amplitud de las posibilidades interpretativas, el mayor rango de las posibilidades aplicativas, el necesario recurso a la ponderación... ¿realmente podemos afirmar de manera taxativa que la presencia de principios en el Derecho es expre-

sión de confianza en los operadores jurídicos, de un lado y, de otro, provoca una mayor confianza de los ciudadanos respecto al sistema jurídico? Es esta presencia una de las características del Derecho de nuestro tiempo (al menos en el ámbito del constitucionalismo democrático), y por eso, creo, ese posible déficit de seguridad y de confianza en relación con la previsibilidad de la decisión del juez en este caso se suple con el sometimiento de éste a exigencias argumentativas. El imperativo ejercicio de racionalidad por parte del juez, y por tanto la consecuente disminución del rango de posibilidades interpretativas y aplicativas, tiende a generar una seguridad y una confianza en no encontrarse con sorpresas que en otro caso serían mucho menores. La exigencia de argumentación y justificación de la decisión en más urgente en el Derecho de principios que en el Derecho de reglas. Es en este ámbito en el que la certeza de la decisión no puede depender de la corrección lógica del desarrollo de un silogismo; y por ello se somete al operador jurídico a una mayor exigencia argumentativa. Es aquí en donde nos encontramos que la necesidad de argumentación es en realidad una exigencia de la confianza (y también de la legitimidad), en este caso del ejercicio del poder. Parece defendible afirmar que la mayor amplitud de las posibilidades interpretativas y aplicativas en un Derecho articulado a través de principios no genera la misma confianza, que un Derecho basado en reglas, en términos de previsibilidad en relación con el contenido y sentido de la decisión.

5. RAZONES Y AMBITOS DE LA NORMATIVIDAD

La última cuestión a la que me quiero referir es la que afecta a la naturaleza de la normatividad o, si se prefiere, a las razones de la normatividad. En definitiva, pienso en el lugar de la confianza en el ámbito de la normatividad. Pero, también, en la cuestión de por qué cumplimos las normas, esencial en la filosofía del Derecho y en la filosofía moral.

Tommaso Greco asume en este punto la conocida distinción ferrajoliana entre garantías primarias y garantías secundarias. En pocas palabras, las primeras son eficaces cuando se satisface la obligación intersubjetiva hacia la otra persona, mientras que en las segundas se prevé la intervención del juez, una vez que la anterior obligación no se ha atendido. En la distinción entre garantías primarias y secundarias el lugar de la confianza sería el de las primarias. Según Tommaso Greco, constituyen la vía de entrada, la expresión de la confianza en el Derecho. Pero la pregunta que surge es si es posible imaginar

la convivencia sin garantías secundarias, es decir, si se puede considerar que las garantías primarias son suficientes. Y, sobre todo, si lo son en sociedades complejas y conflictivas. La única manera de sobrevivir en un sistema sin garantías secundarias implicaría no contemplar la posibilidad de violación de las normas y por tanto la necesidad de reacción frente a la misma. Planteándolo de otra manera: ¿siempre que se impone una sanción se está “envenenando” (Luhmann) la relación jurídica? La tesis de Tommaso Greco parece invitarnos a pensar que las garantías primarias se presentan como suficientes y que en este caso sería posible pensar en un “Derecho sin jueces”...

Es aquí en donde aparece uno de los grandes temas de la reflexión que se desarrolla en el ámbito de la filosofía del Derecho: ¿por qué actuamos de acuerdo con el Derecho? Aquí las posibilidades pueden ser varias: el miedo a la sanción, la aceptación, el convencimiento, el consenso... Lo interesante en este punto es plantear si es posible una respuesta general, si se puede responder a la cuestión en abstracto: ¿la amenaza de sanción es un argumento omnipresente, suficiente y definitivo? Parece que la respuesta debiera ser negativa. Y también aquí es útil diferenciar –a efectos explicativos– entre el Derecho democrático y el Derecho no democrático. En el primer caso, existe un acuerdo moral en relación con el Derecho. Ese acuerdo se produce en aquellos ámbitos en los que existe una confluencia entre el Derecho y la moral.

Por ello, convendría evitar la tentación (¿presente en el libro?) de asumir la concepción (en mi opinión equivocada) según la cual la distinción entre el Derecho y la moral debe ser analizada en términos de “contradicción”. Al contrario, no parece posible negar la confluencia de contenidos entre el Derecho y la moral. Y si eso es así (si en ocasiones lo obligatorio jurídico es también obligatorio moral), entonces la amenaza de la sanción pierde valor a la hora de explicar por qué cumplimos las normas. Esto me parece evidente en relación con modelos democráticos, en donde la distinción kantiana entre la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho se matiza y en donde en la relación inversamente proporcional entre fuerza y consenso el consenso tiene más relevancia justificativa y explicativa de nuestros comportamientos en relación con el Derecho. Entiéndase que no estoy pensando en aquellas situaciones, a las que se refiere Tommaso Greco, reguladas por “*sistemi normativi autonomi che non necessitano il enforcement statale*” (pp. 30-31), sino en aquellas situaciones en las que el Derecho y la moral coinciden en la situación regulada y en el sentido de la regulación.

En resumidas cuentas, el tema de fondo es el del espacio normativo de la confianza. Tommaso Greco reivindica, en este sentido, un espacio intermedio entre el Derecho y la moral, entre la coacción (del Derecho) y la moralidad. Aunque aquí habría que recordar que la moral social también tiene una dimensión coactiva, si bien no institucionalizada, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho. En todo caso, me parece que el espacio de la confianza en realidad es –originariamente– más moral que jurídico.

A la hora de establecer distinciones entre el Derecho y la moral podemos utilizar al menos dos criterios: los que se refieren al ámbito de lo regulado y los que se refieren al modo de regulación. Pues bien, es aquí donde se observa que entre la moral y ese ámbito intermedio no habría mucha diferencia. Por ejemplo, pensemos en la relación entre el médico y el paciente a la que se alude en el libro. Estamos frente a una relación evidentemente regulada por normas jurídicas, pero básica y originariamente moral, en la que la confianza está vinculada al cumplimiento de una ética profesional, que propugna unos derechos y deberes que posteriormente se pueden juridificar. El valor y peso normativo de esos derechos y deberes no depende de su juridificación. Es el ejemplo del juramento hipocrático con el que se comprometen los médicos al terminar sus estudios y alcanzar el título. En este sentido es importante reflexionar –aunque no lo podemos hacer aquí– sobre la precedencia de las normas morales respecto a las jurídicas, o a la inversa, en este ámbito. Los ejemplos que Tommaso Greco ofrece al final del libro son bien ilustrativos. Es evidente que en la práctica según la cual, cuando tomamos una bebida en las caminatas campestres para refrescarnos y dejamos el precio sin que nadie nos vigile, actuamos en el marco de una relación de confianza. Es esa confianza la que permite que la práctica social sea precisamente eso: una práctica social prolongada y mantenida a lo largo del tiempo (a no ser que estemos frente a una actuación del productor de bebidas basada exclusivamente en su generosidad o, si se prefiere, en su misericordia). Pero me parece que aquí lo importante es saber qué es lo que mueve a los excursionistas. ¿Realmente pensamos que la juridicidad prevalece sobre la moralidad? Creo que no es necesario pensar en una comunidad de seres angelicales y benéficos para admitir que los excursionistas asumen el imperativo moral de dejar las monedas en la caja situada al afecto. Eso es lo que les mueve; y lo que asegura, como hemos señalado, el mantenimiento de esa tradición. Y, también demuestra que la reacción frente a la amenaza de sanción, a la que en ocasiones se ha querido conceder un potencial justificativo de las conductas jurídicas, posiblemente no es tan omnipresente.

Pues bien, si el ámbito de la confianza es prevalentemente el ámbito moral (y no un ámbito intermedio entre el Derecho y la moral, como se señala en el libro); y si la confianza es un valor constitutivo del Derecho (“Sin confianza no hay Derecho”, nos dice Tommaso Greco en la p. 160), la cuestión que surge es la de saber en qué medida estamos frente a una conclusión referida a una vinculación necesaria entre Derecho y moral. ¿Estamos, en este sentido, en presencia de una nueva especie de iusnaturalismo, en el que la relación necesaria no se establece entre Derecho y moral –entendida en términos generales–, sino entre Derecho y confianza –entendida como una dimensión específica de la moral?

Entiéndase que las anteriores consideraciones (críticas si se quiere) no implican negar la relación entre el Derecho y la confianza que, como hemos visto, se puede articular de diversas maneras. Tommaso Greco reivindica el lugar de la confianza en el Derecho, de forma que sin confianza no parece que se pueda hablar de Derecho; pero también es posible concebir la relación en el sentido de que el Derecho es un instrumento generador de confianza. Establecido esto se podría añadir, además, que en realidad la confianza no es exclusiva del Derecho; más bien, parece que su presencia, al menos en dosis mínimas, es necesaria en cualquier modo de gestión de las relaciones intersubjetivas que pretendas ser operativo y eficaz. Ello sería debido al hecho de que existe una relación entre confianza y seguridad. La confianza, vinculada a la idea de previsibilidad, a la disposición de información, es algo que constituye un elemento mínimo de las relaciones humanas. En este sentido, la confianza no aparece con el Derecho. Es cierto que el Derecho, como hemos visto, puede implicar confianza, pero desde el momento en que no todas las relaciones intersubjetivas son objeto de regulación jurídica, hay esferas de la actividad humana inconcebibles sin la presencia de la confianza, antes de que llegue el Derecho con su carga regulatoria. Pensemos en el ejemplo de la amistad, o en la relación que tiene una pareja de novios. Estamos ante ámbitos fundamentales de la vida humana en los que el Derecho no interviene y que subsisten gracias a la confianza que comparten los sujetos que forman parte de la relación. Así, la confianza se presenta, posiblemente, como algo más cotidiano –y también necesario– de lo que podríamos sospechar. Cuando nos relacionamos con los otros, el primer pensamiento que se nos viene a la cabeza no va a ser aquel que nos dice que estamos frente a un estafador con el que vamos a tener un problema que nos va a llevar directamente ante un juez.

Tener una visión exclusivamente coactiva del Derecho (frente a la que es perfectamente legítimo reaccionar en términos teóricos) posiblemente conduce a tener una idea del mismo, y sobre todo de las reacciones de los sujetos en relación con el mismo, un tanto deformada. Es cierto que un modelo democrático de Derecho no puede excluir en última instancia el recurso a la coacción. Pero la operatividad de la coacción (o de la amenaza de la sanción) no es la misma en relación con un modelo democrático de Derecho, que con un modelo no democrático. Un modelo democrático de Derecho se caracteriza tanto por su origen como por sus contenidos. El origen viene determinado por la participación –directa o indirecta, a través de mecanismos de representación– en la elaboración de las normas. Los contenidos están referidos en última instancia a determinados valores y principios; a los derechos en definitiva. A partir de ahí podemos sospechar que el índice de aceptación por parte de los destinatarios de las normas es diferente en uno y en otro caso. Por ello, parece razonable presumir que la amenaza de la sanción no va a tener el mismo peso en la consideración que lleva a cabo el sujeto a la hora de decidir (consciente o inconscientemente) actuar de acuerdo con las normas. Es en este contexto en el que podemos constatar que, frecuentemente, nos abstenemos de actuar de determinada manera no porque lo prohíba el Derecho, sino porque estamos movidos por la moral. Aquí la moral, en la que la confianza ocupa un lugar importante, se presenta como el móvil de la acción, al que nos atenemos antes de tener en cuenta el sentido del imperativo jurídico.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Instituto de derechos humanos Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 – Madrid
Email: javofil@der-pu.uc3m.es

ARTÍCULOS

LA CONCEPCIÓN POSITIVA DE LA LAICIDAD COMO NEGACIÓN DEL PROPIO CONCEPTO DE LAICIDAD*

THE POSITIVE CONCEPTION OF SECULARISM AS A NEGATION OF THE VERY CONCEPT OF SECULARISM

GIOVANNI BLANDO

Universidad de Nápoles Federico II

<https://orcid.org/0000-0001-8085-4468>

Fecha de recepción: 24-10-21

Fecha de aceptación: 11-4-22

Resumen: *El artículo tiene como objetivo analizar el concepto de laicidad 'positiva' o 'sana' apoyado por las jerarquías eclesíásticas señalando su confusión con el concepto sociológico de secularización y su incompatibilidad con dos valores fundamentales del Estado Constitucional de Derecho: libertad e igual consideración y respeto.*

Abstract: *This article critically analyzes the concept of 'positive' or 'healthy secularism' supported by the church hierarchy underlying its confusion with the sociological concept of secularization and its incompatibility with two fundamental values of the Constitutional State: freedom and equal concern and respect.*

Palabras clave: laicidad positiva, postsecularismo, secularización, libertad de conciencia, igual consideración y respeto, conceptos interpretativos

Keywords: positive secularism, postsecularism, secularization, freedom of conscience, equal concern and respect, interpretive concepts

* Este trabajo se enmarca en el proyecto "PRIN 2017. The Dark Side of Law. When Discrimination, Exclusion and Oppression are by Law". El texto reproduce la ponencia presentada en ocasión de las "2as Jornadas Estado-Iglesia", celebradas en los días 27 de agosto, 3 y 10 de septiembre, por iniciativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Agradezco mucho a Lucas Misseri y Oscar Perez de la Fuente por su revisión del texto en castellano.

1. UNA LAICIDAD BASADA EN LA OPOSICIÓN Y EN LA AMBICIÓN

El debate público de las últimas décadas – impulsado por las jerarquías eclesíásticas y por la actitud favorable de una parte de la doctrina académica y teológica, así como de representantes políticos de diversos orígenes – ha contribuido a forjar una categoría conceptual que cae bajo el nombre de *laicidad positiva (o sana)*, a menudo opuesta a la de *laicidad mala (o laicismo)*. Como suele ocurrir con las categorías conceptuales, éstas adquieren una autonomía propia cuando surge la necesidad de justificar expresiones de uso común que, aunque estén vinculadas a un imaginario de sentidos latentes, siguen siendo borrosas en su contenido.

La férrea defensa del Papa Pío XII, en 1958, de una “laicidad sana”, entendida como “uno de los principios de la doctrina católica”, es retomada unos años más tarde por Pablo VI quien, especificando más su contenido, diferencia la laicidad –como “esfera propia de las realidades temporales, que se rigen por principios propios y con relativa autonomía”– del laicismo –entendido, en cambio, como “exclusión del ordenamiento humano de las referencias morales y globalmente humanas, que postulan relaciones imprescriptibles con la religión”–. También Juan Pablo II vuelve sobre esta cuestión, al recordar, en un discurso pronunciado en 1993, que “el cristianismo reconoció desde sus orígenes una sana laicidad de las estructuras de la sociedad civil, promoviendo la distinción fundamental entre el orden temporal y el orden espiritual”.

Como se sabe, sin embargo, esta narrativa ha visto en Benedicto XVI uno de sus más refinados prosistas. En un discurso pronunciado ante los juristas católicos italianos en el Aula de las Bendiciones del Palacio Apostólico, Ratzinger aclaró que una actitud de “sana laicidad”, así como no implica la relegación de la religión a la esfera privada del individuo, no prohíbe a los representantes de la comunidad el “pronunciarse sobre los problemas morales que hoy en día interpelan a la conciencia de todos los seres humanos”. El trasfondo de esas declaraciones se encuentra en el, entonces reciente, diálogo con el filósofo alemán Jürgen Habermas, quien había expresado su propia convicción de que la secularización de la sociedad, en el Estado constitucional, debería entenderse como un “proceso de aprendizaje *complementario*” entre creyentes y no creyentes, recibiendo la respuesta benévola del entonces cardenal Ratzinger. Por lo cual la sociedad postsecular no puede prescindir de la mutua “disposición para aprender” y de la “autolimitación por ambas partes”¹.

¹ J. HABERMAS – J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, Marsilio, Venezia, trad. it. de G. Bosetti, 2005.

La conciencia de que esa manera de pensar la laicidad había entrado en el poder secular fue asumida definitivamente cuando Nicolas Sarkozy, en su ahora famoso discurso de San Juan de Letrán (Roma), manifestó su visión conciliadora de la moral laica y religiosa, abriendo las puertas a una laicidad positiva que “sin dejar de defender la libertad de pensamiento de creer y de no creer, no considere a la religión un peligro, sino más bien un recurso”.

El paso del magisterio de Ratzinger al de Bergoglio parecía haber suavizado el interés de las jerarquías eclesiásticas respecto de la categoría conceptual de la laicidad positiva o sana. Sin embargo, el 28 de octubre 2017 el Papa Francisco, participando en la conferencia “(Re)ThinkingEurope”, organizada por la Comisión de las Conferencias Episcopales de la Unión Europea, advertía a los asistentes sobre el peligro del “prejuicio laicista, vivo como siempre”, que “no es capaz de percibir el valor positivo para la sociedad de la función pública y objetiva de la religión, prefiriendo relegarla a una esfera estrictamente privada y sentimental”. Las afirmaciones del Papa Francisco no sorprenden si las comparamos con la entrevista concedida poco más de un año antes al periódico belga *Tertio*, en la cual Bergoglio, al responder a la pregunta sobre cuál debería ser el papel de las religiones en un contexto cada vez más secularizado, dijo:

“...no quiero ofender a nadie, pero este planteamiento es un planteamiento obsoleto. Esta es la herencia que nos dejó la Ilustración –¿verdad?– según la cual todo fenómeno religioso es una subcultura. Esa es la diferencia entre el laicismo y la laicidad. De eso hablé con los franceses... El Vaticano Segundo nos habla de la autonomía de las cosas, de los procesos y de las instituciones. Hay una sana laicidad, por ejemplo, la laicidad del Estado. En general, un Estado laico es algo bueno; es mejor que un Estado confesional, ya que los Estados confesionales terminan mal. Sin embargo, una cosa es la laicidad y otra es el laicismo. El laicismo cierra las puertas a la transcendencia hacia los demás y, sobre todo, a la transcendencia hacia Dios; o hacia lo que yace más allá. Y la apertura hacia la transcendencia forma parte de la esencia humana. Forma parte del hombre. No me refiero a la religión, estoy hablando de una apertura hacia la transcendencia. Entonces, una cultura o un sistema político que no respeten la apertura hacia la transcendencia del ser humano “poda”, corta al ser humano. Es decir, no tiene respeto por el ser humano.”

Cabe destacar el pasaje en el que Bergoglio afirma que el “Estado laico es algo bueno”. Sin embargo, en su visión del Estado laico, este solo lo es si

es apoyado por una laicidad definida una vez más como “sana”. Queriendo indicar, así, su naturaleza defensiva contra una fuerza que pone en riesgo la posibilidad del ser humano de abrirse hacia la transcendencia: el laicismo.

Este es el hilo común de todos los ejemplos que acabo de presentar, esto es, una expresión que reaparece periódicamente en los discursos públicos sobre la religión (sobre todo, la católica)². Pero, solo como categoría de oposición, construida, es decir, con el único propósito de luchar contra el laicismo, entendido como tendencia anticlerical o, más en general, antirreligiosa³. Además, debe dejarse claro que, cuando los representantes de la Iglesia Católica hablan de sana laicidad, no se refieren a la diferencia, muy interna a la Iglesia misma, entre laicos y clérigos, sino que pretenden indicar a la sociedad en su conjunto un modelo de laicidad a seguir en la reglamentación pública del fenómeno religioso. La laicidad sana, en este sentido, aun siendo un modelo de oposición, que surge como reacción frente al laicismo, busca ejercer su influencia sobre todos los ciudadanos, desplazando una visión supuestamente patológica de la laicidad (el laicismo, precisamente), que podría dar lugar a resultados nefastos. Cuando la Iglesia habla de laicidad sana, en definitiva, no se refiere a “sus” laicos –es decir, a la categoría residual de fieles que no forman parte del “orden sagrado y del estado religioso”– sino que propone un modelo de laicidad público, general, válido para todos, fieles y no fieles.

Sin embargo, aunque trate de proponerse como público y general, ese modelo no puede construirse a partir de una simple lógica de oposición, es decir, no puede contentarse con la finalidad de corregir (supuestos) modelos patológicos de laicidad: si lo hiciera así, una vez desaparecido el peligro laicista – asumido como supuesto normativo del modelo laico – desaparecería también la misma laicidad positiva. Este modelo debería más bien ser confrontado con la polisemia –o, para decirlo con Walter Bryce Gallie⁴, con el carácter controvertido– del concepto jurídico-político de laicidad, tratando de reelaborar su contenido. No obstante, si se trata –como creo– de un concepto jurídico-político⁵, esta reelabo-

² Los discursos de los Papas y la entrevista al Papa Francisco se encuentran en el sitio web del Vaticano. Fecha de consulta: 17 de julio 2021.

³ J. M. RODRÍGUEZ URIBES, *Elogio de laicidad. Hacia el Estado laico: la modernidad pendiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁴ W. B. GALLIE, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, núm. 1955-1956, pp. 167-198.

⁵ V. D. MORONDO TARAMUNDI, “El principio de laicidad y el principio antidiscriminatorio en la discusión sobre la libertad religiosa”, *Diritto&Questioni Pubbliche*, vol. 13, 2013, pp. 587-619.

ración debe someterse necesariamente a dos condiciones: 1) no puede justificarse a partir de un concepto descriptivo y, en particular, del concepto de secularización; y 2) no puede pasar por alto los principios que hoy en día se utilizan para iluminar los conceptos jurídicos-políticos, o sea los principios del Estado constitucional de Derecho⁶.

2. UNA ACLARACIÓN PRELIMINAR, O LA SECULARIZACIÓN COMO CONCEPTO SOCIOLÓGICO COMPLEJO

En 1919, Max Weber hablaba del “desencantamiento del mundo” como proceso de “progresiva intelectualización y racionalización” de las condiciones de vida, que ya había producido entonces (y habría seguido produciendo) un reemplazo de la “fe” por la “razón” y por los “medios técnicos”⁷. Esta tesis se convirtió, en poco tiempo, en uno de los argumentos más utilizados –especialmente por parte de los sociólogos– para suponer una gradual y diacrónica desaparición del factor religioso de la vida social de los individuos y contribuyó, de manera decisiva, a forjar una categoría de referencia para el análisis empírico de la persistencia de este factor en la vida pública: la secularización⁸.

Sin embargo, el término “secularización” se alejó muy pronto de este sentido unívoco. Ya en 1967, Larry Shiner identificaba seis acepciones posibles del mismo: declive de la religión, adecuación de la religión a las cuestiones mundanas, retirada de la religión de la esfera social, transformación de las creencias y de las instituciones religiosas en fenómenos humanos, desacralización del mundo y transición de una sociedad sagrada a una sociedad secular⁹. El objetivo de Shiner consistía en reordenar el concepto de

⁶ En suma, hay que aceptar la idea de que también la Iglesia pueda proponer a nivel público su propio modelo de laicidad. Ese es el verdadero reto, como lo recuerda P. CHIASSONI, “El Estado laico según Mater Ecclesia. Libertad religiosa y libertad de conciencia en una sociedad democrática”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 27, 2007, pp. 143-169, cuando afirma que “las iniciativas políticas de la IdR constituyen un desafío para la doctrina del estado laico y de los derechos humanos (o fundamentales), que cabe tomar cuidadosamente en serio. No sólo al fin limitado de replicar a la IdR, sino, a un nivel más alto de abstracción, para enriquecer y desarrollar los principios mismos de la doctrina del estado laico” (p. 158).

⁷ M. WEBER, *La scienza come professione*, en *id.*, *Il lavoro intellettuale come professione*. Due saggi, Einaudi, Torino, 1966, trad. it. de A. Giolitti, p. 20.

⁸ C. TAYLOR, *L'età secolare*, Feltrinelli, Milano, 2009, trad. it. de P. Costa, p. 12.

⁹ L. SHINER, “The Concept of Secularization in Empirical Research”, *Journal for the Scientific Study of Religion*, núm. 2, 1967, pp. 207-220.

secularización para poder salvaguardar su capacidad explicativa en el ámbito de las investigaciones empíricas. A este respecto, él llegó a una doble conclusión: 1) cualquiera que pretenda utilizar el concepto de secularización en sus propias investigaciones tendría que especificar previamente a cuál de los sentidos mencionados se refiere; y 2) con independencia de la *concepción* de secularización a la que se pretenda acudir, tendría que identificar algunas características muy generales del *concepto* de secularización. En tal sentido, Shiner consideraba que de la categoría conceptual de la secularización siempre formaba parte una referencia a: a) la desacralización del mundo; b) la diferenciación de las esferas sociales; y c) las transformaciones de las creencias y prácticas religiosas.

En efecto, rastros de este modelo se encuentran también en la más reciente reelaboración del concepto de secularización llevada a cabo por Charles Taylor, en su impresionante trabajo *La era secular*. En esta obra el filósofo canadiense, además de dos modelos clásicos de secularización –entendida ya sea como retirada de la religión desde el espacio público o, alternativamente, como una más generalizada disminución de la creencia religiosa– propone un tercer sentido de secularización, centrado en las “nuevas condiciones de la creencia” que, más consciente del carácter pluralista de la sociedad actual, analiza los cambios cuantitativos y cualitativos experimentados por el fenómeno religioso. Si, por un lado, las religiones se ven obligadas a admitir una parcialidad de su propia capacidad de compromiso colectivo; por otra parte, las mismas tienen que esforzarse en responder a estímulos que tienden a racionalizar la vida social, abriéndose también a una dimensión “de la duda y de la inseguridad”¹⁰. La alternativa propuesta por Taylor se basa en la constatación de que los dos modelos clásicos de secularización corren el riesgo de tener escasa capacidad explicativa, siendo, en muchas ocasiones, desmentidos por los hechos. En efecto, en las sociedades occidentales las religiones tradicionales, además de mantener un papel histórico-cultural muy fuerte, se ven acompañadas por ‘nuevas’ religiones capaces de influir de manera cada vez más crucial en la opinión pública. Además, el pluralismo tiende a corroer –y produce, así, una disminución de los creyentes– únicamente a las religiones que no puedan prescindir de la uniformidad de la doctrina y de su interpretación. En opinión de Taylor, así, para que la secularización no pierda su potencial explicativo, hay que comprender los cambios cuantitativos y cualitativos de las creencias en la sociedad actual.

¹⁰ C. TAYLOR, *L'età secolare*, cit., p. 24.

Parece aceptable el propósito de Taylor que consiste en salvaguardar una categoría fundamental del pensamiento sociológico, desconectándola de ambiciones proféticas sobre la desaparición de lo sagrado que son periódicamente desmentidas. Los datos estadísticos sobre la persistencia, más o menos elevada, del factor religioso en un determinado contexto social apenas han alcanzado el rango de generalizaciones sistemáticas capaces de certificar una difundida o irreversible regresión del fenómeno religioso. También porque las encuestas utilizadas afectan, a menudo, a sociedades muy diversas entre sí y se desarrollan durante un tiempo limitado que no permite demostrar las relaciones de causalidad entre los fenómenos analizados¹¹.

Así, hay que repensar ante todo la secularización como concepto *tendencial* o *de grado*. Dicho de otro modo, los resultados obtenidos por las investigaciones empíricas sobre el fenómeno religioso deben ser interpretados como detectores de una tendencia en lugar de ser interpretados de una manera concluyente. Al analizar muchas cuestiones relacionadas con la secularización hay que considerar esta tendencia. Me refiero, en primer lugar, al grado de *diferenciación* o *resistencia a la diferenciación* que el fenómeno religioso muestra con respecto a otros fenómenos sociales en un cierto contexto. Para analizar este aspecto de la secularización habrá que aprovechar los estudios acerca de cómo y por qué la religión se retira de la vida pública pero también los que explican las resistencias de las religiones a una privatización total. Un ejemplo puede ser el relativo a los estudios sociológicos sobre el uso de símbolos religiosos en el espacio público. En segundo lugar, hago referencia al grado de *desacralización* o *resistencia a la desacralización* del fenómeno religioso. En este sentido, pueden resultar útiles los estudios sociológicos sobre el declive del índice de religiosidad o la difusión a nivel territorial de ciertas religiones. Sin embargo, como señala Taylor, la secularización debe reconectarse también con el grado de *pluralismo* que presenta cierto contexto social que, junto con el grado de diferenciación y desacralización, conlleva una *transformación del fenómeno religioso* en términos cuantitativos y cualitativos. Sobre esta base me parece aceptable una definición de la secularización como *concepto sociológico complejo* –en cuanto irreducible a una sola de las dimensiones mencionadas más arriba– *mediante el cual se trata de analizar las transformaciones del fenómeno religioso relacionadas*

¹¹ P. NORRIS y R. INGLEHART, *Sacred and Secular: Religion and Politics Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

con el grado de diferenciación, desacralización y pluralismo de un contexto social determinado¹².

3. LA FALACIA POSTSECULAR

En un célebre artículo de 2008, Jürgen Habermas –retomando una expresión utilizada por primera vez por el sociólogo Klaus Eder – señala que “la tesis de que hay una relación necesaria entre la modernización de la sociedad y la secularización de la población, aunque confirmada por algunos análisis estadísticos, hoy en día encuentra cada vez menos seguidores entre los sociólogos”, siendo reemplazada por la constatación de una vuelta o de una revitalización del fenómeno religioso en la esfera pública¹³. En virtud de esta constatación, suele hablarse de sociedad “postsecular”. Como señala Habermas al inicio del ensayo, “para que se la pueda llamar postsecular, una sociedad debe haber sido antes secular”, lo que sugiere que puede considerarse postsecular solo aquella sociedad que haya finalizado el proceso de secularización. Según Habermas, sin embargo, lo postsecular no menoscabaría la secularización, centrándose más bien en el “papel futuro de la religión” construido sobre la “transformación de la conciencia, a su vez debida a tres factores: el primero consiste en la relativización de las creencias debido a la presencia de varias religiones; el segundo tiene que ver con la cada vez mayor tendencia de las comunidades religiosas a presentarse en la vida política como “comunidades de interpretación” capaces de influir en la formación de la opinión pública sobre ciertos temas; el tercero se refiere a la inmigración, que, planteando problemas de integración social, nos obliga a enfrentarnos a culturas (también religiosas) diferentes a las nuestras. Señalados los factores que habrían “transformado a la conciencia”, los propósitos descriptivos de Habermas acaban dando paso a una pregunta de carácter normativo que adopta la “perspectiva del participante”: “¿cómo deberíamos [sollen] vernos a nosotros mismos en cuanto miembros de una sociedad postsecular?”. En opinión de Habermas no sirve para nada alimentar la guerra entre multiculturalistas y laicistas; convendría más bien abrirse a un “aprendizaje complementario” que no se limitase a excluir las “contribuciones religiosas de la es-

¹² Para un análisis más profundo véase G. BLANDO, *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della Cedu*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 31-38.

¹³ J. HABERMAS, “Perché siamo post-secolari”, 2008. (<https://www.eurozine.com/perche-siamo-post-secolari/>) fecha de consulta: 10 julio 2021.

fera pública". Conservando la "debida separación *institucional* entre religión y política", no se debería renunciar *a priori* a la "contribución funcional" que las comunidades religiosas "llevan en la reproducción de razones y actitudes deseables"¹⁴.

Así, la tesis de Habermas aparece como una propuesta normativa, que se puede o no aceptar, siempre que se la entienda como tal. En efecto, no es infrecuente que se asuman la revitalización del fenómeno religioso, la supuesta interrupción de los procesos de secularización y la presencia cada vez más fuerte de las religiones en el ámbito público, como indicios normativos indiscutibles para la creación de modelos de laicidad positiva o sana (o abierta), pasando por alto el hecho de que los debates sobre la secularización se inscriben en un marco estrictamente sociológico (y, por lo tanto, principalmente descriptivo). Mientras que aquellos debates sobre el concepto de laicidad conforman un marco filosófico del tipo jurídico-político (y, así, normativo y controvertible)¹⁵. La revitalización del fenómeno religioso como dato empírico ha ocasionado, muchas veces, el paso (injustificado) de la idea tradicional del confinamiento de la religión al ámbito privado, vinculada simplemente al respeto de un *coto vedado* del individuo, a la idea de un *favor* que los Estados deberían mostrar hacia las religiones. En otras palabras, la dimensión y la relevancia pública de las religiones se mueven del plano del ser al plano del deber ser, como si el Estado debiera promover de alguna manera la presencia de las religiones en la esfera pública.

Esta convicción se ha visto reforzada por una doble ambigüedad, terminológica y conceptual, de la expresión "postsecular". En efecto, como señala Mauro Barberis el término postsecular "hace pensar en una genuina teoría sociológica según la que, a partir de cierto momento y de allí en adelante –la caída del comunismo, el 11 de septiembre– los procesos de secularización se habrían interrumpido o incluso invertido"¹⁶. Sin embargo, aún más problemáticamente, el concepto de postsecular "pretende obtener de dudosas premisas sociológicas todavía más inciertas conclusiones filosófico-políticas" y, en particular, "de observaciones (cognoscitivas) sobre los más variados «retornos de lo sagrado» registrados en nuestros días se querrían extraer con-

¹⁴ J. HABERMAS, *Entre naturalismo y religión*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006, p. 117.

¹⁵ v. B. MARCIANI BURGOS, "Los dilemas de la laicidad positiva: un análisis a partir del caso peruano", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2017, pp. 238-262.

¹⁶ M. BARBERIS, "Società post-secolare? Cinque obiezioni ai laici accomodanti", *il Mulino*, núm. 1, 2010, pp. 5-19.

clusiones favorables, no tanto a la discusión pública –participación que nadie discute– como al papel de interlocutor privilegiado del Estado italiano”¹⁷. Así es como el concepto de secularización adquiere connotaciones ideológicas: la secularización ya habría pasado, salvo si no se la entiende como posición ideológica (el llamado “secularismo”) que contrapone la religión entendida como “cuento de hadas, mito, superstición” a la razón; mejor sería el “postsecularismo” que se esfuerza por reconciliarlas¹⁸.

Vuelve de esta manera el enemigo, el fantasma, y la secularización, como ya se ha indicado anteriormente con referencia a la laicidad, se convierte en categoría de oposición. Por un lado, está el secularismo, que, basándose en una mala secularización, “niega la existencia o, por lo menos, la cognoscibilidad de la verdad”, rechazando cualquier forma de “trascendencia”¹⁹. Por otro lado, el postsecularismo que, basándose en una supuesta sana secularización, termina dejando espacio a actitudes de *favor religionis* en cuyo nombre “el ordenamiento considera a los valores religiosos como referencias de signo positivo, merecedores de protección jurídica, de modo que la religión –de la que se reconoce la irrenunciable presencia en el espacio público– está protegida y favorecida”²⁰. En otras palabras, se trata del más clásico modelo de laicidad positiva. Resulta, sin embargo, difícil entender por qué a partir del reconocimiento de la irrenunciable presencia en el espacio público de la religión deba derivarse la positividad de los valores religiosos, llegando incluso a considerarlos (solo por esto) merecedores de protección jurídica.

El problema surge –como muchas veces pasa con esos temas– de la confusión, más o menos planeada, entre los conceptos utilizados. En este caso se elabora un concepto (normativo) de laicidad positiva partiendo de un concepto (descriptivo) –sobre la presencia de las religiones en el espacio público– e incurriendo en un claro ejemplo de falacia naturalista. En mi opinión, un debate serio sobre el tema de la laicidad, entendida como concepto jurídico-político, debería prescindir del grado de secularización de una determinada sociedad, ya que hay que defender principios y valores del Estado constitu-

¹⁷ M. BARBERIS, “Società post-secolare?”, cit., p. 13.

¹⁸ G. DALLA TORRE, “Libertà religiosa e secolarismo”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, vol. 10, 2018, p. 2.

¹⁹ G. DALLA TORRE, “Libertà religiosa e secolarismo”, cit., p. 2.

²⁰ G. DALLA TORRE, “Sana laicità o laicità positiva?”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, núm. 34, 2012, p. 9.

cional independientemente de la más o menos elevada difusión del fenómeno religioso y de su más o menos amplia relevancia²¹.

4. LA LAICIDAD COMO CONCEPTO CONTROVERTIDO O INTERPRETATIVO

La laicidad, como ya he dicho antes, es un concepto jurídico-político sobre cuyo contenido se puede ciertamente discutir debido a su naturaleza “controvertida” que surge de: i) su caracterización *valorativa*; ii) el tener una *naturaleza interiormente compleja*; iii) su ser susceptible de reconstrucciones diferentes, dependiendo de la *diferente jerarquía* que se establezca entre sus elementos valorativos; iv) el presentar un contenido semántico que puede apoyarse en *buenas razones*²².

Ronald Dworkin asignó a este tipo de conceptos –del que constituyen ejemplos los conceptos de justicia, democracia, derecho– la calificación de “interpretativos”, diciendo que “compartimos un concepto interpretativo cuando la mejor explicación que podemos dar de nuestro comportamiento colectivo al utilizarlo consiste en hacer que su uso correcto dependa de la mejor justificación del papel que cumple para nosotros”²³. La peculiaridad de los conceptos interpretativos consiste en que, sobre su contenido, se generan desacuerdos “genuinos” –y no meramente “verbales”– que involucran de manera directa a los participantes de una cierta práctica social y, por consiguiente, también a los valores que caracterizan tal práctica. No puedo, por razones de espacio, detenerme sobre estos aspectos²⁴. Sin embargo, para dejarlos más claros puede resultar útil parafrasear un ejemplo ofrecido por el mismo Dworkin²⁵. Al igual que lo que él afirma sobre el concepto de de-

²¹ Sin duda, particular aparece el caso de España cuya Constitución incluye, de hecho, un prejuicio sociológico en su artículo 16.3: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”. Véase A. RUIZ MIGUEL y R. NAVARRO-VALLS, *Laicidad y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid., 2009.

²² V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di meta-giurisprudenza costruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 81, sobre los “conceptos esencialmente controvertidos” (v. W. B. GALLIE, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, cit.).

²³ R. DWORKIN, *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2016, p. 176.

²⁴ Véase G. BLANDO, *Secolarizzazione e laicità*, cit., pp. 81-156.

²⁵ R. DWORKIN, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

mocracia, podría decirse que “las personas comparten el concepto de *laicidad* aun cuando haya desacuerdos profundos tanto sobre los criterios para identificar la *no-laicidad* cuanto sobre cuales sean las instituciones *no-laicas*”. Al debatir sobre conceptos que pertenecen al derecho, este desacuerdo no se genera tanto desde el punto de vista empírico, sino a nivel teórico y, más precisamente, de teoría del derecho. Si entendemos el derecho como *práctica social*²⁶ para satisfacer y maximizar determinados fines y valores, entonces su contenido conceptual puede ser “descubierto” únicamente teniendo en cuenta las aportaciones interpretativas de los que participan en la práctica, ya que es la práctica en sí misma la que genera los conceptos, dejando a los intérpretes la posibilidad de reinterpretarlos de manera continua para presentar la práctica del derecho en su conjunto a la mejor luz posible. Así, para ofrecer una interpretación del concepto habrá que hacer referencia a los valores generales de la práctica, a fin de hacer que el objeto interpretado (el concepto) represente el mejor ejemplo posible de la práctica en su conjunto.

Para interpretar el concepto de laicidad hay que tomar parte en la práctica a la que pertenece –es decir, a la práctica del derecho del Estado constitucional– ya que, cuando se habla de laicidad –como señala justamente Augusto Barbera– nos movemos en el “patrimonio mismo del constitucionalismo liberaldemócrata”²⁷. Aún más claramente, Antonino Spadaro ha afirmado que “para entender/ definir verdaderamente el concepto de Estado laico, tenemos que recurrir al concepto más amplio de Estado constitucional”²⁸. Una propuesta normativa sobre el contenido conceptual del concepto de

²⁶ Véase en este sentido R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2009 [1986]; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaka Book, Milano, 1990; M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017.

²⁷ A. BARBERA, “Il cammino della laicità”, [https://: www.forumcostituzionale.it](https://www.forumcostituzionale.it), 2007, p. 2.

²⁸ A. SPADARO, “I valori dello Stato “laico” (...o “costituzionale”)?”, *Diritto e religioni*, vol. 2, 2011, pp. 402-416, p. 405. No puedo detenerme a analizar el problema de la “verdad” de las propuestas interpretativas formuladas por los participantes en la práctica social del derecho. Me parece, no obstante, aceptable la idea expresada por M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., p. 194, de que “cuando definiendo, por ejemplo, el carácter laico del Estado no estoy sencillamente mostrando una preferencia personal o una preferencia compartida por un determinado grupo social, sino que lo que pretendo decir es que eso es lo correcto, que a favor del Estado laico cabe esgrimir razones que cualquiera (cualquier persona razonable) tendría que aceptar”. Comparto, es decir, la idea de un “objetivismo ético de carácter «mínimo»” como “posición falibilista y no dogmática” basada principalmente en la “pretensión” de los juicios morales de “ser correctos o verdaderos”. Véase con más detalle M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, cit., pp. 193-219.

laicidad tiene entonces que adecuarse al Estado constitucional, ayudando a preservar los valores que está llamado a defender.

5. LOS VALORES DE LA LAICIDAD: LIBERTAD E IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO

Hay dos valores irrenunciables para que un Estado pueda definirse como constitucional y laico al mismo tiempo; estos son: la libertad –entendida como autonomía individual– y la igual consideración y respeto²⁹. Estos valores representan las “condiciones de viabilidad”³⁰ de la laicidad y se expresan normalmente, el primero, en los derechos de libertad y, el segundo, en el principio de igualdad³¹. Considerados como elementos básicos de cualquier concepto que pretenda adquirir fuerza normativa en el ámbito del constitucionalismo, está claro que la autonomía y la igual consideración y respeto deben someterse a un proceso de especificación dirigido por algunas características de cada concepto. Respecto al concepto de laicidad, el valor de la autonomía tendrá que justificar un derecho de libertad específico, es decir, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, para que sea compatible con el principio de igualdad.

El derecho a la libertad de conciencia y de religión constituye un reflejo de la autonomía individual, ya que la adhesión –o la no adhesión– a un plan de vida religioso (o no religioso) debe ser fruto de una elección autónoma del individuo. Además, una vez que tal adhesión se haya producido, el individuo tendrá que ser libre de ‘materializarla’, es decir de actuar de acuerdo con la misma³². Por lo tanto, el Estado no solamente tiene que dejar libre al individuo en el momento de la elección, sino que también tiene que minimi-

²⁹ J. MACLURE y C. TAYLOR, *Secularism and Freedom of Conscience*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 16.

³⁰ B. PASTORE, “Condizioni di laicità”, *Ragion pratica*, 28 de junio, 2007, p. 9.

³¹ Mi opinión es que también el concepto de tolerancia sigue manteniendo una importancia fundamental entre los valores del Estado constitucional. En este sentido lo veo como valor *instrumental* o *de cierre* al que acudir en los casos en que una cuestión religiosa no pueda resolverse sobre la base de los valores de autonomía e igual consideración y respeto. En otras palabras, el valor de la tolerancia actuaría como criterio de resolución de los conflictos que se generan sobre prácticas éticamente o religiosamente connotadas (tolerancia *en sentido objetivo*), ejercidas por sujetos en virtud del mutuo reconocimiento de la igual libertad que se les concede en la elección del propio proyecto de vida (tolerancia *en sentido subjetivo*). Para un análisis más amplio de este valor véase G. BLANDO, *Secolarizzazione e laicità*, cit., pp. 130-137 y pp.141-146.

³² C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2013, pp. 280-281.

zar su propia interferencia en aquellos actos que representen su proyección exterior. En palabras de Carlos Santiago Nino:

“... siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”³³

Así pues, el Estado genuinamente laico está llamado a asegurar, ante todo, una *independencia en las decisiones éticas*³⁴ de sus propios ciudadanos, con independencia de que estén más o menos inspiradas en valores religiosos. Aunque mencione el término religión, de hecho, “la libertad religiosa” –como ya señalaba Francesco Ruffini hace casi un siglo– “no toma partido ni por la fe ni por el descreimiento, sino que se pone al lado de aquella lucha sin tregua que se combate entre ellos desde que el hombre existe, y se combatirá hasta que el hombre deje de existir”³⁵. Tarea del Estado, garante de la libertad religiosa así entendida (es decir, como libertad *en materia* de religión), consiste en suspender juicios y acciones que puedan, de cualquier manera, convencer de la bondad de un plan de vida frente a otro. En la fase de la elección el Estado debe actuar en el marco de un estricto “meta-agnosticismo”, o sea la “actitud previa de quien no solo se niega a afirmar nada positivo en materia religiosa, ni siquiera la mera duda, sino que incluso se niega a entrar en la consideración de si debe dudarse sobre ello”³⁶.

De esto, claramente, no se deriva –como muchos sugieren– que la protección de la libertad religiosa se limite a su vertiente *negativa*. El Estado está llamado a proteger las “manifestaciones externas” de las decisiones autónomas para “respaldar implícita y explícitamente también su fuente interna, o sea la libertad de conciencia”³⁷. En este sentido (y solo en este) la libertad

³³ C. S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 204.

³⁴ R. DWORKIN, *Religión sin Dios*, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2016.

³⁵ F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, il Mulino, Bologna, 1992 [1924], p. 274.

³⁶ A. RUIZ MIGUEL y L. VILLAVICENCIO MIRANDA, “Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 102, 2014, p. 104.

³⁷ F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, cit., p. 274.

religiosa debe garantizarse también en su dimensión *positiva*, la que hace posible que el individuo pueda desarrollar –mediante actividades externas– el plan de vida al que él, de manera autónoma, se ha adherido. En el campo ético-religioso el individuo se da sus propias leyes, pero el Estado no puede permitir que esas leyes sigan siendo letra muerta: aunque no deba participar en su creación, el Estado debe, en cierto modo, hacer que resulten más sencillas de aplicar, siempre y cuando no dañen a otros individuos. Así es como, en la elección del plan de vida y en su consiguiente desarrollo, la relación complicada entre decisión autónoma y obediencia se reduce en términos de perfecta consonancia que el Estado está llamado en respetar.

En esta actitud el Estado necesita asumir el principio de igualdad como criterio orientador, respondiendo a la necesidad de que cada individuo –y, como reflejo, cada plan de vida elegido– sea tratado “con los mismos respeto y consideración” garantizados a todos los demás. También en relación con la igual consideración y respeto se recurre a los parámetros de la no interferencia en la elección del plan de vida y del subsiguiente apoyo que el Estado debe garantizar en su implementación. La única diferencia está en que, en este caso, los dos parámetros toman una forma comparativa, es decir, deben evaluarse con referencia a cómo son tratadas otras personas (y otras concepciones ético-religiosas)³⁸. La adhesión (o no adhesión) a una religión o a cualquier otro plan de vida no puede determinar una ventaja (o una desventaja) para el individuo, porque de lo contrario se estaría infringiendo la igual consideración y respeto debidos a él y a los demás. Este valor requiere que sean consideradas de la misma manera las concepciones de la vida buena de todos los ciudadanos, descubriendo en cada una de ellas el valor intrínseco de la decisión libre y autónoma. En este sentido, la actuación del valor de igual consideración y respeto lleva a cabo mecanismos que permiten al Estado justificar sus decisiones ante todos, velando que no se favorezca –nótese– la adhesión a un plan de vida específico y substrayéndose también a cualquier forma de compromiso con uno de ellos. Los únicos principios de justicia que deben servir de guía a la acción estatal son aquellos que derivan de las Constituciones, entre los que se incluye también el principio de no discriminación. Para realizar este principio resulta esencial que el Estado se abstenga de crear jerarquías entre las concepciones de vida (religiosas o no-religiosas) de sus propios ciudada-

³⁸ J. NICKEL, “Equal Respect and Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, núm. 1, 1982, pp. 76-93.

nos; en caso contrario, acabaría por declarar que se favorecerá la adhesión a un determinado plan de vida en tanto que mejor, con automático desincentivo de todos los demás.

6. EL VALOR DE LA LAICIDAD POSITIVA: LIBERTAD DESIGUAL

Cualquier propuesta normativa sobre la laicidad debe basarse en los valores de la libertad (entendida como autonomía) y de la igual consideración y respeto. Resulta por lo tanto necesario comprobar si las propuestas normativas sobre una laicidad sana o positiva formuladas por las jerarquías eclesíásticas respetan estos valores fundamentales del Estado constitucional, y en tanto que constitucional, laico.

En relación con el valor de la libertad, entendida como autonomía, el problema no se refiere tanto a la dimensión negativa de la libertad religiosa, sino más bien a su dimensión *positiva*. Se ha dicho que el Estado debe siempre garantizar una elección autónoma del plan de vida individual para luego favorecer su desarrollo. Esta actitud favorable ha sido muchas veces malinterpretada, trasladando sus efectos desde el plano del desarrollo al plano de la elección en sí misma, para sugerir una opción de tipo religioso –y, normalmente, la elección de la religión mayoritaria– que sea de alguna manera mejor con respecto a opciones de contenido no religioso. De esta manera, la dimensión positiva del derecho a la libertad religiosa viene a coincidir con un juicio positivo del factor religioso, que se basa en la presunción según la cual “cualquier sociedad tiene una profunda necesidad de los aportes de las religiones, y, entre estas, del aporte de la verdadera religión”³⁹. En este sentido, la laicidad se define como “sana” en oposición a los modelos (laicistas y, por ello, no sanos) que negarían esta valiosa aportación de las religiones a la sociedad, o “positiva”, al querer señalar la necesidad de un general y difundido *favor religionis*, justificado sobre el hecho de que acciones, políticas e instituciones religiosas producirían efectos positivos –desde un punto de vista axiológico– dentro de la sociedad en su conjunto. El principal de estos efectos positivos consistiría en devolver a la sociedad un *ethos* común, perdido en favor de una disgregación social dañina para el Estado constitucional, incapaz –según la célebre fórmula de Böckenförde⁴⁰– de garantizar las condiciones de libertad en las que se vive.

³⁹ P. CHIASSONI, “El Estado laico según Mater Ecclesia”, cit., p. 151.

⁴⁰ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari, 2010, trad. it. de M. Carpitella.

Nadie niega, por supuesto, que la religión juegue y pueda seguir jugando un papel relevante también en términos de cohesión social⁴¹. En este sentido, la teoría de Habermas del “aprendizaje complementario” es, en mi opinión, totalmente aceptable, ya que el Estado constitucional no debería renunciar, con carácter prejudicial, a los recursos de sentido que las religiones podrían producir para la comunidad, aunque con el límite de una “debida separación *institucional* entre religión y política”⁴².

El Estado tiene que favorecer –en el sentido de *facilitar*– planes de vida ya elegidos de manera autónoma por parte de los ciudadanos. Sin embargo, eso no significa que deba promover unos planes de vida –por ejemplo, los religiosos– por encima de otros. Mientras que la primera forma de favor no plantea particulares problemas en relación con el valor de la igual consideración y respeto, la segunda los plantea en la medida en que acabaría por preferir algunas opciones de vida frente a otras. La única alternativa para compatibilizar esta función de incentivo con el valor de la igual consideración y respeto sería garantizar a todos los planes de vida (religiosos, ateos, agnósticos) las mismas formas de incentivo, la que parece una idea aceptable, aunque difícil de alcanzar. Si en cambio el incentivo se convirtiera en un privilegio para algunas opciones se derivaría una forma de discriminación evidente en perjuicio de las opciones no privilegiadas. Como se ha dicho antes, el Estado constitucional y laico tiene que justificar sus decisiones ante todos y de esta carga se deriva la imposibilidad de utilizar como criterio para sus decisiones planes de vida individuales. En tal sentido, como señala justamente Gustavo Zagrebelsky, la “pretensión de cualquier religión revelada de hacer valer sus preceptos éticos –en cuanto tales, o sea, en cuanto religiosos– como fundamento de decisiones públicas, o de hacerlos valer como piedras de toque para evaluar su legitimidad, estaría totalmente injustificada”⁴³. Muchas veces esta tendencia se apoya en fórmulas “densas en apariencia y ambiguas en realidad” encaminadas a favorecer “pactos de unión”, “pactos

⁴¹ Sin embargo, como señala justamente G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 75, “admitida la exigencia de complementación del *ethos* público, ¿por qué debería ser la Iglesia católica el depósito al que recurrir? La respuesta es en realidad una petición de principio[...]: hay que dirigirse a la Iglesia porque la crisis actual depende precisamente de su marginación de la vida pública”.

⁴² J. HABERMAS, *Entre naturalismo y religión*, cit. Sobre este punto véase G. BLANDO, “L’inclusione di argomenti religiosi nei dibattiti intorno a questioni pubbliche. Una sfida per lo Stato costituzionale di diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2021, pp. 139-162.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste*, cit., p. 111.

de libertad” y “pactos de cooperación” entre Estado e Iglesia⁴⁴ que, si no se ven favorecidos, provocan acusaciones de laicismo.

7. CONCLUSIÓN PROVISIONAL

La laicidad positiva (o sana), como ha sido delineada hasta hoy por la Iglesia, no constituye, en mi opinión, una propuesta normativa sobre el concepto de laicidad adecuada para el Estado constitucional de derecho. Hay dos problemas en este concepto. El primero se debe a su fundamento ya que, en la mayoría de los casos, los partidarios de la laicidad positiva (o sana) defienden su postura utilizando argumentos de naturaleza puramente descriptiva –como, por ejemplo, el argumento de la amplia difusión de una religión en un contexto determinado. De esta manera, acaban por confundir (más o menos deliberadamente) entre el concepto de secularización –entendido como concepto meramente descriptivo –y el de laicidad– que, en cuanto concepto “controvertido” o “interpretativo”, tiene que ser apoyado por argumentos normativos. El segundo, en cambio, se refiere a la incompatibilidad entre la laicidad positiva y el valor de igual consideración y respeto resultante principalmente (aunque no de manera exclusiva) de una errada interpretación de la función promocional del derecho a la libertad religiosa.

El argumento sociológico de la más o menos elevada influencia de algunas religiones en una cierta sociedad no puede utilizarse para requerir a las autoridades del Estado un tratamiento de privilegio como “contrapartida de los indudables beneficios –espirituales y, en muchos casos, también materiales– que su duradera y ramificada presencia en el territorio ha producido en favor de la sociedad en su conjunto”⁴⁵. No puede negarse que algunas religiones –como, por ejemplo, en Italia la católica– gocen de una visibilidad y de más seguidores en comparación con otras. Sin embargo, extrapolar consecuencias prescriptivas de este hecho equivaldría a debilitar la misma capacidad normativa del derecho a la libertad religiosa, que debe ser garantizado a todos, y de igual manera, sin distinciones basadas en el plan de vida elegido. Ni siquiera podría utilizarse el argumento histórico –igualmente fáctico– expresado generalmente mediante la fórmula de las “raíces cristianas” (de

⁴⁴ G. CASUSCELLI, “La laicità e le democrazie: la laicità della ‘Repubblica democratica’ secondo la Costituzione italiana”, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, núm. 1, 2007, pp. 187-188.

⁴⁵ P. CHIASSONI, “El Estado laico según Mater Ecclesia”, cit., p. 153.

Europa, de los derechos, del concepto de dignidad, etc.), incurriendo, de lo contrario, en un claro ejemplo de “falacia genética” que acaba por “fundamentar la actual validez de una concepción o de una teoría en su origen”⁴⁶.

Si la Iglesia y las religiones en general pretenden contribuir a forjar un concepto de laicidad adecuado para el Estado constitucional de derecho, también tienen que abandonar una lógica de oposición que no hace más que debilitar el sentido de sus propuestas en el debate público. La existencia del enemigo laicista –que, conviene precisar, en determinados contextos y períodos ha sido muy fuerte y nada garantiza que no pueda volver a serlo⁴⁷– acaba por debilitar el modelo de laicidad propuesto por la Iglesia. Laicidad positiva y laicismo se justifican mutuamente y la falta de uno hace que desaparezca el otro: *simul stabunt aut simul cadent!*

No es tiempo de oposiciones, sobre todo en aquella constante obra de reelaboración que concierne al concepto de laicidad. No existe alternativa fuerte entre la laicidad positiva, llevada adelante por medio de una neutralidad cooperadora entre el Estado y las religiones, y el laicismo, llevado adelante por medio de una neutralización beligerante por parte del Estado hacia las religiones. Existen, sin embargo, valores fundamentales –la libertad y la igual consideración y respeto de todos los individuos– que deben servir como puntos de partida para cualquier propuesta normativa sobre la laicidad. Solo a partir de estas condiciones, y teniéndolas siempre en cuenta, volveremos a poner en marcha el debate sobre el problema de qué debemos entender por laicidad.

GIOVANNI BLANDO
Departamento de Derecho
Universidad de Nápoles Federico II
Edificio Pecoraro-Albani/Via Porta di Massa, 32 – octava planta
80133 – Napoli
e-mail: giovanni.blando@unina.it

⁴⁶ T. GUTMANN, *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, ESI, Napoli, 2016, trad. it. de P. Chiarella, p. 25.

⁴⁷ Piénsense en el ateísmo de Estado abolido solamente en 1990 por el Parlamento de la Unión Soviética y todavía presente en la República Popular de China, así como en la exclusión de los ministros de cultos del electorado pasivo en México.

EL LIBERALISMO AUTORITARIO Y LA CRISIS DE LA UNIÓN EUROPEA

THE AUTHORITARIAN LIBERALISM AND THE CRISIS OF EUROPEAN UNION

CLAUDIA ATZENI

Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro
<https://orcid.org/0000-0002-2327-5264>

Fecha de recepción: 3-12-21

Fecha de aceptación: 4-5-22

Resumen: *El concepto de liberalismo autoritario formulado por Hermann Heller en 1932 se ha convertido en objeto de discusión en el debate contemporáneo. De hecho, la crisis política y económica europea de los últimos 10 años parece actualizar perfectamente la idea de un retroceso democrático del orden económico liberal. En este artículo voy a analizar el nivel teórico y conceptual del liberalismo autoritario para luego centrarme en la influencia que esto tuvo sobre algunas formas de liberalismo contemporáneo (como el ordoliberalismo y el neoliberalismo) practicadas tanto durante el proceso de integración como en las respuestas de las instituciones ante la crisis europea.*

Abstract: *The concept of authoritarian liberalism formulated by Hermann Heller in 1932 has become a contemporary debate topic. Indeed, the European political and economic crisis of the last 10 years seems to perfectly replace the idea of a democratic withdrawal from the liberal economic order. In this article I am going to analyse the theoretical and conceptual level of authoritarian liberalism, and then dwell on the influence that it exercised on some forms of contemporary liberalism (such as ordoliberalism and neoliberalism) practiced both during the integration process and in the responses of institutions facing the European crisis.*

Palabras clave: liberalismo autoritario, República de Weimar, democracia, integración europea, crisis política y económica

Keywords: authoritarian liberalism, Republic of Weimar, European integration, economic and political crisis

1. EL CONCEPTO DE LIBERALISMO AUTORITARIO EN LA FORMULACIÓN DE HERMANN HELLER Y CARL SCHMITT

En 1933 Hermann Heller publicó un breve artículo titulado *Autoritärer Liberalismus?*¹ en la revista alemana *Die Neue Rundschau*. La pregunta, dirigida a lo que hasta hace poco había representado la oposición al primer gobierno socialdemócrata alemán, tenía una clara intención polémica: ¿Hasta qué punto un estado de emergencia puede desintegrar la autoridad del Estado democrático y debilitar sus fundamentos?

Al asignar un título similar a su trabajo *Liberalismo autoritario*, Heller hace una elección muy significativa: en una frase aparentemente contradictoria, él construye un concepto de increíble significado bajo el perfil sustantivo. Gracias a ello consigue resumir todo el sistema jurídico, político, económico y filosófico intrínseco a los últimos años de la República de Weimar, un período histórico complejo cuyo declive coincidió tristemente con los últimos años de su vida.

La reflexión de Heller sobre el liberalismo autoritario parte de la crisis de Weimar y el giro autoritario del Estado liberal². Al captar con agudeza la coincidencia entre la crisis del sistema legal alemán y la más amplia en la que se encuentran tanto el concepto de Estado democrático como la teoría subyacente³, Heller parece identificar el alcance real de la necesidad de autoridad que los detractores de la República de Weimar (la burguesía conservadora de von Papen, respaldada por ilustres académicos como Carl Schmitt) invocan con vigor. “*Authority Not Majority*” era el lema acuñado por Friedrich Julius Stahl en 1850 que usaron para expresar su intolerancia hacia la primera república alemana nacida en 1919 después de la Gran Guerra⁴.

¹ El artículo de Heller se publicó por primera vez con este título en la revista *Die Neue Rundschau*. En las páginas siguientes se hará referencia a H. HELLER, “Authoritarian Liberalism?”, *European Law Journal*, vol. 21, núm. 3, 2015, pp. 295-301.

² C. ATZENI, “Il liberalismo autoritario, breve storia di un concetto”, *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, núm. 2, 2021, pp. 1-19. M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

³ Como observaron Jacobson y Schlink, “*the short history of the Weimar Republic is above all a history of its crises, and the short history of the doctrinal and theoretical elaboration of the law of the state in the Weimar Republic is no less so*”, A. J. JACOBSON., B. SCHLINK (eds.), *Constitutional Crisis. The German and the American experience in Weimar: a jurisprudence of crisis*, University of California Press, Berkeley, 2002, p. 7.

⁴ H. HELLER, “Authoritarian Liberalism?”, cit., p. 295.

El análisis de Heller es doble: por un lado, él intenta cuestionar los límites del primer gobierno socialdemócrata alemán y los elementos críticos de las políticas emprendidas hasta ese momento; por el otro, observa con mucha atención las peticiones que vienen tanto del pueblo como de determinadas políticas, destinadas a invocar la presencia de un Estado fuerte. De hecho, ante una crisis económica trascendental, el neogobierno von Papen intentó responder con una serie de medidas económicas que llevaron a una drástica reducción del gasto público⁵. Al mismo tiempo, para que esto sucediera, la nueva clase dominante tuvo que intervenir directamente en el plano jurídico-político mediante una centralización del poder en manos del ejecutivo y una comprensión progresivamente más acentuada de las voluntades parlamentarias. Esta fue precisamente la idea expresada por Carl Schmitt el 23 de noviembre de 1932 en la conferencia *Sound Economy in a Strong State*, celebrada en Dusseldorf frente a la asociación Langnamverein (la más representativa de la clase media alemana de la época⁶).

Con el pretexto de pensar en las cuestiones económicas y administrativas que se apoderaron del estado prusiano, Schmitt introdujo la idea de un Estado fuerte entendido en una construcción política plena⁷. La doble vía en la que se mueve la idea de despolitización económica de Schmitt es clara, y debe interpretarse como un retorno a los sólidos métodos económicos del capitalismo privado a través de un proceso necesario que no puede ocurrir de forma natural⁸. El proceso de despolitización y la creación de esferas libres de Estado se refiere a un proceso político que, como tal, no puede materializarse por la economía misma (territorio neutral que, sin capacidad de decisión, no representa un sujeto político *ex-se*). El sujeto delegado debe, por tanto, ser el Estado, cuya autoridad se fundamenta en la capacidad (esta vez política) de

⁵ Respecto a la crisis de principios de la década de 1930, Rüstow dijo: “Among those who are competent judges of such things, there is almost unanimous agreement that the present crisis in Germany has been caused in great part by policies of interventionism and state subsidy”. A. RÜSTOW, “State Policy and the Necessary” en T. BIEBRICHER, F. VOGELMANN (eds.), *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, Rowman&Littlefield, London-New York, 2017, p. 143.

⁶ El título original del artículo presentado por C. Schmitt es *Gesunde Wirtschaft im starken Staat*, 1932. Véase C. SCHMITT, “Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders” en R. CRISTI, *Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998, pp. 212-232.

⁷ C. SCHMITT, “Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders”, cit., p. 213.

⁸ R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: strong state, free economy*, cit., p. 204.

establecer una economía de libre mercado y defenderla de aquellos objetivos no liberales que subvierten el mercado⁹. El liberalismo autoritario de Schmitt revela así la necesidad de que el paradigma estatal rompa con los esquemas del liberalismo clásico¹⁰, ya que la libertad de mercado, entendida como la libertad del Estado, no se realiza en el estado de naturaleza, sino que necesita ser constituida políticamente y reforzada por la autoridad estatal. Solo siendo fuerte, el Estado puede garantizar una economía saludable¹¹.

Esta circunstancia encuentra linealidad teórica en la distinción de Schmitt entre el ejercicio del poder constituyente (comprimido por formas jurídicamente predestinadas) y su sustancia. Esta, omnipotente y desvinculada de quien ejerce la representación, permitiría como tal una re-extensión de la esfera de poder ante circunstancias excepcionales¹². Y dado que la condición de crisis en la que se encontró la república de Weimar se presenta como tal, el Estado fuerte y necesario debe volver a expandir su poder y recomponer un orden desaparecido. Por lo tanto, el Estado fuerte se presenta como “*a monolithic structure, insulated by social influence and willing and powerful enough to force other actors into compliance with its decision*”¹³.

La posición de Schmitt hacia el orden democrático y lo que él consideraba como la deriva pluralista de la forma parlamentaria¹⁴, influyó plenamente en su trabajo a partir de 1923¹⁵. Para perseguir una crítica similar, Schmitt

⁹ W. STREECK, *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Katz, Buenos Aires-Madrid, 2016.

¹⁰ Véase, *ex plurimis*, E. GALLO, *Notas sobre el Liberalismo Clásico*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1984; N. BOBBIO, *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1993; G. DE RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, Comares, Granada, 2005; D. LOSURDO, *Contrahistoria del liberalismo*, El Viejo Topo, Barcelona, 2007.

¹¹ Schmitt estaba interesado principalmente en restaurar el “Estado fuerte”, asumiendo que lo que seguiría sería una “economía sana”. C. GALLI, “Carl Schmitt: politica ed economia nella crisi di Weimar”, *Filosofia politica*, núm. 1, 2019, p. 50.

¹² C. SCHMITT, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. de J. Díaz García, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

¹³ B. YOUNG, “What is Neoliberal in Germany’s and Europe’s Crisis Politics?” en J. HIEN, C. JOERGES (eds.) *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2017, p. 135.

¹⁴ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, MIT Press, Massachusetts, 1988, p. 31s.

¹⁵ De hecho, ya en 1921, en el momento de su *Die Diktatur*, Schmitt “*was able to identify, for the first time, what would become his main counterrevolutionary weapon [...] When in 1928 he published his Verfassungslehre, this was much more than a systematic, scientific treatise on constitutional legislation. In spite of his reassurances to the contrary, his constitutional treatise was also a political tract*”. R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, cit., p. 12.

partía de la consideración de que el Estado democrático es incompatible con el Estado liberal y que este –al abrirse a la democracia– habría traicionado la institución concebida por el pensamiento liberal clásico y sus ideales originales, volviendo ambiguas las prácticas parlamentarias y debilitando al propio Estado. El orden democrático (que para Heller encuentra su asiento natural en un estado pluralista compuesto) se traduce para Schmitt en la legitimación de grupos de poder que luchan entre sí por la supremacía, lo que impediría efectivamente la formación de una unidad política.

La circunstancia por la cual la tenencia del poder podía extenderse, a través del ejercicio representativo, también a grupos de interés que iban más allá de los esquemas de riqueza y cultura (a través de los dictados del constitucionalismo liberal), fue expresamente deseada por la burguesía alemana. Esto, por tanto, fue desventajoso para la creación de un proceso político homogéneo. En manos de formaciones sociales y económicas antagónicas –como los partidos o las primeras formas asociativas entre trabajadores– el parlamento dejaría entonces de proponerse como expresión identitaria de los “dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen”¹⁶.

Si en los escritos schmittianos de los años de Weimar y en las palabras que pronunció en 1932 (antes de convertirse en un *Kronjurist* del nazismo¹⁷), vemos por un lado el sentido de las críticas de Heller, por otro ya podemos detectar los probables riesgos: la complicada convivencia entre liberalismo y democracia; la inhomogeneidad como instrumento de reivindicación en manos de las masas y de potencial ruptura dentro del grupo social; la estratificación popular expresada en las concertaciones de nuevas formaciones sindicales, que pretenden obtener mejoras salariales frenando la libertad económica de las empresas –con una intervención encaminada a garantizar la protección social mediante subvenciones– canalizando la libertad económica del Estado hacia una Economía intervencionista y proteccionista.

En este contexto, Hermann Heller formula el concepto de liberalismo autoritario: la aspiración político-intelectual a un modelo estatal y organizativo orientado a imponer un orden económico liberal a través de un uso autoritario de la política. El autoritarismo estatal, hay que subrayarlo, no reside

¹⁶ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 230.

¹⁷ J.F. KERVÉGAN, *¿Qué hacemos con Carl Schmitt?*, trad. de A. García Mayo, Escolar y Mayo, Madrid, 2013.

en la gestión de las libertades de los individuos (todavía no estamos en un régimen político antiliberal *tout court*) sino en una gestión de las libertades económicas que lo hacen inaccesible al gobierno del pueblo.

El estado ya no está llamado a intervenir en la esfera económica solo cuando ocurren distorsiones del mercado. De hecho, capitalismo y democracia, mercado y derechos, Estado y economía ya no representan dicotomías insondables, sino espacios plausibles de relaciones incipientes dentro de los cuales deben asignarse nuevos roles a los términos puestos en juego.

Pues bien, es precisamente en la especificación de este último aspecto donde se capta la agudeza de Heller: la intuición traducida en una nueva definición (la del liberalismo autoritario) que al mismo tiempo determina, como veremos, la epifanía de su actual significado. Frente a una crisis de época que afectó a la sociedad, la voluntad política prusiana planteó la hipótesis de una nueva forma de modelo económico eminentemente político, mediante una reformulación del papel que las leyes, consideradas construcciones artificiales, deberían haber jugado en el ámbito económico.

No hay entonces una despolitización neta de la economía en el liberalismo autoritario. De hecho, las políticas estatales aseguran una presencia intermitente que toma prestada la estructura de las instituciones y el uso de la misma política. Además, diseñan esquemas que permitan, por un lado, la retirada del Estado de la política social (que debe implementarse mediante políticas de recorte del gasto público en el ámbito laboral y educativo) y, por otro, la presencia de una mano claramente visible, que aleja las opciones político-económicas de la disponibilidad del Parlamento, y, por tanto, de las masas.

El concepto de liberalismo autoritario maduró en un momento histórico en el que por primera vez existía una verdadera cuestión del orden económico¹⁸. Empujado por la gran burguesía, accedió a sacrificar la autoridad democrática del Estado, presentando sus instituciones típicas como anacrónicas, inadecuadas o, peor aún, absurdas¹⁹. En Weimar la crisis política y económica se combatió con una reexpansión de las funciones gubernamentales: el

¹⁸ H. HELLER, "Authoritarian Liberalism?", cit., p. 299.

¹⁹ Según Heller, la Constitución de Weimar se llevaba *ad absurdum*, el parlamentarismo era una institución sin sentido, y el control de la constitucionalidad un veneno destinado a devolver al Reich alemán a la condición de impotencia que tenía en los siglos XVII y XVIII. H. HELLER, "Authoritarian Liberalism?", cit., p. 296. Sobre la crisis de la autoridad política del estado y sus leyes en Weimar, cf. H. HELLER, "El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. Sección V: De la Economía" en H. HELLER, *Escritos Políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

liberalismo autoritario, de hecho, encontró su principal razón de existencia entre la centralización del poder en manos del gobierno (considerado necesaria para afrontar una crisis o una situación de emergencia) y una práctica política destinada a preservar el orden económico liberal.

2. LA IMPRONTA DEL LIBERALISMO AUTORITARIO EN EL LIBERALISMO CONTEMPORÁNEO Y EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

En los desarrollos que ha conocido el liberalismo desde la Segunda Guerra Mundial es posible encontrar ciertas características clave enraizadas en los supuestos schmittianos examinados por Heller. De hecho, tanto el ordoliberalismo como el neoliberalismo consideraron a la entidad estatal como una institución fundamental de la economía libre y como el único instrumento capaz de asegurar una política de mercado basada en las libertades económicas y en la competencia total²⁰.

Al redefinir el papel del Estado en la economía, el liberalismo contemporáneo tomó la visión de Schmitt de un Estado democrático “débil” porque incapaz de limitar la erosión de las libertades individuales y, sobre todo, de las libertades económicas.

Incluso el núcleo teórico del liberalismo autoritario había representado las libertades individuales como restricciones para la gestión y conducción de la conducta humana por parte de quienes gobiernan (como también sucedió con el ordoliberalismo y el neoliberalismo): “Gobernar no es gobernar contra la libertad o a pesar de ella, es gobernar mediante la libertad, o sea, jugar activamente con el espacio de libertad dejado a los individuos para que acaben sometiéndose por sí mismos a ciertas normas”²¹.

Sin embargo, el marco en el que se explican estas libertades solo puede ser heterodeterminado: “*Only the state can guarantee the basic human and societal requirements of order, peace and stability, which are requisites for freedom and cultural development*”²².

²⁰ W. BONEFELD, “Ordoliberalism and Political Theology: On the Government of Stateless Money” en J. HIEN, C. JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, cit., p. 259.

²¹ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nueva razón del mundo: Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, trad. de A. Diez, Gedisa, Barcelona, 2013, p. 16.

²² R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free economy*, cit., p. 6.

Por muy larga que sea la historia del liberalismo²³, parecería posible encontrar en el curso de su caracterización contemporánea algunos elementos comunes que irradian en las cuestiones individuales relativas al derecho, la política y la economía.

El liberalismo 1.0²⁴, que tenía la tarea principal de aprovechar el poder soberano sobre los gobernados, ya no era suficiente en el siglo XX. No solo porque el poder político se iba a convertir en una expresión de la comunidad (y el parlamento y los partidos en una expresión de la voluntad del pueblo), sino también porque el nuevo orden social y económico que se acercaba al “siglo corto”²⁵ se caracterizaba por la complejidad de las relaciones que se formaban entre los agentes económicos.

Si bien es plausible creer que existen diferencias objetivas entre los diversos programas teóricos del nuevo liberalismo (partiendo ciertamente de la ubicación geográfica en la que se desarrollan la escuela austriaca, la de Friburgo y la de Chicago), también existe una convergencia en el reconocimiento del sustrato de una *Weltanschauung* común entre las formas contemporáneas de liberalismo, que toman forma concreta de la siguiente manera: en presencia de un cierto orden (el *ordo*²⁶) y gracias a la acción de un cierto tipo de Estado, se construirían las condiciones para poder definir un modelo competitivo (*Wettbewerbsordnung*) como un modelo social inherente a una constitución económica (*Wirtschaftsverfassung*). Esta representaría la única barrera capaz de contener la presencia y el papel del poder económico y el

²³ F. CONTI, “Liberalismo” en A. DE BERNARDI, S. GUARRACINO (eds.), *Dizionario di storiografia*, Mondadori, Varese, 1996, p. 608. Según Conti, el término se ha utilizado de vez en cuando para indicar un partido o movimiento político, una ideología, una estructura institucional e incluso una fase de la historia moderna. También existen diferencias considerables, tanto en las modalidades como en los contenidos, entre las formas de liberalismo que han madurado en los distintos países.

²⁴ D. KLEIN, *Liberalism 1.0: The Genealogy of Adam Smith's Liberalism*, conferencia impartida en la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, núm. 8, 2017, <https://newmedia.ufm.edu/video/liberalism-1-0-the-genealogy-of-adam-smiths-liberalism/> (consultado por última vez el 10-11-2021).

²⁵ HOBSBAWM E., *Historia del siglo XX*, trad. de J. Fací, J. Ainaud, C. Castells, Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998.

²⁶ Para una contextualización de *The Ordo Manifesto of 1936* a la luz de las experiencias de los firmantes Franz Böhm, Walter Eucken y Hans Großmann-Doerth, véase T. BIEBRICHER, F. VOGELMANN (eds.) *The Birth of Austerity: German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, cit., p. 27.

pluralismo de intereses expresados por el *Machtkorper* (en el sentido schmittiano de Estado dominado por la sociedad)²⁷.

En este sentido, el liberalismo contemporáneo –independientemente de sus etiquetas– se presenta como el fundamento político-teórico de un sistema económico en el que las decisiones políticas y económicas gozan de un carácter normativo. Esto se materializa en la conciencia de que la política debe intervenir no directamente en el proceso económico, sino en el marco legal y constitucional, para que se creen las condiciones para explicar un orden tan eficiente como deseable²⁸.

En el enfoque destinado a revisar la relación entre las esferas política y económica (especialmente en lo que respecta a la lógica de esta última), las dos variedades más influyentes fueron: la Escuela Austriaca de Economía, con Ludwig von Mises y Friedrich A. von Hayek, como exponentes destacados (y convencidos de que la protección de las libertades individuales no hubiera podido negociarse²⁹), y el ordoliberalismo alemán (para el cual es necesario controlar y abordar el poder económico). Es en este último en el que, por razones de espacio y oportunidad, nos centraremos en las páginas siguientes.

A diferencia del liberalismo clásico, para el cual Estado y mercado representaban dos entidades estructural y funcionalmente diferentes, para el ordoliberalismo existía una relación innata entre los dos macro-sectores, hasta el punto de hacerlos interdependientes.

Desde el punto de vista del pensamiento “paleo-liberal” (como lo llama Alexander Rüstow³⁰), el Estado y el mercado producirían –como consecuencia de su insularidad– dos modelos diferentes de organización social, uno de los cuales está destinado a prevalecer sobre el otro, sobre la base de la preeminencia que el superior político asignará al elemento de la economía o al de poder.

El modelo de organización social en el que el poder debe retirarse por completo de la esfera económica es el modelo defendido por el liberalismo

²⁷ A. ZANINI, “Principi costitutivi e principi regolativi della *Wettbewerbsordnung* ordoliberalale. A proposito di Walter Eucken”, *Scienza e politica*, vol. XXIX, núm. 57, 2017, p. 33.

²⁸ Sobre el ordoliberalismo como filosofía social: A. D’ATTORRE, *L’Europa e il ritorno del “politico”*, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁹ V.J. VANBERG, “The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism”, *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, núm 4, 2004, p. 4.

³⁰ C. DEUTSCHMANN, *Disembedded Markets: Economic Theology and Global Capitalism*, Routledge, London, 2019, p. 38.

clásico: la teoría del *laissez faire*, de hecho, exige que el Estado se abstenga de intervenir en el mercado que se erige sobre un terreno espontáneo y naturalmente armonioso³¹. Por el contrario, el modelo en el que el elemento económico aparece como un mero medio de poder, podría estar representado por el corporativismo fascista y nazi, según el cual la organización de las fuerzas productivas se coloca en el interés supremo de la nación. Y es en esta dirección específica donde el poder debe intervenir³². Para los ordoliberales, por el contrario, el mercado no podía tener una existencia independiente de la del Estado. El orden ordoliberal nació como un entorno universal dentro del cual tuvo lugar la moralización de la vida económica³³. Esto apuntaba precisamente a moralizar la conducta partiendo de la conciencia de que la economía, lejos de ser un ente independiente, necesitaba una política de gobierno práctica.

La crítica del liberalismo clásico y del *laissez faire* va en esta dirección: la economía libre es una construcción social, un orden artificial dentro del cual el hombre explica su esencia, es decir, la de acceder a la libertad económica y a la libre competencia³⁴. Como Carl Schmitt, los ordoliberales también vieron el proteccionismo y las políticas de bienestar típicas del Estado democrático como una amenaza a la libertad humana. El Estado, para los ordoliberales, dejó de ser un mero vigilante nocturno³⁵ del orden público y la propiedad, para involucrarse plenamente en la vida del mercado.

En este sentido, el ordoliberalismo se planteó como heredero directo del liberalismo autoritario teorizado por Hermann Heller. Fue un movimiento que nació del encuentro de juristas (como Franz Bohm) y economistas (como Walter Eucken) –a quienes debemos la creación del término ordoliberalismo– pero que tuvo la influencia tanto de Alexander Rustow como de

³¹ Sobre la autorregulación espontánea de la economía y sobre la influencia que ejerció la idea fisiocrática del *laissez faire* en el pensamiento económico clásico: H. LANDRETH, D.C. COLANDER, *Historia del pensamiento económico*, McGraw-Hill, Madrid, 2006.

³² Véase M.A. WILKINSON., “The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2016, p. 9; M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit.

³³ A. MÜLLER-ARMACK, “Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social” en W. EUCKEN, H. VON STACKELBERG, W.RÖPKE, F. MACHLUP, F. LUTZ (eds), *La economía de mercado*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963, p. 93.

³⁴ A. RÜSTOW, “Organic policy (*vitalpolitik*) versus mass regimentation” en A. HUNOLD (ed.), *Freedom and Serfdom*, D. Reidel Publishing Company, Holland, 1961.

³⁵ Este término (*nachtwächterstaat*, en alemán) fue acuñado por F. LASSALLE, “Arbeiterprogramm”, *Reden und Schriften*, Reclam, Leipzig, 1987 [1862-1863], p. 221.

Wilhem Ropke (ambos exponentes del humanismo económico), así como de la Escuela Austriaca de Hayeck. Este último crítico, en algunos aspectos, participó e influyó con sus posiciones sobre el estado del bienestar y su definición de la competencia como proceso de descubrimiento³⁶.

La presencia de los ordoliberales en el debate sobre la interacción entre el Estado y la economía fue constante desde finales de la década de 1920. Con el célebre coloquio de Walter Lippmann³⁷, en 1938, hubo un reencuentro que permitió al equipo más representativo del liberalismo discutir, de manera proactiva, los temas críticos de sus escuelas. Luego, en 1947, formaron la Sociedad Mont Pèlerin³⁸ y dieron origen a las bases de la economía social de mercado. Este fue el eje del modelo de desarrollo económico propuesto por el ordoliberalismo y fijó el principal instrumento de distribución de la riqueza en el mercado competitivo.

La fuerza del ordoliberalismo también se explicaba en la capacidad de confiar el papel de equilibrar los intereses en conflicto entre grupos sociales opuestos a la despolitización, en el sentido schmittiano, de la intervención estatal en la economía. En la búsqueda de una racionalidad antidemocrática y en la recuperación de una forma readaptada de paternalismo jurídico-político, el Estado orienta su acción hacia la máxima realización de los deseos de los asociados. Se trata de una deseabilidad conducida, que pretende encauzar la libertad y el deseo en el lecho de la valorización del capital, transformando a los miembros de una masa proletarizada en muchos empresarios de sí mismos³⁹. En la eliminación del conflicto de clases y en el debilitamiento de las clases para satisfacer sus propias necesidades, la ruptura potencial se transforma en una suerte de cooperación competitiva establecida por el orden del capital, a la que cada uno se somete voluntariamente en el interés

³⁶ La Escuela Austriaca y la Escuela de Friburgo diferían en sus valoraciones del alcance de la intervención heterónoma en el mercado, pero no de su conveniencia: A. SOMMA, *La Germania e l'economia sociale di mercato. Da Weimar a Helmut Schmidt*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 13-14.

³⁷ R. S. TURNER., *Neo-liberal Ideology: History, Concepts and Policies*, University Press, Edinburgh, 2008, p. 63; P. DARDOT, C. LAVAL, *La nueva razón del mundo: Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, cit., 167.

³⁸ Véase P. MIROWSKI, D. PLEHWE (eds.), *The Road from Mont Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, en particular desde p. 417.

³⁹ A. SIMONCINI, "Un neoliberale a Parigi. Walter Lippmann e gli ordoliberali", *Scienza e politica*, XXIX, núm. 57, 2017, p. 67.

común de ser capaz de perseguir libremente lo preciso, y en el que vivir acaba coincidiendo con estar en el mercado⁴⁰.

Así, el liberalismo autoritario podría considerarse el punto de partida fundamental de los desarrollos posteriores del liberalismo⁴¹, sobre los que se asienta la construcción teórica del intento más importante de integración a través del derecho del siglo XX.

El marco de valores consolidado a partir de la Segunda Guerra Mundial a través de la “constitucionalización”⁴² de los sistemas europeos, encontró de hecho un límite en el desarrollo concreto de las relaciones geopolíticas posconflicto y en la práctica de las relaciones interestatales, especialmente en referencia al sistema económico que este proceso habría contribuido a lograr.

El proyecto europeo no centró el objetivo de construir un tejido político caracterizado por la normatividad, sino que adelantó una forma de constitucionalización supranacional profundamente diferente a la conocida por los Estados individuales y orientada principalmente al reconocimiento y circulación de las libertades económicas⁴³.

El carácter ordoliberal de la Unión Europea, de hecho, no debe encontrarse en disposiciones, tratados o en reformas individuales, sino en la forma misma en que se concibió la integración⁴⁴. El esquema ordoliberal del proceso de integración se revelaría en el papel que desempeñaron las libertades económicas fundamentales en la definición de las reglas del mercado, y también en la manera en que condicionaron el papel de la ley (que señaló las condiciones necesarias para la construcción del orden económico europeo). El derecho fundamental de la Unión, siempre presente tanto en los tratados

⁴⁰ A. SIMONCINI, “Un neolibérale a Parigi: Walter Lippmann e gli ordoliberali”, cit., p. 68.

⁴¹ R. S. TURNER., *Neo-liberal Ideology: History, Concepts and Policies*, cit., en particular a partir de la página 80.

⁴² El término se debe a Guastini, véase R. GUASTINI, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano” en M. CARBONELL SÁNCHEZ (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-74.

⁴³ Por lo que se refiere a al papel del “falso mito neoliberal” en el mercado, véase U. BECK, *La crisi dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 69. Por lo que se refiere a al proyecto europeo como relación inseparable entre integración y liberalización, véase W. STREECK, *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, cit.

⁴⁴ O. MALATESTA, “Sul concetto di *Wirtschaftsverfassung* in Franz Böhm. La costituzione economica ordolibérale da Weimar all'Unione europea” en A. COZZOLINO, O. MALATESTA, L. SICA (eds.) *Questione Europa. Crisi dell'Unione e trasformazioni dello Stato*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, 2021, p. 57.

como en las sentencias del Tribunal de Justicia, explicaría así su propensión a la institucionalización de la constitución económica desde sus orígenes.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951 y los Tratados de Roma de 1957 se inspiraron en el modelo funcionalista⁴⁵, ya que respondían a la necesidad de la unificación europea a partir de la puesta en común de los recursos económicos; circunstancia que anuló el criterio tradicional por el cual la unidad política debía primar sobre la unidad económica. La regulación del mercado interior y el derecho de la competencia eran partes cruciales de las competencias comunitarias. Al mismo tiempo, las políticas competitivas representaron el principal motor de esta primera fase de integración.

De hecho, los fundamentos de la Comunidad Europea incluyen: la libre circulación de mercancías (mediante el establecimiento del arancel aduanero común), la libre circulación de personas (específicamente de trabajadores), de servicios y de capitales. Estos son las cuatro libertades económicas fundamentales, tradicionalmente reconocidas como el principal instrumento para lograr la integración europea y “continuar el proceso de creación de una unión que se enmarque en los pueblos de Europa”⁴⁶, como establece el preámbulo del Tratado CEE.

Su objetivo principal era implementar el principio de no discriminación por nacionalidad. De hecho, el artículo 7 del Tratado CEE estableció un programa bien definido a favor de un mercado común para todos los países miembros. Su intención era eliminar entre sí las barreras arancelarias, las restricciones a la circulación de las personas, inversiones o transferencias y las trabas al establecimiento de empresas. En esta etapa, la cooperación supranacional aún tendía a potenciar el constitucionalismo democrático y social: en 1957 las instituciones optaron por que los estados miembros mantuvieran plenos poderes para elaborar sus propias políticas económicas nacionales, de conformidad con las normas establecidas para los ciudadanos de la UE. Las opciones que se referían a la laboriosidad real de las libertades económicas permanecieron bien conectadas con las preferencias socioeconómicas de los estados miembros, así como con los principios democráticos y el autogo-

⁴⁵ J.B. DUROSELLE, *Història Universal Contemporània*, Edicions Universitàries Catalanes, Barcelona, 1982.

⁴⁶ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, Preámbulo, 25 marzo 1957.

bierno expresados y valorados en la mayoría de las constituciones nacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁴⁷.

A partir de la segunda mitad de la década de 1970, las libertades se redefinieron para el lanzamiento de una unión monetaria que pudiera crear un mercado común y apoyar las capacidades de autoestabilización de los mercados financieros. Pero el colapso del sistema de Bretton Woods generará dos consecuencias fundamentales. La primera, determinada por el cambio de rumbo del orden monetario, aceleró el desarrollo del proceso de financiarización transnacional y del mercado financiero internacional privado. Por primera vez desde la Edad Moderna faltaba la perfecta congruencia entre la unidad política territorial y la unidad económica.⁴⁸ La segunda consecuencia fue la asignación de un estatuto específico y más reforzado a la libre circulación de mercancías.

Con la sentencia *Cassis de Dijon*, pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 20 de febrero de 1979, y con la Directiva del Consejo 88/361/CE sobre la liberalización de los capitales, las libertades se reinterpretaban como criterio rector de todo el movimiento de bienes y personas, del mercado y de toda la actividad económica.⁴⁹

La sentencia “*Cassis de Dijon*” golpeó con fuerza la prohibición de la discriminación nacional y la intención proteccionista, norma fundamental de la Comunidad Económica Europea⁵⁰. Al mismo tiempo, se alineó con las sentencias de los asuntos “*Van Gend en Loos contra Nederlandse Administratie der Belastingen*” y “*Costa contra ENEL*”, que sancionaban definitivamente los principios de efecto directo y primacía del derecho comunitario. Así se dio el primer impulso al proceso de integración europea, señal positiva en esta fase tan temprana y fruto del empuje del Tribunal de Justicia. Esta fase también fue definida como “*treaty constitutionalism*”⁵¹, dentro de la cual la Corte se configuró como el sujeto más activo en el proceso de integración a través del derecho.

⁴⁷ A. SOMEK, *Individualism*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

⁴⁸ P. F. DRUCKER, “Multinationals and Developing Countries: Myths and Realities”, *Foreign Affairs*, núm. 1, 1974; G. CHAMAYOU, *La société ingouvernable. Une généalogie du libéralisme autoritaire*, La fabrique, París, 2018, 157.

⁴⁹ M. LA TORRE, “La cittadinanza ‘liquida’. Cittadinanza dell’Unione europea e liberalismo autoritario”, *Sociologia del diritto*, núm. 3, 2015, pp. 105-130.

⁵⁰ M. LA TORRE, “La cittadinanza ‘liquida’. Cittadinanza dell’Unione europea e liberalismo autoritario”, cit., 118.

⁵¹ C. JOERGES, C. KREUDER-SONNEN, “Europe and European Studies in Crisis. Inter-Disciplinary and Intra-Disciplinary Schisms in Legal and Political Science”, *Discussion Papers, Research Unit: Global Governance*, 2016, p. 14.

El Tribunal Europeo, al flexibilizar las excepciones a la libre circulación establecidas en el artículo 30 y al considerar desproporcionados los límites en el caso en cuestión, amplió considerablemente el poder de revisión de las leyes nacionales en virtud de los Tratados. De hecho, ya no era la ley nacional la que limitaba el mero ejercicio de las libertades económicas lo que se cuestionaba, sino la comprensión más amplia de los principios constitucionales de los distintos ordenamientos jurídicos: el derecho a la salud protegido por la ley alemana o el principio de confianza legítima.

En realidad, la Corte determinó la fórmula *Dassonville*⁵² dotándola de un contenido más específico y estableciendo que “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas”⁵³ y, como tal, prohibida por el artículo 30 del TCEE (actual artículo 34 del TFUE). La sentencia “*Cassis de Dijon*” no solo dio un impulso en términos de uniformidad jurídica, sino sobre todo en términos de legislación: inspirándose en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁴ de 1970 –con la que el Tribunal sancionó la incuestionabilidad de las normas de derecho primario, incluso frente a límites establecidos por los principios expresados por las constituciones nacionales– el proceso de constitucionalización de la Unión se emancipó, alejándose progresivamente de la tradición constitucional de los distintos Estados miembros, considerada hasta entonces patrimonio común y esencial.

La Directiva 88/361 introdujo el principio de liberalización total de los movimientos de capitales en el complejo normativo de la Unión Europea, con el fin de dotar al mercado común de la UE de una dimensión financiera plena mediante la supresión de “las restricciones a los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros”⁵⁵.

Como muchos argumentaron, sin la Directiva de 1988 (que eleva la libre circulación de capitales a un derecho fundamental para todos los tenedores

⁵² F.W. SCHARPF, “The Double Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a ‘SocialMarket Economy’”, *MPIfG Working Paper*, núm. 9, 2012, pp. 1-38.

⁵³ Sentencia del Tribunal De Justicia de 11 de julio de 1974, n.5, *Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville*, Asunto 8-74.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Asunto 11-70.

⁵⁵ Directiva Del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (88/361/CEE).

de capital), Europa podría haber estado menos expuesta a la tecnología financiera de Estados Unidos. Incluso el grado de financiarización de la economía europea habría sido menor⁵⁶.

La nueva ubicación de las libertades económicas instó a los estados miembros individuales a abrir sus mercados, afectando también su autonomía en el ámbito de las políticas sociales y redistributivas, que permaneció firmemente apegada a las preferencias políticas de sus ciudadanos hasta finales de la década de 1970.

La libre circulación de capitales se calificó como un objetivo ambicioso y se redujo en su dimensión operativa a la libertad de pagos necesaria para hacer efectivas las demás libertades económicas y la libre circulación de mercancías. En realidad, esta nueva comprensión de las libertades económicas dentro del derecho comunitario denota un cambio de necesidades por parte de las Comunidades, cuyo objetivo de reducir las barreras proteccionistas en favor de la unión aduanera se ha ido transformando en la necesidad de evitar cualquier obstáculo a la libre competencia. El concepto de constitución económica supondría que el mecanismo competitivo queda inmune a cualquier tipo de intervención democrática, y que una vez establecidas las reglas del mercado, ya no pueden volver a discutirse. Esta es una característica que une la constitución económica europea con la ordoliberal⁵⁷.

3. LA CRISIS DE LA DEUDA EUROPEA COMO *EXPERIMENTUM CRUCIS* DEL LIBERALISMO AUTORITARIO

La crisis europea representó una oportunidad mucho más amplia para debatir la relación que podría trazarse entre las consecuencias de la crisis (es decir, las medidas realmente adoptadas a nivel institucional) y sus circunstancias. Si bien es cierto que las medidas adoptadas plantearon muchas cuestiones críticas –dando lugar a un Derecho y jurisprudencia de la crisis sumamente peculiar⁵⁸– también manifestaron las debilidades de la Unión en su conjunto, destacando cómo estas ya existían cuando estalló la crisis.

⁵⁶ A. MENÉNDEZ, “The Sinews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, pp. 374 – 398.

⁵⁷ O. MALATESTA, “Sul concetto di *Wirtschaftsverfassung* in Franz Böhm. La costituzione economica ordoliberal da Weimar all’Unione europea”, cit., p. 58.

⁵⁸ Para una revisión detallada de ambos, en el contexto de los problemas de la UE, véase C. MARGIOTTA, *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza*, Il Mulino, Bologna, 2018.

De hecho, la prolongación de la crisis nos obligó a repensar el marco legal europeo, así como sus equilibrios institucionales, hasta el punto de invertir todo el marco liberal. Precisamente el fundamento teórico de la unión monetaria y la ideología que acompañó al conjunto de medidas adoptadas para frenar la crisis,⁵⁹ parecen estar perfectamente alineadas con el liberalismo autoritario y su evolución: la Unión Europea se presentaría así como una manifestación contemporánea de una tradición de liberalismo autoritario que se remonta a la teología política de Carl Schmitt y expresa el proyecto político de los pensadores ordoliberales fundadores⁶⁰.

El condicionamiento mutuo que existe entre la crisis económica y política –acompañado de los posibles métodos seleccionados para enfrentar sus efectos– llevó a algunos autores a cuestionar la posibilidad de que existan analogías entre el contexto económico, legal y político (en el que el concepto del liberalismo autoritario) y el contexto que caracteriza a la Unión Europea hoy⁶¹.

Entre 2009 y 2010 quedó claro que algunos Estados miembros de la eurozona (en primer lugar Grecia) no podían cumplir sus compromisos a largo plazo por su déficit. Así, la *troika*, formada por representantes de la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, tuvo que afrontar una crisis multiforme⁶² (especialmente a partir de 2011) mediante una intervención que se desarrolló a través de una triple acción: la

⁵⁹ Sobre las ambigüedades del camino hacia la Unión Económica y Monetaria a partir de finales de los cincuenta, véase A. SÁNCHEZ BERROCAL, “Alemania, año cero: orígenes ordoliberales de la Unión Europea y nuevo constitucionalismo disciplinario”, *RECERCA. Revista De Pensament I Anàlisi*, 25, núm. 2, 2020, pp. 95-115.

⁶⁰ W. BONEFELD, *The Strong State and the Free Economy*, Rowman&Littlefield International, London, 2017, p. 13.

⁶¹ La idea de relacionar el concepto de liberalismo autoritario y el orden europeo contemporáneo se inspiró en un debate que se desarrolló entre académicos provenientes principalmente del área de la teoría jurídica (como Agustín José Menéndez, Alexander Somek, Kaarlo Tuori, Michael Wilkinson) pero que también involucró a filósofos políticos y científicos (como William E. Scheuerman) y sociólogos económicos (entre los que destaca Wolfgang Streeck). El debate dio lugar a un número monográfico del *European Law Journal* que se abre con la traducción, al inglés, del ensayo de Hermann Heller y que estimuló muchas reflexiones sobre una posible actualización del concepto. Véase *European Law Journal*, 21, núm. 3, 2015, pp. 285-429.

⁶² Menéndez identifica cinco crisis estrechamente interconectadas que habrían comenzado a injertarse en suelo europeo ya en 2007, generando una “crisis existencial” en la UE: económica, financiera, fiscal, macroeconómica y política, A.J. MENÉNDEZ, “The Existential Crisis of the European Union”, *German Law Journal*, núm. 14, 2013, p. 453.

adopción de medidas y rescate de fondos⁶³, el fortalecimiento de la gobernanza⁶⁴ y la adopción de políticas monetarias no convencionales destinadas a evitar el riesgo de deflagración de la eurozona⁶⁵.

En las narrativas sobre las condiciones económicas y financieras europeas de la crisis, expresiones como “crisis de la deuda pública” o “crisis de la deuda soberana” se convirtieron, por tanto, en protagonistas.

La crisis, que hasta entonces había sido reconocida como financiera –apareciendo como una mera consecuencia de la crisis de las hipotecas *sub-prime* estadounidense⁶⁶– se convirtió luego en una crisis de deuda pública, transformándose en una especie de “prerrequisito” para cualquier elección

⁶³ Un ejemplo de ello son los fondos de “rescate”, es decir, aquellas medidas destinadas a la ayuda macrofinanciera del país en riesgo de recesión: el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (adoptado mediante el Reglamento UE 407/2010) y el Fondo Europeo para estabilidad financiera. Con la Decisión 2011/199/UE de 25 de marzo de 2011, el Consejo Europeo modificó el artículo 136 del TFUE permitiendo a los Estados miembros de la zona euro establecer “un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto”, decretando así la constitución del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), en sustitución del MEEF y del FEEF.

⁶⁴ Las instituciones gubernamentales supranacionales ampliaron significativamente sus poderes de coordinación y vigilancia en materia de políticas económicas y fiscales de los Estados miembros, adoptando el “paquete de seis medidas legislativas” y el “paquete de dos medidas legislativas”. El primero, que incluye el Reglamento de la UE n. 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011 y la Directiva 2011/85/UE, tuvo como objetivo fortalecer los procedimientos previstos para la vigilancia multilateral y el déficit excesivo, mediante el establecimiento de obligaciones adicionales para los Estados miembros. El segundo, que incluye el Reglamento de la UE no. 472/2013 y 473/2013, tuvo como objetivo completar y reforzar las normas previstas para la integración económica y la convergencia entre Estados, haciendo más eficaz tanto el procedimiento del Semestre Europeo como la parte preventiva y correctiva del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

⁶⁵ Referencia al programa de compras ilimitadas de deuda pública (OMT) lanzado por el Banco Central Europeo.

⁶⁶ No nos detendremos en los cortocircuitos del sistema económico-financiero y bancario estadounidense, ni en las fallas que llevaron a la explosión de la burbuja inmobiliaria, ni en las razones que sustentan el peso de las hipotecas subprime en la economía real de gran parte de la economía en Estados Unidos. Sin embargo, es importante subrayar que la crisis europea se presenta como un epifenómeno de la americana: aunque no representa una consecuencia directa –porque las crisis estallan por diferentes motivos– sin embargo representa una consecuencia inevitable. Especialmente si consideramos las estrechas relaciones económicas y financieras de dos potencias, ambas partes de un sistema capitalista globalizado. Sobre este punto, véase: W. STREECK, *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, cit.

política, económica y social en Europa desde 2010⁶⁷. Estas opciones dieron como resultado el inicio de un camino de reforma que tomó el nombre de política de austeridad.

La idea de que, en condiciones de recesión económica, el gasto público de un país debe ser contenido, contribuyó a hacer del análisis de gasto público (conocido como *Spending Review*) un mantra de la década de crisis a la que se enfrentó la Unión Europea. En realidad, esto ya representaba uno de los principios de la idea liberal smithiana⁶⁸, que contribuyó a la construcción del ahorro como virtud pública y de la colectividad, así como a la idea típicamente marginalista según la cual, en tiempos de recesión, la reducción del gasto público produciría, en poco tiempo, un efecto estimulante del crecimiento⁶⁹.

Las medidas adoptadas con motivo de la crisis acentuaron una visión neoclásica del gasto del ahorro (posición que había reaparecido en las economías occidentales modernas a raíz de la gloriosa década del treinta), revirtiendo el paradigma keynesiano del consumo como algo positivo en el crecimiento de la capacidad productiva y la ocupación⁷⁰. Esta posición parece estar en clara divergencia con la que, a partir de la década de los noventa, se convirtió en la teoría macroeconómica dominante: la presencia de desequilibrios y depresión económica, la realización de efectos expansivos, solo sería posible con el aumento de la tributación y la contención del gasto público. Se trata de la denominada austeridad expansiva, cuyo patrón se vio fuertemente reforzado durante la crisis económica europea, y que representó uno de los pilares de las medidas adoptadas a partir de 2010. De acuerdo con este modelo, que persigue la idea de reducir la carga tributaria como componente necesario de una economía sana, los recortes en el gasto público implementados en un período de déficit serían recibidos racionalmente como el signo de una futura reducción tributaria que impulsar el consumo a corto

⁶⁷ Como señala Benjamin Lemoine en su libro *L'ordre de la dette*, los debates sobre las medidas de la deuda destacan regularmente el vínculo entre calificar y cuantificar los problemas de la deuda pública: B. LEMOINE *L'ordre de la dette. Enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, Éditions La Découverte, Paris, 2016.

⁶⁸ A. SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, trad. de C. Rodríguez Braun, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

⁶⁹ Hoy, los partidarios de esta idea son principalmente los economistas Alberto Alesina y Francesco Giavazzi, por ejemplo, A. ALESINA, C. FAVERO, F. GIAVAZZI, "The output effect of fiscal consolidation plans", *Journal of International Economics*, vol. 96, núm. 1, 2015, pp. 19-42.

⁷⁰ De ahí la construcción de la paradoja del ahorro (evidentemente en términos críticos). Véase en particular J.M. KEYNES, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, trad. de E. Hornedo, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 1965.

plazo. Más allá de la capacidad real para implementar el pronóstico, lo que justificaría la austeridad expansiva como un plan de acción hipotético para la consolidación fiscal es su supuesto. Basándose en esto, de hecho, los países con deuda pública por encima de cierto umbral, equivalente al 90% del PIB, experimentarían sistemáticamente menores tasas de crecimiento económico⁷¹. Una cifra que constituiría la “regla empírica” de la insostenibilidad de niveles excesivos de deuda pública y que, en consecuencia, demostraría la urgencia con la que los Estados con un alto nivel de endeudamiento deben prever la reducción definitiva de su déficit.

Esta regla, formulada por los economistas Reinhart y Rogoff⁷² –provenientes respectivamente del Fondo Monetario Internacional y de la Universidad de Harvard– recibió un eco considerable no solo desde el punto de vista científico. Su estudio, de hecho, tomó como parámetro de justificación las políticas de austeridad implementadas a partir del caso griego, encontrando en Olli Rehn (comisario europeo de Asuntos Económicos y Monetarios de 2010 a 2014, y vicepresidente de la Comisión Europea de 2011 a 2014) uno de sus principales partidarios⁷³. Sin embargo, el estudio resultó ser incorrecto debido a algunas inexactitudes técnicas que comprometieron el análisis de datos⁷⁴. No obstante, la austeridad expansiva representó el motor inmóvil de la gestión de crisis.

El peso que asumió la categoría de deuda dentro del sistema europeo es evidente si consideramos cómo las intervenciones de gestión de la deuda pública encontraron siempre, en la arquitectura de los Tratados, una base jurídica para su aplicación.

⁷¹ C. PETRAGLIA, F. PURIFICATO, “Moneta unica e vincoli sovranazionali alle politiche fiscali nell’Eurozona alla prova della crisi”, *Rivista economica del Mezzogiorno*, núm. 4, 2013, p. 1079.

⁷² C.M. REINHART, K.S. ROGOFF, “Growth in a Time of Debt”, *NBER Working Paper*, núm. 15639, 2010, pp. 1-26, <https://www.nber.org/papers/w15639.pdf>. (consultado por última vez el 10/11/2021).

⁷³ Como señala varias veces Vittorio Daniele, por ejemplo en V. DANIELE, “L’austerità espansiva. Breve storia di un mito economico” en A. DI MAIO, U. MARANI (eds.), *Economia e luoghi comuni. Convenzione, retorica e riti*, L’Asino d’Oro, Roma, 2015, p. 59, n. 12.

⁷⁴ El sesgo estadístico en que incurrieron los autores del ensayo objeto de refutación provocó cierto alboroto: véase T. HERNDON, M. ASH, R. POLLIN, “Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff”, *PERI Working Paper*, núm. 4, 2013, pp.1-25. Los autores agregaron, al original, un artículo de 2013 disponible en <https://scholar.harvard.edu/rogooff/publications/growth-time-debt> (consultado por última vez el 10/11/2021) indicando los errores metodológicos comprometidos, pero manteniendo firmes sus posiciones.

La gestión de la deuda pública recibió, de hecho, una atención preponderante en la estructura europea ya a partir del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)⁷⁵, que, en el artículo 121, párrafo 1, enfatizaba el criterio de estabilidad de precios (es decir, capacidad de mantener baja la inflación) y la buena salud de las finanzas públicas (en el sentido de que el presupuesto público de los Estados individuales debería haber permanecido por debajo de un cierto umbral, con referencia a la relación entre el déficit público y el producto interno bruto y entre la deuda pública y el PIB). La necesidad de la convergencia como expresión de la integración entre diferentes marcos económicos todavía estaba bien definida en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁷⁶. Al igual que el Tratado de Maastricht de 1992, que incluía entre sus objetivos fundamentales el de establecer parámetros de convergencia⁷⁷ que limitaran el endeudamiento de cada país. Además, la estabilidad de precios se convierte en un principio real del Derecho de la Unión Europea, tal y como establece expresamente el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea.

La gran superación de los umbrales esperados fue el motivo que provocó el estallido de la crisis, anunciando el riesgo inminente de que los Estados

⁷⁵ El Tratado Internacional establecido por la Comunidad Económica Europea, junto con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, representó la pareja de los Tratados de Roma firmados el 25 de marzo de 1957. Para la versión oficial del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, consultar: <http://www.europedirectteramo.it/files/CEE.pdf> (consultado por última vez el 10/11/2021).

⁷⁶ El Pacto de Estabilidad y Crecimiento se adoptó en 1997, paralelamente a la promulgación del Tratado de Amsterdam. Ambas disciplinas asumieron una gran importancia: el Tratado de Amsterdam, desde un punto de vista propiamente –y aparentemente– político, preparó la ampliación de la Comunidad Europea hacia el este, mientras que el Pacto de Estabilidad y Crecimiento reforzó, de forma contingente, la economía y Unión monetaria. Evidentemente, ambas disciplinas tenían como objetivo homogeneizar un proceso de reforma orientado a igualar los estatutos económicos y políticos tanto de los países que se preparaban para salir para siempre del bloque socialista, como de los países europeos que ya compartían un mercado interno. El Tratado de Maastricht preveía un déficit presupuestario que no superaba el umbral del 3%. Con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 se especificó, sin embargo, que el umbral debería afectar a los países que presentaban una situación compleja desde el punto de vista económico-financiero, anticipando lo que realmente se lograría con el Pacto Fiscal.

⁷⁷ Sobre la transición a la moneda única, con especial referencia a las posibles cuestiones críticas relacionadas con el requisito previo necesario de la convergencia con respecto a la unión monetaria, véase P. DE GRAUWE, “The Economics of Convergence: Towards Monetary Union in Europe”, *Weltwirtschaftliches Archiv*, núm. 1, 1996, pp. 1-27.

no pudieran devolver bonos y obligaciones, alterando así la estabilidad de toda la eurozona.

En realidad, la llegada de la crisis a Europa se produjo en un terreno que ya era en parte resbaladizo, y luego irrumpió en algunas economías estatales extremadamente frágiles⁷⁸. De hecho, la crisis de la deuda soberana (que surgió violentamente a partir de 2010) no solo se explicó por el alto nivel de déficit y deudas públicas, sino que se debió a una profunda asimetría estructural entre economías fuertes y economías débiles de la eurozona. Una diferenciación, es decir, entre países centrales (entre los que sin duda destaca Alemania), que se distinguen por la solidez de sus economías y por una importante contención de la deuda pública, y los países periféricos, marcados por una mayor vulnerabilidad ligada a dinámicas insostenibles de la deuda pública. Se trata de los denominados países PIIGS, acrónimo utilizado con el riesgo de que de la asonancia del neologismo (que hoy se ha convertido en un término real en el centro de cualquier escrito sobre la crisis europea) surja una cierta dosis de sarcasmo. En inglés, de hecho, la palabra *pigs* significa “cerdos”. En este artículo he optado por utilizar un acrónimo diferente (GIPSI), no tanto por mera cortesía intelectual, sino porque parece más funcional, ya que la sucesión de sus letras (en inglés) corresponde a la sucesión cronológica de los estados que entraron en crisis y sus iniciales: Grecia, Irlanda, Portugal, España e Italia.

Por tanto, observamos que el uso de la austeridad no solo afectó el nivel cuantitativo de las medidas adoptadas en el ámbito nacional de los países individuales, sino que definió cualitativamente los estándares de estos, especialmente los de la eurozona que presentaban un riesgo real de *default*. De hecho, una visión típicamente liberal de la deuda se corresponde con una visión típicamente liberal del deudor, y esto es evidente si consideramos que la concesión de ayudas económicas está sujeta a una estricta condicionalidad.

La creencia de que el riesgo de *default* se debía en gran parte a un derroche de recursos públicos por parte de los estados en crisis y a haber gestionado sus arcas actuando más allá de sus posibilidades⁷⁹, si, por un lado,

⁷⁸ En este sentido también J.E. FOSSUM., A.J. MENÉNDEZ, (eds.), “Which Crises? Whose Crises?”, en *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, ARENA Report, núm. 2, 2014, p. 9.

⁷⁹ Esto es lo que Blyth, utilizando una luminosa metáfora, definió el mayor “*bait and switch of modern history*”. El autor compara el uso que las instituciones europeas hicieron del concepto de riesgo moral para justificar la austeridad, con esa práctica comercial a través de la cual el vendedor intenta atraer la atención del cliente hacia un producto con un precio muy

era el *leitmotiv* de las declaraciones adelantadas por analistas, organizaciones y académicos que abordaron los acontecimientos europeos de la crisis, por otro lado, reforzó la idea de que, para evitar el abismo, los Estados deberían haber afectado su gasto público a nivel estructural, interviniendo con fuerza en el gasto y frenando el desperdicio de fondos públicos que se había producido hasta ese momento. Si miramos las áreas que hicieron que los Estados en crisis fueran realmente “derrochadores”, podemos darnos cuenta de cómo viven principalmente en el bienestar. Al leer el memorándum de entendimiento⁸⁰, queda claro que a los déficits en el gasto público en protección social –que afecta principalmente a los fondos destinados a salud, educación, pensiones, así como protecciones subsidiarias para apoyar los ingresos y la pobreza– han sido atribuidos el mayor estigma en definir la deuda. Para recuperarse de la crisis habría bastado con realizar recortes en el gasto previsto en estas directrices, recomponiendo así el déficit y relanzando el crecimiento económico. Sin embargo, las medidas adoptadas en este sentido resultaron en gran medida ineficaces⁸¹.

A partir de estas consideraciones, se utilizaron una serie de medidas de emergencia que debieron presentarse, por su propia naturaleza, como temporales, pero pasaron a formar parte irreversiblemente del Derecho primario y del Derecho derivado de la Unión.

Si es cierto que la condicionalidad puede leerse como la parte de la solidaridad que el Estado deudor devuelve a los acreedores (que gestionan conjuntamente la ayuda financiera para salvaguardar su situación económica y financiera en crisis), es igualmente cierto que produce sacrificios considerables para el Estado que está sometido a ella, en términos de una importante disminución de su esfera pública soberana. La relación entre Estado acreedor y Estado deudor resultó ser un sometimiento casi total del segundo al primero, alimentando una asimetría que está impidiendo efectivamente la

bajo, pero con la intención de venderle otro más caro, que es un señuelo. M. BLYTH, *Austerity. The History of a Dangerous Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 73.

⁸⁰ Se trata de protocolos específicos sobre la condicionalidad de las políticas a adoptar. Indican en detalle aquellas medidas de política económica que debe seguir el Estado receptor de ayuda macrofinanciera. El cumplimiento de las condiciones impuestas sirve como referencia para evaluar el desempeño de las políticas, en el contexto de las revisiones requeridas por los marcos de asistencia financiera.

⁸¹ Véase P. J. CASTILLO ORTIZ, “La crisis y las transformaciones del derecho público estatal y europeo vistas por la Academia española”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014, pp. 281-304.

igualdad política entre los Estados miembros y, por tanto, una unidad política a nivel supranacional. Lo que se perdió fue la participación activa de la población europea en la vida democrática de la Unión. Las medidas tomadas han tenido un impacto tan fuerte en las políticas monetarias de los estados individuales que sería ingenuo no admitir que la política monetaria afecta inevitablemente la política económica de los estados miembros individuales⁸². Y dado que una parte esencial de la política económica está representada por la política fiscal, es evidente que los ciudadanos de los Estados miembros pasaron por decisiones extremadamente relevantes en cuanto a la gestión del gasto público en sus propios países sin poder intervenir⁸³. La explosión del liberalismo provocada por la crisis del euro se refleja así en una “desdemocratización”, ya que las políticas dictadas por la emergencia sustituyeron a las prácticas democráticas del proceso de producción legislativa⁸⁴.

Finalmente, hay que señalar necesariamente que la crisis alimentó una asimetría también en relación con el equilibrio institucional de la UE, creando una mezcla de poderes legislativos de las instituciones en sectores que, antes de la crisis, se limitaban a ellas⁸⁵. En el aspecto administrativo, la UE aparece dominada por el sistema de gobernanza que refleja cada vez más el intento de gestionar los cambios y conflictos en curso a través de vías de regulación. El déficit económico que provocó la crisis alimentaría así el déficit democrático, que se manifiesta en la vulneración de las prerrogativas parlamentarias dentro del proceso de toma de decisiones⁸⁶.

⁸² Éstos tendrían la competencia exclusiva en la materia, ya que ésta no entra en el ámbito de competencia exclusiva, como se indica en el artículo 3, ni en el concurrente, como se indica en el artículo 4, y mucho menos en la hipótesis prevista en el artículo 6 del TFUE (que establece que “la Unión Europea puede intervenir para apoyar, coordinar o complementar la acción de los países de la UE” en relación con ámbitos de actuación específicos).

⁸³ M.A. WILKINSON, “The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism”, cit., p. 8.

⁸⁴ Christian Jorges habla de *managerial decisionism*. C. JOERGES, M. WEIMER, “A Crisis of Executive Managerialism in the EU: No Alternative?”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, núm. 7, 2012, p. 32.

⁸⁵ M. DAWSON., F. DE WITTE, “Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis”, *The Modern Law Review*, núm. 5, 2013, p. 824.

⁸⁶ En este sentido, también se ha hablado de los structural-institutional deficits como un obstáculo para la búsqueda de una solución viable al “*democracy-capitalism conundrum for a globalized financial order*”. M. GOLDMANN, S. STEININGER, “A Discourse Theoretical Approach to Sovereign Debt Restructuring: Towards a Democratic Financial Order”, *German Law Journal*, núm. 17, 2016, p. 712.

El valor político de la práctica de emergencia tiene un doble significado en el marco europeo contemporáneo. En primer lugar, la emergencia se puede rastrear hasta el sistema legal, y las limitaciones y decisiones tomadas en su validez pueden convertirse en instituciones reguladoras de vida asociada (incluso fuera de los términos y formas que habían justificado su adopción), creando así una despolitización de todo el proceso deliberativo y haciendo que las alteraciones definitivas nacieran para ser provisionales. En segundo lugar, ante la inevitabilidad del agravamiento de la crisis, parece necesaria la resolución de emergencia de los problemas, permitiendo la superación de los canales clásicos de representación y haciendo de la degradación del principio de separación de poderes (propio del Estado moderno) un mero hecho que puede ser superado por la situación contingente.

Entonces, una especie de autoritarismo de emergencia que, reflejando también el equilibrio institucional de la Unión Europea, podría encajar en el marco más amplio del liberalismo autoritario, además de seguir cavando el surco problemático ya trazado por la integración económica. Una estrategia de emergencia que corre el riesgo de madurar no como un mero accidente, sino como una consecuencia inevitable de la retirada institucional de la dialéctica política del proceso de integración europea.

Finalmente, quisiera mencionar los efectos que trajo consigo la pandemia de coronavirus COVID-19 en un contexto como el descrito hasta ahora: en la dramática simetría de la propagación del virus, las medidas económico-financieras europeas diseñadas para contrarrestar la tercera ola⁸⁷ de riesgo de crisis parecen insuficientes, problematizando aún más las asimetrías anteriores entre los Estados miembros.

4. CONCLUSIONES

La falta de participación activa de la ciudadanía en los procesos de deliberación supranacional, la constitucionalización de las libertades económicas, la redefinición del equilibrio institucional extremadamente sesgado hacia el

⁸⁷ E. MOSTACCI, "La terza onda. L'Unione europea di fronte alle conseguenze economiche della pandemia", *DPCE*, núm. 2, 2020, p. 2370. Para un examen de las medidas específicas, ya previstas o en curso (el MEDE sanitario, el SURE, como instrumento de apoyo temporal por el desempleo, las contribuciones del BCE y la Nueva Generación de la UE), véase: pp. 2380-2390. M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, "El gobierno europeo de la crisis del coronavirus", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 34, 2020, pp. 1-19.

ejecutivo, representan aspectos que facilitarían la utilización del concepto de “liberalismo autoritario” para describir el cuadro de la nueva gobernanza que ha surgido en Europa desde la crisis, y que actualizaría esa fusión entre el liberalismo económico y la forma autoritaria de ejercicio de las políticas gubernamentales a la que me refiero en la primera parte de este artículo.

A la luz de las consideraciones anteriores, la idea de que existen similitudes entre la crisis de Weimar y la crisis económica europea puede parecer plausible⁸⁸. Con la conciencia de que los diferentes contextos históricos hacen que todo intento de asimilación sea complejo –y casi forzado– sería posible identificar analogías tanto a nivel económico (inflación, desempleo, recortes del gasto público, austeridad) como a nivel político (adopción de emergencia, centralización de las funciones de toma de decisiones, problemas de legitimidad democrática tanto en entrada como en salida). Por cierto, la crisis económica posibilita un paralelismo entre los dos contextos diferentes bajo la óptica del liberalismo autoritario. En ambos casos, la crisis genera una nueva idea de autoridad política (que se traduce en una nueva retórica del proceso constitucional), pero también una nueva idea de estructura económica, según la cual la necesidad de salir de la crisis requiere la dependencia de la política de las acciones económicas necesarias.

Por tanto, se podría suponer que una integración negativa ha condicionado irreversiblemente la unión política europea. La opción de constitucionalizar las libertades económicas, de hecho, desde la segunda posguerra, sin prever una igualación de las regulaciones relativas que procesan tales imposiciones a través de sistemas democráticos internos, no puede sino ser el resultado de un proceso político. Si hay un proceso de constitucionalización económica, significa que la decisión político-económica la da la ley. Por tanto, entre unión económica y unión política residiría la misma relación de necesidad que existe entre economía y política. Al mismo tiempo, preparar –como hemos visto– una intensificación de los principios vinculados al libre mercado y fallar, sin embargo, en asegurar un sistema de protección que garantice la democratización de las prácticas económicas, ha impedido desde un principio la discusión sobre las restricciones impuestas por la unión económica primero y después por la unión monetaria. El déficit democrático comienza ahí mismo.

⁸⁸ M.A. WILKINSON., *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit.; M. POPOV, “Authoritarian Liberalism in Contemporary Europe: Methodological Approaches and Conceptual Models”, *Politics In Central Europe*, núm. 3, 2019, pp. 443-458.

También podríamos argumentar que el liberalismo autoritario representa un concepto meramente polémico y que, al describir un cierto tipo de liberalismo (el que se practicaba en los años de Weimar) a nivel teórico y político, sería una noción predominantemente política y producida a partir de un punto de vista histórico específico⁸⁹. Sin embargo, aunque no se puede negar que todo el ensayo de Heller representa un intento desesperado de estimular –antes de que sea demasiado tarde– un diálogo con aquellos a quienes él mismo atribuye el declive de la república alemana, parece simplista considerar que las intuiciones hellerianas se han agotado históricamente. Por primera vez en la estela de la tradición liberal, se inserta la visión de un estado confiado a la construcción de una *vitalpolitik*, es decir, una moral empresarial; un Estado que debe intervenir para resolver las crisis producidas por el desorden democrático y que ve precisamente la acción encaminada a limitar la democracia como una precondition ineludible de la economía liberal⁹⁰.

Esta eventualidad anula inmediatamente la que se refiere a la delicada relación entre democracia y liberalismo; una relación que nunca ha dejado de representar un problema real: el hecho de que ante una crisis económica vuelva a manifestarse como un problema, no puede hacernos creer que lo sea solo en esa circunstancia. También en este caso, la crisis es, en sí misma, un evento “catalizador” (usando la terminología de Menéndez) que, como tal, muestra los efectos de premisas ya existentes.

Si, por tanto, es posible encontrar en el concepto de liberalismo autoritario una posible categoría epistemológica a la luz de la cual describir tanto las orientaciones jurídicas, políticas y económicas de las instituciones europeas tras la crisis europea de 2009-2010, y las criticidades preexistentes sobre las que se detuvo a lo largo de estas páginas, entonces valdría la pena reconsiderar seriamente la relación entre liberalismo y democracia. Pero no en el verdadero sentido de Schmitt (es decir, en la idea de que ambos se han corrompido mutuamente), sino, más bien, argumentando que la naturaleza problemática de esta relación –incluso en la Unión Europea de los últimos

⁸⁹ Citando el texto de Neumann: “From a historical point of view, the notion of the *Rechtsstaat* is a political one, and therefore, like every political conception, a polemical one [...]”. F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in modern society*, Berg, Oxford, 1986, p. 180.

⁹⁰ R. PTAK, “Neoliberalism in Germany. Revisiting the Ordoliberal Foundations of the Social Market Economy” en P. MIROWSKI, D. PLEHWE (eds.), *The Road from Mont Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, cit., p. 105.

años- radica en el hecho de que el liberalismo sigue apareciendo la mejor forma de “neutralizar” la democracia⁹¹.

CLAUDIA ATZENI
Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia
Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro
Viale Europa - 88100
Catanzaro (CZ), Italia
e-mail: claudia.atzeni@unicz.it

⁹¹ R. CRISTI, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, cit., p. 17.

**INTERVENCIÓN HUMANITARIA
Y RESPONSABILIDAD DE PROTEGER:
LA FRÁGIL REGULACIÓN JURÍDICA DE UN IMPERATIVO MORAL**

*HUMANITARIAN INTERVENTION
AND RESPONSIBILITY TO PROTECT:
THE FRAGILE LEGAL REGULATION OF A MORAL IMPERATIVE*

CARMEN ROCÍO GARCÍA RUIZ
Universidad Loyola Andalucía
<https://orcid.org/0000-0002-2698-543X>

Fecha de recepción: 2-12-21
Fecha de aceptación: 20-6-22

Resumen: *Los conceptos de intervención humanitaria y responsabilidad de proteger han sido formulados con la intención de dar respuesta a una vieja cuestión: cómo responder ante situaciones de flagrantes violaciones de derechos cometidos por los Estados sobre sus propios ciudadanos, aquellos a los que está llamado a proteger. Sustentada sobre la formulación de la guerra justa o la propia concepción de humanidad, en ella subyace la difícil relación entre tres de los principios estructurales del Derecho Internacional Público: soberanía, uso de la fuerza y protección de derechos humanos. El presente artículo analiza la evolución de ambos conceptos, las diferencias entre ambos y los obstáculos que dificultan su aplicación efectiva, agravados por la situación actual.*

Abstract: *The concepts of humanitarian intervention and responsibility to protect have been formulated aiming to provide an adequate response to an old question: how to respond to violations of rights committed by states on their own subjects. Based on the formulation of the just war or the very conception of humanity, it underlies the difficult relationship between three of the structural principles of Public International Law: sovereignty, use of force and protection of human rights. This article analyzes the evolution of both concepts, the differences between them and the obstacles that hinder their effective application.*

Palabras clave: intervención humanitaria, responsabilidad de proteger, derechos humanos
Key words: humanitarian intervention, responsibility to protect, human rights

“All the fights worth fighting involve long-term struggles... The fights against apartheid, slavery, and colonialism have been fought over the long term, with battles both won and lost.”

Zeid Ra’ad Al Hussein,
Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

Hay quien podría considerar que el Derecho internacional público se ha forjado a base de fracasos. Comprender su esencia, sus intrínsecas contradicciones y por ende sus grandezas y miserias es clave para analizar sin denostar este conjunto de normas. Como señala el profesor Víctor M. Sánchez: *“cada cierto tiempo, las fuerzas temporalmente contenidas por este derecho estallan con violencia haciendo emerger, con su poder constituyente, nuevos sistemas jurídicos internacionales que contienen principios y mecanismos esenciales de funcionamiento en los que se aúnan elementos de continuidad y alteración del sistema predecesor”*¹. A estos momentos de aliento constituyente se unen cambios normativos consensuados que han resultado en el establecimiento de seis funciones básicas de ordenación del sistema internacional: a.- Establecer el principio general de la igualdad soberana de todos los Estados y, con su concreción, determinar el radio de las conductas válidas de los Estados con respecto a su territorio y fuera de este; b.- Acordar las reglas de reconocimiento y cambio de las normas de Derecho internacional; c.- Legalizar la jerarquía correspondiente a las Grandes Potencias en el ordenamiento jurídico internacional; d.- Crear organizaciones internacionales para la persecución de intereses comunes (regionales o universales) y dotarlas de competencias; e.- Prohibir la amenaza o el uso de la fuerza armada en las relaciones entre los Estados y limitar su utilización a los supuestos de legítima defensa individual o colectiva o autorización por parte

¹ V. M. SÁNCHEZ, *Derecho internacional público*, Huygens, 2010, p. 43.

de la ONU; f.- Y elevar a la categoría de valor universal el principio de libre determinación de los pueblos y de la protección de la dignidad humana².

Todos estos principios estructurales están presentes en la regulación de la cuestión que nos ocupa, en la que quedan imbricados. ¿Cómo consensuar un concepto si existen tensiones contrapuestas en sus pilares?, ¿Cómo regular una acción que limita el bastión de la soberanía por aquellos llamados a perderla? La igualdad soberana de los Estados tiene como consecuencia natural el principio de no intervención en los asuntos internos del otro. Esta máxima, fundamental para evitar conflictos interestatales y para lograr por tanto la paz y la estabilidad en las relaciones internacionales, comienza a resquebrajarse cuando el Estado, llamado a proteger a sus ciudadanos en el ejercicio de su soberanía, abusa de esta y atenta gravemente contra sus derechos y libertades. Sucede entonces que la sociedad internacional presencia el sufrimiento y se pregunta cómo actuar. Si hacerlo o no; si al hacerlo empeora la situación y el difícil juego de equilibrios que en ocasiones sustenta el *status quo*, con el riesgo de que se instrumentalice en favor de intereses egoístas; si dejar a estas personas abandonadas a su suerte o si por el contrario contravenir principios fuertemente interiorizados e intervenir; si hacerlo unilateralmente o valerse de organizaciones internacionales, amparados por la existencia de un derecho o de un deber. En definitiva, si dejarlo estar o dar un paso más para, en cierta medida, aliviar el sufrimiento de otras personas con las que nos une el vínculo de la más elemental humanidad.

2. INTERVENCIÓN HUMANITARIA

2.1. La necesidad de actuar por razones de humanidad

Abundan en la historia numerosas situaciones en las que el sufrimiento humano provocado por la tiranía y la barbarie ha alcanzado límites insoportables para sus congéneres, que asisten impotentes a tanta devastación y demandan actuaciones urgentes y eficaces. Es aquí donde entra en juego el concepto de intervención humanitaria, acción específicamente militar de uno o varios Estados dentro de otro para frenar las violaciones graves y masivas de derechos humanos³. Como señala la profesora Abrisketa *“su carácter generalmente*

² V. M. SÁNCHEZ, *Derecho internacional público*, cit., p. 44.

³ I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, 1991, p. 44.

coercitivo y la inexistencia del consentimiento del Estado son los elementos definitorios que distinguen el concepto de intervención humanitaria del de acción humanitaria”⁴.

El 7 de abril 1999, Kofi Annan, Secretario General de Naciones Unidas, proclamó en su discurso ante la Comisión de Derechos Humanos: *“Perhaps more than any other aspect of our work, the struggle for human rights resonates with our global constituency, and is deeply relevant to the lives of those most in need -- the tortured, the oppressed, the silenced, the victims of “ethnic cleansing” and injustice. If, in the face of such abuses, we do not speak up and speak out, if we do not act in defence of human rights and advocate their lasting universality, how can we answer that global constituency? (...) Emerging slowly, but I believe surely, is an international norm against the violent repression of minorities that will and must take precedence over concerns of State sovereignty”*⁵.

Un año después, ante los críticos con esta afirmación, profundizó en su razonamiento: *“Si la intervención humanitaria es en realidad un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Ruanda y Srebrenica, y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común? (...) La intervención humanitaria es una cuestión delicada, plagada de dificultades políticas y sin soluciones fáciles. Pero sin duda no hay ningún principio jurídico –ni siquiera la soberanía– que pueda invocarse para proteger a los autores de crímenes de lesa humanidad. En los lugares en que se cometen esos crímenes y se han agotado los intentos por ponerles fin por medios pacíficos, el Consejo de Seguridad tiene el deber moral de actuar en nombre de la comunidad internacional. El hecho de que no podamos proteger a los seres humanos en todas partes no justifica que no hagamos nada cuando podemos hacerlo. La intervención armada debe seguir siendo siempre el último recurso, pero ante los asesinatos en masa es una opción que no se puede desechar”*⁶.

No estamos ante un debate novedoso, sino más bien ante una cuestión presente desde el inicio de la regulación del Derecho internacional público, construido sobre el concepto de soberanía y sus consecuencias y reacio a explorar sus límites. Es desde el pensamiento cristiano desde donde se intentan delinear algunos, referidos a la máxima representación del aspecto exterior de la sobe-

⁴ J. ABRISKETA, *Intervención Humanitaria*, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, 2000, <https://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/131>, consultada: 2-05-2022.

⁵ Discurso del Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, ante la Comisión de Derechos Humanos, 7 de abril de 1999. Press Release SG/SM 6949, HR/CN/898, <https://www.un.org/press/en/1999/19990407.sgsm6949.html>

⁶ Informe del Secretario General a la Asamblea General de Naciones Unidas “Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”, A/54/2000 de 27 de marzo de 2000.

ranía de un Estado, esto es, el recurso a la guerra, *ius ad bellum*. Podría considerarse que Agustín de Hipona sienta las bases de la doctrina del *justum bellum* de teólogos, civilistas y canónigos hasta Grocio⁷. En base a ella se diferencia entre los conflictos bélicos que son justos y aceptables y los que son injustos y condenables. Señalaba Tomás de Aquino en su obra “Summa Theologica” que habría causa justa si hay agresión o intento de agresión por parte de un Estado, apelando a la legítima defensa. Francisco de Vitoria en “De iure belli” proclama la legitimidad de la guerra en defensa de la patria, de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad internacional, en base al deber que poseen los jefes de Estado y cuantos tienen parte en las responsabilidades de gobierno de garantizar la seguridad de los pueblos que les han sido confiados. Concebía a la humanidad como un *totius urbius* en la que existen unos vínculos universales basados en el *ius communicationis* que unen a todos los hombres y que justifican el deber de ayuda en favor de los inocentes⁸. Francisco Suárez tenía respuesta a las dudas planteadas muchos siglos después por el Secretario General de Naciones Unidas al presentar el elenco de los títulos gracias a los cuales es legítimo para el soberano declarar la guerra, entre los que están también –como ya fue expresado en el “De legibus” y en la “Defensio fidei”– la defensa de derechos de los ciudadanos violados por parte de otros soberanos⁹. En la línea de San Agustín y el pensamiento escolástico, vino Grocio a reafirmar la guerra como fenómeno inevitable pero sujeta al derecho, entendida no como el despliegue arbitrario de poder sino como un instrumento de la justicia¹⁰. Aborda los mismos interrogantes que Annan al cuestionar la existencia de una obligación de emprender la guerra en ayuda de las víctimas de una injusticia, en virtud del principio de solidaridad humana, y justifica la guerra iniciada en favor de ciudadanos ajenos contra su príncipe siempre que se parta de una injusticia¹¹.

⁷ A. TRUYOL Y SERRA, *Historia del Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, 1998, p. 36.

⁸ J.F. ESCUDERO ESPINOSA, *La intervención humanitaria y el Derecho Internacional*, 2001, pp. 55, 72.

⁹ M. MANTOVANNI, “Algunas notas sobre la teoría de la guerra justa”, *Francisco Suárez, Sophia: colección de Filosofía de la Educación*, núm. 23 vol. 2, 2017, p. 249.

¹⁰ J. PEÑA ECHEVARRÍA, “Hugo Grocio, la guerra por medio del derecho”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 32, 2014, p. 82.

¹¹ J.F. ESCUDERO ESPINOSA, *La intervención humanitaria y el Derecho Internacional*, cit., p. 75. Conviene resaltar la diferencia con las actuaciones llevadas a cabo en defensa de los propios nacionales en el extranjero, al encontrarnos en este caso ante una prolongación del ejercicio de la protección diplomática reconocida como norma de derecho consuetudinario. En este sentido, vid. B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, Universidad de Oviedo, p. 28.

En siglos posteriores, autores como Vattel o Kant profundizaron en esta idea. Vattel lo hace en base a las leyes de la sociedad natural establecidas entre los Estados, de forma que cualquier potencia extranjera estaría en el derecho de socorrer a un pueblo oprimido que pidiera su ayuda, mientras que Kant se refiere en “La paz perpetua” a la interdependencia existente entre todos los pueblos de la tierra, de forma que entiende que la violación en un punto de la tierra repercute en todos los demás y hace necesario un derecho cosmopolita que sea complemento de la paz perpetua. En “La metafísica de las costumbres” justifica la guerra contra aquel que manifiesta públicamente una voluntad que, si se convirtiese en regla universal, haría imposible un estado de paz entre los pueblos, justificando así la acción de la comunidad internacional contra el enemigo injusto.

En definitiva, existió una sólida corriente doctrinal, que solo hemos esbozado y que abogaba por una acción militar para salvar la vida de otras personas, si bien no es hasta el siglo XIX cuando empieza a apreciarse una práctica internacional en este sentido. Así, se llevaron a cabo entonces intervenciones en otros Estados para aliviar el sufrimiento de determinados grupos de población, minorías religiosas o de otra índole, o nacionales de los Estados intervencionistas: la denominada cuestión de Oriente, la intervención en Siria en 1860-61, en los Balcanes en 1876-78 o la intervención de Estados Unidos en Cuba y la guerra con España de 1898. Son muchos los autores que afirman que en este periodo la intervención humanitaria llegó a considerarse generalmente como parte del derecho consuetudinario¹². Quienes defendían férreamente el principio de no intervención alegaban los intereses particulares que en muchos de estos casos subyacía a estas acciones así como la absoluta inviolabilidad de dicho principio¹³.

2.2. Evolución del concepto de intervención humanitaria

Ciertamente, así planteado se trata de un concepto en abierta confrontación con la clásica visión del principio de soberanía: Estados que en función de su criterio y tal vez intereses particulares deciden en unas ocasiones sí y en otras no, actuar usando la fuerza en el territorio de otro Estado, sin su

¹² R. BERMEJO GARCÍA, E. LÓPEZ-JACOISTE, “De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes, diferencias”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 160, 2013, p. 29.

¹³ J.F. ESCUDERO ESPINOSA, *La intervención humanitaria y el Derecho Internacional*, cit., pp. 71-99.

consentimiento, para ayudar a una población con la que puede no unirle más que el elemental vínculo de humanidad. Incluso se legitima el empleo de otras medidas coercitivas¹⁴. Solo una evolución de los principios inspiradores del Derecho Internacional clásico podría posibilitar el establecimiento de un marco jurídico que paliase la tensión existente. Como señala el profesor Carrillo Salcedo, desde la Primera Guerra Mundial y sobre todo desde 1945, el Derecho internacional experimentó un triple proceso de institucionalización, socialización y humanización que le distanció de los rasgos característicos del Derecho internacional tradicional, de forma que *“la progresiva afirmación de los derechos humanos en el Derecho internacional positivo contemporáneo constituye, incluso desde una perspectiva exclusivamente técnico jurídica, una importante transformación del Derecho internacional en la medida en la que junto al clásico principio de la soberanía ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo, el de los derechos humanos”*¹⁵.

La Carta de Naciones Unidas establece en su artículo 2 que la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros y prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, así como la intervención en asuntos internos de los Estados. ¿Cómo conciliar estos principios constitucionales tras la Carta de Naciones Unidas? En primer lugar, habría que determinar en qué lugar quedó el principio de soberanía, y en este sentido entiende Carrillo Salcedo *“sigue siendo un principio constitucional del Derecho internacional y no ha sido desplazada de esta posición ni por el fenómeno de Organización Internacional ni por el reconocimiento de la dignidad de la persona ... pero sí ha quedado erosionada y relativizada por el desarrollo normativo que ha seguido a las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas en materia de derechos humanos ya que en Derecho internacional general contemporáneo todos los Estados tienen la obligación, omnium y erga omnes, de respetar los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”* En segundo lugar, el art. 2.7 establece el principio de no intervención en aquellos asuntos que sean de la jurisdicción interna de los Estados, de forma que *“si el trato que un Estado diera a sus nacionales era en el Derecho internacional tradicional una cuestión de jurisdicción interna (ya que el Derecho internacional no regía en esta cuestión y se limitaba a regular la posición de los extranjeros) en el Derecho internacional contem-*

¹⁴ A. ROUGIER, “La théorie de l’intervention d’humanité”, *RGDIP*, núm. 4, 1910.

¹⁵ J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, 1996, p. 15.

poráneo ocurre lo contrario como consecuencia del desarrollo progresivo que el orden internacional ha experimentado en materia de reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos”¹⁶. Respecto a la prohibición de uso de la fuerza, había venido produciéndose una codificación de la limitación al recurso a la guerra en instrumentos internacionales como la Convención Drago-Porter, el Pacto de la Sociedad de Naciones, los Acuerdos de Locarno, el Pacto Briand-Kellog o el Pacto Saavedra-Lamas que, unido al texto del artículo 2.7, llevó a algunos autores a considerar que la intervención humanitaria había perdido su base jurídica y a otros a mantener que debía ser Naciones Unidas el mecanismo ideal para llevar a cabo tales intervenciones, ya que se podría evitar el riesgo de ciertos abusos que una intervención unilateral de cualquier Estado podría conllevar. Así, el Consejo de Seguridad podría considerar una violación grave de los derechos humanos como una amenaza a la paz y seguridad internacionales y decidir una intervención¹⁷.

El final de la Guerra Fría vino a marcar un antes y un después a este respecto. Las circunstancias eran entonces propicias. En primer lugar, el sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas podía beneficiarse del desbloqueo de sus instituciones, hasta entonces atenuadas por el enfrentamiento. En 1987, se celebró en París la I Conferencia Internacional sobre Derecho y Moral Humanitarios, en la que, de la mano de Bettati y Kouchner resonaron con fuerza los conceptos de “deber de asistencia humanitaria” y “derecho de asistencia” y fueron más allá, al reclamar la autorización del uso de la fuerza para garantizar el trabajo humanitario¹⁸. En segundo lugar, durante estos años de parálisis abundó la celebración de tratados internacionales de protección de los derechos humanos, ampliamente ratificados, de forma que la aceptación universal de los mismos consolidó aquella tendencia iniciada tras la Carta según la cual había que extraer estos derechos de la jurisdicción interna de los Estados, esto es, la protección de los derechos humanos dejaba de ser un asunto exclusivamente nacional que competía sólo al Estado

¹⁶ J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, cit., p. 19.

¹⁷ R. BERMEJO GARCÍA, E. LÓPEZ-JACOISTE, “De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes, diferencias”, cit., pp. 31-32.

¹⁸ En dicha Conferencia se retomó el principio de intervención de humanidad como eje de la diplomacia francesa, que subordinaba el principio de soberanía y no intervención al resto irrestricto de los derechos humanos J. RHÉNAN SEGURA, “El derecho de injerencia humanitaria: una obligación internacional”, *Revista Relaciones Internacionales*, núm. 47, 1994, Costa Rica, p. 32.

soberano y no a la comunidad internacional. Como consecuencia inevitable, el Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus competencias sobre el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales otorgadas por el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, se consideró legitimado para aplicar acciones coercitivas contra un Estado con objeto de frenar las violaciones de derechos humanos¹⁹.

2.3. Los exponentes del fracaso y la necesidad de reforma

Ahora bien, la Carta fue incapaz de predecir el devenir de los conflictos. La amenaza a la que procuraba responder en sus normas, centradas en actos externos de agresión, se vio superada por la realidad de las consecuencias de las guerras civiles, la desintegración interna de los Estados y las actuaciones de actores no estatales²⁰. Somalia fue el primer escenario de estos cambios y el inicio de una serie de guerras civiles, episodios de limpieza étnica y religiosa y emergencias humanitarias que reclamaban una actuación eficaz por parte de Naciones Unidas que asistía la retransmisión del sufrimiento con evidente falta de capacidad y/o de voluntad para responder. El Consejo de Seguridad llevó a cabo dos tipos de actuaciones en este sentido: autorizar un elevado número de operaciones de mantenimiento de la paz y considerar que las graves violaciones de derechos humanos, aun cuando se produjeran en el interior de las fronteras de un Estado, suponían una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y como tal, legitimaba la aplicación de medidas del Capítulo VII de la Carta.

Así sucedió en Irak, Liberia, Somalia, Ruanda, si bien la magnitud de estos conflictos tensó las costuras del sistema y lo condujo al fracaso en los casos de Somalia y Ruanda. En relación con Somalia, tras dos resoluciones y operaciones de mantenimiento de la paz fallidas²¹, se dictó la resolución S/RES/794 (1992) que sentó las bases para el lanzamiento, el 9 de diciembre de 1992, de la operación “Devolver la esperanza”, la primera vez en que el Consejo de Seguridad aprobó una acción de fuerza humanitaria llevada a

¹⁹ J. ABRISKETA, *Intervención Humanitaria, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, cit.

²⁰ B. ESCRÍÑA CREMADES, *La responsabilidad de proteger en el marco de las Naciones Unidas. Deliberaciones y toma de decisiones del Consejo de Seguridad (2005-2012)* Tesis de grado. Universitat de Barcelona, 2014, p. 18, <https://www.tesisenred.net/handle/10803/285430#page=1> consultada: 2-05-2022.

²¹ Resolución S/RES/751 (1992) y S/RES/775 (1992) (ONUSOM I).

cabo no bajo bandera de Naciones Unidas sino por una fuerza multinacional dirigida por el mando militar estadounidense, UNITAD (Unified Task Force) y en la que participaron juntos a sus treinta mil soldados fuerzas de otros veintiún Estados²². Solo tres meses después, el Secretario General pedía al Consejo de Seguridad que la UNITAD fuera sustituida por ONUSOM II, cuyo mandato excluyera medidas que implicaran el uso de la fuerza armada. A principios de 1995, la ONUSOM II hubo de retirarse sin haber cumplido sus objetivos ni reconstruido el Estado somalí²³. La situación en Ruanda se caracterizó por similar desprotección a la población civil. Se calcula que unas ochocientas mil personas fueron asesinadas en una matanza sistemáticas de hombres, mujeres y niños en los cien días entre abril y julio de 1994, llevada a cabo por fuerzas armadas, milicias y también civiles. Como señala la profesora Vázquez Rodríguez, a ello contribuyó la falta de voluntad y decisión de los Estados y la comunidad internacional ante las claras evidencias de comisión de un genocidio²⁴.

Y entonces sucedió Srebrenica, exponente de cómo las carencias y torpezas del sistema pueden colaborar a potenciar la barbarie. La comunidad internacional quedó entonces conmocionada por un atisbo de la magnitud de la atrocidad que intuyó fue cometida²⁵. No parecía existir una respuesta adecuada, pues se criticaba la inacción pero también planteaba numerosas dudas la intervención cuando se producía. La polémica alcanzó su apogeo en 1999, con la intervención de la OTAN en Kosovo: el Consejo de Seguridad

²² R. BERMEJO GARCÍA, E. LÓPEZ-JACOISTE, "De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes, diferencias", cit., pp. 38-39.

²³ B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, cit., p. 47.

²⁴ B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica* cit., 50.

²⁵ El juez Riad, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, afirmó, al confirmar la acusación contra Ratko Mladic y Radovan Karadzic: "*Una vez que Srebrenica cayó en manos de las fuerzas serbias que la sitiaban, en julio de 1995, tuvo lugar una terrible masacre de la población. Las pruebas presentadas por el Fiscal describen escenas de un salvajismo inimaginable: millares de hombres ejecutados y enterrados en fosas comunes, centenares de hombres enterrados vivos, hombres y mujeres mutilados y asesinados, niños matados ante los ojos de sus madres, un abuelo al que se obligó a comer el hígado de su propio nieto. Se trata de escenas verdaderamente infernales que forman parte de las páginas más negras de la historia de la humanidad*" Informe A/54/549 presentado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 53/35 de la Asamblea General, "La caída de Srebrenica", 15 de noviembre de 1999, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/54/549>, consultada: 2-05-2022.

estaba dividido; se justificó jurídicamente la intervención militar sin una nueva autorización del Consejo pero apenas se adujeron argumentos; la justificación ética o humanitaria de la intervención, que en principio era mucho más sólida, se vio ensombrecida por las alegaciones de que la intervención estaba generando un derramamiento de sangre mayor del que pretendía evitar; y fueron numerosas las críticas hacia la forma en que los aliados de la OTAN llevaron a cabo la operación²⁶ y los verdaderos fines que perseguía.

El Informe presentado por el Secretario General sobre la caída de Srebrenica afirma con rotundidad una serie de premisas:

1. Las operaciones de mantenimiento de la paz que se utilicen como sustituto de un consenso político seguramente fracasarán. Nunca más se deberán desplegar fuerzas de mantenimiento de la paz en situaciones en que no se haya concertado una cesación de fuego o un acuerdo de paz. No pueden cumplir su misión si no se proporcionan los recursos necesarios ni se adoptan las decisiones políticas, militares y morales y necesarias²⁷.
2. La comunidad internacional en conjunto debe aceptar la parte de responsabilidad que le corresponde por haber permitido que ocurriera esta tragedia al negarse persistentemente a utilizar la fuerza en las primeras fases de la guerra. Comparten esta responsabilidad el Consejo de Seguridad, el Grupo de contacto y otros gobiernos que contribuyeron a demorar el uso de la fuerza, así como la Secretaría de las Naciones Unidas y la misión en el terreno.
3. La lección fundamental de Srebrenica es que ante cualquier intento deliberado y sistemático de aterrorizar, expulsar o asesinar a toda una población es preciso recurrir resueltamente a todos los medios necesarios para frustrarlo y demostrar la voluntad política de aplicar las medidas que corresponda hasta su conclusión lógica.
4. El lamento es profundo: *“A causa de nuestros errores, nuestra falta de criterio y nuestra incapacidad de reconocer la magnitud del mal al que nos enfrentábamos dejamos de cumplir nuestro deber de salvar a*

²⁶ Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, “La responsabilidad de proteger”, cit., vii.

²⁷ Naciones Unidas debe estar preparada para responder a la percepción y a la expectativa de protección creada por su presencia misma. Informe S/1999/1257 presentado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 53/35 de la Asamblea General, “La caída de Srebrenica”, 16 de diciembre de 1999, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/395/50/IMG/N9939550.pdf?OpenElement>, consultada: 2-05-2022.

la población de Srebrenica de la campaña serbia de asesinatos en masa... Srebrenica cristalizó una verdad que las Naciones Unidas y el mundo entero comprendieron demasiado tarde: Bosnia no era solo un conflicto militar sino también un imperativo moral"²⁸.

Este pesar y esta conciencia sobre la necesidad de cambio son determinantes para comprender el discurso Secretario General Kofi Annan ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999 y 2000 mencionados al principio de este epígrafe y en los que realiza un llamamiento a la comunidad internacional para forjar una unidad respecto de ciertas cuestiones fundamentales de principio y procedimiento. Se hacía necesaria la búsqueda de fórmulas que permitieran salvar el escollo de la soberanía en pro de salvar vidas, y a esta necesidad responde la formulación de la doctrina de responsabilidad de proteger.

3. LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

3.1. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados "La responsabilidad de proteger"

Este llamamiento encuentra respuesta con la creación, a iniciativa del Gobierno de Canadá, de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, conformada por organizaciones intergubernamentales, ONG, sociedad civil o institutos de investigación. El resultado, plasmado en un Informe de 2001, aboga por un nuevo concepto: la responsabilidad de proteger: los Estados soberanos tienen la responsabilidad de proteger a sus propios ciudadanos de las catástrofes que pueden evitarse –asesinatos masivos, violaciones sistemáticas e inanición– pero si no quieren o no pueden hacerlo, esa responsabilidad debe ser asumida por la comunidad internacional, que debería asumir tres responsabilidades específicas: prevenir, reaccionar y reconstruir²⁹. Señala Wilson que "*la responsabilidad de proteger es*

²⁸ En respuesta se propone abordar cuestiones como tales como la disparidad entre los mandatos y los medios para cumplirlos; la inadecuación de los factores simbólicos de disuasión ante las campañas sistemáticas de violencia; la ambivalencia generalizada en las Naciones Unidas con respecto al uso de la fuerza para establecer la paz; la cuestión de una ideología institucional de imparcialidad aún en los casos de intentos de genocidio y toda una serie de cuestiones doctrinales e institucionales que afectan profundamente la capacidad de Naciones Unidas de mantener la paz y ayudar a proteger a las poblaciones civiles en los conflictos armados.

²⁹ A. La responsabilidad de prevenir: eliminar tanto las causas profundas como las causas directas de los conflictos internos y otras crisis provocadas por el hombre que pongan

*un avance normativo de vital importancia para el debate humanitario y de política exterior actual. El principio de la responsabilidad de proteger cambia el enfoque de la discusión desde la legitimidad y legalidad de las intervenciones humanitarias hacia los derechos de la población civil inmersa en el conflicto y la responsabilidad del Estado y de la comunidad internacional de garantizar su protección*³⁰.

Este Informe procura reformular la interacción existente entre los principios de soberanía, uso de la fuerza y protección de derechos humanos, redefiniendo el concepto de soberanía³¹, al entender que conlleva una doble responsabilidad, *ad extra*, el deber externo de respetar la soberanía de otros Estados y *ad intra*, el deber interno de respetar la dignidad y los derechos básicos de toda la población del Estado³². Contribuyeron a esta formulación

en peligro a la población. B. La responsabilidad de reaccionar: responder a las situaciones en que la necesidad de protección humana sea imperiosa con medidas adecuadas, que pueden incluir medidas coercitivas como la imposición de sanciones y las actuaciones legales en el plano internacional, y en casos extremos la intervención militar. C. La responsabilidad de reconstruir: ofrecer, particularmente después de una intervención militar, plena asistencia para la recuperación, la reconstrucción y la reconciliación, eliminando las causas del daño que la intervención pretendía atajar o evitar. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, "La responsabilidad de proteger", p. viii.

³⁰ D. WILSON, "Responsabilidad de proteger: De la teoría a la práctica, Informe de Conferencia", *FRIDE*, marzo de 2009, cit., por C. DÍAZ BARRADO, "La responsabilidad de proteger en el Derecho internacional Contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 24, 2012, p.4.

³¹ "Para muchos Estados y pueblos supone además un reconocimiento de su igual valía y dignidad, una protección de su identidad singular y su libertad nacional y una afirmación de su derecho a configurar y determinar su propio destino. Por ello, el principio de la igualdad soberana de todos los Estados establecido en el Derecho internacional constituye uno de los pilares de la Carta de las Naciones Unidas".

³² Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, "La responsabilidad de proteger", para. 1.32, 1.35. En el par. 2.13, afirma: "El Secretario General ha replanteado el dilema basándose en dos nociones de soberanía: la del Estado y la del pueblo y los individuos. Este planteamiento refleja la creciente voluntad que se observa en todo el mundo de fomentar el gobierno democrático (de, por y para el pueblo) y mayores libertades populares. En modo alguno debe considerarse que la segunda noción de soberanía supone un desafío al concepto tradicional de soberanía estatal; por el contrario, se trata de dar a entender que en dicha noción más tradicional debería tener cabida el objetivo de que el pueblo obtenga por sí mismo un poder y una libertad mayores, tanto a título individual como colectivo". La idea de la responsabilidad de los Estados respecto a la protección de derechos humanos ya fue establecida con anterioridad, Resolución A/RES/53/144, de 9 de diciembre de 1998: Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf, consultada: 2-05-2022.

la evolución de las normas sobre derechos humanos y la progresiva construcción del concepto de seguridad humana en tanto que renovador del tradicional concepto de seguridad, no centrado únicamente en los Estados, sino también en las personas³³.

Se modifican los términos del debate para invertir los sugeridos por el concepto por intervención humanitaria o por razón de humanidad al centrar la atención internacional no en quienes consideran la posibilidad de intervenir, sino en quienes piden o necesitan apoyo. De esta forma, la responsabilidad principal corresponde al Estado interesado y sólo si este no puede o no quiere cumplirla, o si él mismo es el culpable, incumbirá a la comunidad internacional actuar en su lugar. Así, habría casos en que el Estado colaborará con la comunidad internacional para cumplir con su responsabilidad, lo cual permite salvar la diferencia entre intervención y soberanía, evitando el matiz de confrontación que emanaba de la expresión “derecho o deber de intervenir”³⁴. En relación con el uso de la fuerza, el Informe parte del principio de no intervención, que obligaría a justificar cualquier excepción a esta norma. En caso de intervención militar, recoge seis requisitos: autoridad competente, causa justa, intención correcta, último recurso, medios proporcionales y posibilidades razonables.

De particular importancia es su posición respecto a la autoridad competente. El Informe parte de que el Consejo de Seguridad es el órgano más adecuado para autorizar una intervención militar con fines de protección humana. Por este motivo, siempre es necesaria su autorización antes de emprender una intervención militar y deberá actuar con premura cuando se denuncien grandes pérdidas de vidas humanas o depuraciones étnicas a gran escala.

³³ En su par. 2.21 señala: “La seguridad humana abarca la seguridad de las personas, su seguridad física, su bienestar económico y social, el respeto a su dignidad y valía como seres humanos y la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. El Informe delinea las consecuencias de este concepto de soberanía como responsabilidad, “respaldado por la evolución de la influencia de las normas sobre derechos humanos y la mayor presencia en el discurso internacional del concepto de seguridad humana: en primer lugar, implica que las autoridades estatales son responsables de proteger la seguridad y la vida de los ciudadanos y promover su bienestar; en segundo lugar, sugiere que las autoridades políticas nacionales son responsables ante los ciudadanos a nivel interno y ante la comunidad internacional a través de las Naciones Unidas; y, en tercer lugar, significa que los agentes del Estado son responsables de sus actos, es decir, que han de rendir cuentas de sus actos u omisiones” Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, “La responsabilidad de proteger”, par. 2.15.

³⁴ Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, “La responsabilidad de proteger”, par. 2.29.

Ahora bien, aboga por arrancar un compromiso de los cinco miembros con derecho de veto, que deberán renunciar de mutuo acuerdo a ejercerlo en asuntos que no comprometan sus intereses vitales, para no obstaculizar la aprobación de resoluciones que autoricen una intervención militar con fines de protección humana y que cuenten con apoyo mayoritario.

Pero el Informe no se detiene ahí y establece cómo debería actuarse en caso de que el Consejo de Seguridad rechazase una propuesta o no la examinase en un período de tiempo razonable. En estos supuestos, defiende una doble reacción que confía o bien a la Asamblea General, que debería examinar la cuestión en un período extraordinario de sesiones de emergencia, con arreglo al procedimiento establecido en la resolución “Unión pro Paz”; o bien a una organización regional o subregional, en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VIII de la Carta, que actuaría dentro de su zona de jurisdicción y posteriormente debería solicitar la autorización del Consejo de Seguridad³⁵.

3.2. Informes de la Secretaría General y la Asamblea General de Naciones Unidas

Naciones Unidas tomó el testigo de estos planteamientos. Se creó el Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, que elaboró el Informe “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”³⁶. Aborda el concepto de seguridad colectiva, señalando la diferencia con la mentalidad de 1945 en la que la principal prioridad era la seguridad del Estado, por lo que *“cuando hablaban de crear un nuevo sistema de seguridad colectiva lo hacían con el tradicional sentido militar: un sistema en que los Estados se mancomunan comprometiéndose a considerar que una agresión contra uno de ellos es una agresión contra todos y, en tal caso, a reaccionar colectivamente”* hasta llegar a la situación actual en la que *“cualquier suceso o proceso que cause muertes en gran escala o una reducción masiva en las oportunidades de vida y que socave el papel del Estado como unidad básica del sistema internacional constituye una amenaza a la seguridad internacional”*. Se trata además el concepto de sobera-

³⁵ El Consejo de Seguridad habrá de tener en cuenta en todas sus deliberaciones que, si no cumple con su responsabilidad de proteger en situaciones que conmuevan las conciencias y exijan una actuación inmediata, los Estados interesados podrán recurrir a otros medios para hacer frente a la gravedad y urgencia de la situación, lo que podría menoscabar el prestigio y la credibilidad de las Naciones Unidas. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, “La responsabilidad de proteger”.

³⁶ Informe A/59/565 de 2 de diciembre de 2004.

nía de los Estados que no solo gozarían de sus privilegios, sino que también tendrían que asumir sus responsabilidades, entendiendo que si se falla en su asunción, los principios de la seguridad colectiva significan que parte de esa obligación debe ser asumida por la comunidad internacional, actuando de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos para crear la capacidad o proporcionar la protección necesarias³⁷. Se abordó el concepto de responsabilidad de proteger como “una norma que se está imponiendo”, permitiendo, como último recurso, que el Consejo de Seguridad pudiera autorizar la intervención militar en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, de depuración étnica o de graves infracciones del Derecho internacional humanitario que un gobierno soberano no haya podido o no haya querido prevenir³⁸. Parece delimitarse el supuesto de hecho, y alejarse de la concepción amplia del Informe canadiense en la que se incluían todas las violaciones graves de los derechos humanos así como los desastres naturales³⁹.

En 2005, y como seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, se presenta el Informe “Documento final de la Cumbre Mundial”⁴⁰ en el que se afirma, respecto a la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad:

1. La responsabilidad de prevenir y proteger a la población de estos crímenes recae en el Estado. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias.
2. El papel de la comunidad internacional se delimita en el siguiente sentido:
 - a. Debe ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y a Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana; a crear capacidad de proteger a su población y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos.

³⁷ Informe A/59/565, par. 29.

³⁸ Informe A/59/565, par. 203.

³⁹ S. RODRÍGUEZ BASALO, “La responsabilidad de proteger: un análisis crítico de su evolución y límites”, *Cuadernos de trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 17.

⁴⁰ Informe A/60, de 24 de octubre de 2005. Documento final de la Cumbre Mundial de 2005, https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/docs/wsoutcome2005_sp.pdf, consultada: 2-05-2022.

- b. Por medio de Naciones Unidas, tiene la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, en el contexto del Capítulo VI y VIII de la Carta para ayudar a proteger a la población. Podrán adoptarse medidas colectivas a través de dos órganos: El Consejo de Seguridad y la Asamblea General. No se pronuncia sobre qué hacer cuando el Consejo de Seguridad no actúe, por lo que no ratifica ninguna de las propuestas formuladas por el Informe canadiense, lo cual mantiene el *status quo*, que supedita a la autorización del Consejo de Seguridad cualquier posibilidad de acción militar. Como señala Gutiérrez Espada, “en el Documento Final no queda nada de las referencias a la legítima defensa, ni a la conveniencia de que el Consejo de Seguridad elabore una “doctrina” que aclare las eventuales “autorizaciones” o “ratificaciones” por el Consejo de Seguridad del uso preventivo de la fuerza o para evitar genocidios, limpiezas étnicas [...]. Nada. Nada Cambia. Todo permanece”⁴¹.

Aun así, el nuevo Secretario General Ban Ki Moon continuó la agenda marcada por Annan y en 2009 se presentó el Informe “Hacer efectiva la responsabilidad de proteger”, que delineó una estrategia de aplicación conformada por tres pilares, de conformidad con los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. El primer pilar se basa en la inteligencia de que la soberanía de los Estados implica la responsabilidad de cada uno de ellos de proteger a su propia población de los crímenes más graves de conformidad con las obligaciones que hayan asumido en los planos nacional e internacional. El segundo pilar establece el compromiso paralelo de la comunidad internacional de ayudar a los Estados a cumplir esa responsabilidad primordial. El tercer pilar subraya la responsabilidad que corresponde a la comunidad internacional de proteger cuando es evidente que los Estados no están protegiendo a su población, e incluye la adopción de medidas colectivas, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los diversos instrumentos que se describen en los Capítulos VI, VII y VIII.

En 2009, en su resolución 63/308, la Asamblea General decidió considerar con carácter permanente la responsabilidad de proteger. En informes posterior-

⁴¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA, “El “uso de la fuerza” en los informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del Secretario General (2005) y, a la postre, en el Documento Final de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno”, *UNISCI Discussion Papers*, núm. 10, 2006, p. 98.

res y hasta 2015, el Secretario General examinó diferentes aspectos del concepto y su aplicación dentro del sistema de Naciones Unidas⁴². El ejercicio de la responsabilidad de proteger se sostiene sobre la prevención, la alerta temprana y la respuesta de la Organización, encabezada por la Oficina sobre la Prevención del Genocidio y la Responsabilidad de Proteger⁴³ y que a su vez, implica a muchos otros organismos, tales como ACNUR, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos...

A estos intentos de clarificación del concepto habría que añadir la novedad introducida por el Informe de 2015⁴⁴ al contener un listado nuevo de amenazas: grupos armados no estatales que utilizan el genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes contra la humanidad como estrategia para el fomento de sus intereses; En su Informe de 2019, se recopilan importantes medidas adoptadas a la luz de este concepto: difusión entre los Estados a través de diálogos oficiosos y cuestiones planteadas ante la Asamblea General; elaboración de disposiciones nacionales (al menos en 60 Estados) encaminadas a prevenir el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad; designación de coordinadores nacionales sobre la cuestión y celebración de reuniones anuales entre ellos; adopción de la Iniciativa “Acción Global contra atroces crímenes masivos”, plataforma para la cooperación internacional en el impulso de las actividades nacionales de prevención así como una importante labor de la sociedad civil. Especialmente destacable es la actuación de la Unión Africana, que ha elaborado un sólido marco jurídico e institucional para proteger a las poblaciones, de forma que en su Acta Constitutiva se afirma específicamente

⁴² “Understanding R2P”, <https://perma.cc/RWVG2-2RVM>

⁴³ El mandato de la Asesoría Especial sobre la Prevención del Genocidio consiste, en concreto, en reunir información que reciba de fuentes del propio sistema de las Naciones Unidas sobre infracciones graves y masivas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que tengan origen étnico, religioso o racial y que, de no ser prevenidas o detenidas, podrían culminar en genocidio; servir de mecanismo de alerta temprana al Secretario General y, por su conducto, al Consejo de Seguridad, al señalar a su atención situaciones que podrían culminar en genocidio; hacer recomendaciones al Consejo, por conducto del Secretario General, sobre medidas para prevenir o detener el genocidio; y hacer de enlace con el sistema de las Naciones Unidas respecto de actividades para prevenir el genocidio y tratar de aumentar la capacidad de las Naciones Unidas para analizar y manejar información relativa al genocidio o a crímenes conexos. Informe A/63/677, para. 4, 5, 6 y 8 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/206/13/PDF/N0920613.pdf?OpenElement>, consultada: 2/05/2022.

⁴⁴ Informe del Secretario General A/69/981-S/2015/500, de 13 de julio de 2015: Un compromiso vital y perdurable: hacer efectiva la responsabilidad de proteger.

el derecho de la Unión a intervenir en casos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de conformidad con una decisión de la Asamblea de la Unión Africana⁴⁵. También el Parlamento europeo ha recomendado la plena aplicación del principio por parte de la Unión Europea⁴⁶.

3.3. Naturaleza jurídica del concepto

Suele suceder que los buenos propósitos y las buenas intenciones decaen con el tiempo. Hay conflictos que remueven conciencias, si bien el devenir del orden internacional a menudo se apresura por silenciarlas. Es imprescindible por tanto determinar la naturaleza jurídica de este principio para así poder esperar de él un mínimo de efectividad. Señalaba Gareth Evans *“the whole point of the R2P doctrine, in the minds of those of us who conceived it, was above all to change the way that the world’s policymakers, and those who influence them, thought and acted in response to emerging, imminent and actually occurring mass atrocity crimes. R2P’s purpose was “to create a new norm of international behavior which states would feel ashamed to violate, compelled to observe, or at least embarrassed to ignore”*⁴⁷. En los propios documentos que han abordado la responsabilidad de proteger, esta ha sido definida de diferentes formas: como un concepto o un principio si atendemos a los informes de la Secretaría General⁴⁸ o desde el ámbito académico como una norma, una doctrina o una teoría⁴⁹.

⁴⁵ Naciones Unidas, Informe A/73/898-S/2019/463, La responsabilidad de proteger: enseñanzas extraídas para la prevención, par. 4 a 8, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/898>, consultada: 2/05/2022.

⁴⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0130_ES.html, consultada: 2/05/2022.

⁴⁷ S. ADAMS, *The ‘Responsibility to Protect’ at 10* <https://www.e-ir.info/2015/03/29/r2p-at-10/>, 2015, consultada: 2/05/2022.

⁴⁸ *“La responsabilidad de proteger es un principio universal. Los mecanismos regionales y subregionales pueden alentar a los Gobiernos a reconocer sus obligaciones en virtud de los tratados internacionales pertinentes y a identificar y abordar las fuentes de fricción en sus sociedades antes de que desemboquen en situaciones violentas o en atrocidades. También pueden desempeñar un papel fundamental ayudando a velar por que haya una corriente precisa y oportuna de información y análisis desde el nivel nacional hasta las instancias decisorias a nivel mundial, reduciendo al tiempo el riesgo de malentendidos, desinformaciones y distorsiones deliberadas”* Naciones Unidas, Informe A/73/898-S/2019/463, par. 4 a 12. La responsabilidad de proteger: enseñanzas extraídas para la prevención.

⁴⁹ D. BERMEO LARA, *La responsabilidad de proteger ante la inconsistencia de la responsabilidad colectiva: los dilemas del uso de la fuerza para proteger a partir del análisis de los casos de Libia y Siria*, Tesis Doctoral, 2018, p. 84.

Ahora bien, ¿Se trata de una mera orientación política o una obligación jurídica? Sostiene el profesor Díaz Barrado que la “responsabilidad de proteger” no está recogida en ningún instrumento jurídico de naturaleza vinculante, al menos como concepto de alcance general, para concluir que “*está incorporada en instrumentos que si bien tienen, asimismo, un contenido político, son de naturaleza jurídica y que, por lo tanto, producen ciertos efectos jurídicos*”⁵⁰. A este respecto, Marrero Rocha afirma: “*La responsabilidad de proteger como mucho podría considerarse una norma de softlaw, producto de la conexión de tres grandes regímenes internacionales: la igualdad soberana de los Estados, el uso de la fuerza y la no injerencia y, por último, la protección de los civiles. Pero que, en sí misma, carece de concreción y no ofrece una respuesta definitiva sobre cuál debe ser la actuación de los Estados antes las atrocidades que puedan cometer otros*”⁵¹. Del análisis del devenir del concepto se puede concluir que esa falta de concreción no es casual y responde a las reticencias de un importante grupo de Estados por dotar de obligatoriedad jurídica a esta posibilidad de actuación.

3.4. Los Estados ante la responsabilidad de proteger

Sin ánimo de profundizar sobre esta cuestión y en función de la posición mantenida en relación con el concepto de responsabilidad de proteger, fundamentalmente en el seno de Naciones Unidas y los numerosos debates interactivos mantenidos en la Asamblea General así como los incluidos en su agenda formal desde 2018, podrían diferenciarse, como señala la profesora Vázquez Rodríguez, los siguientes grupos de Estados:

1. Estados partidarios este concepto: Francia, Reino Unido y Estados Unidos, España, Alemania, Brasil, Australia, Nueva Zelanda, Ruanda, Filipinas, República de Corea, Tailandia, Indonesia⁵².
2. Estados reticentes: China, Rusia, Colombia, Vietnam, Siria, Tanzania, Pakistán, Egipto, Irán, Venezuela, Cuba, Nicaragua.

⁵⁰ C. DÍAZ BARRADO, “La responsabilidad de proteger en el Derecho internacional Contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional”, cit., p. 12.

⁵¹ I. MARRERO ROCHA, “La responsabilidad de proteger de la comunidad internacional en los casos de Libia y Siria: análisis comparativo”, *Relaciones Internacionales*, núm. 22, 2013, p. 145.

⁵² La creación del Grupo de Amigos de la responsabilidad de proteger o iniciativas como la creación de puntos focales nacionales están llamadas a contribuir al desarrollo y fortalecimiento del concepto tanto a nivel interno como internacional. B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, cit., pp. 230 ss.

En ocasiones las posiciones de los Estados no se han mantenido en el tiempo y han ido variando en función del conflicto objeto de debate en particular y sus circunstancias⁵³.

3.5. La aplicación práctica del principio de responsabilidad de proteger: especial mención al caso de Libia

3.5.1. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y responsabilidad de proteger

De acuerdo con la estructura de tres pilares que sustenta el concepto de responsabilidad de proteger, descansa sobre el Consejo de Seguridad el último de ellos en tanto que órgano con competencia para la adopción de medidas colectivas cuando nos encontramos ante un Estado que no ejerce adecuadamente su soberanía al no proteger a su población (primer pilar) y los esfuerzos de la comunidad internacional para ayudarlo a hacerlo han resultado o están resultando infructuosos (segundo pilar). Como ha señalado el Secretario General, puede entenderse que existe cierta intercomunicación entre ellos, de forma que *“una acción digna de crédito y proporcionada en virtud del tercer pilar, de acuerdo con la Carta, puede contribuir a alentar a los Estados a asumir sus responsabilidades en virtud del primer pilar”*⁵⁴. El margen de actuación del que dispone el Consejo de Seguridad es muy amplio, puesto que el rango de medidas colectivas a desplegar viene establecido por los Capítulos VI y VII de la Carta de Naciones Unidas y abarca desde medidas diplomáticas, políticas, y humanitarias hasta coercitivas⁵⁵. A pesar de los intentos de la Comisión de 2001, lo cierto es que, a día de hoy, la responsabilidad de proteger no cambia las reglas del juego en lo que a uso de la fuerza se refiere⁵⁶. Tal y como ha sido configurado, no legitima ninguna medida colectiva adoptada

⁵³ En este sentido, vid. B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, cit., p. 230.

⁵⁴ Informe del Secretario General, La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva.

A/66/874-S/2012/578, de 25 de julio de 2012. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/438/82/PDF/N1243882.pdf?OpenElement>

⁵⁵ Puede autorizar las medidas establecidas por el Capítulo VI de la Carta. El art. 41 de la Carta de Naciones Unidas establece medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, como sanciones económicas y comerciales generales, embargos de armas, prohibiciones de viajar y restricciones financieras o diplomáticas e incluso la creación de tribunales internacionales.

⁵⁶ En otro sentido, vid. I. GARCÍA MARTÍN, “El principio de responsabilidad de proteger: ¿supone una nueva excepción al uso de la fuerza?”, *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, vol. XV, núm. 27, 2017, pp. 173-193.

fuera del sistema de Naciones Unidas, aún cuando contase con el apoyo específico de sus órganos más relevantes⁵⁷. Al vincular en este pilar de forma absoluta la responsabilidad de proteger al Consejo de Seguridad, podríamos decir que ha sido vendida a sus inherentes derivas y complejidad.

En numerosas resoluciones y declaraciones de la Presidencia, el Consejo se ha pronunciado sobre la responsabilidad de proteger, bien refiriéndose a casos específicos o a cuestiones temáticas⁵⁸. Ahora bien, la respuesta a lo conflictos difiere de forma sustancial. Ante Libia y Costa de Marfil se acordó el uso de la fuerza, mientras que Sri Lanka (2009-2010) o Myanmar (2016-2017) no merecieron ser incluidos en la agenda y por tanto ni siquiera fueron objeto de valoración por el Consejo de Seguridad⁵⁹. Para Kenia en 2007 o Guinea en 2009 se decidieron medidas como diplomacia preventiva, embargo de armas, prohibiciones de viajar o amenazas de persecución a los criminales. En Burundi, en 2016, bajo la autoridad de la Unión Africana y el apoyo del Consejo de Seguridad se desplegaron monitores de derechos humanos y expertos militares. En otros conflictos se ha decidido el establecimiento de operaciones de mantenimiento de la paz o misiones de estabilización, con el consentimiento de los Estados. Así sucedió en Sudán del Sur, República Democrática del Congo, Mali y la República Centroafricana⁶⁰.

De un análisis detallado de la actuación del Consejo de Seguridad, el profesor Genser concluye que han de concurrir tres elementos para que el Consejo pueda aplicar este principio:

- a. Que no exista obstrucción por parte del Estado que está cometiendo los crímenes masivos o, de existir, uno de los miembros con derecho a veto ha de tener la voluntad política para doblegarla.

⁵⁷ J. GENSER, "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement", *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, núm 2, p. 428.

⁵⁸ Según los datos proporcionados por "Global Centre for the Responsibility to Protect" el Consejo de Seguridad se ha referido a este concepto en 86 ocasiones, siendo la última de ellas en marzo de 2022. <https://www.globalr2p.org/resources/un-security-council-resolutions-and-presidential-statements-referencing-r2p/> consultada el 7-5-2022.

⁵⁹ M. WEISS, "The Security Council's Role in Fulfilling the Responsibility to Protect", *Ethics & International Affairs*, vol. 35, núm 2. 2021, p. 232
<https://www.cambridge.org/core/journals/ethics-and-international-affairs/article/security-councils-role-in-fulfilling-the-responsibility-to-protect/C138490614635E71FF93256406B52FFA/share/09f4d84705ae90c7ca3d8ccdede6df6a56eb7ffd#pff>

⁶⁰ J. M. WEISS, "The Security Council's Role in Fulfilling the Responsibility to Protect", cit., pp. 232-233.

- b. Que exista cooperación con organizaciones internacionales regionales y una respuesta coordinada.
- c. Que el Consejo disponga en ese caso de una capacidad de actuación y respuesta rápida⁶¹.

De no ser así, no es posible la aplicación de este concepto. Así sucedió en los casos de Sudán, Sudán del Sur, República Democrática del Congo y República Centroafricana. Especialmente destacables son los casos en los que el derecho de veto ha anulado toda capacidad de respuesta: Yemen, por la oposición de Reino Unido y Estados Unidos; Siria, Myanmar y la República Democrática Popular de Corea por la renuencia de Rusia y China⁶². Como señala Bellamy: *"Syria stands as a stark reminder, should one be needed, that the Council is a political body-one that is subject to the competing interests, values, and power relations of its Member States"*⁶³.

Así pues, todas las circunstancias han de ser propicias para que se aplique con efectividad la responsabilidad de proteger. Y aún cuando lo más difícil se ha conseguido, el propio devenir del conflicto y los intereses en juego pueden desvirtuar el fin perseguido. Es por este motivo por el que hemos entendido necesario recordar el caso libio.

3.5.2. Especial mención al caso de Libia como exponente de la dificultad de su aplicación

En sentido estricto, puede entenderse que el Consejo aplicó el principio en sus debidos términos en los casos de Costa de Marfil, Libia y Mali. El caso de Libia resulta particularmente desesperanzador pues, superados los obstáculos para la aplicación de esta doctrina, pone sobre la mesa sus riesgos inherentes, la tentación de que los intereses de los Estados reconduzcan el desarrollo de la intervención en términos egoístas alejados del espíritu del concepto.

⁶¹ J. GENSER, "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement", cit., p. 434.

⁶² J. GENSER, "The United Nations Security Council's Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement", cit., p.496.

⁶³ A.J. BELLAMY, "UN Security Council", VV.AA, *The Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 262, cit., por BERMEO LARA, *La responsabilidad de proteger ante la inconsistencia de la responsabilidad colectiva: los dilemas del uso de la fuerza para proteger a partir del análisis de los casos de Libia y Siria*, cit., p. 81.

En 2011, el Consejo de Seguridad se refirió a la responsabilidad de proteger en sus resoluciones sobre Libia y Yemen, así como en una declaración de la Presidencia sobre la diplomacia preventiva. La primavera árabe y la forma en que el gobierno libio respondió a las protestas motivó que el 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de Naciones dictara la Resolución 1970 (2011) en la que deploraba *“la grave y sistemática violación de los derechos humanos, incluida la represión de manifestantes pacíficos”* y recordaba *“la responsabilidad de las autoridades libias de proteger a su población”*, invocando por primera vez a la responsabilidad de proteger. De acuerdo con la Carta, impuso embargo de armas, congelación de activos y prohibición de viajar.⁶⁴ El 17 de marzo adoptó la resolución 1973 (2011): *“Reiterando que las autoridades libias tienen la responsabilidad de proteger a la población libia y reafirmando que las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles”*, reforzó las sanciones establecidas por esta, autorizó el establecimiento de una zona de prohibición de vuelos e implícitamente el uso de la fuerza⁶⁵.

La situación en Libia se dibujaba como el escenario más idóneo para la aplicación del concepto de responsabilidad de proteger, al posibilitar un alto grado de consenso e institucionalización de las decisiones adoptadas. En el seno de la ONU, auspiciada por EEUU, Reino Unido y Francia, contó con el apoyo de la Liga Árabe, la Conferencia Islámica y la Unión Africana, que también condenaron las graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas por el régimen libio⁶⁶. La intervención militar comenzó el 19 de marzo. Lo que en un principio se vislumbró como una magnífica oportunidad de puesta en práctica de la responsabilidad de proteger, pronto derivó en importantes interrogantes suscitados a partir de

⁶⁴ Naciones Unidas, S/RES/1970 (2011), de 26 de febrero de 2011, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/61/PDF/N1124561.pdf?OpenElement>, consultada: 2-05-2022.

⁶⁵ *“Habiendo determinado que la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia sigue representando una amenaza para la paz y la seguridad internacionales” “a los Estados Miembros que hayan notificado previamente al Secretario General a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias, pese a lo dispuesto en el párrafo 9 de la resolución 1970 (2011), para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque en la Jamahiriya Árabe Libia, incluida Benghazi, aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio”* Naciones Unidas, S/RES/1973 (2011), de 17 de marzo de 2011, [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1973\(2011\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1973(2011))

⁶⁶ I. MARRERO ROCHA, *“La responsabilidad de proteger de la comunidad internacional en los casos de Libia y Siria: análisis comparativo”*, cit., 133.

la forma de actuar de las fuerzas de la coalición que, en vez de contentarse con proteger a la población civil de la ciudad de Bengasi, apuntó al derrocamiento de un Gobierno, al apoyar abiertamente a las fuerzas rebeldes, aprovisionándolas de armas y asesores militares⁶⁷. Esto provocó que el conflicto estuviese marcado por “injerencias externas” que contribuyeron a la derrocamiento del régimen y a la inestabilidad endémica de la zona. China y Rusia, que al abstenerse en la votación en el Consejo de Seguridad dejaron vía libre a las potencias occidentales, empezaron a criticar lo que demostraba ser una implicación de la OTAN a favor de los rebeldes libios. Y es que en opinión de ambos Estados, la Alianza, después de seis meses, se centró más en ayudar a los rebeldes que en impedir que Gadafi llevara a cabo una matanza de civiles⁶⁸. En agosto de 2011 los rebeldes tomaron el control de Trípoli y declararon su victoria.

A esta realidad del desarrollo del conflicto, se une lo que sucedió tras él. En su Resolución 2009 (2011) el Consejo de Seguridad estableció una Misión de Apoyo a las Naciones Unidas en Libia (UNSMIL), derogó las medidas que autorizaban el uso de la fuerza y la zona de exclusión aérea y realizó un llamamiento al Consejo Nacional de Transición para “*proteger a la población de Libia, restaurar los servicios públicos y utilizar los fondos de Libia de manera abierta y transparente; b) Prevenir nuevos abusos y violaciones de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario y poner fin a la impunidad; c) Asegurar un proceso político consultivo e inclusivo con miras a llegar a un acuerdo sobre una constitución y la celebración de elecciones libres y limpias*”⁶⁹. El proceso de normalización política del país empezó a producirse el 20 de octubre de 2011, cuando el CNT nombró a El-Keib nuevo Ministro Interino de Libia, quien formó un Gobierno en los treinta días siguientes a su elección, y más tarde dio a conocer un calendario electoral con objeto de llevar al país a una transición democrática, tal y como se anunció en la Declaración Constitucional de 3 de agosto de 2011. El 7 de julio de 2012 se celebraron elecciones nacionales y el CNT traspasó sus funciones al Consejo General Nacional, elegido democráticamente, que decidió que Muhammad Yusuf al-Maqarif fuese su presidente.

En enero de 2012, Navi Pillay, Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, informó que la situación de ausencia de garantías fun-

⁶⁷ R. BERMEJO GARCÍA, E. LÓPEZ-JACOISTE, “De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes, diferencias”, cit., p. 66.

⁶⁸ J. F. ESTÉBANEZ GÓMEZ, “La responsabilidad de proteger: Los efectos de la intervención libia sobre la guerra civil siria”, *ieee.es*, núm. 47, 2015, p. 8.

⁶⁹ Naciones Unidas, S/RES/2009, de 16 de septiembre de 2011.

damentales en Libia era más que preocupante, afirmando que el Gobierno no garantizaba la seguridad de la población ya que no ejercía un control efectivo sobre las brigadas revolucionarias, que dotadas de armamento mantenían retenidos a más de siete mil libios, sin ningún tipo de garantías, acusados en su mayoría de ser seguidores de Gadafi⁷⁰.

El análisis de esta primera ocasión en la que se autorizó el uso de la fuerza para la aplicación del principio de responsabilidad de proteger no deja demasiados motivos para el optimismo: En relación con su adopción, la Resolución por la que se autorizó el uso de la fuerza “*salió adelante sin mucha legitimidad internacional, pues la población de los Estados que se abstienen es más del doble que los otros diez que votan a favor*”⁷¹; Respecto a su ejecución, existen dudas más que razonables sobre la interpretación del mandato llevado a cabo desde la OTAN y los intereses a los que esta alegada extralimitación servía y que condujeron a un cambio de régimen. Una vez finalizada, la desprotección de la población que había motivado la intervención continuó, solo que en otro contexto y con otros actores. Como señala la profesora Vázquez Rodríguez: “*se olvidó que la responsabilidad de proteger también abarcaba el elemento de reconstrucción postconflicto... ofreciendo plena asistencia para la recuperación, reconstrucción y reconciliación en Libia*”⁷².

El devenir de este conflicto, oportunidad preciosa para fortalecer la responsabilidad de proteger no hizo más que debilitarlo y reforzar a sus detractores. La inacción en Siria y otros conflictos es una buena muestra de ello.

4. CONCLUSIONES

El Derecho internacional público se asienta sobre principios eventualmente en tensión. A menudo denostado y criticado por su fragilidad y discrecionalidad, su difícil pervivencia y la lucha continua de quienes conciben el acuerdo y el diálogo multilateral como artífices de una vida en paz, es digna de elogio. La intervención humanitaria es una buena muestra de la

⁷⁰ I. MARRERO ROCHA, “La responsabilidad de proteger de la comunidad internacional en los casos de Libia y Siria: análisis comparativo”, cit., p. 143.

⁷¹ R. BERMEJO GARCÍA, “La protección de la población civil en Libia como coartada para derrocar un gobierno: un mal inicio para la responsabilidad de proteger”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, p. 34.

⁷² B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, cit., p. 180.

complejidad a la que ha de hacer frente y la dificultad de obtener resultados satisfactorios a corto plazo. A lo largo del presente estudio, subyace la difícil relación entre tres de sus principios estructurales: soberanía, uso de la fuerza y protección de derechos humanos. De cómo articular el difícil juego de equilibrios que provoca depende el éxito de sus normas. La responsabilidad de proteger vino a intentar conciliar sus intereses contrapuestos. Abordado desde hace siglos, el dilema de cómo reaccionar ante el sufrimiento ajeno provocado por otro igual, sigue presente a día de hoy. Conflictos como el de Ruanda y Srebrenica condujeron a un punto muerto, a la concienciación de la necesidad de cambio. Sucede en ocasiones puntuales que la comunidad internacional se avergüenza de su debilidad y aboga entonces por centrar sus esfuerzos en intentar evitar que se repitan escandalosas situaciones en las que la violencia, el sufrimiento y el abuso del fuerte contra el débil ha alcanzado cotas insoportables. Sin atacar al principio de soberanía, sino todo lo contrario, incluyendo en su ejercicio la responsabilidad de proteger a la población a su cargo, se formuló como un concepto esperanzador que podría silenciar críticas históricas.

La realidad, sin embargo, impera y no hay demasiados motivos para ser optimista. La explicación es lógica: al apartarse de la recomendación hecha por el Informe de la Comisión canadiense y hacer descansar la aplicación de este principio únicamente sobre el Consejo de Seguridad, se ve arrastrado a sus miserias. El doble rasero, la acción en unos casos y el silencio en otros, la anteposición de criterios geoestratégicos y políticos al fin loable del principio, han diezmado el concepto aún antes casi de su nacimiento. El ejemplo de Libia es perturbador. Aún habiendo salvado el escollo del veto en el Consejo de Seguridad: ¿Cómo controlar la acción de las fuerzas de la coalición y los intereses que la mueven?, ¿Cómo evitar que derrocar el régimen pase por encima de la protección a la población civil? En el post conflicto, ¿Quién protege a la población de aquellos a quienes la comunidad internacional ha alentado como sus protectores?, ¿Cómo no dar argumentos a los detractores de este principio que siguen apostando por un principio de soberanía absoluta?

Estas carencias en la formulación del concepto de responsabilidad de proteger se ven acentuadas por la actual situación internacional, que hace impensable abordar con seriedad la cuestión de la reforma del sistema de Naciones Unidas y, en especial, el derecho de veto en el Consejo de Seguridad. La crisis del multilateralismo, el consenso de Estados como Rusia, China y la India sobre la necesidad de reformar el orden internacional en un sentido que refuerce

el tradicional concepto de soberanía y la propia cruzada iniciada por Rusia al invadir Ucrania en contra de los principios más básicos que sustentan el sistema internacional actual nos enfrentan a una situación extremadamente delicada, en general y en lo que a este concepto en particular se refiere.

Es en este momento de escepticismo y perplejidad cuando Naciones Unidas debe ser más activa e innovadora que nunca, en la medida de sus posibilidades, buscando alternativas a los obstáculos que le restan eficacia. En este sentido se encaminan decisiones como la adoptada el 20 de abril de 2022 por la Asamblea General, al aprobar la resolución que faculta a su Presidente a convocar una sesión oficial de esta cuando se produzca un veto en las decisiones del Consejo de Seguridad con objeto de debatir y a analizar el mismo, de forma que no sea este la última palabra en un asunto que afecte a la paz y seguridad internacionales⁷³. De vital importancia en lo que a la responsabilidad de proteger se refiere resulta a su vez desbloquear el tercer pilar y retomar la propuesta canadiense que abogaba por, en caso de inactividad de este, recurrir a la Asamblea General o a Organizaciones internacionales regionales de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta, para después solicitar la autorización del Consejo de Seguridad.

Del análisis de esta cuestión puede deducirse tanto la necesidad de actuar ante casos de extremo sufrimiento y atrocidades masivas como la obligación de continuar la búsqueda de la fórmula más apropiada para articular dicha actuación. La responsabilidad de proteger vino a mejorar la intervención humanitaria pero aún hoy deja mucho que desear. En un contexto adverso como el actual, se hace más necesario que nunca la búsqueda de fórmulas alternativas para sortear las carencias del sistema que imposibilitan una aplicación efectiva y ecuánime de este principio. De no emprender esta tarea, el concepto de responsabilidad de proteger está condenado a quedar como agua de borrajas.

CARMEN ROCÍO GARCÍA RUIZ
Derecho Internacional Público
Universidad Loyola Andalucía
Avenida de las Universidad s/n
Dos Hermanas. Sevilla 41704
e-mail: cgarciar@uloyola.es

⁷³ Resolución de la Asamblea General, de 20 de abril de 2022, A/76/L.52, <https://digitallibrary.un.org/record/3969448?ln=en>

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS REDES SOCIALES:
DE LA DOCTRINA DE LOS PUERTOS SEGUROS
A LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS**

*FREEDOM OF EXPRESSION AND THE SOCIAL NETWORKS:
FROM THE SAFE HARBOUR LAWS TO CONTENT MODERATION*

FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ
Universidad Pontificia Comillas
<https://orcid.org/0000-0002-4596-8037>

Fecha de recepción: 26-10-21

Fecha de aceptación: 22-3-22

Resumen: *El auge de las nuevas tecnologías ha propiciado una revolución en la comunicación humana, que ha pasado a ser global, masivamente multilateral y esencialmente digital. Regular la actividad online es indispensable para proteger a los internautas, pues las grandes empresas multinacionales propietarias de las aplicaciones que predominan en Internet diseñan unas políticas de uso que condicionan el ejercicio de nuestros derechos fundamentales, de un modo muy particular nuestra libertad de expresión. Las distintas alternativas para regular el funcionamiento de los proveedores de estos servicios y conseguir un modelo normativo equilibrado y viable a nivel internacional es, por lo tanto, un reto que no puede posponerse más.*

Abstract: *The rise of new technologies has led to a revolution in human communication, which has become global, massively multilateral and essentially digital. Regulating online activity is essential to protect Internet users, as the large multinational companies that own the main social networks design conditions and policies of use that limit the exercise of our fundamental rights, particularly our freedom of expression. The various alternatives for regulating the operation of Internet service providers and achieving a balanced and viable regulatory model at international level is a challenge that cannot be postponed any longer.*

Palabras clave: Internet, libertad de expresión, redes sociales, moderación de contenidos, puertos seguros

Keywords: Internet, freedom of speech, social networks, online content moderation, safe harbor laws

1. INTRODUCCIÓN: LA REVOLUCIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El 21 de noviembre de 1969, las Universidades de Stanford y Los Ángeles culminaron con éxito un experimento que transformó para siempre el mundo de las comunicaciones: el primer enlace funcional que permitía interactuar a los usuarios de dos dispositivos informáticos remotos. Este proyecto, bautizado como ARPANET, había sido impulsado por la Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA) y se acabaría convirtiendo en lo que hoy conocemos como Internet. El uso militar de estas aplicaciones sigue siendo crucial para nuestra defensa, pero ha sido su generalización como medio de comunicación a nivel mundial lo que ha supuesto una verdadera revolución, pues las páginas web (las llamadas world wide web o www), los hipertextos (http) y el sistema de códigos identificativos individuales (url) posibilitaron una estructura de creación de contenidos global y accesible, además de ser prácticamente gratuita¹.

Pero el éxito mundial de Internet no se explica sin tener en cuenta las constantes innovaciones que desde las dos últimas décadas del siglo pasado han vivido los terminales de acceso. Los ordenadores personales y los teléfonos móviles, cuyas características originales eran su alto coste, su exclusividad y su empleo empresarial, se ha convertido en bienes de consumo asequibles para el gran público. Esta combinación de factores, englobados bajo la expresión “nuevas tecnologías”, han permitido definir Internet como “la imprenta del siglo XXI”², hasta el punto que a quienes ya tenemos cierta edad nos cuesta recordar cómo vivíamos antes de su difusión y a las nuevas generaciones les resulta poco menos que inimaginable estar sin sus dispositivos móviles.

El siguiente paso en este imparable proceso de innovación tecnológica fue la aparición de plataformas que permitían la interacción multilateral en tiempo real (los primeros “chats”), que evolucionaron hasta las redes sociales actuales. Estos espacios son hoy un verdadero universo paralelo en el que

¹ El 6 de agosto de 1991, Tim Berners-Lee, investigador del CERN en Suiza, publicó la primera página web (w3.org) y el protocolo de creación de contenidos para futuros portales. Su diseño permitía que desde cada terminal conectado a la Red se pudiese acceder a otras webs e intercambiar audios, imágenes, vídeos y textos. A la inmensa contribución técnica de estos trabajos, Berners-Lee sumó un gran aporte de carácter ético: renunció a patentar sus diseños, de forma tal que su uso se convirtió en gratuito.

Vid T. BERNERS-LEE, *Tejiendo la Red*, Siglo XXI de España, Madrid, 2000.

² A. G. PISCITELLI, *Internet, la imprenta del siglo XXI*, Gedisa, Barcelona, 2005.

millones de personas publicamos a diario información que antes era privada o compartida sólo en núcleos íntimos, tales como fotografías, aficiones, opiniones de la más diversa índole o incluso estados de ánimo.

Los datos no admiten discusión. A principios de 2021, Facebook contaba con 2.740 millones de usuarios, YouTube con 2.291 millones, Whatsapp con 2.000, Instagram con 1.221, TikTok con 689, Telegram con 500, Snapchat con 498, Pinterest con 442 y Twitter con 353, todo ello sin citar redes profesionales como LinkedIn, de contactos como Tinder o Bumble, u otras de carácter regional, como la rusa VK. Cada usuario pasa conectado un promedio de dos horas y veinte minutos al día³. Además, un mismo individuo suele tener varios perfiles en distintas redes sociales simultáneamente. Como consecuencia, muchas personas se han creado una vida virtual que ocupa buena parte de su tiempo, una especie de realidad alternativa que se entremezcla de forma inextricable con la denominada, incluso a veces despectivamente, vida real⁴. Este uso masivo y constante no podía pasar desapercibido para disciplinas tan diversas como las ciencias sociales, la estadística, la educación, las ingenierías, la economía y, por supuesto, el Derecho.

El desafío que el uso global de las nuevas tecnologías supone es mayúsculo y debe afrontarse desde un ámbito plural, incluso dentro de las propias ciencias jurídicas. Pero, de todos los enfoques posibles, quizás sea su afectación a los derechos fundamentales y, en concreto, a la libertad de expresión, su aspecto más relevante. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que llegó a sentenciar que “un ciudadano con conexión a Internet puede convertirse en alguien cuya voz resuena más fuerte que la de cualquier orador desde una tribuna”⁵.

A tenor de lo expuesto, los objetivos del presente trabajo son tres: por un lado, analizar el origen y el contenido de las normas que regularon Internet desde sus inicios; por otro, estudiar algunos de los desafíos que se han generado con el uso masivo e internacional de esta tecnología y, por último, analizar algunas de las respuestas que se están dando a los mismos.

³ H. TANKOVSKA, “Global social networks ranked by number of users 2021”. Disponible en: <https://datareportal.com/social-media-users>, consultado 01-09-2021.

⁴ A. CONSTANTE, “¿Qué son las redes sociales?”, en VV.AA., *Las redes sociales. Una manera de pensar el mundo*, Ediciones Sin Nombre, México D. F., 2013, pp. 13-36.

⁵ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 2017.

2. LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET Y LA DOCTRINA DE LOS PUERTOS SEGUROS

Los internautas no son meros receptores de información, como puede ocurrir con los consumidores de prensa, radio o televisión, sino también creadores y divulgadores de contenidos mediante procesos comunicativos que se materializan millones de veces al día a lo largo y ancho del mundo. Cuando accedemos a Internet activamos una cadena cuyos eslabones son los proveedores de servicios de Internet (Internet Service Providers, genéricamente denominados ISP), cada uno con un rol que permite la difusión digital de información. En primer lugar, encontramos a los proveedores de acceso, encargados de suministrar el hardware básico (los routers, el sistema de cableado, el wifi...) y de su instalación. En segundo lugar, están los servidores de tránsito, también llamados conductores, que permiten la interacción entre el terminal de cada usuario y el punto de alojamiento de la información consultada⁶. En tercer lugar, encontramos los servidores de alojamiento que, pese a ser desconocidos para el gran público, realizan la crucial labor de albergar todos los contenidos⁷. En cuarto lugar, intervienen los proveedores de servicios en línea, mucho más conocidos, pues son los que permiten que realicemos actividades cotidianas como disponer de correo electrónico, leer la prensa, conectarnos a las redes sociales, etcétera (es decir, Facebook, Outlook, YouTube...). Por último, los llamados proveedores de búsqueda facilitan los listados de enlaces url que nos llevan directamente a la información solicitada (nadie puede dudar que Google es el rey de estos proveedores, pero existen más, tales como Yandex, Yahoo o Bing).

Regular estos procesos es muy complejo. La legislación vigente para cada particular que accede a Internet es la del país en el que se encuentra, pero lo más probable es que el buscador que emplee opere a nivel mundial, que las páginas web que dicho buscador ofrezca estén alojadas en diversos países y, también, que su creador o administrador resida en un lugar diferente. ¿Cómo aplicar entonces el principio de *lex loci*, sabiendo las grandes

⁶ En España, los proveedores de acceso y tránsito son por lo general los mismos, es decir, compañías operadoras como Movistar, MasMóvil, Vodafone, Orange...

⁷ Cuando alguien desea crear su propia web necesita adquirir los servicios de alguna de estas empresas, denominadas proveedores de hosting, que mantienen el portal activo a cambio de una pequeña renta (algunos de los principales son DreamHost, HostGator, Hostpapa, SiteGround o GoDaddy). Adicionalmente suele ser necesario registrar un dominio, es decir, una url propia e identificativa de cada portal.

Vid M. MACDONALD, *Creación y diseño Web 2010*, Anaya, Madrid, 2009, pp. 99-115.

deficiencias que, en este y otros aspectos, presenta la colaboración internacional policial y judicial⁸?

Pero esta cuestión no es reciente. Tal dilema ya estaba en la mente del legislador cuando, a finales del siglo pasado, se vio ante la necesidad de elaborar una reglamentación que fomentase el crecimiento de Internet, pero, a la vez, no dejase nuestros derechos desprotegidos. Bien podría decirse que este doble objetivo era inasequible, una casi imposible cuadratura del círculo que obligaba a dar preferencia a una de las dos metas. El criterio que resolvió el debate fue el *momentum*, pues una normativa restrictiva de Internet en sus orígenes podría haber asfixiado su difusión. Ese temor fue determinante para el nacimiento de la “doctrina de los puertos seguros” (*safe harbor laws*), según la cual, los proveedores de servicios no son responsables legales de las actuaciones de los distintos usuarios de la Red, salvo en tres casos excepcionales: que sean ellos mismos los generadores del contenido, que lo hayan modificado o que seleccionen al receptor⁹. La plasmación legal de este principio la encontramos en la Sección 230 de la *Ley de Telecomunicaciones* aprobada en 1996 por el Congreso de los Estados Unidos; un artículo que ha sido definido como las veintiséis palabras que crearon Internet¹⁰: “*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*”.

Desde su entrada en vigor, la Sección 230 ha sido la regulación fundamental del ciberespacio. Sus características son tres: en primer lugar, fue aprobada conjuntamente por demócratas y republicanos, lo que aseguró su pervivencia en los años siguientes; en segundo lugar, su razón de ser consistía en fomentar la innovación y el desarrollo de esta nueva tecnología, que no ha parado de crecer; en tercer lugar, había consenso en que debían ser los usuarios y proveedores de servicios, y no el Gobierno, quienes regulasen el funcionamiento de Internet¹¹.

⁸ J. CARRASCO MEDINA, “Derecho de autor e Internet: la muerte del principio de *lex loci protectionis*”, *UISRAEL Revista Científica*, núm. 19, 2019, pp. 25-38.

⁹ R. XALABARDER, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, pp. 1-13.

¹⁰ J. KOSSEFF, *The twenty-six words that created the Internet*, Cornell University Press, Londres, 2019.

¹¹ D. S. ARDIA, “Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity under Section 230 of the Communications Decency Act”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, núm. 43, 2010, pp. 373-506.

Sin embargo, los legisladores estadounidenses eran muy conscientes de que Internet, incluso en esta etapa primigenia, se estaba empleando también de forma ilícita. Por un lado, se producían constantes vulneraciones de derechos de autor; por otro, había páginas web con contenidos peligrosos cuando no execrables. Además, el hecho de que los menores empezasen a acceder a la Red de forma habitual obligaba a tratar de poner coto a según qué contenidos. Por ello, la *Communications Decency Act* tipificó como delito la difusión de contenidos “indecentes” y “obscenos”, un evidente límite a la Sección 230. La American Civil Liberties Union entendió que esta redacción generaba inseguridad jurídica por fundamentarse en dos conceptos indeterminados y que, aunque persiguiese un fin legítimo, se exigía a los ISP un grado de control inviable¹². Finalmente, el Tribunal Supremo, en un célebre fallo, resolvió que “no es exagerado concluir que el contenido en Internet es tan diverso como el pensamiento humano”, por lo que debe fomentarse el libre intercambio y acceso al mismo, de suerte que tanto el control previo como las restricciones imprecisas o subjetivas son contrarias a la Primera Enmienda. El Tribunal entendió la necesidad de proteger a los menores de contenidos inadecuados, pero a la vez consideró inconstitucional tanto responsabilizar a los proveedores de servicios por su difusión como obligarles a identificarlos entre los miles de portales existentes¹³.

Sin embargo, un año después se aprobó la Sección 512 de la *Digital Millennium Copyright Act*, que establecía el principio “notice and takedown”. A través de este mecanismo, cuando un proveedor de servicios recibía la notificación de que algún contenido vulneraba los derechos de propiedad intelectual, debía eliminarlo de inmediato o bloquear el acceso al mismo. De esta forma, no era necesario ya un monitoreo previo por parte de los ISP, pero sí se les exigía la capacidad de reaccionar una vez tenían conocimiento de alguna infracción. Si, por alguna razón, el proveedor mantenía accesible el contenido notificado, debía asumir la carga de la prueba para demostrar que no había vulneración normativa alguna¹⁴.

El resto del mundo siguió con atención cómo se resolvían estas cuestiones en los Estados Unidos. Al fin y al cabo, Internet debía ser global o no

¹² J. L. COX, “Defining a new medium of communication under the First Amendment: The Supreme Court tackles speech on the Internet in *Reno v. American Civil Liberties Union*”, *Nova Law Review*, vol. 22, núm. 3, 1998, pp. 761-782.

¹³ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

¹⁴ J. WANG, *Regulation hosting ISP’s responsibilities for copyright infringement*, Springer, Nueva York, 2018, pp. 73-76.

sería, por lo que muchos otros países no dudaron en imitar la doctrina de los puertos seguros una vez se vio ratificada. Podemos encontrar dos ejemplos muy ilustrativos. Por un lado, Japón aprobó en 2001 una normativa que exime de toda responsabilidad al proveedor de servicios si no tenía conocimiento previo de que el contenido fuese ilícito¹⁵. Por otro, en 2008, la Federación Rusa estableció una normativa que excluye toda responsabilidad del prestador de servicios salvo que hubiese tenido conocimiento previo de la ilicitud, especificando además que, aun en este caso, afectaría únicamente a quienes cobren una tarifa por sus servicios pero no a quienes los prestasen gratuitamente (como por ejemplo hacen las empresas que dan soporte a blogs y también a las redes sociales)¹⁶.

El Consejo de Europa siguió unos pasos similares y publicó el 28 de mayo de 2003 la *Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet*, que ha servido de pauta para las legislaciones nacionales posteriores y ha orientado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su Principio 1, sobre la regulación de contenidos, dice así: “Los Estados miembros no han de establecer restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos”.

Por su parte, la Unión Europea reguló Internet mediante la *Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico*. Sus artículos 13 y 14 dan una protección equivalente a la de los puertos seguros, en tanto en cuanto establecen que “cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de los datos almacenados”. A su vez, el artículo 15 prohíbe que los Estados miembros impongan una obligación general de supervisión previa, aunque sí existe el deber de frenar las actividades ilícitas si se tuviera conocimiento de ellas. Posteriormente, la *Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y de los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónica* fijó el trato igualitario a todo contenido online, prohibiendo discriminaciones, restricciones o interferencias¹⁷. En lo referido al ejercicio específico de la libertad

¹⁵ T. HAGIWARA, “Liability of Internet Service Providers”, *X Symposium International Softic*, 2001.

¹⁶ V. NAUMOV y A. AMOSOVA, “Provider’s liability”, *Amcham News*, núm. 88, 2008, pp. 26-28.

¹⁷ R. RODRÍGUEZ PRIETO, “De la ‘neutralidad’ a la ‘imparcialidad’ en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, pp. 217-246.

de expresión, la Unión Europea ha ido tomando medidas para contener los posibles abusos, de entre las que destaca la *Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, que en su artículo 1.2 señala que los Estados miembros “podrán” castigar únicamente las conductas que alteren el orden público, que sean amenazadoras, que sean insultantes o abusivas; y señala también en su artículo 5 que las personas jurídicas pueden ser responsables “cuando la falta de vigilancia o control” por su parte haga posible la materialización de una de estas conductas¹⁸.

En España, la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, transpuso la normativa europea y recogió lo ya expuesto sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios digitales. Más adelante, *Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información*, y el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* desarrollaron esta protección al considerar que las plataformas vigentes por entonces, aunque mucho más sencillas y con menos posibilidades que las actuales, eran indudablemente prestadoras de un servicio¹⁹. Por último, la reciente *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, reconoce en su Título X la naturaleza fundamental de muchos de los derechos que se ejercen a diario en la Red, entre ellos, obviamente, la libertad de expresión.

En resumen, prácticamente toda la legislación sobre Internet ha sido claramente influenciada por el derecho estadounidense, lo cual ha favorecido una cierta homogeneización y un fácil diálogo institucional. La premisa central era que los prestadores de servicios no tenían responsabilidad sobre los contenidos digitales, pero se esperaba su colaboración en la persecución de posibles ilícitos. Como señalara el Consejo de Europa, las regulaciones no debían ser más restrictivas que las aplicadas en otros ámbitos. Pero nos es menos cierto que el uso generalizado de Internet ha provocado gran cantidad de supuestos en los que hay afectación de derechos y, si bien no son aceptables restricciones adicionales, tampoco parece razonable que haya menos.

¹⁸ Además, en 2010, la Unión Europea creó el Organismo Europeo de Reguladores de Comunicaciones Electrónicas (BEREC), al que se dio autoridad para emitir dictámenes y recomendaciones, si bien carecen de carácter vinculante.

¹⁹ A. ROIG, “E-privacidad y redes sociales”. *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, núm. 9, 2009, pp. 42-52.

La homogeneidad internacional ha comenzado a resquebrajarse cuando los principales tribunales nacionales e internacionales han ido consolidando una dispar jurisprudencia en los conflictos surgidos en el entorno digital. Los dos casos Facebook Irlanda v. Schrems²⁰, resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son quizás el más clarificador ejemplo, pues pusieron de manifiesto que una norma comunitaria, incluso un tratado internacional, puede ser invalidada si se acreditan vulneraciones de derechos

²⁰ En el año 2000 la Comisión Europea aprobó el Acuerdo de Puerto Seguro, que regulaba el intercambio de datos personales entre EE.UU. y los países miembros de la Unión Europea (no debe confundirse, por tanto, con la doctrina de irresponsabilidad de los intermediarios antes comentada). El fundamento de esta libre circulación de datos se encontraba en el reconocimiento de un sistema de protección equivalente entre los distintos firmantes, por lo que la privacidad de los usuarios de Internet parecía quedar siempre garantizada. Sin embargo, Maximilian Schrems, un estudiante de Derecho austriaco, presentó una denuncia ante el Comisario Irlandés de Protección de Datos reclamando que, aunque él era usuario de Facebook Irlanda (país en el que se encuentra la sede europea de dicha empresa), sus datos estaban siendo tratados por la matriz, sita en Estados Unidos, donde el régimen de garantías es menor. El caso acabó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sentenció que, efectivamente, no existía una protección equivalente y que el Acuerdo de Puerto Seguro rebajaba la protección a la privacidad de los ciudadanos europeos de forma ilegítima (STJUE de 6 de octubre de 2015, Facebook Ireland v. Schrems, C-362/14). Como consecuencia, en 2016, la Comisión Europea aprobó un nuevo acuerdo marco entre la Unión Europea, Estados Unidos y Suiza, que se vino a llamar “Escudo de Privacidad”. Éste obligaba a las empresas estadounidenses a fijar nuevos mecanismos de protección para los datos de los ciudadanos europeos y creaba la figura del Mediador, al cual los posibles afectados podían acudir para defender sus intereses. La *Decisión 2016/1250 de la Comisión de 12 de julio de 2016 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU.* consideró que este nuevo modelo daba protección suficiente y afirmó que “la confianza y la protección de datos son imprescindibles, porque es lo que impulsará nuestro futuro digital”. Pero Schrems no estuvo de acuerdo: convertido ya en un reconocido activista en defensa de los derechos digitales y creador de la ONG “Europa versus Facebook”, denunció que seguían sin subsanarse las deficiencias en la protección de datos personales de los ciudadanos europeos. En julio de 2020, el TJUE acabó dándole nuevamente la razón y sentenció que la Unión Europea no podía asegurar que en Estados Unidos se aplicase “un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado por la Carta”, por lo que el “Escudo de Privacidad” seguía siendo insuficiente (STJUE de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland v. Schrems, C-311/18). Existía, pues, el riesgo de que Meta Platforms, Inc. y otros operadores estadounidenses dejaran de prestar sus servicios en Europa. Sin embargo, en marzo de 2022 la Casa Blanca y la Comisión Europea anunciaron un principio de acuerdo donde se esbozan las premisas que regularán en adelante las transferencias de datos.

Vid. I. GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ y T. G. GARCÍA-MICÓ, “Identidad, cesión de datos personales y la decisión Privacy Shield tras la STJUE Schrems II”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3.2020, 2020, pp. 551-559.

fundamentales derivados de ella. En otras palabras, el TJUE ha establecido que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es una norma de referencia que los proveedores de servicios deben respetar²¹.

De todo ello podemos concluir que, en su génesis, la regulación de Internet tenía como fin desarrollar y generalizar su uso, permitiendo todo tipo de innovaciones y fomentando la participación de todo tipo de usuarios. Una especie de “creced y multiplicaos” que ha permitido que en apenas un par de décadas el mundo haya saltado de lo analógico a lo digital, se haya interconectado a nivel global como jamás antes lo había hecho y se haya abierto un universo de posibilidades cuyo techo no es posible aún avistar. Pero, conseguido este primer objetivo, cabe preguntarse si los daños y vulneraciones de derechos que han ido apareciendo por el camino deben seguir tolerándose y si no sería necesario y conveniente desandar algunos pasos.

3. CONSIDERACIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ENTORNO DIGITAL

3.1. La libertad de expresión online: un ejercicio condicionado a un medio

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “todo el mundo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión”; la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense supuso la prohibición de aprobar leyes que la restrinjan; el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señalan que este derecho corresponde a “toda persona”. Podemos concluir, por tanto, que todos somos sus titulares y disponemos de la facultad para beneficiarnos de sus efectos tanto frente al poder como frente a otros particulares²². Pero ello no supone que exista identidad en la protección que se da a la libertad de expresión a ambos lados del Atlántico, pues mientras que en Estados Unidos encontramos una defensa a ultranza de la misma, en el marco normativo europeo el valor predominante es la dignidad, fuente

²¹ M. I. PUERTO y P. SFERRAZZA-TAIBI, “La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 40, 2018, pp. 209-236.

²² VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales*, Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1994, p. 84.

de todos los derechos fundamentales²³ y mínimo irrenunciable a la hora de impedir la cosificación de la persona²⁴.

El artículo 20 de nuestra Carta Magna señala que la libertad de expresión se “reconoce y protege”, pero establece también sus primeros y más obvios límites. En lo sustancial, dichos límites no cambian porque cambie el canal de distribución de los contenidos, de resultas que lo que está prohibido fuera de la Red está prohibido en ella. Por consiguiente, del mismo modo que ya no se admite la censura previa, no parecería necesaria una actuación activa, ex ante, que ordenase el ejercicio de esta libertad, pues difícil justificación jurídica encontraría la aplicación de estándares distintos que dependiesen exclusivamente del medio en que nos expresamos²⁵.

Para comprender bien esta cuestión debemos entender la propia estructura de Internet²⁶. En sus orígenes, se concibió como un nuevo espacio donde cada cual podía configurar su página web y tratar cualquier temática, de manera que el libre mercado de las ideas se manifestaba en todo su esplendor²⁷. Es más: el diseño de algunos portales fue reconocido como obra original con creatividades propias y, por consiguiente, quedaron protegidos mediante el

²³ H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Ubijus Editorial, México D. F., 2014, pp. 23 y ss.

²⁴ M. GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 28 y ss.

²⁵ A. BOIX PALOP, “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de estudios políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55 a 112.

²⁶ Resulta necesario diferenciar entre tres conceptos. Por un lado, la denominada *clearnet* o *surface web* estaría compuesta por todos aquellos enlaces rastreables, fundamentalmente los indexados en buscadores generalistas como Google. Un segundo concepto sería la *deepweb*, donde se engloba toda aquella información online que no es pública, como por ejemplo los correos que se mantienen en las bandejas de Outlook, las conversaciones de Whatsapp o Skype y los archivos guardados en espacios como Dropbox. Un segmento especial de esta *darkweb* sería el contenido diseñado para que su acceso sólo sea posible a través de navegadores especiales, lo cual no significa necesariamente que sea material ilícito, como muchas veces se afirma.

Vid P. Biddle, P. England, M. Peinado y W. Bryan, “The Darknet and the Future of Content Distribution”, *Microsoft Corporation*, 2002, pp. 2-8.

²⁷ Brillante en su sencillez, el planteamiento del Juez Oliver Wendell Holmes Jr. sostiene que la mejor política en materia de libertad de expresión es la ausencia de política, pues en una sociedad sin restricciones a la misma, frente a cada opinión polémica surgiría una opinión crítica y serían los ciudadanos quienes, al contrastarlas, aprenderían a ser libres en el discernimiento entre la verdad y la mentira, el acierto y el error.

Vid *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes Jr.

derecho a la creación artística²⁸. Esta dimensión primigenia sigue existiendo pese a la progresiva y creciente complejidad del ciberespacio.

Un segundo escenario nació con los primeros chats, que se convirtieron en foros donde un número relativamente reducido de ciudadanos conversaban sobre cualquier cosa, compartían experiencias o pasaban largas horas en la compañía digital de desconocidos. Gracias en parte a ese anonimato hablaban con plena libertad, se establecían vínculos de confianza, se forjaban amistades virtuales y los usuarios más consolidados se convertían de facto en protectores de la paz en los mismos, con la potestad de expulsar a quienes incumpliesen unos protocolos básicos de corrección que recibieron el nombre de “netiquetas”²⁹.

Una tercera dimensión se alcanzó cuando los medios de comunicación tradicionales lanzaron sus propias páginas web para ofrecer a sus lectores información en tiempo real. En cada noticia incorporaban además un foro temático para fomentar el debate público y que los internautas compartieran sus opiniones. Cuando algunos usuarios empezaron a aprovecharlos para realizar comentarios ofensivos, violentos o amenazantes, se planteó si, al producirse en un espacio dependiente de un medio de comunicación regulado por la libertad de información, seguía imperando la irresponsabilidad de los intermediarios. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que determinados portales de Internet no podían ser tenidos por meros focos de expresión ciudadana, sino que cabía exigirles un control editorial, hasta el punto que la dejación de esta función podía devenir en culpa *in vigilando*. Se argumentó para ello que, aunque es incuestionable que la libertad de información se centra en la transmisión veraz de hechos noticiables, la redacción y la presentación que haga cada medio puede desencadenar comentarios hostiles, lo que justifica la exigencia de disponer de mecanismos de control y la obligación de emplearlos adecuadamente³⁰. Sin embargo, posteriormente

²⁸ F. PANTALEÓN PRIETO y A. SOLER PRESAS, “La protección jurídica de las páginas web”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, núm. 3, 2001, pp. 1051-1104.

²⁹ A. CHARALABIDIS, *The Book of IRC: The Ultimate Guide to Internet Relay Chat*, No Starch Press, San Francisco, 2000, pp. 11-33.

³⁰ El portal de noticias Delfi fue acusado por las autoridades estonias de permitir que sus lectores publicasen en los comentarios de sus artículos mensajes que podían ser tenidos por un discurso del odio. Se atribuyó a Delfi un deber como editor pues, por las características de su foro, los usuarios no podían modificar los comentarios una vez enviados y, como podían ser anónimos, se favorecían estas acciones.

Asunto Delfi AS v. Estonia, STEDH de 15 de junio de 2015.

matizó este criterio y señaló que con el empleo efectivo de los mecanismos de notificación y retirada de comentarios ilícitos es suficiente, pues no todas las expresiones son iguales y la responsabilidad en sentido estricto se ciñe a las que sean verdaderas incitadoras a la violencia o la discriminación³¹. Lo cierto es que la distinción entre expresión e información online es más que necesaria, pues contribuye a distinguir las noticias ciertas o al menos diligentemente contrastadas de las meras opiniones, sobre todo si se refieren a los asuntos públicos³². Lo cual se refuerza con el deber de transparencia de los Estados sobre el funcionamiento de las administraciones públicas, para lo cual el empleo de vías digitales es crucial³³.

Estas dimensiones no hacían sino replicar en el ciberespacio las manifestaciones convencionales de la libre opinión. Sin embargo, Internet supuso también la aparición de un nuevo escenario con el uso masivo de las redes sociales, auténticas transformadoras de la comunicación interpersonal. Las redes sociales son aplicaciones online que permiten crear un perfil individual identificativo en el que se puede volcar información personal a la par que se conocen las actividades que realizan otras personas, así como participar en distintos grupos de opinión o de intereses. Hay una gran diversidad de redes sociales, pero todas presentan rasgos comunes: en primer lugar, tienen vocación expansiva, esto es, aspiran a sumar cada vez más usuarios; en segundo lugar, su fundamento es la interconexión, tanto cualitativa (aumentando las funciones disponibles en cada perfil) como cuantitativa (fomentando que cada usuario contacte con más personas); en tercer lugar, superan las barreras físicas y de distancia tradicionales; en cuarto lugar, viralizan la

³¹ Dos empresas inmobiliarias húngaras denunciaron a un medio de comunicación y a un buscador online después de que varios usuarios anónimos publicasen en sus foros comentarios muy críticos sobre su proceder comercial. Entendieron que se les había difamado impunemente y, en efecto, los tribunales nacionales resolvieron que los intermediarios eran también responsables del perjuicio causado. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que, aunque había una innegable afectación a la imagen de las empresas denunciadas, no había un mensaje socialmente dañino; además, valoró que los denunciados hubieran retirado los comentarios una vez se interpuso la demanda civil como un proceder suficientemente diligente.

Asunto Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu ZRT v. Hungría, STEDH de 2 de febrero de 2016.

³² SSTC 107/88, de 25 de junio, y 223/92, de 14 de diciembre.

³³ L. COTINO HUESO, "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 279-316.

comunicación, pues un usuario puede acceder a los contactos de aquéllos con quienes ya está conectado, generando una auténtica telaraña que afecta incluso a quienes no participan de la misma pero aparecen en fotografías o publicaciones; en quinto lugar, exigen que cada usuario facilite una serie de datos personales, algunos como condición necesaria para crear el perfil y otros generados por el uso cotidiano de la aplicación; finalmente, suele ocurrir que, al solicitar la baja, no todos los datos se borran de forma automática y permanente³⁴. Estas características han hecho de las redes sociales un espacio diferente a cuanto antes se había conocido, un punto de encuentro para personas de todo el mundo que buscan manifestar distintos aspectos de su personalidad, sus deseos y aspiraciones, a la par que se marcan tendencias, se identifican héroes y villanos, se ensalza y se difama, se ama y se odia. Un mundo donde las mejores virtudes de la libertad de expresión han alcanzado cotas sin precedentes, pero también sus riesgos³⁵.

Es innegable que las redes sociales se han convertido en un medio muy común en la comisión de abusos. Ello se debe a varios factores: por un lado, la posibilidad de actuar anónimamente mediante perfiles falsos transmite una sensación de relativa impunidad que desinhibe los comportamientos hostiles; por otra parte, el anonimato en el acceso anima a los usuarios a buscar información que no buscarían, por ejemplo, en una librería tradicional;³⁶ en tercer lugar, desde que es posible la traducción inmediata de contenidos, la barrera idiomática tampoco es ya un obstáculo; además, las redes suelen contar con un eficaz buscador que ayuda a cada usuario a hallar la información que le interesa, del tipo que sea.

Ahora bien, es necesario recordar que los límites propios de la libertad de expresión siguen vigentes en el mundo virtual. No existe el derecho al insulto ni a realizar manifestaciones vejatorias o humillantes, ni tampoco se permite el discurso del odio, es decir, la creación y difusión los mensajes denigratorios dirigidos contra colectivos vulnerables. Existe también otro límite, que sería el mantenimiento del orden público³⁷, es decir, “aquella

³⁴ J. M. BELTRÁN CASTELLANOS, “Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 2, 2014, pp. 61-90.

³⁵ J. LANIER, *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*, Debate, Barcelona, 2020, pp. 77-88.

³⁶ M. A. MORETÓN TOQUERO, “El ciberodio, la nueva cara del mensaje del odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 27, 2012, pp. 1-18.

³⁷ Asunto Barford v. Dinamarca, STEDH de 22 de febrero de 1989.

situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia”³⁸. La vinculación del uso de las redes sociales con posibles alteraciones del orden público, éticamente justificables o no, ha quedado patente tras comprobarse cómo los principales movimientos sociales de los últimos años fueron posibles gracias a ellas. Fue a través de estas aplicaciones que ciudadanos de todo el mundo tuvieron conocimiento inmediato de las (mal) llamadas “primaveras árabes”, del movimiento 15-M o de los más recientes #blacklivesmatter, #metoo o #prayforAmazonia antes de que los medios de comunicación se hiciesen eco de estos hechos. Y, aunque no es menos cierto que estas reacciones ya ocurrían con anterioridad –a modo de ejemplo, podemos recordar las manifestaciones en España tras el secuestro y asesinato de Miguel Ángel Blanco a manos de la banda terrorista ETA en 1997–, es incontestable que las nuevas tecnologías han aumentado su número, intensificado su frecuencia y variado su temática.

Para combatir estos excesos, los países europeos han recurrido con frecuencia a la vía penal, ya sea mediante el agravamiento de las sanciones o incluyendo nuevos tipos. La concreción de esta corriente en España ha sido el actual artículo 510 CP, artículo extenso cuya redacción ha sido tildada de confusa, compleja, arbitraria y carente de proporcionalidad³⁹. Buena parte de la doctrina se ha mostrado muy crítica con este proceder, pues, por su propia naturaleza, el Derecho Penal debe ser excepcional. Por ello, comparo la opinión de quienes piensan que la generalización de la vía penal para perseguir opiniones y mensajes, online u offline, acaba a la postre por afectar a la dimensión institucional de la libertad de expresión pues provoca, en última instancia, un “efecto desaliento” para quienes mantienen opiniones e ideas quizá polémicas pero sin duda legítimas⁴⁰.

La necesidad de encontrar un procedimiento generalista, rápido y efectivo ha tenido como consecuencia que las redes sociales hayan tomado una decisión controvertida: establecer sus propias políticas de uso y de moderación de contenidos, de manera que el posible conflicto ya no enfrenta exclu-

³⁸ J. C. MONTALVO ALBIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2010, pp. 197-222.

³⁹ F. VALIENTE MARTÍNEZ, *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 305.

⁴⁰ R. ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 206-211.

sivamente a los internautas entre sí, sino que se produce también entre éstos y las empresas que gestionan las redes sociales.

3.2. La moderación de contenidos: un cuestionable mecanismo de regulación

La expresión “moderación de contenidos” engloba las prácticas dirigidas a la evaluación, categorización y posterior ratificación o eliminación de materiales tenidos por inadecuados de acuerdo con los criterios establecidos por los administradores de un portal de Internet. Esta acción puede clasificarse siguiendo varios criterios. Si atendemos al momento de la intervención puede ser previa a la publicación o posterior a la misma; si atendemos al origen de la revisión puede ser proactiva (realizada de oficio por los administradores) o reactiva (tras la denuncia de otro usuario); dependiendo del carácter del revisor puede ser manual (si la realiza un equipo humano), automatizada (si se hace en función de algoritmos) o híbrida⁴¹. Como se ve, se trata de un escenario complejo, con múltiples aristas y opciones donde, además, el servicio de moderación puede quedar subcontratado a otras empresas, abriendo un nuevo modelo de negocio derivado del ejercicio de la libertad de expresión⁴².

Ahora bien, ¿con qué derecho se arrojan las empresas propietarias de las redes sociales la legitimidad para establecer mecanismos de control de las acciones de sus usuarios? En otras palabras, ¿no deberían ser éstos los responsables únicos de sus publicaciones? Dos elementos nos ayudan a responder a esta pregunta: por un lado, las características de los contratos entre las redes sociales y sus usuarios; por otro, la concepción de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales.

⁴¹ J. ALBERO VALDÉS, “La libertad de expresión ante la sociedad algorítmica: una mirada al problema de la moderación de contenidos online”, *Cátedra José María Cervelló*, Law IE School, 2020.

⁴² En 2020, la Cátedra José María Cervelló, que homenajea a este insigne gaditano, jurista y protector de las artes, dedicó, con gran acierto, la XIV edición de su certamen sobre derecho de los negocios a la libertad de expresión. Aunque a priori pudiera parecer una decisión contradictoria, estamos comprobando que, efectivamente, la difusión de los contenidos online no puede considerarse ya como el mero ejercicio de una libertad individual pues, por suerte o por desgracia, toda una industria dedicada al análisis, categorización, control y eliminación de los mismos está creciendo en su seno.

Vid XIV Premios José María Cervelló de Derecho de los Negocios. Disponible en: <https://es.ontier.net/ia/bases-xiv-premio-jose-maria-cervello.pdf> consultado: 10-09-2020.

Ya hemos comentado que cada acción de cada usuario es creadora de contenidos a priori protegidos por el ejercicio de la libertad de expresión⁴³. La mayor parte de las redes sociales, al igual que muchos foros temáticos especializados y, cada vez más, la prensa online, imponen el registro como condición de acceso. A tal efecto, el formato universalmente aplicado es el de los contratos de adhesión. Este tipo de contratos ofrece las ventajas de la inmediatez en el servicio y la uniformidad contractual por más que haya multitud de usuarios, pero también saca a la luz los inconvenientes de la restricción de libertades, pues sólo deja al consumidor/usuario dos opciones: aceptar las reglas de cada plataforma o no formar parte de las mismas⁴⁴. Es decir, quien crea un perfil formaliza un contrato y, por ende, asume un compromiso de aceptación de sus políticas y condiciones uso, las haya leído o no. Un consentimiento que además es pleno, pues abarca distintos ámbitos y ninguna red social admite un consentimiento parcial⁴⁵.

La consecuencia ha sido una considerable autorregulación de los distintos proveedores a través de un régimen jurídico privado –una especie de *lex digitalis*– bajo cierta –pero tenue– supervisión estatal⁴⁶. Las empresas propietarias de estas plataformas actúan con plena autonomía para decidir qué mensajes quedan vedados y las exigencias de comportamiento a sus miembros⁴⁷. En otras palabras, los ISP pueden limitar –o autolimitar– el ejercicio de las libertades de sus usuarios por cualesquiera motivos, por ejemplo por decisiones tomadas en el ámbito de la libertad de empresa. El verdadero debate radica en si al hacerlo restringen en demasía los derechos de sus usuarios o si, como ya defendía parte de la doctrina cuando comenzaba el uso generalizado de Internet, no puede entenderse que ello signifique autocensura, ni mucho menos, censura⁴⁸.

⁴³ A. K. YERGALIYEVA y T. K. ERDZHANOV, “Legal regulation in social network”, *World Science*, núm. 15, vol. 3, 2016, pp. 50-52.

⁴⁴ A. PLATERO ALCÓN y C. JIMÉNEZ ASENSIO, “El consumidor online en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Nuevo Derecho*, núm. 21, 2017, pp. 1-23.

⁴⁵ B. RODRÍGUEZ ARROYO, “Las redes sociales: usuarios, términos y condiciones”, *EOB, Fashion, Luxury and Retail*, 2020. Disponible en: <https://enriqueortegaburgos.com/las-redes-sociales-usuarios-terminos-y-condiciones/> consultado 09-09-2021.

⁴⁶ J. A. CASTAÑEDA MÉNDEZ, “El efecto horizontal de los derechos fundamentales en el contexto de constitucionalización global del régimen jurídico privado digital”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, núm. 15, pp. 29-47.

⁴⁷ J. BARATA I MIR, “Freedom of expression and digital platforms: challenges for content regulation in a global environment”, *Revista catalana de dret public*, núm. 61, 2020, pp. 1-13.

⁴⁸ X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, “La autolimitación de la libertad de expresión”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1996, pp. 1559-1560.

Las personas jurídicas suelen emitir tres tipos de mensajes: un discurso comercial para dar a conocer sus productos y servicios; un discurso corporativo si se posicionan sobre asuntos públicos; y un discurso político si contribuyen a financiar los gastos de algún candidato durante un proceso electoral⁴⁹. Para la jurisprudencia norteamericana clásica, nada de esto las hacía titulares de derechos fundamentales, pues las personas jurídicas se concebían como “un ser artificial, invisible, intangible y que existe sólo en virtud de la ley”⁵⁰. Sin embargo, este status quo fue alterado en el año 2010: el controvertido fallo del Tribunal Supremo en el caso *Citizens United*⁵¹ equiparó a personas físicas y corporaciones en su carácter de titulares del derecho a la libertad de expresión,⁵² bajo el fundamento de que su ejercicio por cuantos

⁴⁹ FERGUSON III, C. Corporate Speech. “The First Amendment Encyclopedia”, *Middle Tennessee State University*, 2009. Disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/939/corporate-speech>, consultado 09-09-2021.

⁵⁰ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

⁵¹ *Citizens United* es una organización sin ánimo de lucro que, durante las primarias presidenciales del Partido Demócrata celebradas en 2008, emitió un documental sumamente crítico con la entonces senadora y candidata Hillary Clinton. Tras su proyección en algunos cines, comenzó su distribución en DVD y a través de diversas plataformas de televisión online. El acuerdo con dichas plataformas consistía en la puesta a disposición del documental de manera gratuita para los espectadores a cambio de un canon que abonaría *Citizens United*. La Comisión Electoral Federal prohibió dicha distribución alegando que este acuerdo incumplía algunas normas relativas a la financiación de campañas electorales, pero *Citizens United* reaccionó argumentando que la Comisión Electoral Federal vulneraba la Primera Enmienda por impedirles contribuir a la forja de la opinión pública. Con un ajustado margen (cinco votos a favor y cuatro en contra) el Tribunal Supremo dio la razón a *Citizens United*. Los argumentos en contra de esta decisión se encuentran en el voto particular redactado por el Juez Stevens, al que se sumaron los jueces Ginsburg, Breyer y Sotomayor, defensores de que la innegable distinta naturaleza de las personas físicas y jurídicas permite afirmar que ninguna corporación tiene una idea propia, sino que reflejan las de las personas que las administran, y que la decisión tomada por la mayoría puede provocar que las grandes corporaciones acaben minando la libre opinión pública en lugar de mejorarla.

Vid A. VALERO HEREDIA, “*Citizens United* y la financiación de las campañas electorales en el Derecho norteamericano”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 433-453.

⁵² En el caso *Burwell*, el Tribunal Supremo resolvió que el derecho a la libertad religiosa permitía a las empresas negarse a facilitar medios y tratamientos anticonceptivos, aunque la ley obligase a ello. El fundamento era que se debe proteger la actividad de iglesias y otras organizaciones religiosas sin ánimo de lucro en tanto en cuanto “existen para fomentar los intereses de las personas que se profesan una misma fe”, pero no ocurre así con las entidades con ánimo de lucro, cuyos trabajadores están unidos esencialmente por un vínculo económico. Resulta de igual interés el voto particular contra la decisión de la mayoría emitido por la juez Ruth Bader Ginsburg, donde se plantea que este reconocimiento abre la puerta a que las personas jurídicas puedan negarse al cumplimiento de cualquier

actores sociales haya, resulta “indispensable para la toma de decisiones en una democracia, lo cual no es menos cierto porque el discurso provenga de una corporación”⁵³. En Europa, por su parte, esta titularidad ya está consolidada tanto a nivel supranacional⁵⁴ como nacional⁵⁵.

Los motivos para tal reconocimiento radican sobre todo en que algunos de los valores inherentes a la dignidad están presentes también en las personas jurídicas. Si a ello sumamos que los derechos fundamentales cuentan con una dimensión axiológica, debemos concluir que empresas, fundaciones, asociaciones, partidos políticos o sindicatos son frecuentemente empleados por los ciudadanos para desarrollar actividades vinculadas al ejercicio de sus derechos⁵⁶.

4. LAS ALTERNATIVAS EN LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS ONLINE

4.1. Las deficiencias del modelo de puertos seguros

La Sección 230 y las normativas influenciadas por la misma han garantizado que los ISP y, en particular, las redes sociales, hayan sido durante mucho tiempo ajenas a los posibles abusos que cometían sus usuarios. Tal conducta podría resultar criticable, pero era legítima, pues la legislación las eximía de toda responsabilidad. Sin embargo, esta inacción terminó por provocar consecuencias de gran relevancia política y social, e inició una cadena de reacciones que aún están sucediéndose.

Los detonantes de este nuevo paradigma fueron esencialmente tres: por un lado, el mundo entero comprobó con horror cómo estas plataformas eran empleadas para retransmitir en directo auténticas tragedias, cuando no críme-

ley, salvo quizás leyes fiscales, siempre que puedan acreditar algún tipo de afectación a sus creencias religiosas o morales.

Vid Burwell Secretary of Health and Human Services v. Hobby Lobby Stores Inc., 573 682 (2014)

⁵³ Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

⁵⁴ Artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares [...].

⁵⁵ En España, por todas, véase la STC 139/1995, de 26 de septiembre.

⁵⁶ L. M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2021, pp. 129-132.

nes abyectos;⁵⁷ por otro lado, los avances tecnológicos han facilitado la creación de los llamados *socialbots* o *socbots*,⁵⁸ softwares que causaron un escándalo de dimensiones políticas a priori inimaginables; finalmente, hay lobbies y movimientos sociales de diversa índole que ejercen una presión cada vez más intensa sobre las redes sociales para que actúen sobre según qué contenidos⁵⁹.

La conclusión a la que llegaron empresas como Facebook o Google fue que, si no transmitían a la sociedad el mensaje de que estaban haciendo algo

⁵⁷ Cuando las redes sociales incorporaron la opción de publicar vídeos en directo (los llamados “lives”), algunos usuarios vieron la vía para adquirir notoriedad a través de la retransmisión de hechos abominables: adolescentes suicidándose, homicidios, palizas, incluso actos terroristas, como el cometido en Christchurch (Nueva Zelanda) en 2019, en el que el autor del atentado fue retransmitiendo y comentando el tiroteo a medida que lo cometía. Es cierto que estos acontecimientos son cuantitativamente escasos, pero su impacto ha sido terrible.

Vid A. RAVEN, “Public Crime Reporting on Social Media: A Progressive or Regressive Phenomenon?”, en VV.AA., *Social Media Strategy in Policing*, Springer Nature, Londres, 2019, pp. 79-100.

⁵⁸ Se trata de aplicaciones que tienen la apariencia de usuarios corrientes y se registran como tales, pero están configurados para generar, apoyar o rechazar determinados términos o expresiones de conformidad con parámetros previamente establecidos.

Vid T. JACKSON y C. GUITIAN, *Fake news (What’s the issue?)*, Quarto Publishing, Londres, 2020, p. 80.

⁵⁹ En el año 2017, un reportaje de The Times puso de manifiesto que en YouTube existían una gran cantidad de vídeos de carácter filonazi, terrorista o violento y que, durante la difusión de los mismos, aparecían mensajes publicitarios de distintos anunciantes, como McDonalds, Mercedes-Benz, HSBC, The Guardian, la Fundación Marie Curie e incluso el Gobierno Británico. Su reacción no se hizo esperar: exigieron el control de dichos contenidos y no volver a verse relacionados en vídeos potencialmente similares o retirarían sus anuncios. Para afrontar la crisis, Google, empresa propietaria de esta red, anunció el uso de moderadores de inteligencia artificial para detectar y eliminar estos mensajes. Como resultado, entre julio y septiembre de 2018, YouTube eliminó 7,8 millones de vídeos, 1,6 millones de canales y 224 millones de comentarios considerados contrarios a sus políticas de uso.

Tres años después, en julio de 2020, las organizaciones Free Press y Common Sense Media, con el inestimable apoyo de la Liga Antidifamación (ADL) y la Asociación de Defensa de los Derechos de los Afroestadounidenses (NAACP), pidieron a las empresas que se anunciaban en Facebook que realizasen un boicot dirigido a forzar una mayor vigilancia y represión contra los grupos y mensajes que inciten al odio o la violencia. Alarmado tras la experiencia de YouTube y después de haber sufrido descensos en la cotización de sus acciones, Mark Zuckerberg anunció en su cuenta personal de Facebook nuevos mecanismos para perseguir estos mensajes en todas sus plataformas y aprobó medidas adicionales, algunas de carácter simbólico, como el bloqueo de algunas publicaciones realizadas por el entonces Presidente, Donald Trump.

Vid A. MOSTROUS, “Big brands fund terror through online adverts”, *The Times*, 2017. Disponible en: <https://www.thetimes.co.uk/article/big-brands-fund-terror-knnxfgb98> consultado: 10-06-2021.

Vid Informe trimestral de actividad de YouTube (julio-septiembre de 2018).

al respecto, sufrirían consecuencias de diversa índole: por un lado, económicas, por el riesgo de perder anunciantes o sufrir boicots; por otro, reputacionales, dado el desprestigio que estos mensajes suponen para la imagen de una marca; verían también reducirse su número de usuarios, pues muchas personas se darían de baja o no se registrarían con el fin de reducir su exposición potencial (y la de los menores a su cargo) a estos materiales; por último, pero no menos importante, existía el riesgo de una escalada de este tipo de acciones. Podemos observar que la respuesta de las redes sociales ha sido prácticamente la misma: potenciar los sistemas de moderación de contenidos, establecer sanciones a los difusores de los materiales polémicos y realizar purgas periódicas de la información que alojan, asumiendo como un coste aceptable que, en ocasiones, se eliminan mensajes legítimos⁶⁰.

El primer problema, referido a la difusión en directo de vídeos de gran violencia, es muy difícil de atajar. Es un hecho que los crímenes retransmitidos en directo por redes sociales fueron creciendo en intensidad y crueldad, a la par que también creció el número de usuarios que los veían tan pronto como tenían noticia de que estaban ocurriendo. Esta versión online del “efecto Lucifer”⁶¹, aplicada sobre una masa crítica de miles de millones de usuarios, resultaba dantesca. Pero la inmediatez de la retransmisión en directo de estos terribles hechos, el carácter previo habitualmente pacífico de sus autores y su rápida viralización imposibilitan su erradicación. De ahí que la respuesta de las redes sociales se centre en conseguir la máxima diligencia en la detección, suspensión de la emisión y pronto aviso a las autoridades policiales pertinentes, medidas que se toman a través de una revisión híbrida apoyada en la inteligencia artificial y controladores humanos⁶².

El segundo problema, relativo al uso descontrolado de los *sobots*, radica en que estas aplicaciones simulan el comportamiento de una persona física en un entorno digital, de manera que expresan opiniones o activan respuestas auto-

⁶⁰ T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet: Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 2018.

⁶¹ “Efecto Lucifer” fue el nombre que se dio a los resultados de un experimento realizado en 1971 en la Universidad de Stanford. Se demostró que, cuando no existen reglas claras que limiten roles y conductas, quienes se sienten con el poder de causar daño entran en una espiral de violencia cada vez más compleja y cruel.

Vid P. Zimbardo, *El efecto Lucifer: El porqué de la maldad*, Paidós, Barcelona, 2007.

⁶² S. AGUDO, “Cómo puede resolver Facebook sus problemas con los vídeos violentos”, *Genbeta*, 2017. Disponible en: <https://www.genbeta.com/a-fondo/como-puede-resolver-facebook-sus-problemas-con-los-videos-violentos> consultado: 12-09-2021

matizadas partiendo de una configuración previamente definida. Su uso masivo acaba alterando el propio fundamento de las redes sociales, pues las opiniones más respaldadas no serán ya las que cuenten con más apoyo de sujetos reales, sino aquéllas con más *bots* configurados a tal efecto. La trascendencia de esta cuestión radica en dos factores: en primer lugar, no se puede saber a ciencia cierta cuántos están actualmente activos, aunque se estima que serán cientos de millones (sólo en Twitter, el número de usuarios que en realidad son programas oscila entre el nueve y el quince por ciento de sus perfiles); en segundo lugar, no podemos saber, en términos generales, qué fines persiguen sus impulsores⁶³.

Esta “comunicación algorítmica” es sumamente sencilla de crear, pero muy difícil de controlar. Por un lado puede ser legítima, toda vez que la usan empresas, corporaciones y partidos políticos para difundir publicidad o información sobre sus distintas actividades; pero en otros casos su legitimidad es más que cuestionable, particularmente cuando su propósito es configurar la opinión pública, modificar conductas o alterar agendas políticas⁶⁴. Un buen ejemplo de esta controversia tuvo lugar en las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016, que fueron de gran polarización y quedaron bajo la sospecha de distorsiones provocadas por *bots* en los foros online (en concreto, se ha estimado que entre el 16 de septiembre y el 21 de octubre estuvieron activos más de cuatrocientos mil programas que generaron casi cuatro millones de tuits, es decir, la quinta parte de los mensajes políticos de esos días)⁶⁵.

El Comité Judicial del Senado abrió una investigación sobre estos hechos y uno de los temas tratados fue los límites de la libertad de expresión cuando ésta se ejerce mediante aplicaciones online⁶⁶. Una de las consecuencias de esta investigación ha sido la recientemente aprobada Ley BOT del Estado de

⁶³ O. VAROL, E. FERRARA et alios, “Online human-bot interactions: Detection, estimation and Characterization”, *Proceedings of the Eleventh International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2017.

⁶⁴ E. CAMPOS-DOMÍNGUEZ y B. GARCÍA-OROSA, “Comunicación algorítmica en los partidos políticos: automatización de producción y circulación de mensajes”, *El profesional de la información*, vol. 27, núm. 4, 2018, pp. 769-777.

⁶⁵ A. BESSI y E. FERRARA, “Social bots distort the 2016 U.S. Presidential election online discussion”, *First Monday*, vol. 21, núm. 11, 2016, pp. 1-14.

⁶⁶ Mark Zuckerberg, CEO de Facebook, Jack Dorsey, CEO de Twitter, y Sandar Pichai, CEO de Google, tuvieron que comparecer al respecto ante una comisión del Senado. Los tres reconocieron que sus servidores y aplicaciones no estaban preparados para afrontar una campaña de desinformación cuidadosamente planificada y aseguraron que tomarían medidas humanas y tecnológicas para evitar nuevas adulteraciones. “No estoy orgulloso de cómo el libre mercado de las ideas fue manipulado para falsear la realidad y dividir nuestra nación”, dijo

California, que exige su identificación como tales y, en caso de no haberse identificado, confirmar que lo son o no en un plazo máximo de 72 horas tras ser requeridos para ello, so pena de ser eliminados de la Red. Sin embargo, esta normativa es cuestionable desde un punto de vista constitucional. El debate se centra en si el libre mercado de las ideas se distorsiona por este uso de la inteligencia artificial y si su restricción vulnera los derechos que la Primera Enmienda reconoce a las personas físicas que los hayan configurado, pues se les podría equiparar a los editores de periódicos que durante décadas orientaron y configuraron la opinión pública⁶⁷. En todo caso, no es descartable que en algunos años encontremos la resolución definitiva por parte del Tribunal Supremo, así como nuevas legislaciones a tal efecto⁶⁸.

El tercer problema quizás sea el más complejo a la hora de analizar las dificultades que tendría regular la libertad de expresión en redes sociales: ¿qué hacer con el discurso del odio y los mensajes que alientan a la violencia y cuál es su frontera con el pensamiento polémico, hiriente o discrepante, que es legítimo por más que sea incómodo? Las redes sociales han elaborado políticas y normas de obligado cumplimiento para sus usuarios y, bajo la premisa “en Facebook manda Facebook”, ejercen su derecho a elegir qué contenidos son conformes con los valores que –al menos públicamente– inspiran su labor. Como consecuencia, se arrojan poderes moderadores prácticamente absolutos⁶⁹.

Dorsey. Zuckerberg dio un paso más allá y afirmó: “No teníamos una visión suficientemente amplia de cuál es nuestra responsabilidad y eso fue un gran error. Mi error. Lo siento”.

Vid “Facebook, Social Media privacy and the use and abuse of data”, *Joint Hearing before the Committee on Commerce, Science and Transportation and the Committee on the Judiciary United States Senate*, April 10, 2018.

Vid “Testimony of Jack Dorsey, Chief Executive Officer Twitter, Inc.”, *United State Senate Select Committee on Intelligence*, September 5, 2018.

⁶⁷ L. BARDAJÍ GÁLVEZ, “¿Should robots have a right to free speech?” *Do Better by Esade*, 2019. Disponible en: <https://dobetter.esade.edu/en/robots-right-free-speech> consultado: 14-09-2021.

⁶⁸ No en vano, las influencias externas y la distorsión de la opinión pública online han sido frecuentemente mencionadas en acontecimientos políticos de lo más variopinto. Se ha hablado de ellos durante el proceso independentista catalán, durante el referéndum del Brexit, en las elecciones francesas o en las elecciones alemanas. Determinar cuánto hay de realidad, de tentativa o de ficción es una labor compleja que excede en mucho el objeto de este trabajo.

Vid D. A. MARTÍN, J. N. SHAPIRO y M. NEDASHKOVSKAYA, “Recent Trends in Online Foreign Influence Efforts”, *Journal of Information Warfare*, vol. 18, núm. 3, special edition Winter 2019, pp. 15-48.

⁶⁹ Así, en las políticas de uso de Facebook e Instagram encontramos que “si nuestros productos se usan de forma inapropiada o si alguien muestra una conducta perjudicial para los demás [...] aplicaremos las medidas correspondientes, tales como ofrecer ayuda, eliminar

Precisamente han sido Facebook y Twitter quienes han tomado los caminos más complejos y quizá arriesgados. En octubre de 2020 comenzó a funcionar el *Facebook Oversight Board*, que pronto fue conocido como “Tribunal Supremo de Facebook”, una especie de consejo de sabios integrado por veinte miembros elegidos entre juristas, periodistas, políticos, activistas y académicos. Se trata de una entidad independiente responsable de velar por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, de suerte que Facebook se compromete a ejecutar sus resoluciones. Hasta tal punto es así que el Consejo depende de un fideicomiso, cuenta con unos estatutos propios y establece una operativa específica que aspira a la imparcialidad en la toma de decisiones, con un actuar ajeno a presiones externas de cualquier índole⁷⁰. Twitter ha optado por un modelo incluso más polémico: la calificación de sus contenidos. Sus moderadores se reservan el derecho a colocar una etiqueta que, a modo de advertencia, avisa a los lectores de que están ante un comentario considerado “falso o dañino”, sea quien sea el autor del

el contenido, bloquear el acceso a ciertas funcionalidades, inhabilitar una cuenta o ponernos en contacto con las autoridades pertinentes”. Por su parte, el blog corporativo de YouTube recoge que “damos otro paso en nuestra política contra la incitación al odio al prohibir específicamente los videos que alegan que un colectivo es superior para justificar la discriminación, la segregación o la exclusión en función de cualidades como la edad, el género, la raza, la casta, la religión, la orientación sexual o la condición de veterano. Esto incluiría, por ejemplo, videos que promueven o glorifican la ideología nazi, que es intrínsecamente discriminatoria. Finalmente, eliminaremos el contenido que niega que ocurrieron eventos violentos bien documentados, como el Holocausto o el tiroteo en la escuela Sandy Hook”. TikTok, la más reciente de las redes sociales usadas masivamente a nivel internacional, indica que se reservan el derecho “a suspender temporal o permanentemente o a rescindir su cuenta de usuario o a restringir o imponer límites a su acceso a alguna parte o a la totalidad de los servicios, con o sin notificación previa, en cualquier momento, por cualquier motivo o sin motivo”. Twitter y Periscope prevén dos tipos de acciones contra quienes contravengan sus condiciones de uso: por un lado, eliminar contenidos y bloquear cuentas; en su defecto, etiquetarlos como información potencialmente falsa: “Podremos suspender o cesar a su cuenta, o bien dejar de suministrarle todos o parte de los Servicios, en cualquier momento y por cualquier motivo, o sin motivo. [...] Está prohibido promocionar, con la intención de engañar, contenido multimedia falso o alterado que pueda dar lugar a daños graves. Asimismo, es posible que etiquetemos los Tweets que incluyen contenido multimedia falso y alterado para ayudar a los usuarios a comprender su autenticidad y para ofrecer más contexto”.

Vid <https://www.facebook.com/legal/terms> consultado 01-09-2021

Vid <https://blog.YouTube/news-and-events/our-ongoing-work-to-tackle-hate> consultado 01-09-2021

Vid <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=es> consultado 01-09-2021

Vid <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media> consultado 01-09-2021

⁷⁰ K. KLONICK, “The Facebook Oversight Board: Creating an independent institution to adjudicate online free expression”, *The Yale Law Journal*, núm. 129, 2020, pp. 2418-2499.

mismo. Es más, su nuevo propietario, Elon Musk, está buscando fórmulas para desarrollar mecanismos de calificación cada vez más eficientes y ha llegado a plantear la posibilidad de que sean los usuarios quienes valoren las publicaciones.

Sea como fuere, la mayor parte de las redes sociales ejercen esta facultad de forma opaca y automatizada. De ahí que no falten voces que reclaman, más que órganos de control y revisión, una especie de “constitución” que consagre un compromiso más firme de cada empresa con los usuarios, la máxima transparencia en el funcionamiento de los procesos de revisión y su adecuación a los estándares internacionales en materia de actuación contra mensajes discriminatorios⁷¹. Porque, por mucho cuidado que se pueda poner en esta labor, es innegable el riesgo de destrucción de opiniones y expresiones de interés para el debate público⁷².

4.2. Una propuesta innovadora: vigilar al vigilante

Una de las características de la Administración Trump fue la frecuencia con la que este Presidente estadounidense opinaba sobre asuntos de lo más diverso a través de su cuenta personal de Twitter. Sus declaraciones, muchas veces polémicas, se convertían inmediatamente en tendencia y generaban

⁷¹ K. KLONICK y T. E. KADRI, “How to make Facebook’s ‘Supreme Court’ Work”, *Digitalcommons*, School of Law, University of Georgia, 2018.

⁷² Uno de los mejores exponentes de esta situación se vivió el 5 de junio de 2019, fecha en que YouTube anunció la eliminación de la película “El Triunfo de la Voluntad” (1934), de la directora alemana Leni Riefenstahl, por ser de contenido “intrínsecamente discriminatorio”. No cabe duda de que esta obra tenía un fin propagandístico del nazismo, pero no es menos cierto que supuso un hito en la historia del cine y que tiene un innegable valor histórico. Desde cualquier punto de vista lógico, cuesta aceptar que eliminar estas obras ayude a combatir las nuevas formas de discriminación.

Una polémica similar se produjo cuando la cadena HBO anunció la retirada “Lo que el viento se llevó” (1939) por idealizar un contexto histórico en el que la esclavitud resultaba aceptable y por representar a los esclavos negros o como leales sirvientes devotos de sus amos blancos o como ineptos. Ante el aluvión de críticas, HBO recuperó la película, pero añadió una contextualización de la misma para concienciar sobre los horrores de la esclavitud.

Una decisión parecida ha tomado Disney+, que ha agregado una etiqueta de advertencia por contenido inadecuado, discriminatorio o xenófobo a algunos de sus clásicos más conocidos, como *Dumbo* (1941), *Peter Pan* (1953), *La dama y el vagabundo* (1955), *Los robinsones de los mares del sur* (1960), *El libro de la selva* (1967) o *Los aristogatos* (1970). Una decisión legítima, pues *The Walt Disney Company* es propietaria de estas películas, pero que, a mi modo de ver, resulta incomprensible y, además, supone una banalización del discurso del odio.

todo tipo de comentarios, tanto favorables como desfavorables. Debido a ello, Trump bloqueó a algunos usuarios particularmente críticos, lo que provocó una demanda judicial por parte de quienes alegaban que el Presidente había hecho de su cuenta personal un espacio público de discusión y que, al bloquearles, vulneraba la Primera Enmienda. Así lo entendieron los tribunales,⁷³ que defendieron que el carácter privado de las redes sociales impedía considerar la moderación de contenidos o el bloqueo de usuarios como censura pública... salvo en las cuentas de dimensión institucional. Es decir, en este caso cabía aplicar la doctrina de la State Action, pues aunque fuese la cuenta personal de Trump, éste la usaba para anunciar y discutir asuntos públicos, por lo que no tenía derecho a negar a los ciudadanos su participación como seguidores y comentaristas⁷⁴.

Pero el choque entre la Administración Trump y las redes sociales alcanzó su cénit con la aprobación de la *Orden Ejecutiva de 28 de mayo de 2020, de prevención de la censura online*⁷⁵. En ella, el Presidente expresaba su preocupación ante el hecho de que Twitter, Facebook, Instagram y YouTube dispongan de “un poder inmenso, sin precedentes, que usan para censurar, restringir, editar, dar forma, ocultar o alterar” información clave para la opinión pública, e instaba a la *Federal Communications Commission* a revisar la aplicación de la Sección 230 y a proponer una posible regulación que castigue a los actores privados en caso de vulnerarla. De forma sibilina, pero no por ello carente de lógica, el Presidente planteaba que, si las redes sociales son la nueva plaza pública, resultaría incongruente que un vigilante privado dé o niegue el acceso a la misma en función de sus propios criterios.

Aunque la decisión de Donald Trump pudiera haber obedecido a una reacción colérica por las restricciones a su cuenta de Twitter, las sospechas sobre estas compañías no han parado de crecer, sobre todo por la opacidad

⁷³ Knight First Amendment Institute v. Trump, Southern District of New York, May 23th 2018

⁷⁴ V. J. VÁZQUEZ ALONSO, “Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE.UU.”, *Estudios de Deusto*, vol. 68/1, pp. 475-508.

⁷⁵ Cuando Twitter calificó como “falso o dañino” un tuit del Presidente Trump relativo a un uso fraudulento del voto por correo, fue como abrir la caja de Pandora. En la mencionada orden ejecutiva, el Presidente denunciaba la hipocresía y falsa neutralidad de los administradores de las redes sociales y, en particular, acusaba a Twitter de realizar activismo político, tomar decisiones editoriales y perjudicar abiertamente las ideologías conservadoras.

Vid “Executive Order 13925 of May 28, 2020 Preventing online censorship”, *Presidential Documents, Federal Register*, vol. 85, núm. 106, Tuesday, June 2, 2020.

de sus procesos de toma de decisiones⁷⁶. El denominado “Facebookgate” ha sacado a la luz prácticas más que cuestionables, en particular relacionadas con la gestión del *big data*, para manipular, polarizar y dividir a la opinión pública, para obtener rendimientos económicos gracias al tratamiento de datos personales e incluso para influir en los hábitos de consumo y de salud de los usuarios. Un comportamiento empresarial denominado “capitalismo de vigilancia”, pues es ya un hecho que grandes corporaciones como Google, Amazon, Apple, Microsoft y, desde luego, Meta, analizan sistemáticamente nuestras conductas online y las convierten en datos, de suerte que puede pensarse que hemos dejado de ser sus clientes y nos hemos convertido en objetos de extracción de una materia prima única: la información⁷⁷. Un proceder preocupante que se ha calificado como el exponente de la “bancarrota moral” de estas empresas y está llevando a que cada vez más voces soliciten una intervención del legislador para poner coto a su omnímodo poder⁷⁸.

A todo ello hay que sumar el proceso judicial que Trump ha emprendido contra Twitter después del cierre de su cuenta, tras ser acusado de causar el inconcebible asalto al Capitolio del seis de enero de 2021⁷⁹. Resulta difícil prever cómo acabará este proceso, pues si bien la Primera Enmienda protege de posibles abusos cometidos por los poderes públicos (interpretación que ya es de por sí amplia, pues la literalidad de la norma dice “del Congreso”), no cabría solicitar dicha protección cuando no ha habido intervención pública alguna en la restricción ni existen leyes que limiten la moderación privada de contenidos⁸⁰. Sin embargo, no podemos olvidar que sobre esta misma cuenta ya se ha sentenciado su carácter de foro público. ¿No sería entonces incongruente que

⁷⁶ A. JUDGE, “30 Questions that Facebook has yet to Answer -- Gaps in the testimony of Mark Zuckerberg at a US Senate hearing?” *Laetus in praesens*, 2018. Disponible en: <https://www.laetusinpraesens.org/docs10s/facebook.php> consultado: 10-10-2021.

⁷⁷ S. ZUBOFF, *La era del capitalismo de vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2020, pp. 24 y 25.

⁷⁸ G. LEVY, “La bancarrota moral de Facebook”, *AndinaLink*, 2021. Disponible en: <https://andinalink.com/la-bancarrota-moral-de-facebook/> consultado: 19-10-2021.

⁷⁹ Ante la Corte Federal de Florida, Trump ha denunciado que el debate democrático está en peligro y que, si realmente su cuenta era un foro público, Twitter viola la Primera Enmienda al cerrar su cuenta pues afecta a sus más de ochenta millones de seguidores. Argumenta, además, que la decisión tomada por la compañía que dirige Jack Dorsey es arbitraria, toda vez que mantiene abiertas cuentas claramente violentas y antidemocráticas, como por ejemplo las de líderes talibanes, con la misma impunidad con que cerró la suya.

⁸⁰ J. MORRIS, citado por: A. PHILLIPS. “No, Twitter is not violating Trump’s freedom of speech”, *The Washington Post*, 2020. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/29/no-twitter-did-not-violate-trumps-freedom-speech/> consultado 03-09-2021.

su titular –es decir, Trump– no pudiese bloquear usuarios, pero que la red que le da soporte –o sea, Twitter– sí pudiese cerrar su perfil? Habrá que estar atentos a la evolución de este proceso, pues, aunque el 20 de noviembre de 2022 Twitter devolvió a Trump el acceso a su cuenta, éste no parece dispuesto a retirar su demanda, sino todo lo contrario: la ha ampliado contra Meta y Google, exigiendo además una indemnización por daños y perjuicios.

4.3. La propuesta europea: las exigencias legales a los ISP

En el seno de la Unión Europea, las obligaciones de las redes sociales respecto a su posible contenido ilícito o difamatorio han acabado ante el Tribunal de Luxemburgo⁸¹. El debate se centraba en determinar hasta qué punto eran responsables de detener la difusión de comentarios conflictivos, habida cuenta de que los mensajes pueden compartirse de forma inmediata y su viralización sigue una progresión geométrica. El TJUE dio un primer paso al entender legítimo que un tribunal competente exija a los administradores de las redes el bloqueo de dicho contenido en su origen, así como su rastreo y la posterior eliminación de todo el que sea idéntico. Por otro lado, aunque en el caso Delfi el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció que los deberes de un editor no pueden extrapolarse de forma general a las redes sociales, validó el uso de los distintos filtros que permiten la moderación de contenidos⁸².

La decisión sobre qué barrera aplicar no es menor, pues aunque las multinacionales que operan las redes sociales puedan gestionar libremente lo que no es sino su propiedad, sus acciones podrían acabar convirtiéndose en un séptimo sello⁸³ que silencie las opiniones tenidas por indeseables. A nivel institucional ya comprobamos que la Unión Europea, el Consejo de Europa y los Estados miembros han adoptado estrictas medidas contra el discurso del odio y la difamación, hasta el punto que en los últimos años han cobrado forma los primeros proyectos normativos que imponen obligaciones específicas a las redes sociales y otros portales análogos. El primer paso en esta senda fue la publicación de una serie de “medidas operativas” a cumplir por los

⁸¹ STJUE de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*, C-18/18.

⁸² E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en Internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro?” *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 808-837.

⁸³ “Cuando se abrió el séptimo sello, se hizo el silencio en el cielo” (Apocalipsis, 8:1).

ISP. Aunque no tenían fuerza vinculante, se les solicitaba la incorporación de sistemas de detección, notificación y borrado de contenidos ilícitos u ofensivos, así como acciones concretas para la detección del terrorismo online⁸⁴. El siguiente paso fue la aprobación del *Código de Conducta sobre el discurso del odio online*, cuya primera evaluación insiste en la necesidad de que los ISP cuenten normas que prohíban esta conducta y habiliten mecanismos para revisar los contenidos que puedan tenerse como tales⁸⁵.

A nivel nacional, Alemania ha sido pionera en este campo. El 1 de octubre de 2017 el Bundestag aprobó la *Ley de Aplicación en la Red (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)*, expresamente diseñada para combatir los delitos de odio, la desinformación y los contenidos delictivos de las redes sociales. Las obligaciones impuestas a las mismas son claras: i) contar con procedimientos de denuncia sencillos, de acceso inmediato y constantemente disponibles para los usuarios; ii) presentar cada seis meses un informe sobre el volumen de denuncias y los recursos técnicos y humanos habilitados para su tratamiento; iii) en el caso de los delitos de odio, se exige a la propia red social que presente la correspondiente denuncia ante la Oficina Federal de Policía Criminal; iv) establecer un mecanismo de apelación cuando un contenido sea borrado o una denuncia desestimada; v) resolver las denuncias en un plazo de veinticuatro horas. Incumplir estas normas puede acarrear sanciones de hasta cincuenta millones de euros⁸⁶.

Por su parte, el Parlamento francés aprobó la *Loi du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, análoga a la norma alemana. Su nacimiento fue complejo, pues el proyecto original, sumamente ambicioso, exigía la eliminación de todo discurso del odio y de carácter pornográfico de las redes sociales en un plazo máximo de veinticuatro horas tras notificarse a los administradores, so pena de multas que alcanzarían hasta el cuatro por ciento de su facturación mundial. Sin embargo, el Consejo Constitucional francés entendió que doce de sus diecinueve disposiciones resultaban inconstitucionales por vulnerar el principio de proporcionalidad, restringir en

⁸⁴ Comisión Europea, “A Europe that protects: Commission reinforces EU response to illegal content online”, 2018, Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_1169 consultado: 14-09-2021.

⁸⁵ Comisión Europea, “Assessment of the Code of Conduct on Hate Speech on line. State of Play”, 2019.

⁸⁶ Ministerio Alemán de Justicia y Protección al Consumidor. Disponible en: https://www.bmjjv.de/DE/Themen/FokusThemen/NetzDG/NetzDG_node.html consultado: 14-09-2021.

demasía la libertad de expresión e imponer sanciones abusivas⁸⁷, de manera que el texto finalmente aprobado ha quedado mermado y apenas contiene mandatos expresos.

En ciernes está el *Reglamento Europeo relativo a un mercado único de servicios digitales*, norma que aspira a regular todos los servicios de intermediación en línea. En su texto se recoge que las denominadas “plataformas online de gran tamaño”, es decir, aquellas que prestan servicio al menos al diez por ciento de los ciudadanos europeos, representan un riesgo especial cuando difunden contenidos ilícitos. Por consiguiente, tanto si están establecidas en el seno de la Unión Europea como si no, deben contar con un mecanismo de denuncia por parte de los usuarios y con alertas fiables que permitan su detección de oficio⁸⁸, so pena de ver suspendido el acceso a su url desde el territorio comunitario.

Como puede comprobarse, se está exigiendo a las redes sociales que lleguen a su máximo alcance el procedimiento de “notice and takedown”, pero de una forma mucho más generalista y no sólo para proteger los derechos de autor. Esta política, tan alejada de la doctrina de los puertos seguros, no carece de defensores; al fin y al cabo, el Derecho debe brindar protección jurídico-constitucional a quienes emplean las redes sociales. Además, si otros medios de difusión afrontan distintos escenarios de responsabilidad, ya sea administrativa, civil o aun penal, no parece sostenible la exención de los ISP’s⁸⁹.

Es necesario añadir que, si bien la regulación estadounidense y la europea parecen distanciarse, no se están produciendo problemas irresolubles. De facto, las medidas que se han tomado por la presión mediática y social que se vive en Estados Unidos superan los estándares mínimos de actuación que exige la Unión Europea en lo referido a libertad de expresión, aunque no ocurra lo mismo en la protección y tratamiento de datos personales. Puede generar desconfianza que sean corporaciones privadas las que gestionen el ejercicio de esta libertad, pero tal suele ser el modo americano de hacer las cosas, ya que la

⁸⁷ Consejo Constitucional Francés. Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020. Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

⁸⁸ Comisión Europea, “Ley de Servicios Digitales: para un entorno online seguro y responsable”. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es consultado: 21-09-2021.

⁸⁹ L. COTINO HUESO, “Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet” en VV.AA., *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de Constitucionalistas de España*, 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 171-223.

libertad se concibe muchas veces como la menor intervención estatal posible. Con todo, la Administración Biden ha mostrado su preocupación por la falta de regulación expresa de las redes sociales. En su agenda está una batería de medidas que convergerían hacia el modelo europeo, pero el riesgo de que acaben siendo declaradas contrarias a la Primera Enmienda complica su tramitación. Sin embargo, no conviene olvidar que el libre mercado de las ideas no fue concebido en un escenario donde la información se viralizase a nivel mundial de forma instantánea, ni donde aplicaciones virtuales pudieran alterar el sano debate público, por lo que exigir legalmente estándares mínimos de calidad y respeto no parece, al menos a priori, una idea tan descabellada⁹⁰.

5. CONCLUSIONES

La legislación que durante las últimas décadas ha regulado Internet se diseñó con un propósito concreto: dinamizar al máximo esta magnífica forma de comunicación y atraer al mayor número posible de usuarios. En esta nueva década debemos preguntarnos, no obstante, si las renunciadas que se hicieron en pos de ese objetivo siguen siendo necesarias, toda vez que resulta inimaginable un mundo en el que las nuevas tecnologías no se empleen de forma masiva.

Lo cierto es que, a día de hoy, la principal amenaza a la autonomía de la voluntad y al libre ejercicio de buena parte de nuestros derechos civiles ya no procede de los poderes públicos, sino de grandes actores privados. Estos gigantes, tanto por su acción como por su inacción, generan consecuencias que acaban teniendo un gran impacto sobre la sociedad: con su acción, cuando restringen en demasía la libertad de expresión y emplean mecanismos de big data para condicionar a la opinión pública; por su inacción, cuando permiten campar sin freno contenidos ilícitos y preocupantes. La reacción de los poderes públicos ante esta disyuntiva es compleja: si no se interviene, el ciberespacio quedará regulado por grandes corporaciones sometidas a la presión de lobbies y anunciantes; si se interviene, se limita un espacio nacido para ser libre.

Una conclusión parece cierta: confiar en el buen hacer de los administradores de las redes sociales es arriesgado, pues hasta el momento parecen actuar con opacidad, arbitrariedad y de forma desproporcionada, emplean-

⁹⁰ M. MINOW, *Saving the News: Why the Constitution Calls for Government Action to Preserve Freedom of Speech*, Oxford University Press, Nueva York, 2021, pp. 58-101.

do técnicas de moderación de contenidos que bien pueden calificarse como censoras. De ahí que podamos afirmar que, si bien la legislación primigenia fue una especie de “creced y multiplicaos”, las políticas de uso y las restricciones al mensaje discrepante comienzan a convertirse en un séptimo sello. Uno particularmente peligroso, pues se presentan como necesarias en pos de un fin legítimo, como es combatir el odio, la violencia y la discriminación.

A tal efecto, la normativa europea parece estar dando los primeros pasos, que se centran en exigir a las redes sociales que habiliten mecanismos de notificación de actividades ilícitas, así como el deber de retirar estos contenidos tras la recepción de una denuncia. Pero ése es sólo uno de los polos de la cuestión: queda pendiente la más compleja de las tareas, que es poner coto a las acciones de moderación de contenidos para que no se conviertan en un mecanismo de anulación del pensamiento discrepante. No hay hasta el momento regulación o mecanismo de reclamación que permita a los usuarios reivindicar la legitimidad de sus mensajes más que los que habilite cada red social, lo que las convierte, de facto, en auténticos árbitros de la libertad de expresión online.

No es un problema menor: si siempre ha habido polémica en torno a los actores que configuraban la opinión pública, mucho más habrá de haberla ahora que ésta se centra en operadores que actúan a nivel internacional y que cuentan con unas capacidades de intervención sin precedentes. Afrontamos, a mi modo de ver, uno de los grandes debates de nuestro tiempo, pues la libre opinión es la esencia de todo sistema democrático y se encuentra en una encrucijada: jamás fue tan fácil hacer llegar nuestras expresiones a tantas personas, pero, a la vez, jamás el acceso a la plaza pública estuvo en manos de tan pocos actores, ni nunca tuvieron éstos tal poder y envergadura.

FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ
Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas
c/Alberto Aguilera, 23
Madrid 28015
e-mail: fvaliente@comillas.edu

**EL CAMINO DEL CASTIGO:
DE LA PENA DE MUERTE A LA CADENA PERPETUA.
EL CASO ITALIANO DE CADENA PERPETUA “NO REVISABLE”**

*THE LONG PATH OF PENALTY.
FROM THE DEBATE ON ABOLITION OF THE CAPITAL PENALTY
TO LIFE IMPRISONMENT. THE ITALIAN CASE OF LIFE IMPRISONMENT*

JESSICA MAZZUCA
Universidad Magna Grecia de Catanzaro
<https://orcid.org/0000-0001-7438-0032>

Fecha de recepción: 6-12-21
Fecha de aceptación: 11-4-22

Resumen: *Este artículo analiza la problemática relación entre la pena de muerte y la cadena perpetua. La primera parte del trabajo está dedicada a examinar los principales pasos que llevaron a la sustitución de la pena capital por la cadena perpetua. Un discurso que cuestiona una valoración comparativa entre la concepción utilitarista de Cesare Beccaria y la tesis de Kant y Hegel a favor de la pena capital. A partir de estos supuestos, se procedió a analizar la más reciente institución de la cadena perpetua, mediante la cual el Estado le quita la vida al condenado, sin quitársela física, sino socialmente.*

Abstract: *This paper analyses the problematic relationship between death penalty and life imprisonment. The first part of the work examines the main steps that led to the replacement of capital punishment with life imprisonment. A topic that calls into question a comparative evaluation between the utilitarian conception of Cesare Beccaria and the thesis of Kant and Hegel in favor of capital punishment. From the basis of these assumptions, we proceeded to analyse the more recent institution of life imprisonment, by means of which the State takes the life of the condemned man, without taking it away from him physically, but socially.*

Palabras clave: pena de muerte, cadena perpetua y reeducación, reinserción social, finalidad de la pena

Keywords: death penalty, life imprisonment and re-education social reintegration, purpose of punishment

1. PARA UNA INTRODUCCIÓN

La imagen de la justicia representada en forma de mujer con los ojos vendados sosteniendo una espada en una mano y una balanza en la otra es una iconografía sugerente pero compleja, en la que se cruzan una pluralidad de significados. Una imagen utilizada a lo largo del tiempo para dar expresión al mismo y, sobre todo, a esa dimensión de la justicia que es la penal y, por tanto, la imposición de la pena contra quienes han sido condenados por un delito.

En general, el castigo incide en su aspecto estrictamente concreto de punición, dirigido a la defensa de la sociedad mediante la implementación de un sufrimiento destinado a privar a la persona del bien jurídico por excelencia, que es la libertad personal. Además, en el concepto de sanción coexisten, por un lado, un elemento general y absoluto, ya que ningún ordenamiento jurídico ha podido prescindir del instrumento punitivo, y por otro, un componente de carácter práctico, relativo a los diferentes métodos de reacción que cada ordenamiento jurídico elige adoptar para reprimir la violación cometida.

Una convicción que también encuentra correspondencia en la circunstancia por la que la dureza de la sentencia está directamente relacionada con la evolución histórico-social que afecta no solo a los fines de la propia sanción, sino también, y sobre todo, a las técnicas adoptadas para sancionar al perpetrador de la violación. Significativo, en este sentido, es el paso de la era de los castigos corporales a las penas de prisión, seguido de la posterior evasión de la sanción con creciente discrecionalidad del juez, hasta la introducción paulatina de medidas alternativas a la detención, como la libertad vigilada, en nombre de la función garante de la sentencia, como valor firme e indiscutible de los sistemas constitucionales vigentes.

Se perfila así un cuadro en el que el discurso sobre el castigo, en sus rasgos esenciales, cuestiona la reflexión sobre aspectos vinculados a sus modos de exteriorización que a lo largo de los años han estado necesariamente condicionados por contingencias sociales y razones políticas. En esencia, existe una estrecha relación dialéctica entre la evolución de las condiciones generales de nuestras sociedades hacia el orden o el desorden, y el destino del sistema punitivo, ya que el concepto de castigo no es un hecho autónomo, sino fuertemente condicionado por una evolución continua de las relaciones sociales¹.

¹ Sobre el concepto de sanciones, N. BOBBIO, "Sanzione", *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1969, pp. 530 ss.; F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1991; P. NUVOLONE, "Pena", en *Enc. Dir.*, vol. XXXII, 1982, pp. 787 ss.; E. ALLORIO, "Osservazioni sulla sanzione", *Riv. dir. civ.*, vol. II, 1956.

Estos motivos acompañan a la perenne vitalidad del castigo que, si bien puede enmascarar ancestrales instintos de venganza, sigue siendo la expresión de un profundo e incontenible sentimiento de justicia que prevalece sobre toda otra instancia y alternativa, presentándose como un elemento constante de la vida en sociedad. En esta perspectiva particular, un discurso sobre los criterios por los cuales el sistema de justicia penal intenta responder hoy a la pregunta “¿qué es lo correcto?” cada vez más útil porque, si bien los métodos de reacción han cambiado, ya no es la tortura ni la venganza y, cada vez menos la pena de muerte, la idea básica sigue siendo que el mal se responde con otro mal, aunque en la forma más suave de la justicia penal.

2. SOBRE LA IMPORTANCIA HISTÓRICA Y JURÍDICA DE LA PENA DE MUERTE

Los delitos y las penas son dos aspectos centrales de las sociedades contemporáneas. Los orígenes del derecho penal moderno, como se le conoce, se remontan en gran parte a los ideales del siglo XVIII². Hasta mediados del siglo XVIII, el sistema penal se caracterizó por escenarios confusos y sombríos bajo el triple perfil de la determinación del hecho punible, las sanciones conexas y la disciplina procesal. En particular, a nivel de sanciones punitivas, la descripción de este escenario parecía caracterizarse por una incisiva tendencia a la arbitrariedad, la crueldad y el espectáculo exasperado. Los castigos corporales predominaban en gran medida y, entre ellos, la pena de muerte debía ejecutarse de una manera particularmente cruel y espectacular.

El tema de la pena de muerte, también llamado pena capital, ha sido siempre el punto de convergencia de diversas reflexiones, muchas veces también conflictivas, desde la época presocrática, pasando por la época moderna con Kant y Hegel, hasta las reflexiones de Foucault, que al distanciarse de su legitimidad, se cuida de resaltar las razones que llevan a la idea de la pena de prisión como uno de los sistemas más eficaces y racionales para sancionar las infracciones en una sociedad³.

² Sobre el papel decisivo del pensamiento de la Ilustración en la cultura jurídica del derecho penal moderno cfr., M. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII. Corso di filosofia del diritto*, Ferrara, 1974, pp. I-IX; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 383-392; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2009.

³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1976), Einaudi, Torino, 2014, Parte II, Cap. I.

Como todo el mundo sabe, el debate sobre la pena capital, es decir, sobre la posibilidad de mantenerla o abolirla definitivamente, se remonta a la época moderna y encuentra sus raíces en la célebre obra "*Dei Delitti e delle Pene*" de Cesare Beccaria, donde se contienen na serie de argumentos, todavía hoy apoyado por los abolicionistas, sobre la inutilidad e ineficacia de la pena de muerte. Sin embargo, somos muy conscientes de que, hasta entonces, el uso de la pena capital se consideraba bastante natural para hacer funcionar cualquier tipo de sociedad. En este sentido, el primer testimonio escrito del uso de la pena de muerte, resumido en el supuesto de que debe haber correspondencia entre delito y pena, se remonta a la adopción del código de Hammurabi, un conjunto de leyes redactado durante el reinado de este Rey de Babilonia (1792-1750 a. c.), que preveía, en la mayoría de los casos, la aplicación de una pena idéntica al mal cometido, según la llamada ley de represalias. Un concepto de proporcionalidad de la pena alejado del actual, tanto porque no tiene en cuenta la culpabilidad del infractor, como porque descuida la personalidad del infractor, este último elemento fundamental para asegurar el cumplimiento del principio de reinserción social.

La pena de muerte también está presente en la antigua Grecia. El código de leyes de Dracone es recordado por su particular severidad: incluso los delitos menos graves fueron, de hecho, castigados con la pena de muerte. Sin embargo, uno de sus grandes méritos es el de haber postulado la dosimetría de la pena en función del grado de responsabilidad del infractor: si el acto se cometió sin voluntad, como el asesinato, se espera el exilio, mientras que los que actúan voluntariamente el hecho perjudicial para su conducta es condenado a muerte. En consecuencia, se perfila un cuadro en el que el propio castigo comienza a concebirse con una finalidad educativa hacia la sociedad.

En este sentido, resulta oportuno el testimonio de Platón, quien en el libro IX de las Leyes dedica algunas reflexiones al problema de la pena de muerte. Cree en la proporcionalidad entre conducta y sanción relativa, y reconoce que el castigo debe tener el propósito de mejorarla ya que, siguiendo la enseñanza de su maestro Sócrates, vincula el tema del castigo con la libertad del mayor de los males, es decir, la maldad del alma. Sin embargo, el filósofo ateniense también admite que "si el criminal resulta incurable, la muerte será el último de los males para él"⁴. Así, si por un lado Platón reconoce la utilidad de la pena

⁴ PLATONE, "Le Leggi", en G. Reale (a cura di), *Tutti gli scritti*, Rusconi, Milano, vol. IX, 854e, 1992, p.1647. En particular, para Platón, la pena de muerte tenía que referirse a una gama muy amplia de delitos, desde delitos contra divinidades y contra el culto, hasta delitos

para evitar la comisión de nuevos delitos y reconstruir la armonía perdida, al mismo tiempo también admite y legitima el uso de la pena de muerte, aunque sólo en casos excepcionales y por motivos de delitos muy graves.

También encontramos indicios similares en el mundo romano, que no deja de exaltar el papel de la pena de muerte, especialmente para los delitos considerados como traición pública⁵. Aquí, en particular, a partir de la segunda mitad del siglo II, los condenados a la pena de muerte, durante el intervalo que los separa de la muerte, son despojados de todos los derechos y pasan a ser “propiedad” del imperio que explota a su fuerza de trabajo *damnatio ad metalla* o hace de sus ejecuciones objeto de espectáculo *damnatio ad bestias* o *in ludum*⁶.

En el largo camino que nos acerca progresivamente a la Ilustración, otro aspecto en la evolución de la institución de la pena capital lo representa el magisterio criminal del señor feudal, para quien la pena tiene una finalidad disuasoria, garantizada por la publicidad de la ejecución. En la Edad Media, en particular, las ejecuciones punitivas no tienen otro propósito que convencer al autor de su culpabilidad, extorsionando su confesión, incluso mediante el uso de la tortura y, todo esto, mediante la ejecución pública. La espectacularización de los métodos de ejecución de la pena de muerte adquiere un carácter indispensable, como instrumento para satisfacer el sentimiento de justicia de los miembros de la sociedad o comunidad hacia quienes han violado la ley. Se trata de castigos simbólicos, que deben actuar como una advertencia a la ciudadanía, ya que de esta forma el estrecho vínculo ilícito-sancionador se mantiene firme en la memoria colectiva, impidiendo que el individuo cometa un delito⁷. Además, la situación se agravó también por la

contra ascendientes, padre y madre y, los autores de estos hechos, según el filósofo ateniense, debían “pagar necesariamente con la pena natural”, es decir, “sufrir por lo que hicieron”. Para los términos del debate vid. N. BOBBIO, “Contro la pena di morte”, en Id., *L'Età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 178-179.

⁵ N. DONADIO, “Pena di morte, parte giuridica, diritto romano”, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, E.S.I., Napoli, 2016, pp. 254-262; C. E. TAVILLA, “La pena di morte nella cultura penale di diritto romano: fondamenti ed eredità”, en *Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir*, 2015, pp. 51-69; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, Feltrinelli, Milano, 2018.

⁶ Cfr., A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, E.S.I., Napoli, 2010, Cap. IV, p. 121 ss.

⁷ Sobre este tema ves, T. BURACCHI, “La penalità nell’epoca feudale” en *ADR- L’altro diritto*, 2004; M. R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Giappichelli, Torino, 2012.

estrecha combinación de crimen y pecado, entre la inmoralidad religiosa y la ley punitiva, que dio lugar a un concepto sagrado de derecho penal, que hizo uso del órgano judicial como la *longa manus* del poder eclesiástico.

El cuadro trazado hasta ahora comienza a cambiar con la superación de una concepción irracional y teocrática del derecho punitivo, y el paso a una visión secular de la justicia y la defensa social de la comunidad. A partir de la Ilustración, el castigo, incluso cuando está guiado por una razón instintiva y emocional, ya no se entiende como un aparato de represión, sino como un instrumento para el objetivo de salvaguardar al individuo y a toda la comunidad.

En el siglo XVIII, en particular, se produce un cambio radical en los instrumentos punitivos, cuyas premisas comienzan a aflorar en el contexto de la especulación filosófico-jurídica que ha madurado desde el siglo anterior y desemboca en el lecho de ese pensamiento que va bajo el nombre de ley natural secular, iniciando el proceso más amplio de secularización del Estado⁸.

Los teóricos del derecho natural, en un intento por superar el carácter meramente reivindicativo e intimidatorio de la pena, buscan su fundamento en un derecho natural secular basado en principios racionales, abriendo así el camino a la afirmación de los conceptos utilitaristas y humanitarios que dominarán el panorama legal durante los siglos venideros. En estos términos, Thomasius analiza el caso desde el concepto de acción peligrosa, y considera el dolo un elemento necesario para determinar la responsabilidad penal del autor. Grocio también sigue la misma línea argumental, postulando la separación entre pecado y crimen, enfatizando, específicamente, la autonomía de las esferas del derecho y la moral⁹.

⁸ En particular, Luigi Ferrajoli identifica precisamente en el derecho penal el “fundamento sobre el que nació el principio del laicismo, y con él el liberalismo y el Estado de derecho moderno”, L. FERRAJOLI, “Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale”, en S. CANESTRARI e L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 132. Para obtener más información sobre el tema, consulte también, M. ROMANO, “Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 477 ss.; G. DIURNI, “Pena criminale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 1982, pp. 752-770; G. FIANDACA, “Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati”, en *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Feltrinelli, Milano, vol. I, 1991, p. 168; Id., *Diritto penale*, Zanichelli, Bologna, vol. XV, 2009.

⁹ S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, E.S.I., Napoli, 1979. Nuevamente y, en términos más generales, A. BARBERA, “Il cammino della laicità”, en S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Desde esta nueva y particular perspectiva, centrada precisamente en el concepto de justicia secularizada, el delito ya no se concibe como un índice de imperfección moral, y la pena ya no se interpreta como el castigo de un pecado a expiar, sino como un daño causado a las reglas de la sociedad civil que deben ser reparadas. Una convicción que encuentra correspondencia en las reflexiones de Alessandro Verri, hermano de Pietro, para quien “es evidente que el objetivo de los castigos no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un crimen ya cometido [...] Por tanto, el objetivo no es nada más que evitar que el delincuente haga nuevos daños a los ciudadanos y evitar que otros les hagan lo mismo”¹⁰.

De esta forma, se perfila un escenario en el que, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, se insertan diversas reflexiones políticas y jurídicas cuya premisa común está representada, por un lado, por la necesidad de racionalizar el sistema penal, con el fin de combatir el ‘arbitraje del juez, y por otro, por la necesidad de humanizar la función de la sentencia, promoviendo una tendencia generalizada hacia la atenuación de las penas, que puede resumirse en el privilegio otorgado a la pena privativa de libertad y en la eliminación de la modalidad cruel de ejecución de la pena de muerte¹¹.

¹⁰ A. VERRI, *Difesa in favore di Andrea Casirago*, 1765, p. 31 que evoca el § XII del *Dei Delitti e delle pene*, lleva por título *Fine delle pene*. Para una descripción general del pensamiento filosófico y político de Alessandro Verri, v. G. A. MAGGI, “Vita di Alessandro Verri”, in A. VERRI, *Opere*, Milano, 1822; T. SCAPPATICCI, “Alessandro Verri dall’illuminismo alla reazione”, en Id., *Fra “lumi e reazione”. Letteratura e società nel secondo Settecento*, Cosenza, Pellegrini, 2006; P. MUSITELLI, *I manoscritti inediti di Alessandro Verri protettore dei carcerati (1763-1766)*, en *Line@editoriale*, 2010.

¹¹ Además, este es el lugar donde se acostumbra rastrear el nacimiento de las escuelas de derecho penal, por un lado la escuela clásica, en defensa del concepto retributivo de la pena, en el supuesto de la existencia del libre albedrío, y en el otros los proponentes de la escuela positiva que, en cambio, se oponen a la idea retributiva, ya que niegan el libre albedrío y proponen un sistema de medidas acorde al tipo de delincuente y que ahora tienen tanto fines reeducativos para sujetos recuperables, como fines neutralizantes, para infractores irre recuperables. Sobre el tema, para una reconstrucción de los diversos aspectos del pensamiento de las dos corrientes de la escuela clásica, ver, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1877-1833; Id., *Opuscolo di diritto penale*, Lucca, Giusti, 1877; G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Tipografia P. Androsio, Napoli, 1847; P. L. O. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Borroni e Scotti, Milano, 1852; L. LUCCHINI, *I semplicisti (Antropologi, Psicologi e Sociologi) del diritto penale*, UTET, Torino 1886. Para la escuela positiva, C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Bocca Ed., Torino, 1897; R. GAROFALO, *Criminologia*, Bocca Ed., Torino, 1887; E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Bocca Ed., 1883; Id, *Sociologia criminale*, Bocca Ed., Torino, 1925.

Un gran artífice de este proceso de modernización y desacralización del derecho penal es sin duda Cesare Beccaria quien, en su revolucionario libro *Sobre crímenes y penas* de 1764¹² pide la abolición de la pena de muerte, para que “el nudo que se formó uniendo el pecado con el crimen con mil hilos, se corte con un golpe seco. Que la Iglesia, si quisiera, también se ocupe de los pecados. El Estado sólo tenía la tarea de evaluar el daño que la infracción de la ley había causado al individuo y a la sociedad. [...] Se desacralizó por completo el derecho penal”¹³.

3. EL PROBLEMA DE LA PENA DE MUERTE. DE LA TESIS ABOLICIONISTA DE CESARE BECCARIA ...

La obra de Beccaria no es solo un tratado de derecho penal, sino que constituye el principal análisis político y jurídico contra la pena de muerte y la tortura. La denegación de la pena de muerte, además de constituir una convicción íntima, también se deriva de las premisas filosóficas sobre las que descansa todo el pensamiento de Beccaria.

Formado a la luz del pensamiento secular e ilustrado, el escritor milanés intentó de inmediato conciliar y armonizar los motivos de la defensa social con los del humanitarismo garantista, contrarestando el concepto retributivo de la sentencia, a favor de una reforma general-preventiva de la práctica criminal de su tiempo. Para Beccaria, en esencia, la legitimidad del Estado para castigar tenía que traer mayores ganancias a la sociedad, ya que “la única y verdadera medida de los delitos es el daño causado a la nación”¹⁴.

¹² Se trata de un ensayo extrapolado de las discusiones que tuvieron lugar en el pequeño círculo de la Accademia dei Pugni y de la revista “Il Caffè”, que también tuvo entre sus patrocinadores a Alessandro Verri, gran conocedor de la materia penitenciaria.

¹³ Cfr., F. VENTURI, “Il diritto di punire”, en *Utopia e riforma nell’illuminismo*, Einaudi, Torino, 1970, p. 125. Además, la necesidad de racionalizar el sistema penal, para convertirlo en una herramienta útil para combatir la arbitrariedad y mitigar las penas, evitando excesos injustificados de sufrimiento, explica por qué la obra de Beccaria ha sido incluida en el índice de libros prohibida en 1765, año después de su aparición, y permaneció allí hasta la última edición del Índice, que se remonta a 1948. En este sentido, sobre la relación entre la Iglesia y el derecho penal, G. MARINUCCI, “Sui rapporti tra diritto penale e laicità dello Stato”, en *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 2009.

¹⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, F. VENTURI (a cura di), Einaudi, Torino, § VII, 1965, p. 44; C. BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

El potencial subversivo de la tesis sale a la luz cuando se observa que el núcleo ideológico subyacente se fundamenta en una concepción utilitarista del hombre y de las razones de su vida en sociedad, concepción que presupone que para evaluar la moralidad de los castigos es suficiente solo evaluar las consecuencias. Así, para Beccaria, la pena de muerte no sólo es injusta porque afecta a un bien, como el de la vida, que no está disponible, sino que también es inútil, ya que ni siquiera puede producir los efectos deseados. De hecho, por un lado, la pena capital puede ser un disuasivo mucho menos eficaz para los delincuentes que, por ejemplo, la cadena perpetua, por otro lado, también puede tener efectos adversos en otros asociados, endureciendo el ánimo o despertando compasión, y por lo tanto dando lugar al peligro de indiferencia o aversión hacia el mismo orden. Una convicción, esta última, que estigmatiza los efectos perversos de una visión meramente retributiva de la sentencia y, a su vez, contrasta claramente con la tradición secular resumida en el supuesto de que la sanción encuentre su justificación en sí misma, sin necesidad de buscarla en cualquier utilidad social externa¹⁵.

Beccaria, por tanto, trabaja para conciliar las necesidades de defensa social con las de la vida y libertad de la persona, promoviendo una visión de protección social efectiva, pero a la vez respetuosa del ser humano. En estos términos, en la introducción a su obra maestra, escribe que “la mayor felicidad dividida por el mayor número”¹⁶ debe constituir el propósito esencial de todas las

¹⁵ Sobre el pensamiento de Beccaria sobre la abolición de la pena de muerte, ver, F. ZANUSO, “I ‘fluidi’ e le ‘bestie di servizio’. Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria”, en F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004, pp. 101-139; L. GARLATI, G. CHIODI (a cura di), *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Giuffrè, Milano, 2014; L. FERRAJOLI, “L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 2015, pp. 137-162; M. P. DI BLASIO, “La forza dirompente de Dei Delitti e Delle Pene di Cesare Beccaria. Il vigore dei canoni ermeneutici scolpiti del più famoso trattato di diritto penale”, *Giurisprudenza penale*, 2015; P. MORO, “Contro la pena capitale. Fondamenti e limiti della concezione abolizionista di Cesare Beccaria” en G. ROSSI e F. ZANUSO (a cura di), *Attualità e storicità ‘Dei delitti e delle pene’*, a 250 anni dalla pubblicazione, E.S.I., Napoli, 2015.

¹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §VI, p. 35. Beccaria es el autor del famoso principio utilitarista de la máxima felicidad dividida por el mayor número, posteriormente retomado por Jeremy Bentham, en términos de la máxima felicidad posible del mayor número posible de individuos, que lo extiende a todos los derechos, basado en éste la legitimidad política de cualquier norma jurídica. No es casualidad que el filósofo inglés llame a Beccaria “mi maestra, la primera evangelista de la razón”, y sigue afirmando que “fue precisamente del librito de Beccaria *Sobre crímenes y penas* que extraje, como bien recuerdo, la primera mención del

leyes, que no son más que convenciones a las que cada individuo corresponde la asignación de una “mínima porción posible” de libertad, de “la única que es suficiente para inducir a otros a defenderla”, llega con el fin de salvaguardar los derechos y sus respectivos ámbitos de actuación. Y continúa afirmando que: “El objetivo de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...]. El objetivo, por tanto, no es otro que evitar que el infractor haga un nuevo daño a otros ciudadanos y evitar que lo igualen. Por tanto, deben elegirse aquellas penas que causen una impresión más eficaz y duradera en el alma de los hombres y menos atormentador en el cuerpo del infractor”¹⁷. En esta perspectiva, por tanto, el principio rector de la justicia sólo puede ser el de promover el bienestar de las personas, comprometiéndose a protegerlas de las agresiones, a través de su predicción como delitos y su sanción con penas, al desalentar a otros posibles delincuentes.

Visto más de cerca, el utilitarismo de Beccaria se deriva conceptualmente de su adhesión al contractualismo, necesario para construir una teoría racional del derecho y la política. De ello se desprende que, para el escritor milanés, el beneficio no debe perseguirse porque sea intrínsecamente correcto, sino porque la necesidad natural nos ha llevado a considerarlo como tal: “La necesidad, debido al choque de las pasiones y a la oposición de los intereses, ha dado lugar a idea de la utilidad común, que es la base de la justicia humana”¹⁸. En particular, para Beccaria, el contrato social se configura como el pacto de no agresión que todos los individuos han estipulado para defender sus intereses, aceptando no agredir a nadie. Así, cada uno renuncia a su propia libertad de agresión tras el traspaso de la misma libertad por todos. En consecuencia, el escritor milanés se pregunta: “¿Quién fue el que quiso dejar la tarea de matar a otros individuos, a otros hombres?”¹⁹.

Porque precisamente en este postulado, de marcado carácter contractual, se basa la actitud de los estudiosos en la clara e irrevocable oposición a la pena de muerte, ya que si el Estado nace en virtud del contrato social y encuentra su legitimidad en la necesidad de proteger la vida y defensa de la libertad, sería contradictorio admitir la pena de muerte a manos del Estado.

principio de utilidad “así como” la idea de medir el valor de cada sensación analizándola dentro de cuatro elementos [intensidad, duración, proximidad, certeza] tomados de Beccaria”, *ibid.*, pp. 562-563. Para un análisis comparativo entre Bentham y Beccaria sobre el tema del castigo L. FERRAJOLI, “Beccaria e Bentham”, *Diciottesimo Secolo*, núm. 4, 2019, pp. 75-84.

¹⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §VII, p. 49.

¹⁸ *Ivi*, §VII, p. 43.

¹⁹ *Ivi*, §XXVIII, p. 86.

Es decir, Beccaria niega categóricamente que, una vez estipulado el contrato social, incluso la vida pueda ser transferida al Estado porque: “Nadie ha dado la donación gratuita de parte de su libertad para el bien público [...]”.

Por tanto, tiene la certeza de que cada uno quiere poner en el depósito público sólo la menor parte posible, la única que basta para inducir a otros a defenderlo. “La suma de estas porciones mínimas posibles constituye el derecho a castigar; tanto más es abuso y no justicia”²⁰. En consecuencia, rechaza explícitamente los castigos muy duros no solo cuando son perjudiciales para la felicidad colectiva, como predice el utilitarismo, sino también cuando, si bien no son perjudiciales, son contrarios a la “razón ilustrada”, la justicia y el espíritu mismo del contrato social que funda nuestro sistema penal.

Además, el escritor milanés se da cuenta de que el problema de la pena de muerte no termina en la identificación específica del propósito específico de la pena, sino que involucra la esencia misma del poder de una manera más profunda. En particular, advierte que no es solo el uso de la pena de muerte, por ser inhumana e inútil, lo que desalienta la comisión de delitos, sino la adopción de un sistema punitivo basado en la certeza de la pena, dado que “Uno de los más grandes la moderación de los delitos no es la crueldad de la pena, sino la infalibilidad de la misma, y por tanto la vigilancia de los magistrados, y esa severidad de un juez inexorable que, para ser una virtud útil, debe ir acompañada de una suave legislación”²¹. En estos términos, una sanción puede ser más suave cuanto más segura y preparada esté.

Tras la publicación del libelo de Beccaria, la petición abolicionista penetró definitivamente en el debate cultural europeo de la época. En efecto, la centralidad de la cuestión penal y, en particular, el debate sobre la utilidad o no de la pena de muerte, une toda a la filosofía jurídica y política de la Ilustración, ya que el derecho penal es el lugar privilegiado de la relación entre Estado y ciudadano, donde se define el papel de la ley y los límites del poder político y, en consecuencia, el ámbito de acción de los asociados individuales²².

²⁰ Ivi, §II, pp. 30-31.

²¹ Ivi, §XXVII, p. 66. Así, Jeremy Bentham también afirma que “Cuanto más incierta es una sanción, más debe aumentarse en severidad [...] Por lo tanto, también es cierto que cuanto más se aumenta la certeza de la sanción, más puede aumentar su entidad. reducido. Esta es la ventaja que se derivaría de una legislación simple y un buen procedimiento”, cfr., J. BENTHAM, “Principes du code pénal III-II”, en *Traité de législation civile et pénale*, Parigi, 1802, p. 156.

²² Sobre el tema, A. PORCIELLO, “Pena di morte”, en M. LALATTA COSTERBOSA, M. LA TORRE, A. SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, Bioetica, e Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 264-269.

Así, ante el compromiso de Beccaria, el aporte académico de Francesco Carrara, quien, si bien no reconoce la vigencia de los sistemas punitivos basados en el concepto de “utilidad”, tiene el mérito de haber conducido a la unificación del derecho penal italiano y la simultánea abolición de la pena de muerte, que tuvo lugar, entonces, en 1889 con la introducción del código penal Zanardelli, junto con el nombre de Luigi Lucchini, profesor universitario y magistrado, voz autorizada de la Revista Penal, que albergaba diversos escritos, entre ellos los de autores extranjeros, entre otros, Lucas, Olivecrona, Torres Campos, Holtzendorff, sobre el repudio a la pena de muerte. En la misma línea argumental también destacadas figuras políticas, como Pasquale Stanislao Mancini, quien el 17 de noviembre de 1864 presentó el primer proyecto de ley basado en la solución toscana a la Cámara de Diputados, donde el Gran Duque Pietro Leopoldo, compartiendo las ideas de Cesare Le Beccaria, y asistido por una clase dominante con visión de futuro, ya había introducido el código leopoldiano en 1786 con la abolición de la tortura y la pena de muerte también por el delito de regicidio.

Una vez más, la evolución de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos sigue exactamente el cambio de las estructuras sociales y económicas y con ellos la necesidad de prever siempre, en clave preventiva, nuevas reglas de conducta a cumplir y, en clave defensiva, nuevos casos incriminatorios y nuevas formas de castigo. Sin embargo, sabemos bien que, a pesar de los esfuerzos realizados contra la costumbre de la pena capital, algunos de los protagonistas del debate teórico han emprendido un camino diferente, refutando el paradigma abolicionista y llegando a la conclusión de que el uso de la pena de muerte es incluso un deber, que se fundamenta en bases esencialmente remunerativas.

3.1. ... al paradigma del derecho a castigar con la muerte

La visión abolicionista de Beccaria, aunque autorizada, se opone completamente a la doctrina dominante de la época. Más allá de Voltaire, prevalece una línea de pensamiento en la Ilustración jurídica europea de finales del siglo XVIII que, aunque critica el uso excesivo de la pena de muerte, sigue considerando necesario aplicarla en casos extremos. Los argumentos a favor de la pena de muerte se refieren principalmente a la proporcionalidad de la pena con respecto al delito y la prevención de delitos a través de la intimidación, tanto desde el punto de vista jurídico como moral. Si, por tanto, el paradigma está representado por las necesidades justificativas de la predicción de la

muerte como forma de castigo, ciertamente la discusión del tema se basa plenamente en la teoría retribucionista de la sentencia, donde la idea básica es que el castigo debe servir para compensar la culpa por el mal cometido. Un concepto, este último, que a lo largo de los siglos ha encontrado apoyo no solo en el pensamiento filosófico, sino también en las referencias religiosas.

La cuestión de la necesidad de matar a los culpables también está presente en el contexto de la doctrina católica, cuyo punto de equilibrio lo dicta Santo Tomás que funda la legitimación de la pena de muerte a partir del concepto de conservación del bien común. Para el teólogo y filósofo escolástico, el fundamento del poder punitivo y la finalidad del castigo se identifican en el carácter curativo del castigo, dado que la injusticia es la ruptura de un equilibrio en nombre del alejamiento del bien, para lo cual el castigo permite al culpable expiar su culpa ante Dios y purificar del mal a toda la comunidad²³. Las reflexiones de San Agustín también están en la misma línea argumental, según la cual la legalidad de la pena de muerte no contradice el mandamiento “no mates”, ya que: “La misma autoridad divina que dijo: No matarás, ha establecido ciertas excepciones a la prohibición de matar humanos”²⁴.

Se perfila así un marco teórico en el que el paradigma de la retribución adquiere un valor adicional, el preventivo, ya que la retribución ejerce una forma de disuasión, ya que evita que el delito sea repetido por el propio delincuente. o en otro lugar. En consecuencia, a nivel de la pena de muerte se afirma que, a pesar de su atrocidad, sigue siendo necesaria para la seguridad social ya que, siendo la más temida de las penas, sigue siendo la más adecuada para prevenir delitos graves. Una convicción, esta última, que encuentra correspondencia en las reflexiones de Rousseau quien, al delinear el cuadro del desarrollo de la sociedad de su tiempo, cree que tanto exponerse al peligro en la guerra como recurrir a la pena capital están predeterminados con el propósito de conservación de la sociedad²⁵.

Immanuel Kant también es partidario de la pena capital, refutando golpe a golpe los argumentos que suelen oponerse a ella. A las solicitudes de los abolicionistas, objeta que la justicia sólo es reconocible si hay una correspondencia perfecta entre el castigo y la culpa. En consecuencia, en la hipótesis de un asesinato, la muerte legalmente infligida es la única solución posible y coherente. En particular, Kant, partiendo de una crítica de la filosofía utili-

²³ T. D' AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 64, a. 2, co., Roma, San Paolo Ed., 1999.

²⁴ SANT' AGOSTINO, *La Città di Dio*, Bompiani, Milano, I-21, t. XLI, col. 35, 2001.

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, R. GATTI (a cura di), Rizzoli, Milano, 1987, pp. 47 ss.

tarista, ve en el criterio de retribución la única medida cierta de la calidad y cantidad del silogismo, identificando en el principio de igualdad el modo correcto de atribución del silogismo. Es, por tanto, el principio de proporcionalidad, basado en la noción de retribución de la pena, el que justifica el tipo y alcance de la sanción, en función del delito cometido, que es delito tanto para las personas como para el Estado que los representa.

En la *Metafísica de las costumbres*, en particular, sostiene que nadie es castigado por haber querido una sanción, sino por el mero hecho de haber realizado una conducta digna de sanción. Además, según la enseñanza kantiana, el deber de la pena de muerte recae en el Estado y es un imperativo categórico, no un imperativo hipotético, basado en la relación entre medios y fines. El castigo, por tanto, debe atribuirse únicamente porque el sujeto ha cometido un delito y “nunca podrá decretarse simplemente como un medio para lograr un bien”²⁶. La convicción de Kant es, por tanto, que el castigo no puede imponerse como medio para lograr un bien de interés general. Es admisible, a lo sumo de forma secundaria, que tenga un valor de utilidad social, pero su finalidad primordial y única es representar una respuesta al impulso criminal, como consecuencia necesaria de un acto digno de sanción, ya que: “El hombre nunca debe ser tratado como un medio puro al servicio de los fines ajenos”²⁷.

Consideraciones no disímiles también se encuentran en las reflexiones de Hegel, quien no deja de exaltar la función retributiva de la sentencia, que es el daño al daño, así como la importancia de la pena de muerte en la doctrina kantiana²⁸. Sin embargo, mientras en Kant la relación que vincula el castigo con el hecho ilícito es en términos de proporcionalidad, en Hegel el castigo es la negación de otro mal. Básicamente, en Hegel, el concepto de castigo se deriva de la negatividad del propio delito, ya que lo que importa es el significado de la injuria que recae sobre el infractor del castigo. La pena, por tanto, es descrita por Hegel como “conciliación (*Versöhnung*) de la ley”, no solo desde el punto de vista objetivo, sino también desde el punto de vista subjetivo del infractor, que en la ejecución de la sentencia debe encontrar “pacificación (*Befriedigung*) de la justicia”²⁹.

²⁶ I. KANT, *La metafísica de los costumbres*, Laterza, Bari, 1983, pp. 164 ss.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ U. KLUG, “Il commiato da Kant e da Hegel (1968)”, en L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989,

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), V. CICERO (a cura di), Rusconi, Milano, 1996, § 100, p. 207.

De las reflexiones desarrolladas hasta ahora se desprende la centralidad de la retribución de la sanción, y cómo siempre ha sobrevivido en las formas en que tradicionalmente se expresa. Razones, estas últimas, que también parecen acompañar a algunos exponentes de la ilustración jurídica italiana de finales del siglo XVIII. Puntual en este sentido es la voz de Gaetano Filangeri, definido como “la verdadera enciclopedia del siglo XVIII sobre los delitos y su expiación”³⁰, quien considera legítima la pena de muerte como parte integrante del derecho sancionador del Estado. En el Libro III de la Ciencia del Derecho, dedicado al derecho penal, Filangeri interviene en la polémica a favor de la transparencia de la ley y en contra de los procedimientos secretos, manifestando un fuerte disenso contra la concepción utilitarista³¹. Como Kant, se distancia también del argumento contractualista de Beccaria según el cual las leyes que expresan el derecho a castigar están constituidas por la “suma de porciones mínimas de la libertad privada de cada persona”, ya que cuando el contrato social es violado por cualquier delito, sigue siendo un delito contra o que debe ser revocado mediante la aplicación de la pena de muerte pero de forma equilibrada, ya que una aplicación excesiva podría resultar contraria a la supervivencia de la propia empresa, haciendo ineficaz y desproporcionada la pena capital³².

Para el jurista napolitano el derecho a castigar es un derecho natural ya presente en el estado de naturaleza, y la imperfección del estado de naturaleza no se debe a la falta del derecho a castigar, sino a la dificultad para hacerlo ejecutable. En consecuencia, para Filangeri, en pleno respeto a la filosofía del pensador inglés John Locke, con el pacto social los individuos transfieren el derecho a sancionar al Estado, con el fin de proteger, a través de él, los

³⁰ F. VENTURI, “Gaetano Filangeri. Nota introduttiva”, en *Illuministi italiani*, tomo V, *Riformatori napoletani*, Milano- Napoli, 1962-63, p. 633.

³¹ Cfr., G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), E. PALOMBI (a cura di), Napoli, Grimaldi & C, 2003. Escrito sobre el que, además, se formaron los protagonistas de la República Napolitana de 1799.

³² Para resaltar las líneas fundamentales del enfoque ofrecido por Filangeri en marcado contraste con la ideología de Beccaria, está el filósofo milanés Carlo Cattaneo quien enfatiza que, si bien para ambos el derecho a castigar radica en el contrato social, para el escritor milanés nació con el contrato, como institución de derecho positivo necesaria para evitar el retorno al estado de naturaleza. Por el contrario, Filangeri establece, en cambio, una perfecta continuidad entre el estado de naturaleza y la sociedad política. M.A. CATTANEO, “Alcuni aspetti della dottrina penalistica di Gaetano Filangeri” en L. D’ALESSANDRO (a cura di), *Gaetano Filangeri e l’illuminismo europeo, Atti del Convegno tenutosi a Vico Equense dal 14 al 16 ottobre 1982*, E.S.I., Napoli, 1991, pp. 267-268.

derechos naturales, cuya protección plena y efectiva en el estado de naturaleza se ve fuertemente comprometido por el viciado ejercicio del derecho a sancionar.

De esta manera, la sociedad política adquiere el mismo derecho que en el estado de naturaleza pertenecía al individuo por encima de todos los demás. De ahí la idea de que el castigo no tiene una función retributiva de venganza, sino una finalidad esencialmente intimidatoria, de prevención especial y aún más de prevención general. Consideraciones, esta última, de las que se deriva el principio de proporcionalidad que para Filangeri debe establecerse entre el delito y la pena, y de las que, a su vez, se deriva el principio de la mansedumbre de la ley. Sin embargo, el potencial subversivo de la tesis del iluminista napolitano está destinado a perder gradualmente intensidad y adherencia cuando Filangeri se da cuenta de que el problema de recurrir a la pena de muerte no termina en un plano puramente ontológico, sino que involucra la esencia más profunda del derecho penal, especialmente donde se observa que el uso de esta pena extrema conduce a un aumento de los delitos más atroces y, en consecuencia, produce impunidad para los menos graves, afectando así la pérdida de valor de la propia pena de muerte.

Sin embargo, aunque el legado de ideas en apoyo de la pena de muerte se prolonga hasta los albores del siglo XX, pronto habrá que afrontar una nueva concepción del Estado, que poco a poco ve desmoronarse su posición de preeminencia sobre la persona humana que, a su vez, se presenta como portadora de nuevos derechos y nuevos poderes que, por su carácter inviolable y constitutivo, ya no tolerarán abusos o violaciones temporales.

4. LAS NUEVAS FRONTERAS DE LA CADENA PERPETUA NO REVISABLE

La necesidad de fundamentar el rechazo de la sanción extrema sobre bases sólidas, tanto positivas como teóricas, para demostrar su ilegitimidad, representó el terreno fértil para el avance de la opción abolicionista definitiva, que en Giuseppe Zanardelli encuentra un intérprete muy válido³³.

³³ Era el 30 de junio de 1889 cuando el ministro de Justicia Zanardelli presentó al rey el borrador definitivo del código penal. La publicación tiene lugar el 1 de diciembre del mismo año y entró en vigor el 1 de enero de 1890. Para una descripción general de la historia del lanzamiento del nuevo código, entre muchos otros, P. NUVOLONE, "Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889", en AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, vol.

Corría el año 1889, cuando se sancionó la abolición de la pena de muerte en Italia, y en el sistema positivo apareció la cadena perpetua, colocada en lo más alto del catálogo de penas, vista como un avance decisivo en el plano humanitario, aunque no para todos³⁴. La pena capital, como es bien sabido, será reinstalada, aunque solo para delitos políticos, en 1926 por el gobierno de Mussolini, anticipándose a la dirección ideológica que debió inspirar el nuevo código penal italiano de Rocco de 1930³⁵. Solo con la entrada en vigor de la Constitución italiana se abolirá definitivamente la pena de muerte, con la única excepción del artículo 27 párrafo 4 de la Constitución en los casos específicos previstos por las leyes militares de guerra, luego suprimido definitivamente por la ley constitucional italiana número 1 de 2007.

Es el punto de llegada de un camino largo y alterno que culmina con la adopción de la cadena perpetua, que es un castigo humano y sustituto del castigo corporal y la pena capital, graduable y capaz de responder a necesidades retributivas y generales preventivas. Sin embargo, si es cierto que la cadena perpetua a menudo responde a instancias justas de castigo, es igualmente cierto que tal instrumento de castigo presenta disfunciones acentuadas, especialmente en el reconocimiento del principio de reeducación, siendo el recluso muchas veces estigmatizado y etiquetado, contribuyendo así a impedir o ralentizar el proceso de resocialización.

Por estas razones, la cadena perpetua se presenta pronto como el sustituto inmediato de la pena capital, como una sanción desprovista de humanidad que excluye al delincuente de cualquier esperanza de redención y lo condena a una suerte de *damnatio memoriae*.

II, 1984, pp. 961 ss.; M. SBRICCOLI, "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale dell'Italia unita", en SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Laterza, Roma - Bari, 1990, p. 147 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit.

³⁴ Entre las voces que se oponen a la cadena perpetua zanardelliana se encuentra la de Giuseppe Orano, para quien el uso de la cadena perpetua no resuelve el problema de la gradualidad de la sentencia, así G. ORANO, "Saggio di uno studio sulla pena dell'ergastolo", *La Giustizia Penale*, vol. III, 1897, pp. 1057-1065; Id., "Il patibolo e l'ergastolo di fronte all'errore giudiziario", en *Foro Penale*, Roma, 1900, pp. 1-20; Id., *La riduzione scientifica del problema dell'ergastolo, Prolusione al corso di Diritto e procedura penale letta nella R. università di Roma il 30 novembre 1900*, Tipografia cooperativa sociale, Roma, 1901, pp. 1-45.

³⁵ Sobre el tema, G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 93-120. Para obtener una descripción general de los problemas mencionados anteriormente, v. C. DANUSSO, "Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo", en *Diritto penale contemporaneo*, 2017, pp. 51-67.

Esta incompatibilidad inicial del instituto con respecto a la lógica humanitaria que inspira la legislación constitucional italiana va disminuyendo paulatinamente por la inclusión de la cadena perpetua en el ámbito de aplicación de la libertad condicional, según el nuevo artículo 176 párrafo 3 del código penal italiano, introducido por el artículo 2 de la ley italiana de 25 de noviembre de 1962, número 1634, dando así a los condenados, por primera vez, la posibilidad de volver a una sociedad libre.

Pero todo esto no es suficiente. La evolución más significativa en la historia de la cadena perpetua, que va acompañada de un resurgimiento del carácter perpetuo, tiene lugar en el contexto de la denominada legislación de emergencia, aprobada en los años 90, en respuesta a las masacres mafiosas que en esos años ensangrentaron Italia. La cobardía de los actos con los que la delincuencia organizada golpea al Estado italiano y sus representantes determina que el legislador exacerbe el circuito punitivo de aquellos sujetos que se han convertido en autores de delitos graves vinculados a la delincuencia tipo mafia, en los que la finalidad reeducativa de la pena a que se refiere el artículo 27, párrafo 3 de la Constitución italiana está considerablemente comprimido “debido a las necesidades de defensa social y especial prevención negativa”³⁶.

El contexto histórico, de hecho, requiere que el Estado italiano actúe con herramientas eficaces, duras, claras y rigurosas en la lucha contra la mafia, que comienza a tener relaciones con la política y que, de esas relaciones, deriva su poder. En estas connotaciones criminológicas y sociológicas se fundamenta la entrada en nuestro sistema positivo de la institución de la cadena perpetua.

Introducido por el artículo 4-bis de la ley italiana de 26 de julio de 1975, número 354 sobre el Sistema Penitenciario, el tema de la cadena perpetua pronto se convierte en el terreno para buscar un equilibrio en el contexto particularmente delicado de la relación entre libertad condicional, medidas alternativas a la detención, beneficios penitenciarios en general y prisión. Con la disposición en cuestión, el legislador hace todo lo posible, de hecho, por estigmatizar los efectos perversos de una acentuada agresividad del crimen organizado, desplegando una rigurosa respuesta ejecutiva encaminada a actuar drásticamente sobre las condiciones y términos de acceso a los beneficios penitenciarios, imponiendo así la implementación de un régimen

³⁶ Sobre el tema, L. PACE, “L’art. 4bis dell’ordinamento penitenziario tra presunzione di pericolosità e’ governo dell’insicurezza sociale” en *Costituzionalismo.it*, 2015, p. 3.

ejecutivo particular, en contraste con el “paradigma reeducativo, contenido en el núcleo esencial de la ley italiana número 354/1975”³⁷.

En particular, el artículo 4-bis en su primera formulación agrupó los delitos que legitiman el uso de la cadena perpetua en dos franjas diferenciadas, según el título del delito, cuyo punto de inflexión estuvo en la circunstancia de que la grave alarma social que suscitaron estaban directamente correlacionada o no con las asociaciones criminales que asediaban la República italiana. Por tanto, la primera categoría contemplaba delitos considerados ciertamente atribuibles a la delincuencia organizada de tipo mafioso o subversivo; los demás, en cambio, son los de gran gravedad, pero no directamente relacionados con este tipo de delitos. En consecuencia, en el primer caso, el acceso a los servicios penitenciarios fue admisible con la doble condición de que existiera evidencia que excluyera la existencia de vínculos con el crimen organizado o subversivo y que el autor hubiera cumplido algunas partes de la condena.

Sin embargo, ambas condiciones se habrían superado si el autor del delito hubiera demostrado su colaboración con la justicia en los términos del artículo 58-ter de la Ley del sistema penitenciario italiano, dado que la conducta allí contemplada era la de sacar al reo del campo penal. En caso contrario, para el delito de segundo grado, la admisibilidad de la medida alternativa y del beneficio penitenciario quedó subordinada a la simple constatación objetiva de la inexistencia de vínculos actuales con la delincuencia organizada.

Sin embargo, a raíz de la fuerte alarma social provocada por la cobardía de los episodios ocurridos a principios de los 90, el decreto ley italiano 8 de junio de 1992, número 306, que en el artículo 15, párrafo 1, introduce una nueva perspectiva, asignando preeminencia a las necesidades de prevención general y defensa social. En consecuencia, para los condenados por uno de los delitos comprendidos en la primera banda, la única clave para acceder a los permisos penitenciarios de adjudicación fue, y es, la colaboración con la justicia. Este cambio trae consigo un nuevo paradigma del sistema de recompensas, resultando en el paso “de un sistema basado en un régimen de evidencia reforzada para constatar la inexistencia de una condición negativa, es decir, la ausencia de vínculos con el crimen organizado, a un modelo que introduce una ejecución hipotecaria para ciertos convictos, que solo puede ser removida mediante una conducta calificada, es decir, la colaboración.

³⁷ F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 1914.

De esta forma, se perfila un marco en el que a los condenados a cadena perpetua por determinados delitos graves, incluido, en primer lugar, el de asociación de tipo mafioso de conformidad con el artículo 416-bis del Código Penal italiano, que no colaboren con los tribunales, de conformidad con el artículo 58-ter ter del sistema penitenciario italiano, se excluye la posibilidad de acceder a una serie de beneficios penitenciarios, incluido el trabajo al aire libre, medidas alternativas a la detención, concesión de permisos y, sobre todo, libertad condicional. De ahí la calificación de cadena perpetua no revisable.

En esta perspectiva, es claro que el objetivo del legislador italiano es incentivar la colaboración con las autoridades judiciales de sujetos afiliados o en todo caso contiguos a las facciones criminales. Una elección comprensible en muchos sentidos, ya que responde plenamente a la lógica de la política criminal de esos años, pero que, sin embargo, termina por distorsionar la norma y contrasta claramente con la lógica de la resocialización.

El camino trazado hasta ahora parece volverse cada vez más lineal. No hay duda de que ninguna cadena perpetua no revisable es una especie de cadena perpetua común. Ambos, de hecho, comparten la duración perenne de la condena. Por supuesto, en el caso de la cadena perpetua no revisable, tiende a prevalecer una mayor efectividad de la perpetuidad. Sin embargo, persisten viejas resistencias y surgen nuevas contradicciones que también revelan las hipocresías de quienes, conscientes del principio de la intangibilidad de la dignidad humana, quieren sin embargo perseguir fines que no tienen en cuenta a la persona del condenado, terminando por apoyar su muerte civil. Y, una vez más, nuestro pensamiento se dirige a Cesare Beccaria, quien fue el primero en darse cuenta de que la pena de muerte no es una institución legal, sino una elección que encuentra sus razones en la arbitrariedad de la política, a veces en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico.

Pero todo esto no deja de menoscabar la constitucionalidad de la institución de la cadena perpetua, como tratamiento contrario al sentido de humanidad. Y, en el caso de la cadena perpetua no revisable, es una institución que no admite excepciones, salvo las recientes aperturas otorgadas por la jurisprudencia constitucional italiana.

Desde el punto de vista de este estudio en particular, se deduce que la cadena perpetua y la pena capital pueden caer en la misma categoría que la muerte como pena, debido a su carácter eliminatorio común. Ambos, de hecho, son la privación de la vida y la anulación de toda esperanza y el renaci-

miento de las relaciones humanas, así como herramientas utilizadas en nombre de las necesidades colectivas de defensa social, y por tanto, expresión de una concepción puramente retributiva de la pena y los vicios de un sistema público que exige la vida de quienes han suprimido una vida u otro bien jurídico de igual rango, y no puede regir la reintegración al tejido social. Por ello, la cadena perpetua bien puede representar la medida vicaria de la pena de muerte, ya que incluso admitiendo que en la práctica la cadena perpetua puede dar lugar a una pena que llega a su fin, no excluye la posibilidad de que, por el contrario, el delincuente fácilmente puede ser llamado a cumplir su condena hasta su muerte.

Claramente, el argumento no escapa a otra clave de interpretación que lo proyecta en el nivel más amplio y complejo de las relaciones entre poderes estatales y derechos fundamentales, en cuyo marco la reeducación del preso y la función socializadora del preso pueda jugar un papel central. Si, efectivamente, originalmente el ejercicio del derecho a sancionar por parte del Estado se caracteriza por un doble valor, a saber, castigar al perpetrador y sofocar la venganza de los familiares del ofendido. En el derecho contemporáneo, cuyas características de estabilidad y predeterminación de la norma apuntan a asegurar la uniformidad de aplicación de la norma y garantizar la igualdad de trato de todos aquellos que se encuentran cometiendo el mismo acto ilícito, el ejercicio de la facultad del Estado de infligir el máximo la pena, debe ser el producto ponderado y garantizado de un procedimiento que debe ocuparse de las formas más adecuadas que impidan medidas de rigor ofensivo de la inviolabilidad de la herencia moral del hombre en su valor absoluto.

En este punto, parece emblemático el diálogo entre tribunales italianos e internacionales, que apuntan a la afirmación de la dignidad humana, a través de comportamientos conscientes que desconocen el uso de automatismos y presunciones absolutas, de manera que permitan la definición de métodos de intervención lo más respetuosos posible. Un equilibrio razonable entre las razones del orden público y los requisitos vinculados a la plena protección de las libertades fundamentales. Esto se debe a que las opciones legislativas en materia penal nunca pueden ser absolutas y abstractamente axiológicas. Por el contrario, deben ser verificados continuamente a la luz de la experiencia concreta, a partir de evaluaciones empíricas capaces de justificar, racionalmente y en el momento actual, la elección de aplicar una sanción penal.

4.1. La compatibilidad constitucional y europea de la cadena perpetua no revisable

Desde hace algún tiempo, la cuestión de la legitimidad constitucional y convencional de la cadena perpetua no revisable ha estado en el centro de un acalorado debate, en la medida en que resulte en un trato contrario al sentido de humanidad y a la finalidad reeducativa de la pena para el autor del delito, como tal, en contraste con el artículo 27, párrafo 3, de la Constitución italiana y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En particular, este instituto aparece contrario al marco jurídico-normativo de referencia ya que, excluye o dificulta el acceso a actividades fuera de la vida carcelaria en base a presunciones legales absolutas de peligrosidad social, favoreciendo así las solicitudes de prevención y defensa social, enteramente en detrimento de la resocialización. De ello se desprende que, ante la absoluta presunción de peligrosidad, en ausencia de colaboración con el Poder Judicial, no se puede realizar una investigación sobre la personalidad del condenado, sobre sus hechos personales y judiciales, impidiendo así a la autoridad competente realizar una evaluación individualizada.

Es en este contexto en el que debe situarse la cuestión sometida a la atención del Tribunal de Estrasburgo, para comprobar la legitimidad convencional de la incuestionable cadena perpetua. En particular, el Convenio europeo de derechos humanos, rechazando la solicitud de remisión a la Grande Chambre formulada por el gobierno italiano, hizo definitiva la decisión de 13 de junio de 2019 sobre Viola c. Italia, poniendo punto y final a una historia que había suscitado animadas reacciones. Como es sabido, el hecho se refiere a la situación de Marcello Viola, condenado a cadena perpetua por delitos muy graves que obligaron al Estado italiano a adoptar la indiscutible medida de la cadena perpetua.

Aunque siempre se ha declarado inocente, situación que, según él, impide una útil colaboración con los tribunales, sus solicitudes de acceso a bonificaciones y libertad condicional siempre han sido rechazadas. Esto lleva a Viola a acudir al Convenio europeo de derechos humanos, invocando, en primer lugar, la violación del artículo 3, ya que la falta de colaboración con la justicia ha llevado a la falta de revisión de su comportamiento carcelario; por lo tanto, la violación del artículo 5 § 4, ya que la detención nunca se consideró lícita (legítima) sobre la base de una evaluación de mérito; y finalmente la violación de los artículos 6.2 y 8, ya que, respectivamente, el derecho al si-

lencio es consecuencia de la presunción de inocencia, y la obligación de colaborar atenta contra la integridad moral de la persona y la coloca en conflicto con su conciencia.

El Tribunal de Estrasburgo acepta el recurso y basa su fallo en el valor preeminente que el Convenio europeo de derechos humanos asigna a la protección de la dignidad humana, tanto más importante cuando la situación de los sujetos está sujeta a una severa limitación de la libertad. En concreto, la vía argumentativa seguida por el juez europeo parte del análisis de la única posibilidad de acceso a las prestaciones penitenciarias garantizadas por la ley italiana en caso de cadena perpetua no revisable, que es la institución de colaboración con la justicia. En esta perspectiva en profundidad, los jueces europeos examinan la legitimidad convencional de la elección política del sistema penitenciario italiano, para elevar la solicitud de colaboración a un índice legal de seguro arrepentimiento de los condenados como muestra incontrovertible de su desvinculación de la mafia.

Una convicción que, sin embargo, no convence al Tribunal europeo de derechos humanos, que duda de que la realización de la colaboración pueda, en cualquier caso, representar una elección individual libre y consciente, ya que el infractor podría ser inducido a hacerlo por meras razones utilitarias o, para superar el muro de acceso a los beneficios penitenciarios, no reflejando en modo alguno la voluntad de disociarse efectivamente de la sociedad, sino con el único propósito de obtener una ventaja. Por otro lado, añaden los jueces de Estrasburgo, la falta de cooperación no siempre puede considerarse un indicio de peligro, ya que muchas veces las razones que inducen al preso a negarse a cooperar podrían estar dictadas por el temor a represalias por parte de la facción mafiosa a la en detrimento de sus familiares.

Surge así un cuadro en el que, a juicio de los jueces del Convenio europeo de derechos humanos, la equivalencia “colaboración es reeducación” es irracional si se inserta en la dinámica del sistema penitenciario, ya que no constituye una valoración de la rehabilitación del preso. En consecuencia, mantener esta forma de equivalencia significaría anclar la valoración de peligrosidad en el momento de la comisión del delito, sin tener en cuenta el camino de la reinserción social y los avances logrados durante la ejecución de la pena. Por lo tanto, haga lo que haga durante el período de su detención, la cadena perpetua evitará que su sentencia permanezca inmutable y sin esperanza de cambio.

En este punto, el círculo se cierra. El Convenio europeo de derechos humanos censura la actual fisonomía de la cadena perpetua frente al principio

de dignidad humana, ya que las posibilidades específicas actualmente disponibles para una cadena perpetua no revisable son excesivamente limitadas, por lo que la cadena perpetua no puede, de hecho, considerarse reducible en virtud del artículo 3 Convenio europeo de derechos humanos. En otras palabras, con la citada sentencia Viola, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales subordina la compatibilidad convencional de la legislación italiana sobre la cadena perpetua a la condición de que sea una pena reducible de jure y de facto, calificando así las preclusiones absolutas al acceso a la libertad condicional como formas de tratos inhumanos y degradantes. Un discurso, este último, que podría ampliarse e incluir otras decisiones de la Corte de Estrasburgo, encaminadas a promover el objetivo de la resocialización del preso como componente necesario de la ejecución de la cadena perpetua³⁸.

Sin embargo, no cabe duda de que la sentencia Viola v. Italia está destinada a actuar como sentencia piloto, destacando un problema estructural del sistema legal italiano. Sin embargo, es muy claro que existe un problema de equilibrio con respecto a las necesidades particulares de orden público y seguridad colectiva que plantea la lucha contra el crimen organizado en términos bastante críticos en nuestro país. Por tanto, cabe preguntarse, ¿hasta qué punto es posible revisar el delicado equilibrio entre el derecho del detenido y la seguridad colectiva en la lucha contra el crimen mafioso?

Esta pregunta ha recibido hasta ahora una respuesta parcial del Tribunal Constitucional italiano, que intervino después de Viola v. Italia. Es útil, con carácter preliminar, señalar que el tema de la decisión, objeto de la sentencia del juez constitucional italiano, no es perfectamente superponible a ese objeto de censura por la jurisprudencia de Estrasburgo, limitándose esto último a la única y absoluta exclusión del acceso del condenado a cadena perpetua impidiendo los permisos penitenciarios de adjudicación, sin que ello afecte a la ejecución de la libertad condicional al condenado que no coopere con la justicia y haya cumplido ya los 26 años reales de prisión. En todo

³⁸ Sobre el tema, Corte EDU, G.C., 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*; Corte EDU, G. C., 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Corte EDU, G.C., 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, en relación con la institución de *life imprisonment without parole* del sistema legal inglés, similar a la cadena perpetua no revisable. Para mayor información, F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012; B. SPRICIGO, “*Vinter e altri c. Regno Unito: la Corte di Strasburgo torna sul carcere a vita senza prospettive di liberazione*”, *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2013.

caso, más allá de las contingencias, la delicadeza de la cuestión sometida a la prueba de legitimidad explica la actitud sumamente cautelosa del Tribunal Constitucional italiano en la remodelación de la institución de la cadena perpetua, que, como veremos, no desaparece, sino que sigue viviendo, aunque en una perspectiva coherente con la dimensión constitucional y europea³⁹.

En particular, el tribunal constitucional italiano con la sentencia del 23 de octubre de 2019, número 253, afirma que el carácter absoluto de la presunción de persistencia del vínculo con la asociación mafiosa por parte del preso que se niega a colaborar, sin poder ser sometido a un escrutinio concreto, contrasta fuertemente con el principio fundamental de la reeducación, en cuanto presupone irracionalmente la inmutabilidad tanto de la personalidad de la persona como del contexto externo, del cual se origina la asociación, el cual, a su vez, puede haber sido, a su vez, también vencido o extinguido en el ínterin. En este sentido, el mensaje de la Corte suena a una advertencia en defensa de un derecho constitucionalmente garantizado, que es el derecho a la expiación de la pena con vistas a la rehabilitación personal, para lo cual no se puede excluir a priori el acceso al beneficio, salvo que el preso sigue siendo particularmente peligroso. De ello se desprende que, a juicio del juez constitucional italiano, en la ponderación de intereses, el sacrificio de la finalidad reeducativa de la sentencia sólo puede justificarse ante necesidades particulares de prevención que, sin embargo, se verifican concretamente a partir de valoración del comportamiento del preso, ya que no es posible sacrificar la función constitucional de la pena en el altar de cualquier otra función, aunque sea legítima⁴⁰.

Por tanto, es evidente que lo irrazonable para la jurisprudencia constitucional no es, en sí mismo, la presunción de vinculación con la organización delictiva por parte del infractor no cooperante, sino el hecho de que a la de-

³⁹ Sobre el tema, G. GIOSTRA, "Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione" en G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, *Forum Quaderni costituzionali*, vol. 4, 2020, pp. 37-50.

⁴⁰ Entre los numerosos comentarios sobre la decisión del tribunal constitucional n. 253/2019, están reportados, A. PUGIOTTO, "La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria", en *Forum di Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2020, pp. 160-174; F. PALAZZO, "L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis", in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), "Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti", *Forum Quaderni costituzionali Rassegna*, núm. 10, 2019; M. RUOTOLO, "Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale", *Sistemapenale.it*, 2019.

cisión de no cooperar le siga un tratamiento punitivo destinado a sancionar la negativa del delincuente a apoyar la actividad de investigación. Por tanto, no se critica la obligación de colaboración en sí considerada, sino la excesiva rigidez de una disposición legislativa que no permite tener en cuenta todas aquellas situaciones en las que, por la personalidad del infractor, o por las relaciones ambientales relacionadas, la colaboración es imposible o, en todo caso, inadecuada para romper el vínculo con la organización delictiva a la que aspira el legislador. Por otro lado, una cosa es recompensar al interno que colabora, y otra muy distinta es castigarlo más por no cooperar.

El camino conceptual así trazado es, por tanto, representativo de una posición precisa y franca del Tribunal Constitucional italiano encaminado a transformar la presunción absoluta de peligrosidad en una presunción relativa, asumiendo así un papel decisivo a los efectos de otorgar el permiso de bonificación. Y, precisamente a la luz de los elementos descritos hasta ahora, la delicadeza de la pregunta y la amplitud de la trama en la que se inscribe, así como las complejas motivaciones ricas en referencias a los complejos jurídicos involucrados y las declaraciones jurisprudenciales de los Tribunales, ilustran la actitud de extrema prudencia asumida por el juez constitucional italiano al aportar una nueva interpretación de las penas que impiden absolutamente el otorgamiento de las prestaciones penitenciarias, con el fin de adecuarlas a los parámetros constitucionales y al Convenio europeo de derechos humanos.

4.2. Algunas reflexiones sobre la prisión permanente revisable en el caso español

La cadena perpetua asume diversas modalidades tanto en la legislación española, como en la italiana. En estas modalidades se observan incompatibilidades con los derechos fundamentales y principios del derecho penal, tales como la razonabilidad, la proporción, la igualdad, la finalidad reeducativa de la pena y la culpabilidad.

En particular, si en Italia tenemos dos formas de cadena perpetua: la prisión permanente común, cuya incompatibilidad original con el principio de reeducación ahora puede decirse que está atenuada, y la prisión permanente no revisable, cuya lógica parece contrastar fuertemente con los principios constitucionales. En España la situación es diferente.

La legislación española prevé la institución de la prisión permanente revisable que puede traducirse como una pena perpetua sujeta a revisión,

una cadena perpetua cuyas garantías están encomendadas a la verificación judicial de la persistencia de necesidades restrictivas, que sin embargo presupone haber cumplido íntegramente una parte sustancial de la pena (de veinticinco a treinta y cinco años, en función de los delitos por los que se haya producido la condena) y con importantes limitaciones para el acceso al tercer grado (forma de custodia atenuada)⁴¹. La prisión permanente revisable es la mayor condena que contempla el Código Penal Español. Desde su aprobación con la Ley de Seguridad Ciudadana en 2015 hasta ahora, se ha emitido más de 13 veces en medios de comunicación casos que han sacudido la opinión pública⁴².

Como su propio nombre indica, la prisión permanente revisable es una pena de cárcel, en principio por tiempo indefinido, sujeta a revisiones que pueden servir para que el reo recupere la libertad. Nacida para “aquellos delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”, su objetivo es impedir que los delincuentes más peligrosos que no han demostrado capacidad de reinserción puedan volver a la sociedad y pongan en peligro la seguridad de las personas. En particular, este tipo de pena se aplica en los casos de asesinato de un menor de dieciséis años o de una persona particularmente vulnerable, de asesinato que se produzca después de que el autor haya cometido un delito contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima o asesinato que sea cometido

⁴¹ Sobre el tema de la prisión permanente revisable, Á. CASALS FERNÁNDEZ, *La prisión permanente revisable*, BOE, Madrid, 2019; I. SERRANO PÉREZ, “La prisión permanente revisable: su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado europeo”, *Foro FICP*, núm. 3, FICP, Madrid, 2018; J. LANDA GOROSTIZA, “Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 18, UNED, España, 2007, pp. 91-140.

⁴² La prisión permanente revisable es una figura muy extendida en Europa. Se aplica en muchos países de la UE, aunque España se encuentra entre los países con casos de revisión más graves. En Francia, en casos excepcionales hay una pena de prisión efectiva ilimitada, en casos de asesinato con víctimas menores de 15 años y con violación, torturas u otros “actos de barbarie”, ampliada después a casos de terrorismo o asesinato de una autoridad pública. Reino Unido también es duro, porque un juez puede, en casos concretos, privar al recluso de la posibilidad de la libertad condicional. En Alemania, el Tribunal Constitucional estableció que no se debe aplicar este castigo automáticamente y siempre debe haber una “perspectiva de reinserción”, de modo que se revisan las penas tras un mínimo de 15 años, salvo casos especiales. Ese plazo de 15 años también se aplica en Bélgica, aunque los hay más estrictos, como Holanda, que revisa las penas solo cuando ya se han cumplido 27 años de prisión; o Hungría, cuyo plazo de revisión puede ser de hasta 40 años, y también menos rigurosos, como Dinamarca (12 años) o Finlandia (diez años).

como miembro de una organización criminal. Esta pena también está prevista en los casos de asesinato del Rey o del heredero de la Corona, terrorismo con consiguiente muerte, asesinato de un jefe de Estado extranjero o de otra persona protegida internacionalmente por un Tratado con domicilio en España, y en casos graves de genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Esta modalidad punitiva de la denominada “prisión permanente revisable” tiene la especificidad de ser una pena de duración indeterminada, lo que permite mantener a un preso en la cárcel de por vida, si no demuestra –en sucesivas revisiones a partir, generalmente, de los 25 años– que se ha reinsertado, frente a las penas de duración determinada que, aunque pueden llegar a tener una extensión de 40 años, cumplido ese espacio temporal, el penado debe ser liberado en todo caso, aunque su pronóstico de reinserción sea nulo. La prisión permanente revisable no renuncia a la reinserción del penado, pues una vez cumplida una parte mínima de la condena (que en el Derecho comparado se fija habitualmente entre 15 y 25 años), un Tribunal deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. En la regulación que se presenta con la reforma ese tiempo mínimo de cumplimiento para poder acceder a la revisión de la pena depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza y, concretamente, va desde los 25 a los 35 años; en dicha revisión, una vez acreditado un pronóstico favorable de reinserción social, el penado puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

Esto se debe a que la reeducación y reinserción social de los presos son principios fundamentales de nuestra legislación penal y penitenciaria. El artículo 25 de la Constitución española establece: “Las penas de prisión y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajo forzoso”. Sin embargo, a pesar de la disposición de esta revisión judicial periódica de la situación personal del delincuente, ideal para verificar en cualquier caso el pronóstico favorable necesario para la reinserción social, esta pena ha recibido algunas críticas en la doctrina española⁴³. En muchos casos en España se considera necesario idear mecanismos de resocialización basados en la biografía y el contexto del sujeto, educar temprano a la sociedad para prevenir la aparición de nuevos delincuentes, y utilizar leyes penales menos paquidérmicas y mucha más

⁴³ A. CUERDA RIEUZ, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.

prevención policial en las políticas y leyes públicas para prevenir oportunamente la comisión de nuevos delitos. En otras palabras, la solución sería desarrollar métodos que impidan efectivamente que se cometan nuevos delitos, para que sus acciones lleguen a la sociedad mucho antes de que se cometan y no después, cuando no se puede hacer nada. Esto también se debe al hecho de que España es uno de los países de Europa con las estadísticas de delincuencia grave más bajas. Esto se debe a que la cadena perpetua no resolverá ningún problema, sino que solo agregará un grave daño al corazón mismo de los derechos fundamentales de la población, recuerda una reflexión del filósofo colombiano Nicolás Gómez Dávila, por el cual reformar la sociedad a través de las leyes es el sueño del ciudadano desprevenido y el discreto preámbulo de toda tiranía.

El 6 de octubre de 2021, seis años después de que 50 diputados del PSOE y otros grupos parlamentarios interpusieran un recurso de inconstitucionalidad contra la prisión permanente revisable⁴⁴, el Tribunal Constitucional lo desestimó, reconociendo la legitimidad de esta fórmula penal⁴⁵. En la sentencia del 6 de octubre de 2021, el Tribunal Constitucional defiende que no se vulnera el derecho a la reinserción en tanto que “la pena de prisión permanente revisable no es por ello una prisión de por vida, sino una pena revisable, a partir del cumplimiento de 25 años de cárcel, pues los beneficios penitenciarios y la libertad condicional la concretan”. Es decir, según los jueces constitucionales, la cadena perpetua recurrible no vulnera el derecho a la libertad personal, ni el derecho a la ley penal, ya que la pena es proporcionada a los delitos por los que fue prevista, ni a los principios de reintegro, educación y reinserción social. Además, tampoco se viola el derecho fundamental a no sufrir tratos o penas inhumanos o degradantes garantizado por el artículo 15 de la Constitución, ya que puede ser revisada después de haber cumplido una pena mínima de 25 años en un centro penitenciario.

Un pleno dividido con siete magistrados a favor y tres en contra avaló la constitucionalidad de la medida, al entender que ni impide la reinserción de los presos ni supone una condena desproporcionada. Los tres magistrados disidentes entienden, por el contrario, que si bien la Constitución no habla

⁴⁴ El recurso de inconstitucionalidad se presentó cuando se aprobó la prisión permanente revisable al considerar que contradecía el artículo 25 de la Constitución, el de reinserción social, pero también otros como el de penas inhumanas y degradantes o el de proporcionalidad.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, 6 de octubre de 2021, Rec. 3866/2015.

expresamente de la abolición de la pena de prisión por tiempo indefinido, hay un reconocimiento implícito de algunos derechos inherentes como el de la reinserción social. Por ello, creen que cualquier diseño criminal dirigido a frustrar este objetivo, como la prisión permanente revisable, no respeta este principio constitucional.

De todas formas, la mayoría de los magistrados continúan destacando que la actual ley orgánica general penitenciaria número 1/1979 se basa en un sistema que prevé un tratamiento modulado en las peculiaridades del condenado, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y su evolución personal durante el períodos de prisión. De esta forma, la legislación se ajusta a las normas europeas sobre el trato que debe reservarse para los condenados a cadena perpetua o condenas de larga duración. Es decir, la pena de prisión permanente revisable no se trata de una medida desproporcionada que no impida la reinserción social de los condenados. Al contrario, es una fórmula penal que además de ser una pena en cumplimiento de los principios constitucionales recogidos en el artículo 25.2 de la Constitución Española, en los términos que el Tribunal Constitucional ha recordado recientemente, también cumple con los requisitos del modelo penitenciario de cumplimiento de la pena, denominado “individualización científica”, por tanto de una sanción necesaria y conveniente para los fines perseguidos por el sistema punitivo español, de ahí la decisión del Gobierno, hecha pública a través de su Ministro de Justicia, de acatar la aprobación constitucional de esta pena.

5. ¿QUÉ PERSPECTIVAS DE FUTURO?

El camino recorrido hasta ahora no termina, sino que continúa más. De lo dicho, cabe señalar que detrás del uso de la pena de muerte primero, y la cadena perpetua no revisable a partir de entonces, hay una estrategia de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, que apela al principio de vencer al mal con otro maldad, mediante el uso de automatismos y presunciones absolutas, que sin embargo no se concilian con la lógica de resocialización que impregna el ordenamiento jurídico, y con los procesos cognitivos y decisorios de las autoridades e instituciones a través de los cuales se transmite la vitalidad del ordenamiento jurídico manifestado.

El condenado a cadena perpetua, aunque no revisable, a pesar de tener los cumplimientos necesarios en materia de disciplina general, comienza a ver que la posibilidad de regresar a la sociedad civil ya no está absoluta-

mente excluida, al punto que la cadena perpetua no debe entenderse como tal. Sin embargo, somos conscientes de que incluso esta posibilidad, cuando se otorga, no elimina la tensión subyacente que existe entre la institución de la cadena perpetua destinada a excluir definitivamente al preso del circuito social, causando muerte civil, y el precepto constitucional de la reeducación. Esto se debe a que existe un problema de equilibrios extremadamente delicados, dentro del cual chocan inevitablemente intereses diferentes: por un lado, los derechos de los presos y la necesidad de construir un tratamiento carcelario que mire al autor del delito. Por otro lado, la necesidad de controlar el orden público a través de una política criminal efectiva, con medidas adecuadas para apoyar la acción investigadora de la autoridad judicial y las fuerzas policiales, para dar respuesta a las necesidades de seguridad de la sociedad. Finalmente, negarle al interno cualquier posibilidad de recuperación podría tener efectos peores y opuestos a los esperados, generando frustración y mortificando cualquier deseo de redención.

Esta conciencia encuentra expresión en una reciente cuestión de legitimidad constitucional en la que el Tribunal Constitucional italiano está llamado a decidir sobre la eliminación del no reconocimiento en el acceso a la libertad condicional. En particular, el objeto de la denuncia es “los artículos 4-bis, párrafo 1, y 58-ter de la ley italiana número 354 de 1975 y del artículo 2 del decreto ley italiano número 152 de 1991 [...] en la parte en la que excluyen que la persona condenada a cadena perpetua por delitos cometidos en las condiciones establecidas en el art. 416-bis del Código Penal italiano, o para facilitar la actividad de las asociaciones en él previstas, que no hayan colaborado con la autoridad judicial, podrán ser admitidas en libertad condicional”.

Evidentemente, no es la presunción absoluta lo que distingue este juicio de legitimidad constitucional del ya examinado, sino la naturaleza de las instituciones involucradas y el impacto que sobre ellas tiene la presunción mencionada. el estatus legal de la liberación condicional, de hecho, es completamente diferente al de los permisos premium. La emisión del permiso, de hecho, se considera un “método de tratamiento”, cuya experiencia es parte integral del programa de rehabilitación que los funcionarios jurídico-pedagógicos deben seguir en colaboración con los operadores sociales del territorio, a fin de reintegrar progresivamente al autor del delito en la sociedad. La libertad condicional, salvo que sea revocada por conducta del sujeto que resulte incompatible con el mantenimiento de la prestación, es en cambio causa de extinción de la pena que opera, conforme al artículo 176 y 177 del

Código Penal italiano, si bien el objeto de esta medida es permitir la progresiva reinserción del infractor en la sociedad. Por tanto, puede decirse que los servicios penitenciarios constituyen una forma de ejecución de la pena, mientras que la libertad condicional implica la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por un tiempo determinado, transcurrido el cual, si el reo no ha cometido un nuevo delito, la pena caduca.

Sobre la base de estas consideraciones, el juez constitucional italiano, haciendo uso de sus poderes de administración del proceso constitucional, pospuso la discusión sobre la cuestión de la legitimidad por un año, para permitir que el Parlamento, *medio tempore*, interviniera con una regulación adecuada del asunto, teniendo también en cuenta las indicaciones adoptadas por el propio Tribunal Constitucional, con ocasión de la sentencia número 253/2019. En esencia, se trata de una orden de inconstitucionalidad diferida. Eso significa que, los jueces constitucionales italianos abandonen la técnica de los llamados procesos de censura, considerándolos incongruentes respecto de una cuestión de fuerte impacto social y por la relevancia de los valores en juego, cuyo peso presupone directamente opciones que tiene el legislador el poder de llevar a cabo. De ahí la novedosa opción interlocutoria, con suspensión de la sentencia *a quo*, realizada con espíritu de leal y dialéctica colaboración con el Legislador italiano, para permitir a éstas la adecuada reflexión e iniciativa. Un objetivo que parece plenamente aceptable, ya que el asunto jurídico trata temas muy delicados en la protección de la dignidad humana, donde sólo el legislador puede actuar, en cumplimiento de los principios constitucionales.

Sin embargo, el juez constitucional italiano parece haber llegado ya a una primera conclusión provisional. En principio, y sobre la base del análisis en profundidad ya definido en la sentencia número 253/2019, el Tribunal Constitucional italiano no parece admitir la prohibición de acceso a la libertad condicional para los condenados a cadena perpetua que no colaboren con la justicia, dando lugar así a una suerte de inconstitucionalidad probada pero aún no declarada. Básicamente, la Corte Constitucional no anticipa la decisión final, pero si el legislador no se pronuncia, los jueces constitucionales procederán sobre la base de los principios rectores anunciados⁴⁶.

⁴⁶ Como es sabido, la Corte ha adoptado este esquema de toma de decisiones en dos ocasiones. En el primer y conocido caso Dj Fabo, relativo a la acusación de ayuda suicida contenida en el art. 580 del Código Penal, luego concluyó ante la inercia del legislador, con la sentencia de inconstitucionalidad del art. 580 del Código Penal, en materia de ayudas al sui-

Es evidente que la Corte se enfrenta a un dilema muy complejo. Por un lado, hay cambios de contexto que involucran a personas en condiciones de máxima vulnerabilidad. Por otro lado, existe la conciencia de la irracionalidad del marco normativo de referencia que debería conducir, en la actualidad, a una sentencia de ilegitimidad. Asimismo, la opción colaborativa, defendida por la jurisprudencia constitucional, es también garantía necesaria para no allanar el camino a soluciones jurisprudenciales creativas de dudosa constitucionalidad.

Surgido del presunto resultado de la sentencia constitucional, el sentimiento es que en el sistema punitivo el sistema de automatismos y presunciones absolutas termina chocando con el finalismo reeducativo que, a su vez, contrasta con el criterio retributivo. La pena, en efecto, no puede justificarse en nombre de la pretensión de compensar el mal del delito con el mal de la pena. En consecuencia, el mecanismo basado en una presunción absoluta de peligro derivada de la ausencia de colaboración con la autoridad judicial, y del que deriva la exclusión automática de algunos condenados del uso de los programas subvencionados, en función del tipo de delito cometido, acaba en claro contraste con el principio de protección de la dignidad humana, ya que no permite una intervención punitiva individualizada, flexible y proporcionada. El infractor, no tiene una personalidad inmutable, desde el momento en que comete el delito hasta el final de la condena. Por el contrario, en el contexto de la ejecución de la condena, el paso del tiempo es una variable significativa, ya que puede influir significativamente tanto en la personalidad del infractor como en el mundo exterior.

Como consecuencia de esta reflexión, es claro que para que la pena sea lícita en su imposición, aplicada por un juez tercero e imparcial al final del juicio, en el contrainterrogatorio entre las partes, también debe permanecer así en su fase ejecutiva. La legalidad de la pena, por tanto, pasa también y sobre todo por su función de resocialización, ubicándose como límite inter-

cidio, "en la parte en la que no excluye el castigo de quien facilite la ejecución de la intención suicida, formada autónoma y libremente, de un paciente que se encuentra en el fase dramática, terminal, de su existencia", Tribunal Constitucional. 22 de noviembre de 2019, n. 242. Y un segundo caso, en el que se discutió la legitimidad constitucional y convencional de la prisión por el delito de difamación en la prensa. También en esta circunstancia, la Corte aplazó un año la discusión de la cuestión, reiterando que, en primera instancia, corresponde al legislador corregir el equilibrio expresado por la normativa impugnada. Sobre este último tema, v. G. L. GATTA, "Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema- Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno", *Sistema Penale*, 2020.

no del ordenamiento jurídico, connotando la estructura del derecho penal, cuyo ejercicio nunca debe perder de vista el sentido de humanidad que debe apuntar a la reeducación del autor del delito, tanto para limitar el alcance del poder punitivo, como para asegurar la convivencia con las situaciones jurídicas de los demás. Sin automatismos, por lo tanto, y sin liberación forzosa, solo el reconocimiento de la posibilidad de evaluar la evolución de la personalidad de la persona a los efectos de su eventual reintegración social como lo exige la Constitución.

No sería extraño, por tanto, hipotetizar un diálogo participativo más marcado entre los principales protagonistas del debate teórico sobre el tema de las reformas penales, con apertura a la sociedad civil. Sobre todo, sería deseable que entrara en juego el legislador que, a pesar de los gritos de alarmismo y de las exigencias de las demandas sociales, parece en cambio fijar su mirada más que nada en el pasado, prefiriendo los mecanismos de ejecución hipotecaria, con la objetivo declarado de privar al condenado de vías de comunicación con la organización criminal a la que pertenece, sacrificando efectivamente la función reeducativa de la pena, considerada, en cambio, preeminente por la Constitución. Una conclusión que, sin embargo, acaba teniendo sus efectos contrarios cuando la institución de la prisión perpetua no revisable se caracteriza por ese absolutismo retributivo propio de la pena capital, con la particularidad de que, mediante la cadena perpetua, el Estado quita la vida al condenado, no matándolo físicamente, sino socialmente, negando así sus ideales como estado constitucional de Derecho⁴⁷.

JESSICA MAZZUCA

*Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro
Campus Universitario "Salvatore Venuta"*

Viale Europa

88100 Catanzaro - Italia

e-mail: Jessica.mazzuca@unicz.it

⁴⁷ Sobre el tema, L. FERRAJOLI, "Ergastolo e diritti fondamentali", en *Dei delitti e delle pene*, vol. 2, 1992, pp. 80, ahora en Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, E.S.I., Napoli, 2014, pp. 179-187.

LA AMBIGÜEDAD DE LA JUSTICIA TRANSNACIONAL.
EL CASO INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

THE AMBIGUITY OF TRANSNATIONAL JUSTICE. THE INTER-AMERICAN CASE OF HUMAN RIGHTS

GABRIEL ANDRÉS ARÉVALO ROBLES
Universidad Católica de Colombia
<https://orcid.org/0000-0002-4389-5997>

LUZ ÁNGELA ARÉVALO ROBLES
International Land Coalition, Italia

OMAIRA ESPERANZA CASTELLANOS CORTÉS
Universidad del País Vasco UPV/EHU

Fecha de recepción: 9-3-21
Fecha de aceptación: 22-3-22

Resumen: *La justicia interamericana de derechos humanos es un fenómeno de transnacional influencia sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales. La creciente interacción de la Corte Interamericana con los jueces nacionales y su labor como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ha promovido un excesivo optimismo que resulta necesario revisar críticamente en aras de una mejor comprensión de la justicia transnacional en derechos humanos. Para cumplir este cometido, el presente documento presentará las discusiones doctrinales sobre justicia, validez y eficacia de la CADH a través del alcance, límites e impacto del ejercicio judicial Interamericano.*

* Artículo que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos Contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de emergencia y construcción de paz - Fase III”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por Minciencias y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Abstract: *Inter-American human rights justice is a phenomenon of transnational influence on the legal systems of national states. The growing interaction of the Inter-American Court with national judges and its work as interpreter of the American Convention on Human Rights (IACHR) has fostered excessive optimism that needs to be critically reviewed for the sake of a better understanding of transnational. To fulfill this task, this document will present the doctrinal discussions on justice, validity, and effectiveness of the IACHR through the scope, limits, and impact of the Inter-American judicial exercise.*

Palabras clave: derechos humanos, justicia transnacional, Corte Interamericana
Keywords: human rights, transnational justice, Inter-American Court

1. PLANTEAMIENTO

La progresiva consolidación de los sistemas regionales de derechos humanos es uno de los fenómenos más destacados de la globalización del derecho. Así lo revelan el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), la Convención Americana (suscrita el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor en 1978), la Carta Africana (adoptada en 1981) y la Carta Árabe de Derechos Humanos (revisada en 2004). Lo destacable, sin duda, es el papel jugado por los tribunales regionales que han fracturado la férrea soberanía de los Estados-nacionales para proteger los derechos de miles de víctimas. La profundidad interpretativa de las respectivas Cartas de Derechos Humanos, y el número de casos que resuelven año a año, muestra una fuerte interacción entre lo supra nacional y lo local como nunca antes se había visto en el sistema internacional de los derechos humanos. Esta tendencia a la interacción en la que se vinculan actores estatales y no estatales¹ se revela como una práctica transnacional en la que los conflictos son ventilados más allá de las fronteras nacionales y los jueces interamericanos deciden sobre particulares aspectos que las víctimas no pueden resolver en sus propias jurisdicciones. Aquella tendencia se valora cada vez más como un compromiso de los Estados con los derechos fundamentales.

Pese a ello, el optimismo que se profesa parece exagerado. Un reciente estudio demostró que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) presenta un bajo nivel de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana por parte de los Estados que han reconocido su competen-

¹ C.R. FERNÁNDEZ LIESA, "Los actores no estatales y el Derecho internacional de los derechos humanos", *Derechos y libertades*, vol. 41, 2019, pp. 117-147.

cia². La investigación señaló que solo el 12,9 por ciento de los fallos alcanzó el pleno cumplimiento, mientras el cumplimiento parcial fue del 43,4 por ciento. Cifras desalentadoras para la eficacia del derecho que recae en los tribunales supranacionales y decepcionante para las víctimas. Sin embargo, los defensores interamericanos parecen valorar aspectos cualitativos afirmando que la creciente aceptación de los estándares e interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por los tribunales estatales, así como la creación de leyes por los órganos legislativos y la implementación de políticas por el ejecutivo, han construido una institucionalidad nacional de los derechos humanos promovidos desde las entidades regionales³.

La creciente bibliografía producida con datos cuantitativos como cualitativos demuestra la preocupación de la doctrina jurídica sobre la interacción de la justicia transnacional de los derechos humanos y sus resultados aunque con frecuencia llegan a conclusiones diferentes y muchas veces opuestas. Por tanto, es importante asistir a las discusiones contemporáneas de la doctrina y la teoría jurídicas sobre la justicia, la validez y la eficiencia de la función contenciosa y consultiva de la Corte IDH para comprender mejor la evolución del órgano regional y valorar el impacto de la justicia transnacional sobre los Estados y las víctimas.

Acudiendo a una clásica división en la teoría jurídica, el propósito del presente documento será valorar los desarrollos doctrinales recientes sobre la Corte IDH y su interacción con los Estados y sus ramas del poder, principalmente, con sus tribunales. La teoría jurídica suele dividir sus problemas desde tres lentes clásicos: la justicia o los valores supremos del derecho que suele verse como una discusión *iusfilosófica* o *iuspolítica*, la validez o existencia de la normatividad y la eficacia como aplicación de las normas por parte de los jueces y/o como aceptación e implementación de sus destinatarios⁴.

² M. SILVA, "A Radiographic Analysis of Compliance with the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 26, núm. 3, 2020, pp. 479-581.

³ D. GARCÍA-SAYÁN, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos" en D. GARCÍA-SAYÁN (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, pp. 323-384.

⁴ N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 2012; R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999; H. WELZEL, *El problema de la validez del Derecho*, Ediciones Coyoacán, México D.F., 2011.

Las tres dimensiones ofrecen una plataforma de observación valiosa para el agrupamiento de las posiciones y la presentación crítica de los debates actuales sobre la justicia transnacional. Para lograr este objetivo, se realizó una revisión bibliografía científica producida sobre la interacción entre la jurisprudencia de la Corte IDH y los tribunales nacionales en la última década en buscadores especializados para establecer el reciente estado de la cuestión que será presentada en cuatro debates: ‘soberanismo’ vs ‘aperturismo’, límites de la jurisdicción, problemas de la función interpretativa y control de convencionalidad. El soberanismo y el aperturismo suelen tener un enfoque *iuspolítico* mientras los límites de la jurisdicción, la función interpretativa y el control de convencionalidad se disputan en el campo de la validez y la eficacia de la Carta Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de la función de la Corte IDH. Como validez, les preocupa la creación de normas producto de la interpretación que se realiza en la jurisprudencia interamericana mientras sobre la eficacia, se disputa el alcance y la aceptación de los fallos de la Corte IDH. A continuación, serán ampliadas estas posiciones.

Con el propósito de contrastar estas posiciones con un caso específico, al final será presentada la posición histórica de la Corte Constitucional colombiana con la justicia regional americana de los derechos humanos. Colombia, diferente a otros países, es el caso típico de aceptación e implementación de las decisiones interamericanas. Sin embargo, no está a salvo de fisuras y limitaciones que revelan las vigentes tensiones de la globalización del derecho y que será expuestas a continuación.

2. SOBERANISMO Y APERTURISMO

Soberanismo y aperturismo son dos posiciones típicas y opuestas que explican la globalización del derecho. Por un lado, los soberanistas que desconfían del organismo interamericano porque socava la soberanía nacional y juega con intereses geopolíticos, especialmente, estadounidenses. Por el otro, los aperturistas que reconocen una creciente interdependencia entre la Corte IDH y los Estados Parte con la Convención Interamericana a través de la constitucionalización del derecho internacional y el ejercicio del control de convencionalidad. La mayoría de los soberanistas ven a las instituciones del Estado como el vehículo crucial para alcanzar los principios de justicia, mientras que los aperturistas piensan que el modelo de Estado soberano debe ser superado y reemplazado por formas de gobernanza multinivel o

incluso por un Estado mundial⁵, logrando una importante transformación en la política local y distribución de recursos en la región⁶.

El tono de la discusión sube cuando se examina la influencia de la Corte IDH sobre los tribunales locales, la ley nacional y la política gubernamental al percibirse como una forma de intervencionismo que se aleja de la justicia y se entrelaza con intereses geopolíticos, muchos de ellos, de Estados Unidos como principal influenciador de la OEA. Por el contrario, hay quienes afirman que estas posiciones explican la realidad desde la exagerada preeminencia del monismo nacional sobre el orden jurídico internacional⁷ y sobre todo, desconocen el impacto de la estructura sobre el agente, donde el contexto logra influir incluso al actor más poderoso del sistema. Los soberanistas responden que no puede desconocerse la intervención de Estados Unidos a favor de ciertos regímenes y rechazo de otros. Sin embargo, el soberanismo no rechaza absolutamente el trabajo de la CIDH y menos, las obligaciones internacionales adoptadas por la voluntad del Estado, pero son enfáticos en decir que no todos los pronunciamientos deben ser obligatorios –como las opiniones consultivas–, apelando a un grado de respeto de la autonomía de los tribunales locales para lograr la justicia.

3. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción es la autoridad legal que posee una entidad judicial para aplicar las leyes y decidir sobre un caso. La Corte IDH ejerce una jurisdicción supranacional y controla la convencionalidad sobre los actos jurídicos de los Estados sometidos a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria para proteger los derechos humanos. Esta cláusula habilita a la Corte para analizar si la Convención está siendo violada por el Estado y establecer su entendimiento como intérprete oficial. Sin embargo, dicha noción presenta consistentes críticas.

⁵ M. RONZONI y L. VALENTINI, “Global Justice and the Role of the State: A Critical Survey” *The Oxford Handbook of Global Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁶ R. URUENA, “Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2018, pp. 398-425.

⁷ D. RIVAS-RAMÍREZ, *El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del Derecho Internacional Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

Algunos autores señalan falencias en la *accountability* e independencia en la elección de la Corte IDH que puede verse empañada por la composición política de la Asamblea de la OEA. Recuerdan que la elección de la Comisión como de la Corte IDH son el producto de equilibrios políticos y, por tanto, “podría cuestionarse la veracidad de la causalidad que se asume entre la posición política de quien promueve la candidatura de los jueces (o realiza el control posterior mediante la reelección) y las preferencias que el juez manifestará posteriormente”⁸. Asumiendo la noción clásica de los “intereses nacionales” explicados por el realismo⁹, resulta lógico suponer que la composición de un órgano tan poderoso, no puede quedar fuera de los cálculos de la política exterior¹⁰. Por supuesto, los autores no manifiestan estar contra del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados, pero son enfáticos en señalar que no existen todas las garantías para que sus compromisos sean una excusa para ser atacados¹¹.

La composición no es el único problema, también lo son las sentencias. Ezequiel Malarino¹² afirma que, con frecuencia, las sentencias de reparación de la Corte IDH se entrometen en las ramas del Estado lesionando la soberanía estatal. Entiende que dicho fenómeno se profundiza cuando la Corte IDH incorpora nuevos derechos de la víctima no contemplados en la Convención Americana, introduciendo una nueva norma en el sistema, alterando o suprimiendo otras, sin que hayan sido pactada por los Estados.

Sobre el carácter vinculante de las consultas, el debate no es menos contradictorio¹³. Aunque la Opinión Consultiva es una herramienta funda-

⁸ S. VERDUGO, y J. F. GARCÍA, “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”, *Actualidad Jurídica*, vol. 25, núm. 186, 2012, pp. 175-216.

⁹ H. MORGENTHAU, *Política entre las naciones: la lucha por el poder y la paz*, Grupo Editor Latinoamericano Buenos Aires, Buenos Aires, 1986.

¹⁰ J.P. SCARFI, “Denaturalizing the Monroe Doctrine: The rise of Latin American legal anti-imperialism in the face of the modern US and hemispheric redefinition of the Monroe Doctrine”, *Leiden Journal of International Law* [online], 2020, vol. 33, núm. 3, pp. 541-555.

¹¹ J.L. ESQUIROL, “The geopolitics of constitutionalism in Latin America”, en C. CRAWFORD y D. MALDONADO (eds), *Constitutionalism in the Americas*, [online], Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 79-110.

¹² E. MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en K. AMBOS, E. MALARINO y C. STEINER, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Madrid, 2010, pp. 25-62.

¹³ G. CAVAGNARO y S. JIJÓN, “¿Son vinculantes las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *Tesis para Optar el Grado de Abogados de los Tribunales del Ecuador*, 2020, disponible en: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14488>

mental para la interpretación de la Convención o sobre otros tratados y la compatibilidad entre la ley interna y los instrumentos internacionales¹⁴, su carácter vinculante es cuestionado cuando son usadas para fundamentar las decisiones en casos contenciosos¹⁵. Vale recordar que dicho instrumento no tiene un carácter contencioso, sino que es una opción que tienen los Estados para comprender mejor la aplicación de la CIDH en su función estatal preguntándole a la Corte IDH sobre algún tema particular. De la misma manera, se presenta discusión en la doctrina cuando la Corte IDH usa las sentencias para resolver aspectos específicos de las Opiniones Consultivas. Jorge Roa¹⁶ afirma que las Opiniones Consultivas no deberían ser vinculantes porque no tienen los mismos efectos predicables de las sentencias. Otros autores recuerdan que en el Pacto de San José no se establecieron como vinculantes y que la propia Corte IDH señaló en la Opinión Consultiva 15/97 que no tiene tal carácter como si lo tiene una sentencia en un caso contencioso.

Pese a lo anterior, cada día son más los autores que entienden que toda la jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante, por ejemplo, al demostrar que los tribunales internos reconocen –cada vez más– la jurisprudencia de la Corte IDH como obligatoria¹⁷. Sin embargo, también hay matices que vale la pena reconocer debido a que su incorporación se produce con disparidad en la región. Algunas veces, los altos tribunales nacionales no han asumido la jurisprudencia interamericana, por el contrario, han actuado como soporte de los jefes de Estado incumpliendo las sentencias de la Corte IDH y socavando de paso la credibilidad en la jurisdicción IDH¹⁸. Desafortunadamente, dichas actitudes se ven favorecidas porque los mismos órganos de fiscalización de las sentencias de la Corte IDH no persuaden a los Estados, no emiten pronunciamiento contra las Altas Cortes nacionales y, por tanto, eliminan los costos para los países. Al final, los tribunales nacio-

¹⁴ J. PASQUALUCCI, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. University Press, Cambridge, 2013.

¹⁵ Por ejemplo, en el caso “Velásquez Rodríguez contra Honduras de 1988”.

¹⁶ J. ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado, Bogotá, 2015.

¹⁷ J. MIJANGOS, “Breves notas sobre la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, 2006, pp. 411-424.

¹⁸ R. LEITE y R. BORGES, “O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* [online], vol. 120, 2020, pp. 369-409.

nales han terminado convirtiéndose en un nuevo actor internacional por las consecuencias de su acción u omisión.

Borges y Leite, afirman que el problema es que la Convención Americana no dotó al tribunal regional de un carácter jurisdiccional supranacional, tal como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene la facultad de invalidar automáticamente una decisión de un tribunal nacional. Esto significa que la gobernanza interamericana está cimentada sobre la cordialidad y la voluntad que escapa a la fuerza de eficacia de las sentencias. Así, el ejecutivo puede incumplir o las cortes nacionales no realizar el ‘control de convencionalidad’. Por esta razón, las autoras consideran que por la naturaleza de vinculación de los Estados al sistema interamericano, la voluntad de los tribunales nacionales debería ser influenciada para promover ‘asociaciones de cumplimiento’ por medio de una postura pro-sistema interamericano que vaya más allá del poder ejecutivo. Teniendo en cuenta que la aceptación de los fallos de la Corte IDH están mediados por las consideraciones políticas del ejecutivo, un dialogo judicial entre la Corte IDH y las Cortes locales podría garantizar las decisiones armonizadas con la Convención y reconstituir la confianza en el Sistema Interamericano. En sencillas palabras, es declarar que la eficacia queda sujeta al convencimiento promovido por un tipo de tratamiento diplomático judicial.

En el mismo sentido, Bruno Galindo¹⁹ enfatiza la necesidad de establecer un diálogo racional entre la Corte IDH y las corte nacionales como estrategia para garantizar la aplicación de la jurisprudencia interamericana. Propone una articulación multidimensional de los diferentes ordenamientos jurídicos sin que uno de ellos encarne una definición final o absorba definitivamente al otro. A dicha visión la llama ‘supranacionalidad’ que sería un tipo de supremacía compartida entre las constitucionales nacionales y la Convención Americana. Considera que es una salida positiva a los clásicos modelos unidireccionales que han otorgado, a veces un poder superior a la Corte IDH, y en otras, a los tribunales nacionales, limitando la aplicación de la Convención. La propuesta de Galindo es un enfoque multidireccional e interdependiente basado en el principio *pro homine* para maximizar la efectividad de los derechos humanos convencionales. Su noción de interacción es que las cortes nacionales adopten el alcance más amplio del SIDH y las

¹⁹ B. GALINDO, “Transitional Justice in Brazil and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: a difficult dialogue with the Brazilian judiciary”, *Sequência (Florianópolis)* [online], núm. 79, 2018, pp. 27-44.

decisiones de la Corte IDH, pero a su vez, la Corte Interamericana reconoce el abajo-arriba, tomando aspectos jurisprudenciales o recomendaciones de los jueces estatales. Posición que permitiría superar el estancamiento dialógico y fortalecer el sistema nacional de protección de los derechos humanos convencionales.

Soley y Steininger²⁰ presentan también una interesante propuesta para fortalecer el sistema interamericano. Creen que ciertos fallos de la Corte IDH afectan a cuestiones de política nacional y provocan una reacción violenta por parte del Estado. Para enfrentar estos casos proponen implementar una estrategia que llaman ‘socios de cumplimiento’, para que se produzca el cumplimiento de los fallos, el fortalecimiento del sistema interamericano y mitiguen las reacciones violentas del ejecutivo por medio del control de convencionalidad. ‘Los socios de cumplimiento’ serían los jueces nacionales que ayudarían a disminuir la tensión, devolviendo algunos problemas a la esfera doméstica y reactivar las buenas relaciones con los órganos del sistema interamericano una vez cambie la situación política. En términos simples, las autoras piden a los jueces nacionales que encarnen dentro de su ordenamiento jurídico los conflictos que fueron ventilados en la jurisdicción interamericana. Sin que lo mencionen, parecen sugerir que la rama ejecutiva controle a la ejecutiva teniendo de por medio la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el mismo sentido, Jorge Contesse²¹ asegura que el uso del control de convencionalidad sirve a este fin basado en las nociones internas del derecho constitucional. El autor insiste en que debe existir un diálogo interjurisdiccional entre los tribunales locales y la Corte IDH, en el que no solo los tribunales nacionales sigan los patrones interpretativos de la Corte Interamericana, sino que el órgano supranacional tome en consideración las observaciones y sugerencias que puedan hacer los tribunales de cada país. Su crítica es que la adopción de la jurisprudencia interamericana por los jueces nacionales no puede venir por la simple jerarquía. Los jueces se enfrentan a una realidad local que no siempre es sencilla, mientras que la Corte IDH emite fallos en un contexto diferente, incluso más favorable, menos tenso. En consecuencia, la Corte IDH en lugar de entrometerse en las decisiones constitucionales a

²⁰ X. SOLEY y S. STEININGER, “Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Law in Context* [online], vol. 14, núm. 2, 2018, pp. 237-257.

²¹ J. CONTESSE, “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law* [online], vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 414-435.

nivel estatal, tendría una mejor aceptación si examinara con cautela las distribuciones estatales de la autoridad judicial y quizás, desde esta perspectiva, convocara a los Estados a participar en la conversación sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales. Según el autor, las posiciones de los jueces locales debería inspirar la interpretación de la Convención Americana.

4. PROBLEMAS DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA

Es verdad que la Corte IDH no es la única intérprete de la Convención Americana, también lo hacen los órganos internos de los Estados, que son los primeros llamados a aplicarla, y que, en ese ejercicio, se ven abocados a realizar una interpretación²². Sin embargo, lo que establezca la Corte es el criterio definitivo y determina si la interpretación de los órganos internos está conforme o no a la Convención.

Durante mucho tiempo, la condición de intérprete auténtica de la Corte IDH era asumida, pero solo la hizo explícita con el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad estableciendo de forma inequívoca que su interpretación es obligatoria para todos los Estados Parte al tener mismo valor jurídico que el texto de la Convención. Empero, algunos autores han cuestionado el carácter auténtico de su jurisprudencia partiendo del argumento de que la función de la Corte IDH como intérprete está limitada por el texto de la Convención, y entendiendo que cuando la Corte realiza una función de actualización está sobrepasando los límites de su competencia al crear nuevos derechos o normas jurídicas, función reservada a los Estados de conformidad con los arts. 76 y 77 CADH²³.

En opinión de este sector de la doctrina, cuando los Estados se obligan mediante un tratado lo hacen de forma voluntaria y por consenso, y así deciden cuál es el nivel de soberanía que están dispuestos a ceder, vinculando un criterio de validez a partir de la existencia de la norma por vía de la aceptación voluntaria. Cuando la Corte IDH se abroga el papel de creador de nuevas obligaciones a través de su interpretación convencional estaría violando ese principio consensual (la validez) que es la base de las obligaciones

²² H. NOGUEIRA, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Iberoamericana de Derechos Humanos", *Revista de derecho constitucional europeo*, 2013, p. 19.

²³ E. MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización", cit.

internacionales y de la eficacia de las sentencias de la Corte IDH. Los Estados se obligarían en el momento de ratificar la CADH por el texto, que establece el mínimo de garantía, pero a su vez el máximo que puede exigírseles²⁴.

En todo caso, dicha postura también es discutida porque los instrumentos sobre derechos humanos tienen una naturaleza amplia e indeterminada, de forma que, si sólo se atiende al texto de las disposiciones, la CADH no tendría ningún contenido real y su alcance sería indefinido, lo que le restaría eficacia e impediría que el tratado tenga un efecto útil. Cuando la Convención prevé que los Estados pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de los instrumentos y le da competencia sobre todos los casos de interpretación y aplicación, deja claro que dicha interpretación es necesaria y que, cuando los Estados aceptan la competencia de la Corte, están aceptando voluntariamente respetar su facultad de interpretar la CADH, y, en consecuencia, los resultados que se deriven de su ejercicio.

Otra de las críticas es la realizada por Roberto Gargarella al sostener que la Corte IDH carece de autoridad y legitimidad dado que no es un tribunal elegido popularmente, sus jueces no pueden ser removidos por la ciudadanía y sus decisiones no son susceptibles de ser discutidas en el plano interno. Además, las decisiones de dicho tribunal “suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad”²⁵. Para este autor, la autoridad de las decisiones de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH no depende, ni de la competencia que se le otorgue, ni de la equidad de sus procedimientos, sino de las razones que sustentan sus fallos y la forma en que garantizan la inclusión y la deliberación democrática que debe dar legitimidad a las decisiones colectivas. En su opinión, no hay ningún proceso democrático en la toma de decisiones de la Corte IDH²⁶.

Sobre la postura de Gargarella, otros autores hacen un contrapeso al decir que, si bien es verdad que decisiones tomadas en escenarios democráticos

²⁴ Ibidem.

²⁵ R. GARGARELLA, “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos” en R. GARGARELLA, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, p. 133, 134.

²⁶ Roberto Gargarella hace una dura crítica a las decisiones de la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* y considera que no es posible que una Corte Internacional pueda estar por encima de decisiones democráticamente legítimas y que no son de aplicación los precedentes de los casos *Barrios Altos vs Perú* o *Almonacid Arellano vs Chile* cuyas leyes de amnistía, a diferencia de las analizadas en el caso *Gelman*, eran ilegítimas.

como el parlamento o incluso a través de mecanismos de democracia directa, como los plebiscitos, pueden ser contrarias a las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, esto no condiciona la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH por varias razones. En primer lugar, porque al convertirse en Parte en la Convención el Estado decidió voluntariamente ceder una parte de su soberanía y otorgó competencia a la Corte IDH para que ejerciera la función interpretativa, algo que no ocurrió en contextos dictatoriales, sino en Estados democráticos, y de acuerdo con los procedimientos constitucionales acordados para ello²⁷. En segundo lugar, y en especial, porque la CADH, y, como parte de ella, la interpretación de la Corte IDH, constituyen un mínimo de garantía que es, precisamente, el límite que no pueden traspasar las decisiones mayoritarias y que permite proteger a las minorías, lo cual fortalece la democracia, entendida esta en la “concepción asociativa” de Dworkin, que sólo puede darse cuando las decisiones de la mayoría cumplen unas condiciones que permiten proteger los intereses de todos los integrantes de una sociedad²⁸. En tercer lugar, del análisis de los casos criticados a la Corte IDH se observa que protegió los derechos de minorías que no eran suficientemente escuchadas en el interior del Estado²⁹.

Un último argumento que refuerza el valor de la jurisprudencia y su los alcances de su interpretación es el precedente como obligatorio para resolver nuevos casos. Fernando Silva ha señalado que la Corte IDH ha usado la técnica del precedente jurisprudencial para delimitar el contenido y alcance de conceptos o principios indeterminados. Incluso, la Corte IDH ha hecho uso de las opiniones consultivas como base para decidir sobre casos contenciosos, lo que consolidaría su valor vinculante³⁰. Es la típica situación judicial en que la propia Corte IDH está obligada por sus precedentes, tal y como expresó en su voto razonado en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia* al afirmar: “la Corte Interamericana no puede apartarse de su *jurisprudence* constante al respecto, y tiene el deber de velar por la preservación

²⁷ M. RONZONI y L. VALENTINI, “Global Justice and the Role of the State”, cit.

²⁸ R. DWORKIN, *La democracia posible: principios para un debate político*, Paidós, Barcelona, 2008.

²⁹ D. RIVAS-RAMÍREZ, *El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

³⁰ F. SILVA, “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, pp. 231-253.

de los altos estándares de protección construidos a lo largo de los años por su jurisprudencia”³¹.

En conjunto, como queda dicho, la función interpretativa de la Corte IDH parece un aspecto que doctrinalmente está lejos del consenso. Por el contrario, es un aspecto que exige mayores desarrollos y nuevos y refinados enfoques teóricos que permitan salir de los viejos estancamientos de la función judicial como eficacia de un orden jurídico estatal. La profunda interacción entre el sistema interamericano y los países de la región requiere discutir la eficacia de los tribunales supranacionales y el papel que juegan los jueces nacionales en el campo de los derechos humanos donde las víctimas siguen estando en desventaja. Pero a su vez, establecer garantías para que la actuación judicial interamericana esté armonizada con los ordenamientos internos.

5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es el mecanismo mediante el cual se revisa la compatibilidad de una norma de derecho interno o la actuación del Estado con la Convención Americana. Su afincamiento en el ordenamiento regional ha sido fundamental para fortalecer la interpretación de los derechos humanos, aunque también ha estado sujeto a un sinnúmero de críticas y desconfianzas³².

Domenico Giannino³³ reconoce a la luz del ‘control de convencionalidad’ que los órganos jurisdiccionales nacionales deberían renunciar, en el caso concreto, a las normas nacionales contrarias a las obligaciones convencionales. En estos casos, los jueces estarían obligados a expulsar del ordenamiento jurídico la norma no convencional, porque los derechos convencionales son un estándar mínimo de protección del orden público interamericano, que un Estado parte no puede violar. Además, la función ‘obligatoria’ del control

³¹ Así fue afirmado en el Voto razonado del Juez Antonio Cancado Trindade en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

³² E. GONZALEZ-OCANTOS, “Communicative Entrepreneurs: The Case of the Inter-American Court of Human Rights’ Dialogue with National Judges”, *International Studies Quarterly* [online], vol. 62, núm. 4, 2018, pp. 737-750.

³³ D. GIANNINO, “Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity”, *Transnational Legal Theory*, vol. 10, núm. 1, 2019, pp. 6-29.

de la convencionalidad consistente en la inoperancia de las normas nacionales no convencionales, coincide con un efecto positivo y constructivo de dicho control al promover la interpretación de las normas jurídicas nacionales en armonía con la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH. Según Giannino, el papel tanto de los jueces nacionales como de la Corte IDH es ser los guardianes del constitucionalismo transnacional latinoamericano, idea que abraza una intensa relación entre la protección de los derechos humanos y la globalización judicial. Según el autor, las constituciones nacionales ya no son un simple documento, sino más bien un recopilación de textos constitucionales y tratados de derechos humanos que otorgan a los jueces nacionales y supranacionales un papel regulador en el panorama constitucional transnacional y que se caracteriza por la ausencia de un orden jurídico unitario y una jerarquía de normas, por competencia y conflicto entre ordenamientos jurídicos, donde el principio de obediencia es reemplazado por el principio de observancia.

Esta perspectiva se convierte en una forma de trasladar la idea de la constitución nacional a una constitución regional. La idea proviene de observar la tendencia de inclusión de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas e identificar dicho acto como voluntad constituyente expresada en las cartas políticas. En un ejercicio de deducción, todos los funcionarios del Estado al proteger la constitución política del Estado estarían protegiendo la constitucionalización regional de los derechos humanos. Aún así, parece que la situación no resulta tan simple como suena. Todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos se crearon como fuentes de principios y reglas que cobran vida en una variedad de formas dentro de cada Estado. Los estados tienen un importante grado de libertad para determinar libremente cómo se incorporan los derechos humanos regionales en sus leyes, políticas y prácticas. Por tanto, el control de convencionalidad tendría ciertos límites y falencias.

En este sentido, Jorge Contesse³⁴ presenta tres principales críticas a la doctrina del control de convencionalidad. La primera, la falta de una base jurídica sólida, señalando que la Corte IDH tardó más de dos décadas en 'descubrir' la obligación de las autoridades nacionales para ejercer el control de convencionalidad. La segunda, que la Corte Interamericana no considera adecuadamente la existencia de los diferentes arreglos constitucionales y su autonomía jurídica al pretender que todos los jueces nacionales tengan el po-

³⁴ J. CONTESSE, *The final word?*, cit.

der de ignorar la legislación local cuando esté en conflicto con las interpretaciones de la Corte Interamericana, sin tener en cuenta si los jueces nacionales tienen o no ese poder en virtud de sus funciones constitucionales. Y tercero, que la Corte IDH parece perder de vista la separación entre el derecho internacional y el derecho interno al infringir la libertad de los Estados para actuar en contra de sus obligaciones internacionales. Producto de estas críticas, afirma la necesidad de reconocer la autodeterminación constitucional de los Estados dentro del sistema interamericano, especialmente en aquellos Estados con instituciones políticas democráticas saludables y un estado de derecho consolidado.

Autores como Carozza y González³⁵ publicaron un texto dirigido a Contesse en el que difieren de algunas de sus críticas. Consideran que es cierto que el control de convencionalidad es todavía una idea en proceso de cambio y que existen importantes aspectos no resueltos y controvertidos de sus fundamentos normativos y efectos legales. No están en desacuerdo sobre la caracterización de cierto aspecto técnico del control de convencionalidad. Los autores concuerdan con Contesse que ningún artículo de la CADH, ni otro tratado del sistema interamericano, establece expresamente la obligación internacional de toda autoridad estatal de interpretar el derecho interno de acuerdo con el llamado *corpus juris* interamericano o abstenerse de aplicar esa ley si no es posible una interpretación válida. Sin embargo, –y esta es la primera crítica a Contesse– la creación de la doctrina del control de convencionalidad –y cada uno de sus componentes técnicos– es el resultado de una interpretación progresiva e innovadora de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados. La existencia del control de convencionalidad representa una especificación asertiva hecha por la Corte del tipo de “otras medidas” (artículo 2 CADH) que todas las autoridades de los Estados parte de la CADH deben tomar para asegurar que las disposiciones de la Convención no se vean afectados negativamente por la aplicación de leyes que sean contrarias a su propósito. Dichos efectos alcanzan al poder judicial y están plenamente consolidados en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) donde la doctrina del control de convencionalidad es interpretada por la Corte IDH como disposiciones que deben orientar la conducta de las autoridades con-

³⁵ P. CAROZZA, y P. GONZÁLEZ, “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442.

cretas del Estado para que estén en condiciones de asegurar la vigencia de los instrumentos internacionales, no sean reducidos o anulados por la aplicación de leyes y prácticas internas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana.

Criticando la conclusión de Contesse que afirma que la doctrina de control de convencionalidad tiene como objetivo conferir poderes a todos los jueces para desconocer la legislación interna en conflicto con la CADH y las interpretaciones de la Corte IDH sin tener en cuenta y respetar los diversos sistemas de revisión judicial constitucional en los Estados parte de la CADH. Los autores afirman que dicho enunciado fue abordado por la Corte IDH dos meses después de la decisión en *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) al decir que el control de convencionalidad debe ser ejercida por los jueces en el contexto de sus respectivas esferas de competencia y de la normativa procesal correspondiente. La doctrina de la Corte IDH enfatizó que los jueces deben ejercer el control de convencionalidad en los términos que les confiere las leyes de sus Estados. Y aunque dichas leyes internas podrían establecer un sistema difuso de control constitucional, no necesariamente lo hacen, y la doctrina de convencionalidad no requiere que lo hagan. Por lo tanto, concluyen que el control de convencionalidad esencialmente desde su inicio, reconoce implícitamente que esta doctrina operará de manera diferente en los diversos sistemas de la judicatura constitucional.

En esta misma línea de discusión, Claudina Orunesu³⁶ sostiene que la base de la doctrina del control de convencionalidad suscita dudas sobre el rol que la Corte Interamericana juega hoy en el proceso de desarrollo de la Convención. La autora considera problemático el deber de ejercer el control de convencionalidad por parte del Poder Judicial de los Estados Partes ya que los fundamentos de que las normas convencionales tienen supremacía sobre cualquier disposición de la legislación nacional, incluidas las constitucionales. Cualquier argumento que pretenda justificar la jerarquía de las convenciones internacionales en los ordenamientos jurídicos internos, estaría condenado irremediabilmente al fracaso, como sucede cuando la Corte Interamericana exige que se asigne la máxima jerarquía normativa a las disposiciones convencionales, incluso por encima de las normas constitucionales.

³⁶ C. ORUNESU, "Conventionality control and international judicial supremacy. Some reflections on the Inter-American system of human rights", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, núm. 40, 2020, pp. 45-62.

La autora explica que en el caso del derecho convencional, es muy difícil aceptar su jerarquía superior dentro de los sistemas locales, incluso, sobre aquellas normas que otorgan a los órganos internos la facultad de celebrar, en nombre del Estado, tratados internacionales. La vigencia de las normas convencionales depende, por su naturaleza, de la voluntad concurrente de los Estados nacionales que las suscriben. Sin embargo, según esta lectura, la doctrina del control de convencionalidad afirmaría que la validez de todas las normas internas de cada Estado Parte depende, a su vez, de su conformidad con las disposiciones de la Convención. Afirma que no existe ningún artículo de la Convención que asigne tal jerarquía, y una mera construcción de la Corte Interamericana no puede tener tal efecto, ya que la Corte no tiene competencia para modificar el derecho interno de los Estados Partes, menos aún, en el caso de sus disposiciones constitucionales.

No cabe duda que los debates sobre los alcances, límites, aciertos y desaciertos del control de convencionalidad se mantendrán, como es habitual, en una doctrina relativamente reciente y en un contexto regional lleno contradicciones en materia de protección de derechos humanos. Lo que es seguro, es que la transformación del derecho nacional por una fuerte permeabilidad del derecho internacional y la globalización del derecho a través de sus principios y reglas del ordenamiento universal tiene un impacto que difícilmente hará regresar a las herméticas fronteras del siglo XIX. El campo de batalla que se da en la doctrina sobre lo supra y nacional de los derechos humanos tiene efectos indirectos pero esenciales para víctimas y personas en peligro que se enfrentan a un gigante estatal que no siempre pueden enfrentar desde su profunda vulnerabilidad.

6. CASO COLOMBIA

En líneas gruesas se puede afirmar que Colombia desde la década de los noventa ha sido un país armonizado con las decisiones de la Corte IDH, especialmente, por el papel que ha jugado el máximo tribunal constitucional colombiano. Aún así, los debates anteriores se hacen visibles en su relación con el tribunal regional, demostrando que la justicia transnacional en el mundo práctico está lejos de consolidarse, y menos, de estar libre de conflictos emanados de la soberanía nacional y la jurisdicción regional, el alcance de su interpretación y la aprobación de todos sus pronunciamientos.

La jurisprudencia constitucional de Colombia estableció que la Convención Americana forma parte de su Constitución política y es obligatoria para todos los órganos del Estado y es parámetro de las acciones de constitucionalidad y tutela. Esto fue posible por la Constitución Política de 1991 que significó una apertura importante al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario³⁷. Sin embargo, la discusión que se produjo a la hora de la redacción del texto constitucional, generó dudas acerca del alcance de los tratados de derechos humanos en el orden interno. Sin duda el debate entre el soberanismo y el aperturismo se materializó en los tribunales como en el Congreso de la República.

El artículo 93 de la Constitución, tal vez el más significativo en la materia, reza: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (subrayado fuera de texto).

La frase “prevalecen en el orden interno” generó la primera dificultad. Se preguntó la Corte Constitucional de Colombia si era posible que los tratados prevalecieran sobre la Constitución, teniendo en cuenta que el art. 4 afirma que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Este debate estuvo marcado por el “soberanismo” y el “aperturismo” que la Corte Constitucional decidió a favor del último, acudiendo a la figura del *bloque de constitucionalidad*, entendiendo que los tratados internacionales se convierten en parte integrante de la Constitución y que, por tanto, tiene el mismo nivel jerárquico. La inclusión podría ser cuestionable, pero se armonizó plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implicó que el Estado colombiano adaptara las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los

³⁷ A. MAUÉS, y otros. “Judicial Dialogue Between National Courts and the Inter-American Court of Human Rights: A Comparative Study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico”, *Human Rights Law Review* [online], vol. 21, núm. 1, 2021, pp. 108-131.

contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de promover la realización material de tales valores. De esta forma, la Corte usó la figura del bloque de constitucionalidad, proveniente del derecho francés, para armonizar las dos normas en aparente contradicción. La figura del bloque de constitucionalidad armonizó el principio de primacía del Derecho internacional con el de supremacía constitucional y demostró que la Constitución Política se articula a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH³⁸. Esta disposición constitucional es un hecho jurídico que ha promovido el optimismo en un rango importante de doctrinantes al observar la ausencia de contradicción entre la nueva ola constitucional de los noventa en América Latina y los derechos humanos de carácter regional.

Las medidas provisionales, la opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH tampoco han estado completamente a salvo. Las medidas provisionales son un instrumento clave para que la Corte IDH evite daños irreparables a personas que se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia. Cualquiera que demuestre que se encuentra en situación de peligro y que sea víctima potencial de una violación de un derecho consagrado en la CADH puede ser protegido por medidas provisionales que deben ser ofrecidas por el Estado en cumplimiento de una orden de la Corte Interamericana³⁹. El ejecutivo colombiano, no siempre ha cumplido de buena gana las sentencias de la Corte y tampoco ha mostrado disposición durante el proceso contencioso como recientemente en el caso de la periodista Jineth Bedoya (2021) o incluso en su disposición sobre la visita de la Comisión IDH sobre violación de derechos humanos durante el paro nacional del año 2021. Sin embargo, fue el máximo órgano constitucional el que sentó prontamente la jurisprudencia al respecto. Para la Corte Constitucional las medidas cautelares son de aplicación directa en el orden interno, y poseen carácter vincu-

³⁸ A. RAMELLI, "Sistema de fuentes de derecho internacional público y "bloque de constitucionalidad" en Colombia", *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, num. 11, 2004, pp. 157-175.

³⁹ Vale la pena reseñar que cuando la Corte IDH se enfrentó a una situación de incumplimiento de una medida cautelar, solo estableció la 'agravación' del derecho sustancial que se encontró violado por el Estado miembro, evitando así declarar la violación procesa. Al parecer, esta situación, permite considerar que la Corte ha manejado simultáneamente dos discursos. Uno teórico, elevando las medidas provisionales a una categoría especial, y otro en la práctica, quitado todo efecto jurídico. C. B. HERRERA y Y. HAECK, "Letting States off the Hook? The Paradox of the Legal Consequences following State Non-Compliance with Provisional Measures in the Inter-American and European Human Rights Systems", *Netherlands quarterly of human rights* [online], vol. 28, núm. 3, 2010, pp. 332-360.

lante. Así lo señaló en sentencia T-558 de 2003 con respecto a medidas cautelares solicitadas por la Comisión Interamericana y que el Estado colombiano no había aplicado. En este pronunciamiento, la Corte colombiana consideró que el mecanismo de tutela era el adecuado para exigir al Estado el cumplimiento de dichas medidas y que el principio de buena fe, demandaba la incorporación de forma automática en el ordenamiento jurídico interno, en especial, teniendo en cuenta que se buscaba la protección de personas claramente individualizadas. En otras palabras, la Corte afirmó que la ejecución interna de las medidas cautelares deberían encaminarse simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados en virtud de la Constitución las diversas autoridades públicas colombianas. Más adelante en la sentencia T-327 de 2004, la Corte Constitucional se pronunció en relación con las medidas provisionales, ratificando lo dicho en la jurisprudencia inmediatamente citada, considerando que las medidas adoptadas por la Corte IDH deberían ser aplicada porque emanaban de un organismo internacional que ejercía competencias derivadas de la CADH y Colombia era parte de la misma.

Aún así, la posición de la Corte colombiana ha sido cambiante a la hora de considerar obligatorios los pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos. Si por una lado ha afirmado que las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre casos particulares son vinculantes para el Estado, en tanto Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, y que el único mecanismo existente para exigirlos en el ordenamiento interno es la tutela⁴⁰, por el contrario, sobre las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos ha considerado que no es de su competencia verificar ni ordenar su cumplimiento. Postura que abre cuestiones imposibles de desarrollar en este apartado, pero que su enunciación se revelan determinantes para alertar sobre los alcances y límites asumidos por la Corte colombiana al momento de defender la aplicación ciertas medidas supranacionales.

Por su parte, cuando se ha tratado de las Opiniones Consultivas, el tribunal constitucional, le ha dado un papel marginal⁴¹. La razón principal, al parecer, es la indeterminación de sus efectos, y que puede observarse ambigüedad no solo en Colombia sino en otros países de la región. Por ejem-

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 568 de 1999, jurisprudencia reiterada en Sentencia T - 1211 de 2000 y Sentencia T - 603 de 2003.

⁴¹ J. ROA, *La función consultiva...* cit.

plo, en el ordenamiento ecuatoriano, la Opiniones Consultivas son consideradas instrumentos vinculantes porque su constitución, así como su Corte Constitucional, reconocen su prevalencia sobre la Carta Política cuando son derechos más favorables, otorgándoles directa aplicabilidad a fin de proteger la dignidad humana⁴². Pero no pasa lo mismo en otros ordenamientos. En Brasil, aunque ha usado algunas veces citas provenientes de Opiniones Consultivas su uso es fundamentalmente marginal y poco recurrente dentro del desarrollo constitucional⁴³. Dicho de otra manera, el papel vinculante de las Opiniones Consultivas tienen un impacto más bajo que las sentencias⁴⁴, aunque también resulta cierto que al ser dos instrumentos diferentes, uno contencioso y otro consultivo, no podrían compararse con las mismas medidas.

Regresando al caso colombiano, Jorge Roa⁴⁵ encontró que la Corte constitucional ha reproducido la indeterminación de los efectos de las Opiniones Consultivas en su jurisprudencia. La Corte colombiana desde la década de los noventa ha reconocido que es lógico que los criterios de la Corte IDH, establecidos en las opiniones consultivas, sean acojidos de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Colombia, pero no establece nada más, no puntualiza sus alcances y tampoco distingue entre las opiniones y las sentencias. En el nuevo milenio, el máximo tribunal constitucional admite que son criterios de interpretación, y aunque señala que las opiniones y las sentencias tienen ‘pesos diferentes’, no explica qué significa esta diferenciación. Concluye Roa que la intensidad del uso por la Corte Constitucional de las opiniones consultivas es baja, “marginal y excepcional si se tiene en cuenta tanto el conjunto de la jurisprudencia constitucional colombiana como el papel de las opiniones consultivas en las decisiones”⁴⁶.

⁴² D. SALAZAR MARÍN y otros, “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, *Foro, Revista de Derecho* [online], núm. 32, 2019, pp. 123-143.

⁴³ LEITE, BORGES, “O enfrentamento às decisões da corte interamericana” cit.; M. TEIXEIRA, R. PEREIRA, R. y A.L. BIEGER, “Criteria for Reception of Decisions on the Crimes of Contempt of the Inter-American Human Rights System in the Superior Court of Justice in Light of the External Conventionality Control”, *Sequência (Florianópolis)*, núm. 80, 2018, pp. 179-201.

⁴⁴ G. CAVAGNARO y S. JIJÓN, “¿Son vinculantes las opiniones consultivas...” cit.

⁴⁵ J. ROA, *La función consultiva...*, cit.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 136.

Por su parte, el uso de las sentencias y reparaciones de la Corte IDH por la Corte colombiana es el aspecto más consolidado de la relación entre ambos tribunales. Colombia aceptó sin reservas la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH a partir del 21 de junio de 1985, sin reservas. Durante casi tres décadas, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado dentro de sus argumentos los criterios de la jurisprudencia Interamericana en un importante número de sentencias con un abanico diverso de derechos y temas. De hecho, el carácter vinculante de la CADH fue reconocido por la Corte Colombiana en sentencia T-367 de 2010, al recordar que la obligación del Estado colombiano como parte de la Convención es cumplir las decisiones de la Corte IDH en el caso de las indemnizaciones⁴⁷. Sin embargo, hay que resaltar que muchas de las reparaciones ordenadas por la Corte, diferentes a las indemnizaciones, no se cumplen satisfactoriamente. En especial, se trata de las que tienen que ver con la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos contemplados en la Convención, y de las que tienen por objeto dar garantías de seguridad a las víctimas⁴⁸, lo cual pone de manifiesto los problemas de efectividad del mecanismo de protección regional de la Convención⁴⁹.

La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos fue abordada en la década de los noventa por la Corte colombiana al realizar el control de constitucionalidad sobre la ley de "Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la violencia contra la mujer"⁵⁰. La Corte colombiana reconoció el carácter vinculante con el argumento de que el tribunal interamericano es el intérprete autorizado de la CADH y que sus interpretaciones forman parte del bloque de constitu-

⁴⁷ Así como lo afirma la Sentencia T- 367 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia. También se encuentra en el mismo sentido las sentencias T-563 de 2012 y T-564 de 2016.

⁴⁸ Algunos ejemplos que evidencian el incumplimiento de estas medidas o el retraso de la misma: Resolución de la Corte interamericana de derechos humanos de 30 de noviembre de 2011, caso Manuel Cepeda Vargas *vs. Colombia* Supervisión de cumplimiento de sentencia", en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/cepeda_30_11_11.pdf; Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012 caso de la masacre de *Mapiripán vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia.

⁴⁹ A. PINTO BASTO y J. DE AZEVEDO, "Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Poder Judicial de los Estados", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, num. 111, 2009, pp. 227-252.

⁵⁰ Así quedó consignado en la sentencia C - 408 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana.

cionalidad, que es parte del ordenamiento jurídico y que ostenta la mayor jerarquía, obligando a todas las ramas del Estado⁵¹. Pese a los cambios de posición de la Corte Constitucional sobre la adopción de la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha consolidando el criterio de ‘obligatoriedad’, concretando sus contenidos, y aceptando la doctrina de convencionalidad dentro de la práctica de los jueces constitucionales.

En conjunto, se puede afirmar que la relación de la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia es favorable aunque jerárquica y con un uso de su jurisprudencia que no ha sido principal en la formulación de argumentos sino secundario. Al elaborar la línea jurisprudencial de las sentencias de la Corte colombiana desde la década de los noventa y en diferentes temáticas se notó que la jurisprudencia interamericana es asumida como citas que respaldan el argumento principal, pero no suele ser adoptada para desarrollar los argumentos centrales de los magistrados constitucionales, lo que permite pensar que siendo Colombia un país al que se le reconoce el uso de los pronunciamientos de la Corte IDH tampoco se puede afirmar que sean esenciales y determinantes en la formulación de tesis fundamentales de las sentencias nacionales.

7. CONCLUSIÓN: INDIVIDUALISMO Y COOPERACIÓN

La asunción de la Corte Constitucional de Colombia es un ejemplo de esa positiva interacción con el órgano supranacional interamericano con los Estados. Aunque no ha estado libre de problemas e incluso de dudas en ciertos momentos, la constitucionalización de los derechos humanos y la inclusión obligatoria de la interpretación de la Corte IDH en la jurisprudencia nacional parece un síntoma innegable de un tipo de hermenéutica judicial compartida. Otros países no han mostrado la misma disposición. Aún así, difícilmente se pueda hablar de una relación armoniosa entre la soberanía nacional y la jurisdicción interamericana.

⁵¹ En la sentencia C-010 de 2000 varió su criterio, calificando la jurisprudencia de la Corte IDH, de “doctrina relevante” pero no obligatoria. Sin embargo, esta postura no fue hegemónica. En la sentencia C-370 de 2006, reconoció el carácter vinculante de tal jurisprudencia con el argumento sostenido en la T-319 de 2001, que afirma que el tribunal interamericano es el intérprete autorizado de la CADH. Dicha posición se consolidó en la sentencia T-653 de 2012, que mantuvo el criterio de obligatoriedad, afirmando que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para el Estado colombiano.

La apropiación de la jurisprudencia interamericana por los Estados y el papel de la Corte IDH puede seguir leyéndose en clave geopolítica. Los Estados piensan geopolíticamente cuando valoran el papel de la Corte IDH como parte de una andamiaje superior encarnado en la Organización de los Estados Americanos. Por tanto, la credibilidad que hubiera ganado la Corte IDH en estas décadas, aún se enfrenta a la desconfianza que genera un Estado o conjunto de Estados que comparten cierta orientación política y un poder (fuerte o blando) sobre otros. No cabe duda que los derechos humanos como validez y eficiencia siguen dependiente en buena manera de la concepción política internacional (idea ajena a la misma postura teórica del derecho), aspecto que suele tener menos consideración dentro de un ordenamiento jurídico estatal. Aún hay algo de “viejo” en la justicia transnacional sobre la forma en la que se explica el derecho, ya que la inseguridad jurídica supraestatal y la perspectiva realista de las relaciones internacionales, parece mantener las fuerzas regionales en una profunda tensión que no se resuelve por la aspiración a una “constitucionalización regional de los derechos humanos”. Correrán las décadas antes que pueda despejarse la variable geopolítica a la hora de asumir completamente y con la confianza que se le atribuye a los jueces nacionales, las sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, es necesario valorar positivamente los avances de una vieja discusión que ya Kelsen en el derecho o Keynes en la economía, habían planteado cuando señalaban la inestable situación del mundo internacional para coordinar los asuntos que les atañen comunitariamente.

No obstante y aunque la gramática jurídica y política contemporánea adoptadas por los Estados puede ser prudente con respecto a su soberanía, también tienden a la apertura e interrelación con diferentes ordenes y dinámicas. Su aceptación a través de una creciente práctica de interrelación, demuestra que las entidades regionales son determinantes para el buen funcionamiento del andamiaje mundial. En el caso de la protección de los derechos humanos, la doctrina del control de convencionalidad es una clara expresión de dicha tendencia. La denominada doctrina al sostener que los jueces nacionales deben controlar la compatibilidad de las leyes internas con el texto de la Convención Americana, y tener en cuenta la interpretación de las mismas hecha por la Corte Interamericana como máximo intérprete de la Convención Americana, constituye una noción particularmente fuerte de supremacía judicial internacional y una posición consolidada del tribunal internacional que irradia el continente.

Finalmente, parece claro a lo largo de los debates, que la “diplomacia” judicial de la Corte IDH necesita ser renovada, o al menos, refinada por un activismo menos jerarquizado y más horizontal y dialógico con los jueces nacionales en clave de ‘comunidades científicas’ para usar la noción de Thomas Kuhn, con el propósito de compartir fuentes, doctrinas, herramientas judiciales e interpretaciones sobre objetos de estudio (casos e interpretaciones) así como soluciones que deberían tener como amalgama las nuevas constituciones americanas y la consolidación de la Carta Interamericana para la defensa de las víctimas y sus derechos fundamentales.

LUZ ANGELA ARÉVALO ROBLES

International Land Coalition

Vía Paolo Di Dono, 44

CP 00142 Roma

e-mail: l.arevalorobles@landcoalition.org

OMAIRA ESPERANZA CASTELLANOS CORTÉS

Facultad de Derecho

Universidad del País Vasco

Manuel Lardizabal Ibilbidea, 2

CP 20018 Donostia, Gipuzkoa

e-mail: ocastellanos003@ikasle.ehu.eus

GABRIEL ANDRÉS ARÉVALO ROBLES

Dirección Nacional de Investigaciones

Universidad Libre de Colombia

Calle 8# 5-80 Barrio La Candelaria

CP 111711, Bogotá

e-mail: gabriel.arevalo@unilibre.edu.co

RECENSIONES

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG,
Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico,
G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, 221 pp.

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Palabras clave: Estado de Derecho, constitucionalismo, positivismo jurídico, creación judicial del Derecho, universalidad de los derechos, cosmopolitismo

Keywords: Rule of Law, constitutionalism, legal positivism, judicial lawmaking, universability of rights, cosmopolitanism

Sostenía Ludwig Wittgenstein en su *Logisch-philosophische Abhandlung* (1922) que, en la filosofía del lenguaje, más que el significado de las palabras, lo que realmente importa es el uso que se haga de ellas¹.

La validez y aplicabilidad de esta idea wittgensteniana no se circunscribe tan solo al ámbito de la filosofía general, sino que también es contrastable en el área de la filosofía jurídica “regional”², campo en el que tanto filósofos como juristas encuentran una referencia empírica a la categoría jurídica, a los conceptos jurídicos y a la práctica real del Derecho³.

Sin embargo, la practicidad de la categoría jurídica no es solamente empírica, sino que comporta también elementos de universalidad (valores) que trascienden la dimensión fáctica del Derecho y son componentes necesarios

¹ L. WITTGENSTEIN, *Logisch-philosophische Abhandlung*, edición bilingüe italo-alemana de Amedeo G. Conte, Einaudi, Torino, 1992, ep. 3.326, pp. 34-35.

² A este respecto, basta recordar que Gustav Radbruch, por ejemplo, consideraba a la Filosofía del Derecho como “una parte de la Filosofía”, cfr., G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* [1932], trad. esp. J. Medina Echavarría, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 39.

³ N. BOBBIO, *Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho* [1962] en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), Debate, Madrid, 1990, pp. 91-101.

de la racionalidad jurídica⁴. Por lo demás, advierte Kant, una referencia meramente empírica a la naturaleza categórica del Derecho o a la positividad jurídica es insuficiente⁵.

En la literatura iusfilosófica contemporánea, en general, y en la doctrina neoconstitucionalista, en particular, el estudioso se encuentra, en ocasiones, con conceptos jurídicos indeterminados y términos ambiguos que, ante su potencial falta de claridad, impiden al lector en última instancia la interpretación adecuada y la plena comprensión de aquellos textos que adolecen de contenidos confusos tanto a nivel semántico como normativo. En este sentido, como señala Marina Lalatta en un trabajo reciente, escrito a modo de epílogo y planteado como un diálogo abierto con el autor del libro que es objeto de este comentario, Francisco Javier Ansuátegui Roig nos presenta una cuidada monografía en la que se recopilan una serie de artículos publicados, a lo largo de dos décadas, en revistas internacionales y capítulos de libro en los que el autor, lejos de contribuir a la confusión de ideas anteriormente mencionada, arroja luz sobre cuestiones centrales relacionadas con el pasado, presente y futuro del constitucionalismo, la democracia, el Estado de Derecho, la democracia y la universalidad de los derechos⁶.

En la metodología investigadora del autor nunca falta una aproximación histórica que sirva para introducir al lector en la configuración del concepto o categoría que es objeto de estudio. En este caso, Ansuátegui dedica el primer capítulo a explicar el origen del Estado moderno como forma de organización política y el posterior proceso de secularización, unificación y racionalización del poder. A propósito de su original monopolio del poder político, el Estado moderno también concentra el monopolio de la producción de normas jurídicas, y la misma exclusividad tiene en el ejercicio del

⁴ J. VEGA, "La filosofía jurídica como filosofía práctica", *Revus* [Online], 34 | 2018, Online desde el 25 de septiembre de 2017, conexión el 23 de agosto de 2022. URL: <http://journals.openedition.org/revus/3859>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.3859>

⁵ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* [1797]. *Kants Werke Akademie-Textausgabe*. Vol. VI, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968. pp. 229-230. ("Einleitung in die Rechtslehre", § B): Cfr., edición española de Adela Cortina y Jesús Conill, Tecnos, Madrid... [una teoría meramente empírica que está vacía de principios racionales es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, lo suficientemente fina en apariencia, pero desafortunadamente no tiene cerebro].

⁶ Cfr., M. LALATTA COSTERBOSA, "La combinazione giusta", en: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 197-207.

poder judicial, así como en la capacidad de dirimir conflictos intersubjetivos relativos a la interpretación y aplicación de las normas⁷.

En relación con el concepto del Estado de Derecho, observa Ansuátegui que cabe diferenciar una acepción *formal* y otra *sustancial o material*: en el primer caso, la clave es la sumisión al imperio de la ley; en el segundo caso, además de la sujeción al principio de legalidad se deben cumplir unas exigencias materiales que afectan al contenido y la finalidad de la ley (protección y garantía de los derechos fundamentales). Precisamente es este concepto sustancial del Estado de Derecho el que se propone defender el autor del libro a lo largo del segundo capítulo⁸. De ahí que debamos tener en cuenta que si nos decantamos tan solo por un concepto estrictamente formal del Estado de Derecho éste se vacía de contenido y queda reducido a mera legalidad. Por el contrario, la decantación material o sustancial del Estado de Derecho exige dotar de contenido a la legalidad y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, con independencia del modelo de Estado de Derecho que se asuma (liberal, social o social y democrático). Precisamente en la prolongación del Estado de Derecho, cuyo modelo legalista y formal entró en crisis en la segunda mitad del pasado siglo, se situaría el modelo de Estado constitucional, caracterizado por el principio de constitucionalidad y la sujeción al Derecho (que se identifica ya con la constitución y no con la ley, como sucedía en el Estado de Derecho liberal)⁹.

La sensibilidad histórica del autor del presente libro, se ve acompañada de su característica visión plural y antidogmática de la Filosofía del Derecho. A este respecto, comenta Francesco Riccobono que, en sus escritos iusfilosóficos, Ansuátegui Roig “huye de la alternativa que condena la investigación científica a una estéril contraposición de puntos de vista”. Efectivamente, en su escrutinio de la experiencia jurídica, el Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid no elude el carácter problemático de la misma, y por eso observa la realidad (muchas veces ambigua) del Derecho desde distintas perspectivas, comparando las diversas interpretaciones doctrinales de la misma¹⁰.

⁷ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, cit., p. 6.

⁸ *Ibid.*, p. 32.

⁹ *Ibid.*, p. 42; Cfr., M. GARCÍA PELAYO, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, en *Id.*, *Obras completas (III)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 3028 y ss. [Cita tomada del autor, en la p. 42, nota 30].

¹⁰ Cfr., F. RICCOBONO, “Riflessioni su un modello giuridico” (pp. 209-215), en: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, cit., p. 210.

El completo análisis que hace Ansuátegui del neoconstitucionalismo, desde el respeto a la especificidad de los diferentes planos discursivos, representa un ejemplo paradigmático del enfoque abierto y plural desde el que suele examinar los conceptos y las categorías jurídicas como teórico del Derecho. En este sentido, añade Riccobono, la relación entre Derecho y Moral se estudiará en el plano doctrinal iusfilosófico; la explicación del tránsito del Estado de Derecho al modelo de Estado de constitucional se hará desde un punto de vista historiográfico; el análisis de la creación judicial del Derecho debe contar con la efectividad del dato de la experiencia jurisdiccional; y, por último, la propensión cosmopolita del constitucionalismo no puede soslayar su naturaleza de proyecto político¹¹.

Hay una cierta tendencia en gran parte de las investigaciones jurídico-historiográficas sobre la génesis y el desarrollo del Estado de Derecho que consiste en acusar a la revuelta antiformalista de la segunda posguerra mundial, y más concretamente a la doctrina del positivismo jurídico, de ser los principales causantes de la involución del modelo clásico del Estado de Derecho. A propósito de esta acusación al positivismo jurídico se pregunta Ansuátegui, en una clara muestra de su vocación por el rigor y la claridad en el uso de los datos históricos y de los conceptos jurídicos: ¿Qué positivismo jurídico? ¿Qué involución?

La cuestión sirve al autor para traer a colación la conocida tripartición bobbiana en la que, como es sabido, se diferencian tres tipos de iuspositivismo: teórico, ideológico y metodológico. Según Ansuátegui, de los tres modelos de positivismo jurídico, el único que todavía podría defenderse es el metodológico, que sostiene fundamentalmente estas dos ideas: de un lado, que la existencia de las normas jurídicas no depende de que éstas posean determinados contenidos morales, y, de otro lado, la consideración del origen social de las fuentes del Derecho (teniendo en cuenta que éste es un producto humano, y que, como nos recuerda Paolo Grossi, “en una naturaleza fenoménica privada de hombres no hay lugar para el Derecho”¹²).

¹¹ Ibid.

¹² P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 11. La profunda raigambre humana del Derecho ya fue defendida doctrinalmente por algunos de los grandes juristas del Derecho romano, como Gayo, en cuyas *Institutiones* se ordena sistemáticamente la parte de las personas por delante de las de las cosas y las acciones- o Hermogeniano (jurista de finales del s. III y comienzos del siglo IV d. C.) para quien “todo el Derecho se ha creado por razón de los hombres” [*Omne ius hominum causa constitutum est*], *Digesto* 1, 5, 2.

En el libro se dedica un capítulo entero al positivismo jurídico y los sistemas mixtos. Teniendo en cuenta que muchas de las críticas más incisivas al positivismo jurídico provienen de la doctrina del constitucionalista, sobre todo en relación con la tesis de la separación entre la Moral y el Derecho, el autor entronca con el positivismo metodológico de Hart al tratar de precisar qué versión del iuspositivismo sería compatible con el constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, Ansuátegui justifica la compatibilidad del constitucionalismo y el iuspositivismo metodológico si se reúnen estas tres condiciones básicas: en primer lugar, el reconocimiento de la inclusión de contenidos materiales sin que ello implique contradicción con la idea del origen social de las fuentes jurídicas; en segundo lugar, la defensa de la existencia de una *separación conceptual* entre el Derecho y la moral correcta; y por último, en tercer lugar, la admisión de la posibilidad de distinguir el plano descriptivo del normativo en el estudio del Derecho¹³.

A propósito de la relación entre la Moral y el Derecho, y admitiendo que parece difícil negar un mínimo contenido moral al Derecho, sería necesario – advierte Ansuátegui – a qué clase de moral no estamos refiriendo ¿iusnaturalista, legalista, social, neutra...? Considerando que la inclusión en el Derecho de determinadas concepciones morales, a partir de su positivación, genera inseguridad jurídica, y aceptando que el Derecho no es neutro desde el punto de vista moral, en la medida que expresa una determinada idea del bien y del mal habría que concluir afirmando (al menos en términos de posibilidad o de conveniencia) que la moral no puede determinar la existencia y el contenido del Derecho¹⁴.

La conciliación entre la afirmación según la cual el Derecho siempre incluye contenidos morales y la tesis de la separación conceptual entre Moral y Derecho es posible en el marco conceptual del constitucionalismo moderno a través de los sistemas jurídicos mixtos (en los que se combinan las dimensiones formal y material del ordenamiento jurídico)¹⁵.

Producción normativa en Estado de Derecho y la creación judicial del Derecho son analizados *in extenso* en los capítulos centrales del libro. En

¹³ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, cit., p. 57.

¹⁴ *Ibid.*, p. 80. En sentido análogo, cfr., R. ESCUDERO ALDAY, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 254.

¹⁵ Cfr., P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

este sentido, se pregunta Ansuátegui, si la propuesta teórica del constitucionalismo supone *un nuevo paradigma* respecto a la elaboración del Derecho respecto al modelo clásico del positivismo jurídico¹⁶, de la misma manera que la doctrina iuspositivista supuso en su momento una ruptura con la tradición iusnaturalista. Al margen de los argumentos favorables y contrarios que puedan pronunciarse en relación con la previsión y el reconocimiento de un nuevo escenario para la producción normativa y la identificación del Derecho, lo cierto –observa el autor– es que en el ámbito actual del Estado constitucional y del constitucionalismo contemporáneo, cuyos ordenamientos son proclives a dar cabida a una buena cantidad de contenidos morales y políticos que realzan su dimensión axiológica en detrimento de la seguridad jurídica, ambas actividades (producción e identificación del Derecho) parecen haber perdido la claridad que el iuspositivismo pretendió darles durante su etapa de esplendor. En realidad, el constitucionalismo no vendría tanto a cuestionar la validez ni la utilidad del modelo de producción normativa del iuspositivismo como a presentar un ámbito propicio para perfeccionar esta propuesta¹⁷.

La teoría de la producción normativa también propicia una reflexión sobre la importancia de fijar los límites del Derecho. A este respecto, Ansuátegui distingue dos tipos de límites: *epistémicos*, que sirven para demarcar los contornos del Derecho y distinguirlos de otros sistemas normativos no jurídicos con los que convive dentro del espacio social, y *normativos*, que remiten a la cuestión sobre lo que debe formar parte del Derecho y lo que quedaría fuera del espacio jurídico.

Ni que decir tiene que cuando el iuspositivismo kelseniano trata de subrayar las diferencias entre las normas del sistema jurídica y las de orden moral, está apelando a los límites *sistémicos*. En cambio, para el constitucionalismo, no cabe entender la producción normativa sin las debidas intersecciones con la filosofía moral y política. El problema que se plantearía al sustituir la teoría formalista de la producción jurídica por el modelo constitucionalista son los espacios que se abrirían a la inseguridad jurídica y la falta de claridad de un Derecho que podría ser más desenfocado que *dúctil*¹⁸.

¹⁶ Cfr. M. LA TORRE, *Constitutionalism and Legal Reasoning. A New Paradigm for the Concept of Law*, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 1-41. [Cita tomada del autor, en la p. 85, nota 5].

¹⁷ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, cit., pp. 87-90.

¹⁸ *Ibid.*, p. 100.

Estas consideraciones a propósito de la creación del Derecho también son extensibles al ámbito judicial. Advierte Ansuátegui de la confusión conceptual que existe a veces en el debate doctrinal en torno a la creación judicial del Derecho. Recuerda el autor –parafraseando a Kelsen– que, con la salvedad de norma superior de un ordenamiento (*Grundnorm*) la creación, la interpretación y la aplicación del Derecho no son procesos diferenciados. De la misma manera que el juez no es el único operario del Derecho que interpreta y aplica la norma, tampoco el legislador es el único que crea el Derecho. En todo caso, ambos operarios jurídicos, legislador y juez, estarían sometidos igualmente a la Constitución y obligados desempeñar sus funciones dentro de los límites de la ley¹⁹.

El Estado constitucional no permanece ajeno ante el discurso sobre la universalidad de los derechos. Nos recuerda Ansuátegui que este discurso tiene una doble proyección crítica y problemática, en la medida que sirve para detectar las contradicciones entre la teoría y la práctica de los derechos, y actúa como criterio de legitimidad de los sistemas políticos, y como medida de su calidad democrática.

Al referirnos a la universalidad de los derechos, cabe distinguir dos planos: uno ético y otro jurídico. Naturalmente ambos planos son complementarios, pero mientras el primero aspira a crear un paradigma ético universal (como el proyecto humanista-cosmopolita), el segundo da consistencia jurídica y protección dentro del ordenamiento a la idea de titularidad universal de los derechos.

En relación con la doble vertiente ontológica/deontológica de la universalidad de los derechos, el autor prefiere ser cauto, ante el desfase existente entre la teoría y la realidad de los derechos, y mantener una postura escéptica y realista a propósito de la universalidad de los derechos: ciertamente, una cosa es asumir sin más la creencia en la universalidad *de facto* de los derechos por el hecho de que éstos hayan sido consagrados en la Declaración Universal de 1948, y otra diferente defender que éstos deben ser universales y poner los medios para que así sea.

El autor no elude tampoco el debate en torno al origen eurocéntrico u occidental de los derechos con el que se pretenden justificar las críticas contra el universalismo provenientes de la doctrina particularista y multiculturalista. Sostiene, a este respecto, Ansuátegui que la cuestión que debe preocupar-

¹⁹ Ibid., pp. 133-139.

nos no es tanto el origen de una determinada propuesta como su valor normativo y su verdadera aportación en la autodeterminación del ser humano, y en su capacidad de extender *more kantiano* la cultura de los derechos y las libertades hasta el último rincón del planeta²⁰.

Concluye el libro que es objeto de esta recensión con un capítulo sobre la propensión cosmopolita del constitucionalismo. Se aprecia en esta continuidad conceptual y pragmática entre constitucionalismo, el cosmopolitismo y el proyecto de la modernidad un cierto influjo de la tesis kantiana de las tres esferas jurídicas y los tres círculos concéntricos de lealtad política: Derecho constitucional (*ius civitatis*, *Staatsbürgerrecht*), Derecho internacional (*ius gentium*, *Völkerrecht*), y Derecho cosmopolita (*Weltbürgerrecht*, *ius cosmopoliticum*)²¹.

Siguiendo esta línea kantiana, para Ansuátegui el cosmopolitismo no es un proyecto que se ha iniciado *ex novo*, sino que parte del reconocimiento de la existencia de una comunidad humana basada en los lazos de fraternidad entre los seres humanos que no solo se convierte en un desiderátum moral, sino que justifica la necesidad de construir un modelo de organización jurídico-política dentro del cual los derechos puedan constituir un elemento de cohesión²².

Entre las diversas propuestas de correspondencia entre el constitucionalismo y el cosmopolitismo, Ansuátegui se centra en el estudio de la crisis de la democracia constitucional de Luigi Ferrajoli y en el modelo de democracia cosmopolita de David Held. Mientras que el punto de vista del iusfilósofo italiano parece fundarse sobre elementos coyunturales (crisis de un determinado modelo con causas específicas que son descritas con precisión), y no sobre la ética de la universalidad de los derechos, en el caso del sociólogo británico, el nexo de unión entre el constitucionalismo y el cosmopolitismo se fundan en la fuerza normativa del metaprincipio de autonomía y en ocho principios que pueden ser compartidos universalmente por toda la humanidad dentro de un marco común de igualdad de todos los individuos como personas morales²³.

²⁰ Ibid., pp. 153-157.

²¹ I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), en *Kants Werke* (VIII), Akademie Textausgabe. Unveränderter photomechanischer Abdruck von Kants gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968, p. 346; hay trad. cast: J. Alcoriza y A. Lastra, Madrid, Alba, 1999, p. 312.

²² F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, cit., p. 174.

²³ Ibid., pp. 189-193.

Entre las tareas pendientes para la democracia cosmopolita, advierte Ansuátegui, queda concretar el contenido del proyecto cosmopolita y analizar su aplicabilidad a la práctica constitucional para que sus ideas sean realizables y no queden como simples propuestas bienintencionadas. Precisamente, en este sentido cabe resaltar la importante labor que ha realizado Jürgen Habermas dentro de la doctrina del patriotismo constitucional europeo, y que posteriormente se ha desarrollado en sus ensayos sobre el federalismo europeo y su vocación cosmopolita²⁴.

Estas son *grosso modo* algunas de las claves que ayudan a entender el interés que ha despertado este ensayo en torno a las raíces, la problemática y la complejidad del Estado constitucional como modelo jurídico-político de presente y futuro. Tanto por su claridad, como por la *mitezza* de su análisis (plural, abierto y crítico), es un libro que ya forma parte de la prestigiosa colección *Bibliotheca* de la editorial Giappichelli; de hecho, es el primero que se publica en su larga lista de autores de un iusfilósofo español, por cierto, uno de los que más traducidos y reconocidos en Italia en los últimos años²⁵.

FERNANDO H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla
e-mail: llano@us.es

²⁴ Entre los ensayos más relevantes de Habermas en relación con el federalismo europeo y el cosmopolitismo, cabe destacar: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Paidós, Barcelona, 1999; *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Paidós, Barcelona, 2000; *El Occidente escindido*. Trotta, Madrid, 2009; ¡Ay, Europa!. Trotta, Madrid, 2009; *La constitución de Europa*. Trotta, Madrid, 2012; *En la espiral de la tecnocracia*, Trotta, Madrid, 2016. En relación con el patriotismo constitucional europeo de Jürgen Habermas, *vid.*, F. H. LLANO ALONSO, "European Constitutional Patriotism and Postnational Citizenship", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Vol. 103, Nº 4, 2017, pp. 504-516.

²⁵ Entre la veintena de obras que han sido publicadas hasta la fecha en esta colección, dirigida por Andrea Bixio, Pietro Rescigno y Francesco Riccobono, destacan las monografías de clásicos como Jean Carbonnier, Alf Ross o Hans Kelsen, y contemporáneos como Brian H. Bix, Hans Lindahl o Marina Lalatta-Costerbosa.

Ferdinando MENGA,
Etica intergenerazionale,
Morcelliana, Brescia, 2021, 288 pp.

HANS LINDAHL
Tilburg University/Queen Mary University of London

Palabras clave: ética intergeneracional, responsividad, presentismo, reciprocidad
Keywords: intergenerational ethics, responsivity, presentism, reciprocity

¿Cómo pensar una ética intergeneracional que “transgreda la primacía del presente, acogiendo la llamada de la propia alteridad del futuro?”¹ La apuesta fundamental de este interesante estudio es que la ética intergeneracional no sólo exige romper con presupuestos básicos de las éticas tradicionales sino que, tomando en préstamo una bella metáfora fotográfica de Paul Ricoeur, opera como un “revelador” de la relación fundamental entre alteridad y futuro, y ello en ambas direcciones. De una parte, la experiencia de la alteridad radical de las generaciones por venir, incluso las más lejanas, nos devela el futuro como la dimensión primordial de una ética propiamente responsiva. De la otra, indagar en qué sentido las generaciones por venir son futuras arroja luz sobre aquello que constituye la alteridad radical del Otro, alteridad que se manifiesta en la vulnerabilidad de un requerimiento que nos llega de otra parte y de otro tiempo, y al que no podemos no responder de una u otra manera, incluso si es con indiferencia.

El aborda esta problemática en dos partes. La primera se dedica a una crítica de teorías que dan la espalda al futuro en tanto dimensión primordial de una ética intergeneracional. O bien otorgan primacía al presente, como el contractualismo y el utilitarismo, comprendiendo el futuro al que hay que responder como una proyección del presente. O bien buscan evadirse del tiempo, apelando a una fundamentación ontológica de la obligación frente a

¹ F. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Morcelliana, Brescia, 2021 (en lo que sigue: *El*), 26.

generaciones futuras, es decir, postulando una esencia humana atemporal. O bien privilegian el pasado como la dimensión temporal desde la cual se justifica dicha obligación, como sucede con teorías que postulan relaciones de reciprocidad entre generaciones. El carácter crítico, incluso deconstructivo, de la primera parte del libro se desarrolla mediante dos vectores de análisis. El primero muestra cómo dichas perspectivas atenúan, o en algunos casos incluso rechazan, una obligación de la generación actual con generaciones futuras, especialmente las lejanas. El segundo vector pone al descubierto cómo sus tramas argumentativas las fuerzan a introducir un elemento foráneo a, e inconsistente con, sus premisas como el precio a pagar para justificar una obligación frente a las generaciones venideras. En las palabras de Menga, “allí donde terminan las razones, los intereses y las obligaciones relacionadas con los derechos del presente, no se extingue el sentimiento profundamente percibido de respuesta a un mandato de responsabilidad” que nos llega desde el futuro. (*EI*, 27)

Esta brecha justificativa en las teorías predominantes constituye el punto de partida de la segunda parte de *EI*, que ofrece los contornos de una ética resueltamente volcada hacia el futuro. El autor despliega tres vías de acceso a la cuestión intergeneracional: el sujeto, la comunidad y la estructura general de la trascendencia ética, ésta última en íntima relación con una trascendencia teológico-religiosa. No el sujeto en su versión nominativa del “yo soy” o “yo puedo,” sino un sujeto en acusativo, interpelado a responder desde una alteridad que llega desde el futuro. No una comunidad en que la justicia es ante todo asunto de distribuir derechos y obligaciones en el presente, sino una comunidad que se descubre como tal al responder a los requerimientos de los sujetos por venir. No la trascendencia pensada como proyección imaginativa hacia el futuro de los contemporáneos que deciden autónomamente sobre la suerte de las generaciones futuras, sino como convocatoria heterónoma, incluso escatológica, a partir de una “alteridad que irrumpe y se precipita ya siempre en el presente.” (*EI*, 28)

Resaltaré, en lo que sigue, algunos de los puntos centrales de la primera y segunda parte de *EI*, para luego concluir con un interrogante.

Menga sostiene que una ética genuinamente intergeneracional exige una ruptura con éticas de corte tradicional, y no su modificación o extensión. En particular, y es el nudo argumentativo del libro entero, teorías éticas que otorgan la primacía al presente, al pasado o que, incluso, rechazan la relevancia del tiempo, son incapaces de dar cuenta de la cuestión intergeneracional. Menga anali-

za cómo el presentismo rige el pensamiento ético del contractualismo (Rawls, Richards, Gauthier) y del utilitarismo (Birnbacher, Sidgwick), así como de posturas éticas que reducen o niegan una responsabilidad hacia generaciones futuras (Passmore, Golding, Beckerman, Macklin, De George y Parfit).

El contractualismo de Rawls es un buen ejemplo del presentismo ético. Como acertadamente objeta Menga, el velo de la ignorancia es incapaz de justificar el principio de ahorro justo en beneficios de las generaciones futuras, ya que los individuos en la situación original son y se saben contemporáneos cuando buscan establecer los principios reguladores de la justicia distributiva. Al apelar a la benevolencia de dichos individuos frente a generaciones futuras, Rawls no sólo transgrede las premisas que sustentan el velo de la ignorancia, sino que pone de manifiesto una intuición moral incontrovertible acerca de la alteridad futura que elude justificación en su modelo ético.

Algo parecido sucede en justificaciones de corte esencialista, es decir, éticas que niegan la relevancia del tiempo para justificar obligaciones con generaciones venideras, como las de Hans Jonas y Michele Illiceto. Baste una corta referencia a Jonas. A pesar que Jonas fundamenta la posibilidad de una ética intergeneracional en la capacidad del ser humano para ser responsable, responsabilidad que debe conservarse a través de las generaciones, también el filósofo alemán se ve forzado a introducir un elemento ajeno a esta justificación ontológica de la ética intergeneracional, a saber, una “compasión anticipatoria” frente a “un hombre que nos mira desde el futuro.” Como acertadamente responde Menga, lejos de ser el resultado de la autoconservación de la responsabilidad, la obligación frente al ser humano futuro nace como interpelación que nos llega desde el futuro y a la que tenemos que responder de una u otra forma. El mismo Jonas nos muestra, pues, que “lo que sostiene y atraviesa la capacidad de responsabilidad ya no se identifica con una capacidad general y estructural de la responsabilidad a preservarse y conservarse por sí misma,” sino que exige “una fuente motivacional que se adhiera a una temporalidad capaz de encarnar ella misma una apelatividad ética ...” (*EI*, 127)

El problema de la no identidad, desarrollado con gran radicalidad por Derek Parfit, es quizás el ejemplo más significativo de las dificultades que enfrentan posturas que rechazan la posibilidad misma de una ética intergeneracional. El meollo de la tesis de Parfit es que los sujetos futuros que han sufrido daños por sujetos anteriores no pueden condenar a éstos si un comportamiento distinto de los sujetos anteriores hubiera generado la existencia de otros sujetos posteriores. Por muy contundente que pueda parecer esta

crítica, lo verdaderamente significativo es que si bien Parfit reconoce no haber podido justificar una ética intergeneracional, rechaza aceptar este resultado como definitivo, abriendo la posibilidad que él u otros puedan, al fin, ofrecer dicha justificación. La derrota sólo tiene sentido como derrota si hay una obligación ante generaciones futuras que exige fundamentación. ¿No es este sentimiento de fracaso justamente una confirmación de una intuición moral que exige fundamentación filosófica?

La reciprocidad, ya sea la reciprocidad indirecta (Gosseries, Barry) o la reciprocidad asimétrica (Fritsch), une diversas posiciones éticas que otorgan primacía al pasado al justificar una ética intergeneracional. En cuanto a la primera, sus defensores fundan obligaciones frente a generaciones venideras en los beneficios que han recibido de generaciones anteriores. Pero deben reconocer, al hilo de su justificación, que haberse beneficiado de lo que reciben de generaciones pasadas no obliga a la generación contemporánea a devolverlos a la posteridad. Ello fuerza a dichos autores a incorporar una intuición moral ajena a sus premisas para justificar su posición ética.

Vale la pena detenernos para examinar con mayor detalle la teoría de reciprocidad asimétrica esbozada por Matthias Frisch, quizás menos conocida que las anteriores, pero más aparentada, por sus fuentes fenomenológicas y posestructuralistas, a la propuesta ética de Menga. Contra la reciprocidad indirecta, que sigue apoyándose en una antropología atomista, Frisch apela a la condición de mortalidad nativa que expone al sujeto humano a un tiempo anterior y un tiempo posterior al suyo, y que se manifiesta en la epifanía de una alteridad que llama al sujeto a responder, imponiéndole una deuda que él nunca puede extinguir completamente y que lo relanza hacia un futuro más allá de su propia temporalidad. Es justamente por este motivo Levinasiano que Frisch se refiere a una reciprocidad *asimétrica* como fundamento de una obligación de cara a generaciones venideras, motivo que le permite obviar el problema que enfrentan otras teorías éticas, abocadas a introducir un sentimiento moral hacia una alteridad futura que no logran justificar a partir de sus propios presupuestos. Pero ¿qué dimensión temporal obtiene primacía cuando dicha obligación es caracterizada como *reciprocidad asimétrica*? Si bien Frisch ofrece una nueva fundamentación ético-antropológica de esta obligación, su respuesta a este interrogante se mantiene dentro de la lógica de la reciprocidad indirecta, en la medida que la obligación de cara al futuro apunta a saldar la deuda, así esta sea excesiva, que los contemporáneos reciben de generaciones pasadas. Se trata, pues, de un fundamento

“arqueológico” o “protológico” de una ética intergeneracional. Como agudamente anota Menga, la reciprocidad asimétrica, así sea pensada en clave de la lógica del don (Mauss) y del exceso ético del requerimiento de alteridad (Levinas, Derrida), privilegia el pasado como la dimensión primordial de una ética intergeneracional. “La deuda no se origina directamente en el futuro, sino que surge del pasado y, dada su inasimilabilidad primordial, empuja a una transferencia, a un desplazamiento, que ... va ‘también’, pero no por principio, en dirección del futuro.” (EI, 164) Dicho giro al pasado da lugar a la perspectiva de un futuro neutro, un rostro anónimo del futuro, precisamente aquello contra lo que nos previene Levinas.

Esta tesis marca de manera precisa el punto de inflexión del libro, pues es aquí donde Menga se propone abrazar plenamente el futuro como la temporalidad propia de una ética genuinamente intergeneracional. En suma, se trata de pasar de una “protología a una escatología.” (EI, 168)

El autor de EI identifica, como ya se ha dicho, tres “vías de acceso” a una teoría que justifica una ética intergeneracional a partir de la primacía y estructura específica del futuro: el sujeto, la comunidad y la trascendencia.

Colocándose en las antípodas de la perspectiva modernista y liberal del individuo que se autoapropia y autolegisla en un presente puro, Menga asume plenamente la tesis radical de Levinas acerca del sujeto incesantemente expuesto a –desposeído y des-posicionado por– la alteridad, por una heteronomía inscrita en la autonomía. “Es únicamente la experiencia de expropiación que me viene del otro, ya que ha estado siempre ausente del alcance de mi poder de acción dentro de mi presente –un ausente que percibo como su mandato sobre mí– lo que genera mi exposición extática al futuro.” (EI, 186) Esta desposesión del sujeto, que es la condición de poder responder y ser responsable, en suma de ser sujeto, apunta a una experiencia específica del futuro irreducible al futuro como proyección imaginativa del futuro que permite al sujeto tomar posesión del futuro como lo-no-presente-pero-presentable-y-controlable. Por el contrario, la experiencia de la alteridad se manifiesta como un requerimiento que nos toma por sorpresa, que es *anterior*, que se adelanta, a lo que anticipábamos o podíamos anticipar. Es, pues, un futuro anterior, un futuro primordial, que, al llegar demasiado temprano, revienta el arco temporal simple en el que recuperamos un pasado en el presente para acometer el futuro, como condición para una responsividad propiamente ética. Haciendo eco a los aportes fenomenológicos de Emmanuel Levinas y Bernhard Waldenfels, Menga invierte el orden de derivación entre

los dos futuros en juego en una ética responsiva: “no derivamos la llamada a la responsabilidad de la facultad imaginativa, sino que, por el contrario, derivamos la propia facultad imaginativa del requerimiento de la responsabilidad.” (EI, 195)

Señalando que no hay experiencia subjetiva que no sea también intersubjetiva, comunitaria, Menga se plantea el siguiente interrogante: ¿Cómo pensar un “nosotros” que haga justicia al requerimiento de generaciones futuras, incluso las más lejanas? Esta pregunta adquiere especial relevancia frente a las tesis comunitarias (Golding, Thompson, de-Shalit) en las cuales el futuro es una proyección de un colectivo presente y presente a sí mismo. ¿Cómo pensar, pues, una responsabilidad colectiva frente al futuro sino asumir que dicha responsabilidad sea la autolegislación de un “nosotros” para el cual responder al requerimiento de los que vienen consiste en adueñarnos de “nuestro” destino? ¿Cómo describir la experiencia primordial en que un requerimiento “nos” descubre como colectividad expuesta al futuro? Menga encuentra en la noción de natalidad de Hannah Arendt una preciosa pista para pensar una política genuinamente responsiva frente a la alteridad futura. “La natalidad,” afirma Menga, “indica que toda estructura colectiva, en la medida en que quiere vivir auténticamente su propio tiempo, sólo puede hacerlo si deja que el futuro se introduzca en ella, el futuro de los demás del que depende, y a cuyas apelaciones, peticiones e incluso súplicas, nunca puede dejar de responder.” (EI, 221) ¿Pero cómo responder, concretamente, al futuro? Apoyándose en los trabajos de Waldenfels, Menga apuesta por una lectura responsiva de la representación. Lejos de ser una simple reproducción de lo que se da en una presencia inmediata, la representación tiene dos caras: de una parte, la representación responde como acción creadora, dando un contenido concreto al requerimiento de la alteridad futura; de la otra, la representación manifiesta una pasividad radical ante un requerimiento que no es simplemente el producto su respuesta. El carácter propiamente ético de una representación responsiva radica en una particular lectura del reconocimiento. Si una lectura liberal del reconocimiento asume que el reconocimiento tiene por objeto crear condiciones de reciprocidad y simetría, Menga, siguiendo en esto los trabajos iusfilosóficos de Hans Lindahl, propone una lectura asimétrica del reconocimiento: no tanto un reconocimiento del otro como uno de nosotros, sino más bien reconocimiento del otro (en nosotros) como otro que nosotros.

La tercera “vía de acceso”, la trascendencia, es, a mi parecer, la más arriesgada y valiente de las contribuciones que ofrece Menga a una ética intergene-

racional. Su tesis central es que el “más allá” al que nos convoca una alteridad futura tiene un carácter escatológico. La propuesta es arriesgada, porque el autor no se propone sustituir una concepción ético-filosófica de la trascendencia por otra ético-teológica. Más bien le interesa encontrar un espacio de diálogo entre las dos perspectivas, o, más precisamente, intenta localizar un quiasmo en el que dichas perspectivas se encuentren y aparten. Siguiendo a Levinas, localiza ese quiasmo en “la conexión intrínseca entre la apelación del otro y el carácter de la trascendencia, según la cual sólo de este último recibe el primero una carga tal que genera la dinámica de un requerimiento incondicional de respuesta.” (EI, 235) Una ética intergeneracional es escatológica no sólo porque una fenomenología de la trascendencia nos revela una trascendencia horizontal (distancia intersubjetiva) y una trascendencia vertical (entre lo humano y lo divino), sino porque la trascendencia vertical sólo se asoma *indirectamente*, a través de la trascendencia horizontal, mediante una exposición del sujeto en que la incondicionalidad del requerimiento del Otro al que hay que responder asume “los rasgos de una santidad de relación.” (EI, 238) Dicho rasgo se asoma, observa el autor, en “la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras,” según la declaración emanada de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972.

La propuesta de una trascendencia escatológica es valiente porque a lo que apunta Menga, en las últimas páginas del libro, es entender una ética intergeneracional como *praxis de la misericordia*, donde son justamente las generaciones futuras, aún más que las contemporáneas, en vista de su vulnerabilidad e indefensión radicales, quienes nos convocan a ser responsables. “Una ética de la misericordia ... no se dirige a la presencia, no se dedica a un ser ya en el mundo, sino a la ausencia, a las huellas en el mundo que nunca han estado propiamente en el mundo. Es ... una ética que, a través del gesto extremo de arrancar de la ausencia última, representada por un olvido sin posibilidad de duelo, presencias nunca registradas en el mundo, intenta devolver a éstas la huella última de una dignidad nunca reconocida. Y esto, precisamente, a través del intento de conservar las huellas recuperables.” (EI, 267-8)

Ética intergenerazionale es una contribución fundamental al debate cada vez más apremiante sobre una ética intergeneracional. Es fundamental en sentido estricto: echando mano de los ricos aportes fenomenológicos de Levinas y Waldenfels, intenta esclarecer las condiciones últimas bajo las cuales es posible una obligación ante generaciones venideras, y ello en de-

bate con las principales teorías en boga sobre la cuestión intergeneracional. Ejemplares son los cuidadosos análisis que dedica a las teorías a las que se opone, así como la claridad y radicalidad de la perspectiva que adopta. Su contribución es tanto más bienvenida por lo apremiante del tema, en vista del inicio de lo que connotados científicos han dado por llamar el sexto evento de extinción masiva, evento que bien podría llegar a incluir la especie humana. Para citar nuevamente la Declaración de Estocolmo, es nuestra “solemne obligación ... proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.”

Pero es justamente a raíz de esta “solemne obligación” que invitaría a Menga a llevar más lejos su justificación de una ética intergeneracional. Con Jonas, el autor toma como punto de partida de sus reflexiones la crisis de dos presupuestos de teorías de corte tradicional: la proximidad en el tiempo y en el espacio del quehacer ético. Pero, como también anota Jonas, una ética intergeneracional emerge como respuesta a la crisis del presupuesto de una separación entre el reino de la naturaleza y el reino de la responsabilidad, es decir, que el ser humano, en cuanto ser responsable, es también responsable por la naturaleza. Pero no se mantiene esa separación cuando la Declaración de Estocolmo insiste en la responsabilidad ante generaciones futuras *humanas*, motivo por el cual hay que “proteger y mejorar el *medio ambiente*”? Si bien es cierto que Menga dedica unas palabras a generaciones futuras de no-humanos, el grueso de sus reflexiones se orientan a fundamentar una ética responsiva orientada hacia seres humanos futuros. No creo ser injusto con Menga al indicar que, como en las éticas liberales que critica, el ser humano es el centro de sus reflexiones en *Ética intergenerazionale*. ¿No tendríamos que aceptar que también éste centramiento exige una reflexión crítica? Pues, ¿no está en juego en nuestra condición actual lo que entendemos por “generación” en sentido ético, más allá de todo biologismo? De ser así, ¿cómo pensar el “inter” de una ética intergeneracional, cuando el requerimiento a ser responsables nos llega no únicamente de generaciones futuras de humanos, sino también de generaciones no-humanas, acaso más vulnerables e indefensas que la nuestra?

Esta pregunta es urgente para una fenomenología que se apoya en Levinas. Pues es ante todo el rostro humano el que nos interpela en Levinas. Es bien conocida la ambivalencia de Levinas en cuanto al estatuto ético del animal no-humano y, por lo tanto, al fundamento de una obligación que pudiésemos tener frente a generaciones futuras de no-humanos. Ciertamente,

esta ambigüedad no agota las posibilidades del pensamiento levinasiano, que ofrece diversas variaciones en dirección de una ética que incluya a lo no-humano, como bien anota Menga. Por ello, ofrecer una fenomenología atenta al requerimiento que nos llega desde una alteridad futura humana y no-humana; tal es, creo, el interrogante mayor que *Etica intergenerazionale* deja pendiente. Es un interrogante que el autor mismo evoca al abrir la perspectiva de una “apelatividad ética, a otras alteridades: como, por ejemplo, a la de los sujetos no-humanos.” (EI, 135)

HANS LINDAHL

Tilburg University/Queen Mary University of London
e-mail: H.K.Lindahl@tilburguniversity.edu

Damián J. ROSANOVICH,
Hegel y el Iusnaturalismo Moderno
Guillermo Escolar, Madrid, 2021, 315 pp.

CARLOTA ARANDA BUGALLO
Universidad Pontificia Comillas

Palabras clave: iusnaturalismo moderno, Estado, Constitución, espíritu del pueblo, eticidad-moralidad
Key words: modern iusnaturalism, State, Constitution, spirit of the people, eticity-morality

El pensamiento de Hegel ha sido objeto de estudio desde principios del siglo XIX. Sin embargo, no es hasta 1931 que Ferdinand Tönnies escribe uno de los primeros textos en los cuales se encuentra de forma explícita la relación entre Hegel y el Derecho natural moderno. Rosanovich sostiene que el estudio de Hegel se ha articulado en torno a tres tipos de obras: aquellas dedicadas al estudio de un concepto específico del autor (por ejemplo, estado de naturaleza); aquellas que aspiran al análisis de un texto particular o de una etapa del pensamiento hegeliano en contraste con el iusnaturalismo (por ejemplo, período de Jena); y aquellas orientadas a interpretar el nexo entre Hegel y iusnaturalismo moderno. La presente obra nace de la necesidad que encuentra Rosanovich de articular bajo un texto único una conexión interna de estos tres tipos de trabajos. Y ello porque esta integración es lo que va a permitir una visión de conjunto de la problemática, con el fin de formular una tesis de la confrontación de Hegel con el iusnaturalismo moderno. Por el objeto del presente comentario, centrado en la obra de Rosanovich, se analiza la crítica de Hegel al Derecho natural en torno a la cuestión de la Filosofía del Estado, así como del binomio eticidad-moralidad, contrastado brevemente con la filosofía kantiana.

1. FILOSOFÍA DEL ESTADO

Para Hegel el Estado no es meramente la organización de poder, sino el espíritu de un pueblo, su religión, culto, moral, usos, constitución, leyes políticas, instituciones, y hechos, las potencias espirituales que viven en un pueblo y lo gobiernan. Que estas potencias sean las justas y racionales, corre a cargo de la tesis, como señala Hans Welzel, según la cual lo real es, a la vez, lo racional. ¿Cuál es la razón de ser del Estado? Para el Derecho natural la razón de ser del Estado es el pacto social. Es decir, el fundamento del Estado radica en la juridicidad de un acto cuyo elemento esencial es el concurso de la voluntad de los individuos. Hegel no rechaza esta idea de estatalidad moderna, sino las figuras metafísico-jurídicas utilizadas para legitimarla. El error radica en pretender universalizar algo que es verdadero y hacer de ello la razón de ser del todo estatal. El conflicto no surge de la vinculación de Rousseau entre legitimidad del Estado y voluntad del individuo, sino en “hacer depender la dignidad ontológica de todo el orden político de un conjunto de ficciones jurídicas que son tanto necesarias como inexistentes” (p.186).

Postula así Rosanovich que el Derecho para Hegel no tiene su origen en la libre concurrencia de un conjunto de individuos que deciden crear un Estado. El autor afirma que la normatividad del Estado sólo puede depender de la ontología a la cual pertenece. Se considera que uno de los grandes errores del iusnaturalismo ha sido el hecho de situar el origen del Estado en un acto voluntario del individuo. Y ello porque el individuo como tal se presenta atomizado, mientras que la fuerza estatal hegeliana nace del espíritu del pueblo transmutado desde la idea teológica a la idea política, donde el mundo y la historia se convierten en dicho espíritu. Según Rosanovich, “el dato a partir del cual se piensa el Estado no es el individuo, sino el pueblo” (p.116).

Para Hegel el pueblo constituye un todo ético. Su individualidad debe reflejarse según su historia y costumbres, desde un plano empírico y no teórico: su individualidad nace de su carácter, y este se concreta en su sistema de legislación, que es capaz de revelar sus particularidades. La unión entre pueblo y sistema de legislación presenta una eminente circularidad, pues “de la ruptura de esta virtuosa relación surge el estado de enfermedad del cuerpo político y las revoluciones políticas” (p.131). Los individuos existen, pero integrados a una totalidad que los elimina y los supera en el sentido hegeliano: el individuo que no pertenece a la totalidad ética no pertenece al Estado.

Ejemplo del contraste lo expone Hegel con la Constitución que Napoleón intentó otorgar al pueblo español. Según el filósofo dicha Constitución era más racional que la legislación anterior, y, sin embargo, fue rechazada como algo que le era extraño. El iusnaturalismo moderno niega dicha Constitución porque no surge del pacto, del contrato social. La filosofía hegeliana la rechaza porque ésta es externa al Espíritu objetivo, careciendo de justificación en la realidad, al no reflejar las particularidades intrínsecas del pueblo español.

Hegel impugna así el hecho de que una ley fundamental “pueda ser el resultado de un ejercicio abstracto del entendimiento, sin contemplar la eticidad y el espíritu del pueblo en particular” (p.278). Hegel elogia a Rousseau por haber establecido la voluntad como base del fundamento Estado, y no meramente del arbitrio. Sin embargo, considera que se equivoca al tomar la voluntad únicamente en la forma determinada de la voluntad individual, mientras que la voluntad general no era concebida como lo en y para sí racional de la voluntad, “sino solo como lo común, que surge de aquella voluntad individual en tanto consciente” (p.190). El sujeto tiene que identificarse con la voluntad general. Para Hegel el hombre no posee una naturaleza esencial, la naturaleza del hombre es su historia. Por tanto, las leyes y las instituciones son un testimonio de esta naturaleza, que Hegel entiende como espíritu del pueblo.

Este dilema conduce a la pregunta de cuál es la mejor legislación para un pueblo. La respuesta iusnaturalista acude a un ejercicio de la razón que, acorde a Hegel, no contempla las particularidades del pueblo en cuestión, por lo que el autor propone alternativamente desprender la legislación del espíritu del pueblo. Si se rechaza el ejercicio abstracto de la razón para derivar el sistema de legislación y se propone el espíritu del pueblo, ¿cómo se transforma este plano teórico en la realidad? Hegel plantea la existencia de un sistema de esferas compuesto por la familia, la sociedad civil, el Estado, y unas articulaciones internas (estamentos y corporaciones), encargadas de mediar entre intereses y Estado. En virtud de las articulaciones internas, se afirma que el interés individual se incorpora al interés del Estado, y que cada una de ellas ostenta una función asignada al fin de que el cuerpo político preserve su salud. Así el pueblo es fundamento de la constitución de un orden político.

Es necesario destacar en este punto que es Hegel quien por primera vez diferencia entre sociedad civil y Estado, conceptos utilizados indistintamente por el iusnaturalismo moderno. La sociedad civil es un espacio específi-

co, “que es superado por el Estado en el despliegue de sus momentos internos” (p.166). La sociedad civil constituye el sistema de necesidades de los individuos y muestra una presencia del Estado en su raíz. Este sistema de necesidades se articula bajo un mecanicismo orgánico a través de las articulaciones internas, pero que presenta a su vez instancias disgregadoras fruto del interés de lo particular. En este momento el Estado debe intervenir para mantener el orden político, encargado de armonizar las contradicciones en el interior de la sociedad civil.

Sin embargo, dentro de este sistema de necesidades de los individuos en torno a articulaciones internas todavía no se explica la concepción estatal hegeliana. En la sociedad civil el individuo se encuentra reconocido en su honor y dignidad a través de los estamentos y las corporaciones. Los estamentos se encuentran divididos en tres categorías (de lo absoluto, de la integridad y de la eticidad ruda) según la función de cada individuo en dicha sociedad. Las corporaciones por otro lado se asemejan a una segunda familia, en la que el individuo encuentra el reconocimiento inmediato y el sentido mediato de todas sus actividades. Este sistema de mediaciones, este cuerpo orgánico, es el que permite el paso de la sociedad civil al Estado. Hegel afirma que “lo esencial que constituye un Estado es un poder estatal dirigido desde arriba con la cooperación de las partes” (p.143). Todo lo demás debe de ser excluido de lo que por necesidad pertenece a un Estado.

La unidad del cuerpo estatal es para Hegel irrenunciable, y otra de las grandes críticas a las teorías contractualistas radica en su visión de lo que el pensador denomina Estado-máquina. Dicho Estado presenta como característica un centralismo en virtud del cual toda decisión se regula desde arriba. En contraposición, Hegel habla del nexo entre espíritu del pueblo, sus costumbres, su lengua y su historia, y el sistema legislativo en el cual aparece de forma inherente. Hegel abandona la idea de máquina e introduce el concepto de organismo. El rechazo principal al mecanicismo se da en el filósofo porque “toda relación que es presentada bajo esta articulación siempre es extraña a sus momentos internos” (p.156). Por el contrario, en la visión organicista del Estado los distintos miembros del cuerpo político no pueden subsistir por separado, pues dependen los unos de los otros, son específicos, pero no autónomos.

Esta descripción detallada del sistema de mediaciones, del paso de sociedad civil a Estado, de concreción en lo racional como lo real, debe ser también entendida desde la necesidad de Hegel de diferenciarse de la filosofía

de Kant. En el pensador prusiano domina la idea del hombre como fin en sí mismo, que crea, determina y concreta sus actos morales. La esencia de la filosofía kantiana nace de una conciencia autónoma pensante. En contraposición, el Derecho natural condiciona al hombre con un sistema de moralidad que le es impuesto externamente, en el que los actos están dados por igual a todos los hombres. Para Kant el Derecho natural supedita al hombre a unas ideas dadas desde fuera, en lugar de entender que el fin debe ser cada individuo en sí mismo. Sin embargo, Hegel identifica como dificultad de la conciencia autónoma que acude a un mundo inteligible, trascendente filosófico, que permanece en el plano de lo teórico y no tiene traducción real. Así, Hegel busca aunar por un lado la conciencia autónoma conseguida teóricamente por Kant, y, por otro lado, la idea de que el ser humano solo puede alcanzar su máxima plenitud dentro de una comunidad. Es desde esta necesidad de diferenciación desde la que entendemos la articulación de la realidad de Hegel.

2. BINOMIO ETICIDAD-MORALIDAD

Si bien ya se ha desarrollado el fundamento estatal hegeliano, así como la idea de espíritu del pueblo y la teorización de la mediación entre el individuo y las instituciones políticas, debe entenderse otro de los conceptos esenciales en Hegel, como lo es el binomio eticidad-moralidad. Y ello porque la base por la cual el Estado habita en el pueblo encuentra su fundamento en la eticidad. Según Hegel, un Estado no es una máquina capaz de funcionar en cualquier pueblo, siendo utilizada como medio de organización efectiva indistintamente. El concepto de eticidad encuentra su primera nota lógica en el pueblo. La vida ética, “se presenta en un pueblo, entendido como una totalidad orgánica y como un individuo ético, en cuyas articulaciones internas aparecen los individuos” (p.116). De este modo, el Estado hegeliano es un Estado ético porque las características del pueblo que habita dicho Estado son decisivas para determinar los rasgos fundamentales de su sistema legal positivo.

Pero, ¿cómo debe entenderse el binomio eticidad-moralidad? Si la eticidad estatal está presente por contener un sistema legal positivo que proyecta las características intrínsecas del pueblo, ¿existe diferencia entre eticidad y moralidad? Tanto el Derecho natural como posteriormente la filosofía de Kant se han servido de manera indiferente del concepto eticidad o morali-

dad. La diferenciación es propia de Hegel, que se vale de la unidad dialéctica para explicar los rasgos distintivos de una y otra, esto es, la superación de los contrarios. En virtud de ésta se produce una síntesis entre moralidad objetiva (contenido de una obligación) y moralidad subjetiva (relación interna del individuo con dicha obligación), como una unidad superadora de ambos, que encontramos en la eticidad.

De acuerdo con Hegel las teorías kantianas se limitan a la esfera de la moralidad y haciendo imposible el punto de vista de la eticidad, más aún, lo ofenden y anulan. El hecho de limitar la moral humana al interior de la subjetividad sin posibilidad de observarla empíricamente, la ha vaciado de realidad y objetividad. Según Hegel, lo ético no viene impuesto a la libertad de la voluntad de los individuos, sino que es un reflejo de la expresión natural de su actuación. Los individuos ven incluida su voluntad particular en las instituciones éticas. La objetivación de la moral, mediante la unión entre lo particular del individuo y lo universal de la sociedad es posible en virtud de la razón y la realización de la eticidad, que hace trascender la libertad y autonomía del individuo a las instituciones objetivas de la comunidad. Rosanovich expone en esta línea los tres aspectos esenciales de la eticidad en Hegel: su delimitación en sí misma, entendida como un concepto perteneciente a un movimiento del Espíritu; su carácter normativo, en tanto el filósofo apela a motivos históricos, religiosos y jurídicos para dotar de un contenido a dicha fuente de obligación; y, por último, su cariz político, como condición imprescindible para el funcionamiento del cuerpo político.

Así, se cierra el círculo de la fundamentación estatal y del binomio eticidad-moralidad al ser la eticidad el origen y fundamento del orden estatal. Y ello porque a los momentos puramente intelectuales del Derecho abstracto y de la moralidad, la eticidad les proporciona una superación como su verdad última, los dota de un sentido teleológicamente orientado hacia el bien, hacia la comprensión del Espíritu objetivo como la realización de la idea de libertad en las instituciones políticas.

CARLOTA ARANDA BURGALLO
Universidad Pontificia Comillas
e-mail: carlotaarandabugallo2@gmail.com

Juan de Dios BARES PARTAL y Faustino ONCINA COVES (eds.),
Utopías y ucronías. Una aproximación histórico-conceptual,
Edicions Bellaterra, Barcelona, 2020, 405 pp.

JESÚS MORA
Universidad de Valencia

Palabras clave: utopía, ucronía, historia conceptual, modernidad
Keywords: utopia, uchronia, conceptual history, modernity

Nuestro tiempo parece haber dejado atrás la efervescencia que vivió el género utópico en otras épocas históricas. Tras un periodo de esplendor del futurismo, motivado por la confianza en la técnica como la fuerza que conduciría al ser humano a una existencia ideal, la vertiente más destructiva del progreso tecnológico ha dejado hoy paso a una angustia por nuestra supervivencia misma como especie en el planeta; una angustia que se hace extensiva al agotamiento de los órdenes político y económico surgidos durante la Ilustración y la Revolución Industrial. El avance hacia mundos mejores parece haber dejado su espacio, como meta vital de muchas sociedades, a la conservación de todo aquello que caracteriza al presente y que todavía no ha sido destruido. En ese contexto, las preguntas sobre las utopías se multiplican: ¿qué ha sido de ellas? ¿Cabe seguir imaginando mundos mejores? ¿Tienen vigencia las utopías pasadas? ¿Qué nos dice su debilidad actual de la época en la que vivimos y de los tiempos históricos que la han precedido?

Si bien es imposible ofrecer una respuesta definitiva para cada uno de esos interrogantes, *Utopías y ucronías. Una aproximación histórico-conceptual* sí que nos brinda, al menos, un mapa para orientarnos en el presente, el pasado y el futuro de las utopías. En ese mapa, además, este volumen colectivo, editado y coordinado por Juan de Dios Bares Partal y Faustino Oncina Coves, traza un camino en el que los capítulos se suceden como etapas entre cuyos temas se puede apreciar una continuidad, no solo temporal, sino también lógica y temática. Esos capítulos son una selección de las contribuciones más

destacadas en el congreso *Utopías/Ucronías*, celebrado en Valencia en mayo de 2019, y que es la razón de ser de la obra que aquí nos ocupa.

Nuestro recorrido por el pensamiento utópico y ucrónico empieza con “Utopías y ucronías en la teoría de los tiempos históricos de la historia conceptual”, firmado por Faustino Oncina Coves. Este primer capítulo contiene algunas de las líneas maestras que servirán para reflexionar críticamente sobre las utopías en otros lugares del libro. Entre ellas, podemos empezar por señalar la relación entre el presente y el futuro que se articula con las utopías y que es clave en la perspectiva crítica de la modernidad que brinda la historia conceptual. Diversos conceptos y categorías propuestos por Reinhart Koselleck, uno de los representantes con más lustre de esa escuela, ejercen en las líneas que rubrica Oncina como armazón teórico de sus perspectivas acerca del lugar en el que han quedado hoy las utopías. Entre esos conceptos y categorías, podemos subrayar las que Koselleck consideraba características fundamentales de la Modernidad (su unicidad, su impugnación del potencial de prognosis de las antiguas historias y la pérdida del valor ejemplar del pasado), así como la idea de la “simultaneidad de lo no simultáneo”, tan apta para explicar la desazón que provocan todas aquellas experiencias actuales que parecen desviar a la humanidad de un avance lineal hacia el progreso. La obra de Koselleck rinde cuentas a la filosofía de la historia dominante en la Ilustración, caracterizada, precisamente, por atribuir *razón* a la historia y proyectarla inevitablemente hacia mundos mejores; una proyección que incluía el progreso político hacia la libertad y la total autonomía del ser humano respecto a la naturaleza. Ambas metas, podría constatar con desasosiego el filósofo ilustrado, parecen hoy malheridas por el regreso a occidente de los discursos y proyectos políticos totalitaristas, así como por el acecho de una próxima crisis climática.

Platón y su *República* siguen siendo un lugar de partida ineludible para toda obra sobre el pensamiento utópico. En esta que aquí reseñamos, es Juan de Dios Bares Partal, con “El lugar de la *República* de Platón”, quien asume la tarea de aproximarnos al pensamiento del filósofo ateniense. La propuesta de Bares permitirá constatar a los más familiarizados con las teorías de la justicia contemporáneas que algunos de sus puntos de interés principales en la construcción de una sociedad ideal ya estaban presentes en la filosofía de Platón. Estamos pensando, por ejemplo, en aspectos de la organización social como la distribución de los bienes materiales y las ocupaciones (incluida la distribución sexual del trabajo). Asimismo, debates recientes sobre la rela-

ción de las concepciones de la justicia con la teoría ideal y los condicionantes del mundo realmente existente, especialmente vivos en algunas críticas a la obra de Rawls, aparecen ya en el pensamiento platónico. En la *República*, también emerge la cuestión de cómo alcanzar el ideal social y político y, en particular, de la tarea del filósofo a la hora de alumbrar ese camino. Este último, capaz de distinguir lo justo de lo injusto, será el encargado de acercar al conjunto de la comunidad hacia ese ideal. Como consecuencia, la educación filosófica en la Academia se torna, en la propuesta platónica, medio imprescindible para el tránsito a una utopía que, a diferencia de los relatos renacentistas, el ateniense no sitúa en un espacio físico imaginario, sino en el alma del propio filósofo.

Es importante señalar que las utopías, como se encargará de recordarnos puntualmente el volumen que tenemos entre manos, han desempeñado desde hace tiempo una doble función: por un lado, como propuestas de modelos ideales y, por el otro, como construcciones críticas que subrayan los defectos de las sociedades que las alumbran. Buena muestra de ello es “El sabio estoico como ejemplo y utopía”, con el que Salvador Mas nos ofrece un recorrido por algunas utopías vivas en la sociedad helenística a través de figuras como el propio Platón, Zenón, Diógenes Laercio, Plutarco o Crisipo. El capítulo se ubica en un momento de crisis en la Grecia clásica, en el que se desarrollaron numerosos relatos utópicos en torno a la figura del *sabio* como sujeto que sostiene una especial conexión con la ley natural y, por ello, debe poder gozar de una libertad distinta de la de los *necios*. En ese contexto, se anhela el mito de una sabiduría perfecta capaz de construir sociedades que no reproduzcan los defectos del mundo helénico del momento. Destaca, en este sentido, la *Politeia* de Zenón, en la que el sabio se erige como portador de una racionalidad perfecta, que le sitúa más allá de la política y le convierte en la otra cara de la moneda de la ciudad ideal. A partir de esa obra, Mas ofrece algunas perspectivas clave sobre las utopías como relatos a medio camino entre lo inalcanzable y lo accesible al ser humano, siquiera en condiciones distintas a las de cada tiempo histórico. Las utopías estoicas son un fiel reflejo de esta ambivalencia, pues en algunas de ellas la sabiduría se ubica en esa posición a medio camino entre un ideal aspiracional que nunca se llega a alcanzar del todo y una meta hacia la que deben dirigirse todos los seres humanos por igual.

El potencial crítico de las utopías frente a las comunidades políticas en las que surgen es también protagonista en la contribución al volumen de Iker

Martínez, titulada “Entre Roma y Atenas: Elio Aristides y el uso político de la utopía altoimperial”. Tal vez como consecuencia del influjo aceleracionista de la Ilustración (a la que Koselleck identificó como *Sattelzeit* o “era de la silla de montar”), es habitual en la era moderna pensar en las utopías como proyecciones futuras, asumiendo en ocasiones, incluso, que son puntos de llegada inevitables si la historia sigue su curso. Pero, como pone de manifiesto el texto de Martínez, el pensamiento utópico también puede servir para alertar a los integrantes de una comunidad de que sus instituciones se están alejando de valores otrora vigentes (o ahora amenazados) y que es preciso recuperar (o conservar). Así ocurre en los dos discursos de Aristides que presenta Martínez: el *Discurso a Roma* y el *Panatenaico*. En ambas piezas, la visión utópica del pasado helenístico (que abarca la era gloriosa de Atenas entre los siglos V y IV a. C.) desempeña una doble función. Por un lado, una de carácter pedagógico, como enseñanza de formas de comportamiento ideales para la comunidad. Por el otro, una de carácter político, como mecanismo para conectar a la Roma Imperial del momento con un pasado con el que entonces podía encontrarse en tensión, como es la Grecia Clásica.

Si en el recorrido por las propuestas utópicas y ucrónicas que nos ofrece el libro no podía obviarse la *República* de Platón, tampoco era posible dejar de lado la obra de Tomás Moro, origen de la popularidad actual del mismo término *utopía* y de su asociación con la idea de imaginar mundos ideales. “Tomás Moro y el momento utópico”, de José Manuel Forte asume, entre otras, la empresa de situar a las utopías renacentistas en su justo lugar y de separarlas de otros relatos afines como los países de la Cucaña o Jauja, la tradición arcádica, las repúblicas moralmente perfectas y el milenarismo. Aunque, como matiza el propio Forte, no cabe establecer distinciones tajantes entre la utopía renacentista y esos otros géneros, rasgos como su carácter narrativo, su intertextualidad (con la obra de Moro como principal núcleo irradiador), su carácter dialógico o su cercanía a la literatura de viajes sí permiten establecer diferencias graduales con ellos. Con estas características en mente, el autor del capítulo repasa la *Utopía* de Moro y se pregunta por su papel precursor respecto a obras análogas posteriores que acabaron integrando muchos de sus elementos. Pero, al mismo tiempo, rinde cuentas con sus elementos sustantivos (y no solo formales) y señala el perfil distópico con el que, paradójicamente, podríamos identificar hoy a muchos de ellos.

El influjo de la *Utopía* de Moro reaparece, ahora imbricado en la obra de Friedrich Schiller, en el capítulo de Giorgia Cecchinato, con el título “Ni

conocimiento ni moral, ni teoría ni práctica, solo apariencia. El proyecto de una educación estética entre utopía y ucronía". Cecchinato sitúa la empresa utópica del poeta, dramaturgo y filósofo, que define como un "intento de reconstruir la unidad del hombre, de la comunidad y del Estado a partir de la experiencia estética", en una intersección entre la herencia del propio Moro, la concepción del tiempo histórico característica de la Ilustración y la crítica romántica basada en la estética a los modelos utópicos ilustrados. El ajuste de cuentas con la Ilustración vuelve a cobrar relevancia en el volumen, en este caso dirigida hacia la separación, desde la atalaya de Schiller, entre el arte y la ciencia, así como entre las distintas áreas de especialización de esta última, que con las Luces se tornan compartimentos estancos caracterizados por una división radical del trabajo. Con ello, el filósofo de Marbach ubica su utopía en una isla imaginaria regida por una comprensión del arte que ni se atiene a la realidad ni huye de ella, sino que aspira a "suspender todos los vínculos con esta para dar vida a una libertad interior sin precedentes". Así, el arte y su contemplación devienen actividades lúdicas, ociosas, en las que dejamos de lado momentáneamente nuestras creencias. Es precisamente en esa ociosidad donde se incardina la utopía política de Schiller, en la que la posición desinteresada de quien se aproxima al arte se hace extensiva al ánimo de quienes aspiran a lograr acuerdos que den lugar a un estado equilibrado. Además, para Cecchinato, esa dimensión lúdica de la propuesta de Schiller tiene la virtud de conferir a su utopía un carácter espontáneo del que carecen numerosas utopías ilustradas, que hacen del control sobre el comportamiento humano un elemento central.

Es habitual disociar, incluso enfrentar radicalmente, el pensamiento de Marx y el utopismo, por articularse una buena parte de aquel en oposición a las propuestas de los socialistas utópicos. Pero *Utopías y ucronías* también encuentra un lugar para la utopía en la teoría del filósofo y sociólogo alemán, con el capítulo titulado "Marx y la utopía comunista", de Óscar Cubo Ugarte. Es en el Marx maduro, de la *Crítica al programa de Gotha* y el tercer volumen del *Capital* donde, según Cubo, "cristaliza su ideal normativo de sociedad", que para el autor puede ser descrito más como una meta-utopía liberal –en la que se busca potenciar y definir claramente el alcance del reino de la libertad– que como una utopía perfeccionista. Junto a la definición del reino de la libertad, son relevantes en la utopía comunista de Marx las condiciones que permiten reducir el reino de la necesidad, en concreto, el aumento progresivo de la fuerza productiva del trabajo y la propiedad común de los

medios de producción. La propuesta de Cubo resulta ilustradora también en su delimitación de las dos fases del comunismo, identificables respectivamente a partir del principio de contribución y el principio de necesidad. Si aquel permite a las personas desprenderse de los condicionantes sociales sobre la propiedad de los medios de producción y ser remuneradas por su trabajo en función de su potencial productivo individual, este último lleva hasta sus últimas consecuencias el eslogan “¡de cada cual, según sus capacidades; y a cada cual según sus necesidades!”, al desligar por completo distribución y talento y atender, por el contrario, a la variedad de necesidades propia de la diversidad humana.

Falko Schmieder amplía la incursión de Cubo en la relación entre utopía y marxismo con el capítulo titulado “El concepto de utopía en el marxismo occidental”. Y lo hace presentando ante los lectores un escenario en el que coinciden, por un lado, el discurso neoliberal que niega la posibilidad de alternativas políticas y que presenta a la tecnología como el único agente de cambio y, por el otro, crisis estructurales de índole climática, financiera o social, que parecen hacer apremiante la reflexión sobre modelos radicalmente distintos del actual. En esa reflexión, Schmieder propone, primero, entender la evolución del Marx joven al Marx maduro como un trayecto que culmina en la revisión crítica de los modos de funcionamiento de la sociedad capitalista, más que como un mero tránsito desde la versión utópica hasta la científica del socialismo. Y, segundo, escudriñar los planteamientos sobre las utopías de cuatro autores de cabecera para el marxismo occidental: Ernst Bloch, Walter Benjamin, Theodor W. Adorno y Herbert Marcuse. En cada uno de ellos, la utopía se relaciona de manera diversa con elementos como la ciencia, la razón o la búsqueda de la felicidad. En particular, las aportaciones de Adorno sobre la necesaria superación de este mundo a través de valores radicalmente alternativos, que entiendo como un requisito para la supervivencia de la humanidad, permiten a Schmieder reivindicar la vigencia del marxismo occidental para atajar problemas tan urgentes como la crisis climática.

Del marxismo transitamos al pensamiento libertario con “El imaginario subversivo. El papel de la utopía en el anarquismo”, a cargo de Antonio Senta. Si para muchos marxistas la etiqueta “utópico” resultó durante mucho tiempo un anatema, para los anarquistas, en contraste, fue históricamente un motivo de orgullo. Ya se ha apuntado antes al doble valor de las utopías como imaginaciones de mundos ideales y herramientas de crítica que sirvan para mejorar

nuestra existencia actual. En el anarquismo, esa ambivalencia está, tal vez, más viva que en ninguna otra corriente. La utopía anarquista es un horizonte que debe alejarse constantemente, para que los seres humanos no dejen de caminar hacia comunidades más igualitarias. Pero, al mismo tiempo, algunas de sus experiencias pueden realizarse *aquí y ahora*, a través de prácticas como las federaciones cooperativas de consumo o producción. El autor repasa, en esta parte del volumen, los proyectos utópicos de autores como Malatesta, Bertolo, Landauer, Buber, Proudhon, Kropotkin o María Luisa Berneri. Con especial atención a las propuestas de Bertolo y Berneri, Senta subraya algunas diferencias sustantivas entre las utopías anarquistas y las marxistas o las ilustradas, como su rechazo a profesar una fe ciega en el progreso científico-técnico, su oposición a las utopías totalitarias o su negativa a ofrecer una visión completamente definida del futuro utópico, lo que obliga a repensar constantemente nuestros modelos ideales, tanto actuales como futuros.

En el décimo capítulo, José Ignacio Cruz se adentra en la imaginación utópica de un movimiento que rara vez se asocia con esta temática, como es la Falange Española. Bajo el epígrafe “Revolución pendiente y socialización de la juventud. La utopía política de la Falange Española”, el autor desgana las funciones de los campamentos del Frente de Juventudes en el adoctrinamiento falangista y explica su importancia para el ideal de sociedad del partido de José Antonio. De esta contribución cabe destacar su aproximación a la relación entre los partidos fascistas y la modernidad que, a diferencia de otros movimientos de derecha más asociados al conservadurismo clásico, no se da en términos de tensión u oposición. Influida por el nacionalsocialismo alemán y el fascismo italiano, la Falange aspiraba a alumbrar un nuevo modelo de sociedad, al margen de las viejas estructuras que, sin embargo, nunca pudo materializar totalmente en España, pues tras la Guerra Civil se vio obligada a compartir espacio de influencia con otros poderes de corte más tradicional y a posponer su propuesta revolucionaria –de ahí su melancólica alusión a la *revolución pendiente*, como guía del ideal político y social de la Falange. En ese contexto, los campamentos del Frente de Juventudes devinieron esenciales para la educación de los jóvenes varones, el sujeto revolucionario falangista por antonomasia, en un entorno alejado de otras influencias sociales, políticas y familiares.

La noción de “ucronías”, inserta en el título de la obra pero menos habitual en el acervo popular que la de “utopías”, ocupa el centro del escenario con la contribución de Linda Maeding, “Lo que podría haber sido. Utopía y

diáspora en Max Aub y Alfred Döblin”. La autora ofrece diversos puntos de conexión entre las obras de dos escritores que rara vez aparecen conectadas, pero que, sin embargo, comparten rasgos comunes. Uno de ellos es, precisamente, su perfil ucrónico, es decir, su disposición a imaginar la historia *como pudo (o debió) ser* y no *como fue* en realidad. En Döblin, esto se traduce en diversas reflexiones sobre la utopía judía y su compleja relación con la territorialidad tras el nacimiento del Estado de Israel. En Aub, en la ensoñación de una España republicana en la que las fuerzas democráticas no hubieran sucumbido frente al fascismo durante el conflicto civil. Así, en ambos autores lo ucrónico aparece como opuesto al orden del tiempo y las actuales esperanzas no se proyectan sobre el futuro, sino sobre un pasado que solo puede ser reescrito en la ficción. El otro punto de conexión entre los dos protagonistas del capítulo es, según Maeding, su condición de judíos, que en las obras de Döblin se trasluce en las alusiones a la diáspora, y en las de Aub, siquiera de manera implícita, en sus reflexiones sobre el racismo y la expulsión.

Las utopías libertarias vuelven a aparecer en la obra, si bien en su versión capitalista, con el texto de Felipe Schwember Auger. “Las asunciones utópicas como profilaxis de la distopía: posibilidades y límites de las utopías del derecho privado” discute las ofertas utópicas del libertarismo de Robert Nozick y el anarcocapitalismo, establece comparaciones entre ellas y aborda sus elementos más problemáticos. A Nozick atribuye Schwember el mérito de superar la tensión entre utopía y liberalismo detectable en Popper, Berlin y Hayek, con su obra de referencia *Anarquía, Estado y Utopía*. En ella, el filósofo norteamericano quiebra el nexo entre las utopías y la imaginación de un modelo de sociedad feliz, en tanto que su objetivo es permitir a los individuos desarrollarse sin imponer un modelo ideal de sociedad para cuyo alcance sea legítima la coacción. El rechazo a las instituciones coercitivas de justicia y a la explotación involuntaria son los puntos centrales de la propuesta de Nozick, denominada por Schwember “utopía del derecho privado” por su énfasis en elementos como la libertad contractual y la propiedad privada. Nozick propone una versión de la utopía en la que todo derecho es un derecho de no intervención. Con ello, lo que pretende es que, en lugar de obligar a los individuos a actuar para conseguir un ideal común de sociedad, las instituciones políticas permitan que cada uno pueda perseguir sus propios fines en un mundo capaz de “albergar en su seno todas las utopías”. En la parte final del artículo, no obstante, Schwember disputa el carácter utópico de la propuesta de Nozick y lo hace, además, en términos que no asumen

necesariamente la posibilidad de una corrupción del modelo, sino que llevan su versión más ideal hasta sus últimas consecuencias.

Lucas E. Misseri nos brinda “Derecho y utopía: perspectivas iusfilosóficas en las utopías literarias”, en el que repasa diversas conceptualizaciones del derecho en las narraciones utópicas. Más allá de su tema específico, la contribución de Misseri tiene la virtud de clasificar y diferenciar de forma clara distintos tipos de utopías. Resulta de especial interés, en este sentido, su distinción entre eutopías, eucronías, eupsiquías y evantropías. Las primeras, aquellas que ocurren en *lugares* ideales –y que incluyen propuestas como las de Platón y Moro, pero también como las de Harrington y Cabet–, suelen caracterizar al derecho como un corpus más sencillo, escueto y accesible que el del mundo real, y atribuyen a la comunidad una capacidad para autogobernarse que hace menos necesarias las intervenciones de la autoridad. Por su parte, las eucronías se caracterizan por situar los mundos ideales en un futuro hacia el que se avanza como resultado de una evolución que tiende siempre a la virtud. Las obras de Mercier y Bellamy, ambas surgidas en las proximidades de la *Sattelzeit* koselleckiana, son ejemplos claros de esta categoría pues, en ellas, los protagonistas llegan al futuro ideal tras un periodo de largo sueño: ¿acaso hay un signo mayor de la confianza en la razón de la historia que evadirse del mundo con la esperanza de que el tiempo alumbre sociedades mejores, casi haciéndolas caer por su propio peso? En las eucronías, el derecho aparece estrechamente vinculado con la tecnología, ya sea a través del reemplazo de los cargos judiciales por computadoras o de su configuración como mecanismo de control del desarrollo tecnológico. Las eupsiquías, a diferencia de las dos tipologías que acabamos de describir, no acontecen en un lugar o momento imaginario, sino que se dan a partir de cambios en las conciencias de los individuos. Alumbradas tras la II Guerra Mundial, eupsiquías como la de Skinner desconfían del derecho nacional y de la política como mecanismos de organización de sociedades masificadas, y transfieren sus esperanzas a la ciencia psicológica y el condicionamiento positivo. Por último, en las evantropías es el cuerpo humano y su mejora a través de la tecnología lo que se idealiza como característico de un mundo mejor. De nuevo, la relación del derecho con la tecnología cobra relevancia, en este caso muy vinculada a planteamientos morales sobre la naturaleza humana y su perfectibilidad.

Las mejoras en el cuerpo humano ocupan también un lugar destacado en “Utopía y ucronía en relación con la medicina y la salud”, de Cornelius Borck. La medicina, señala Borck, ha mantenido a lo largo de la historia una

relación especial, como disciplina, con las ucronías y el futuro, dado su vínculo con la extensión temporal de la vida humana. Ejemplo de ello es la imagen de la *f fuente de la eterna juventud*, con la que, como refleja la obra pictórica de Cranach el Viejo, se disocia el envejecimiento físico de la madurez mental. No obstante, la concepción koselleckiana de los tiempos históricos permite a Borck apreciar diferencias epocales en las finalidades atribuidas a la medicina. Así, con la Ilustración se supera un modelo medieval, cuya principal aspiración era aliviar las afecciones que aquejan naturalmente al cuerpo humano, y aparece la clínica moderna, en la que la medicina ya no se contenta con apoyar los procesos de la vida, sino que pretende *mejorar las condiciones* de esa vida con el objetivo de prolongarla tanto como sea posible. Con ello surge una visión utópica de la medicina que profesa una confianza ciega en su extrema eficacia. Pero, como señala el autor del capítulo, el aceleracionismo característico de la modernidad también engendra enfermedades epocales, como la *American Nervousness*, la neurastenia, la caries, la obesidad o la diabetes, consecuencia de las nuevas formas de vida, que incluso dan lugar a nuevas patologías relacionadas con niveles nunca vistos de higiene. Asimismo, las experiencias y proyectos eugenésicos y racistas de occidente apuntan, según Borck, a una relación conflictiva entre la medicina y las ucronías, hasta el punto de que numerosas ucronías médicas acaban tornándose en discronías.

Cerramos el volumen con una sección dedicada a otro de los grandes referentes de la historia conceptual, titulada “Imágenes del final del camino. Utopía e historia en el pensamiento de Hans Blumenberg”. En ella, Pedro García-Durán reconstruye la fenomenología de la historia de Blumenberg –crítica con la fenomenología de Husserl pero, en ciertos puntos, también deudora de esta–, para analizar el perfil histórico que adquieren no solo las utopías, sino también la técnica, la razón y la experiencia con la llegada de la Ilustración. A este respecto, García-Durán subraya la importancia que concede Blumenberg a la noción de “tránsitos”, tanto en los intercambios entre metáforas y conceptos como en los umbrales que separan cada tiempo histórico. A través de ella, y de la revisión de la caverna en la versión utópica con la que aparece en la obra de Gehlen, se aproxima al lector a la crítica blumenberguiana de las utopías. En esa crítica, las utopías aparecen como mecanismos de *cierre* más allá de la historia, revisiones míticas de un pasado idealizado que no contribuyen a superar el presente y, sobre todo, que operan como funestas vías de escape a los tránsitos que, para Blumenberg, son

“el medio en el que lo humano se despliega en toda su inabarcable variedad y desarrolla sus posibilidades”.

Comenzábamos esta recensión señalando la pérdida de vigencia de las utopías y las ucronías en nuestro tiempo, el desasosiego ante las crisis que nos asolan y el dominio cada vez mayor de las distopías y las discronías en el terreno de la imaginación del futuro. Si podemos subrayar una virtud de este volumen es que sus diferentes secciones ofrecen las herramientas para recuperar esa vigencia, pero sin caer en el paroxismo propio de la confianza ciega en que el curso de la historia alumbrará, seguro, un futuro mejor, ni en la ansiedad que provoca la incapacidad de seguir imaginando mundos ideales. Y lo hace, además, en unos términos en los que la reflexión utópica puede resultar útil para cualquier ideología o corriente de pensamiento. En este último sentido, hace suya una de las cualidades que, posiblemente, más valga la pena destacar del pensamiento utópico: su capacidad para suscitar visiones críticas respecto al tiempo presente, pasado y futuro, y auspiciar mundos alternativos que permitan al ser humano escapar de la inevitabilidad de su existencia actual. Por ese motivo, deviene una obra de lectura imprescindible para el pensamiento, no solo utópico, sino filosófico de nuestros días.

JESÚS MORA
Universidad de Valencia
e-mail: jesus.perez@ext.uv.es

Byung-Chul, HAN,
Infocracia, la digitalización y la crisis de la democracia.,
Editorial Taurus, Santiago de Chile, 2022. 91 pp.

RODOLFO MARCONE LO PRESTI
Universidad de Valencia

Palabras claves: democracia, infocracia, digitalización, discurso político, noticias falsas

Keywords: democracy, infocracy, digitization, political discourse, fake news

1. INTRODUCCIÓN

Esta última obra de Byung-Chul Han, no puede dejar indiferente a nadie, como la mayoría de las obras del autor. La realidad es analizada desde la rigurosidad académica que le distingue, a través de un lenguaje sencillo, que llega al gran público con extrema facilidad, quizás por su posición como profesor en la Universidad de las Artes de Berlín, tratar temas complejos de forma sencilla, es una cualidad difícil de encontrar, que Han desarrolla de maravilla.

En esta oportunidad el profesor Han denuncia la crisis de la democracia liberal, señalando que la esfera pública y la opinión pública, se encuentran en una mutación constante gracias a los vastos procesos de digitalización de la comunicación humana. La avalancha sin precedentes de información que es recibida por los ciudadanos, manipulada por medio de algoritmos predictivos y otras técnicas, busca modificar su conducta, en algunas caso, por medio de campañas desinformación como son las noticias falsas o ejercito de trolls virtuales que replican un discurso programado.

Vivimos en una época de propaganda informativa sin parangón. Asistimos entonces, según Han, al momento donde aparece la “Infocracia”, concepto que para el autor engloba la transmutación de la estructura de la esfera política, gracias a la digitalización de los procesos comunicativos, lo que se transforma en un arma de psicopolítica a través de la psicometría.

2. ANÁLISIS DE LA OBRA

En el primer capítulo el profesor Han desarrolla el tema: “El régimen de la información” (pp. 9-25), definiendo al régimen de información como: “(...) la forma de dominio en la que la información y su procesamiento mediante algoritmos e inteligencia artificial determinan de modo decisivo los procesos sociales, económicos y políticos.” (p. 9) En este régimen es evidente que no se explota la energía del trabajo humano –como sería el caso de la biopolítica– o el cuerpo (p. 11), más bien se explota la vastedad de datos generados por los mecanismos de recolección de estos, desarrollados en el proceso de digitalización de la vida humana.

Así las cosas, estos datos se utilizan para la vigilancia psicopolítica, o sea generar un régimen de control sobre ciudadanía, este régimen de información/control busca apoderarse de la psique mediante la psicopolítica, generando una sociedad de la vigilancia (p.12). Quizás esta es una de las principales tesis del texto.

En una sociedad donde domina un sistema panóptico digital, donde los ciudadanos se incorporan a este por medio de la “exposición” de sus vidas, que al fin y al cabo son datos, está sin duda es una de las graves denuncias que realiza Han. Así las cosas son los propios ciudadanos, que luchan por mantenerse visibles y localizados, los que se entregan a la máquina de control.

Los ciudadanos vivirían en un constante estado de confinamiento y aislamiento, y por otro lado conectados en redes de comunicación, donde el teléfono inteligente es el instrumento más eficaz de recolección de datos y vigilancia, el smartphone nos hace creer que vivimos en libertad y comunicados (p. 14).

Llegará a señalar Han que los focos que entrega el mundo de las redes sociales y las comunicaciones digitales, permite la sumisión del individuo, lo mantienen disciplinado –lejos de la disciplina del cuerpo de los antiguos regímenes de control biopolíticos–, de esta forma se encuentra el sujeto visibilizado a los mecanismos de control del panóptico digital (p. 13). Por tanto se vive en un régimen de transparencia –un término ya utilizado por Han en su obra: *El Enjambre* –que es sinónimo del régimen de la información denunciado, donde las personas dejan de ser libres, ya que la información que estas proporcionan al sistema, les permite generar una relación de dependencia con la plataforma controladora, diría Han: “Ellas mismas se colocan

los grilletos al comunicar y producir información. La prisión digital es transparente.” (p. 15).

El régimen de información digital, entonces invade la vida cotidiana del individuo, la prisión digital de la “Smart Home”, “Smartband”, “Smartband” es agradable y ofrece servicios, pero no deja de ser una prisión inteligente del bienestar, donde es imposible casi resistir al denominado “régimen neoliberal de la información” a este régimen donde “El Like excluye toda revolución” es casi imposible resistir, ya que el discurso se basa en una libertad digital-personal extremadamente individualista (p. 17).

El profesor Han denuncia el mundo de apariencias y mercadeo de los “influencers”, que viven en un perpetuo sistema de autoexplotación de su imagen, donde consumo e identidad se fusionan, donde: “La propia identidad deviene en mercancía.” (p. 19).

El autor nos quiere recordar, que la libertad sentida o con sentido, es lo que permite surgir a la esfera pública de forma sana, al parecer el régimen de información no permite pervivir sanamente la democracia –otra de las grandes tesis de este libro–, ya que esta necesita diálogo en la verdad.

Las pantallas son hoy vehículos del consumo y disponibilidad, los dedos se vuelven el instrumento esencial, y en ellos solo es posible presionar para obtener, las manos como objeto de revolución quedan atadas, ahora es la suavidad del touch screen donde la revolución se crea y sofoca al mismo tiempo (p. 20).

En esta sociedad del consumo digital de información sin límites, surge una “ideología de la narración” esta promete dar una explicación total de la realidad, y por ello deja de existir la incertidumbre, y surgen las explicaciones totales aisladas, como las teorías conspirativas y noticias falsas.

Han denuncia que el Big data y la Inteligencia Artificial son medios psicopolíticos, que influyen en el comportamiento humano de una forma sutil, incluso por debajo de la consciencia (p. 23). Por ello termina señalando en este capítulo el autor, la importancia de quien controla la información, ya que quien la controla, tiene asegurado el dominio de la esfera pública, o sea el dominio político, la subyugación de la democracia (p. 24).

En el segundo capítulo de la obra, denominado: “Infocracia” (pp. 25-43). Inicia este capítulo el autor, señalando la tesis, que la democracia se está: “degenerando en una infocracia” (p. 25), en este capítulo Han demuestra cómo

la esfera política se encuentra sorteando una ola o tsunami informativo, donde el poder de esta fuerza destructora, tiene su origen en la: información manipulada. Para demostrar esta tesis, el autor realiza un análisis de la relación entre democracia y el libro; democracia y cultura; democracia y vida social, siguiendo a Habermas –con su teoría de acción comunicativa–, quien denuncia la responsabilidad de los medios de comunicación de masas en el declive de la esfera pública, donde esta se vuelve una mera apariencia, surgiendo la mediocracia, donde todo es espectáculo, todo es un Show para la televisión (p. 27).

Así se produce el declive de la democracia, gracias a la cultura del discurso fragmentado que se propició por la aparición de un discurso ejecutado en parámetros de la imagen, o sea para la televisión. Así para Han, la fragmentación discursiva aturde el juicio humano, llegando a señalar que: “La historia de la dominación puede describirse como el dominio de diferentes pantallas” (p. 29), esto desde el Mito de la Caverna de Platón –pantalla primitiva, donde se proyectan sombras–, hasta la pantalla de Orwell, o el Mundo Feliz de Huxley, donde se describe una sociedad paliativa (pp. 30-31). Hoy la pantalla proyectiva, se transforma en pantalla táctil interactiva, dominada por los teléfonos inteligentes, los cuales se transforman en instrumentos de sumisión debido a su poder adictivo, dado por la capacidad interactiva de estos, a través de estos instrumentos, las personas emiten contenido sin límites, y por otro lado se consume contenido hasta la saciedad, creando una adictiva compulsión (p. 32).

Para Han, la crisis de la democracia, es un problema, que en parte se produce por la excesiva fragmentación y rapidez del régimen de información dominante, la utilización de los medios digitales de forma intensiva permite este fenómeno. Lo que provoca un problema cognitivo, ya que no permite la quietud necesaria para procesar la información, donde realmente se construye: “el saber, la experiencia y el conocimiento” (Página 33). Así tenemos una sociedad atiborrada de información, que cambia día a día, donde la arquitectura sustentadora del tiempo se encuentra erosionada y donde la racionalidad se pierde, y se recurre a la mera acción inteligente, que solo mira al éxito cortoplacista, es la sociedad de la Inteligencia Artificial, que desplaza la sabiduría (p. 34).

Por ello la racionalidad discursiva tan necesaria para sustentar la democracia, se encuentra bajo amenaza. Prevalen las emociones rápidas y fugaces –la preeminencia de la imagen–, más que los fundamentos racionales de un discurso, por ello vivimos en una época donde las “fake news” poseen un potencial de acaparar la atención de una masa crítica de ciudadanos y

destruir una parte significativa de la esfera pública, impidiendo el diálogo. Entonces un tuit es más importante que un argumento, y esto bien lo supo utilizar el ex presidente Donald Trump, quien dio inicio a la época del oportunismo comunicacional vía Twitter (p. 35).

Así las cosas Han, denuncia la asunción de una época de psicometría, el cual es un instrumento ideal del marketing psicopolítico, que permite crear perfiles de usuarios, basados en la acumulación de datos del comportamiento digital, logrando la manipulación del elector mediante publicidad personalizada dirigida a la sensibilidad del propio elector, influenciando de esta forma el nivel subconsciente del votante, socavando en fin, el proceso democrático desde las bases, ya que se desfigura el libre albedrío e impide el conocimiento en profundidad de la discusión política, como ha sido el caso documentado de microtargeting realizado por Cambridge Analytica, que influyó en la Elección donde fue electo de EEUU el polémico Donald Trump (pp. 36-37).

Más aún las guerras de información, son hoy guerras de desinformación, desarrolladas a través de los ejércitos de trolls o bots, que comparten información muchas veces falsa, "likean", buscando modificar el "clima" de la opinión pública digital, cuestión que hacen con éxito, probada por estudios, así nos encontramos en una infoguerra permanente (pp. 39-40). Vivimos en época de "fake news" y teorías conspirativas, las cuales serían las espadas de los guerreros de la información.

También surgen las imágenes que reemplazan al discurso, los llamados: "memes", quienes pueden lograr una victoria política, a través de la "guerra memética", donde se establece la primacía de lo visual, sobre lo discursivo, y siguiendo las ideas de Han y otros notables filósofos, ante esta cultura del meme, la verdad quedaría relegada, ya que "las imágenes no argumentan ni justifican nada", generando por tanto una infodemia, que socava el proceso democrático de diálogo, al socavar la racionalidad discursiva de la esfera pública (pp. 41-42).

En el capítulo tercero, denominado "El fin de la acción comunicativa" (pp. 43-57); en esta capítulo Han, inicia su reflexión, desarrollando la idea de la "democracia digital", donde la esencia de la toma de decisiones se genera por una incesante retroalimentación (Pierre Lévy), que utilizaría el poder del smartphone a modo de cámara de representantes, creando la posibilidad de una "democracia digital" idea que hoy son una mera ilusión, siendo el smartphone un mero instrumento de sometimiento, más que de democracia (p. 44).

Así las cosas los “enjambres digitales”, compuestos por los “followers” quienes para Han, son los nuevos vasallos despolitizados, serían incapaces de crear una comunidad política, ausentes de una capacidad discursiva racional, la acción política se vuelve imposible.

La incesante publicación de contenidos privados de los usuarios, llegan a desfigurar la esfera pública (pp. 44-45). Han citando a la gran filósofa Judía-Alemana, Hanna Arendt, quien llegaría a señalar que el pensamiento político es una práctica discursiva donde aparece la “presencia del otro”, por eso el discurso es esencial para generar opinión pública.

La tesis de Han, es que la presencia del otro parece diluirse en la info-cracia, donde la acción comunicativa, degenerada por la desaparición del “otro”, impide el discurso, creando un fenómeno de “(...) autoadoctrinamiento produce infoburbujas autistas que dificultan la acción comunicativa.” ya que la opinión y la identidad se funden, lo que genera individuos sin capacidad de actualizar discursos. Estos individuos se aferran a sus propias opiniones, con el fin de preservar una identidad en dilusión, es una sociedad donde no se oye, no se escucha al otro, por ello Han termina señalando que la democracia actual vive una crisis de la escucha, que es crisis de sobrevivencia (pp. 46-48).

Esta imposibilidad de escuchar, se ve amplificada por el surgimiento de los algoritmos, que clasifican a las personas y preferencias de estas, segmentandolas, con el fin de enviarles información adecuada a su perfil. Así este individuo es aislando por el algoritmo, pierde el sentido del otro, creando una personalidad digital narcisista, que “atomiza” a la sociedad, generando una sordera cognitiva, que impide distinguir la otredad, así asistimos a la perdida de la capacidad de empatía, tan necesaria para acoger a un prójimo diverso, y por ende vivir en una democracia sana, o sea dialógica (p. 49).

Siguiendo a Habermas, el autor señala que la acción comunicativa, se encuentra en crisis por la globalización y la hiperculturización, donde la identidad deja de ser subyacente a lo que denomino Habermas el “mundo de la vida”, que es un conjunto de patrones interpretativos necesarios para el entendimiento humano, y esenciales para la esfera política (p. 51). Entonces quedaría la tribalización de la red, como forma de dotar de sentido a la acción comunicativa, en estas tribus el otro es desplazado, no hay debates discursivos como diría Habermas, y por ende se pierde la racionalidad. Se crea un mundo posfactual, sin hechos ni razones, meras imágenes meméticas unen a las gentes, las tribus digitales aglutinan identidades causales de

pertenencia y autocomplacencia, que se basan en la mera imagen, lejos de la alteridad personal.

Así Han llega denunciar una “dictadura tribalista de opinión e identidad que carece de toda racionalidad comunicativa”, la sociedad actual se construye en un conjunto de “identidades sin alteridad”, donde se pierde el sentido de comunidad política, que solo se construye con la escucha a un otro, donde existe un “nosotros”, así Han termina señalando que la democracia es la “comunidad de oyentes”, por ello comunicación sin comunidad significa la autodestrucción de la esfera política (pp. 53-55).

En el capítulo cuarto, denominado “Racionalidad digital”, el autor denuncia la posición del: datismo, que utiliza el Big Data y el proceso algorítmico, que deja la acción comunicativa, desprovista de sentido, para los datistas la tecnología solo puede manejar la cantidad de información generada por la sociedad digital, y la persona humana es superada en su capacidad de procesarla. Así los supuestos desarrollados por Habermas y Arendt no se pueden validar en la actualidad, ya que no existiría el sustrato común para una discusión, ante esto Habermas ha expresado su perplejidad.

Han denuncia que la falta de argumentación del datismo, impide el aprendizaje, así las inteligencias artificiales, sólo en apariencia razonan, en verdad solo computan probabilidades, y por esto jamás los algoritmos podrán generar verdaderos argumentos (Páginas 57-59). Así los datistas como Pentland, auguraban que los datos salvarán al mundo de la catástrofes como guerras y epidemias, cosa que los hechos lo han contradicho. Denuncia Han el fracaso del datismo, que habría llegado a soñar una sociedad sin política, solo hecha de decisiones automatizadas en base a los datos generados por la población, asegurando que esta forma de entender el interés general, sería más racional y perfecta (pp. 64-66). Lo que significa que la racionalidad digital promovida por el datismo es colectivista, y se opone al individuo, más concibe a la sociedad como “organismo funcional” donde no hay discurso, ni menos verdad válida, solo información (pp. 68-69). Así Han, recoge voces que se oponen al datismo, como Zubof, que llama a la indignación ante la pérdida de la experiencia interior de la personalidad humana, ya que solo en esta interioridad aparece la “voluntad de querer”. En esta sociedad del mero dato, se vuelve imposible la voluntad humana libre, porque se diluye en trillones de datos, donde la interioridad dialéctica desaparece, ese: uno-mismo-en-el-mundo se escapa en la vorágine informativa.

En el último capítulo de esta interesante obra, Han entra en el meollo de su tesis, con la: “La crisis de la verdad”, llegado a la síntesis de que el nuevo nihilismo, es una distorsión: psicológica de la sociedad de la información, donde se ha perdido el mundo común o sustrato esencial de facticidad, provocado por la desintegración tribalista de la sociedad digital, donde el impulso a la verdad, está ausente, por ello en esta época de crisis de la verdad, se pierde el lenguaje común, se pierde la fuerza de cohesión de la sociedad, que solo la verdad puede ejercer, ya que no existe distinción clara entre verdad y mentira (pp. 71-73). Para Han el sujeto de este nuevo nihilismo informativo, es un ser que ataca la facticidad, es de una indiferencia supina ante la verdad de los hechos, (p. 74) y este es un peligro mayor que el clásico mentiroso, que de una cierta forma afirma la verdad, en su proceso de falsificación de una realidad que desea modificar, pero la reconoce como tal.

Este nuevo nihilismo patológico, donde se ha erosionado lo factico, situación que denuncio en su oportunidad la gran Hannah Arendt frente al totalitarismo nazi, cuando el regimen de dominación totalitario creo una gran mentira, para así dar paso al “nuevo mundo” con el fin de lograr sus fines perversos.

Aunque Han reconoce una relación entre ideología y verdad, entenderla, supone un reto complejo; ya que siguiendo el ejemplo de Hitler su discurso racista era una verdad fáctica, construida desde una mentira supuestamente vivida en la calle, la “verdad superior”, “anti elitista”, o sea “anti-judía”, así se retorció la realidad utilizando un discurso de la falaz verdad nazi (pp. 76-77).

Así las cosas nuestro mundo digital es caldo de cultivo, para la mentira, pues donde “la firmeza del ser” es suprimido por la digitalidad, que es opuesta a lo fáctico, provoca para Han, que se debiliten los hechos, y la conciencia de la realidad se vuelve casi un imposible. Nace entonces la posibilidad de: “(...) un fraude universal, la mentira total, también invade el lenguaje” creándose nuevos lenguajes, donde es posible retorcer la realidad, según el discurso del partido siguiendo las ideas de Orwell (p. 80-81).

Así las cosas manejar información, no es el antídoto a la desinformación, ya que la información no explica el mundo por sí sola, y por ello las informaciones discordantes generan confusión y desconfianza, no permiten un sustrato de verdad, ya que no hay ser, solo contingencia líquida, es una nube de inseguridad.

Han explica que la información es aditiva y acumulativa, en cambio la verdad es narrativa, exclusiva y por ende infrecuente, en ella dice el autor se

elimina la contingencia y la ambivalencia, ya que es un relato plagado de sentido, en cambio la sociedad de la información está vaciada en la transparencia de una humanidad bien informada pero desorientada (pp. 82-83). Llega a señalar el autor que “La idea de la verdad se funda en que la pretensión de validez de las afirmaciones sea discursivamente admisible.” (p. 83). Por ello la verdad discursiva permite un consenso y cohesión social, y cuando falla esto, la esfera pública se vuelve imposible para los valores democráticos.

Han denuncia con fuerza, que nos encontramos ante una crisis social, donde el peligro de la desintegración es una realidad, al parecer nuestra sociedad infocapitalista se encuentra unida solo por los valores del intercambio comercial, así la mercancía reemplaza a la verdad, y el mundo se oscurece (p. 84).

Asistimos al fin de los grandes relatos que dieron vida a la sociedad democrática, por un sociedad de la información, carente de narración, o sea sentido.

Así las noticias falsas y teorías conspirativas reafirman el tribalismo digital, donde sus “microrrelatos” sesgados reemplazan a la verdad, y afirman una identidad, que diluida en la crisis social, busca reafirmarse, especialmente este fenómeno se da en las derechas –según opinión de Han–, que sometidas a una revolución cultural, su identidad necesita reafirmarse, así estas teorías son narrativas donde se suprime la contingencia y la complejidad en un mundo en crisis cultural, esto se vio con la reciente crisis pandémica, donde las cifras poco explicaban lo que sucedía a las personas, y surgieron las teorías conspirativas, desde sectores de las ultra derechas e izquierdas (p. 85).

Por ello Han, señala sin tapujos que la democracia: “No es compatible con el nuevo nihilismo. Presupone un discurso de la verdad. Sin embargo, la infocracia puede prescindir de la verdad” así las cosas sin verdad no hay política, no hay parresía, que es la capacidad de decir la verdad con coraje –siguiendo a Foucault–, para Han así solo es posible “crear comunidad”, donde las personas no tengan miedo de comunicar la verdad en el marco del juego del poder político (dynasteia), cuando se pierde el fin del poder, radicado en la parresía, se crea una política manipuladora y oportunista, bajo el diseño programático de las fake news (p. 88).

Aunque la verdad es peligrosa, como lo acredita la historia de la filosofía en el caso de Sócrates, o en la historia de la religión con la condena de Jesucristo, hoy la filosofía y la teología al parecer se despiden de su misión de señalar la verdad, y esto en la filosofía entraña el peligro de vaciar el futuro de los conceptos. Vivimos como el hombre que se libera de la caverna

platónica, y regresa a su refugio de sombras a comunicar la realidad, y lo despiden casi matándolo, los que siempre estuvieron encadenados y mirando sombras (pp. 89-90).

Para Han vivimos presos en una “caverna digital”, aparentamos vivir en libertad, mediante el ejercicio del touch screen, pero estamos encadenados a pantallas táctiles digitales, que plagadas de imágenes e información eliminan nuestra capacidad de razonar sosegadamente. Hay un exceso de ruido y luz de la pantalla, allí en esta vorágine, la vida es insostenible tal como la reconocemos en su orden terreno –desaparece este lugar–, donde es reemplazado por el nuevo orden digital, donde el régimen de la verdad es desplazado por la infocracia, así asistimos al nacimiento de un nuevo “Estado Totalitario Digital”, que se construye en palabras de Han en una “mentira total”, y donde enseñar la verdad será una tarea más peligrosa que ayer (pp. 91-92).

3. CONCLUSIÓN

Así las cosas tenemos en esta última obra de Han, un trabajo crítico y reflexivo de extrema importancia, para entender la realidad y el devenir de la esfera política de las democracias occidentales. Las cuales se encuentran sumidas en el nihilismo de la infocracia, denunciada por el autor como una patología psicosocial, la que impulsa la implementación de una tiranía a escala global mediante la infocracia, en desmedro de la racionalidad democrática. Han denuncia la mercantilización y manipulación de la realidad humana. Hoy es un hecho esta realidad, gracias a la ascensión del Big data, Machine Learning, y la Inteligencia Artificial, Han denuncia las ideas e instrumentos del Datismo, volcadas en estos instrumentos los cuales se vuelven mecanismos de control psicopolítico. Todo esto en desmedro de la persona humana libre y racional. Por ello Han es enfático en denunciar que debemos volver al “factum” de la verdad como único camino para ejercer una democracia que escucha y permite la expresión de la belleza del otro diverso, en la verdad de la narración está la alteridad del otro, que permite la vida política humana, plural y democrática.

RODOLFO MARCONE LO PRESTI.
Universidad de Valencia,
e-mail: presti@alumni.uv.es

Leigh A. PAYNE, Gabriel PEREIRA y Laura BERNAL-BERMÚDEZ,
Justicia transicional y rendición de cuentas de actores económicos,
desde abajo: desplegando la palanca de Arquímedes,
Dejusticia, Bogotá, 2021, 486 pp.

JAVIER GONZÁLEZ-ARELLANO
Instituto Internacional para la Filosofía y los Estudios Sociales, IIPSS

Palabras clave: justicia transicional, rendición de cuentas empresarial, complicidad empresarial
Keywords: transitional justice, corporate accountability, corporate complicity

Más de cuatro décadas han pasado desde que España transitó de un régimen dictatorial a un régimen democrático. En estos cuarenta años, el Estado español ha mostrado un déficit en la rendición de cuentas por su pasado violento marcado por la Guerra Civil (1936-1939) y la dictadura franquista (1939-1975). En este conflicto armado interno y en el régimen represivo subsiguiente, se cometieron violaciones al derecho internacional humanitario y graves violaciones a los derechos humanos. Las consecuencias y su legado, a causa de los acuerdos y políticas adoptadas durante el periodo transicional y postransicional, no se han superado, ni mucho menos resuelto dentro de un enfoque de respeto pleno a los derechos humanos.

Esta afirmación se ve reflejada en el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (2014), en donde se sostiene que los mayores incumplimientos de España en los pilares de su mandato se encuentran en materia de verdad y justicia. En España, en efecto, nunca se estableció una política de Estado en materia de verdad, lo que se traduce en la inexistencia de información oficial y de mecanismos de esclarecimiento de la verdad, como podría ser una comisión de la verdad que ayude a esclarecer los hechos luctuosos que ocurrieron en este periodo de tiempo. Por el lado del

pilar de la justicia, según el relator, existe un excesivo formalismo e interpretaciones restrictivas de la Ley de Amnistía y del principio de legalidad que no solo niegan el acceso a la justicia, sino que también impiden cualquier tipo de investigación. El Estado español, en definitiva, está en deuda con las víctimas de la dictadura, quienes han experimentado constantemente como sus derechos y reclamaciones se han visto relegadas a la esfera de lo privado a raíz del pacto de olvido de la transición, la inacción por parte del Estado y la mirada indiferente de ciertos sectores de la sociedad.

Una de las temáticas que ha sido subexplorada, según el informe del relator, es la responsabilidad de las empresas privadas en la participación o complicidad en la comisión de violaciones a los derechos humanos durante la Guerra Civil y la dictadura franquista. Este olvido en la lucha contra la impunidad, tanto de la academia como en la práctica, ha profundizado aún más la brecha existente entre las víctimas. Si ya es preocupante el tratamiento que se le ha dado las víctimas del franquismo en comparación con las víctimas del terrorismo, el olvido de las víctimas que sufrieron abusos por la colaboración de las empresas en la represión estatal es abismal. Precisamente la obra que voy a reseñar nos puede ayudar a disminuir esta brecha que existe entre las víctimas.

Editado y traducido por la editorial Dejusticia (2021), *Justicia transicional y rendición de cuentas de actores económicos, desde abajo: desplegando la palanca de Arquímedes*, es una investigación empírica que busca, por un lado, visibilizar la participación de los actores económicos en violaciones graves a los derechos humanos en contextos de conflicto armado y regímenes represivos, y por otro, mostrar las estrategias que se han implementado en diversos lugares del mundo para la rendición de cuentas por complicidad empresarial. Publicado originalmente en inglés bajo el título *Transitional Justice and Corporate Accountability from Below: deploying archimedes' lever* (Cambridge University Press, 2020), Leigh A. Paine, Gabriel Pereira y Laura Bernal-Bermúdez nos presentan la versión en español del estudio en donde se examinan cientos de casos de rendición de cuentas por complicidad económica en crímenes de lesa humanidad, con la intención de disminuir la brecha existente entre víctimas que he descrito en párrafos anteriores.

Es una obra extensa, que se encuentra estructurada en tres apartados, que a su vez están divididos en 5 capítulos, además de la presentación, introducción, la conclusión y un apéndice que toda investigación que quiera profundizar en esta temática deberá considerar seriamente estudiar. Por moti-

vos metodológicos, sostienen las autoras, el análisis de casos y procesos de la investigación incorporó eventos publicados desde los juicios de Núremberg hasta julio de 2019. En esta obra se revisan, sistematizan y analizan juicios y comisiones de la verdad de todo el mundo, poniendo en evidencia que este estudio no es un ejercicio analítico abstracto; es, por el contrario, un esfuerzo de análisis empírico, comparativo e histórico sin parangón. Esto nos da una señal clara de la magnitud del trabajo, la actualidad del estudio y lo íntegra que es la investigación que nos presentan Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez.

El objetivo de este libro es dar a conocer o visibilizar lo que se ha denominado la pieza faltante del rompecabezas de la Justicia Transicional, a saber: la rendición de cuentas por complicidad de actores económicos en crímenes atroces. Para lograr este cometido las autoras se preguntan por *cuáles* han sido los esfuerzos de rendición de cuentas en esta materia, *a quiénes* incluyen, *por qué*, *cuándo* y *dónde* han tenido lugar, y *cómo* se han desarrollado, refiriéndose también de los obstáculos en la rendición de cuentas a nivel nacional e internacional, la ausencia de instrumentos internacionales de derechos humanos efectivamente vinculantes para empresas y el poder de veto de los actores económicos (véase, p. 26).

Las autoras conceptualizan intencionalmente la complicidad empresarial en términos amplios, definiéndola como la “asistencia o participación de actores económicos en graves violaciones a los derechos humanos perpetrados por actores estatales o paraestatales, en situaciones de regímenes autoritarios o conflicto civil” (p. 27). Esta definición les ayuda a rastrear un espectro lo más completo posible de actores económicos que han enfrentado mecanismos de rendición de cuentas por graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, los actores económicos identificados pueden ser empresas de propiedad estatal, privadas o mixtas, pero también actores económicos individuales que forman parte de una empresa o comunidad empresarial. En el estudio se constató la participación de propietarios de tierras que forman parte de una comunidad rural empresarial, asociaciones empresariales o comerciales, grupos unificados de actores económicos individuales y corporaciones que operan como una sola entidad; comprenden a individuos que son propietarios o trabajan para compañías y otras empresas (como un banco, una granja, una compañía de seguros o una empresa de bienes raíces) que cometieron violaciones como parte de su rol en el emprendimiento económico (p. 29). En definitiva, estamos hablando de la identificación de una amplia gama de actores económicos que formaron parte de la estructura

violenta, participando directa o indirectamente en la comisión de genocidio, tortura, secuestro y desaparición forzada, detención ilegal, agresión sexual, trabajo forzado y otros delitos considerados crímenes contra la humanidad.

Por su parte, la rendición de cuentas es conceptualizada por las autoras como una amplia gama de estrategias y esfuerzos para lograr verdad, justicia y reparación. En este sentido, en este estudio no sólo se tienen en cuenta los veredictos de culpabilidad en juicios penales, que suelen ser visto como la máxima forma de rendición de cuentas en los procesos de justicia transicional, sino que también se consideran e incluyen toda gama de esfuerzos judiciales (penales o civiles), desde el inicio formal de los procesos legales hasta el juicio final. Las autoras, en efecto, se centraron en el conjunto específico de mecanismos de rendición de cuentas que se derivan de los procesos de justicia transicional: los juicios locales (acciones judiciales iniciadas o decididas por los tribunales ubicados en el mismo país donde ocurrieron los hechos luctuosos), los juicios en el extranjero (acciones judiciales en un país que no es aquel donde ocurrieron las violaciones) y los juicios internacionales de derechos humanos (aquellas acciones judiciales creadas por organizaciones o alianzas internacionales) y, finalmente, en las comisiones de verdad. Toda esta información se encuentra sistematizada en la base de datos *Corporate Accountability and Transitional Justice* (CATJ), creada por las autoras y que se configura como el instrumento metodológico más importante en el cual pivota su investigación.

Ahora bien, el hilo conductor del libro se puede resumir en la búsqueda de la responsabilidad empresarial desde abajo, Esto no es un asunto menor, ya que el sintagma *desde abajo* interpela directamente a las líneas de investigación que se interrelacionan en el seno de este estudio. Por un lado, el campo de la Justicia Transicional, que suele ser criticado por su excesiva dependencia a las normas y prácticas del Norte Global en el diseño e implementación de mecanismos de verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y memoria histórica, Esta dependencia, que se ha denominado de *arriba hacia abajo*, a menudo invisibiliza las demandas y necesidades locales de las comunidades afectadas directamente por las violaciones a los derechos humanos. Por otro lado, nos encontramos con la emergente línea de estudio de Empresas y Derechos Humanos, en dónde la búsqueda de la rendición de cuentas por abusos a los derechos humanos es considerada a la inversa, es decir, como una estrategia que va *de abajo hacia arriba* con la finalidad de sortear las dificultades y limitaciones que se plantean a nivel internacional en los tribunales nacionales del Norte Global. Estos tribunales suelen ser más

potentes que las empresas o al menos poseen herramientas legales para debilitar su poder de veto corporativo en materia de responsabilidad empresarial. El estudio que reseñamos uno estos dos enfoques y además agrega uno novedoso: la rendición de cuentas *desde abajo*, es decir, los esfuerzos de los tribunales nacionales del Sur Global para responsabilizar a los actores económicos por su participación en graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante regímenes autoritarios y conflictos armados.

En su propuesta las autoras sostienen que, para avanzar hacia la responsabilidad corporativa en crímenes contra la humanidad, se deben considerar cuatro factores que son identificados y descritos en este estudio, y que forman parte del modelo teórico de rendición de cuentas *desde abajo*, a saber: a) la demanda de la sociedad civil, b) los innovadores institucionales, c) la presión internacional y d) la capacidad de veto de los actores. Para explicar este modelo analítico multidimensional, las autoras utilizan como estrategia pedagógica la analogía de la palanca de Arquímedes, en la cual se sostiene que utilizando la herramienta adecuada los actores débiles pueden mover el mundo. En esta analogía, los actores débiles son grupos de la sociedad civil e innovadores institucionales del Sur Global. La herramienta adecuada para avanzar en la responsabilidad corporativa es la combinación de las leyes nacionales de la justicia ordinaria, las normas internacionales de derechos humanos y el trabajo de las comisiones de la verdad. La responsabilidad empresarial es el mundo que necesita levantarse. La cantidad de fuerza aplicada por los actores de la sociedad civil de un lado de la palanca, y la aplicada por los actores de veto en el otro extremo, es parte de la ecuación para elevar la rendición de cuentas empresarial. La otra parte fundamental de este modelo es la ubicación del punto de apoyo que representa el contexto (local o global), que puede jugar un rol importante, aunque no es determinante, según los resultados del estudio de las autoras. Dónde se asienta –posición neutral, o más cercana o alejada del peso de la responsabilidad– determina cuánta fuerza necesitará ser aplicada de cada lado. En definitiva, el marco analítico que proponen las autoras examina la forma en que “un conjunto adecuado de herramientas de responsabilidad local, en manos de actores locales relativamente débiles, se puede utilizar a nivel global para avanzar en los derechos de las víctimas de abuso empresarial” (p. 97).

Estamos, sin duda alguna, ante un estudio de gran calidad investigativa, que arroja luz sobre cuestiones que habían quedado en un segundo plano –aunque no en el olvido– en la evolución del campo de investigación de la

justicia transicional, conectándolo con la línea de investigación sobre empresas y derechos humanos. Como hemos mencionado, la responsabilidad de los actores económicos en la comisión de crímenes atroces es una de las tareas pendiente del proceso de justicia transicional y postransicional de la España contemporánea. Es cierto que en la actualidad se encuentra en trámite legislativo un proyecto de ley de memoria democrática en el cual se hace referencia explícita a la reparación de víctimas que fueron sometidas a trabajos forzosos y la realización de un censo que constate a las empresas que se beneficiaron de la explotación. Esperemos que este proyecto de ley consiga materializarse y que este paso sea el primero de muchos más que se tienen que dar en España para reparar a las víctimas de la represión franquista. Para transitar hacia ese propósito, como demuestra este estudio, no sólo es importante que se impulsen políticas y normativa desde las instituciones estatales, como es el caso de este proyecto de ley, sino que también es central la participación proactiva de la sociedad civil y las agrupaciones de memoria histórica. Dichas agrupaciones deben buscar apoyo no sólo en el espacio de la Unión Europea o de organizaciones internacionales, sino que también, y esta es la invitación proponen las autoras, deben mirar más allá del Atlántico y el Norte Global. Allí se encontrarán con todo el conocimiento y experiencia de las agrupaciones de víctimas de países del Sur Global, como Argentina, Chile o Colombia, que han luchado enérgicamente para lograr responsabilizar a los actores económicos que fueron cómplices de represión cometida por los agentes estatales y/o paraestatales, con la convicción de obtener toda la verdad y toda la justicia, y el noble objetivo de cerrar la brecha existente entre las víctimas.

JAVIER GONZÁLEZ-ARELLANO

Instituto Internacional para la Filosofía y los Estudios Sociales, IIPSS

e-mail: jgonzalez@iipss.com

<https://orcid.org/0000-0002-9158-1407>

NOTICIAS

Una inauguración de curso especial recordando el legado de Gregorio Peces-Barba

El día 13 de septiembre el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” (IDHPB) de la Universidad Carlos III de Madrid inauguró el nuevo curso académico 2022-2023.

La dirección del IDHPB, las direcciones de nuestros programas y la presidencia de la Asociación de Estudiantes y Egresados y Egresadas dieron la bienvenida al nuevo alumnado del Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y del Máster en Derechos Fundamentales cuyas clases comenzaban presencialmente el día 14 de septiembre. Además, también se dio la bienvenida a las nuevas y nuevos estudiantes de Doctorado y de los Másteres online, el Máster online en Derechos Fundamentales y el Máster online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea. Este acto se celebró, al igual que ya se hizo el curso pasado, en formato bimodal.

La novedad de este curso fue que la tradicional conferencia inaugural, dictada por algún experto o experta en derechos humanos, se sustituyó por el Seminario “Filosofía del Derecho y Derechos Humanos en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba. Una mirada desde otras latitudes” que se celebró los días 19 y 20 de septiembre.

Como explicó el profesor F. Javier Ansuátegui, organizador el evento en su presentación, con este Seminario el IDHPB pretendía rendir homenaje a su fundador y maestro tras haberse cumplido, el 24 de julio de 2022, 10 años de su fallecimiento. También en esa presentación, María del Carmen Barranco, Directora del Instituto, y Jaime Rojas, Presidente de la Asociación de Estudiantes y Egresados y Egresadas, pusieron en valor el significado de la figura de Gregorio Peces-Barba tanto para el personal investigador y docente como para el alumnado del IDHPB.

Desde el ámbito Latinoamericano, intervinieron María Isolina Dabove de la Universidad de Buenos Aires con la ponencia “Derecho y complejidad: bases para la construcción de los derechos humanos en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba”; Agustín Squella de la Universidad de Valparaíso con la ponencia “Gregorio Peces-Barba y la recepción de su teoría de los de-

rechos en Latinoamérica”; y Reynaldo Bustamante Alarcón de la Pontificia Universidad Católica del Perú con la ponencia “La Teoría de la Justicia de Gregorio Peces-Barba”.

Desde el ámbito europeo, contamos con la participación de Veronique Champell-Desplats de la Université de Paris-Nanterre con la ponencia “La teoría de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba: una mirada desde Francia” y Mario Losano de la Università del Piemonte Orientale con la ponencia “La Escuela de Filosofía del Derecho de Turín y Gregorio Peces-Barba”.

El enfoque elegido permitió realizar un análisis del pensamiento del profesor Peces-Barba desde las aportaciones de ponentes de otros países que mantuvieron una vinculación personal e intelectual con él para, por una parte, dar cuenta de la influencia de ese pensamiento más allá de nuestras fronteras y, por otra, enfocar críticamente dicho pensamiento de acuerdo con los desarrollos principales de la filosofía del derecho y de la teoría de los derechos desde otras latitudes. Las personas que participaron como ponentes rememoraron también algunas experiencias y vivencias que ayudaron a los y las asistentes al Seminario, en muchos casos estudiantes de nuevo ingreso, no sólo a entender mejor el pensamiento del profesor Peces-Barba, sino también su personalidad. En las diferentes sesiones los debates entre ponentes y asistentes dieron lugar a interesantes discusiones que permitieron, asimismo, comprender la actualidad del legado intelectual del profesor Peces-Barba y la existencia de interpretaciones diversas de algunos aspectos de su Teoría del Derecho y de los derechos.

Al Seminario, celebrado en formato bimodal, asistieron en total más de 150 personas. El mismo pudo llevarse a cabo gracias a dos ayudas competitivas de la Universidad Carlos III de Madrid para la celebración de esta clase de eventos: una obtenida en el marco Programa propio del Vicerrectorado de Política científica y otra recibida del Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. El Seminario también contó con el aval de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y con un Comité Científico Internacional. El contenido de las diversas ponencias se publicará en un próximo número de la revista *Derechos y Libertades*.

Para el IDHPB esta ha sido una inauguración de curso especial. Rendir homenaje a Gregorio Peces-Barba es una forma de recordar quiénes somos, de dónde venimos y cuál es nuestra misión: poner nuestros recursos acadé-

micos al servicio del avance en el conocimiento y la mejor efectividad de los derechos humanos.

El seminario fue grabado y puede accederse a todas las intervenciones en estos enlaces:

Jornada I <https://www.youtube.com/watch?v=hesZc-ZhYUE>

Jornada II <https://www.youtube.com/watch?v=dQMJM3FZ2aE>

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

VII Congreso Internacional *El tiempo de los derechos*, Universidad de Valladolid, 6 y 7 de octubre 2022

Los días 6 y 7 de octubre de 2022 se celebró en la Universidad de Valladolid, con el apoyo del Observatorio de Derechos Humanos de dicha Universidad, el VII Congreso Internacional *El tiempo de los derechos* organizado por la Red *Tiempo de los derechos*.

Representantes de los grupos integrantes de la Red estuvieron trabajando varios meses para hacer posible la organización de este VII Congreso que pudo celebrarse en formato bimodal, lo que permitió el recuento presencial tras tres años marcados por contactos y eventos exclusivamente online.

En este Congreso los investigadores e investigadoras de la Red debatieron sobre algunos de los principales desafíos a los que se enfrentan los derechos humanos en las sociedades contemporáneas. En esta edición el Congreso abordó los siguientes ejes temáticos: 'Discriminación racial', 'Derechos Humanos y Populismos', 'A vueltas con los efectos jurídicos de los pronunciamientos europeos e internacionales en los asuntos en los que España es parte', 'Derecho a recibir información veraz', 'Migración, asilo y acceso a la Justicia' e 'Inteligencia Artificial jurídica y Justicia digital'.

En torno a estos bloques temáticos seleccionados por los grupos de la Red y relacionados con diversos proyectos de investigación en marcha, se organizaron seis paneles diseñados con un formato que incluyó tanto mesas redondas, en las que participaron más de una veintena de expertos y expertas de reconocido prestigio integrantes de la Red, como una relatoría de comunicaciones.

Las más de 30 comunicaciones presentadas en el Congreso han sido publicadas en la Colección Papeles *El tiempo de los derechos* de la Red y pueden descargarse gratuitamente en el siguiente enlace: <https://redtiempodelosderechos.com/agenda/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/>

Además, en el contexto del Congreso, al que asistieron en total más de 100 personas, se celebró la tradicional reunión de la Red en la que se programaron acciones futuras.

La información completa sobre el programa, ponentes, y temas concretos abordados en los diferentes paneles del Congreso puede consultarse en el sitio web: <https://redtiempodelosderechos.com/vii-congreso-el-tiempo-de-los-derechos/>

Sobre la Red Tiempo de los Derechos

La Red Tiempo de los Derechos tiene su origen en 2008 cuando 12 grupos de investigación se agrupan y obtienen una ayuda del Programa Consolider Ingenio 2010: 'El tiempo de los derechos' (HURI-AGE). Este Programa surgió para promover acciones estratégicas que fueran capaces de marcar un punto de inflexión y propiciar un salto de calidad en la investigación jurídica en Derechos Humanos. En la actualidad la Red, tras su ampliación en el año 2014, está compuesta por 15 Grupos y Centros que desarrollan una importante labor de investigación y docencia en Derechos Humanos y se ha consolidado como la principal referencia académica española en el campo de los derechos humanos. Forman parte de la Red: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Pedro Arrupe" de la Universidad de Deusto, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Institut de Drets Humans de Catalunya, Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, Observatorio Gregorio Peces-Barba de la Universidad de Jaén, Centro de investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos de la Universitat Jaume I, Laboratorio "Sociedad de la Información y derechos humanos" de la Universidad de Vigo, Laboratorio sobre la Implementación y eficacia de los derechos sociales de la Universidad de Zaragoza, Observatorio de Investigaciones socio-jurídicas sobre Derechos y Libertades Fundamentales de la Universidad de La Rioja, Grupo de Investigación, "Informática, Lógica y Derecho" de la Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación "La Comparación en Derecho Constitucional" de la Universidad de Cádiz, Grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, Grupo de Filosofía del derecho y Filosofía política del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

LARA CUENCA GÓMEZ

CV DE LOS PARTICIPANTES

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Es profesor Emérito de la Universidad de Sevilla. Ha sido, durante más de cuatro décadas, Catedrático de Filosofía de Derecho de la Universidad de Sevilla de cuya Facultad fue Decano. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, en la que fue distinguido con el Premio Luigi Rava, realizó también estudios en las de Coimbra, Trieste, Friburgo de Brisgovia y Estrasburgo, en la que obtuvo el Diploma de la Facultad Internacional de Derecho Comparado. Becario del Max Planck Institut en Heidelberg y de la Fundación Juan March. Es miembro correspondiente de la Real Academies de Ciencias Morales y Políticas. Ha publicado numerosos libros y monografías sobre: historia del pensamiento jurídico; Teoría del Derecho, proyección de las Nuevas Tecnologías al Derecho; y la significación de los Derechos Humanos.

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, habiendo dedicado estudios a pensadoras contemporáneas, como Edith Stein, Etty Hillesum, Maria Skobtsov, Virginia Woolf, Adélaïde Hautval o Simone de Beauvoir, con especial atención al pensamiento de Simone Weil. Trabaja sobre diversos temas relacionados con los derechos humanos, la relación de los derechos con los deberes, la tortura, el vínculo entre medicina y crimen contra la humanidad, el discurso de las mujeres sobre la guerra y la paz, y la justicia transicional y restaurativa. Con Tommaso Greco ha colaborado, entre otros, en el libro *Simone Weil. La conciencia del dolor y de la belleza*, del que es editora (Trotta, 2010), *Pensiero e giustizia in Simone Weil* (a cura S. Tarantino, Aracne, 2009), *L'Europa di Simone Weil. Filosofia e nuove istituzioni*, (a cura R. Fulco e T. Greco, Quodlibet, 2019) y ha traducido su artículo "Antes el deber: una crítica de la filosofía de los derechos", (*Anuario de Filosofía del Derecho*, 2010).

RAFAEL DE ASÍS

Catedrático de filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesor de la Universidad Complutense de Madrid, de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Jaén. Dirige el Master de Filosofía Jurídica y Política Contemporánea y la Clínica Jurídica Javier Romañach del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Además, es responsable de la Red "El Tiempo de los Derechos".

ANDRÉS GARCÍA INDA

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza y premio extraordinario de doctorado. Profesor titular de Filosofía del Derecho y miembro del Laboratorio de Sociología Jurídica

en dicha Universidad, de la que además fue Secretario General (2004-2008). Entre sus últimas publicaciones cabe destacar los libros *la dulce militancia. Crítica de la razón indignada* (2019) y *Como un buen samaritano. Los deberes, entre la ética y el Derecho* (2021).

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la misma universidad. Entre sus monografías figuran: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III de Madrid, 1994; *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Dykinson, 1996; *Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos*, Dykinson, 1997; *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico* Dykinson, 2013; *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; (con C. García Pascual y D. Bilotti), *La regola del mondo. La controversia sul diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; *Libertà d'espressione. Ragione e storia*, Giappichelli, 2018; *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli 2020.

GIOVANNI BLANDO

Es investigador en Filosofía del Derecho en la Universidad de Nápoles Federico II, donde obtuvo también su doctorado en régimen de cotutela con la Universidad de Alicante. Sus principales intereses de investigación se refieren al tema de la laicidad, a la relación entre derecho y ciencia, así como al pensamiento de Ronald Dworkin. Sobre el tema del artículo incluido en este número de la revista publicó en 2019 la monografía *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*.

CLAUDIA ATZENI

Es becaria post-doctoral del área de Filosofía del Derecho y Sociología General del Departamento de Derecho, Economía y Sociología, de la Universidad Magna Graecia de Catanzaro, donde en 2020 se doctoró en el programa "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo". En 2016 fue investigadora visitante en la School of Law de la Universidad de York; en 2018 fue Junior Academic Visitor en la Faculty of Law de la University of Oxford; en 2018 fue investigadora visitante en el Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba" de la Universidad Carlos III de Madrid. Sus principales intereses de investigación se refieren a temas como la relación entre liberalismo y democracia; las cuestiones jurídico-teóricas relacionadas con el proceso de integración europea; el populismo penal.

CARMEN ROCÍO GARCÍA RUIZ

Doctora Europea en Derecho por la Universidad de Huelva, ha realizado estancias de investigación en Harvard Law School, Istituto Universitario Europeo de Florencia, Universidad de Paris II así como una pasantía en el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Actualmente imparte docencia en grado y máster en la Universidad Loyola Andalucía y forma parte del equipo investigador de tres proyectos de investigación internacionales financiados por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea: PONT, AWARE y FAIRNESS. En el ámbito nacional es investigadora del proyecto ministerial "Desigualdades en el sistema de justicia penal". Ha participado en congresos internacionales y nacionales y ha realizado numerosas

publicaciones individuales y conjuntas tanto nacionales como internacionales en editoriales de reconocido prestigio. Ha colaborado a su vez en la redacción de informes de investigación destacando los relativos a la protección de derechos humanos con *Harvard Center for Population and Development Studies*.

FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ

Estudió en la Universidad Pontificia Comillas, donde se licenció en Derecho, Dirección y Administración de Empresas y Ciencias Políticas y de la Administración. En julio de 2017 se doctoró en Derecho; su tesis doctoral “Límites Constitucionales al Discurso del Odio” fue calificada con Sobresaliente Cum Laude. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional y coordinador de la asignatura “Técnicas de Argumentación y Debate” y ya ha publicado su libro *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*.

JESSICA MAZZUCA

Es Profesora Contractada en Teoría y Técnica del Sector de Normalización e Interpretación IUS/20, en la Universidad “Magna Grecia” de Catanzaro, Departamento de Ciencias Jurídicas, Históricas, Económicas y Sociales, donde obtuvo el Doctorado en el programa “Teoría del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo”, plan de estudios Teoría e Historia del Derecho, sector IUS/20. Es Abogada, inscrita en el registro del Colegio de Abogados de Catanzaro. Es componente del equipo editorial (Assistant Editor) de la revista científica “Ordines. Por el conocimiento interdisciplinario sobre las instituciones europeas”, (ANVUR A) Realizó estancias de investigación en el extranjero, impartiendo docencia en la Universidad de Jaén y en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido ponente en numerosos congresos nacionales e internacionales, es autora de la monografía *Las engañosas certezas. El papel del intérprete* (LuoghInteriori, 2021) y varios ensayos sobre el tema de la argumentación y la interpretación del Derecho.

GABRIEL ANDRÉS ARÉVALO ROBLES

Es Director Nacional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia. Doctor en Estudios Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV/EHU). Abogado de la Universidad Libre y Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador. Participa en el proyecto de investigación del proyecto titulado “Desafíos Contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de emergencia y construcción de paz - Fase III”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por Minciencias y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

LUZ ANGELA ARÉVALO ROBLES

Es consultora de la *International Land Coalition* con sede en Roma. Doctora en Estudios Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV/EHU, Programa La Globalización a Examen: Retos y Respuestas Interdisciplinarias. Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales -Madrid-

en Estudios Internacionales de la Universidad del País Vasco. Abogada de la Universidad Nacional de Colombia.

OMAIRA ESPERANZA CASTELLANOS CORTÉS

Es Doctoranda en Estudios Feministas y de Género de la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV/EHU. Magíster en Derechos Fundamentales y Poderes Públicos y Magíster en Globalización y Desarrollo de la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV/EHU. Abogada de la Universidad de Caldas y docente investigadora.

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 (fcojavier.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, ORCID, dirección postal de la Universidad, correo electrónico y un breve curriculum en 5 líneas.
- Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y la separata digital.

Derechos y Libertades recomienda el uso de lenguaje inclusivo en los trabajos presentados para su evaluación. Asimismo, la Revista informará sobre aquellos trabajos que tengan en cuenta el género en sus datos de origen

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *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.

Los artículos deberán enviarse siguiendo las reglas de edición del siguiente formato:

TITULO PRINCIPAL TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NEGRITA
TITULO EN INGLÉS TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NORMAL CURSIVA

AUTOR TIMES NEW ROMAN VERSALITAS 12
Universidad Times New Roman Cursiva normal 12

Resumen: *Resumen, cursiva, Times New Roman 12*

Abstract: *Resumen en inglés, cursiva, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

Keywords: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

1.- TITULO NIVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, MAYÚSCULA NORMAL

1.1.- Título nivel 2, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

1.1.1.- Título nivel 3, Times New Roman, 12, minúscula, cursiva

1.1.1.1.- Título nivel 4, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

Texto del artículo, Times New Roman 12, interlineado 1,5, sangría 1 tabulador primera línea¹

AUTOR FIRMA TIMES NEW ROMAN VERSALITAS 12
Universidad Times New Roman Cursiva normal 12
Dirección postal Times New Roman Cursiva normal 12
E-mail: email Times New Roman Cursiva normal 12

© 2022 Instituto de derechos humanos “Gregorio Peces-Barba”

1 Texto de las notas al pie, Times New Roman, normal, 10.

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 (5 max.) 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.
- Two copies of the 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, author's details should be omitted in one of the copies. In a separated file, It should be included these details: author's name, ORCID, 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 a digital copy of their own article.
- Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades recommends the use of inclusive language in the articles submitted for evaluation. Likewise, the journal will report on those articles that take gender into account in their source data.

Derechos y Libertades establishes the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: 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 avoid 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.).

The articles must be sent following the editing rules of the following format:

MAIN TITLE TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE BOLD, CENTERED JUSTIFIED

TITLE IN ENGLISH TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE REGULAR ITALICS CENTERED JUSTIFIED

AUTOR TIMES NEW ROMAN SMALL CAPS 12
Universidad Times New Roman regular italics 12

Resumen: *Abstract in Spanish, italics, Times New Roman 12*

Abstract: *Abstract in English, italics, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, regular, separated by comas, no full stop.

Keywords: Times New Roman, 12, regular, separated by comas, no full stop.

1.- TITLE LEVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, UPPERCASE REGULAR

1.1.- Title level 2, Times New Roman, 12, lowercase, bold

1.1.1.- Title level 3, Times New Roman, 12, lowercase, italics

1.1.1.1.- Title level 4, Times New Roman, 12, lowercase, bold

Text of the article, Times New Roman 12, spacing 1,5, bleeding 1 tab in the first line¹.

AUTHOR SIGNATURE TIMES NEW ROMAN SMALL CAPS 12
University Times New Roman, italics regular 12
Address Times New Roman, italics regular 12
E-mail: email Times New Roman, italics regular 12

© 2022 Instituto de derechos humanos "Gregorio Peces-Barba".

¹ Text of the footnotes, Times New Roman, regular, 10.

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2023), 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

- Derechos y tecnologías por *Asís Roig, Rafael de*
- Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud por *Lema Añón, Carlos*
- Teorías de la mediación y derechos fundamentales por *Pérez Jaraba, M^a Dolores*
- La plausibilidad 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*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- El derecho frente a la exclusión. Los límites del derecho antidiscriminatorio *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad. La cuestión de los internamientos voluntarios *por Cuenca Gómez, Patricia*
- 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*

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

