



**FACULTAD DE DERECHO**

**DOBLE GRADO EN DERECHO  
Y EN CIENCIA POLÍTICA Y GESTIÓN PÚBLICA**

**2023-2024**

**FILOSOFIA DEL DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE BURGOS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**Dra. Nuria Belloso Martín**

**INTRODUCCIÓN .....****PREMISAS .....6**

1.-CONCEPCIONES DEL DERECHO..... 6

2.-PREMISAS SOBRE LA JUSTICIA..... 6

**TEMA 1 - EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA.....**

1. PERÍODO HELÉNICO (PERÍODO COSMOLÓGICO, ANTROPOLÓGICO Y SISTEMÁTICO.....

1.3.-PERIODO SISTEMÁTICO (PLATÓN Y ARISTÓTELES).....

- PLATÓN.....

- ARISTÓTELES.....

Para debatir- Proyecto de raza superior en Alemania nazi

**TEMA 2 - LA PATRÍSTICA Y LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA .....**

2.1. EL CRISTIANISMO.....

2.2. LA PATRÍSTICA.....

2.2.1.- SAN AGUSTÍN DE HIPONA.....

Para debatir: Guerra justa / Guerra preventiva

2.3. LA ESCOLÁSTICA

2.3.2. SANTO TOMÁS DE AQUINO .....

Para debatir- ¿Qué se permite para dar respuesta a necesidades básicas?

**TEMA 3 - RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRARREFORMA.....**

A) RENACIMIENTO: NICCOLO MAQUIAVELO (1469-1527) ..... 74

B) CONTRARREFORMA - ESCUELA ESPAÑOLA DEL DERECHO NATURAL Y DE GENTES..... 48

**CASO PRÁCTICO 1: TABLA. Comparativa gobernante Platón/Maquiavelo**

## TEMA 4 - EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA.....

THOMAS HOBBS.....

Para debatir: EL DILEMA DE LOS PRISIONEROS .....

JHON LOCKE.....5

APÉNDICE I- DEL INDIVIDUALISMO POSESIVO AL LIBERALISMO SOLIDARISTA.....

- LIBERTARISMO: ¿SOMOS NUESTROS PROPIOS DUEÑOS? .....

Para debatir: LA VENTA DE RIÑONES.....

Para debatir: CANIBALISMO PACTADO .....

Para debatir: contratos de explotación mutuamente beneficiosos: empresas farmacéuticas

## TEMA 5 - EL ILUMINISMO FRANCÉS.....

JEAN JACQUES ROUSSEAU .....

Para debatir: ¿IGUALDAD EN QUÉ? ¿EN OPORTUNIDADES? ¿EN BIENESTAR?.....

Para debatir: EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN DIMENSIONAR Y ANALIZAR CUÁNDO Y POR QUÉ UNA NECESIDAD PUEDE SER MÁS URGENTE Y LAS MÚLTIPLES VARIABLES A CONSIDERAR EN LA VALORACIÓN DE LAS MISMAS

## TEMA 6 - POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO .....

1. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO .....

2. POSITIVISMO .....

3. POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO (en Francia, en Alemania, en Inglaterra).....

4. TEORÍAS JURÍDICAS ANTIFORMALISTAS.....

5. JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA Y EL REALISMO JURÍDICO (Americano y Escandinavo) .....

- UTILITARISMO.....

Para debatir : LOS CABREROS AFGANOS .....

- POSITIVISMO.....

Para debatir: UNA HABITACIÓN CON VISTAS.....

## TEMA 7- NEO-POSITIVISMO Y POST-POSITIVISMO JURÍDICO: ENTRE NORMAS Y ALGORITMOS

### I BLOQUE: Filósofos del derecho

#### 1. EL POSITIVISMO JURÍDICO (Kelsen) // NEO-POSITIVISMO (Hart) EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO (R. Dworkin)

### II BLOQUE- LA IA y EL DERECHO

#### 2. LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO.

- 2.1. Algunas precisiones sobre algoritmos y *Machine Learning* (para poder llegar a la definición de la *fairness* algorítmica)
- 2.2. La relación entre IA y Derecho
- 2.3 Una ¿renovada? comprensión del concepto de Derecho a partir de los algoritmos
- 2.4. Los antecedentes de la búsqueda de un concepto del Derecho predictivo

#### 3. LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS SISTEMAS JUDICIALES

#### 4. VIABILIDAD DE LA “ACTUACIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA”: ¿ES POSIBLE UN JUEZ ROBOT?

- 4.1. Juez humano vs juez robot
  - 4.1.1. La decisión judicial robótica
  - 4.1.2. La decisión judicial humana
- 4.2. Experiencias en el Derecho comparado del juez robot

## TEMA 8- LA TEORÍA DE LA JUSTICIA Y SU APLICACIÓN AL MUNDO DIGITAL

### I BLOQUE-EL NEOCONTRACTUALISMO Y TEORÍAS DE LA JUSTICIA

- 1-ROBERT NOZICK: la defensa de la primacía de la libertad (sobre la igualdad) y del Estado mínimo (Justicia distributiva)
- 2-JOHN RAWLS: la defensa de la libertad/igualdad. Su teoría de la justicia

### II BLOQUE- LA TEORÍA DE LA JUSTICIA Y SU APLICACIÓN AL MUNDO DIGITAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

## **2. ALGUNOS MARCOS TEÓRICOS SOBRE LA JUSTICIA PARA ENTENDER LA JUSTICIA ALGORÍTMICA**

### **3. LOS SESGOS ALGORÍTMICOS: AMENAZA PARA LA IGUALDAD**

**3.1. Algunos casos de discriminación algorítmica por parte del sector público**

**3.2. ¿Pueden ser justos los algoritmos?**

**3.3. Los sesgos algorítmicos y su incidencia en el género. Algunos casos**

**3.3.1. Datos sesgados y *machine learning***

**3.3.2. Sistemas de reconocimiento facial**

**3.3.3. Chabots y asistentes de voz**

### **4. LOS NEURODERECHOS: FRENO A LA AMENAZA A LA IGUALDAD Y A LA LIBERTAD**

**4.1. Orígenes de los neuroderechos**

**4.2. El debate sobre el acceso equitativo a la mejora cognitiva**

**Para debatir: Caso SR. LOOMIS VS COMPAS**

## PREMISAS <sup>1</sup>

### 1.-CONCEPCIONES DEL DERECHO

Hay varias concepciones del Derecho a lo largo de la historia (**Iusnaturalista**, el **Positivismo Jurídico**, el **Realismo Jurídico**, el **Neo-Positivismo** y, por último, el **Post-Positivismo** -también llamado Anti-Positivismo-. Aquí se explicará la historia de la Filosofía jurídica desde la perspectiva de las teorías de la justicia.

### 2.-TEORÍAS DE LA JUSTICIA

La idea de justicia ocupa un lugar central tanto en la ética como en la filosofía jurídica y política. Lo aplicamos a las acciones individuales, a las leyes ya las políticas públicas. "Justicia" a veces se ha utilizado de una manera que la hace virtualmente indistinguible de la rectitud en general. Una definición central proviene de las Institutas de Justiniano, una codificación del derecho romano del siglo VI d. C., donde la justicia se define como **“la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde”** (Ulpiano)

La idea básica que inspira el **Derecho es la idea de justicia**. La justicia, a su vez, guarda relación con la **igualdad, equidad, proporcionalidad, armonía, y justa medida**. Desde Aristóteles, se diferencian dos grandes tipos de justicia, la **distributiva** (que se refiere a la distribución de bienes, de premios, de derechos y de deberes) y que se suele repartir según el mérito y la necesidad; y la justicia **correctora**, que regula las realciones de intercambio y apunta a restaurar a las dos partes a una posición de igualdad.

El tipo de justicia más conocida es la distributiva (algunos la denominan social). Preguntar si una sociedad es justa es preguntar cómo distribuye las cosas que apreciamos tales como ingresos y patrimonios, deberes y derechos, poderes y oportunidades, oficios y honores. Una sociedad justa distribuye esos bienes como es debido, da a cada uno lo suyo. Lo difícil empieza cuándo nos preguntamos qué es lo de cada uno, y por qué lo es. Las fórmulas más habituales de justicia son:

- “Ojo por ojo y diente por diente” (*oculum pro oculo, dentem pro dente restituet*) (Moisés, 1200 a.C. *Lev. 24.19-21*).

- “A cada uno lo suyo” (*suum cuique*) (Ulpiano, 228&1).

En el siglo XXI, estas **tres claves de equidad, dignidad y reconocimiento** se plasman en un amplio **abanico de teorías de la justicia**: además de la distributiva, Justicia retributiva, Justicia global, Justicia climática, Justicia transicional, Justicia intergeneracional, Justicia como virtud, son sólo algunas de las tipologías más conocidas.

Cabe diferenciar **CUATRO maneras básicas de abordar la JUSTICIA**, que son las que constituirán objeto de estudio a lo largo del curso:

---

<sup>1</sup> El uso que se hace de las imágenes que aparecen en este material es exclusivamente con finalidad docente.

También, por esta finalidad de uso exclusivamente docente, se han eliminado prácticamente todas las notas a pie de página y referencias a autores, de modo que la lectura del material sea más ágil.

## 1-Modelo aristotélico-tomista (virtuosa) dignidad y reconocimiento

Un primer enfoque dice que la justicia consiste en dar a las personas lo que moralmente se merecen: en asignar los bienes para premiar y promover la virtud. Por ejemplo, Aristóteles sostiene el enfoque basado en la virtud que liga la justicia a la vida buena.

El modelo aristotélico fue reinterpretado posteriormente por el iusnaturalismo medieval y tomista. El iusnaturalismo se caracteriza por afirmar que los principios de justicia están contenidos en la idea de naturaleza y que tales principios pueden ser conocidos por los seres humanos de un modo objetivo.

Para Aristóteles, la justicia es la virtud más alta. Por ello, sostiene que la justicia es la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales. La justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro. Sus características son la alteridad y la igualdad. Diferencia entre lo justo *natural* (aquello que siempre y en todas partes es tal, intrínsecamente, con independencia de la voluntad humana) y lo justo *legal*: lo justo legítimo es aquello que en un principio era igual realizarlo de una manera o de otra; pero después que ha sido recogido por la ley ya no es indiferente sino obligatorio. («El fuego brilla de la misma manera en Persia que en Grecia»).

Siguiendo a Aristóteles, Tomás de Aquino sostenía que todo acto humano tiene una finalidad, se dirige hacia algo que se considera como bueno. El hombre tiene una facultad, denominada *sinderesis*, que le permite detectar los principios más generales de justicia plasmados en el derecho natural. Para Santo Tomás, el gobierno es una institución de derecho natural en la medida en que está orientada al derecho natural. Una ley es injusta cuando impone al ciudadano cargas que no son exigidas por el bien común<sup>2</sup>.

## 2-Teoría de la justicia utilitarista

El enfoque de los utilitaristas –como J. Bentham- defiende que para definir la justicia y determinar qué debe de hacerse hay que preguntar qué maximizará el bienestar o la felicidad colectiva de la sociedad en su conjunto.

El utilitarismo se puede entender como el movimiento o ideología, de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, que no se basa en el auto-interés de cada uno sino en el interés general. Para esta corriente, los actos e instituciones son justos en la medida en que sus consecuencias contribuyan positivamente a expandir el bien intrínseco. Por regla general, este bien se identifica con la felicidad en general, pero se interpreta de diversas formas.

El utilitarismo defiende la posibilidad de sacrificar a alguien o, de forma más amplia, de atentar contra alguno de sus derechos, para salvar o beneficiar a más personas, o tratar de proteger mejor sus derechos. Es la defensa de “la mayor felicidad del mayor número”.

El enfoque de la justicia utilitarista colisiona con la defensa de no “cosificar” a los seres humanos, como sostuvo el filósofo alemán I. Kant. Si se utiliza al ser humano como medio

---

<sup>2</sup> Ésta es la parte de la ley eterna de Dios que es cognoscible por la razón humana. El principio más general del derecho natural es que debe hacerse el bien y debe evitarse el mal; la razón puede derivar de este principio preceptos más específicos. *Vid.* AQUINO, Tomás de, *Summa Teológica*, I-II.

para un fin, eso iría contra la dignidad del hombre. El pensador lo expuso claramente en su libro *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, como una de las formulaciones del imperativo categórico que afirma: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin, nunca sólo como un medio”. Para dicho filósofo las cosas tienen precio, en cambio las personas poseen dignidad, ya que ellas pueden ser capaces de elecciones racionales. Por ejemplo, ante el dilema de cómo puede ser peor explotar a los pobres que descuidarlos o abandonarlos, cuando la explotación es voluntaria y los beneficia, Kant jamás estaría de acuerdo con esa afirmación, ya que no concibe explotar a otro ser humano porque no se lo puede tomar como un medio para alcanzar algún fin.

### **3- Teoría libertaria de la justicia**

Los libertarios –como J. Locke o R. Nozick- defienden el libre mercado. Dicen que la distribución justa de la renta y del patrimonio será aquella que se derive del libre intercambio de bienes y servicios en un mercado sin restricciones. Regular el mercado, sostiene, es injusto porque viola la libertad de elección de cada individuo.

Sólo un Estado mínimo, que obligue a cumplir los contratos, proteja del robo a la propiedad privada y mantenga la paz es compatible con la teoría libertaria de los derechos. Cualquier Estado que haga más carecerá de justificación moral.

El liberalismo o libertarismo toma su raíz de la teoría contractualista de Jhon Locke, principalmente en su obra *Two Treatises on Government* (1689) y, más concretamente, en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno*. Para Locke los derechos del hombre podían ejemplificarse y, en cierto sentido, resumirse en el derecho de propiedad (sobre su vida, libertad y posesiones); precisamente la finalidad principal por la cual los hombres establecían el contrato social era la de preservación de la propiedad. Este liberalismo se ha proyectado a lo largo del tiempo hasta consolidarse en R. Nozick.

El libertario rechaza tres tipos de políticas y de leyes que los estados modernos ejecutan normalmente<sup>3</sup>:

- a) No al paternalismo. Los libertarios se oponen a las leyes que protegen a las personas del daño que puedan hacerse a sí mismas.
- b) No a legislar sobre la moral. Los libertarios se oponen a que se use la fuerza coercitiva de la ley para promover alguna concepción determinada de la virtud o expresar las convicciones morales de la mayoría.
- c) No a la redistribución de la renta o del patrimonio, descartando toda ley que requiera que unas personas ayuden a otras, incluidas las leyes que impongan impuestos para la redistribución de la riqueza.

### **4-Teoría de la justicia de J. Rawls**

Un último enfoque vendrá dado por J. Rawls, que se inscribe en los neocontractualistas.

---

<sup>3</sup> Cfr. SANDEL, M.J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Trad. de J.P. Campos Gómez. Barcelona, Debate, 2011, pp.72-74.

Se preguntan: ¿qué principios para gobernar sus instituciones, prácticas y comportamiento personal harían las personas si todos tuvieran que ponerse de acuerdo de antemano? El contrato, en otras palabras, es hipotético; pero la búsqueda de un acuerdo está destinada a garantizar que los principios elegidos, cuando se implementen, no conduzcan a resultados que la gente no pueda aceptar. Así, mientras que un utilitarista podría, bajo algunas circunstancias, estar dispuesto a apoyar la esclavitud (si la miseria de los esclavos fuera compensada por los mayores placeres de los dueños de esclavos), los contractualistas afirman que nadie podría aceptar un principio que permita la esclavitud, a menos que ellos mismos estaban destinados a ser esclavos cuando se aplicaba el principio.

Rawls intentará aunar el principio libertario con el de la igualdad, dando lugar a una concepción de la justicia diversa. Pretende diseñar las condiciones ideales bajo las cuales se podría alcanzar un contrato o consenso social desde una “posición original”, de manera que los acuerdos fundamentales alcanzados en ella fueran justos. Parte de concebir a los ciudadanos como libres e iguales, que se interesan por formular unos principios de justicia que sean los más apropiados para definir los derechos y libertades básicos.

Los dos principios que definen la teoría de la justicia rawlsiana son:

- a) Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales compatible con un esquema similar de libertad para todos;
- b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades, y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (principio de la diferencia).

Es decir, el segundo principio se divide en dos principios: el primero se refiere al principio de igualdad de oportunidades y el segundo a la desigualdad social. El principio de la diferencia dice que sólo se tolerará la desigualdad social en la medida que beneficie a los menos desfavorecidos.

Aunque la justicia es fundamentalmente una cuestión de cómo se trata a los individuos, también es posible hablar de justicia para grupos, por ejemplo, cuando el estado asigna recursos entre diferentes categorías de ciudadanos. Aquí, cada grupo se trata como si fuera un individuo separado a los efectos de la asignación.

En definitiva, resulta difícil encontrar una teoría integral de la Justicia que de respuesta a todos los principios, formas sociales, políticas y jurídicas. En cualquier caso, la definición de Justiniano de la conexión entre la justicia y la aplicación imparcial y coherente de las normas, que es lo que transmite la parte de la definición de "voluntad constante y perpetua", resulta adecuada. La justicia es lo opuesto a la arbitrariedad. Requiere que cuando dos casos sean relevantes, deben ser tratados de la misma manera. A lo largo del estudio de la asignatura se podrá profundizar en esta temática.

# TEMA 1 - EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA

## 1.-PERIODO HELÉNICO

Búsqueda del *arjé* (el principio). Diferencian *physis* (naturaleza) y *nomos* leyes humanas)

1)--- (s. VI a.C.) **1.1. PERIODO COSMOLÓGICO: presocráticos hasta los sofistas**  
PRESOCRÁTICOS: Anaximandro, Heráclito, Pitágoras

- a) Homero: Justicia (*themis* y *diké*)
- b) Demócrito: Derecho y moral
- c) Sófocles (*Antígona*): ley natural y ley positiva

2)--- (s. V a.C.) **1.2. PERIODO ANTROPOLÓGICO: sofistas, Sócrates, Escuelas Socráticas menores (cínicos –Antístenes y Diógenes (445-365 a.C.)- y cirenaicos –Aristipo-(435-355 a.C.)**

- SOFISTAS: Calicles, Antifon, Trasímaco
- SÓCRATES
- ESCUELAS SOCRÁTICAS MENORES: destacaron aspectos antinómicos de las enseñanzas socráticas (Cínicos y Cirenaicos)

3)--- (s. IV a.C.) **1.3. PERIODO SISTEMÁTICO: Platón (427-347 a.C.) y Aristóteles (384-322 a.C.)**

## 2. PERIODO HELENÍSTICO-ROMANO

### - PERIODO HELENÍSTICO

Con las conquistas de Alejandro Magno la cultura griega rebasa su marco nacional, irrumpiendo por el Próximo Oriente y fusionándose lo helénico con lo oriental. La polis se encuentra ahora en su fase de crisis, moribunda.

- Período ético. Estoicismo (Antiguo – Zenón-, Medio –Posidonio- y Nuevo- Séneca-)
- Epicureísmo (Epicuro, 341-270 a.C.) y la recomendación del disfrute de los placeres
- Escepticismo (Carnéades , 214-129 a.C.): dos famosos discursos sobre la justicia

### - PERIODO ROMANO (*ius civile, ius gentium, ius naturale*). Cicerón (106-43 a.C.)

## 3. CRISTIANISMO (Antiguo Testamento y Nuevo Testamento)

### 1.3.-PERIODO SISTEMÁTICO (PLATÓN Y ARISTÓTELES)

#### - PLATÓN (427-347 a.C.)

##### ---TEORÍA DE LAS IDEAS- DUALISMO- MITO DE LA CAVERNA

- Mundo sensible es el reino de lo mutable, lo contingente, lo relativo no constituye la verdadera realidad: es pálido reflejo de una realidad superior. Mera opinión: *doxa*.
- Mundo inteligible o supra-sensible: es el mundo de lo inmutable, absoluto y necesario.

##### ---DUALISMO- TEORÍA DEL ALMA (3 partes)

Individuo:

- parte racional--- sabiduría o prudencia
- parte irascible--- fortaleza o coraje
- parte concupiscible --- templanza o moderación

CUERPO	ALMA	VIRTUD	ESTADO
Cabeza	razón	sabiduría o prudencia	Gobernantes/Magistra
Pecho	voluntad	valor (fortaleza, coraje)	Guardianes
Vientre	deseo	moderación o templanza	Productores (artesanos o agricultores)

##### -TEORÍA DE LA CIUDAD (3 partes)

- Magistrados o gobernantes-----sabiduría
- Guardianes-----fortaleza
- Productores (artesanos o agricultores)----- moderación (base económica)
- Características: 1) Subordinación de las partes al todo: unidad y necesidad  
2) Comunismo ético o político

#### - DERECHO POSITIVO Y LEYES POSITIVAS

##### -TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO. Evolución (La República, El Político y Las Leyes)

Monarquía---hombre justo  
 Timocracia---hombre orgulloso  
 Oligarquía--- hombre avaro  
 Democracia turbulenta– hombre despreocupado  
 Tiranía--- hombre violento

#### - INFLUENCIA en San Agustín

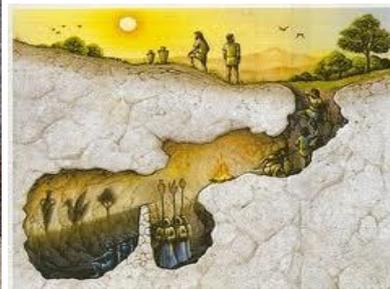
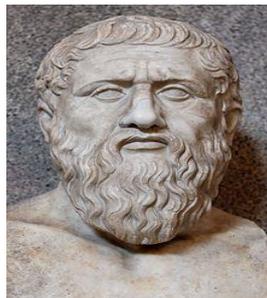
## PLATÓN

### 1.- Biografía de Platón

En el año 427, año del nacimiento de Platón, Atenas vivía momentos difíciles. Miembro de una familia aristocrática, el joven Platón no tardaría en desilusionarse cuando, en el 399, Sócrates, de quien Platón fue discípulo durante diez años, fue acusado de impiedad y de corromper a la juventud y obligado a beber la cicuta. Ese acontecimiento marcará la desconfianza de Platón hacia la democracia ateniense. Tras su viaje a Sicilia es obligado a regresar a Atenas en una nave espartana, y fue vendido como esclavo. Este contratiempo no le desanimó y volvió en otras dos ocasiones a Siracusa (368 y 360). Luego regresó a la Academia de Atenas, para dedicarse a la docencia hasta su muerte en el 347. En el año 387 había fundado la Academia, el primer centro de enseñanza superior de Occidente. La Academia desarrolló su actividad durante un milenio, hasta su disolución por Justiniano en 529. Platón desarrolló su magisterio en ella.

Platón intentó que la filosofía se asociara a la política, según la fórmula del Rey-Filósofo o del Filósofo-Rey. No lo consiguió y esta desilusión ensombreció los últimos años de su vida. Los males no terminarán mientras los filósofos no lleguen al poder o los estadistas no abracen la filosofía. El programa intelectual de Platón consiste en unir, según el deseo de Sócrates, la política y la filosofía, o en otros términos, en instaurar una política fundada en el saber.

Platón escribe su filosofía en forma de diálogos, con obras tan trascendentes como el *Banquete*, el *Timeo* o el *Fedón*. Su filosofía política se expone especialmente en *Gorgias*, *Protágoras*, *La República*, *El político* y *Las leyes*.



Busto de Platón    Mito de la caverna de Platón

### 2.- “LA REPÚBLICA” de Platón

#### a) LA JUSTICIA Y LA CIUDAD IDEAL

El tema de la justicia, de la mejor ordenación de la vida en comunidad es el eje en torno al cual se desarrolla su especulación. Platón es ante todo un filósofo del derecho y de la política.

El debido equilibrio entre todos los elementos sólo se consigue a través de la justicia (tanto

en el orden individual- el hombre- como en el social –la ciudad, a la que presenta como un hombre en grande, macroántropos-).

Platón inicia su construcción de **la ciudad ideal**. Platón propone la **división de la ciudad** en tres clases:

1ª.- La de los gobernantes o magistrados, cuya función es el ejercicio del poder y su característica más sobresaliente la capacidad intelectual. Deben ser de mayor edad que los demás y velar siempre por los intereses de la ciudad como si fueran los suyos propios.

2ª.- La de los guardianes, guerreros y auxiliares, cuya función es la defensa de la ciudad frente a las agresiones exteriores o los desórdenes internos. Su rasgo definitorio es el valor. Actuarán siempre bajo la dirección de los gobernantes.

3ª.- La de los productores: incluirá a los ciudadanos que atienden a las necesidades materiales de la vida: campesinos, artesanos...

Sócrates sugiere que, si la ciudad ha sido bien fundada, deberá poseer las cuatro virtudes cardinales reconocidas por los griegos: sabiduría, valor, templanza y justicia. La **sabiduría** reside en los gobernantes; el **valor**, en los guerreros; la **templanza**, en el acuerdo entre los gobernantes y los súbditos acerca de quién debe gobernar. Identificadas tres de las cuatro virtudes, sólo falta la **justicia**.

Para que la ciudad sea justa y virtuosa es preciso que desde la más tierna edad los niños sean educados en la verdad y la justicia (importancia de la gimnasia y música).

Las clases de la república platónica no son castas hereditarias: son grupos abiertos, fundados en las aptitudes personales de sus miembros. Llegan a magistrados o gobernantes quienes, procedentes de la clase de los guardianes, consiguieron, tras largos años de dedicación al estudio, elevarse a la contemplación del mundo inteligible. La república platónica es una aristocracia del espíritu: el saber legitima el poder.

## **b) LA COMUNIDAD DE BIENES, MUJERES E HIJOS**

Toda la filosofía política y social de Platón se encuentra inspirada por el postulado de la subordinación inflexible de las partes al todo, y, por consiguiente, de las clases sociales al bien común de la ciudad. Este postulado conduce en ocasiones a Platón a una limitación excesiva de la esfera individual. El individuo carece de autonomía ante la ciudad. La ciudad surge como consecuencia de la incapacidad de los individuos para satisfacer solos sus necesidades, y se basa en la división del trabajo.

A la necesidad de la ciudad para la consecución del fin del hombre añade Platón el postulado de la unidad, en cuya virtud las exigencias de la colectividad deben prevalecer sobre las individuales. Pero lleva este postulado de la unidad al extremo de suprimir en las dos clases superiores la propiedad privada y la familia. Todo ello para que puedan entregarse en cuerpo y alma a sus funciones, por lo que han de verse libres de la interferencia de intereses particulares.

Seguramente motivado por la corrupción política que le tocó vivir, Platón prescribe que los magistrados o gobernantes no poseerán ningún tipo de propiedad. Les está prohibido comerciar y acumular oro y plata -ni tan siquiera tocarlos-. Puesto que no

poseen bienes, vivirán de un salario anual aportado por la clase productora, suficiente para su sustento, pero insuficiente para procurarse lujos. Tampoco podrán tener familia, por lo que se establecerá una comunidad de mujeres e hijos, de modo que los padres no conocerán a sus hijos, y viceversa. Con la desaparición de la propiedad privada y de la familia, los gobernantes se verán libres de cualquier tendencia egoísta.

El comunismo de Platón es un comunismo de inspiración ética o, mejor aún, política, no económica. Un comunismo “por razón de Estado”, limitado a las clases superiores.

### **3.- EL POLÍTICO**

En esta obra, Platón se pregunta qué es un político, e intenta determinar sus funciones. Para clasificar a los gobernantes se debe atender a los que tienen el conocimiento, poseen el arte de gobernar; y a los que no lo poseen. Los primeros son los únicos capaces de gobernar correctamente la sociedad.

En una ciudad gobernada por sabios carece de significación todo derecho positivo. Los magistrados decidirán en cada caso particular lo que exija la justicia según las circunstancias, sin atarse mediante leyes generales, necesariamente rígidas. En régimen de la ciudad perfecta es la arbitrariedad de un despotismo ilustrado. Sin embargo, del optimismo que le embarga en la *República*, va acercándose más a las comunidades empíricas en sus diálogos de madurez y vejez (*El Político* y *Las Leyes*), fruto del desengaño de sus experiencias en Sicilia.

Platón comenzó afirmando que el gobernante podría hacer caso omiso de las leyes. Los auténticos gobernantes son los sujetos que saben cuanto ha de saberse sobre el arte de gobernar y no precisan de la ley porque su actuación siempre es correcta.

Consciente de la imperfección de los hombres, admite ahora Platón la necesidad de fijar los principios de gobierno en las leyes positivas de carácter general, que han de nutrirse de la experiencia colectiva plasmada en la costumbre y en la tradición. Reconoce la razón de ser de la familia y de la propiedad privada, aunque manteniendo sobre ambos una estrecha vigilancia. Propugna una rigurosa distribución de la propiedad que impida los excesos de riqueza y de pobreza, factores de discordia civil. La educación de los ciudadanos seguirá controlada y continúan excluidos de la ciudadanía activa.

En *El Político* se advierte claramente cuánto le costó a Platón el tránsito desde la arbitrariedad, a la vez justa y flexible, del gobernante hasta una legalidad que en el mejor de los casos es un sucedáneo, cuya rigidez tropieza contra la multiformidad de las situaciones por regular.

### **4.- “LAS LEYES”: LA FORMA DE GOBIERNO MIXTA**

“*Las leyes*” es la obra de senectud de Platón. Platón ya no intenta formular un **Estado ideal**, sino el **mejor de los Estados** que pueden existir en la práctica. Platón cambia de criterio respecto a su obra anterior y acepta tanto la familia como la propiedad privada - controlando su cuantía-, aunque mantiene que idealmente sería preferible la supresión de ambas instituciones.

En este Estado, la ley es soberana y todos, gobernantes y gobernados, están sometidos a ella. En suma, la legislación se ha convertido en el mecanismo que garantiza la existencia de una comunidad libre, sabia y estimada por sí misma. Platón presenta en “*Las leyes*” un sistema que combina las formas de la monarquía y la democracia, en la creencia de que así se logrará la máxima estabilidad.

Al final del texto, Platón contempla un **Consejo** nocturno, integrado por los diez legisladores más viejos. Dotados de un nivel superior de conocimiento, estudian e interpretan las leyes a la vez que prescriben sus modificaciones.

## 5) TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO

Dos clasificaciones distintas:

a) En *La República* (libros VIII y IX). Todas ellas tienen su equivalente en otras tantas modalidades de la psicología individual

1º.- El primero es la **Monarquía** o **Aristocracia**: gobierno de los sabios, aristocracia del espíritu. Forma pura de gobierno por la que se inclina, en la que los gobernantes orientan sus acciones desde la idea del Bien y no existe la injusticia. El poder supremo se puede confiar a uno solo o asistido por un pequeño grupo. A la ciudad perfecta le corresponde en la esfera individual el hombre *justo*.

Pero esta forma óptima no puede mantenerse indefinidamente, llega un momento en que los llamados a ser gobernantes o magistrados descuidan su educación y se convierten en indignos de ese cargo, más atentos a su propio interés que al de la ciudad.

2º.- En ese momento se desvanece el Estado ideal y se instaura la **timocracia**, forma en la que los guardianes detentan el poder, oprimen a los inferiores y se enriquecen. En ese régimen, la máxima recompensa son los honores. Se caracteriza por la ambición de honores, espíritu belicoso y corresponde en lo individual con el hombre *orgulloso*, sediento de honores y distinciones.

3º.- Los guardianes se enriquecen y el régimen degenera en **oligarquía** o gobierno de los ricos, que vincula el poder a la fortuna, y ejercen el poder sobre una muchedumbre empobrecida. El máximo valor es la riqueza. Corresponde al *avaro*.

4º.- La injusticia generada lleva a los pobres a sublevarse y a acabar con los oligarcas; entonces aparece la **democracia**, el gobierno de la multitud., que aspira a la igualdad absoluta, que aspira a borrar las diferencias, incluso las naturales y legítimas. A juicio de Platón, este régimen es injusto porque el pueblo no está preparado para ejercer correctamente el poder -no ha recibido la educación adecuada para ello-. Se trata de una democracia turbulenta, que tiene su correspondencia en el hombre *despreocupado*. 5º La extrema libertad autoriza todo tipo de desmanes y el desprecio a las leyes degenera en la **anarquía**.

5º.- Pero todo exceso busca el extremo contrario y, así, a la democracia -tras un período de anarquía- la sucede la **tiranía**, porque el exceso de libertad no trae otra cosa que el exceso de esclavitud. El desorden es aprovechado por un sujeto audaz que se encarama al poder y lo pone al servicio de sus apetencias. El tirano, que ejerce el poder sin sujeciones, lleva al pueblo a la ruina. Tiene su equivalencia en el hombre *violento*.

La clasificación de las formas de gobierno en *El Político* resulta de la conjugación de dos criterios complementarios: el primero, cuantitativo, toma en consideración el número de los que participan directamente en el gobierno; el otro, cualitativo, tiene en cuenta el hecho de que se gobierne con arreglo a las leyes o campee la ilegalidad.

-Hay tres formas LEGÍTIMAS:

-la monarquía o realeza,

- la aristocracia

-la democracia moderada, según gobierne uno solo, una minoría selecta (prácticamente, los ricos) o el conjunto de los ciudadanos.

- Y tres formas ILEGÍTIMAS:

-la tiranía,

-la oligarquía

- la democracia turbulenta.

La **influencia** de Platón en el pensamiento político occidental ha sido notable y sus tesis han sido constantemente revisadas.

- Su Teoría ha dejado huella por su idealismo ético y su sentido religioso. Vid. San Agustín, que incorporó a la concepción cristiana del mundo la teoría de las ideas. Muchos han visto en su construcción el lugar ideal donde la vida humana podría tener asiento.

- Otros, sin embargo, como Karl Popper en *La sociedad abierta y sus enemigos*, le vieron como el defensor de una sociedad cerrada, clasista e inmovilista.

# ARISTÓTELES (384-322 a.C)

## --REALISMO

## --TEORÍA DE LA JUSTICIA

1) *Distributiva*

-Justicia

2) *Correctiva o sinalagmática*

a) *Conmutativa*

b) *Judicial*

1) *Natural*

-Justo

2) *Legal*

-Equidad

## - FILOSOFÍA POLÍTICA

-Hombre como animal político

- Origen de la *polis*

-Teoría de la esclavitud

## - LA LEY

## - TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO

## - INFLUENCIA POSTERIOR (en S. Tomás)



## BIOGRAFÍA

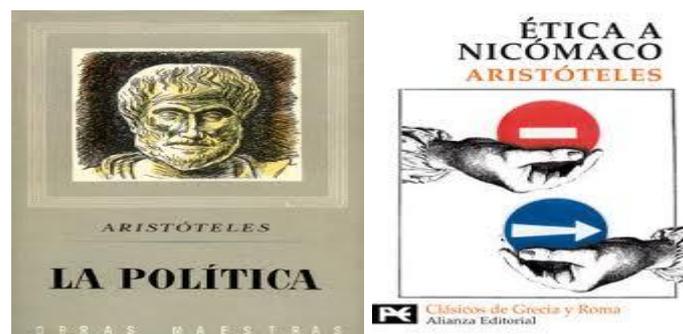
Aristóteles nació en Estagira el 384 a.C. Sus progenitores procedían de dos familias de médicos. A los diecisiete años inició sus estudios en la *Academia* donde permaneció veinte años como discípulo de Platón. En el 347 tuvo que abandonar Atenas por motivos políticos. En el 343-342 le invitó el rey Filipo a que se encargase de la educación de su hijo Alejandro. Tres años más tarde, la serle confiada a Alejandro la administración del reino tuvo que dar por terminadas las lecciones. Es sabido que en materia política hubo divergencias entre el maestro y el discípulo. Alejandro era partidario de la unificación de los griegos y bárbaros bajo un cetro común y de su fusión cultural, mientras que Aristóteles sostuvo su separación. En el año 335 Aristóteles fundó el *Liceo*. La independencia doctrinal de Aristóteles frente a las enseñanzas de Platón justificaba la fundación del nuevo centro. Murió a los sesenta y tres años. Su obra se extendió a todos los terrenos del conocimiento; muchas materias le deben su actual denominación.

Sus obras principales son la *Ética a Nicómaco*, la *República de los Atenenses* y *La Política*.

### 1. REALISMO

Al intransigente idealismo ético de Platón opone Aristóteles el realismo de un moderado término medio y un espíritu analítico apegado a los hechos. Parece que los escritos que se han conservado de uno y otro son de características más divergentes.

El método de Aristóteles en su investigación política es fundamentalmente inductivo y proviene de la experiencia que obtuvo al recopilar ciento cincuenta y ocho constituciones del mundo antiguo, de las cuales sólo se conserva la de Atenas. También se fundamenta en los principios desarrollados en la *Metafísica* y en la *Ética*.



### 2. LA JUSTICIA

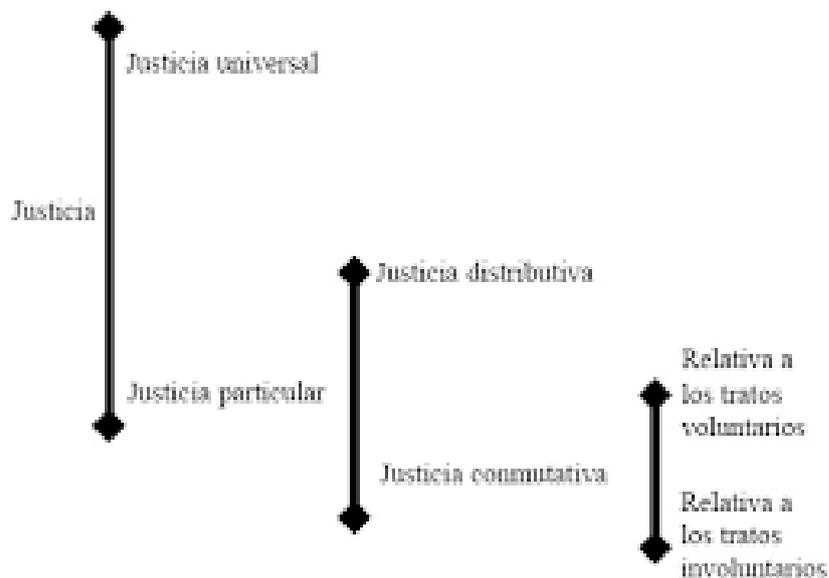
Aristóteles consagra el libro V de *La Política* a analizar los cambios de régimen y distingue entre aquellos cambios que conciernen al régimen, y que implican implantar otro en lugar del existente, y los que respetando la forma de gobierno suponen un cambio en la persona que detenta el poder.

La causa fundamental de las sublevaciones se encuentra en las **nociones de igualdad y desigualdad**: los que aspiran a la igualdad se sublevan si creen que siendo iguales, tienen menos que los que tienen más, y los que aspiran a la desigualdad y a la supremacía se revelan si, creyéndose desiguales, no ven reconocida esa situación.

- La justicia**: es la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales.
- La justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro.
- Características: alteridad e igualdad.

(«el fuego brilla de la misma manera en Persia que en Grecia»).

### Tipología de la Justicia



Aristóteles plantea dos tipos de justicia particular: la justicia conmutativa y la justicia distributiva.

#### 1) El problema de la JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La forma más simple de justicia distributiva es aquella que se basa en lo que él llama igualdad aritmética, la cual consiste en que cada uno de los participantes recibe la misma cantidad de los bienes que deben distribuirse. Sin embargo, utilizar la igualdad aritmética como único criterio distributivo en todos los casos llevaría a producir una gran cantidad de injusticia, pues los miembros de la sociedad contribuyen de manera desigual al proceso de reproducción general de los bienes. Por eso es necesario introducir un criterio de distribución basado en lo que él denomina igualdad proporcional o igualdad de acuerdo a la analogía (similitud).

2) En el caso de la JUSTICIA CONMUTATIVA, Aristóteles habla de una proporción

aritmética con el objetivo de expresar que los intercambios deben someterse a la norma de la igualdad y que el daño que una de las partes infringe a la otra es quebrantar esa norma, por lo que la igualdad debe ser restaurada. La función de la justicia conmutativa es crear los obstáculos que impiden la *pleonexia*.

2.1) La JUSTICIA JUDICIAL: Las transacciones involuntarias en cambio, son cumplidas mediante otro tipo de metodología. Para reparar el daño se apela a un juez, es decir a una tercera persona, cuya función consiste en representar el término medio virtuoso, desde donde es posible restaurar la igualdad.

#### - CLASIFICACIÓN DE LA JUSTICIA:

##### 1) *Distributiva*:

Ordena las relaciones entre la sociedad y sus miembros.

Tiene por objeto el reparto de los honores y bienes de la comunidad, y exige que cada cual perciba una proporción adecuada a sus méritos. Se postula igualdad de trato, pues siendo los méritos distintos también lo han de serlo los premios. Es una igualdad proporcional, “geométrica”

#### -Justicia

##### 2) *Correctiva o sinalagmática*

Ordena las relaciones entre los miembros entre sí.

No mira a las personas en primer término, sino a las cosas. Se mide impersonalmente el beneficio o el daño que las partes o sujetos puedan experimentar, es decir, las cosas y actos en su valor intrínseco. Es una proporción “aritmética”.

a) Justicia *conmutativa*: la voluntad de los interesados interviene como elemento principal

b) *Judicial*: se impone incluso contra la voluntad de uno de ellos, por decisión judicial

#### -Justo:

a) *Natural*: es aquello que siempre y en todas partes es tal, intrínsecamente, con independencia de la voluntad humana.

b) *Legal*: lo justo legítimo es aquello que en un principio era igual realizarlo de una manera o de otra; pero después que ha sido recogido por la ley ya no es indiferente sino obligatorio.

Del conflicto entre los preceptos jurídico-legales (positivos) y los jurídico-naturales no se deduce sin más su invalidez.

#### - EQUIDAD

La ley tiene un carácter universal y no puede prever todos los casos particulares, sino que es preciso adaptarla a los mismos. De ahí, una tensión entre la generalidad abstracta de la ley y la singularidad concreta de los casos reales. Tampoco puede tener en cuenta la variabilidad de las circunstancias en que habrán de ejercitarse las acciones. Por esto es necesaria la equidad, que se distingue por su flexibilidad, corrigiendo y templando la firmeza y la estabilidad que caracterizan a la ley. La equidad es la adaptación de la fórmula legal genérica

a las exigencias de la vida, en aras de la justicia natural.

### 3.- FILOSOFÍA POLÍTICA (*La Política*)

#### 3.1. ORIGEN DE LA POLIS

Aristóteles cree que el fin natural del hombre es la **felicidad**, y ésta sólo es posible en el marco de la *polis*, y el hombre que vive fuera de ella es una bestia o un dios. El hombre es animal político: fuera de la *polis* sólo cabe imaginar a un superhombre o a un infrahombre.

Considera al ser humano como ser social por naturaleza. Los instintos guían a los hombres a asociarse entre sí. Así surge **la familia**, que es la asociación mínima establecida por la naturaleza para satisfacer las necesidades más elementales. El paso siguiente es la unión de varias familias en una **aldea**, para satisfacer necesidades más complejas, como una protección más eficaz contra los demás hombres y las bestias. Por último, de la asociación de varias aldeas surge **la ciudad, polis**, forma perfecta y autosuficiente de asociación humana, que se orienta no a la satisfacción de las necesidades, sino a la vida buena.

Sobre esta base constituye la polis la comunidad de hombres libres aptos para realizar una vida humana auténtica y perfecta. Su principio es la justicia; su vínculo fundamental, la amistad. Cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia, mientras que aun siendo justos necesitan además de la amistad.

La concepción aristotélica de la polis no difiere esencialmente de la de Platón. Comparte con Platón el menosprecio del trabajo manual y del comercio, considerados como ocupaciones inferiores e impropias del verdadero ciudadano. Se aleja, por el contrario, de su espíritu de gerontocracia, por cuanto la vejez, lejos de implicar de suyo una superior sabiduría, puede fácilmente significar un anquilosamiento espiritual: “lo mismo que hay una vejez del cuerpo, la hay también de la mente”.

#### 3.2. LA ESCLAVITUD

La comunidad familiar abarca, además de las relaciones entre los cónyuges y las paterno-filiales, las del amo con el esclavo. Aristóteles (como Platón) acepta la esclavitud como una institución natural.

La esclavitud se justifica por la supuesta incapacidad de ciertos hombres para gobernarse a sí mismos: la consecuencia es que han de someterse al gobierno de otro, no sólo en interés de éste sino en el propio. Hay hombres que nacen libres, y otros, esclavos, por naturaleza. Aristóteles defendió el carácter natural de la esclavitud. La naturaleza tiende a producir una distinción del mismo orden entre los hombres haciéndolos a unos robustos para trabajar y a los otros aptos para la vida política. Así, ciertos hombres son por naturaleza libres y otros esclavos. También alega la necesidad económica: el esclavo es un instrumento animado, imprescindible para manejar los instrumentos inanimados en la producción de bienes. También se precisan para el servicio personal. Independientemente del estado de la técnica, subsistiría la esclavitud, por fundarse en la naturaleza.

No obstante, Aristóteles admite una esclavitud contra naturaleza, la que nace del derecho de la guerra. Es decir, reconoce que hay esclavos que sólo son tales por ley o convención y no por naturaleza. VG. Muchos de los que cayeron en dicho estado por

cautiverio en la guerra. Por otra parte, declara ilícita la esclavitud entre los griegos, ya que los griegos son por naturaleza libres y señores de los bárbaros. Bárbaro y esclavo son términos sinónimos. Finalmente, la afirmación inicial de la desigualdad natural entre el hombre libre y esclavo se atenúa en el pensamiento aristotélico, por cuanto admite que el esclavo no carece de cierto grado de razón.



#### 4. LA LEY

La ley, escrita o no escrita, que surge de una experiencia colectiva, es intrínsecamente superior a cualquier decisión de un individuo, por esclarecido y sabio que sea. La ley, por “ser la razón desprovista de pasión”, ha de llegar a ser en la sociedad política, la suprema autoridad. En el Derecho de la ciudad hay elementos permanentes y naturales junto a otros, convencionales y mutables. Aristóteles reconcilia el *nomos* y la *physis*.

#### 5.- LAS FORMAS DE GOBIERNO

Aristóteles presenta una tipología en función de dos criterios:

- 1º) **Cuantitativo**: se refiere a quienes gobiernan, si uno, unos pocos o muchos;
- 2º) **Cualitativo**: a cómo lo hacen, si en función del interés propio o del bien común.

Tres formas correctas:           monarquía, aristocracia y democracia moderada  
Tres formas desviadas:        tiranía, oligarquía y democracia turbulenta

#### 6. INFLUENCIA POSTERIOR

Su filosofía jurídica y política desempeñó escaso papel en el período helenístico y Romano. Pero con el correr de los siglos irá tomando nuevo valor. El aristotelismo, adoptado por árabes y judíos, pasó a Occidente a través de traducciones latinas indirectas (gracias a la Escuela de Toledo), hasta ser conocido directamente y se impuso en el siglo XIII, en la Escolástica (Santo Tomás).

----**PERIODO HELENÍSTICO-ROMANO**: crisis de la *polis*

## PARA DEBATIR- CASO 1



### A- PROYECTO DE RAZA SUPERIOR EN ALEMANIA NAZI

EL TERCER REICH: PROGRAMA DE PERFECCIONAMIENTO DE LA RAZA

#### Hallan archivos del proyecto nazi para una raza superior

Tienen datos de 1.000 niños nacidos de padres seleccionados por el Reich Respondían al ideal de pureza aria.

Por ARACELI VICECONTE. Berlín. Especial para Clarín. El hallazgo de un fichero en el Archivo Federal de Berlín da esperanzas de conocer su pasado a miles de alemanes nacidos durante el Tercer Reich en los asilos de Manantial de Vida (Lebensborn, en alemán), una organización creada por los nazis para reproducir y purificar la raza aria. Así lo reveló ayer el programa Kontraste, de la televisión pública alemana, cuyos periodistas aseguraron que hay fichas de cerca de 1.000 niños nacidos bajo ese programa de refinamiento racial.

Creada el 12 de diciembre de 1935 en Berlín por diez oficiales de las SS, Manantial de Vida fue ideada por el jerarca nazi Heinrich Himmler y pertenecía a una red de instituciones de la llamada Organización Nacionalsocialista de Bienestar Popular. La fundación, registrada oficialmente, debía conseguir dar hijos al führer Adolfo Hitler y, según Himmler, también proveer de 400 mil soldados al Reich.

Especialmente tras dictar las leyes de Nuremberg sobre la pureza racial, en 1935, los nazis fomentaron tanto la natalidad como el aborto y la eutanasia. A quienes tuvieran las características deseadas (cierta estatura, ojos azules, rasgos nórdicos y tez blanca) se les alentaba a tener hijos y se los recompensaba. Las mujeres y los hombres de buena sangre se debían reproducir por el bien de la raza y del ser superior germano. A quienes, tanto niños como adultos, tuvieran deficiencias psíquicas o físicas se los eliminaba bajo la clasificación de no merecederos de vida.



Lo mismo sucedía en los nueve asilos que Manantial de Vida tenía en el Reich alemán, además de los otros 13 que había abierto en países ocupados -ocho de ellos en Noruega- donde gran parte de la población respondía al ideal físico que querían los nazis. El procedimiento usado.

El procedimiento básico usado en Manantial era así: aquellas mujeres solteras que desearan tener sus hijos y cumplieran con los preceptos raciales eran recibidas en la organización, se las acompañaba, se las ayudaba a parir e incluso se les buscaba trabajo. También se cree que estos asilos funcionaron como una suerte de lugares de encuentro para mujeres seleccionadas por los nazis que acudían allí para unirse sexualmente con oficiales de las SS y tener hijos. Los chicos quedaban bajo la tutela personal del jefe de las SS hasta que eran dados en adopción, en especial a oficiales y altos jefes del Reich. Manantial de vida es una de las organizaciones del Reich que menos se han investigado, debido a que los nazis eliminaron la mayoría de los documentos relacionados con ella. Así borraron las huellas de entre 7.000 y 11.000 chicos alemanes cuyo origen había sido guardado en secreto, cuyos nombres habían sido inscriptos en registros civiles especiales y cuya vida debía estar dedicada a la causa nacionalsocialista. Estos niños creados a medida de la locura racial nazi no sólo fueron fruto de la procreación en estos asilos: muchos de ellos fueron raptados en los países ocupados por los nazis porque, según había declarado Himmler ya en 1938, su intención era recoger, quitar y robar sangre germánica de todo el mundo. Sus huellas todavía se siguen buscando hoy.

**1. ¿Considera que la teoría de Platón, acerca de la ciudad y la defensa de una clase de magistrados y gobernantes, superior sobre las otras, pudo servir de inspiración al movimiento nazi?**

**2. ¿Qué opinión le merecen los experimentos realizados en la Alemania nazi, con el objetivo de obtener una raza pura?**

## TEMA 2

### LA PATRÍSTICA Y LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA

#### 1. EL CRISTIANISMO

##### 1.1. EL PENSAMIENTO POLÍTICO-SOCIAL CRISTIANO

El mensaje cristiano supuso una profunda revolución. La radical novedad de la perspectiva religiosa es la que dio lugar a una filosofía que podemos calificar de “cristiana”, es decir, un pensamiento que se despliega en el marco de las verdades cristianas aceptadas por la fe, y trata ante todo de fundamentarlas racionalmente. Si por definición, la filosofía, en cuanto tal, no es cristiana ni anticristiana, en el orden doctrinal, históricamente, en cambio, es indiscutible la acción de la revelación cristiana sobre la filosofía.

Con respecto al mundo romano, la perspectiva cristiana aporta algunas NOVEDADES, entre las que podemos destacar:

- 1) Idea de Dios: al cristiano le falta el sentido de autosuficiencia y autonomía (propio de los cínicos y cirenaicos). Hay una dependencia absoluta de todo con respecto a Dios;
- 2) Interioridad del sujeto: la creación del hombre “a imagen y semejanza de Dios” le presta, con todo, un reflejo del resplandor divino. Por ello, el hombre va a tener también una intrínseca dignidad. El cristianismo supera la antropología griega clásica, que absorbió al hombre en la naturaleza o en la sociedad, exteriorizando al máximo su existencia.
- 3) Filiación divina de los hombres, que se va matizando progresivamente: en el Antiguo testamento, para el hebreo Dios era, ante todo, señor, poder; en el Nuevo Testamento, el amor es el atributo divino por excelencia.
- 4) Amor cristiano al prójimo: la idea de la filiación divina de los hombres da lugar al amor cristiano al prójimo. El precepto de amar al prójimo como a uno mismo deriva del de amar a Dios sobre todas las cosas. La humanidad se convierte en una persona moral. Aparece la conciencia de un destino único de la humanidad como persona moral reflejada en el drama de la caída y la rendición del linaje humano.

Se introdujo un elemento, importantísimo, de **universalidad**: el anuncio de que **todos los hombres forman una única familia**: la de los hijos de Dios.

Sólo el cristianismo afirma, como gran novedad, una universalidad que abarca a la humanidad entera, y le da una justificación trascendente: **la igualdad esencial de hombres, consecuencia de su igual dignidad** esencial: la de ser hijos de un mismo Padre y, por tanto, hermanos entre sí. Y esta idéntica igualdad esencial es la que justifica la universalidad de la ley natural.

5. Necesidad de una sociedad religiosa, la Iglesia, distinta de la sociedad civil: el cristianismo no desprecia el mundo, sino que lo trasciende y supera en el espíritu. El mundo, para el cristiano, es el simple escenario de esa prueba. Se diferencia un poder temporal distinto del poder civil. La ciudad antigua era a la vez Estado e Iglesia, comunidad total de vida que abarcaba en su seno a la religión como parte de la política.

El cristianismo introduce una **doble pertenencia** del hombre. Si, por un lado, es ciudadano del Estado con los correspondientes derechos y obligaciones, por el otro es miembro de la Iglesia, lo que le supone, asimismo, otros derechos y obligaciones. Esta doble pertenencia no ofreció problemas de tipo institucional mientras la existencia de la Iglesia no fue aceptada por los poderes públicos. El problema era para los cristianos, que frecuentemente tenían que optar, con heroísmo, ante solicitudes incompatibles de las esferas civil y religiosa.

Puesto que el hombre tiene un destino eterno -de felicidad plena en su unión con Dios, en el cielo- y es en esta tierra donde ha de prepararlo determinarlo libremente, se desprende, como consecuencia, que **el Estado no tiene derecho a pretender abarcar todos los aspectos de la vida humana.**



Las manifestaciones del Nuevo Testamento en este sentido son numerosísimas; quizás la más conocida sea la que los tres evangelios sinópticos recogen directamente de Jesucristo «Pues dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios» (Mateo 22, 21; Marcos 12, 17; Lucas 20, 25). Puede ser también interesante transcribir otros fragmentos, como los siguientes: «Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, que no hay autoridad sino por Dios» «Pagad a todos los que debáis: a quien tributo, tributo; a quien aduana, aduana; a quien temor, temor; a quien honor, honor» (Romanos 13, 1 y 7).



Es con el emperador **Constantino, con el Edicto de Milán del año 313**, y más todavía a partir de 380, en que se implanta el cristianismo como **religión oficial**, cuando aparece el problema institucional, de esferas de **competencia, entre Iglesia y Estado**, así como conflictos frecuentes entre jurisdicciones. Desde entonces, la dependencia dual del

hombre ha originado el que las relaciones entre las jerarquías civil y eclesiástica hayan atravesado fases muy diversas: desde la coordinación pacífica y armoniosa hasta la enemistad declarada, pasando por épocas en que una u otra jerarquía ha dominado sobre la otra.

### 2.2.2. II. EL MENSAJE EVANGÉLICO

La idea de Derecho es extraña en el Evangelio que anuncia una realidad mística, el reino de Dios, que no se rige por normas de coexistencia, ni está compuesto por instituciones jurídicas. La ausencia en el cristianismo de los primeros tiempos de una idea del derecho, de una organización institucional de la sociedad puede parecer contradicha por el uso frecuente que en el Nuevo Testamento se hace de los términos “justo” y “justicia”.

1. El Reino de Dios tiene sus valores propios, que no son los del mundo: allí los últimos podrán ser los primeros y viceversa. Vg. El episodio de las tentaciones en el desierto ilustra el doble plano en que se mueve el reino de la tierra y el de la gloria. Ello explica porqué Jesús se dirige con preferencia a los humildes, a los pobres, a los angustiados, a los que sufren; porque cuanto menos inmersos se encuentren en los negocios temporales, estarán en mejores condiciones para oír y entender la palabra de Dios.

2. El Reino de Dios no tiene carácter político, aún cuando haya de influir sobre la política. Frente a las esperanzas de restauración del pueblo judío, se presenta un Reino especial: no encuadrado por el espacio y por el tiempo, sino extendido en la eternidad; no fundado en la dominación, sino en la comunión; no integrado por la subordinación sino por la participación; no existente primariamente en actos externos sino viviendo originariamente en la intimidad de cada uno; y no mantenido por el poder sino por la autoridad que se identifica en el servicio a la comunidad. Se trata de un reino salvador, pero cuya fórmula salvadora no consiste en una renovación política, sino en una revolución religiosa y moral que transfigure la sociedad espacio-temporal.

La justicia será la adhesión interior al precepto divino, aceptación gozosa de lo que impone. Vg. Bienaventurados los que tiene hambre y sed de justicia porque ellos serán saciados. Características: reciprocidad: hagamos con los demás lo que queremos que los demás hagan con nosotros. Pero la justicia evangélica va más allá de la justicia natural de las Bienaventuranzas y demás exhortaciones: se trata de amar a los enemigos, de poner la otra mejilla. Por tanto, se trata de una justicia no-natural, en el sentido de sobrenatural.

3. Dimensión social del mensaje evangélico: el cristianismo no desemboca en un sentimiento antisocial. El poder político es legítimo en su esfera y procede de Dios. En caso de conflicto se obedecerá antes a dios que a los hombres. El derecho humano queda así limitado por el derecho divino y es preciso que ceda ante él, siendo la consecuencia eventual del conflicto el martirio.

El efecto político de estas religiones de salvación abre una nueva época. Los hombres quedan por primera vez sometidos a dos señores, convertidos en ciudadanos de dos reinos, escisión que se prolongará hasta nuestros días, sin que hayan amortiguado los efectos.

## 2.3. LA PATRÍSTICA

El primer periodo de la filosofía cristiana –que va desde el siglo II al VIII- se suele llamar de la *Patrística* porque fueron llamados “Padres de la iglesia” los escritores cristianos de aquellos siglos que elaboraron doctrinas teológicas y filosóficas fundamentales para el patrimonio cultural del cristianismo, y que a menudo la iglesia hizo suyas de forma oficial.

En los Padres de la iglesia no hay distinción formal entre filosofía y teología. Perseguían una formulación del dogma cristiano frente a una serie de herejías, algunas graves como el gnosticismo, el maniqueísmo, el arrianismo

--Por la lengua en que escribieron se dividen en:

- Padres y escritores griegos (S. Irineo, Orígenes, Eusebio de Cesárea), más nutridos de la cultura griega, son más especulativos, ocupándose preferentemente de las cuestiones más arduas y elevadas de la teología;
- Padres y autores cristianos latinos u occidentales (Tertuliano, S. Cipriano, Lactancio, S. Ambrosio, S. Jerónimo, S. Agustín), familiarizados con el derecho romano, sienten una mayor inclinación por las cuestiones prácticas, políticas y sociales.

## SAN AGUSTÍN DE HIPONA (354-430)

--- **TEORÍA DE LA LEY:** ley eterna: “ratio divina vel voluntas Dei”  
 ley natural  
 ley temporal o humana

### --- PENSAMIENTO FILOSÓFICO-SOCIAL-TEOLÓGICO

- a) perspectiva filosófico-social
- b) Perspectiva teológico-histórica
  - *Civitas Dei - Civitas coelestis // Civitas terrena – Civitas diaboli*

### --- JUSTICIA

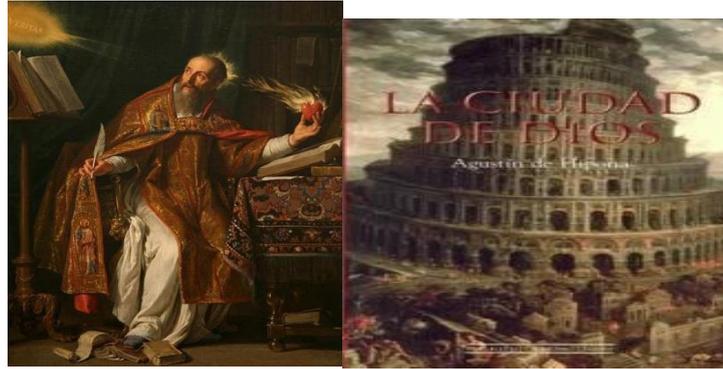
- a) Justicia plena o verdadera
- b) Justicia menos plena

### --- TEORÍA DEL GOBERNANTE PERFECTO

### --- TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA

Tres condiciones de la guerra justa:

1. Deshacer una *iniuria*
2. Sólo está permitido hasta la finalidad de restaurar el derecho
3. El beligerante justo ha de tener recta intención
  - Diferencias guerra preventiva/guerra justa



Retrato de Philippe de Champaigne , siglo XVII.

### 2.4.1. BIOGRAFÍA

San Agustín, el más grande pensador de su época, nació en Tagaste (Numidia) en el año 354, hijo de padre pagano y madre cristiana. Aunque fue formado por su madre--Santa Mónica--en el cristianismo, inicialmente sus postulados no le convencieron. Tuvo una juventud muy agitada, como explica en sus *Confesiones*, singular autobiografía de sus primeros años.

A los veintiún años se hizo miembro de la secta de los maniqueos<sup>4</sup>, que abandonó diez años después para acercarse, en Roma y Milán (año 384)-donde ocupó la cátedra de retórica-, al escepticismo. La obra de Plotino le introdujo en las doctrinas neoplatónicas. Finalmente, la conjunción de las teorías neoplatónicas la lectura del Viejo y el Nuevo Testamento y la relación con San Ambrosio le determinan a convertirse al cristianismo en el 386, recibiendo el bautismo de manos de San Ambrosio. Abandona a su familia y es ordenado sacerdote. Vuelve a África en 392, donde es ordenado sacerdote, y en 396 es nombrado obispo de Hipona, cargo en el que permanece hasta su muerte en 430 mientras los vándalos asedian la ciudad.

Entre sus más de quinientos escritos destacan *Confesiones*, *De vera religione* (390-391), *De libero arbitrio* (388-395), *De genesi contra Manicheus* (388-389) y su obra fundamental *De civitate Dei* (413-426).

En realidad, Agustín de Hipona no es un teórico político en sentido estricto. Pero ello no obsta para que su influencia posterior en las construcciones políticas sea enorme. Su obra se convierte en la máxima referencia de la Edad Media anterior a Santo Tomás de Aquino; da lugar a lo que se ha denominado el «agustinismo político». Muchos pasajes de *La ciudad de Dios* se utilizaron como argumento de los partidarios de la preeminencia de la Iglesia, aunque también los invocarán las construcciones seculares (así Carlomagno fue un lector asiduo de *La ciudad de Dios*).

---

<sup>4</sup> La herejía **maniquea** afirmaba la existencia en el universo de dos principios antagónicos, con igual realidad metafísica: **el bien y el mal**.

### 2.4.2. TEORÍA DE LA LEY

San Agustín incorpora al cristianismo la teoría platónica de las ideas, haciendo de éstas los modelos eternos de las cosas en la mente divina.

--Su dualismo se refleja en:

- Situación de S. Agustín: Místico // Obispo  
Reino de Dios// mundo  
Fe// Ley  
Gracia// naturaleza

-LEY ETERNA: “la razón divina y la voluntad de Dios -“*ratio divina vel voluntas Dei*”- que manda respetar el orden natural y prohíbe perturbarlo.

Controversia:

- Razón: de ella participa el hombre, es menos cambiante (intelectualistas)
- Voluntad. Más relativa, variable, más difícil la participación del hombre (voluntaristas)

-LEY NATURAL: la participación de la criatura racional en el orden eterno del universo, referido ahora a un Dios personal y trascendente.

- LEY TEMPORAL o HUMANA: aquellas leyes humanas que pueden variar a tenor de las exigencias históricas, como variarán las formas de gobierno.

- Concilia la inmutabilidad de la ley terna y natural con la mutabilidad del derecho positivo.
- Limita el ámbito jurídico-positivo con respecto a lo ético y lo jurídico-natural: El legislador humano no ha de considerar como misión suya el imponer todo lo que la ley eterna impone, ni tampoco prohibir todo lo que ésta prohíbe. Su finalidad esencial consiste en asegurar la paz y el orden en la sociedad, para que los hombres puedan realizar convenientemente su fin temporal y eterno.

### 2.4.3. PENSAMIENTO FILOSÓFICO-SOCIAL-TEOLÓGICO

#### A) PERSPECTIVA FILOSÓFICO-SOCIAL

Profesa un pesimismo antropológico que le conduce a acentuar los efectos del pecado original en el sentido de una corrupción de la naturaleza misma. Perdida su integridad original, sólo débilmente puede la naturaleza racional servir de norma de acción. De ahí que S. Agustín subraye la necesidad de su estrecha subsunción en la ley divina revelada, y también, que acentúe el papel coercitivo y represivo del derecho humano en la vida concreta de la sociedad.

Lucha contra la herejía de *Pelagio*: absoluta libertad de la voluntad del hombre, bondad de la naturaleza humana no corrompida por el pecado, posibilidad de obrar bien y de salvarse sin necesidad de la gracia divina. Por el contrario, para San Agustín, desde Adán, el hombre es pecador.

Su filosofía social y política arranca del principio aristotélico de la sociabilidad natural del hombre (familia, ciudad). Sin embargo, es consciente de la insuficiencia de la naturaleza abandonada a sus solas fuerzas y su necesidad de perfección por la sobrenaturaleza, a la que está ordenada. Esta insuficiencia es sentida por San Agustín con mayor angustia que la que nos presentará S. Tomás.

## B) PERSPECTIVA TEOLÓGICO-HISTÓRICA

- Civitas Dei - Civitas coelestis // Civitas terrena – Civitas diaboli

### *La Ciudad de Dios*

Entre los años 413 y 426 San Agustín compone su gran obra, *La Ciudad de Dios*, escrita con el propósito de refutar las acusaciones que se hacen al cristianismo de haber sido la causa de la decadencia del Imperio y, en particular, de la caída de Roma en 410 en manos de los godos.

Para Agustín, por culpa del pecado original los hombres nacen en la ciudad terrenal. De acuerdo con el propósito que ha formulado al iniciar la obra Agustín explica el origen evolución y finalidad de las dos ciudades. No contempla un reino celestial que surja tras el fin del reino de la tierra. Las dos ciudades coexisten desde el origen de los tiempos como se deduce de sus respectivos fundadores: Caín de la terrestre y Abel, el primer peregrino.

La teología política de Agustín se fundamenta en la distinción entre **dos ciudades: la ciudad terrena y la ciudad de Dios**, que son dos instituciones o realidades materiales dos conceptos de carácter espiritual. **La ciudad terrena**, dominio del mal, está constituida por el conjunto de intereses y solicitudes centrados alrededor del cuerpo, de lo material, mientras que **la ciudad de Dios** lo está por los intereses eternos, por los intereses del alma. Desde el punto de vista social considera dos ciudadanías según predominen en la persona unos intereses u otros. «Dos amores construido dos ciudades, el amor propio llevado hasta el desprecio de Dios: la ciudad de la tierra, el amor de Dios llevado hasta el desprecio de sí mismo: la ciudad de Dios» (Libro XIV, cap. 23).

Como es patente en las líneas transcritas, San Agustín no identifica las dos ciudades a ninguna institución existente; los ciudadanos de ambas estarán mezclados hasta el final de los tiempos. Aun cuando considera que la Iglesia cristiana es representación de la ciudad de Dios, aclara que no se deben sacar conclusiones generalizadoras: un político puede, por ejemplo, pertenecer a la ciudad de Dios y un dignatario de la Iglesia a la ciudad terrena. Sólo en el día del Juicio Final se manifestarán claramente las adscripciones.

Se han formulado varias interpretaciones sobre el significado y relación entre ambas ciudades. En especial se ha querido identificar la Iglesia con la ciudad celeste y el Estado con la terrena. Esta teoría conocerá un notable éxito en la Edad Media pero no creemos que se corresponda con las claves de los textos agustinianos.

### 2.4.4. JUSTICIA

S. Agustín: sin la justicia, los reinos no son otra cosa que grandes latrocinios.

Maneja un doble concepto de justicia:

- Verdadera justicia. Sólo se da en el cristianismo

- Justicia menos plena: asegura un *minimum* de moralidad. Faltando ésta, la ciudad no se distingue de una cuadrilla de malhechores.

#### 2.4.5. GOBERNANTE CRISTIANO

Agustín perfila cómo debe ser el gobernante del Estado cristiano en una exposición que servirá de modelo para futuros textos medievales (en especial los *Espejos para príncipes*) destinados a los gobernantes. El gobernante perfecto será, por consiguiente, el gobernante cristiano. Es sabida la veneración de Carlomagno por esa semblanza y se ha dicho que su teoría del sacro Romano Imperio se basó en la Ciudad de Dios.

Sin embargo, no siempre ha sido entendido el pensamiento agustiniano en toda su complejidad. El “agustinismo político” se ha interpretado teocráticamente, como una defensa de la jurisdicción directa de la iglesia en lo temporal. Respecto de la **relación entre las dos instituciones, Iglesia y Estado**, debe ser de independencia soberana en sus respectivos planos y de una disposición de colaboración sincera entre ambas. Así, por ejemplo, el Estado debe proteger a la Iglesia contra sus enemigos y la Iglesia debe ser una escuela de civismo y lealtad política. El Estado cuidará de los intereses materiales y la Iglesia de lo espirituales. No obstante, la Iglesia se sitúa en un plano superior debido a su propia finalidad: el Estado es una situación provisional que desaparecerá tras el Juicio Final.

#### 2.4.6. TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA

Tres condiciones de la guerra justa:

1. Deshacer una *iniuria*
2. Sólo está permitido hasta la finalidad de restaurar el derecho
3. El beligerante justo ha de tener recta intención

#### LA GUERRA PREVENTIVA

San Agustín y, siglos más tarde, la Escuela de Salamanca (Francisco de Vitoria, Francisco Suárez) enunciaron las condiciones para considerar una guerra como justa. Son requisitos que después la Iglesia ha reconocido de forma oficial.

##### a)--GUERRA JUSTA:

1. Que el daño causado por el agresor sea duradero, grave y cierto
2. Que todos los medios para poner fin a la agresión hayan resultado impracticables o ineficaces
3. Que se reúnan las condiciones serias de éxito
4. Que el empleo de las armas no entrañe males y desórdenes más graves que el mal que se pretende eliminar

A partir del atentado del 11 de septiembre en Nueva York se perfila un nuevo concepto de guerra

##### b)--GUERRA PREVENTIVA:

Nueva doctrina de seguridad nacional que eximía a Estados Unidos de la obligación de justificar una guerra por razones de defensa propia o de amenaza inminente

(de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas).

Se promulga un nuevo derecho “a actuar contra amenazas nacientes antes de que se hayan formado por completo” y a “actuar de forma preventiva” contra Estados que den cobijo o apoyo al terrorismo. El resultado es que a) Los ataques preventivos a los “Estados delincuentes” y a “quienes financian o protegen el terrorismo” fracasan por estar basados en un malentendido fatal sobre qué es terrorismo y cómo procede; b) Los terroristas no son como un cáncer en el cuerpo de un Estado que, cuando muere el Estado muere también el terrorismo. Son como parásitos migrantes que ocupan temporalmente un huésped (Estados delincuentes, gobiernos débiles e incluso democracias transparentes) y entonces, cuando un huésped es destruido se mudan a otro Estado. Los terroristas no son Estados, sino que se sirven de los Estados.

### **DECADENCIA DEL IMPERIO ROMANO - SIGLOS V y VI**

San Agustín vivió justamente en el periodo en que se disuelve el Imperio Romano de occidente, y en sus territorios comienzan a instalarse, de forma permanente, las poblaciones germánicas. Los bárbaros arrollaron las instituciones políticas romanas y supusieron un gran quebranto para la cultura latina. A pesar de esto, surge algún pensador, en estos siglos culturalmente oscuros. Casi siempre son eclesiásticos que buscan la inspiración en los textos clásicos y patristicos (puestos a salvo y conservados en los monasterios) o que trataba de compilar textos para el estudio en las escuelas de clero.

### **SIGLO IX**

El restablecimiento, llevado a cabo por Carlomagno, de unas condiciones de vida pacíficas y seguras y la reorganización política de territorios de Europa occidental, favoreció, en el siglo IX, el florecimiento de la cultura.

### 3 - LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA

La Filosofía cristiana de estos años –principalmente entre el siglo XII y XIV- se llama *Escolástica*, tomando su nombre de las escuelas de filosofía y teología.

- Método de la escolástica (cerca de la controversia judicial):
  - o *Lectio*: Comentario a textos filosóficos y teológicos
  - o *Disputatio*: Planteamiento de una serie de problemas (*quaestiones*) con textos a favor de una tesis, discusión pública. Las pruebas aducidas estaban reforzadas por textos autorizados.
  - o *Conclusio*: juicio final.

#### SANTO TOMÁS DE AQUINO (1.224-1.274)

#### ---TEORÍA DE LA LEY

1. Ley eterna
2. Ley natural
3. Ley humana
4. Ley divina

#### ----TEORÍA DEL DERECHO

- Ley humana = Derecho Positivo (*ius civile* o *ius gentium*)
- Ley natural – *ius naturale* (Derecho natural)
  - ética

El Derecho (natural o positivo) es objeto de la justicia

#### ---TEORÍA DE LA JUSTICIA

- Justicia. Características: igualdad, alteridad, relación de débito
- Justo
  - por la naturaleza de la misma cosa (D. Natural)
  - por convención o común acuerdo (D. Positivo)
    - convenio privado/ convenio público
- Tipología de justicia:
  - a) *General o legal*: cómo deben de contribuir los miembros a la comunidad
  - b) *Particular*:
    - 1.b- *Conmutativa*: personas privadas. Igualdad absoluta
    - 2.b- *Distributiva*: cómo la sociedad distribuye entre sus miembros /cuerpo social con sus miembros. Igualdad proporcional.
- Equidad

#### ----FILOSOFÍA SOCIAL

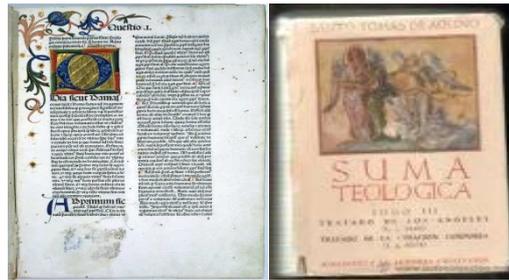
Se basa en Aristóteles. Más optimista que San Agustín

- El hombre es animal social y político, pero no se basta a sí mismo: familia, municipio, gremio, ciudad y reino;
- Primado del bien común; autoridad; optimismo antropológico.

#### ----FILOSOFÍA POLÍTICA

Origen divino del poder

- Formas de gobierno: criterio cuantitativo y cualitativo:
  - Formas buenas: monarquía, aristocracia y democracia ordenada
  - Formas malas: tiranía, oligarquía y democracia demagógica (tirano por vicio en el título y tirano por vicio en el régimen)



### 3.3.1. BIOGRAFÍA

Santo Tomás de Aquino es considerado como el más grande de los teólogos y filósofos cristianos. Nació en 1.224 cerca de Nápoles, de una familia noble, y, en contra de la voluntad de ésta, ingresó en la Orden dominicana. Estudió en la Universidad de Nápoles, en la de París y en la de Colonia. En esta Universidad, bajo la dirección de San Alberto Magno, inició su labor docente que luego continuaría en la de París, Roma y otras de Italia. Murió en 1274, viajando hacia el Concilio II de Lyon, al que había sido llamado como teólogo por Gregorio X.

Entre sus obras importantes hay que citar la *Summa Theologica*, realizada con la intención de servir de libro de texto para estudios teológicos, es considerada como su obra más importante.

### 3.3.2. TEORÍA DE LA LEY

De la confluencia del pensamiento aristotélico con el cristiano brotó la versión tomista de la metafísica cristiana del orden, aunque en relación a la teoría de la ley hay que advertir que Santo Tomás es ampliamente tributario de San Agustín. Destaca la relevancia de la razón (tanto de Dios como del hombre): “la razón es regla y medida de las acciones humanas”.

En cuanto a la ley, Santo Tomás considera que, más que una imposición, se trata de **una pauta de comportamiento**, necesaria para alcanzar la felicidad, y distingue cuatro **clases o niveles de leyes**:

**1. Ley eterna:** Es “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción y todo movimiento”. La *ley eterna* es el plan divino que dirige todas las cosas hacia la persecución de sus fines; es el tipo u orden ideal del universo que preexiste en Dios. No es necesario que Dios se la revele al hombre, puesto que el hombre puede detectar por medio de su razón parte de esa ley eterna en sus propias tendencias y necesidades.

**2. Ley natural:** La parte de la ley terna que es cognoscible en forma intuitiva e innata por los seres racionales es el derecho o la *ley natural*; el derecho natural es la participación de las criaturas racionales en la ley eterna. La define como la «participación de la naturaleza racional en la ley eterna» y consiste en una serie de principios generales, reducibles a la obligación de «hacer el bien y evitar el mal», y concretables en un conjunto de deberes y derechos de la persona humana: derecho a la existencia, a la verdad, al trabajo, a procrear y educar a los hijos, etc.

**3. Ley humana:** Por último, está la *ley humana o positiva* que debe ajustarse a los preceptos de la ley natural. La ley humana, para ser ley, debe ser compatible con los preceptos del derecho natural y debe o bien ser deducible de ese derecho o

limitarse a completarlo.

Santo Tomás la define como «una ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad».

Requisitos:

- Elemento formal: promulgación por autoridad competente
- Estar al servicio del bien común: sobre esta base establece la teoría de la resistencia a la ley injusta. Convendrá acatar la ley injusta si su desobediencia hubiera de acarrear males peores. Únicamente si atenta contra un bien divino habrá de rechazarse en absoluto.
- No incumbe a la ley humana prohibir todos los vicios ni preceptuar todas las virtudes.
- Debe tener alcance general y proceder de una instancia pública que obre en representación del cuerpo social.

Añade un cuarto tipo de ley:

**4. Ley divina:** Como la razón del hombre puede estar a veces demasiado perturbada por las pasiones para determinar correctamente ciertos preceptos morales, Dios le ha revelado algunos de ellos, como es el caso de los diez Mandamientos; esta es la *ley divina*.

Santo Tomás llama *sindéresis* la disposición natural de los hombres que les permiten detectar los principios más generales del derecho natural; ésta es una capacidad innata y el conocimiento adquirido a través de ellas es infalible.

### 3.3.3. TEORÍA DEL DERECHO

S. Tomás, como los escolásticos medievales, empleaba con frecuencia, indistintamente, las palabras *lex* e *ius*.

### 3.3.4. TEORÍA DE LA JUSTICIA

. La justicia ES aquella virtud de la voluntad que ordena al hombre en las cosas relativas a otro.

. Características: Igualdad, alteridad y relación de débito. Por eso, la justicia asegura a todos lo suyo.

- S. Tomás (modificando algo el texto de Ulpiano –“la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual su derecho”-), define la JUSTICIA como: “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”.

--Lo JUSTO significa que algo es adecuado a otro. Una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras:

- Derecho Natural: Atendida la naturaleza misma de la cosa
- Derecho Positivo: Por convención o común acuerdo  
-en forma de convenio privado (pacto entre particulares)

- en forma pública: ley promulgada por el príncipe

- Justicia natural: resulta de la naturaleza misma de la cosa
- Justicia positiva. Deriva de la voluntad humana expresada en leyes, costumbres o convenios particulares.

- TIPOLOGÍA DE LA JUSTICIA:

a) General o legal: cómo deben de contribuir los miembros a la comunidad. (La justicia ordena los actos de todas las virtudes al bien común). Se refiere a todos los miembros de la comunidad –general- y se establece mediante ley –legal-.

b) Particular (la justicia ordena a otro considerado individualmente):

1.b- Conmutativa (si la relación se da entre individuos o personas privadas dentro de una comunidad): personas privadas. Igualdad absoluta

2.b- Distributiva (si se trata de la relación del cuerpo con sus miembros, es decir, del todo con las partes): cómo la sociedad distribuye entre sus miembros /cuerpo social con sus miembros. Igualdad proporcional.

### 3.3.5. FILOSOFÍA SOCIAL

Tomás de Aquino considera, a diferencia de San Agustín, que **la necesidad de organización política** no es consecuencia del pecado, sino previa a éste, **algo connatural al hombre**. La propia naturaleza de la sociedad implica la existencia de una **autoridad**, y ésta existiría incluso en el supuesto de no haberse producido la caída original.

### FILOSOFÍA POLÍTICA

Parte de la perspectiva de la teoría cristiana del **origen divino del poder**. El poder radica última y mediatemente en Dios, por cuanto creó la naturaleza humana social de manera que no sea posible una convivencia racional sin una autoridad común; pero próxima e inmediatamente reside en la comunidad como tal, pues ningún hombre tiene por naturaleza título alguno para imponerse a los demás sin su voluntad. Ahora bien, la comunidad confía el ejercicio del poder a personas determinadas según modalidades y condiciones variables, que dan lugar a las distintas formas de gobierno. Esta entrega del poder no supone, sin embargo, dejación de su derecho originario al mismo, por lo que podrá reivindicarlo de nuevo en caso de abuso grave por parte de los gestores.

Respecto de las **formas de gobierno**, Santo Tomás sigue el mismo esquema de Aristóteles:

- las tres buenas (monarquía, aristocracia y democracia ordenada)
- y tres malas (tiranía, oligarquía y demagogia) como perversión de las primeras.

Tiranía: S. Tomás admite la resistencia activa cuando la tiranía se hace intolerable y

se han agotado todas las posibilidades que el régimen respectivo ofrezca (si es un feudo, por ejemplo, cabe acudir al superior); pero se trata de una prerrogativa de la comunidad a través de representantes cualificados. La prudencia podrá aconsejar el desistimiento ante la perspectiva evidente de un mal mayor, quedando como suprema instancia la plegaria y la reforma moral, por cuanto Dios tolera a los tiranos como castigo de los pecados de los hombres. No admite como lícita la muerte del tirano por iniciativa privada.

## Para debatir- ¿QUÉ SE PERMITE PARA DAR RESPUESTA A NECESIDADES BÁSICAS?

En relación a dar cumplida respuesta a estas necesidades básicas pueden interpretarse las acciones llevadas a cabo por el alcalde de Marinaleda (Sevilla) del partido de Izquierda Unida desde 1979 y diputado autonómico, J.M. **Sánchez Gordillo**, quien lleva semanas acaparando los medios de comunicación y defendiendo que sus acciones son formas pacíficas de protestar para **defender "al pueblo"**, versión con la que discrepan la mayoría de los jueces y fiscales, que las califican de delito. La fama de **Curro Jiménez**, aquel **bandolero "bueno"** que hace doscientos años robaba a los ricos para ayudar a los pobres, parece querer ganársela ahora un político, también andaluz, que este verano se ha propuesto abanderar la oposición a los recortes **asaltando supermercados** o allanando hoteles de lujo.

Las interpretaciones de estas entradas en los supermercados, adquiriendo productos básicos (arroz, pasta, harina) y llevándoselas sin pagar, para después distribuir las entre aquellas familias necesitadas sin recursos, han dado lugar a diversas interpretaciones. Algunos sectores las ven como una manifestación de desobediencia civil destinada a modificar las leyes que afectan a los recortes sociales, aceptando los autores las consecuencias penales que puedan tener sus acciones y que, por lo tanto, son meros **actos de crítica política**. Llevarse comida de un supermercado "sin el consentimiento de su dueño y **desplegando violencia**", ya que de no haberse ejercido los empleados lo hubieran impedido, "tiene una calificación clara" en el Código Penal y es delito de robo con violencia.



Para la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), el Foro Judicial Independiente (FJI), la Asociación de Fiscales (AF) y la Unión Progresista de Fiscales (UPF) es "claro" que puede haber **robo con violencia** y coacciones. Concretamente, varios abogados entienden que una denuncia contra Sánchez Gordillo "debería prosperar ante los tribunales" pues puede existir **hurto, robo y allanamiento**.

A la hora de asesorar a un posible cliente —en este caso los dueños del supermercado y del hotel—, el abogado ha aclarado que antes de denunciar recomendaría "tener en cuenta **el valor de lo sustraído**, el medio empleado y la necesidad del sujeto que cometiese la

acción".

El robo de alimentos de un supermercado, la entrada y ocupación, durante unas horas, de un hotel de lujo andaluz –se dice que, con el propósito de llamar la atención sobre las grandes fincas de los numerosos terratenientes andaluces-, como acciones que, hace poco tiempo, en un país europeo hubieran sido impensables. Las necesidades básicas se utilizan como argumento de estos comportamientos.

**Cuestiones:**

**¿Se pueden permitir estos actos, dado que no son más que actos políticos? O bien, ¿se deben de considerar un delito (robo con violencia y coacciones)?**

## TEMA 3

# RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRARREFORMA

En los “tiempos modernos” podemos destacar TRES grandes movimientos espirituales: el Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma

--El **RENACIMIENTO** actualmente, no puede ser considerado tan tajantemente opuesto a la Edad Media como ha sido tradicional. La Edad Media había tenido una fase inicial de “oscuridad”, pero tampoco cabe calificarla de “barbarie gótica”.

--- La **REFORMA** se ha equiparado tradicionalmente al proceso generador del protestantismo en el siglo XVI: pesimismo antropológico, que lleva a sus últimas consecuencias las fórmulas agustinianas: desconfianza hacia la razón y sus posibilidades; sobrenaturalismo de Lutero y Calvino.

-- La **CONTRARREFORMA**: transcurrida la primera fase de expansión del protestantismo, se produjo (a partir de mediados del siglo XVI) un movimiento de restauración católica: Se subraya la reacción frente a la “Reforma” y hay dos hechos de gran repercusión:

a) la fundación de la Compañía de Jesús (1534-40), a la que pertenecen algunos de los tratadistas más sobresalientes de la época (Francisco Suárez, Vázquez de Menchaca, Diego de Covarrubias, Luis de Molina);

b) la celebración del Concilio de Trento (1545-63), que lleva a cabo una formulación más precisa de algunas doctrinas. Si el Renacimiento y la Reforma habían manifestado una dura oposición a la Escolástica, la Contrarreforma supone una “segunda escolástica”, una vuelta a “Santo Tomás”.

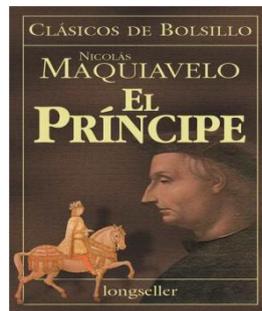
- Escuela Española del derecho natural y de gentes (siglo XVI)

- Polémica sobre entrada, conquista y colonización del Nuevo Mundo:

Bartolomé de las Casas (defensor de los derechos de los indios)

Juan Ginés de Sepúlveda (defensor de los intereses de la corona)

### **3.1.RENACIMIENTO: NICCOLO MAQUIAVELO (1469-1527)**



- 1.- Contexto histórico**
- 2.- Los objetivos de Maquiavelo**
- 3.- Moral, Política y razón de Estado**
- 4.- El Príncipe**
  - 4.1. Modelos de Príncipes**
  - 4.2. Poder y Política**
- 5.-El punto de partida: su antropología**
- 6.- Maquiavelo y la religión**
- 7.- Juicio crítico**
- 8.- Maquiavelismo**

## 1.- Contexto histórico

Durante la época republicana, Maquiavelo ocupó un puesto administrativo en el gobierno y realizó diversas misiones diplomáticas. En 1512, al ser derrocada la república y volver los **Médici** al poder, sufrió persecución y vivió casi todo el resto de su vida en el exilio, durante el cual escribió sus dos obras más importantes: *El Príncipe* y *Discursos sobre los diez primeros libros de Tito Livio*. Murió en 1527 (año en que se produjo el “saqueo de Roma” por las tropas españolas de Carlos V).

Cuando Maquiavelo escribe, Inglaterra, Francia y España son reinos firmemente establecidos y con potentes ejércitos, mientras que Italia está dividida en los Estados independientes de Milán, Florencia, Venecia, Nápoles y los Estados Pontificios, siendo estos últimos, a su vez, un conglomerado, muy poco cohesionado, de Estados semiautónomos. Es un campo de continuas batallas, a la par que de invasiones extranjeras como las de Francia, España, etc. Maquiavelo consideraba que el principal culpable de tal estado de cosas era el Papado, pues no tenía bastante fuerza para unir a Italia y tenía suficiente para impedir que otros lo hicieran; consideraba, además, que esta falta de unidad era la causa de todos los males de Italia.

## 2.- Los objetivos de Maquiavelo

No le importa que se esté destruyendo la concepción de «cristiandad» o imperio universal. Lo que busca y pretende es que Italia sea una gran nación; hacer de ella una primera potencia como lo había sido en otros tiempos.

## 3.-Moral, Política y razón de Estado

Maquiavelo quiere averiguar los factores que concurren en la adquisición, el afianzamiento e incremento o la pérdida del poder en el Estado y entre los Estados. La suya es una concepción naturalista (en el sentido de las ciencias naturales) de la política.

Para Maquiavelo, la variable política fundamental es el poder, rechazando cualquier norma de carácter ético, en aras de la eficacia, de la «**razón de Estado**». Es necesaria la ley y una moralidad en el pueblo, pero el gobernante está por encima de ellas. Sólo debe contar para él la «razón de Estado» y ser la eficacia su patrón de medida.

No hay nada que justificar, ya que no hay principios universales ni religiosos; sólo hay un principio y es la "razón de Estado". La política del Príncipe viene justificada por el fortalecimiento del Estado. Defiende la **separación entre moral individual y moral política**; una cosa es el individuo cuando actúa solo y otra muy diferente cuando lo hace como elemento del Estado.

El **pueblo** no cuenta nada para Maquiavelo. Es un ser amorfo y pasivo que sólo quiere seguridad y colmar de alguna manera sus necesidades.

## 4.- *El Príncipe*:

Es un libro breve al igual que sus capítulos, y, sobre todo, enormemente realista<sup>5</sup>

De sus diferentes misiones diplomáticas al servicio de los *Médici* había obtenido amplia experiencia sobre las vicisitudes políticas de su tiempo; de sus escritos anteriores al *Príncipe* le ha quedado especial interés por la política romana y un cúmulo de reflexiones profundas sobre las causas de la decadencia y del éxito en la política.

Entiende que para un periodo de estabilidad política, es mejor un régimen republicano, al estilo de la época de la república en Roma- especialmente, la del gobierno de Tito Livio, como refleja en su obra *I Discorsi sopra la prima época de Tito Livio*. Para épocas de inestabilidad o de guerra, es más conveniente un gobierno fuerte y único – *Il Principe*- capaz de adoptar decisiones con rapidez.

#### 4.1. Modelos de Príncipes

Los autores vacilan en torno a qué modelo humano pudo tomar Maquiavelo para su obra:

1º) **Luis XII de Francia:** Maquiavelo pasará seis meses en 1500 en la corte de Luis XII de Francia como embajador de la República de Florencia para explicar las dificultades que los florentinos habían encontrado en la guerra contra Pisa, donde actuaban como aliados de los franceses. Tiene la oportunidad de conocer una Monarquía moderna y fuerte, frente a la endeble y vacilante Florencia, y aprendió sus primeras lecciones: “sus escritos políticos de madurez están llenos de advertencias sobre la necesidad de las dilaciones, el peligro de aparecer como irresoluto, la necesidad de una acción rápida y decidida tanto en la guerra como en la política”.

2º) **César Borgia:** En abril de 1501 Borgia fue nombrado duque de la Romaña por Alejandro VI. Inmediatamente lanzó una serie de audaces campañas: se apoderó de Faenza, de Piombino, del ducado de Urbino. Engreído con estos éxitos, pidió entonces una alianza formal con los florentinos, y solicitó que se le enviase un mensajero para escuchar sus condiciones. El hombre elegido para esta delicada tarea fue Maquiavelo. Después de cuatro meses en esa misión, dirá Maquiavelo de Borgia: “controla todo por sí mismo”, gobierna “con extrema discreción” y es capaz en consecuencia de decidir y ejecutar sus planes con una rapidez aplastante

3º) **Julio II:** las luchas que surgen entre C. Borgia y el nuevo pontífice, Julio II, obligan a Maquiavelo a realizar nuevas misiones diplomáticas. Las pretensiones del Papa de recuperar los territorios de Perugia y Bolonia obligan a Maquiavelo a negociar con Julio II. Observando el Papa guerrero en acción, Maquiavelo quedó impresionado en un principio, y luego atónito: “*Nadie piensa que el Papa sea capaz de llevar a término lo que pretende*”; “*procede impetuosamente en todos sus asuntos*”...



4º) **El emperador Maximiliano:** La *signoria* de Florencia envía a Maquiavelo como embajador ante Maximiliano ante su plan de marchar sobre Italia y coronarse emperador en

Roma. Desde el principio hasta el final el emperador causó a Maquiavelo la impresión de un gobernante totalmente inepto, y su debilidad fundamental era la tendencia a ser “muy negligente y crédulo a la vez”, a resultas de lo cual “*manifiesta una constante proclividad a dejarse influenciar por cada opinión distinta que se le presente*”, “*un hombre manejable*”, “*es imposible fiarse, ...lo que hace un día lo deshace al día siguiente.*”<sup>6</sup>

## 4.2. Poder y Política

Maquiavelo escribe sobre la **mecánica del poder**: cómo conseguirlo y cómo conservarlo. Rechaza explícita y reiteradamente cualquier consideración de tipo moral, que el príncipe ni siquiera debe plantearse, ya que lo único importante es la eficacia.

La inspiración naturalista de la política de Maquiavelo implicaba la ya aludida autonomía de la política. La política, independizada de la ética, se convierte en una técnica de adquisición, conservación o incremento del poder en el Estado y entre los Estados. El príncipe es antes persona pública que privada. Su conservación es la suprema ley. De ahí las conocidas máximas maquiavélicas (especialmente en los capítulos XVII y XVIII de *El Príncipe*, acerca del comportamiento del príncipe en sus relaciones con los súbditos y con los demás poderes:

- Aun cuando es mejor para él ser amado que temido, habrá de preferir lo segundo en el supuesto de tener que elegir.
- Aun cuando es mejor mantener la promesa dada, ésta se quebrantará en el caso de que resulte provechoso
- Aun cuando es mejor tener las cualidades requeridas para gobernar que no tenerlas, lo importante será hacer creer que se tienen, “*ed essere gran simulatore e dissimulatore*”.

Al espejo de príncipes de la tradición medieval, sigue ahora un espejo de príncipes cuyo ideal es la astucia del zorro y la fuerza del león. Tiene que hacer todo lo que sea necesario para conseguir sus fines políticos. Su política deberá ser la del **oportunismo**.

## 5.- El punto de partida: su antropología

El punto de apoyo del amoralismo político de Maquiavelo es una antropología de fondo pesimista. Parte de cierta concepción del hombre que se asienta en un profundo **pesimismo**: el hombre es egoísta por naturaleza: los que permanecen dentro de un cierto orden, es porque se ven constreñidos por necesidad. La naturaleza humana es mala tal y como es en la realidad. El hombre está lleno de deficiencias y vicios: es desagradecido, inconstante, hipócrita, cobarde ante el peligro, ávido de ganancia, miente, perjura... Ingratos, volubles, simuladores, esquivos al peligro y ávidos de ganancia, “*Olvidan antes la muerte del padre que la pérdida del patrimonio*”. En una palabra, «se arrastran en las pasiones».

Nada, pues, de hablar de leyes y de orden divinos. Debemos construir una sociedad, no como Dios quiera (principios, teoría), sino teniendo en cuenta **cómo son los hombres en la realidad**. Maquiavelo sostiene que aquellos políticos que se atienen a normas y principios universales, fracasan; los políticos que actúan sin escrúpulos engrandecen la nación.

La naturaleza humana, así caracterizada, es inmutable en sus tendencias profundas.

---

<sup>6</sup> Idem. Págs.25-26

Esa inmutabilidad permite establecer la política como ciencia, ya que por ser previsible las acciones de los hombres, es posible adoptar las medidas adecuadas para cada supuesto de hecho. Se conocen las pasiones que los dominan y también sus efectos. La política se convierte así en el arte de detener a los hombres en la pendiente de la corrupción, y para ello se valdrá de sus propias pasiones.

### **6.- Maquiavelo y la religión**

La considera como un hecho social más, valorándola en función de la influencia que ejerce sobre el comportamiento de los hombres en el Estado. El cristianismo, por ejemplo, acaba debilitando y disociando a la vez al ciudadano, al ensalzar la humildad y el desprecio por las cosas humanas, contraponiendo las exigencias propias de su credo a las del Estado. La religión es un *instrumentum regni*. Las sanciones religiosas pueden operar en el mismo sentido que la coacción estatal para contener la inclinación humana al desorden. Afirma, incluso, que son preferibles las religiones paganas (como sucedía en Roma), puesto que éstas ensalzan el poder y la gloria del Estado; el cristianismo, al contrario, lo hace de la pobreza y de la humildad.

### **7.- Juicio crítico**

- 1º.- que la Naturaleza humana es igual en todos los hombres y en todas las épocas;
- 2º.-y que lo mismo hay que decir de los sentimientos, pasiones y vicios.

### **8.- Maquiavelismo**

Acaba propugnando un pragmatismo amoral como condición indispensable para el éxito político; sinceridad al poner al descubierto ciertas formas habituales del ejercicio del poder; la **ruptura que establece entre moral y política.**

## CASO 1 (Tema 3) - Incumplimiento de promesa electoral.

### CONSUMIENDO PROMESAS

Se ha avanzado mucho en cuanto a normas de consumo y derechos del consumidor: no hay producto que no incluya su fecha de caducidad y la mención de todos los ingredientes, si algo sale defectuoso podemos devolverlo y cualquier fraude es castigado. Incluso la publicidad engañosa está perseguida y los anuncios de juguetes nos avisan si las imágenes son una recreación artificial para que no nos hagamos ilusiones falsas. Sin embargo, en el ámbito de las elecciones políticas, uno echa de menos que las reglas que aplican a cosméticos o embutidos se cumplan también con la propaganda política.

Hace 22 años Lluís Llach denunció a Felipe González por fraude debido al incumplimiento de una promesa electoral, y aunque no ganó el juicio, el propio juez aconsejaba en su sentencia que se regulara de algún modo el valor contractual de estas ofertas. Hoy te dan un folleto en la calle anunciándote un viaje al Caribe y el papelito va a misa, pero en campaña electoral puedes proponer subidas de pensiones, aumento de las ayudas, disminución de impuestos o supresión de tasas y difícilmente vas a conseguir que un inspector de consumo vaya a la sede de Génova o Ferraz a levantar acta en caso de publicidad fraudulenta. Hubo uno que conocía tanto estos usos que llevó su programa electoral al notario para conseguir algo de credibilidad. Me pregunto si no sería más fácil que todos se abstuvieran de prometer aquello que no tienen la certeza de poder cumplir o, incluso, muchas veces, la intención de cumplirlo. Publicado en EL PERIÓDICO EXTREMADURA el 28 de enero de 2008.

### TAREA

-Elabore una **tabla comparativa** (no es un resumen ni un esquema) entre el modelo de gobernante (rey-filósofo) que proponía Platón, y el modelo de gobernante que describió Maquiavelo en su obra “El Príncipe”. **Extensión:** la cara de un folio.

-Indique las diferencias y semejanzas que aprecia entre ambos modelos y qué repercusiones tienen en su respectivo modelo de ciudad (o república). Justifique su preferencia por uno o u otro modelo.

-Revise cuestiones como:

1-En la teoría política de Maquiavelo se defiende la separación entre ética y política. ¿Es adecuada esa separación? O, por el contrario, ¿considera que es necesaria la unión entre ética y política, en la línea que defendía Platón?

2. Para los ciudadanos ¿conviene que los gobernantes (o clase política) incorporaren la ética a sus promesas electorales y a sus decisiones políticas? En caso afirmativo, indique si dispone el ciudadano de algún mecanismo para exigir que los gobernantes incorporen la ética a la política.

### 3.2. CONTRARREFORMA - ESCUELA ESPAÑOLA DEL DERECHO NATURAL Y DE GENTES



#### 1. La Escuela Española del Derecho natural y de gentes

El período que va aproximadamente del primer tercio del siglo XVI al penúltimo del XVII constituye el “**Siglo de Oro**” español, tanto en el campo de las artes y de las letras como en el teológico, en el filosófico, jurídico y político. Una serie de juristas y teólogos de primer plano se convierten en clásicos de la filosofía española, y en particular de la filosofía del Derecho y del Estado, que acaba culminando en una filosofía de la sociedad internacional.

Destaca la **Escuela Española del derecho natural y de gentes**: estos clásicos son por lo general eclesiásticos y universitarios. Sus obras son a menudo manuales, destinados a la enseñanza. Cabe citar, por ejemplo, las *Relecciones teológicas* de Vitoria. Se preocupan por la realidad de su tiempo, lo que actualmente llamaríamos la “política del día”. Destaca la Universidad de Salamanca.

Su aportación esencial consiste en la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del Derecho natural, herederos del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo.

En lo que se refiere a los teólogos, hay que distinguir dos corrientes principales, asociadas a dos órdenes religiosos. Corresponde la primera a la orden de Santo Domingo y sigue muy de cerca las enseñanzas de Santo Tomás. Tuvo su centro en el Colegio de San Esteban de Salamanca, siendo sus representantes más destacados Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. La segunda corriente está constituida por miembros de la compañía de Jesús, y muestra una actitud más independiente frente al tomismo. Cabe citar a Francisco Suárez y Alfonso de Castro.

Parece ser que fue en la universidad de París parece haberse discutido por primera vez públicamente una de las cuestiones fundamentales que por razones obvias sería objeto de especial atención por parte de los clásicos españoles: el de la licitud de la conquista de América por los españoles, tratada por el escocés John Mair (Juan Mayor, 1469-1550) en sus comentarios a Pedro Lombardo. Mayor sostuvo la legitimidad de una sumisión previa de los indígenas para predicarles el Evangelio, y además, la licitud de un dominio sobre los mismos por su inferioridad cultural.

#### 2. La ética colonial de la Escuela de Salamanca. El Descubrimiento del Nuevo Mundo y sus repercusiones filosófico-jurídicas

Oro y conversión se han definido como los dos polos principales de la realidad del descubrimiento, la conquista y la colonización americana. Este suceso dio lugar a una renovación jurídica (la formación del Derecho indiano) y filosófica (discusión acerca de la categoría filosófico-jurídica que tenían los habitantes de las nuevas tierras descubiertas).



El **descubrimiento** ha sido considerado como un **hecho renacentista**. Para entenderlo adecuadamente se hace necesario situarse en el contexto de la época con la imagen medieval que se tenía del Mundo. Al final de la Edad Media ya casi nadie creía en la concepción del mundo como un disco plano, puesto que la idea de la esfericidad del planeta estaba prácticamente admitida, al menos por los hombres cultos (Alberto Magno, Rogerio Bacon, Dante Alighieri, etc.). A pesar de todo ello había un horror al vacío (*horror vacui*) por temor a arriesgarse a pasar más allá del límite del océano y caer al vacío. A pesar de estos condicionantes, hay que hacer notar que, como contrapartida, existían ciertos factores de carácter socioeconómico que apoyaron la empresa de Colón. Entre estos datos se encuentra el monopolio que Castilla ejerció sobre la empresa del descubrimiento. Isabel la Católica estimuló el particularismo castellano, procurando en todo momento que vascos y catalanes quedasen alejados del negocio americano, que quedó así prácticamente reservado al reino de Castilla. Cronológicamente, las etapas que abarca esta empresa son: de 1492 a 1520 la etapa de los descubridores y navegantes; de 1520 a 1550, la de los conquistadores, por último, de 1550 en adelante, la era de la colonización propiamente dicha, en la cual el Imperio se estructura en una densa política jurídica y cultural.

La Escuela de Salamanca tuvo una relevante **influencia en los orígenes del pensamiento económico**. Conviene recordar que la empresa del descubrimiento y colonización fue en principio una empresa castellana, a pesar de que la demografía y la estructura económica de Castilla eran inadecuadas para este fin. Mientras que en otros países europeos se había alcanzado un desarrollo que podemos calificar de precapitalista, España apenas había superado la economía agrícola medieval. Con todo, la colonización americana provocó una serie de modificaciones. Así, junto a la emigración humana se produjo un gran envío de semillas, víveres, útiles de labranza, y toda clase de mercancías necesarias para atender las demandas del Nuevo Mundo. Ello exigía la explotación a pleno rendimiento de los recursos castellanos, que se vieron recompensados con la llegada de metales preciosos procedentes de las Indias, lo que a su vez produjo un elevado y sostenido aumento de los precios que se inició en Andalucía, pues el puerto de Sevilla era el lugar de entrada de aquellos metales como el oro y la plata, aunque de allí se propagó rápidamente al resto de la península. Esta situación convirtió a la Península ibérica en el centro comercial y financiero de Occidente, desarticulando el orden económico internacional, que hasta entonces había imperado.

Dejando a un lado las repercusiones económicas del descubrimiento, hay que señalar que descubrir América representó el **derrumbamiento de toda esa concepción tradicional del**

**Mundo**, donde los datos geográficos, el sistema teológico y las ideas religiosas formaban una unidad indisoluble y la negación de una parte ponía en entredicho a las demás. Con la llegada de los españoles y, fundamentalmente de los misioneros, se comenzaron a plantear una serie de interrogantes que iban a marcar la investigación de los teólogos, juristas y filósofos castellanos profundamente. Se plantean problemas como el de la naturaleza y capacidad de los indios, el trato que debía dárseles, la necesidad de su protección frente a la codicia del conquistador, la prohibición de la esclavitud, el derecho español al dominio de América y la supuesta legitimidad moral de la conquista, entre otros.

Conviene dejar sentada la importancia que tuvo el descubrimiento en orden también a la recuperación de las **teorías utópicas y del mito del buen salvaje**. En la literatura comienzan a proliferar bucólicos relatos de alabanza a la vida pastoril queriendo dejar constancia de la degradación a la que se estaba llegando por parte de algunos sectores sociales en la codicia despertada por el oro y la plata que venían de América. Esta tendencia de búsqueda del pasado idílico estimulará un renovado interés por el mito de la Edad de Oro. Incluso, llegaban a identificar el nuevo continente descubierto con esta Edad de Oro, contraponiéndola a la Edad del Hierro, que correspondería a la Europa Occidental, envilecida por la ambición de los "metales" mencionados.

Desde que un fraile dominico, Antonio de Montesinos, pronunció un duro discurso en una pequeña iglesia de La Española, condenando el trato que los españoles daban a los indios, y, más exactamente, desde que el eco de sus sermones llegó a la corte, comenzó una polémica etapa en la que se sometió a crítica la presencia castellana en Indias. Las principales instituciones organizadoras de la conquista, a saber, el *repartimiento* (entrega de un grupo de indios a cada español para que trabajasen a su servicio) y la *encomienda* (transformación nominal o aparente de los repartimientos, en virtud de la cual los indios repartidos o entregados a cada colono se entendía que estaban bajo su protección o encomienda, debiendo el encomendero darles instrucción religiosa y teniendo el derecho a exigir de los indios trabajo y tributo). En las Cortes de Valladolid de 1542 se llegó a pedir al Emperador Carlos V que pusiera remedio a tanto desmán.

Las **Leyes de Burgos** (1512-1513) fueron la primera réplica legal a las censuras de Montesinos. En 1512 don Fernando convocó una Junta de teólogos y juristas para tratar el tema. El resultado fue un conjunto de treinta y cinco leyes promulgadas en Burgos en 1512, a las que unos meses después se agregaron cuatro más dictadas por la reina en Valladolid en 1513. Versaban sobre el modo de exigir trabajo a los indios, su instrucción religiosa, etc. Con todo, Fray Bartolomé de las Casas, considerado como el principal artífice de la defensa de los indios en el Nuevo Mundo, las calificó de injustas e ineficaces.

En concreto, la discusión sobre temas como el poder temporal del Papa, la condición humana y libre de los indios, la guerra justa, el derecho a comerciar con otras gentes y otras cuestiones semejantes contribuyó decisivamente a la elaboración de unos principios filosófico-jurídicos que sirvieron para fundamentar un naciente Derecho Internacional. Las orientaciones principales sobre estas cuestiones podemos resumirlas en las que siguen.

Una primera postura de raíz medieval era la que, reconociendo el poder temporal del papa (teocracia pontificia), admitía la concesión contenida en las Bulas de Alejandro VI como título suficiente para justificar el dominio del rey de Castilla en Indias, aunque después le añadiría como complemento justificativo del dominio y aún de la conquista violenta, redactar un "Requerimiento".

La discusión de los títulos para legitimar la entrada de los españoles en los nuevos territorios conquistados, dio lugar a la aparición de reparos de ciertos religiosos (especialmente dominicos) a la acción de los conquistadores. Ese “despertar de la conciencia cristiana” derivó en la gran polémica fundamentalmente asociada a los nombres de Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573).

Una postura opuesta fue la de **Bartolomé de Las Casas**. En él encontramos, ya en pleno siglo XVI, la contraposición "barbarie-civilización", aplicada al Nuevo Mundo. La antropología lascasiana se mueve en un plano de utopismo, que contribuirá a una elaboración definitiva y sofisticada del mito del "buen salvaje". Para él, las Bulas sólo concedían a los reyes el Derecho a predicar el evangelio a los indios, pero no un poder directo sobre ellos. Entendía que los indios eran libres y sólo se les podía intentar convencer pacíficamente. Cuando voluntariamente se hubieran convertido a la fe cristiana quedarían sometidos al rey de Castilla, siendo en todo caso injustas las guerras que contra ellos se hicieran.

Con todo, había que tener en cuenta que el único derecho moral de los españoles al dominio de aquellas tierras tenía su base en el móvil de la extensión y difusión del Evangelio, pero si ese móvil se abandonaba a la práctica, sustituyéndose por el afán de lucro y de posesiones materiales, aquella justificación desaparecía automáticamente.<sup>7</sup>

Las Casas, nacido en Sevilla, fue ordenado sacerdote en 1510 y fue el primero que cantó misa en el Nuevo Mundo. Su gran preocupación fue la protección de los indios. Sus obras, tanto en latín como en castellano, son eminentemente polémicas: *Brevísima Relación de la destrucción de las indias*, el *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos*, el *Tratado de las doce dudas* (sobre la conquista de Perú), etc.

Se muestra especialmente celoso de que la adhesión de los indios al cristianismo sea libre. De ahí que no acepte la sumisión previa de los indios, encaminada a que oigan la predicación del Evangelio, que insista en la libertad natural de los mismos, rechazando toda forma, directa o indirecta (“encomienda”) de esclavitud y en general juzgue injusta la entrada de los españoles en el Nuevo Mundo. Llegó a condicionar la supremacía española al consentimiento libre de los respectivos pueblos.

Las Casas concebía que el resultado de la conquista debía ser una confederación pacífica de reinos indígenas cristianos bajo el alto dominio del emperador, que sería el Rey de Castilla. Dichos reinos conservarían sus propios gobiernos y sus costumbres en todo lo que fuera compatible con su incorporación al imperio cristiano.

---

<sup>7</sup> Conviene recordar que en la Edad Media ya había un Derecho que regulaba el descubrimiento y ocupación de nuevas tierras, reconocido incluso en textos legales como las *Siete Partidas*, donde se establecía: "*Pocas vegadas acaece que se fagan islas nuevamente en la mar. Pero si acaeciese que ficiese alguna isla de nuevo, syn duda decimos que debe ser de aquel que la poblase primeramente* (ley 29, título XXVIII, partida III). Más difícil es trasladar este título jurídico al caso americano, donde las tierras descubiertas estaban frecuentemente pobladas ya por indígenas. En este supuesto había que acudir a otros motivos; existe otra disposición del mismo texto legal (ley 9, título I, partida II) que señala diversas circunstancias por las que puede obtenerse el señorío de un reino: herencia, matrimonio, libre consentimiento de los naturales u otorgamiento del Papa o del Emperador. En el caso del Nuevo Mundo resulta evidente que sólo el otorgamiento del Papa era factible y el más oportuno

Se enfrentó con los colonos. Llevó a la práctica su doctrina de la evangelización pacífica. Denunció lo que estimó eran abusos impropios de quienes invocaban la causa del cristianismo. Creyó ver móviles demasiado humanos en las supuestas razones de Dios.

La mayor parte de su vida la pasó en las indias. Escribió cartas, memorias e informes con sus denuncias y las remitió al Rey. Sin embargo, exageró algunos datos, en su afán de proteger a los indios, lo que acabó desembocando en un descrédito. A la vez, dio armas a los rivales de España en la lucha por el poderío mundial, lo que explica las reservas y el juicio adverso por parte de la historiografía española (hay autores que le presentan como antipatriota y antiespañol, creador de la nefasta "leyenda negra").

El efecto más beneficioso fue el de “despertar la conciencia española”, dando lugar a la Legislación social de Indias, tales como las famosas Leyes de Burgos, de 1512, con los 7 principios, o las Leyes Nuevas de 1542.



**Juan Ginés de Sepúlveda** se formó en Alcalá, Sigüenza y Bolonia. Estuvo relacionado con figuras relevantes de las letras en Italia y en España, y ocupó el cargo de cronista de Carlos V y de Felipe II. Adquirió fama por sus traducciones de Aristóteles. Su obra más conocida es la de *Democrates primus* y *Democrates alter*, en la que concreta los argumentos siguientes: la guerra no está prohibida por derecho divino del Antiguo ni del Nuevo Testamento, ni tampoco por la ley natural.

En lo que se refiere a la naturaleza y condición de los indios, Sepúlveda se basaba en argumentos agustinianos (necesidad de ley coactiva para castigar a los hombres por sus pecados) y aristotélicos (teoría de la esclavitud) y consideraba a los indios inferiores y que cometían graves pecados "*contra natura*", eran antropófagos e idólatras y, para que los castellanos les sacaran de tales vicios, justo era que los sometieran incluso mediante la guerra.

Ante las diferencias entre Sepúlveda y Las Casas, Carlos V les convocó ante una comisión de teólogos y juristas, presidida por Domingo de Soto, que se reunió en Valladolid, pero sin que fuera posible acercar posturas tan extremas. Con todo, hay que dejar bien sentado que Sepúlveda no considera a los indios como auténticos "esclavos por naturaleza", sino solamente en una situación de "*atraso, perfectible con el tiempo y educación*".

La originalidad de Sepúlveda radica en posiciones cercanas al agustinismo político y la defensa de la licitud de la guerra, sobre la base de la teoría aristotélica de la desigualdad natural entre los hombres y entre los pueblos. Así como en una república bien ordenada ha de gobernar el más perfecto sobre el que lo es menos, así también los pueblos más excelentes por su cultura y religiosidad (entre los cuales los españoles ocupan un lugar preeminente) deben por derecho natural imperar sobre la barbarie o culturalmente retrasados. La servidumbre es la condición propia de cuantos son por naturaleza incapaces

de regirse a sí mismos según los dictados de la razón. La sumisión de los indios por los españoles se legitima primordialmente por su idolatría y sacrificios humanos, opuestos a la ley natural. También puede recurrirse a las armas para predicarles el Evangelio: no ciertamente para imponerles la fe, sino para proponérsela, obligándoles a que escuchen la predicación: “no se ve de qué manera pueda anunciarse eficazmente el evangelio, en estos tiempos, con la pobreza que hay de predicadores de fe y escasez de milagros.

## TEMA 5 - EL ILUMINISMO FRANCÉS

La relevancia que la razón había comenzado a adquirir en el siglo XVII, se continúa incrementando en el siglo XVIII. El **Iluminismo** implica que la “luz de la razón” va a “iluminar” todas las áreas de conocimiento y pensamiento.

### JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)



#### 1.- BIOGRAFÍA

#### 2.- BASES DE SU PENSAMIENTO

#### 3.- EL HOMBRE NATURALMENTE BUENO

#### 4.- EL CONTRATO SOCIAL

- Estado de naturaleza
- Estado de sociedad: sociedad civil

#### 5.- LA VOLUNTAD GENERAL

#### 6. RELIGIÓN CIVIL

#### 7. FORMAS DE GOBIERNO

#### 8. VALORACIÓN

## 1.- BIOGRAFÍA

Jean Jacques Rousseau nació en Ginebra, en 1712, de una familia de artesanos relojeros, pero la mayor parte de su vida la pasó en Francia. Su madre murió poco después de traerlo al mundo y, cuando todavía era un adolescente, su padre tuvo que exiliarse, con lo que Jean Jacques quedó abandonado y tuvo que ganarse la vida como pudo yendo de un sitio a otro. La experiencia vital de Rousseau resulta determinante de su pensamiento. Esa experiencia fue la de un marginado en una sociedad jerarquizada en la que, por su talante origen plebeyo, nunca logró integrarse.

Su infancia estuvo marcada por la injusticia, sentida como inherente a su status que le provocó un ansia de igualdad. Su fuga de Ginebra le hizo ir a parar a un hospicio de Turín, donde abandonó el calvinismo para abrazar el catolicismo. Fue secretario del embajador de Francia en Venecia, que hubo de dejar ante las humillaciones de que fue objeto; A los veintinueve años marchó a París, donde se relacionó con los «filósofos» y colaboró en la «*Enciclopedia*» escribiendo varios artículos sobre música y sobre economía. Muy pronto, sin embargo, surgiría una profunda y definitiva enemistad entre Rousseau y los «filósofos». En 1750 ganó un premio de la Academia de Dijon con su *Discurso sobre las ciencias y las artes* y posteriormente escribió bastantes obras literarias y políticas, entre las cuales las más importantes son *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, *Emilio*, *El contrato social* y *Confesiones*.

La condena de su obra *Emile* (1762), su fugaz estancia en Escocia, como huésped de Hume, con quien riñó; su paso por Inglaterra, por Suiza, su regreso a Francia, autorizado a residir en París, hasta su muerte. En definitiva, el tormento de una manía persecutoria. Pasó por la frívola sociedad francesa de su tiempo a la manera de un contestatario.

## 2.- BASES DE SU PENSAMIENTO

Lo que Rousseau escribió está íntimamente relacionado, directamente o por contraste, con su propia vida; con su personalidad compleja y contradictoria, sensual y atormentada, con sus vivencias más hondas y con su formación autodidacta. Se enfrentó intelectualmente al racionalismo de los «ilustrados» sin dejar él mismo de ser un racionalista; de una afectividad exacerbada, fue incapaz de establecer relaciones duraderas; preconizando una gran dedicación a la educación de los niños, envió a todos los suyos – cinco ilegítimos- al hospicio y no los volvió a ver; tuvo amantes de distinto nivel social, frecuentó los salones de damas «ilustradas» y llegó a casarse con una sirvienta analfabeta.

Durante toda su vida, Rousseau tuvo dos sentimientos que, combinados, explican, en gran parte, sus escritos políticos:

- 1º- En primer lugar, el de que obraba mal a pesar de considerarse un hombre bueno,
- 2º- Y, en segundo lugar, el de que la sociedad era profundamente injusta y que le perseguía sin tregua. Este último sentimiento fue agravándose hasta convertirse en manía persecutoria de nivel netamente patológico. Murió en 1778.

### 3.- EL HOMBRE NATURALMENTE BUENO

“El hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado”, comenta al inicio del *Contrato social*.

- . Su interés se centra en la cuestión de cómo se ha engendrado la desigualdad.
- . Diferencia dos tipos de desigualdad:

- 1) natural o física: resulta de las diferencias de edad, salud, aptitudes físicas e intelectuales. Deriva de la propia naturaleza
- 2) Moral o política: privilegios de unos sobre otros, y es de institución humana

La primera es inevitable. El problema estriba en cómo eliminar la segunda.

Por naturaleza, los hombres son libres, iguales entre sí fuera de las diferencias indicadas, y buenos. El hombre, naturalmente bueno, actúa mal, forzado por la sociedad que lo corrompe al privarle de verdadera libertad. Una vez formulado este principio, intentará explicar por qué las cosas son de esta manera y cuál debe ser el camino a seguir para salir de esta triste situación.

¿Cuál ha podido ser la causa de que el hombre, culturalmente bueno, con un sentimiento de compasión hacia los demás, haya podido llegar a la depravación en que se encuentra? La razón es clara para Rousseau: la **división del trabajo llevó a la propiedad privada**; ésta, a la **desigualdad**, con la consiguiente dominación de unos sobre otros, y, finalmente, por la opresión también política, consecuencia de la económica, a la pérdida de libertad, que hace que el hombre ya no sea dueño y responsable de sus actos.

### 4.- EL CONTRATO SOCIAL

Para justificar su teoría recurre al modelo del «Contrato Social», recurso todavía muy utilizado en su época. El hombre primitivo no sería un ser social ni moral; sería como un animal, libre y feliz, capaz de satisfacer sus necesidades de nutrición, reproducción y descanso. No conociendo el lenguaje, invento social, no podría razonar ni tener, por tanto, ninguna regla moral; sería un ser benévolo, ya que la búsqueda de su propio bienestar vendría condicionada por su repugnancia ante el sufrimiento ajeno, por su única virtud natural: **la compasión**.

--ESTADO DE NATURALEZA:

. Hay abundancia de bienes disponibles, simplicidad del modo de vida, sencilla, poco diferente de la de los animales. Los primeros hombres carecían de lenguaje y de moral fija, por vivir aislados.

. Rousseau no reconoce en el hombre un impulso social (como Aristóteles). Como Hobbes, el estado de naturaleza es presocial. Pero no atribuye al hombre una tendencia al egoísmo, sino que considera que tiene una virtud universal de la piedad. Tampoco en el estado de naturaleza hay una situación de lucha, por la simplicidad del modo de vida y la

abundancia de bienes disponibles. Sólo paulatinamente, se desarrolla el lenguaje, para expresar sentimientos y después, ideas.

Sin embargo, con el tiempo y por la institución de la propiedad privada surge la desigualdad, y con la codicia de bienes superfluos, rivalidades y contiendas, así como una creciente perversión de las costumbres. El poder del Estado degeneró, no gobernando ya la ley sino el capricho del poderoso, el despotismo. A la desigualdad entre ricos y pobres y entre fuertes y débiles se añade otra, la de esclavos y señores.

. La lucha de todos contra todos caracteriza no el estado de naturaleza sino el incipiente estado de sociedad: “la sociedad naciente dio lugar al más horrendo estado de guerra”.

#### ----ESTADO DE SOCIEDAD: SOCIEDAD CIVIL

. De tal situación propiamente hobbesiana surge el Estado, instaurado por quienes se apropiaron mayores bienes y en beneficio suyo. Diría Marx “que por obra de los capitalistas y para los capitalistas”.

La credulidad de los más permitió establecer un orden jurídico y una constitución (monárquica, aristocrática o democrática, según la mayor o menor concentración de la riqueza).

. El paso del estado de naturaleza al de la sociedad y la cultura es el paso de la espontaneidad a la enajenación o alienación.

---Hay que señalar que tal evolución podría no haberse producido, y de hecho, no se ha consumado en algunos pueblos, como los salvajes de América. Rousseau la atribuye a factores externos: “años estériles, inviernos duros y largos, veranos abrasadores que todo lo consumen”, exigieron de los hombres “una nueva industria”, que desembocó en una actividad organizada y la puesta en marcha de la razón. Se produce así una distinción de las familias, del cultivo de la tierra resulta su división, y de la propiedad, las primeras reglas de justicia. El modelo de contrato social no pretende ser algo histórico, sino simplemente **metafórico**.

----El paso del estado de naturaleza al de sociedad y la cultura es el paso de la espontaneidad a la enajenación o alienación.

El hombre ha pasado de una vida animal, puramente instintiva y estúpida, a una vida más rica en que las relaciones se desarrollan basándose en unas **normas inventadas en sociedad**; el hombre se ha civilizado. El problema estriba en que, por accidente, los hombres han creado una estructura social con tanta **desigualdad** que de ella se ha seguido una reata de consecuencias negativas que hacen que **la sociedad esté corrompida y sea causa de corrupción del hombre**, incluida su razón: se ha llegado a un extremo en que «un hombre que piensa es un animal depravado».

Como es imposible, y ni siquiera deseable, volver a la situación de bondad natural previa a la sociedad, el objetivo para Rousseau sería restaurar al hombre en su bondad natural, devolviéndole su libertad primigenia, mediante la unión de **la razón**, producto de la sociedad, **con el sentimiento de benevolencia**, previa a ella, y para esto será preciso eliminar las graves desigualdades que pervierten al hombre, haciéndolo egoísta y agresivo.

## 5.- LA VOLUNTAD GENERAL

Dado que no es posible volver al estado de naturaleza, han de buscarse las condiciones que en el estado actual garanticen la libertad y la igualdad.

Ahora bien, ¿cómo es posible compaginar la libertad del hombre con las exigencias de la irrenunciable vida social, es decir, con la necesidad de someterse a un orden moral? Para Rousseau sólo existe una solución: aplicar fielmente el «**Contrato Social**».

--VOLUNTAD GENERAL: Se trata de encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”.

--Estas condiciones se dan en el CONTRATO SOCIAL, el cual no supone subordinación a un titular personal o corporativo del poder, sino al cuerpo social como un todo.

. El contenido de la voluntad general es la legislación y su condición de validez es que todos han de ser iguales ante la ley.

Por él, todos y cada uno de los individuos hacen entrega a la comunidad de todos sus derechos (en el sentido de pretensiones, reivindicaciones); como esta cesión se hace a la comunidad total y no a ninguna otra persona o grupo, la voluntad y los derechos de cada individuo no quedan sometidos a los de ningún otro, sino a la «**Voluntad general**» de esa persona colectiva de la cual él es una parte.

---La voluntad general lo es en dos aspectos:

1. Subjetivamente es voluntad de todos los individuos asociados o de la mayoría
2. Objetivamente es voluntad que tiene por finalidad el bien de todos, o bien público

De ahí su distinción entre voluntad general y voluntad de todos. Es una distinción esencialmente cualitativa: lo que constituye la voluntad general es menos el número de votos que el interés común que les une.

Para que este «obedecerse a sí mismo» sea auténtico, es preciso que la soberanía resida realmente en la comunidad, cuya voluntad es la «Voluntad general», y que ésta no quede suplantada por la de un grupo o asamblea de representantes. El poder legislativo ha de quedar directamente en manos de la comunidad, y la voz y voto de cada ciudadano han de tener idéntico valor.

----El contenido de la voluntad general es la legislación, que tiene validez para todos. La condición de esta validez es que todos han de ser iguales ante la ley. La ley no ha de hacer excepciones. Igualdad y libertad rigen la voluntad general. No hay más ley y derechos que los que propone la voluntad general.

## 6.-FORMAS DE GOBIERNO

Preferencia por la democracia directa. El gobierno puede adoptar las formas de monarquía, aristocracia o democracia, según sean las circunstancias del país (tamaño, clima, etc.), pero estará siempre subordinado a las decisiones de la comunidad, de las cuales es un mero administrador. Cuando alguna ley deba elaborarse por un grupo de personas, se requerirá

para su aprobación un referéndum de la comunidad. Se opone a la existencia de cuerpos intermedios (hoy serían los partidos políticos, los sindicatos) y defiende la supresión de la representación.

## 7.- RELIGIÓN

Considera necesario que el Estado regule la religión y la opinión pública, para que los ciudadanos aprendan a pensar, en primer lugar, en el bien común.

- Habrá que una «religión civil», cuyo contenido será determinado por la voluntad general, de forma que la atención de los ciudadanos se dirija hacia el bien de la comunidad en lugar de pensar en otro mundo. En materia religiosa, reconoce Rousseau al soberano la facultad de formular artículos de fe de una “religión civil” cuya observancia es obligatoria no en cuanto dogmas religiosos, sino en cuanto sentimientos de sociabilidad, sin los cuales, en su opinión, es difícil ser un buen ciudadano y súbdito.

-El dualismo del poder espiritual y temporal socava la unidad de la república, según Rousseau, que evoca expresamente a Hobbes. Resuena también en Rousseau la opinión de Maquiavelo, según la cual los cristianos, en cuanto tales, eran malos ciudadanos.

-El Estado no tiene porqué inmiscuirse en las creencias de los súbditos en lo que se refiere a la comunidad, pero tiene que exigir una profesión de fe puramente civil que garantice una convivencia sin grietas. Los dogmas de esta religión civil son simples: “la existencia de la Divinidad, inteligente, bienhechora, provisor y providente; la vida por venir; la felicidad de los justos; el castigo de los malos y la santidad del contrato social y de sus leyes”.

## 8. VALORACIÓN

La obra de Rousseau ha dado lugar a interpretaciones divergentes:

- Precursor del despotismo, del colectivismo y del totalitarismo: esta imagen se apoya en su teoría de la voluntad general como instancia absoluta frente al individuo y a las sociedades parciales, así como también en su doctrina de la religión civil.
- Posición democrática: Limitaciones que señala a la soberanía y el hincapié que hace en la libertad. Es indudable su posición democrática, pero resulta difícil no tener que calificarla de totalitaria, o al menos, autoritaria. Su oposición a los grupos intermedios contrasta con el pluralismo, generalmente asociado hoy a la idea de democracia en Occidente, como su religión civil con la creciente tendencia a la separación entre Estado y religión.

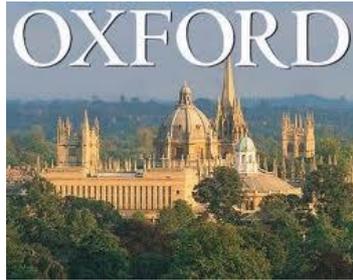
Su influencia se hizo sentir en las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, de la Revolución francesa, así como sobre el romanticismo.

--Para debatir:

### ¿IGUALDAD DE OPORTUNIDADES O IGUALDAD DE RESULTADOS?

. Se trata de dar respuesta a la pregunta de: ¿igualdad en qué? ¿EN OPORTUNIDADES? ¿EN BIENESTAR?

#### EJEMPLO 1 - ESTUDIAR EN OXFORD<sup>8</sup>



Un ejemplo, entre otros muchos, puede ser la capacitación a través del estudio, o estudiar en determinado lugar de excelencia que puede garantizar ascenso social, económico y laboral, prestigio y muy buenas oportunidades para el desarrollo de las capacidades. Un caso a debatir puede ser el estudiar en Oxford, para lo cual es posible estar de acuerdo que se necesita:

- a- Una determinada situación personal que le permita concretamente poder estudiar: disfrutar de un nivel medio de salud, que incluye prevención y tratamiento de enfermedades y alimentación adecuada. Aparte de, obviamente, haber recibido estimulaciones para el desarrollo de las capacidades básicas y necesarias para el aprendizaje, y vivir en un clima de paz y estabilidad general.
- b- Una determinada situación académica (como haber finalizado estudios de licenciatura y con determinadas notas y expediente) lo que implica los talentos innatos y capacidades adquiridas, al menos de alguna forma, condicionados socialmente; ya que si se disfruta de una situación social y económica aventajada.
  - Se puede asistir a determinadas escuelas de mayor excelencia (tanto en recursos materiales, profesionales e infraestructuras) o donde las exigencias pueden variar con relación al dinero/importancia de los padres o la familia.
  - Se dispone de tiempo para estudiar sin necesidad de trabajar.
  - Se podrá haber recibido capacitación previa y especializada (como conocimientos de idiomas, informática, técnicas de estudio, oratoria, arte, etc.) o podrá contratar a profesionales para que le ayuden a estudiar con mayor éxito o mejorar sus capacidades.
  - Se tendrá acceso a mayores recursos materiales y necesarios para el estudio en cuestión.

---

<sup>8</sup> Para estos ejemplos, tomamos como referencia los que presenta RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid, CEPC, 2010.

- c- Una determinada situación económica, referida exclusivamente a los recursos que se necesitan para mantenerse estudiando en Oxford (matriculación, vivienda, manutención personal y de estudios, entre otros).

Ahora, si todas las personas que están estudiando en Oxford disfrutan de la adecuada situación académica y gozan de una determinada situación económica, es posible afirmar las siguientes consecuencias:

- d- Obviamente, no pueden estudiar en Oxford las personas que no disfrutan de un adecuado nivel de salud ni desarrollo de capacidades básicas para el aprendizaje (pasan hambre, desnutrición, muerte, enfermedades, analfabetismo, exclusión, etc.) y/o viven en condiciones de conflictos sociales, guerras, desplazamientos, invasiones y cualquier otra situación social que comprometa su estabilidad personal, familiar y social.
- e- No pueden estudiar en Oxford, tampoco, las personas que:
- presentan una determinada situación académica y poseen ciertos talentos desarrollados.
  - Pero no disponen de una determinada situación económica que se los permita.

Con lo cual, si quieren estudiar en Oxford tendrán que esforzarse para obtener becas de manutención y de estudio, que exigirán calificaciones y méritos concretos, generalmente en competencia con otras personas en situaciones similares. Así, el no disponer de una adecuada situación económica que le permita estudiar en Oxford le exige tener mejores rendimientos académicos, pese a tener, generalmente, menos condicionamientos materiales y sociales adecuados para ello.

e- Y sí pueden estudiar en Oxford:

- las personas que disfrutan de una determinada situación económica que se lo permite
- y además disponen de una situación académica ordinaria fruto del desarrollo de talentos ordinarios con los cuales han accedido y obtenido unos determinados resultados educativos (graduarse en una Licenciatura, por ejemplo).

Si estas premisas son ciertas, las oportunidades para desarrollar los talentos innatos o naturales y de obtener resultados con ellos, pasa por las posibilidades que tengamos de obtener y disfrutar de recursos económicos, materiales y sociales que permitan desarrollar las potencialidades de nuestros talentos y acceder a instancias sociales donde poner en ejercicio esos talentos desarrollados.

Con lo que la equitativa igualdad de oportunidades para que todas las personas puedan tener las mismas oportunidades para desarrollar los talentos innatos y obtener resultados con ellos (no los mismos, pero sí resultados acordes a los talentos desarrollados) exige o presupone tener disponibilidad de obtener (mediante becas, por ejemplo) o de disfrutar (por recursos propios o familiares) de determinados recursos económicos.

## II - IGUALDAD EN EL “CRITERIO DE BIENESTAR”

¿Resulta más adecuado porque permite igualar la satisfacción de las personas? Se trata de no hacer a una persona responsable de sus oportunidades, sino de la transformación de sus oportunidades.

### **-EJEMPLO 2- Un HOMBRE RICO HACE TESTAMENTO**



Un hombre rico tiene varios hijos: uno de ellos es ciego, otro es un playboy de gustos caros, un tercero es un político de ambiciones caras, otro es un poeta cuyas necesidades son modestas, y el último es un escultor que trabaja con material caro.

¿Cómo debería redactar el padre su testamento?

-Si su objetivo es la igualdad de bienestar, debería tomar en cuenta las diferencias entre sus hijos, de forma que no les dejaría partes iguales. Claro está que tomará su decisión basándose en alguna interpretación del bienestar, y tendrá que decidir, por ejemplo, si los gustos caros deben entrar en sus cálculos del mismo modo que las incapacidades o ambiciones caras.

-Si por el contrario, su objetivo es la igualdad de recursos, entonces, suponiendo que sus hijos tengan aproximadamente la misma riqueza, su objetivo exige la división equitativa de su herencia.

. La igualdad material postulada por el Estado social de Derecho, se debe traducir en igualdad de oportunidades, PERO NO en igualdad de resultados.

### **EJEMPLO 3 - COMBINACIONES AGRAVANTES DE DESIGUALDAD EN UNA PERSONA (capas de desigualdad o “interseccionalidades”)**

Imaginemos el caso de una persona A, que viven en un país no desarrollado o en vías de desarrollo y que pretende mejorar la calidad de vida de su familia, para lo cual su estrategia es trasladarse a vivir a cualquier país europeo, encontrar trabajo y poder desarrollar una vida en paz con sus hijos. Los siguientes serían posibles esquemas de combinaciones agravantes de desigualdad que podría tener:

- **1. La persona A es:**
  - 1.a- es mujer
  - 1.b- es mujer y negra
  - 1.c- es mujer, negra y nacional de país africano
  - 1.d- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana

- 1.e- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana y tiene discapacidad (una mina antipersona le causó la amputación de una pierna).

Valorando las desigualdades por razones de género, de etnia, de nacionalidad, de religión, de condición social, entre otras, que con mayor o menor frecuencia existen en el mundo contemporáneo –y se dan claramente en los escenarios europeos que es el lugar donde la persona desea vivir-, cada una de estas circunstancias de desigualdad social que presenta A van agravando la desigualdad social que ya sufría y los efectos que ésta conlleva para el fin que perseguía; ya que a medida que se problematiza su situación mayor es la desigualdad que sufre.

A la vez, el caso de A es diferente si es pobre (en el sentido de que está en situación de pobreza o desaventajada económicamente, con una situación económica que no le permite satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas ni desarrollar sus capacidades humanas) que si es rica (en el sentido de aventajada económicamente, con una situación económica que le permite satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas y desarrollar sus capacidades humanas).



## **CASO PRÁCTICO 2: EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN DIMENSIONAR Y ANALIZAR CUÁNDO Y POR QUÉ UNA NECESIDAD PUEDE SER MÁS URGENTE Y LAS MÚLTIPLES VARIABLES A CONSIDERAR EN LA VALORACIÓN DE LAS MISMAS <sup>9</sup>**

Supongamos que somos los Directores de una institución estatal o supra-estatal internacional, que tenemos unos determinados y finitos bienes a distribuir y que debemos hacerlo privilegiando necesidades urgentes.

Puesto que el presupuesto con que cuenta la institución que dirige es limitado y escaso, y las solicitudes de ayuda y colaboración que recibe su institución son más de las que puede solventar, tiene que tomar decisiones sobre a qué situación dar la preferencia, bien sea mandando a personal especializado para que gestione la situación –lo cual, tiene también un coste económico-, o bien sea aportando fondos. La elección de una significa dejar de prestar ayuda a otra.

**Analice, en las diversas Situaciones que seguidamente exponemos (A, B, C y D), a qué caso (1 ò 2) su institución daría cobertura y porqué:**

### A- Situación:

1-X tiene 5 años, es analfabeta y pertenece a una familia pobre, que reclama por su necesidad de educación.

2- Y tiene 17 años, es analfabeta, su familia goza de buena situación económica pero, por motivos religiosos y culturales no ha ido a la escuela. Reclama por su necesidad de educación.

--Dificultad: ¿Cómo saber cuál necesidad es más urgente si ambas son la misma necesidad que puede ser considerada como básica (educación)?

### B- Situación:

1- X se ha perdido en una montaña mientras hacía alpinismo. Es un ingeniero de buena situación económica. Sufre de diabetes. Necesita que le rescaten para salvar la vida.

2- Y vive en una zona muy humilde, contigua a un río que suele inundar las infra-viviendas que hay en sus márgenes. No tiene posibilidades de vivir en otro lugar, por las políticas de propiedad de la tierra y los bajísimos ingresos como jornalero rural. En cada inundación pierde las pocas pertenencias que tiene y contrae peligrosas enfermedades, que sumadas a su edad y a la fragilidad general de su salud hacen peligrar su vida. Necesita que le rescaten para salvar su vida.

--Dificultad: ¿Cómo saber qué necesidad es más urgente si ambas se refieren a necesidades básicas, pero una es de eclosión inmediata y la otra es crónica? ¿Son los criterios temporales o el modo en que la necesidad se manifiesta relevantes para

---

<sup>9</sup> Para estos ejemplos, tomamos como referencia los que presenta RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid, CEPC, 2010.

determinar se urgencia?

C-Situación:

- 1- X es un joven iraní que estudiaba arte en Estados Unidos. Actualmente se encuentra preso en Guantánamo desde hace 2 años y medio, sin saber de qué se le acusa, sin tener contacto con sus familiares, ni poder ejercer su derecho de defensa y sometido a un trato vejatorio. Necesita recursos económicos para ejercer su derecho a una tutela efectiva (un abogado y medios para el juicio) que le garantice su vida y le permita salir libre.
- 2- Y es una joven boliviana, del pueblo aymará. Vive en un entorno rural muy pobre. Hace unos años contrajo mal de chagas. Desde entonces ha tenido graves e importantes problemas de salud que complican su calidad de vida y comprometen seriamente su crecimiento. Necesita recursos económicos para realizarse un tratamiento médico adecuado y obtener las medicinas.

--Dificultad: ¿Cómo saber cuál necesidad es más urgente si ambas pueden ser entendidas como necesidades básicas, pero de diferente entidad (garantías para la libertad, que pueden comprometer la vida/garantías para la salud, que pueden comprometer la vida)?

D- Situación:

- 1- X es un niño de 6 años, sin familia, que vive abandonado en las calles de una favela de Sao Paolo en Brasil. Es analfabeto, tiene dependencia del pegamento y presenta grado III de desnutrición. Necesita alimento y contexto adecuado de desarrollo.
- 2- Y y toda su familia compuesta por 17 miembros de los cuales 8 son menores de 10 años, viven en Níger en medio de la actual y desesperante hambruna, sobreviven comiendo los granos que le arrebatan a las termitas. Necesitan alimento y contexto adecuado de desarrollo.

--Dificultad: ¿Cómo saber cuál necesidad es más urgente si el reclamo es similar, pero una es de implicación individual y la otra colectiva? ¿Influye en la valoración como urgente el que haya más o menos personas implicadas en la necesidad

## TEMA 6 - POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO

### 1. POSITIVISMO

- Filosófico
- Jurídico

### 2.-POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO

-En Francia: Escuela de la Exégesis

-En Inglaterra: a - Utilitarismo (J. Bentham)  
b-Escuela Analítica (J. Austin)

### 3----JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA Y EL REALISMO JURÍDICO

3.1.-En Estados Unidos: a- Jurisprudencia sociológica (Oliver Wendel Holmes)  
b- Realismo Jurídico Norte-Americano (K. Llewellyn, Jerome Frank)

3.2.-Escuela Escandinava: Realismo Jurídico Escandinavo (Alf Ross, Axel Hägerstrom, Karl Olivecrona, Wilhem Lundstedt)

### 1. POSITIVISMO: filosófico y jurídico

A lo largo del siglo XIX podemos ver varias manifestaciones del llamado positivismo jurídico. Pero no hay que confundir el positivismo filosófico con el jurídico.

- El **positivismo filosófico** se caracteriza por el rechazo de las cuestiones fundamentales y abstractas, que constituyen el objeto de la metafísica, y de los conceptos generales y abstractos con que se pretende darles solución; se limita al estudio de los hechos, de lo que acontece, de los fenómenos, y se conforma con formular leyes que expresen la regularidad con que acontecen esos fenómenos.

-El **positivismo jurídico** se fija en las manifestaciones más inmediatas, obvias y aparentes del derecho, tales como las contenidas en los textos legales. La base de sustentación que la favoreció fue la codificación.

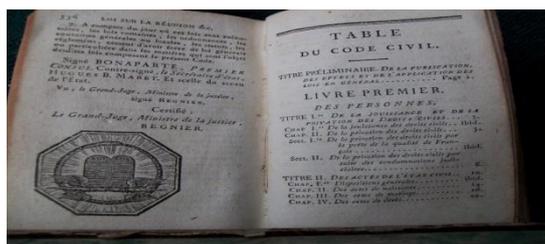
Conforme la definición de N. Bobbio, “el positivismo jurídico es la doctrina según la que no existe más derecho que el positivo” (entendiendo éste como “derecho puesto por el poder soberano del Estado mediante normas generales y abstractas, es decir, como ley”).

La codificación adquirió su máxima significación en Francia, sobre todo a partir de la promulgación del Código de Napoleón, en 1804. En Francia, el positivismo jurídico reviste ante todo la forma que se conoce con el nombre de Escuela de la Exégesis.

## 2. POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO (en Francia, en Inglaterra)

### EL FORMALISMO JURÍDICO

Lo que viene siendo llamado “positivismo jurídico” es formalismo. Se contempla la aspiración a hacer del conocimiento del Derecho un sistema, poniendo en una conexión lógica lo más rigurosa posible sus elementos.



### 2.1. EN FRANCIA

Podemos destacar cinco características de la Escuela de la Exégesis:

1. Tributan una especie de culto al texto legal, es decir, miran con el máximo respeto el texto de la ley, en cuanto se lo considera como manifestación o expresión del Derecho
2. Orientación a la interpretación subjetiva del derecho. En la distinción entre letra y espíritu de la ley identifican éste con el “espíritu del legislador”, es decir, con su intención o voluntad. Hay que querer lo que

quiere el que ha dado la ley. Cuando se separa esa voluntad, vale esa voluntad real; cuando no se sepa, habrá que buscar la voluntad supuesta o presunta, para lo que habrá que acudir a la historia de la redacción de la ley o a los preámbulos.

3. Estatalización del derecho: reducción de éste a un producto del Estado.
4. Predominio del derecho positivo sobre el derecho natural: no se atreve a negar directamente el derecho natural, pero deja a un lado su aplicación, porque considera que sus principios son demasiado generales y abstractos, que son difíciles de aplicar directamente en la práctica.
5. Atribuyen gran valor al criterio de autoridad, referido no al legislador sino a los intérpretes de la ley y, en especial, a los grandes comentaristas del Código de Napoleón.



Primera página de la edición original del Código Civil Francés de 1804

## 2.2. En INGLATERRA

### a) UTILITARISMO (felicidad/libertad)

. Es una doctrina ética que defiende la mayor felicidad para la mayoría. Defiende que son moralmente exigibles aquellas conductas o acciones cuyas consecuencias son óptimas para la mayor felicidad (o utilidad) del mayor número de personas implicadas.

-Fundamento teórico: Jeremias Bentham, David Hume y Jhon Stuart Mill

---JEREMIAS BENTHAM (1748-1832)



El principio de utilidad o de mayor felicidad lo había presentado en *The Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en un célebre pasaje<sup>10</sup>. Puesto que los hombres desean, y deben desear, el placer (que Bentham identifica con la felicidad), la **función de gobierno** consistirá en promover la maximización del placer y minimización del dolor para el máximo número posible de individuos. Para Bentham la sociedad no es más que la suma de individuos, y el bien común, la suma de los intereses particulares.

--La tesis central del utilitarismo es que cada vez que se toma una decisión es necesario que se establezcan las consecuencias asociadas a las diferentes opciones posibles. Estas deben evaluarse según su utilidad y finalmente elegir aquella acción que mayor utilidad provoca al mayor número de personas afectadas.

--Las ventajas del utilitarismo son:

- Atiende a aspectos que los seres humanos valoran especialmente: deseos, placeres, felicidad, bienestar, etc. la razón final por la que se debe elegir un curso de acción o una determinada directriz política es que provoque esas sensaciones en la mayor cantidad posible.
- Es igualitarista e imparcial: cada persona cuenta como uno y valora los intereses, deseos y preferencias, con una misma medida.
- Persigue que el curso de acción elegido favorezca a todos los afectados y no sólo al que lo lleva a cabo, lo que le distingue de posiciones egoístas.
- Parece una concepción adecuada para las sociedades complejas y pluralistas, pues no entra a enjuiciar los planes de vida de los individuos, sino que valora las acciones en la medida en que satisfacen dichos planes.

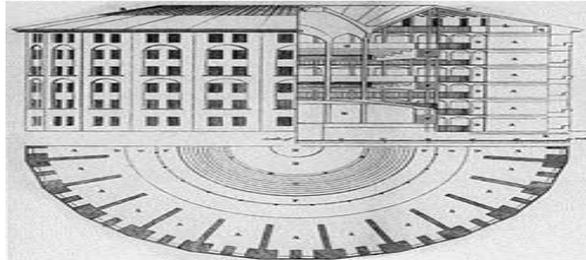


Su clasificación de los placeres y sufrimientos estaba pensada para ayudar a los legisladores a valorar el castigo apropiado necesario para impedir ciertas formas de crímenes o, en realidad, para decidir si eran en absoluto temas adecuados al castigo.

---

<sup>10</sup> “La naturaleza ha situado al hombre bajo el gobierno de dos señores soberanos, el sufrimiento y el placer. Es por ellos sólo que anunciamos lo que debemos hacer, así como determinamos lo que haremos. Por un lado, el criterio de lo correcto y erróneo, por el otro, la cadena de causas y efectos, están ceñidas a su trono [...] Por principio de utilidad se entiende aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que muestre de haber de aumentar o de disminuir la felicidad de aquella parte cuyos intereses están en cuestión; o, dicho con otras palabras, aquello que fomenta o se opone a esa felicidad” (pp.11-12).

A partir de un viaje por Europa que realiza Bentham (1785-88), con ocasión de una visita a su hermano Samuel, que trabajaba por encargo del príncipe Potemkin en un establecimiento de Krichev (Ucrania), tuvo la idea de su *Panopticon*, proyecto de vigilancia de una cárcel inspirado por el método que veía utilizando su hermano de vigilar a sus operarios en las fábricas que poseía). Durante largos años intentó que su proyecto se hiciera realidad, pero a propuesta del gobierno inglés, sería finalmente rechazado.



### ---Críticas al Utilitarismo:

- El problema de las comparaciones interpersonales, es decir, la imposibilidad de medir en una misma escala la utilidad del individuo con preferencias distintas: “la felicidad de un hombre nunca será la felicidad de otro hombre”.
- La precariedad de las preferencias individuales, ya que las preferencias personales pueden estar viciadas o ser el fruto de perjuicios irracionales.
- Indiferencia respecto de la distribución de la utilidad: al utilitarismo sólo le preocupa la cifra total de bienestar neto en una sociedad, PERO NO cómo ese bienestar se distribuye entre la población.
- Significaría: considerar más justas sociedades opulentas en las que quienes menos tienen vivan en la miseria más absoluta que otras sociedades un poco menos ricas pero que cuenten con una distribución de la riqueza más igualitaria. Para el utilitarismo: el bienestar social más alto es siempre el más justo, sin importar cómo esté distribuida la riqueza.
- El método agregativo (sumar ventajas individuales, restar perjuicios individuales y obtener resultado neto) puede llevar a justificar la imposición de numerosos sacrificios individuales en aras del bien común. Vg. Justificará imponer grandes costes a algún grupo social, siempre y cuando la suma de pequeños beneficios individuales que obtuviese el resto de la población fuera superior a la suma de los graves perjuicios individuales que sufrirían las personas perjudicadas por la medida. El utilitarismo, con sus cálculos agregativos, trata a la sociedad como si fuese un solo individuo.
- Los que salen perdiendo en el Utilitarismo son los que no producen utilidad para el bien común, sólo la consumen. “No sólo debemos producir utilidad, sino también seres utilitaristas capaces de producir cada vez más utilidad, y capaces de consumirla de forma eficiente...”

### **b) Escuela Analítica**

En Inglaterra adquiere especial importancia, como manifestación del positivismo jurídico, la llamada Escuela Analítica cuyo fundador es John Austin (1790-1895). Esta escuela pretende estudiar los conceptos y principios fundamentales del derecho, pero no como la Teoría General del Derecho, con referencia al derecho vigente en el propio país,

sino como válidos en general, dondequiera que se den los fenómenos o realidades jurídicas correspondientes.

La Escuela Analítica entiende que el derecho puede caracterizarse como “un mandato general abstracto proveniente del soberano o superior supremo en una comunidad política”. Este mandato, a su vez, se caracteriza por ser una manifestación de deseo acompañada de la posibilidad de imponer una sanción. Por tanto, para que sea un mandato es necesario que provenga de un superior, de alguien que pueda imponer su deseo, porque en caso de incumplimiento podría imponer una sanción.

La teoría de Austin es claramente positivista porque no reconoce como derecho más que el que provenga del Estado. Además, Austin advierte que estudia el derecho, no como debe ser, no desde el punto de vista del derecho natural, sino tal como es.

### **3. JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA Y EL REALISMO JURÍDICO (Norte-Americano)**

Se pueden diferenciar dos grandes sistemas jurídicos dentro del mundo occidental:

- el *continental europeo*: el legislador es el promotor del Derecho////

el *anglosajón*: la magistratura es la promotora del Derecho.

La postura de los teóricos norteamericanos sobre el Derecho construyó el sistema del *comon law*, sistema basado en un Derecho eminentemente judicial y del caso concreto (*case law*). Un Derecho así caracterizado, como Derecho judicial y Derecho del caso, representaría ante todo los ideales de flexibilidad, renovación y humanización del Derecho. Pero esa doctrina debe ser contrapesada por la doctrina del precedente (*stare decisis*) que liga al juez anglosajón de una manera que no es fácil decir si es menos estricta que la que vendría determinada por el sometimiento a la ley. De hecho, la mayoría de los juristas ingleses ponderan la rigidez del sistema y, en lo que se refiere a Inglaterra, se podría decir que aun cuando “la judicatura como conjunto es creadora, el juez individual, sin embargo, está más trabado que en la administración continental de justicia”.

En cuanto a los procedimientos técnicos de que dispone el juez anglosajón para la adaptación del Derecho a las nuevas necesidades, figura la regla que le autoriza a romper con el precedente, cuando lo considere imprescindible. Esquemáticamente sería:

#### **✦ DOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS en el mundo occidental:**

A)- el *continental europeo (civil Law)*:

- . El legislador es el promotor del Derecho (leyes)
- . Seguridad y certeza jurídica

- *B)-el anglosajón (Common Law)*:

- . No hay identificación entre ley y derecho

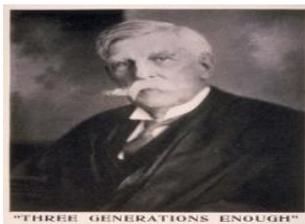
- . La magistratura es la promotora del Derecho
- . Derecho judicial y Derecho del caso
- . Representa ante todo los ideales de flexibilidad, renovación y humanización del Derecho.
- . Supremacía del poder judicial sobre los otros poderes
- . Jueces, sentencias y jurisprudencia
- . Vinculación del precedente



### 3.1. EN ESTADOS UNIDOS

#### a) JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA

El juez Oliver Wendell Holmes (1841-1935) pronunció una conferencia dirigida a los estudiantes de la universidad de Boston (1897), titulada *La senda del Derecho (The path of the Law)*, que tuvo gran repercusión.



Oliver Wendell Holmes en 1894

- a) Con frecuencia se ve al derecho como una serie de deberes u obligaciones. Pero esta visión viene determinada por una confusión: entre Derecho y moral. Para evitarla conviene advertir que el Derecho no sólo lo cumplen los que son buenas personas, sino también los que no lo son, pero desean librarse de las malas consecuencias que les acarrearía no cumplir con el derecho. Desde este punto de vista del “mal hombre” podemos comprender lo que verdaderamente es el Derecho, a diferencia de otras nociones afines, como la ética o moral: el cálculo de las consecuencias de determinados comportamientos o, más en concreto, “las profecías acerca de lo que harán los tribunales de justicia”.

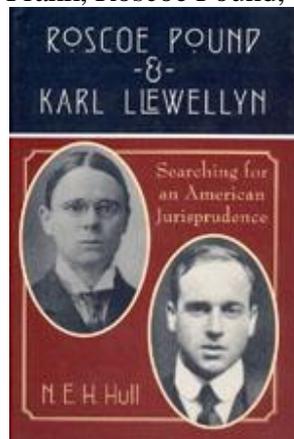
- b) Pero conviene evitar también otra tentación: la de pensar que el derecho pueda articularse con la exactitud propia de las ciencias matemáticas y que, por consiguiente, pueda encontrarse en él una solución segura y exacta. Esta confusión proviene de la forma lógica con que se revisten las sentencias y en general todo el lenguaje jurídico, y se ve favorecida por el ansia humana de seguridad y certidumbre. Pero no se puede negar que, tras cualquier razonamiento jurídico irreprochable lógicamente, hay un punto de partida que depende de una valoración, de un juicio de valor, y a ese punto de partida, a la preferencia de uno u otro de los diversos fundamentos posibles de las disposiciones o de las resoluciones jurídicas, no se le puede aplicar la matemática ni la lógica.

Hay que tener presente que la historia es útil para interpretar el sentido de las reglas vigentes; pero más importante es la sociología, la economía, para saber adaptarlas a las necesidades del presente y del porvenir. Sólo con la ayuda de estos conocimientos básicos se puede realmente llegar a conocer qué es el Derecho, más allá de la maraña de los incidentes y de las disposiciones concretas, y “acertar con las verdaderas bases de la profecía”.

### b) REALISMO JURÍDICO AMERICANO

El pensamiento jurídico norteamericano del siglo XIX tenía una fuerte animadversión por las construcciones sistemáticas. Sin embargo, el gran número de precedentes que había que tener en cuenta hacía difícil su conocimiento, así como el propio estudio del Derecho. Estas dificultades facilitaron la aparición de un nuevo método llamado "*case method*" que se parecía a las aportaciones de la ciencia jurídica europea. ¿En qué sentido?

Para estudiar el Derecho se estudiaban casos especialmente relevantes que eran tratados como si fueran normas jurídicas. Es decir, algunos casos se trataban como normas jurídicas con independencia de los valores que tales casos pudieran contener. Esto se parecía a la ciencia jurídica positivista y dio lugar al desarrollo de una doctrina jurídica formalista. Este formalismo produjo una reacción antiformalista parecida a la que se produjo en Europa. Es decir, la llamada "revuelta antiformalista" es un fenómeno que aparece no sólo en Francia y Alemania sino en Estados Unidos, en las últimas décadas del siglo XIX. Recordemos que el formalismo de la Jurisprudencia de Conceptos, que adoptó una actitud ahistórica y abstracta, propició esta revuelta. Como principales representantes cabe citar: K. Llewellyn, Jerome Frank, Roscoe Pound, etc.



### PRESUPUESTOS DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

- 1. La concepción del Derecho como algo que está en continuo flujo o movimiento y que es creado ante todo por los jueces.
- 2. La concepción del Derecho como un medio para la consecución de fines sociales y no como un medio en sí mismo
- 3. La concepción de la sociedad como algo que está también en continuo flujo, y por cierto, con un ritmo que es típicamente más rápido que el del Derecho, de modo que probablemente siempre alguna parte del Derecho tendrá que ser revisada para determinar hasta qué punto corresponde a la sociedad a la que pretende servir.
- 4. Desconfianza de las normas y de los conceptos tradicionales en cuanto descripciones de lo que de hecho realizan las gentes o tribunales.
- 5. Desconfianza de que las fórmulas normativas sean el factor operativo de más peso en la determinación de las decisiones judiciales.

### **Características y tendencias del Realismo Jurídico Norteamericano**

Las principales características del Realismo jurídico americano son:

1. *Escepticismo hacia las normas jurídicas*, entendidas como medios suficientes para alcanzar decisiones judiciales. De ahí que los realistas digan que del conjunto de factores que contribuyen a la decisión judicial, las normas jurídicas son un elemento más a tener en cuenta, pero no el único.
2. *Fuerte valoración de los aspectos extrajurídicos*, como los morales, políticos, económicos, en el análisis de las decisiones judiciales.
3. *Énfasis en los aspectos no lógicos*, en los factores inconscientes y en los prejuicios de jueces, jurados y testigos, a la hora de determinar lo que es el Derecho, es decir, en la medida en que estos factores influyen en las decisiones judiciales.
4. *Actitud relativista frente a la certeza del Derecho*. Para los realistas americanos el Derecho es básicamente incierto, incertidumbre que se debe tanto a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, como a la dificultad de verificar los hechos alegados en el proceso.
5. *Necesidad de conocer los datos reales de la vida jurídica*. De ahí que realicen investigaciones sociológicas sobre jueces, testigos y jurados.
6. *Estrecha vinculación del realismo jurídico americano con la actividad jurídica práctica*. En consecuencia, centran casi todo su interés en la actividad judicial.

## **UTILITARISMO**

## Para debatir: LOS CABREROS AFGANOS<sup>11</sup>



En junio de 2005, un comando compuesto por el suboficial Marcus Lutrell y otros tres miembros de las fuerzas de operaciones de la Marina de Estados Unidos, emprendió una misión secreta de reconocimiento en Afganistán, cerca de la frontera con Pakistán, en busca de un líder talibán muy cercano a Osama Bin Laden. Según los informes de inteligencia mandaba un contingente de entre 140 y 150 hombres muy bien armados y se encontraba en un pueblo de la temible región montañosa.

Poco después de que la patrulla tomase posiciones en lo alto de una montaña, dos pastores afganos que guardaban un rebaño de cien cabras se dieron de bruces con los soldados. Con los cabreros iba un chico de unos 14 años. No llevaban armas. Los soldados les apuntaron con los rifles, les obligaron a sentarse en el suelo y debatieron sobre qué debían hacer con ellos. Por una parte, los cabreros parecían civiles desarmados. Por la otra, si les dejaban marchar corrían el riesgo de que informasen a los talibanes de la presencia de soldados norteamericanos.

Al sopesar las opciones, los cuatro soldados cayeron en la cuenta de que no tenían una cuerda por lo que no podían dejar allí atados a los pastores mientras ellos buscaban otro escondite. No había más salida que matarlos o dejar que se fueran.

Uno de los soldados abogó por matarlos: “Estamos de servicio tras las líneas enemigas, nos han enviado nuestros jefes. Tenemos derecho a hacer lo que podamos para salvar nuestras vidas. La decisión militar es evidente. Soltarlos sería un error”.

El suboficial Lutrell no sabía qué hacer caso. Sentía con mi alma que tenía razón. No podíamos soltarlo. Pero mi problema es que tenía otra alma, la cristiana. Mi conciencia mi susurraba que estaría mal ejecutar a sangre fría a hombres desarmados.

Parte de la dificultad del dilema de los soldados se debe a la incertidumbre de qué ocurriría si liberaban a los afganos. ¿Se limitarían a seguir su camino o avisarían a los talibanes? Supongamos que Lutrell imagina que si soltara a los cabreros, acabaría en una batalla devastadora, que en ella morirían sus tres camaradas, más 16 compañeros más que habrían acudido en su rescate en un helicóptero y que él quedaría gravemente herido, y que la misión fracasaría?

<sup>11</sup> SANDEL, M.J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Trad. de J.P. Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, pp.35-37.

Incluso, si Latrell parte del número de víctimas, si matara a los tres cabreros, salvaría la vida de sus tres compañeros y también la de otros soldados que previsiblemente acudirían a su rescate.

### **CUESTIONES:**

**1. Ahora bien, por mucho que Latrell viera venir el peligro, ¿Le llevaría a convencerse de que había que matar a sangre fría a civiles desarmados?**

**2. ¿Qué haría si fuera el suboficial? ¿Dejar ir a los cabreros o matarlos? Justifique si daría primacía al derecho a la vida o así aplicando un criterio utilitarista, optaría por matar a los cabreros para salvar a sus compañeros de un hipotético ataque.**

## **POSITIVISMO**

## Para debatir: UNA HABITACIÓN CON VISTAS<sup>12</sup>



Imaginemos que tengo la intención de abrir una ventana al exterior en el comedor de mi casa. Si tengo vecinos muy cerca, entonces no estará de más que antes de contratar a los albañiles, consulte a algún abogado de confianza por lo que pueda pasar. Así que, como tengo la fortuna de contar con muchos amigos juristas, me aventuro a plantearles mi problema e incluso, otros semejantes, para contrastar pareceres e intentar elevar algunas conclusiones generales. Vamos a suponer que recabo dos opiniones diversas:

1) En primer lugar, me dirijo a un amigo abogado, Luciano, al que podríamos calificar de **POSITIVISTA-FORMALISTA**. Estuvo preparando oposiciones a Registros, de las que, transcurridos cinco años de estudio sin éxito en las pruebas, abandonó, pero que le facilitaron una óptima formación jurídica. Era capaz de recitar, totalmente de memoria y sin pestañear, artículos varios del Código Civil, Ley de Propiedad Horizontal, Código Mercantil...

Luciano, una vez formulada mi consulta, lo primero que hace es concentrarse unos segundos y, seguidamente, me recita de corrido el artículo 582 del C.C., que dice así:

“No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones, ni otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad”.

Sin apenas darle tiempo a concluir el recital del artículo, le replico alarmado: “Pero si es la única ventana al exterior a la que puedo aspirar; Además, recuerda que mi casa no es más que un agujero inmundo de treinta metros cuadrados y ... ¡ A lo que amigo replica con cierta frialdad: “Mira. Todo esto es muy sencillo. Si la finca del vecino está a menos de dos metros no puedes abrir esa ventana. Si la finca del vecino está a dos metros o más, sí puedes hacerlo. Límitate, pues, a medir la distancia y olvídate de lo demás. Toma: un metro”. Mi amigo formalista me alcanza una cinta métrica y da por zanjada la conversación.

El ideario formalista tiende a proporcionar respuestas como la indicada:

---

<sup>12</sup> Texto inspirado en el ejemplo que presenta en su obra García Figueroa, Alfonso (2009): *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta. A su vez, Figueroa se ha inspirado en el ejemplo de L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos* (Madrid, Dickinson y Universidad Carlos III, 1998), p.63 y ss.), quien, por su parte, lo ha recibido del civilista A. Carrasco, “La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica” (en *Revista de Derecho Privado*, 1996, p.886 y ss).

1. Creencia en el sistema jurídico como algo esencialmente completo y omnicomprendivo
2. Creencia en la separación de poderes y en la distinción creación/aplicación del Derecho como algo inherente a todo Derecho.
3. Creencia en que el legislador debe armonizar el nuevo Derecho con el preexistente.
4. Creencia en el derecho en los libros (frente al Derecho en acción)
5. Creencia en que la abstracción y generalidad son virtudes del Derecho
6. Creencia en una lógica interna del Derecho
7. Creencia en la teoría de la subsunción o del silogismo en la aplicación del Derecho
8. Creencia en la certeza y predecibilidad como ideales jurídicos

A los formalistas les encantan las reglas que puedan aplicar a plena satisfacción de la séptima de las creencias formalistas indicadas. Las reglas tienen naturaleza binaria: prohibición de abrir ventanas a menos de dos metros y permisión de hacerlo a más de dos metros”.

**¿Qué considera que yo podría hacer finalmente? ¿Abrir la ventana o no?**

## **CONTINUANDO CON LA VENTANA ....**

Finalmente, desistí de abrir una ventana en el anterior caso. Pero la fortuna me acabó sonriendo, me tocó la lotería, pude mudarme a otra vivienda un poco más grande y, como había hecho una promesa si mi situación económica mejoraba un poco y conseguía salir del agujero en el que vivía, que me empezaba a perjudicar incluso a mi salud (tanto físicamente como mentalmente), había prometido dar algo de lo mío a los más necesitados.

Ahora, la vivienda de treinta metros la destino a dar cobijo a una familia de inmigrantes rumanos, una pareja con sus 6 hijos pequeños. La situación actual es de una vivienda *A*, cuyo propietario –yo de nuevo- pretendo abrir una ventana, en un diminuto cubículo que se halla a 1,98 metros de la finca vecina, la vivienda *B*, y que carece de ninguna otra posibilidad de captar la luz natural y ventilación suficiente para la familia que allí se habita. Además, la vivienda *B*, disfruta de amplísimas vistas por todos sus costados salvo por el que da a la vivienda *A* y ello no sólo por impedimentos legales. En realidad, la vivienda *B* acumula allí contadores y conducciones de agua a los que el dueño jamás prestó atención.

2) Desisto de acudir a Luciano. Me dirijo a otro amigo jurista, Miguel, que se caracteriza por apoyar con entusiasmo la defensa del Estado constitucional y todo lo que el texto constitucional ha aportado, con los derechos fundamentales, con los principios, con los valores, todo ello –en su opinión- para dibujar un resultado más justo en los diversos conflictos jurídicos que se plantean. Es un defensor de la teoría del “**NEO-CONSTITUCIONALISMO**”. ¿Será capaz Miguel de “ver más allá” de la ventana que quiero abrir, que “necesito abrir”?

Miguel comienza admitiendo que, según el art. 582 C.C., parece claro que en la vivienda *A* no cabe abrir ninguna ventana sobre la finca vecina. Ahora bien, se cuestiona si existe, ante un caso como éste, alguna alternativa o al menos debe haber, con independencia de la

solución que adoptemos, la posibilidad de interrogarse sobre otras alternativas

Defiende que la mera posibilidad de poder plantear esta cuestión debería ser un rasgo propio del Derecho en un Estado constitucional, al menos si nos tomamos en serio lo que significa un Estado constitucional. Éste suele estar comprometido con valores como la “igualdad, la justicia, la libertad y el pluralismo político” (art. 1.1. CE) y eso debería significar al menos, la posibilidad de cuestionar ciertas normas y decisiones.

- a) No comparte los postulados del **formalismo**, que suele considerar que no debemos prestar atención a los casos extremos o difíciles. La situación que estoy presentando sé que es extrema y demagógica (niños pequeños, infravivienda sombría frente a mansión soleada) lo que hace que sea un caso de situación excepcional frente a la teoría, frente a lo que sucede normalmente.

Miguel me recuerda el interrogante que cuando Primo Levi ingresó en el campo de concentración de Auschwitz, preguntó a su carcelero simplemente “¿Por qué?”, a lo que éste respondió igualmente conciso: “Aquí no hay ‘por qué’” (lo cual es una afirmación rotunda de “*lex dura sed lex*”) No se trata de recurrir a la estrategia fácil y suficientemente desacreditada de la conocida *reductio ad Hitlerum* padecida injustamente por el positivismo jurídico. Pero si hay que subrayar que los Estados actuales reclaman una legitimidad que va mucho más allá de la que pueda invocar un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas.

A Miguel no le convence la ciega aplicación del Derecho del formalismo que no sitúa ante el dilema de: “o todo o nada”. Ahí aprovecho yo para intentar darle un argumento que Miguel pueda utilizar: “Es que no se puede aceptar como justificada una justificación injustificada, como es la de no poder abrir una ventana porque haya una distancia tan sólo de 1,98 metros y no de 2 metros. Es que no es justo, las consecuencias son hasta inmorales para esta familia”. Sin embargo, Miguel me advierte que no se puede acudir a la moral para buscar la justificación última de toda controversia jurídica porque sino, el Derecho se transformaría en una sombra de la moral.

Ahora bien, ante el actual panorama, todo parece indicar que la dialéctica Positivismo/no-Positivismo ha dejado de ser interesante y necesita ser sustituida por otro marco de discusión que nos permita estudiar sin ciertas ataduras este nuevo Derecho más estático pero vinculado a una moral más dinámica.

b) El **neoconstitucionalismo** está impulsando un a nueva Teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes podrían ser los cinco siguientes:

- 1) Más principios que reglas;
- 2) Más ponderación que subsunción;
- 3) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria;
- 4) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria;
- 5) Y, por último, coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las sucesivas opciones legislativas.

El neoconstitucionalismo impulsa mayor *actividad judicial*, pero no mayor *activismo judicial*. Al juez le corresponde un papel más importante, pero no por ello se halla menos vinculado al Derecho. El neocosntitucionalismo resulta intrínsecamente anti-legalista, puesto que, para el legalismo, el legislador goza de legitimidad democrática, mientras que el juez goza de, por así decir, legitimidad técnica. A la pregunta de ¿“Por qué ha tomado usted su decisión?” el legislador respondería: “porque así lo quiero”. El juez, en cambio, diría: “porque así lo ha querido el legislador para el caso en abstracto y así se aplica lógicamente a este caso concreto”.

El razonamiento constitucional no suele funcionar de acuerdo con el esquema de la subsunción. En el caso de nuestra ventana es necesario tener en cuenta otras consideraciones aparte del tenor del artículo 582 C.C., para resolver el caso. Parece natural que ante tal situación el aplicador pudiera al menos invocar una norma constitucional, más propiamente un principio constitucional, como el artículo 47 de nuestra Constitución que dice así:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Es más. La posibilidad de la exhaustiva enumeración *ex ante* del conjunto de excepciones de una norma es el presupuesto necesario del concepto de regla. Así, podríamos aspirar a reconstruir:

“No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, salvo cuando ello conculque el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada....”.



#### **CUESTIONES:**

**¿Qué puedo hacer? Si acudiera a los Tribunales, ¿Cree que la sentencia me sería favorable y podré abrir, finalmente, la ventana? ¿Por qué?**

# TEMA 7

## NEO-POSITIVISMO Y POST-POSITIVISMO JURÍDICO: ENTRE NORMAS Y ALGORITMOS

### I PARTE

#### 1-EL POSITIVISMO JURÍDICO (Kelsen) // NEO-POSITIVISMO (Hart) EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO (R. Dworkin)

##### 1.1.POSITIVISMO (KELSEN)

##### 1.2.NEO-POSITIVISMO (Hart)

##### 1.3.EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO (R. Dworkin)

### II PARTE

#### 1. LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL DERECHO

1.1. Algunas precisiones sobre algoritmos y *Machine Learning* (para poder llegar a la definición de la *fairness* algorítmica)

1.2. Regulación de la IA

1.3 Una ¿renovada? comprensión del concepto de Derecho a partir de los algoritmos

#### 2. LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO

#### 3. VIABILIDAD DE LA “ACTUACIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA”: ¿ES POSIBLE UN JUEZ ROBOT?

3.1. Juez humano vs juez robot

3.1.1. El juez-robot

3.1.2. El juez-humano

3.1.3. Valoración: críticas al juez-robot

3.2. Experiencias en el Derecho comparado de juez robot

# I BLOQUE

## 1.1.POSITIVISMO (KELSEN)



La denominación de teoría pura del Derecho podría alternarse con la de teoría del Derecho puro, puesto que esa pureza se refiere también al objeto, que es el Derecho que “es” y no el que podría o debería ser. Kelsen da tanta importancia al concepto “puro” del derecho como a la propia “pureza” del método: se quiere ante todo ver al Derecho tal como lo tiene que ver el jurista, tal como resulta de contemplarlo en la perspectiva propia de la ciencia jurídica.

Escribe Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*:

“La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo. Es una teoría general del Derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional (...) Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología (...) El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica”.

### 1.1.1.¿QUÉ ES UNA NORMA?

Una norma quiere decir que “algo debe ser o suceder”; en especial, que un hombre debe comportarse de una determinada manera.

Ese “deber ser” que da lugar a una norma:

- no puede ser meramente subjetiva. Es decir, no puede ser expresión de la voluntad o intención de un sujeto, sino que tiene que ser objetivo
- hay que diferenciar validez y eficacia, pero sin que neguemos que hay una cierta relación entre validez y eficacia. Una norma que ni se aplique ni

se cumpla, nunca ni en ninguna parte, es decir, que no sea eficaz al menos en un cierto grado, no puede considerarse como una norma jurídica válida.

### 1.1.2. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

#### - Evolución

El Derecho es un orden de la conducta humana. Puede entenderse como fruto de una evolución:

-En un principio, era la voluntad del interesado la que se imponía y, si era necesario, por la fuerza.

-Poco a poco se fue imponiendo el principio de que se prohíbe cualquier empleo de la fuerza física que no venga autorizado como una reacción por parte de la comunidad jurídica.

#### - Definición

El Derecho ES “un orden normativo que procura dar lugar a un determinado comportamiento humano asociando a la ausencia de ese comportamiento un acto de fuerza socialmente organizado”.

#### -Diferencia entre derecho y moral

Rechaza el criterio de contenido

Rechaza el criterio de que la moral se refiera a la conducta interna y el Derecho a la externa. La diferencia radica en la organización social del uso de la fuerza.

Rechaza el criterio de la sanción

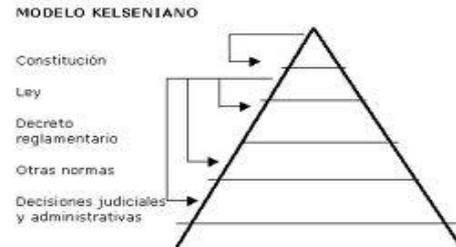
La diferencia radica en la organización social del uso de la fuerza

### 1.1.3. ¿DE DÓNDE PROCEDE EL “DEBER SER”?

La gran cuestión que se le plantea a Kelsen es: *¿de dónde procede el deber ser?*

La primera respuesta es obvia: de una norma. Y si de nuevo preguntáramos de dónde deriva la obligatoriedad de esa norma, la respuesta sería de otra norma superior, y así hasta el infinito. Antes de 1960 se había reprochado esto a Kelsen. Pero como dice Kelsen: “la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede prolongarse hasta el infinito...tiene que terminar en una norma que se presupone como la última y más elevada”. Esa es la que Kelsen llama la “norma fundamental”.

No se trata de una norma real o históricamente existentes, sino de una presuposición lógica, necesaria, imprescindible, si queremos admitir como válida esa primera Constitución. Cualquiera que sea el punto de arranque, el punto de partida para la fundamentación de un orden jurídico, allí tiene que estar la norma fundamental. En este sentido es “hipotética” y es una “presuposición”. “Es una norma ficticia que presupone un acto ficticio de voluntad”.



La validez y juridicidad de cada norma dependen de normas superiores que se fundan a la vez en la Constitución. Como esta sucesión o gradación de normas no puede ser infinita, debe existir una norma fundamental que otorgue validez a la totalidad del sistema normativo.

Esta norma fundamental de KELSEN no es una norma de Derecho positivo, es una norma supuesta, hipotética. Esto da pie a una de las grandes críticas al positivismo: se cae en la contradicción de aceptar una norma hipotética de valor absoluto al mismo tiempo que se rechaza toda idea de justicia como valor también absoluto.

(...) Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esa ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

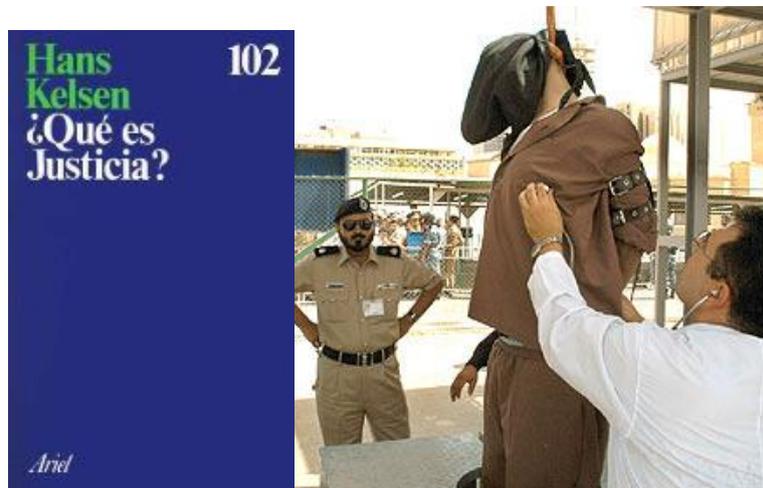
Continua Kelsen: “Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente son dos actos semejantes. Pero hay una diferencia: uno es el resultado de lo que ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a tal efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución, más allá de la cual no es posible remontarse.

#### 1.1.4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

- carácter esencialmente dinámico

El carácter dinámico de un orden o sistema de normas quiere decir que éstas no se fundamentan unas en otras en virtud de una deducción de su contenido, sino en virtud de una delegación de autoridad, por parte de las superiores con respecto a las inferiores, determinando el modo cómo se han de producir, no su contenido. Una norma del

ordenamiento “vale”, no porque tenga un determinado contenido, es decir, no porque su contenido pueda derivarse, por medio de un proceso de razonamientos lógicos, del de una norma fundamental, sino porque se ha establecido de una determinada manera.



- concepción escalonada de las normas

De esta fundamentación del ordenamiento jurídico resulta, por un lado, que cualquier contenido puede ser Derecho<sup>13</sup> y, por otro, como características de ese orden jurídico, tanto su unidad como su estructura escalonada. Ambos aspectos están entre sí relacionados, puesto que la unidad se logra excluyendo la validez de cualquier norma que contradiga a otra de rango superior.

Para Kelsen, no existen las llamadas “lagunas” porque, cuando el ordenamiento jurídico no establece (al menos de manera general) como deber una determinada conducta, es decir, cuando no establece que hay que castigarla, esto quiere decir que para el Derecho esa conducta es lícita o permitida.

## 1.2.NEO-POSITIVISMO (Hart)

---

<sup>13</sup> VG. La ejecución de una pena de muerte puede considerarse como tal, como cumplimiento de una pena impuesta por el Derecho, y no como un asesinato, en cuanto venga impuesta por una norma.



Herbert Hart (1907-1992) fue profesor de ciencia jurídica (Jurisprudence) en la Universidad de Oxford desde 1953 hasta 1968. Su obra más importante es *The Concept of Law* (1961). Formó parte de la tendencia jurídica positivista, aunque crítica, con sus predecesores, J. Austin y J. Bentham.

Hart dice que el Derecho está formado por reglas, no por hábitos. Añade que con el concepto de regla (no con el de hábito), podemos explicar adecuadamente lo que es un ordenamiento jurídico.

Hart critica al iusnaturalismo porque asimila el derecho y la moral, lo que dejaría poco lugar para una adecuada diferenciación entre reglas morales y reglas jurídicas. Pero también critica el positivismo jurídico anterior (Austin), que asimilaba derecho y fuerza. Es decir, Austin entendía que el derecho está constituido por un conjunto de mandatos u órdenes respaldadas por amenazas (sanciones), emitidos por un soberano ilimitado jurídicamente y al que los súbditos obedecen habitualmente. Según Hart, este positivismo jurídico no diferencia suficientemente el derecho y la fuerza, por lo que critica este modelo llamado "modelo simple".

### **1.2.1. Diversidad de reglas jurídicas. Características de la sociedad simple y superación de sus defectos**

La clave para entender el derecho, dice Hart, es la unión entre las reglas primarias y las reglas secundarias. En este sentido, las *reglas primarias* son reglas de conducta que imponen obligaciones o deberes. Prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. En cambio, las *reglas secundarias* son reglas que confieren potestades, públicas y privadas. Establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir, extinguir o modificar reglas anteriores.

En una sociedad simple, primitiva o prejurídica, solamente hay normas primarias de conducta. Pues bien, esta estructura de reglas primarias de obligación provoca una serie de defectos que son los siguientes: i) Falta de certeza, debido a la ausencia de regla de reconocimiento; ii) Carácter estático de las reglas, debido a la ausencia de reglas de cambio, que son las que permiten la adaptación deliberada a nuevas circunstancias sociales; iii) 3. Presión social difusa, debido a la ausencia de reglas secundarias de procedimiento o

adjudicación y a la ausencia de coacción institucionalizada.

Hart distingue tres **tipos de reglas secundarias**:

*Regla de Reconocimiento*, que especifica las características que han de tener las reglas para ser reglas válidas del sistema.

*Reglas de Cambio*, que permiten añadir, modificar o derogar reglas válidas del sistema.

*Reglas de Enjuiciamiento o Adjudicación*, que establecen procedimientos para determinar cuándo una regla válida del sistema ha sido violada y aplicar las consecuencias previstas.

La Regla de Reconocimiento tiene una existencia empírica, puesto que es una práctica social convergente de los jueces, al identificar las normas válidas del sistema. Dicho con otras palabras, es la práctica judicial que consiste en utilizar ciertos criterios para la identificación de las normas válidas del sistema. La Regla de Reconocimiento está fuera de la cadena de validez de las reglas porque ella es, precisamente, la que da validez a las demás.

- Reglas Primarias

- Reglas Secundarias:

-Reglas de Enjuiciamiento o Adjudicación ---- Inefectividad,  
presión social difusa

- Reglas de Cambio -----Sociedad  
estática

-Regla de Reconocimiento ----- Falta de certeza,  
incertidumbre

Problema. Argumento circular que generaría el hecho de postular que todo sistema jurídico (“desarrollado”) tiene una regla de reconocimiento.



### 1.2.2.La Tesis del Positivismo jurídico según Hart

1. La Tesis de las Fuentes sociales del Derecho: el origen de todo Derecho es siempre un hecho. Lo que sea o no Derecho depende de un hecho “puesto”.

2. La Tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: las conexiones entre Derecho y moral son contingentes y no necesarias

3. La tesis de la discrecionalidad judicial: cuando el Derecho sea indeterminado e incompleto, el juez debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho aplicable para resolver ese caso concreto.

### 1.2.3. Diferencias y semejanzas Hart/Kelsen

H.L- Hart

J. Austin, H. Kelsen ----- Americano	-----Realismo	Jurídico
(Formalismo, abstracción)	(concepto excesivamente concreto)	predictivo, fáctico y

--DIFERENCIAS Kelsen/Hart:

1. Hart utiliza las reglas y no las normas. Además, no se limita a un único tipo de reglas, como Kelsen. Admite las reglas secundarias, que confieren facultades, al lado de las normas primarias.

2. La Regla de Reconocimiento, como práctica social, es la base del sistema. Y no se trata de un supuesto abstracto (Kelsen) sino un hecho verificable (Hart).

3. Relación entre validez y eficacia: para Kelsen ambos conceptos son distintos, pero se hallan estrechamente relacionados: la ineficacia prolongada de una norma particular provoca su invalidez por desuso, y la eficacia de todo el sistema jurídico determina la validez de su norma fundamental. En cambio, para Hart, carece simplemente de sentido preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento, simplemente se utiliza.

---SEMEJANZAS Kelsen/Hart:

1. Ambos admiten que el Derecho está compuesto por reglas (o normas), y no por hechos, conductas ni predicciones.

2. Ambos aceptan que las normas dependen unas de otras, en una cadena de validez, y que en el extremo superior de todas esas cadenas (o en la cúspide de la pirámide jurídica kelseniana) reina una norma suprema que se apoya en la eficacia del orden normativo, que rara vez se expresa, pero que siempre se usa en los enunciados jurídicos internos.

## 1.3. EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO (R. Dworkin) (Pos-Positivismo jurídico)

### 1.3.1.-NEO-POSITIVISMO Y POST-POSITIVISMO JURÍDICO

Para ayudarnos a entender las diferencias entre el Positivismo y el Postpositivismo (o anti-positivismo), vamos a señalar los puntos que más las distancian:

a) Para el positivismo, el ideal de regulación es el de la tipicidad, esto es, normas generales y cerradas; las normas abiertas no son sino imperfecciones porque al exigir deliberación

por parte de los destinatarios de dichas normas siempre suponen una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica.

Por el contrario, el postpositivismo considera que, en un sistema jurídico, además de reglas, hay principios jurídicos que dotan a dichas reglas de sentido.

c) Se ha pasado del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación. En el positivismo, el razonamiento jurídico ha de ser subsuntivo.

En el postpositivismo se considera que en el derecho hay reglas y, por tanto, razonamientos subsuntivos, pero también hay principios, y guiarse por ellos o aplicarlos exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo.

d) Respecto a la validez de las normas los positivistas consideran que el Derecho puede tener cualquier contenido ya que no se identifica por este sino por su forma. El origen de las normas, y no su contenido, es el que determina su juridicidad. Y todo el Derecho está basado en fuentes.

Los postpositivistas no piensan que todo el Derecho esté basado en fuentes; hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales sino materiales.

f) En el análisis positivista, la clasificación más importante de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre casos regulados y no regulados: una regla es aplicable al caso o no lo es.

En las concepciones postpositivistas la distinción relevante es la que opone los casos fáciles a los difíciles. No se considera que haya casos relevantes no regulados porque en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, también principios. Un caso fácil sólo exige aplicación de la regla, y un caso difícil exige deliberación práctica.

### **EJEMPLO 1.- EL HEREDERO ASESINO (Nueva York, 1889)**

El gran interrogante del derecho a la herencia, desde un punto de vista económico, consiste en saber si un tribunal deberá rehusar hacer cumplir los términos de un testamento, aparte de los casos obvios de incompetencia mental. En el caso, *Riggs vs. Palmer*, el Tribunal tenía que decidir si un hombre podía recibir la herencia de su abuelo pese a haberle asesinado, aunque las leyes sobre testamentaría no ponían impedimento alguno para conceder la propiedad al nieto anteriormente condenado por asesinato.

- El demandado, un **joven de dieciséis años** de edad, siendo consciente de las disposiciones del testamento de su abuelo, en el cual le instituyó un legado residual de la herencia del testador, **causó su muerte mediante envenenamiento** en 1882.
- Por este crimen fue **juzgado y condenado por asesinato** en segundo grado y al tiempo del inicio de esta acción estaba cumpliendo su condena en un reformatorio estatal.
- **Dos de las hijas del testador deciden interponer una demanda** con el propósito de que, aquellas disposiciones del testamento en favor del demandado, fueran **canceladas y anuladas**.

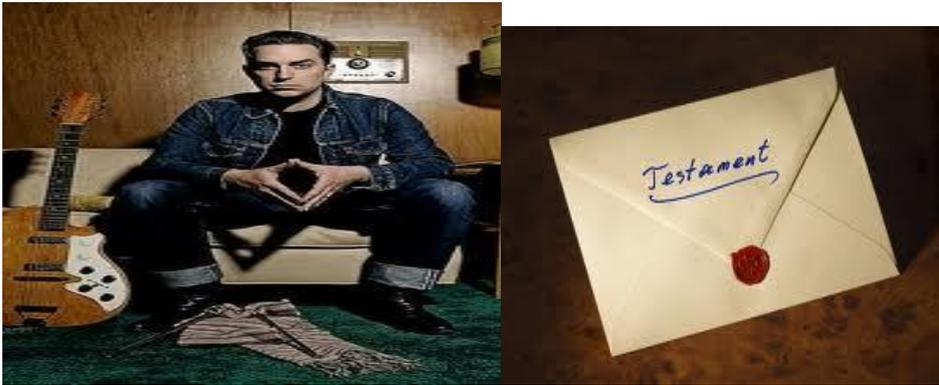
Supongamos que A, mentalmente sano, hace un testamento en el que lega como herencia la mayor parte de sus posesiones a su nieto, B.

B –el nieto- asesina al abuelo –A-.

**¿Debería permitirse que B –el nieto- haga cumplir el testamento y herede?**  
(1)

Los testamentos no contienen nunca una cláusula expresa que desherede al asesino del testador, pudiera pensarse que esta respuesta significa que los tribunales están sacrificando las intenciones de donación de los testadores en aras de la disuasión del homicidio, e indebidamente, agravando el castigo que la legislatura prescribió para el homicidio.

Es muy baja la probabilidad de ser asesinado por alguien que sí designamos en nuestro testamento. Porque seguramente hay muy pocos testadores que, si se les preguntara si desearían que su asesino lo heredera, contestaría afirmativamente.



Pero: **¿Y qué diremos de esos pocos: debería respetarse su deseo?** (2)

Supongamos ahora que el heredero mató a su testador por accidente: **¿debería ser descalificado de la herencia de todos modos?** (4) ¿Y si la herencia es mayor que el pago de daños por muerte? Puede que el seguro no tenga que pagar indemnización si el accidente se debió a la conducta negligente del heredero.

Los miembros del Tribunal de Nueva York se dividieron, a la hora de dictar sentencia, entre dos interpretaciones:

- a) interpretación estricta representada por el juez Gray (positivista- letra de la ley)
- b) opinión mayoritaria representada por el Juez Earl (Principios- Espíritu de la ley)

El Tribunal de Apelación de Nueva York acordó que las leyes pueden ser controladas por máximas generales, como la de que “nadie puede sacar partido de su propia injusticia”, declarando que el asesino no recibiera la herencia.

Según Dworkin, el caso "Riggs versus Palmer", nos muestra que el Derecho no está formado exclusivamente por reglas puestas por el legislador (reglas de letras negras) sino que incluye principios. ¿No fue un caso en que se enfrentaban un principio ("nadie se aprovechará de su propio delito") con la regla (o reglas) jurídica que regulaba la sucesión testamentaria?

El caso *Riggs versus Palmer* es un enfrentamiento entre principios y no entre principios y normas jurídicas. El respeto a las normas jurídicas válidamente formuladas por el legis-

lador derivaba del Principio de "sujeción a la ley", pero entraba en conflicto con otro principio, el de que "nadie se aprovechará de su propio delito". El Tribunal decidió que este último principio era el decisivo

## **EJEMPLO 2: EL MERCADER DE VENECIA (William Shakespeare)**

### **Derecho positivo- Su aplicación literal (para bien y para mal).**

El judío Shylock ha prestado dinero a Antonio, mercader de Venecia. El judío está celoso de los éxitos comerciales de Antonio y desea vengarse. Una vez finalizado el plazo para la devolución del pagaré, Antonio no puede pagar porque ha perdido todas sus naves con las mercancías a causa de una tormenta en el mar.

La escena representa la reclamación del judío al mercader de su pagaré, ante el juez, solicitando que se cumplan literalmente los términos del acuerdo. Asistiendo al juicio se encuentra Bassanio, amigo de Antonio.

Porcia, la enamorada de Antonio, ha suplantado al juez, e intenta salvarlo. (Acto IV- Escena 1).



**Ronald Dworkin** nació en 1931 en Estados Unidos. Estudió en la Universidad de Harvard y en Magdalen College (Oxford). Fue secretario del Juez Hand Learned de la Corte de Apelaciones. Después de trabajar en Sullivan&Cromwell, una firma de abogados prominente de Nueva York, se convirtió en un titular de la Cátedra de Jurisprudencia de la Universidad de Yale. A partir de 1969, Dworkin dio clases en la

Universidad de Oxford y después Profesor de Derecho de la Universidad de Nueva York, y profesor de Filosofía en la misma Universidad, donde enseña desde finales de 1970.

Dworkin no se limitó a examinar la forma como los *principios* entran en la práctica jurídica, en particular en la práctica de los tribunales, sino que los situó en el centro de una crítica frontal a la concepción del derecho que él mismo calificó como el "Modelo de reglas".

Dworkin ha articulado la distinción crucial entre principios, reglas y directrices políticas (*policies*) como modos diferenciados de manifestarse el poder normativo del Estado. Dworkin sitúa en el centro del sistema jurídico los principios,

En su obra *Taking Rights Seriously* (*Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984) llamó la atención no sólo sobre los rasgos distintivos de los principios frente a las reglas, sino además sobre el modo como funcionan en los procesos de interpretación y argumentación jurídica. En su obra *Law Empire* (*El imperio del Derecho*, Fontana press, London 1986), esboza las líneas fundamentales de una teoría de la interpretación jurídica con el fin de ilustrar su tesis de que el derecho es fundamentalmente el producto de una práctica interpretativa y argumentativa.

Uno de los aspectos más controvertidos de la teoría jurídica de Dworkin, es decir, la idea de la "*one right answer*" (la respuesta correcta). Contrariamente, los positivistas jurídicos mantienen que el Derecho tiene lagunas y que no podemos atribuir derechos concretos a personas concretas, en la medida en que el Derecho es vago o discutido. Por tanto, estos teóricos positivistas dicen que, a veces, no hay Derecho, en el sentido de que no existe Derecho para el caso concreto que nos ocupa. En estas situaciones, los jueces tienen discrecionalidad para crear nuevo Derecho que permita llenar las lagunas. Pero Dworkin, de acuerdo con la visión general de su teoría, rechaza la idea de que los jueces tengan discrecionalidad para crear Derecho en los casos difíciles, al menos en el sentido fuerte de discrecionalidad –al que aludiremos más tarde-.

Con relación a la Regla de Reconocimiento de Hart, Dworkin rechaza la idea Hartiana de que haya una regla maestra (o test fundamental) que permita identificar a todas las reglas válidas del sistema jurídico.

También rechaza la separación Derecho-Moral típicamente positivista, en el sentido de que no podemos comprender el Derecho sin conectarlo con la Moral (alguna).

¿Quién es el **juez Hércules**? Dworkin se inventa un juez al que llama Hércules cuya función es mostrar cómo los jueces reales deberían decidir los "casos difíciles". El juez Hércules es un idealizado personaje ficticio creado como estándar aspiracional de la judicatura norteamericana. Los principios permiten la construcción de argumentos o una teoría argumentativa que le den el fundamento suficiente a dichas soluciones, de tal manera que se demuestre que en ningún caso el juez ha excedido los límites que establece el Derecho. Argumentación, ponderación entre principios, formarán parte de las herramientas del Juez Hércules. Se correspondería con el juez capaz de resolver cualquier caso que se presentara, por muy difícil que fuera.

En resumen, cuando Hércules se enfrenta a un "caso difícil", porque las llamadas reglas de letras negras no resuelven el conflicto jurídico, trata de construir una teoría jurídica aplicable al caso. El resultado de esta teoría, será un cuerpo de principios capaces de

justificar el "caso difícil".

## II PARTE

### 1. LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL DERECHO



La IA se presenta como un instrumento tecnológico novedoso de toma de decisiones, que se estructura a partir de una base de datos y aprendizaje automático, y que exige la existencia de hardware, software, procesamiento de lenguaje natural y algoritmos para que funcione. La IA ha incorporado la teoría de la **probabilidad** a la gestión de la incertidumbre, el **cálculo y la matemática** para hacer predicciones, la teoría de la utilidad para definir objetivos y el **aprendizaje estadístico** para ayudar a las máquinas a adaptarse a circunstancias nuevas.

El binomio **inteligencia humana/inteligencia artificial** se configura como una relación sospechosa, es decir, de la que aún no se sabe si forjará dos buenos compañeros de viaje o si conforme se vaya avanzando en el camino se iniciará una competencia entre ambas, una especie de concurrencia entre IA y el cerebro humano llegando la inteligencia artificial a superar a la humana. La IA ha sido definida por el historiador Yuval Noah Harari como “una inteligencia sin conciencia”, un mecanismo algorítmico con la capacidad de elaborar datos y tomar autónomamente decisiones. No se trata ni de presentar un escenario apocalíptico ni tampoco una utopía de la optimización tecnológica sino de reflexionar y analizar, desde la Ética y desde el Derecho, con el fin de adoptar las medidas necesarias para establecer límites y organizar procedimientos de manera que ni

los derechos fundamentales ni la teoría de la decisión judicial se vean afectados más que con efectos positivos.

Sin embargo, el uso de la IA en el ámbito judicial implica ir mucho más allá de la gestión documental o de las bases de datos.

### 1.1. Algunas precisiones sobre algoritmos y *Machine Learning* (para poder llegar a la definición de la *fairness* algorítmica)

Conviene comenzar realizando unas precisiones conceptuales sobre algoritmo, *fairness* y *Machine Learning*.

Un **algoritmo informático** consiste en un conjunto de instrucciones definidas, secuenciadas, ordenadas y acotadas para resolver un problema, realizar un cálculo o desarrollar una tarea. Un programa informático es un conjunto de algoritmos ordenados y codificados en un lenguaje de programación para poder ser ejecutado. Los algoritmos son precisos, sin ambigüedad, ordenados, finitos, concretos y precisos.

***Machine Learning* (ML)** y ***Deep Learning* (DL)** son los dos conceptos clave sobre los que se sustenta la ciencia de datos y que se inscriben en el campo más amplio de la Inteligencia Artificial. La ML es “el área de la IA que desarrolla programas informáticos capaces de aprender por sí mismos y realizar predicciones”. El **aprendizaje automático** utiliza algoritmos para analizar los datos, aprender de ellos y tomar decisiones informadas a partir de aquellos que han aprendido. El **aprendizaje profundo** estructura algoritmos en niveles para crear una “red neuronal artificial” capaz de aprender y tomar decisiones inteligentes por sí misma, pudiendo realizar tareas más complejas que el ML. Incido en que un algoritmo de ML puede procesar datos y desarrollar un autoaprendizaje de alguna manera autónoma, lo que desvirtúa o, al menos, exige matizar el argumento de que una IA se sujeta estrictamente a su programación. Las diversas cuestiones a las que voy a hacer referencia en este trabajo se limitan a la ML.

En su forma más básica, el aprendizaje automático utiliza algoritmos programados que reciben y analizan datos de entrada para predecir los valores de salida dentro de un rango aceptable. La cantidad y calidad de los datos, así como otros parámetros (lo variado que sea el conjunto de datos de entrenamiento, la “suciedad” o “ruido” en los datos, repeticiones, sesgos, el hecho de que lleven información adicional (es decir que hayan experimentado un proceso de anotación de datos, etc.) tendrán su influencia en el ML. La IA trabaja a partir del **algoritmo**, integrado por **tres elementos** constitutivos (*input*; procedimiento; *output*) el cual puede definirse, de forma elemental, como un procedimiento codificado para transformar el *input* (datos) en *output* (resultado esperado) mediante una serie de cálculos. En la primera fase, una de las principales preocupaciones es la presencia de errores en el *dataset* del *input*; en la segunda fase, un tema debatido es el de la transparencia y accesibilidad del procedimiento -el denominado *black box*-; y en la tercera fase, el aspecto problemático es el de los posibles efectos discriminatorios de la decisión algorítmica. Un problema puede afectar a una o más de estas tres fases al mismo tiempo.



## 1.2. Regulación de la IA

La IA es objeto tanto de alabanzas como de **temores**. En el caso del Derecho, las reservas se dirigen principalmente a la relación de la IA con la jurisdicción, a su compatibilidad con la Constitución, discriminación, sesgos (*bias*), la posible violación del principio de publicidad y acceso a la información, opacidades algorítmicas, y responsabilidad por los daños efectivamente generados por la IA.

En un contexto global de rápido avance y preocupación por los riesgos asociados a la Inteligencia Artificial (IA), la reciente **Declaración de Bletchley**, firmada por 29 países, incluyendo actores importantes como China y Estados Unidos (hasta ahora, reacios a legislar y limitar la IA), marca un hito histórico en la regulación internacional de la IA. Este cambio de postura de Estados Unidos hacia estándares internacionales, junto con la avanzada legislación de la Unión Europea (UE) a través del Proyecto de la *Artificial Intelligence Act*, destaca la urgencia de definir y regular la IA a nivel mundial.

En el contexto regulatorio actual, la Unión Europea (UE) se encuentra en las etapas finales de la formulación de una legislación integral sobre inteligencia artificial (*Artificial Intelligence Act*) “Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (**Ley de inteligencia artificial**) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”.<sup>14</sup> Se prevee la aprobación del texto en los próximos meses y que entre en vigor en 2025.

En un principio, el artículo 3.1 de la citada, se entiende por sistema de IA “el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.” Sin embargo, en junio de 2023 se aprobaron un conjunto de enmiendas que han llevado a variar el **concepto de IA**:

“Un sistema de IA es un sistema basado en máquinas que, por objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de IA varían en sus niveles de autonomía y capacidad de adaptación tras su despliegue.”

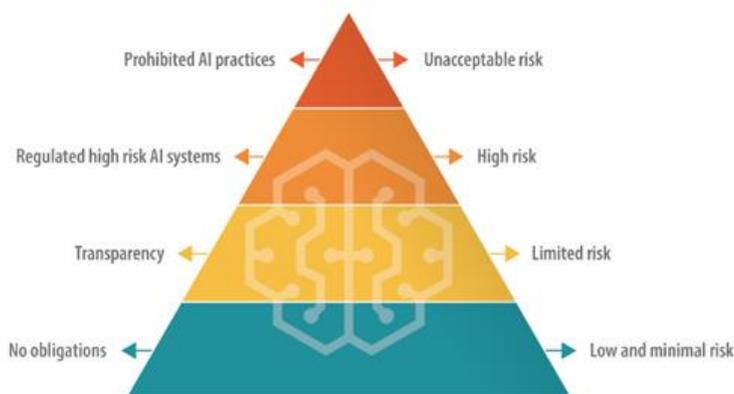
<sup>14</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

El riesgo de los usos de la IA, según esta Propuesta de Reglamento europeo de IA, se clasifican en distintos niveles. El ámbito jurídico se encuentra entre los sistemas de alto riesgo, lo que exige avanzar en los estudios y adoptar cautelas (transparencia, auditorías, control). Concretamente, se establecen 4 Niveles de riesgo de la inteligencia artificial

- Riesgo inaceptable
- Riesgo alto
- Riesgo limitado
- Riesgo insignificante

## Risk-based approach

### Pyramid of risks



Data source: [European Commission](#).

El uso de la IA en la Administración Pública también se contempla, y se establecen como de "riesgo inaceptable" algunos de sus posibles usos:

- prohibición de sistemas que podrían ayudar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones.
- los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real
- los sistemas predictivos
- los modelos de detección de emociones.

La IA se compone de tres principios:

- i) La **autonomía** es la capacidad de un agente para actuar de forma independiente y tomar de forma libre sus propias decisiones;
- ii) La **adaptabilidad** es la capacidad de aprender de las propias experiencias, sensaciones e interacciones para poder reaccionar con flexibilidad a los cambios del entorno;
- iii) La **interactividad** es la capacidad de un agente de percibir e interactuar con otros agentes, sean humanos o artificiales (saber que estos son agentes en sí mismos), con sus propias metas y capacidades

Es imperativo considerar no solo la autonomía, sino también la ética, la transparencia y la equidad al delinear los contornos de esta disciplina en constante evolución.

Con anterioridad a este Proyecto de Reglamento de IA, en la UE ya se habían venido aprobando -desde un **enfoque más ético**- algunos textos relevantes:

-En diciembre de 2018, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ)<sup>15</sup> adoptó la *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*. En esta Carta se recogen **tres tipos de posibles usos de la IA en el ámbito de la Justicia**, clasificados según el posible riesgo derivado de su uso:

-“Usos que deben ser fomentados” (búsqueda de jurisprudencia, acceso a la legislación, creación de herramientas estratégicas),

- “Posibles usos, que requieren considerables precauciones metodológicas” (Ayuda en la elaboración de baremos en determinados litigios civiles, Resolución de disputas en línea).

-“Usos que pueden considerarse después de que se realicen estudios científicos adicionales” (“Perfilado de jueces” y “Anticipación de las decisiones judiciales”). Es este último uso, el de la anticipación de las decisiones judiciales, en el que se centrarán las reflexiones a la hora de sopesar la decisión judicial robótica frente a la que desarrolla un ser humano.

- El 19 febrero de 2020, la Comisión Europea ha publicado su “Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial”, *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*. Brussels, European Commission. 19.2.2020 COM (2020) 65 final, destinado a fomentar un ecosistema europeo de excelencia y confianza en la inteligencia artificial, donde también se analizan aspectos relacionados con la seguridad y responsabilidad. Este Libro Blanco recoge las interrelaciones existentes para lograr una IA fiable, a la vez que señala, como uno de los sectores críticos el ordenamiento jurídico, y como uno de los usos críticos, los efectos jurídicos.

### 1.3 Una nueva comprensión del concepto de Derecho a partir de los algoritmos

Los **algoritmos** son computación regulada de procesos que permiten hacer cálculos basados en datos. Constituyen una nueva fuente de poder.

El propio concepto del **Derecho** está siendo objeto de mutación. Atrás quedan concepciones iusnaturalistas del Derecho que derivaban el concepto del Derecho de las exigencias de la propia naturaleza humana; también se superan concepciones positivistas que presentaban el Derecho como un conjunto de normas o un conjunto de reglas; ni siquiera la construcción postpositivista de configurar el Derecho como un conjunto de normas tomando en consideración la moral y los principios jurídicos se ajusta a esta nueva concepción de qué es y de cómo debe de funcionar el Derecho. Es más, cabe preguntarse si de la exactitud y rigor matemático que acompaña a la imperatividad de los algoritmos, no podría acabar derivando en una nueva versión del positivismo apoyándose precisamente en la “**dictadura**” de los algoritmos.

El tiempo corre en contra del propio concepto del Derecho y ello en un doble sentido: primero, porque las innovaciones tecnológicas son imparable y, segundo, porque el Derecho siempre ha requerido “sus tiempos” para pronunciarse -sin duda,

---

<sup>15</sup> El CEPEJ reúne a expertos de los 47 estados miembros del Consejo de Europa con el objetivo de mejorar la calidad y la eficiencia de los sistemas judiciales europeos y fortalecer la confianza de los usuarios de los tribunales en tales sistemas.

excesivos casi siempre-. La inmediatez se configura como el referente para comunicarse, y esa exigencia de inmediatez también se reclama de la decisión judicial. La IA no sólo ejecuta programas: decide. “Toda regulación jurídica tiene que ver con la toma de decisiones. Pero decidir no es lo mismo que ejecutar programas”. Los algoritmos ya se han insertado en los sistemas jurídicos y en la producción normativa y jurisprudencial.

La ley implica algo más que reglas y resultados deterministas: es una institución social que está sujeta a factores políticos, económicos y socioculturales que influyen en las concepciones de lo que es justo o injusto. Muchos conceptos legales se construyen socialmente y no tienen significados singulares. Los casos rara vez tienen respuestas correctas o incorrectas que se puedan resolver con un código binario de ceros y unos. Interpretar y contextualizar es una de las tareas dentro del trabajo judicial que jamás debería automatizarse.

#### 1.4. Herramientas predictivas para ¿una justicia predictiva?

Como ya se ha indicado, son numerosos los usos de la IA. Podemos diferenciar dos grandes grupos:

- a) IA en entornos procesales, como auxilio:
  - Búsqueda y análisis de la información jurídica
  - Estrategia procesal (Jurimetría)
  - Fiscalización de sentencias y predicción de fallos judiciales
  - Sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos de reincidencia criminal (COMPAS)
  
- b) IA en tareas decisorias:
  - Sistemas de negociación automatizada para la resolución de disputas en línea (consumo)
  - Sistemas para la generación automática de (propuestas) de decisiones judiciales.

Como elementos de ayuda, cabe aludir a *Jurimetría*. consiste en una herramienta de analítica jurisprudencial predictiva creada por Wolters Kluwer en colaboración con Google para ayudar a definir la estrategia procesal más idónea.<sup>16</sup> (Jurimetría del Caso, del Abogado, del Magistrado, de la Empresa, del Tribunal y del Organismo Público. Abordan el orden jurisdiccional civil, social y contencioso administrativo (está prevista la ampliación al orden penal). Jurimetría cuenta con una base de más de 10 millones de resoluciones judiciales y la estadística judicial está interrelacionada con la Base de Datos La Ley Digital. [...]).

Con los paneles de predicción legal que ofrece esta herramienta se puede estudiar la evolución y tendencias del asunto o interviniente en un litigio: caso, abogado, magistrado, tribunal, es decir, todos los diversos componentes que un conflicto presenta ya están clasificados y analizados para una rápida localización, análisis gráfico y estadístico, porcentaje de éxito y demás variables, de manera que la estrategia procesal se pueda decidir de manera fácil, rápida y con un alto porcentaje de éxito: qué asuntos similares se han llevado a los tribunales, qué argumentos han esgrimido los abogados defensores y

<sup>16</sup> <http://www.derechopractico.es/guialegaltech/jurimetria/>

cuáles la parte contraria; cuáles han sido los fallos judiciales al respecto y qué razonamientos han seguido.

## **2- VIABILIDAD DE LA “ACTUACIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA”: ¿ES POSIBLE UN JUEZ ROBOT?**

**Un software ¿puede predecir un fallo judicial? La IA ¿conseguirá predecir las sentencias judiciales como resolvería un juez humano?**

En octubre de 2016 el “University College of London” publicó una investigación en la que había analizado 584 decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en asuntos relacionados con los artículos 3, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y se había aplicado un algoritmo a esos asuntos para encontrar patrones en el texto. Con la IA se pretendía verificar si el software podía llegar a predecir cuál sería el fallo judicial, es decir, si se pueden llegar a predecir las sentencias del TEDH, habiéndose obtenido un resultado exitoso (casi un 80% de acierto en la predicción, es decir, en la “anticipación de las decisiones judiciales”).

En aproximadamente ocho de cada diez sentencias, la inteligencia artificial fue capaz de anticipar lo que 47 juristas experimentados suelen dirimir en secreto ateniéndose a los argumentos legales



Conviene comparar las diferencias de un proceso decisional desarrollado por un robot y cuando lo desarrolla un juez humano.

### **2.1. Juez humano vs juez robot**

¿Nos ofrecería mayores garantías que decidiera un juez robot en lugar de un juez humano? ¿Cabe pensar que, así, se eliminarían los prejuicios, la ideología, el subjetivismo, u otros factores que pudieran influir negativamente en la decisión judicial? ¿Confiamos más en la neutralidad, objetividad e imparcialidad de una máquina? Conviene analizar las diferencias entre ambas posibilidades de decisión judicial.

#### **2.1.1. El juez-robot:**

**-Puede proporcionar una decisión más exacta:** La exactitud en la decisión es lo que “podría legítimamente constituir el objetivo de la justicia robótica”. Tal exactitud se acostumbra a asimilar e identificar con certeza y seguridad.

-Su decisión podrá variar en función del peso que se de a ciertas corrientes y de qué elemento jurídico tenga más peso: los principales elementos jurídicos que inciden en la decisión son la ley, posiciones doctrinales y la jurisprudencia. Pero, según como se programara cada uno de esos elementos, se llegaría a una decisión diferente. Así, si fuera la jurisprudencia, habría que determinar qué jurisprudencia: ¿tendría que ser la más reciente?, ¿hasta qué fecha habría que remontarse? Porque si fuera la más antigua, podría colisionar con la reciente. Por otro lado, esto podría implicar que se cierra la puerta a la entrada de líneas jurisprudenciales novedosas, al compás de las necesidades sociales, impidiendo la evolución.

-Deberá dirimir un conflicto entre normas: Un problema que se presentará al juez robot es el de enfrentarse a la confrontación entre norma y norma. No se está ante una subsunción de los hechos en la norma, sino que, ante unos determinados hechos, hay dos normas susceptibles de aplicarse, y hay que proceder a confrontarlas para decidir cuál queda fuera del campo de aplicación. Puede tratarse de normas de rango diverso o de distinta competencia, o puede ser una duda de inconstitucionalidad de una ley con respecto a la Constitución. Un punto especialmente problemático sería “la conceptualización de la noción de ‘duda’ para el robot”, porque, ¿cómo la resolvería?

-En principio, se presenta como un aliado de los abogados, pero habría que examinar si, en realidad, no acaba convirtiéndose en un enemigo. Podría poner en dificultades al grado de éxito del abogado, en la medida en que éste tendrá difícil argumentar con un algoritmo que conoce todo (leyes, repertorios jurisprudenciales, doctrina).

- Falta de fiabilidad de la motivación de la sentencia robótica. La razón de exigir tal motivación y de examinarla con atención sería la de asegurar el control social de la misma, a la vez de para eliminar/evitar el posible error informático o de ingeniería.

- Que sus decisiones sean neutrales es una entelequia ya que pueden estar influidas por la ideología dominante o criterios interpretativos específicos con que se haya programado la IA, lo que derivará en que las decisiones tengan una orientación u otra. Es una falacia que las Tecnologías de la IA no pueden ser discriminatorias. Lo son y ha habido casos en los que se ha puesto de manifiesto que han producido resultados con unos efectos negativos desproporcionados que han dado lugar a un tratamiento diferente de una persona o grupo de personas, poniéndolas en una situación de desventaja en comparación con otras personas, y ello a partir de motivos tales como sus características personales, sin una justificación objetiva o razonable.

Así, en algunas jurisdicciones norteamericanas la imposición de una pena se ha visto más influida por el riesgo de la reincidencia -según una previsibilidad estadística de la reiteración de la infracción- que por la gravedad de la infracción. Sesgos, discriminaciones hacen que la justicia predictiva acabe dando más fuerza a los prejuicios sociales. Se aplican los denominados **algoritmos predictivos de riesgo**. Son patrones matemáticos basados en la automatización del proceso de predicción del comportamiento de un individuo a través de un puntaje (score), el cual determina su nivel de riesgo y son utilizados en los procesos de toma de decisiones (aplicación de medidas cautelares).

También los mencionados algoritmos apoyan las actividades **policiales** a través de información automatizada en tiempo real. Por ejemplo, sobre las áreas en las que deben desplegarse operativos policiales por ser especialmente conflictivas.

Como ejemplo de estos algoritmos, en Inglaterra se utiliza el algoritmo HART (*Harm Assessment Risk Tool*). Su función es predecir el nivel de riesgo de los individuos de cometer delitos en un lapso de dos años, usando criterios como edad, sexo e historial de delitos; este algoritmo ayuda a determinar si el individuo que tiene un riesgo bajo puede ser enviado por los agentes de policía a un programa de rehabilitación denominado Checkpoint.

El algoritmo que ha tenido un mayor análisis en su aplicación es el COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), el cual “es entendido como una herramienta estructurada que valora el riesgo de reincidencia del procesado y las necesidades criminológicas del sujeto”.

Mediante un cuestionario-test que debe de cumplimentar el acusado, estas tecnologías ofrecen una puntuación que orienta al juez en su toma de decisión al enjuiciar el caso. El conocido caso del Sr. Loomis -al que se le aplicó el programa COMPAS- es un buen exponente.<sup>17</sup> En el siguiente tema, también se aludirá a este caso pues, además de ser un ejemplo de que se aplica el algoritmo predictivo (a modo de juez-robot), también es un exponente de sesgo racial.

### 2.1.2. El juez-humano:

-Parte de la premisa de la libertad para establecer las conexiones lógicas y mentales necesarias para elaborar una decisión. “Los autómatas reaccionan, pero no responden”, se limitan a obedecer un programa.

- Decide con una discrecionalidad técnica. Discrecionalidad que no debe confundirse ni con arbitrariedad ni con subjetivismo por parte del juzgador.

-No hay juez neutral puro: ni a través de la IA ni tampoco un ser humano es neutral respecto a todos los pre-juicios inherentes a la decisión sobre la solución de una controversia.

-El juez realiza una tarea de contextualización cuando interpreta la ley, a diferencia de la IA, que no puede contextualizar. La parte esencial de lo que constituye ser juez (buscar factores agravantes o atenuantes, comprobar si el veredicto contradice las intuiciones éticas de la sociedad, etc.) no puede ser automatizada.

- La argumentación judicial no es estrictamente deductiva, a diferencia de la IA, que funciona por un esquema de razonamiento esencialmente deductivo. No hay una única respuesta correcta y el Derecho está abierto a diversas interpretaciones y posibilidades.

### 4.1.3 Críticas al juez-robot

El Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Manuel Marchena, ha señalado que los conflictos deben ser resueltos por jueces y no por robots que solo se basan en estadísticas y algoritmos.

---

<sup>17</sup> Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

"Los defensores de la justicia robótica dicen que se gana en seguridad jurídica porque se **evitan los sesgos cognitivos** personales en las resoluciones pero la respuesta del robot se basará simplemente en estadísticas y el desenlace será exacto pero no necesariamente justo".

Una solución jurídica basada solo en precedentes fosiliza la justicia, ya que la jurisprudencia tiene que ser cambiante y adaptarse a cada caso concreto, la cantidad de veces que los propios magistrados del Tribunal Supremo se han percatado de que en un determinado caso debían **matizar su propia jurisprudencia** porque si aplicaban su solución histórica al asunto concreto el desenlace sería injusto, y ha puesto en duda que la inteligencia artificial o un programa de algoritmos pueda llevar a cabo estas matizaciones.

"El dictado de sentencias siempre debe estar supervisado por un juez y la **posibilidad del ciudadano de ser enjuiciado públicamente** es una garantía del constitucionalismo vigente".

Marchena, que presidió el juicio a los acusados por el proceso de independencia de Cataluña, ha planteado qué habría pasado en este caso si se hubiera aplicado la justicia robótica. Ha recordado que los antecedentes históricos de asuntos de **delitos de rebelión o sedición** fueron los del levantamiento del general Sanjurjo y el intento de golpe de Estado del teniente coronel Tejero, que nada tienen que ver con el llamado "procés" catalán.

## 2.2. Experiencias en el Derecho comparado de juez-robot

Asia se erige como el continente que ha sido pionero en esta rama, secundado por Europa, seguido por Norteamérica y, recientemente América Latina (Argentina, Colombia), que ha comenzado a dar sus primeros pasos en esta materia.

En **China**, en 2017, en la ciudad de Hangzhou, centro para las principales empresas tecnológicas chinas, se ha instalado el primer tribunal de internet de China, que sólo se ocupaba de casos relacionados con disputas legales sobre asuntos digitales. Entre ellos están los asuntos de comercio por Internet, los casos de derechos de autor y las disputas sobre la venta de productos en línea. Tales tribunales digitales en China han experimentado un fuerte aumento en los últimos años, a medida que ha crecido el número de pagos por móvil y de negocios basados en Internet, ya que el número de usuarios de Internet en China es elevadísimo (unos 850 millones). Los funcionarios del tribunal explican que, aunque se utilicen jueces virtuales, los jueces humanos observan el proceso y dictan las resoluciones importantes.

Ahora bien, los "jueces robot" en China no resuelven casos. Ni siquiera casos sencillos o de baja cuantía. En realidad, se trata de algoritmos que **ayudan** a los jueces (humanos) con tareas repetitivas. Estos "jueces robot" cumplen el rol de un asistente. Entonces, ¿por qué llamarlos "jueces robot"? En todo caso, para evitar confusiones, habría que llamarlos "asistentes robot".

**El Derecho europeo no se opone** a la introducción del juez robot y es una realidad que se va concretando en más países y experiencias. A nivel legislativo, conviene partir de revisar la viabilidad de las decisiones individuales automatizadas. A este respecto,

- El Artículo 22 Reglamento General de Protección de Datos UE (2016) 679, sobre "Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles", según lo

establecido en su apartado 1 y 2, no se opone a una introducción del juez robot, siempre que esté “autorizado por el Derecho... del Estado miembro”.

**Estonia** es un país donde ya previamente sus ciudadanos se encuentran identificados electrónicamente con una tarjeta de identificación nacional con la cual pueden realizar una multiplicidad de actividades cotidianas en línea (requerir informes médicos, recetas médicas, solicitar calificaciones académicas, votar, constituir compañías, pagar impuestos, abrir y manejar cuentas bancarias y muchas otras operaciones). El gobierno estonio posee una base de datos que lleva por nombre X-ROAD, en la cual las distintas bases de datos se conectan entre sí, generando una absolutamente infraestructura digital que facilita el intercambio de datos entre el gobierno y los ciudadanos, y entre el gobierno y sus instituciones. Los “jueces robot” se utilizan en juicios menores, es decir aquellos litigios en los que los montos de las disputas sean de 7000 euros o menos y principalmente centradas en cuestiones vinculadas fundamentalmente a conflictos vinculados a **contratos**: las partes subirán la documentación a Internet y el 'juez robot' decidirá. Si las personas no están de acuerdo con el fallo del robot, podrían recurrir la decisión a un tribunal humano. La realidad es que más que un juez robot se trata de un proyecto de ODR-AI (*Online Dispute Resolution*, en español, resolución online de controversias).

Con relación a **España**, la “actuación judicial automatizada” se ha definido en la **Ley 18/2011, de 5 de julio**, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, como aquella:

“Actuación judicial producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación”.

Las decisiones automatizadas deben estar siempre supervisadas por un juez humano. Debe rechazarse la sustitución integral de un ser humano por una máquina, a la hora de resolver asuntos judiciales. Distinto es el auxilio parcial, es decir, que la IA, como auxilio a las actividades que desarrollan jueces y magistrados puede resultar viable, pero no se podrá delegar en una IA la decisión final del juez.

Lo expuesto lleva a concluir que el empleo de la IA en la Justicia no implicará la sustitución del juez humano por el juez robot sino una relevante asistencia y auxilio del robot hacia el juez humano, lo que podría denominarse “**asistente-robot del juez**”. Tal colaboración se puede desarrollar de diversas formas, tales como:

- mediante la selección de casos (muy necesario en tribunales en los que ingreso un alto volumen diario de casos, pudiendo seleccionar o priorizar en razón de la urgencia u otros criterios que se establecieran);
- sistemas de revisión de requisitos formales (con la finalidad de que verificara que se adecuan al cumplimiento de requisitos procesales objetivos);
- sistemas de tasaciones y baremos (a fin de objetivar el monto de pensiones, indemnizaciones, fianzas, etc.). Este sistema será más sencillo de implantar en el ámbito de los negocios (competencia, tributario, seguros y patentes) que en el de

los procesos penales o de familia (delitos, divorcios, etcétera) o en procesos que afecten a derechos fundamentales.

Propiamente, con respecto a la sentencia, la asistencia del IA al juez se puede plasmar en:

- i) Sistemas buscadores de jurisprudencia; argumentos posibles a partir de tal jurisprudencia, etc;
- ii) Sistemas que redactan borradores de sentencias: tales sistemas, a partir del expediente, reconocen patrones y, a partir del mismo, proponen el juez la decisión y sus fundamentos y motivación, en forma de borrador de sentencia. En cualquier caso, el juez siempre es quien decide -el robot, propone-.

Estas posibilidades, sin embargo, abren algunos **interrogantes** que surgen al hilo de las mismas:

- ¿Qué sucede si la IA no ha contemplado alguna sentencia clave en el litigio a dilucidar y que, en caso de que el juez lo hubiera conocido, ¿habría sido otra su decisión?
- O bien, si el asistente robot redacta un borrador de sentencia, ¿no tendría el juez una inclinación natural a adherirse a tal borrador?
- En el caso de que no siguiera tal criterio, ¿debería motivar y argumentar por qué no se adhiere al borrador?
- Y si una parte se sintiera agraviada por ello, ¿podría recurrir contra la sentencia por no seguir el borrador?

El Derecho del sistema continental europeo, a diferencia del sistema del *common law*, tiende a apoyarse más en la norma y menos en el caso particular -como en el Derecho anglosajón- lo que puede facilitar la introducción de estas soluciones en España, en aquellos procesos por cuestiones cuantificables, que obedecen a fórmulas matemáticas, como pueden ser en lo referido a:

- procesos administrativos (multas, liquidaciones);
- incumplimiento de contratos (revisión de rentas, fijación de cantidades);
- aplicación de penalizaciones; faltas leves de tráfico;
- litigios de tipo laboral (indemnizaciones) que estén sujetos a fórmulas o baremos complejos.

El juez robot puede resultar de gran utilidad en la medida en que haga posible que un conflicto de, por ejemplo, trescientos euros, no frene la investigación de uno de cinco millones, es decir, que libere al juez de dedicar al primer tipo de litigios muchas horas de su trabajo y pueda dedicárselo a litigios que no dependen de meras cuantificaciones matemáticas, baremos o cálculos.

### **Para Debatir: ¿QUIÉN ES RESPONSABLE DE LAS DECISIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?**

Este es el conocido «dilema del tranvía», creado por la filósofa británica Philippa Foot.

Un tranvía sin frenos corre fuera de control por una vía que se bifurca en dos caminos. En uno, un filósofo malvado ha atado a cinco personas a los raíles, por lo que, si elegimos esta vía, morirán arrollados. Podemos evitar esta tragedia al pulsar un botón que nos desviará por otra vía alternativa, pero en ella también hay una persona atrapada que

fallecerá inevitablemente si elegimos esta opción. ¿Pulsaría el botón, aunque signifique la sentencia de muerte para un ser humano?

#### CUESTIONES:

1-¿Cuál es la mejor opción moral para la mayoría de la sociedad en una situación en la que el fatal desenlace es seguro? ¿Cómo elegir entre matar a una embarazada o a una joven? ¿entre matar a un individuo o matar a cuatro? ¿qué criterio debe primar, el de edad, el del número de víctimas u otro?

2-Quién y cómo debería decidir/se los parámetros en virtud del cual un vehículo inteligente habría de resolver entre diversas opciones de resultado lesivo en caso de accidente: ¿los poderes públicos?, ¿la propia industria o simplemente los específicos usuarios-propietarios de tales vehículos?

## **TEMA 8 - LA TEORÍA DE LA JUSTICIA Y SU APLICACIÓN AL MUNDO DIGITAL**

### **I-EL NEOCONTRACTUALISMO**

**1-ROBERT NOZICK: la defensa de la primacía de la libertad (sobre la igualdad) y del Estado mínimo**

**2-JOHN RAWLS: la defensa de la libertad/igualdad. Su teoría de la justicia**

### **II- LA TEORÍA DE LA JUSTICIA Y SU APLICACIÓN AL MUNDO DIGITAL**

#### **1-INTRODUCCIÓN**

#### **2. LOS SEGOS ALGORÍTMICOS: AMENAZA A LA IGUALDAD**

2.1. Algunos casos de discriminación algorítmica por parte del sector público

2.2. ¿Pueden ser justos los algoritmos?

2.3. Los sesgos algorítmicos y su incidencia en el género. Algunos casos

2.3.1. Datos sesgados y *machine learning*

2.3.2. Sistemas de reconocimiento facial

2.3.3. Chabots y asistentes de voz

#### **3.LOS NEURODERECHOS COMO FRENO A LA AMENAZA A LA LIBERTAD Y A LA IGUALDAD**

3.1. Orígenes de los neuroderechos

3.2. El debate sobre el acceso equitativo a la mejora cognitiva

### **I- EL NEOCONTRACTUALISMO**

---- **ROBERT NOZICK** (se basa en J. Locke –libertad y propiedad-)

-Justificación de un Estado mínimo, pero sin contrato social: mecanismo de la “mano invisible”.

-Versión normativista del estado de naturaleza.

-“**Sólo un Estado mínimo es legítimo**”. - Vg. Jugador W. Chamberlain.

-El Estado se explica y justifica no como resultado de un acto deliberado de decisión colectiva sino como el resultado no intentado de un conjunto de transacciones privadas.

----- **JOHN RAWLS** (se basa en J.J. Rousseau –voluntad general- y en I. Kant – universalidad-

-**Teoría de la justicia**: 1. Principio de libertad: iguales libertades para todos  
2. Principio de diferencia: autoriza desigualdades con 2 condiciones:  
a) Respeto al principio de igualdad de oportunidades  
b) Desventajas redunden en beneficio de los más desfavorecidos

-- Experimento mental:

-Pueblo en la posición original (*People original position*) PoPs: reunión imaginaria de seres racionales que sean libres para decidir e iguales (concepto de autonomía kantiano).

-Velo de la ignorancia: ignoran unos conocimientos y poseen otros (condiciones objetivas y subjetivas): guiados por razones de autointerés deberán hacer su elección.

- Juego (*bairning games*) hasta llegar, por unanimidad, a la formulación de los principios de justicia. Condiciones de imparcialidad y universalidad para sus elecciones.

- *Regla maximin*: máximo de los mínimos. Procurar obtener lo mejor en la peor situación posible.

- Levantamiento gradual del velo de la ignorancia (4 etapas).

- Críticas a su Teoría de la Justicia.

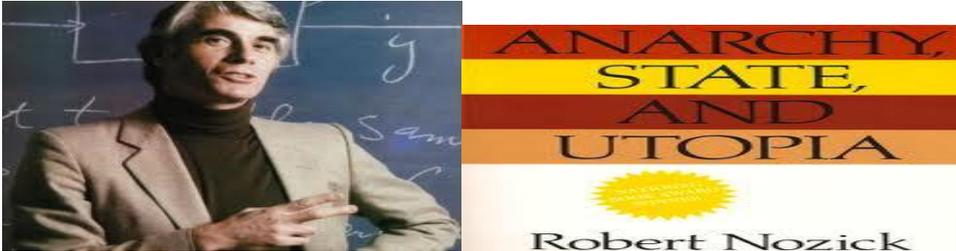
El **neocontractualismo** no designa una corriente homogénea. Engloba varias corrientes con propósitos, metodología y enfoques diferentes. Nos vamos a ocupar de dos de las más significativas, las de R. Nozick y la de John Rawls. Cada uno de ellos enlaza con alguno de los modelos contractualistas clásicos, pero en todo caso lo hacen de forma innovadora.

La teoría del estado defendida por Nozick adopta premisas y conclusiones lockeanas, pero pasa de las unas a las otras por un camino diferente del elegido por Locke. Es decir, trata de justificar un “Estado mínimo”, que no difiere sustancialmente del lockeano, partiendo del estado de naturaleza que tampoco difiere sustancialmente del de Locke, pero sustituye el expediente teórico del contrato social por un mecanismo de “mano invisible”: el Estado se explica y se justifica no como resultado de un acto deliberado de decisión colectiva sino como el resultado no intentado de un conjunto de transacciones privadas que no vulneran los derechos individuales establecidos por la ley natural lockeana.

La teoría de Rawls representa un intento de utilizar un esquema neocontractualista, desde la perspectiva rousseauiano-kantiana, no para una reconstrucción racional del estado o de la constitución sino para una fundamentación de principios de justicia. La doctrina de R. Nozick representa formas neoliberales de reacción a la crisis del Estado del bienestar y la teoría de Rawls apunta a una concepción

de la justicia de carácter social-democrático para intentar reorientar el Estado de bienestar.

## 1. ROBERT NOZICK: LIBERTAD SOBRE IGUALDAD (*Anarquía, Estado y Utopía*, 1974)



### --BASE DE SU TEORÍA

1) La desigualdad económica, como resultado de los intercambios no forzados entre individuos libres es inobjetable moralmente

por tanto

resulta injusto redistribuir por la fuerza la riqueza adquirida de ese modo

2) El Estado debería limitarse a suministrar los bienes públicos que hacen posible el libre mercado: el derecho, los jueces, la policía, el ejército y el mínimo de instituciones políticas y administrativas imprescindible para gestionarlos.

. La educación, la asistencia sanitaria, las carreteras, la limpieza de las calles, el mantenimiento de los parques y jardines, las bibliotecas públicas y cualquier otro bien público que exceda del Estado mínimo debe ser provisto por el mercado, no por el Estado.

3) Cuando el Estado adopta medidas redistributivas de la riqueza, atenta contra la dignidad de los contribuyentes, pues se sirve de ellos como de meros medios para lograr el bienestar de otras personas (el usar a otros sólo como medio es inmoral, como afirmaba Kant).

. El respeto hacia el derecho de propiedad implica que ayudar a los más necesitados consiste en dejar esa tarea en manos de la libertad individual, es decir, la caridad ejercida voluntariamente por los más ricos.

Nozick, partiendo de la teoría del contrato social de Locke, sustituye el expediente teórico del contrato social por un mecanismo de “mano invisible”:

. El Estado se aplica y se justifica no como resultado de un acto deliberado de decisión colectiva, sino como el resultado no intentado de un conjunto de transacciones privadas que no vulneran los derechos individuales establecidos por la ley natural lockeana.

. La libertad y la igualdad no son compatibles ya que los intentos de mantener una libertad igual obligaría a constantes interferencias en la libertad.

--EJEMPLO: supongamos que todos al iniciar el año tenemos la misma suma de dinero. Visto que todos haremos intercambios, esas transacciones modificarán la igualdad inicial de riqueza. Eso es lo que puede suceder si un famoso jugador de

baloncesto, Wilt Chamberlain en el ejemplo de Nozick, cobra a cada espectador una cuantía por asistir al partido. Imaginemos que con cada entrada se cobra un euro más a cada espectador que, voluntariamente, lo dá para que vaya a parar a una caja exclusiva de Chamberlain. Los espectadores, admiradores de Chamberlain, dan y pagan con gusto ese euro más para ver Chamberlain jugar. Al final, el deportista tendrá mucho más dinero que el resto.



Las personas están entusiasmadas viéndolo jugar; para ellos vale el precio total de la entrada. Supongamos que en una temporada, un millón de personas asisten a los juegos del equipo local y que Wilt Chamberlain termina con un millón de Euros... ¿es injusta esta nueva distribución D2? Si es así, ¿por qué? (...) cada una de estas personas decidió dar 1 Euro de su dinero a Chamberlain. Pudieron haberlo gastado yendo al cine. Pero todas ellas, al menos un millón de ellas, convinieron en dárselo a Chamberlain a cambio de jugar al baloncesto.

Según Nozick, dado que las transacciones no han sido coaccionadas (nadie fue obligado a asistir al partido y pagar la entrada) el resultado de las mismas tiene que ser justo. Pero este resultado justo da lugar a una redistribución desigual de la riqueza. Si queremos restablecer la igualdad inicial tendremos que interferir en la libertad de las personas.

--EL PROCESO DE FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO MÍNIMO puede describirse en CUATRO ETAPAS:

1) situados en una situación de anarquía lockeana, algunos individuos, haciendo uso de sus derechos naturales, forman asociaciones de mutua protección y confían sus derechos a agencias de protección para que les defiendan sus derechos básicos: vida, libertad y propiedad

2) la existencia de una agencia de protección estimula la aparición de otras hasta que surge una red de agencias que disputan el mercado del bien "servicios de protección". Es previsible que, con el tiempo, y en virtud de las fuerzas del mercado, surja por selección competitiva una "agencia de protección dominante" en un territorio.

--Esta agencia, a primera vista, no es un Estado. Para que fuese tal tendría que:

a) monopolizar el uso de la fuerza dentro del territorio – y parece que la agencia dominante no puede hacer tal cosa, porque no puede prohibir a los independientes, que no contrataran sus servicios, hacer uso del derecho natural a ejecutar la ley natural cuando consideren que han sido violados sus derechos

b) universalizar los servicios de protección dentro del territorio – cosa que tampoco puede hacer porque extender sus servicios de protección a los

independientes sería transferir indebidamente fondos de los clientes (que sí han pagado por ellos) a los independientes (que ni han pagado ni desean hacerlo).

. La agencia dominante es un Estado ultra-mínimo, es decir, que detenta el monopolio de la fuerza en un territorio dado que debe actuar así para proteger a sus clientes. Por ello, un Estado ultra-mínimo debe ser (transformarse en) un Estado mínimo, universalizando los servicios de protección.

3) solamente la agencia dominante, desde su posición precisamente dominante, puede prohibir de forma efectiva a los independientes el uso de la fuerza. Es decir, detenta el monopolio de la fuerza, sino “de iure” sí al menos “de facto”. Consigue el cuasi-monopolio de la fuerza, protegiendo solamente a sus asociados, es decir, a los que han pagado una cuota por su protección. En otras palabras, la agencia dominante es un Estado ultramínimo

4) pero la prohibición de una actividad legítima debe ir acompañada de una compensación. Y la única forma de compensación adecuada es la de extender a los afectados (los independientes) la protección. En otras palabras, la agencia dominante puede monopolizar la fuerza (ser un Estado ultramínimo) si universaliza los servicios de protección (es decir, si se convierte en un Estado mínimo). Es decir, el Estado ultramínimo pasa a garantizar los derechos básicos de todos, inclusive de los que no pagan las cuotas, por motivo de seguridad general. Este es el Estado mínimo.

. Solamente un Estado mínimo es legítimo: cualquier Estado más amplio –por ejemplo, uno que asuma funciones redistributivas por considerarlas de justicia social– es ilegítimo porque viola los derechos individuales naturales.

. Aquellos que defienden las teorías modelo de la justicia entienden la justicia social como si se tratase de cómo se reparte la riqueza global. Esto, según Nozick, resulta equivocado porque nadie tiene derecho a tratar la riqueza global como si fuese una gran tarta que se tiene que repartir. Ello obedece a que la riqueza no cae del cielo sino que es el resultado del esfuerzo de los individuos.



. Las personas tienen unos derechos básicos: la propia propiedad de uno mismo (*self-ownership*), libertad y propiedad. La propiedad de cada uno sobre sí mismo significa que tengo un derecho exclusivo sobre mi persona y sobre los resultados de mis actividades.

## PERO

-¿de qué nos sirve la libertad más que a la hora de elegir debajo de qué puente vivir?  
La libertad no tiene sentido si no existe un Estado que garantice al menos un marco mínimo en el que los individuos puedan ejercerla.

Nozick considera que la libertad e igualdad no son compatibles ya que los intentos

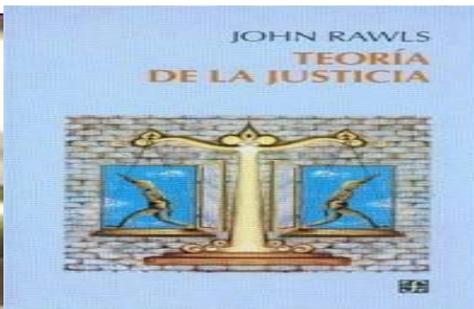
de mantener una libertad igual, obligará a constantes interferencias en la libertad<sup>18</sup>. Subraya Nozick que la interferencia continua con la libertad, se produce siempre que tratamos de aplicar modelos pautados de justicia.

Su intento es mostrar que, si admitimos la existencia de derechos naturales al estilo de los de Locke, entonces el Estado (a decir verdad, no cualquier forma de Estado sino un Estado mínimo lockeano, limitado a las estrechas funciones de control y seguridad del tráfico social) es justificable porque podría surgir como resultado –no pretendido pero legítimo- de un conjunto de actividades de los individuos llevadas a cabo sin invadir los derechos individuales de los demás.

## 2- JHON RAWLS: LIBERTAD E IGUALDAD

-Levanta el complejo edificio de su teoría de la justicia con el fin de defender una concepción de justicia que, asumiendo el riesgo de simplificar, podríamos caracterizar como social-democrática o liberal-igualitaria.

- Su propósito es el de justificar unos principios de justicia que puedan servir para establecer cuándo ciertas normas e instituciones sociales puedan considerarse justas o injustas.



Con el fin de justificar esa concepción, en su obra *Teoría de la Justicia* (1971), Rawls recurre a la **ESTRATEGIA DE CONCEPTOS DEL CONTRACTUALISMO**: Pide que, en una especie de experimento mental, imaginemos una situación apropiada para la elección de principios de justicia, la que denomina “posición original”. A partir de la idea del contrato social de Rousseau, de J. Locke y de I. Kant, trata de crear una situación hipotética, un equivalente al estado de naturaleza – la posición original – que permita establecer por consenso los principios de justicia. Quien formula esos principios no es un observador, sino una serie de agentes racionales situados en una posición especial “People original Position”(PoPs). Es una reunión imaginaria de seres racionales y auto-interesados, que sean libres para decidir e iguales.

- Para asegurar la vigencia de esas reglas, introduce el concepto del “VELO DE LA IGNORANCIA”:

- supone que el pueblo en la posición original se encuentra privado de ciertos conocimientos. Así, deben ignorar: el lugar que ocupan en la sociedad, su posición de clase o *status* social, su suerte en la distribución de dotes naturales (inteligencia,

<sup>18</sup> Vid. NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F:C.E., 1988.

fuerza física), los rasgos especiales de su psicología (pesimismo, optimismo), las condiciones especiales de su propia sociedad, situación económica (si son ricos o pobres), política, nivel cultural (formados o analfabetos), a qué generación pertenecen, etc. Son individuos movidos por razones de auto-interés, PERO que se encuentran en situaciones de completa ignorancia acerca de los datos particulares.

- Y que poseen otros conocimientos: Saben que tienen un plan de vida, pero no saben cuál. Deben saber que su sociedad está sujeta a condiciones de justicia, es decir, a una serie de factores objetivos y subjetivos que hacen que la cooperación humana sea necesaria y posible.

a)-Las condiciones objetivas viene dadas por el hecho de que una pluralidad de personas debe coexistir en un territorio geográficamente limitado, y donde los recursos naturales no son tan abundantes como para hacer superflua la cooperación, ni las condiciones son tan terribles como para hacerla infecunda.

b)-Las condiciones subjetivas consisten en que tales personas son aproximadamente similares en capacidad física y mental, son vulnerables a los ataques de los demás, y sus planes de vida pueden ser bloqueados por la fuerza. Deben conocer los hechos generales acerca de la sociedad humana, los principios de economía política, las bases de la organización social, las leyes de la psicología humana y todos los hechos generales que afectan a la elección.

-lo cual asegura la existencia de condiciones de imparcialidad y de universalidad que permitan llegar a un consenso en la determinación de los principios de justicia.

Por medio de un hipotético contrato se establecerán los principios que regirán la vida social a través de un método que es justo por sí mismo, ya que ha sido aceptado por todos en situación de igualdad al desconocer cada uno las situaciones futuras en que podrían encontrarse, por lo que “a priori” se excluye cualquier tipo de interés persona. Y a esto lo llama Rawls “*Justicia como imparcialidad*”.

-Los participantes en la “posición original”:

- Saben que hay ciertos “bienes primarios”, es decir, ciertos bienes que los hombres racionales quieren independientemente de cuál sea su plan de vida, tales como: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingreso e riqueza.

- Los participantes en la posición original se comprometen a atenerse a los principios que allí elijan, una vez que vuelvan a la vida cotidiana y que se levante el velo de la ignorancia.

-Y que esos principios deben cumplir ciertas condiciones formales: deben ser generales (no usar nombres propios), universales (aplicables a todas las personas morales), públicos (conocidos por todos), completos (capaces de establecer un orden entre cualquiera de las pretensiones) y finales (los principios elegidos son los últimos tribunales de apelación en cualquier controversia).

--EL VELO DE LA IGNORANCIA:

Ha sido objeto de numerosas críticas, PERO en su defensa puede argumentarse que asegura una elección unánime y fuerza a las partes a elegir sobre las bases de intereses

generales: cada uno tiene que elegir principios de justicia atendiendo a sus propios intereses, pero como desconoce estos, se orientará por los generales. (se articula la noción de Rousseau de “voluntad general”, así como el principio de universalización que forma parte del imperativo categórico kantiano).

- Una vez estipuladas las condiciones de la posición original
- se inicia el juego como si se tratara de un “juego de transacciones” (*bargaining game*)
- en el que cada participante va proponiendo por turno (teniendo en cuenta solamente su auto-interés) un cierto principio para ser sometido al voto de los demás.
- PoPs deben jugar hasta llegar a la formulación de los principios de justicia.
- Se trata de un juego:
  - de nº jugadores (indeterminado)
  - de suma 0, en el cual lo que unos ganan lo pierden otros
  - es cooperativo (no-competitivo), prefieren un acuerdo a vivir en el estado de naturaleza.
  - tienen plena libertad para llegar a acuerdos entre ellos.
  - no existe limitación en el tiempo (tendrá ventaja el último jugador) y el juego termina cuando se llega a un consenso acerca de los principios básicos que han de regir los PoPs.

#### **--EL CONSENSO SE CONSIGUE SOBRE DOS PRINCIPIOS:**

**-PRIMER PRINCIPIO:** Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto) compatible con un sistema similar de libertad para todos, es decir, se prescriben libertades iguales para todos. ES EL PRINCIPIO DE LIBERTAD.

**-SEGUNDO PRINCIPIO:** ES EL PRINCIPIO DE LA DIFERENCIA. Las desigualdades sociales y económicas deben estar dispuestas de modo tal que satisfagan estas dos condiciones:

a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado “principio de diferencia”), es decir, que estén articulados de tal modo que redunden en beneficio de los menos favorecidos;. Se trata de defender el “mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia);

b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades, es decir, que deriven de posiciones y cargos que sean accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades. Es decir, defiende el acceso universal a los cargos y las funciones, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

--Es decir, RAWLS PREFIERE:

. una situación con desigualdades PERO con mayor rendimiento A una situación de absoluta igualdad socioeconómica pero con menos bienes a repartir.

- Acepta individuos mejores si se ha respetado el principio de igualdad de oportunidades.

- La diferencia de ganancias entre diferentes personas está justificada siempre que esta diferencia repercuta en mejoras de diversos tipos para las personas peor situadas en la sociedad (becas de estudio, servicios sociales, ayudas a la tercera edad).

-El primer principio, el de la libertad, tiene prioridad sobre el segundo, el que se refiere a la igualdad, ya que solamente cuando el primero está satisfecho podemos aplicar el segundo.

### CRITERIO MAXIMAX Y MAXIMIN

✦ REGLA MAXIMAX: Un individuo ha de elegir aquella alternativa que presenta (dentro de las opciones) la expectativa de ganancia más elevada;

✦ REGLA MAXIMIN: escogerá la alternativa que represente la menor pérdida posible en el evento de no obtener el mejor resultado.

-Rawls entiende que por parte de los jugadores PoPs se adopta una determinada regla: procurar obtener lo mejor en la peor situación posible, la REGLA MAXIMIN:

es la regla que ordena elegir aquella alternativa cuyos peores resultados sean mejores que los peores de los demás, es el *maximum minimorum*, elegir lo mejor, o, dicho de otra forma, el máximo de los mínimos. Asegura, pues, el mínimo, que es muy superior al mínimo de otras alternativas.

--Supongamos que hay que elegir entre tres posibles decisiones. A su vez, cada decisión contempla las circunstancias o situación de tres sujetos o grupos: D1: -7, 8 y 12; d2: -8, 7 y 14; D3: 5, 6 y 8. Si aplicáramos la regla *maximin*, ¿Por qué decisión habría que optar, la D1, la D2 o la D3?

	Circunstancias		
D1	-7	8	12
D2	-8	7	14
D3	5	6	8

Elegiría la distribución que le diese la mayor cantidad de bienes primarios posible si hubiera sido perjudicado por la lotería de los talentos al nacer.

-EJEMPLO: bajo un principio utilitarista puede ser catastrófica, pues este tipo de principios admite el sacrificio de algunas personas si esto es necesario y efectivo para obtener un beneficio mayor para el conjunto de la sociedad.

#### SIN EMBARGO

la prioridad de la libertad garantiza que nadie pueda ser privado de sus derechos básicos, en aras de un supuesto beneficio colectivo.

-EJEMPLO 1: supongamos que las opciones de Juliana son dos:

- 1) o ser jugadora de cartas
- 2) o ser funcionaria en la Administración de Justicia



- 1) Supongamos también que como jugadora de cartas tiene, a su vez, dos resultados básicos:
  - a. Si las cosas le van bien, puede ganar un millón de euros al año;
  - b. Si las cosas le van mal, puede no ganar nada e inclusive perder.
- 2) Si fuera funcionaria tiene, a su vez, dos resultados básicos:
  - a. Si las cosas le van bien, puede ganar 60.000 euros al año.
  - b. Si las cosas le van mal, puede ganar 25.000 euros al año.

Si Juliana elige de acuerdo a la regla *maximin*, elegirá el mejor de los peores resultados. Entre las dos alternativas, jugadora de cartas o funcionaria, esta última tiene el mejor de los peores resultados, es decir, 25.000 euros frente a no ganar nada o inclusive, frente a perder.

-Tanto los liberales igualitarios como los más conservadores coinciden en reconocer como obvia la existencia de esta “LOTERIA DE LA NATURALEZA”. Disienten, en cambio, a la hora de considerar el modo en que una sociedad justa debe responder ante tales circunstancias:



- a) Para los libertarios, no corresponde intervenir a la sociedad para intentar remediar o suprimir circunstancias como las mencionadas.
- b) Los igualitaristas consideran obvio que las arbitrariedades morales no son justas o injustas en sí mismas; lo que es justo o injusto es el modo en que el

sistema constitucional procesa estos hechos de la naturaleza”, diferenciando claramente entre hechos circunstanciales y hechos de los que somos responsables.

--¿QUÉ TIPO DE ESTADO CONVIENE?

1)-LIBERALES: Un Estado mínimo dedicado exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, o a respaldar el cumplimiento de los contratos celebrados entre tales individuos.

Según Nozick, las personas son naturalmente diferentes entre sí, por lo que cualquier actividad orientada a igualarles termina frustrándose. La libertad, afirma, quiebra cualquier pauta igualitaria.

2)- IGUALITARISTAS: una sociedad justa necesita de un Estado activista, un Estado cuyas instituciones fundamentales deban contribuir en la primordial tarea de igualar a las personas en sus circunstancias básicas. Exige una socialdemocracia con una redistribución constante de la riqueza. Desde el punto de vista de Rawls no resulta irracional (sino, por el contrario, justo) defender un sistema constitucional en el cual los que posean más talento pongan sus talentos al servicio de los menos talentosos. Basta recordar el principio de la diferencia conforme al cual las únicas desigualdades económicas que se justifican son aquellas destinadas a favorecer a los más desaventajados.

- Rawls imagina una SECUENCIA DE CUATRO ETAPAS EN LA DECISIÓN DE CUESTIONES DE JUSTICIA por parte de seres racionales:

1) FASE DE ELECCIÓN DE PRINCIPIOS: la elección de principios de justicia bajo un velo de ignorancia

2) FASE CONSTITUCIONAL: la estipulación de normas constitucionales para hacer valer el principio de igual libertad. Aquí la elección presupone el conocimiento de algunos hechos generales de la sociedad. La protección del principio de libertad tiene prioridad absoluta sobre el principio siguiente, el de igualdad.

3) FASE LEGISLATIVA: aquí se conocen ya todos los hechos generales y se establecen reglas legislativas para hacer efectivo el segundo principio

4) FASE JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA: la aplicación de reglas a casos particulares por parte de los jueces y administradores, requiriéndose el conocimiento pleno de todos los hechos generales y particulares. Cada etapa presupone así un levantamiento gradual del velo de la ignorancia.

--LAS CRÍTICAS que se han vertido con respecto a esta teoría de la justicia de Rawls han sido variadas:

a) resulta difícil saber quién integra el comité de PoPs, ya que excluye animales, niños y seres posibles, personas no existentes, al pedir cierto nivel de racionalidad, lo cual crea problemas con la justicia entre generaciones

b) el espesor del velo de la ignorancia, ya que no es fácil determinar los conocimientos que se han de tener y cuáles se deben de ignorar, quién está situado en la posición original. Es difícil que puedan saber cosas si se ignora la que generación a la que pertenecen o cuál es el tipo de cultura;

d) aceptar la regla maximin presupone una actitud psicológica del PoPs de poca tendencia al riesgo

e) no toma en consideración el conflicto social.

f) Se acusa a Rawls de eludir la cuestión de la producción de bienes (como si las cosas cayeran como maná del cielo), sin tomar en consideración, en consecuencia, que los bienes materiales ya vienen al mundo como propiedad de alguien, gracias a ciertos títulos históricos que no se pueden ignorar sin violar los derechos fundamentales de la gente.

--VALORACIÓN:

Para algunos autores, los **presupuestos de la teoría de Rawls** son acertados. Sin embargo, continúa sin resolver el problema de las grandes desigualdades económicas y sociales. La dificultad en solucionarlo deriva del *conflicto entre el principio de la libertad y el principio de la igualdad*: Si se quiere asegurar plenamente la libertad (y, con ella, la propiedad privada que la garantiza), se generan profundas desigualdades; si se pretende asegurar por completo la igualdad, se tiene que limitar significativamente la libertad o, por lo menos, la propiedad privada. Rawls no pretende el igualitarismo total, reconoce que **un cierto grado de desigualdad es inevitable**, e incluso ve en él un sistema de incentivos para que los más capaces se perfeccionen y alcancen los más altos grados de cualificación.

## II- PARTE

### LA TEORÍA DE LA JUSTICIA Y SU APLICACIÓN AL MUNDO DIGITAL

#### 1-Introducción

La Inteligencia Artificial (en adelante, IA), término acuñado por J. McCarthy en 1956, para nombrar lo que antes se llamaba "simulación computerizada", hace pensar sobre si sus efectos beneficiosos consiguen primar sobre los riesgos, amenazas y males que también pueden desencadenar.

En la publicación de Cathy o Neil, *Armas de destrucción matemática: como el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia* (2018) ya se cuestionaba el rol que los sistemas de decisión automatizados representaban en el funcionamiento diario de la sociedad (compañías aseguradoras, concesiones crediticias, departamentos de empleo / contratación, Administración pública y políticas públicas, prevención y control del fraude, tratamiento de datos sanitarios) que acaban repercutiendo en la interpretación del riesgo y en la predicción-evaluación de daños a derechos fundamentales.

La discriminación y afectación de la igualdad constituye uno de los principales obstáculos en la consecución de la justicia, tanto en el **Derecho analógico como en el Derecho digital**. Toda población está caracterizada por algunos atributos sensibles como la raza, el género, las creencias religiosas, la orientación sexual, diferencias socioeconómicas y otras características con respecto a las que se puede desarrollar una

discriminación. La *fairness* de un algoritmo<sup>19</sup> es la propiedad de no discriminar respecto a estas características. Al igual que hay dificultades para alcanzar un consenso sobre qué sea la justicia, también las hay para definir un algoritmo equitativo, o una “equidad algorítmica”. Cuando el entrenamiento de aprendizaje automático incide y afecta a atributos sensibles relacionados con las personas, la consecución de una equidad e imparcialidad (decisión justa) resulta dificultosa. Y ello porque hay que atender a muchas variables. Basta tomar como referencia la **discriminación positiva** con respecto a mujeres, personas con discapacidad, personas mayores, que se aplica desde la teoría de los derechos, precisamente porque tratar a todos/as por igual, sin consideración de sus particulares características y méritos o necesidades, desembocaría en una decisión injusta. Esta misma consideración de atributos sensibles debe desarrollarse en la formulación de los algoritmos, en unos casos, para establecer tales discriminaciones positivas y, en otros, para eliminar diferencias.

## 2. LOS SEGOS ALGORÍTMICOS: PRIMERA AMENAZA A LA IGUALDAD



Comienzo subrayando la falta de una definición “jurídica” sobre qué sean los sesgos. Conviene partir de clarificar a qué se hace referencia con el término “sesgo” (*bias*) para después analizar de dónde derivan y qué tipos de sesgos algorítmicos existen. Un sesgo hace referencia a una inclinación o desviación hacia algo.

Son aquellas creencias inconscientes que todos tenemos sobre hombres y mujeres, basadas en los estereotipos socioculturales con los que nos hemos educado e interiorizado. Se trata, por tanto, de ideas, predilecciones o prejuicios inconscientes, que se activan la mayoría de las veces de forma automática, porque nuestro cerebro funciona a través de la minimización del esfuerzo cognitivo y los estereotipos permiten tomar decisiones de forma más rápida.

Los algoritmos de IA basados en datos no producen sesgos, pero sí pueden reproducirlos sin la adecuada intervención humana. La realidad es que los sesgos algorítmicos están presentes de distintas formas y en diversos momentos. Quienes no están versados en el tema, suelen culpar al propio sistema, como si hubiera ejecutado erróneamente el programa. **No se trata de que la IA cometa errores**, sino de que, o bien

---

<sup>19</sup> Para evitar malentendidos conceptuales, hago la advertencia preliminar de que “Justicia” y “equidad” (*fairness*) no son términos sinónimos

el diseño del programa no era el correcto; o bien la selección de los datos recopilados para entrenar al algoritmo haya sido incompleta; o incluso, porque la interpretación de los resultados ha sido equivocada. A este respecto, parecería lógico pensar que las IA no padecen algunos males típicamente humanos, como los prejuicios; y que no discriminan por la raza / nacionalidad / cultura, etc. Pero la realidad es un poco más compleja. El problema no son los prejuicios, sino los datos, como una mala selección de los datos usados para entrenar a la IA.

## 2.1. Algunos casos de discriminación algorítmica por parte del sector público

La aplicación de la IA a la Administración pública pone de manifiesto que, en algunos casos, hay un sesgo que la produce, se diferencia y discrimina:

Un ejemplo de discriminación buscada es lo que pretende el programa, como el **sistema del “social credits”**, un proyecto que ha lanzado **China** con el fin de delinear la reputación del “buen ciudadano” y cuyo objetivo es discriminar por clase (Fico, 2018). Según el comportamiento del “buen” ciudadano, va adquiriendo puntos para conseguir más facilidades en sus diversas actividades de relación con la Administración.

Otro caso de discriminación de ingresos se puede citar con respecto al programa **SyRI** que se utilizaba por el **Gobierno de los Países Bajos**. El denominado Sistema de Indicación de Riesgos (*Systeem Risico Indicatie*, SyRI) es un instrumento legal que el gobierno neerlandés utilizaba para prevenir y combatir el fraude. El sistema se basaba en la asignación del nivel de riesgo de que una determinada persona cometa fraude a los ingresos públicos, en función de una serie de parámetros analizados y relacionados entre sí. El Sistema se había configurado a partir de la denominada Ley de Organización de Implementación y Estructura de Ingresos (*Wet structuur uitvoeringsorganisatie en inkomen*, SUWI), cuyo artículo 65.2 permite la elaboración de informes de riesgos para evaluar el riesgo de que una persona física o jurídica haga un uso ilegal de fondos gubernamentales en el campo de la seguridad social y los esquemas relacionados con los ingresos públicos. SyRI se utilizaba en especial en barrios que el Ejecutivo considera problemáticos. Para calcular posibles irregularidades, los algoritmos enlazan todos los datos personales de sus residentes almacenados por instancias gubernamentales. Esos datos se comparan luego con el perfil de riesgo creado a partir de la información de otros ciudadanos que sí han delinquido. Observadas las similitudes, se confecciona una lista de nombres que las autoridades pueden conservar hasta dos años.

El Tribunal de Distrito de La Haya (Holanda) (de primera instancia) (*Rechtbank Den Haag*), en su Sentencia del 5 de febrero de 2020, estableció que el sistema algorítmico SyRI, que venía utilizando ese programa para evaluar el riesgo de fraude a la Seguridad Social o al Ministerio de Hacienda era contrario a la ley. Al dar como resultado un listado de nombres de potenciales sospechosos como “probables defraudadores”, el modelo de riesgo elaborado por SyRI desembocaba en una estigmatización y discriminación de la ciudadanía. Su implementación no presentaba garantías suficientes en cuanto a la proporcionalidad debida para evitar injerencia en la privacidad, tal y como establece el artículo 8 de Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En **España** hemos tenido el caso del bono social de electricidad. Se trata de un descuento en la factura eléctrica para los "consumidores vulnerables y con menor capacidad económica para afrontar los precios elevados". La aplicación del bono social

eléctrico dio lugar a numerosas quejas y reclamaciones porque el **programa BOSCO** que se utilizaba para la concesión, negaba la ayuda a algunas personas que sí tenían derecho a la misma. La norma establece tres vías de entrada para acceder al descuento: por rentas bajas, familias numerosas y beneficiarios de una pensión mínima de incapacidad o jubilación y que no cuenten con otros ingresos. Esta última vía deja fuera a otro tipo de pensionistas, como las viudas, y a aquellos pensionistas que reciban algún ingreso. En el caso de una viuda, la respuesta del programa BOSCO contiene dos afirmaciones: “no reúne los requisitos” e “imposibilidad de comprobar niveles de renta”. Las dos eran falsas: sí los reúne y sí se han comprobado los niveles de renta. La plataforma Civio, en septiembre de 2019, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la negativa del Consejo de Transparencia de obligar a hacer público el código del programa que decide quién resulta beneficiario del bono social eléctrico (Civio, 2019). Puede observarse que es frecuente la interrelación entre sesgo discriminatorio y falta de transparencia de cómo funciona el sistema -la dificultad de acceder al código fuente es también conocida en cuanto la legislación protege las patentes y propiedad intelectual-. Civio ha perdido la demanda y tuvo que abonar las costas del proceso judicial.

También **en el ámbito privado** se han utilizado aplicaciones de IA con sesgos. Basta recordar, en la Sentencia de 31 de diciembre de 2020, del Tribunal Ordinario de Bolonia (**Italia**) **sobre el caso Deliveroo**. La aplicación de la IA “Frank” realizaba la asignación de los encargos de pedidos gastronómicos. Se presentó una demanda por discriminación en los índices de fiabilidad y disponibilidad utilizados por el algoritmo (no tenía en cuenta razones de no disponibilidad) por lo que se penalizaba a los trabajadores en esa situación. Se dictaminó que había discriminación indirecta” inconsciencia y ceguera deliberada” de la empresa.

En los casos que afectan a la Administración pública, se debe ser especialmente vigilante con la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, de manera que los programas de IA que se elaboren y apliquen sean **comprensibles** (*explainable AI*) y consigan escapar a la **opacidad** de la autorreferencia; y que refuercen la transparencia y la **explicabilidad** (*explicability*); por último, la **supervisión humana final** permitirá ejercer el último control.

## 2.2. Los sesgos algorítmicos por razón de género. Algunos casos

El *machine learning* hace posibles todas las interacciones que tenemos con plataformas como Amazon, Facebook, Google y Netflix. La IA decide qué ofrecer mediante la personalización de los resultados. Redes sociales, plataformas de compra online, motores de búsqueda, chabots (texto) y asistentes de voz (audio), *software* de reconocimiento facial, son susceptibles de que se les hayan colado sesgos.

Actualmente, los sistemas de IA se utilizan en el ámbito laboral (para decidir a quién se contrata); sanitario (calidad del tratamiento médico); bancario (para decidir la concesión de un préstamo bancario); policial (en el sistema predictivo, para decidir si nos convertimos en sospechosos en una investigación policial). Investigadores en la materia han realizado diversas pruebas y ensayos, y han llegado a la conclusión de que queda probado que los algoritmos “tienen prejuicios”, entre ellos, los de género. Basta citar algunos casos y estudios que se han realizado para probar los sesgos sexistas, para lo que haré referencia a tres posibilidades de inclusión de sesgos: i) *Machine Learning*; ii) Sistemas de reconocimiento facial; iii) Chabots y asistentes de voz.

### 2.2.1. Datos sesgados y *machine learning*

Algunos programas de computación trabajan asociando una palabra con otra mediante vectores. Apoyándose en significados semánticos, se establecen analogías y conexiones entre términos en un contexto de *machine learning*.

Un **primer ejemplo** es el de **Google News**. Combinando sesgos de interacción, selección y presentación, el sistema de publicidad en línea de Google propone los trabajos mejor remunerados a los hombres. Por ejemplo, se puso a prueba un algoritmo:

El hombre es a un rey lo que la mujer es a “X” // X = reina (decía la máquina).

El hombre es a programador informático lo que la mujer es a “X” // X = ama de casa

Google News, en el extremo relacionado con *she* (ella) sitúa profesiones como ama de casa, recepcionista, bibliotecaria, peluquera, niñera, contable, etc; mientras que, en el lado más masculino, en el extremo de *he* (él) figuran términos como profesor, capitán, filósofo, financiero, locutor, mago, jefe, etc.



Los algoritmos de motores de búsqueda en internet han aprendido a asociar mujeres con imágenes de cocinas, basado en decenas de miles de fotografías de internet, porque aparecen más mujeres que hombres fotografiadas en cocinas en la Web.

Un **segundo caso es el del chabot “Tay.AI”**, lanzado por Microsoft en 2016. Se trataba de una inteligencia artificial que se suponía que debía aprender leyendo tuits e interactuando con otros usuarios de la plataforma Twitter. En su descripción decía: “Cuanto más hablas, Tay se vuelve más lista”. Pero con solo unas horas de funcionamiento, Tay empezó a tuitear textos de contenido sexista y racista, convirtiéndose en una máquina generadora de discursos de odio y de discriminación, y tuvo que ser desconectada por Microsoft. La compañía intentó excusarse en que se había producido un ataque informático, pero nunca se pudo demostrar.

Un **tercer caso**, fue el de la **IA que utilizaba Amazon**, en su proceso de contratación de trabajadores. En 2018 se conoció que la multinacional estadounidense había desechado su herramienta de IA con la que llevaba cuatro años seleccionando a los candidatos para sus puestos de trabajo porque era sexista. Los modelos informáticos de Amazon habían sido entrenados siguiendo los patrones observados en los *curricula*

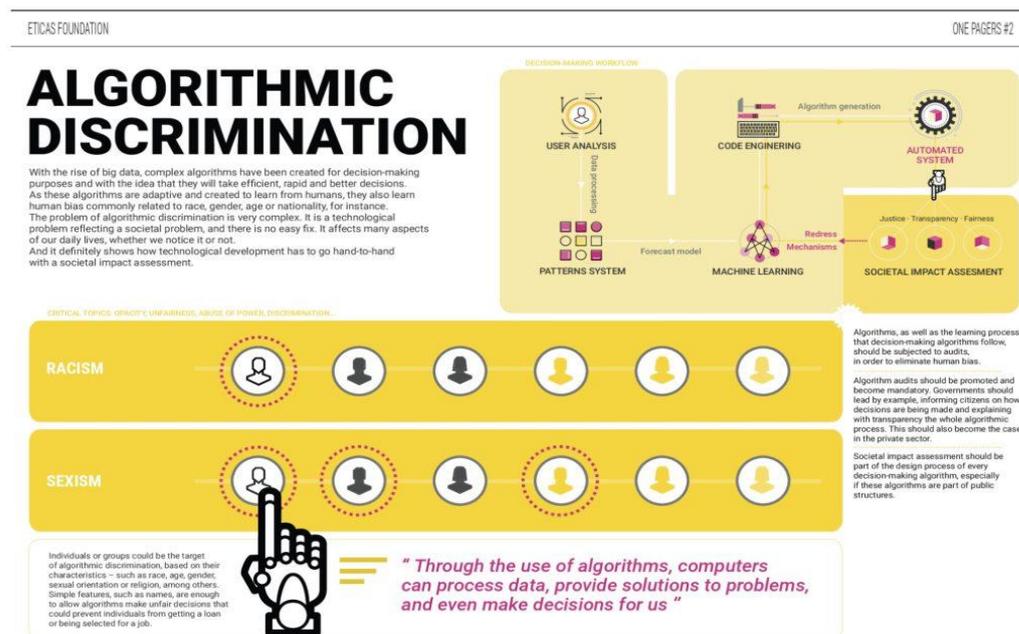
presentados a la empresa durante una década. Pero como el sector tecnológico está altamente masculinizado, la mayoría de los *curricula* que utilizaron para el aprendizaje del automatismo eran de hombres. "Incluso si le dices a los algoritmos de IA que no miren el género, ellos encontrarán otras formas para averiguarlo". El algoritmo de Amazon penalizaba los *curricula* que incluían palabras relativas al género femenino. Aunque no se indicara el sexo en la solicitud, el indicar "campeona de ajedrez en el año x" bastaba para detectar el género (Baeza Yates / Peiró, 2019). Cuando se analizan los riesgos de que la IA genere discriminación, se suele poner el foco en el problema de las "cajas negras" de los algoritmos, como el caso de Amazon citado.

Posiblemente, en todos estos casos, el problema deriva de la fase de entrenamiento de los algoritmos, es decir, que los datos de los que ha aprendido sean el origen y casusa de esos sesgos de género. Los algoritmos de *machine learning* no están sesgados desde su origen, sino que aprenden a ser parciales.

## 2.2.2. Sistemas de reconocimiento facial

En una cultura de la imagen, los softwares de reconocimiento facial usan bases de datos con etiquetas para identificar el color de la piel, la forma del rostro, el grosor y color del pelo, entre otras características faciales, con distintos objetivos tales como desde diagnósticos y tratamientos médicos, hasta desbloqueo de dispositivos móviles y cajeros automáticos. Los bancos de imágenes ofrecen, mayoritariamente, imágenes que reflejan la cultura occidental (y, más concretamente, la anglosajona).

Junto al género, el **sesgo racial** también se ha puesto de manifiesto en numerosos software. La mayoría tienen problemas al identificar a personas no caucásicas. Los sesgos están en los datos, en la cantidad de personas con piel clara u oscura que están en las bases de datos que se utilizan para crear los modelos. La pregunta clave es cómo de certera es esta tecnología actualmente, teniendo en cuenta que se le da uso en sistemas de vigilancia, en reconocimiento de personas inmigrantes que buscan cruzar una frontera o incluso para hacer entrevistas de trabajo y analizar diferentes rasgos de una persona.



### 2.2.3. Chabots y asistentes de voz

El sexismo también está presente en los chabots y en algunos asistentes de voz que reproducen estereotipos de sumisión y servilismo femeninos. Asimismo, la preferencia de voces femeninas para asistentes digitales puede derivarse de las normas sociales de las mujeres como cuidadoras y otros sesgos de género socialmente construidos que anteceden a la era digital.

Un buen ejemplo de ello es el Informe de la UNESCO, de 2020, titulado *I'd Blush If I Could. Closin gender divides in digital skills trough education* ("**Me sonrojaría si pudiera**") que deriva su título de la respuesta dada por Siri cuando un usuario le dice: "¡Eres una zorra!". El Informe analiza cómo los asistentes de voz de IA, Alexa de Amazon, Siri de Apple y Cortana de Microsoft, que usan las voces de mujeres jóvenes, propagan los prejuicios de género. Incluso el asistente virtual en el smarthphone y dispositivos de casa sólo tienen voz femenina, al menos en español. Ello viene a reforzar el papel de "asistencia" que se atribuye al género femenino, a la vez que sus respuestas a mensajes abusivos son tibias en lugar de cortantes, lo que consolida la imagen de subordinación de la mujer- como se refleja en la "Entrevista con el robot Sophia", de Hanson Robotics.

La "**Carta de derechos digitales**" (que no es de imperativo legal sino una Estrategia a desarrollar), fue adoptada en julio de 2021 por el Gobierno de España. contempla los "Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías" (es decir, los neuroderechos, a los que se hará referencia en la tercera amenaza -a la libertad-).

En el Capítulo XXV, titulado "Derechos ante la inteligencia artificial", se establece con respecto a los sistemas de inteligencia artificial:

- en el apartado a) preceptúa el **derecho a la no discriminación**: "Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia Artificial".
- en el apartado b: "Se establecerán condiciones de **transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza**. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible".
- Y se completa con lo establecido en el apartado tercero, según el cual "Las personas tienen derecho a solicitar una **supervisión e intervención humana** y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial".

## 3. SEGUNDA AMENAZA: A LA VERDAD. LA POSTVERDAD

La **verdad** y la mentira han sido temas recurrentes a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Los sofistas, en la Grecia clásica, presentaban discursos de una oratoria brillante, de una impecable presentación, transmitidos con tal convencimiento que cautivaban al auditorio. Sócrates, a diferencia de los sofistas, advertía que, tras esos discursos ampulosos, no había una preocupación por la búsqueda de la verdad. No interesaba si aquello que se decía y de lo que se intentaba convencer, era verdadero o era falso. De una frase de Aristóteles como "Decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es

verdadero” se ha derivado a rebautizar las mentiras como “verdades alternativas”, lo que ya permite intuir con qué construcciones y narrativas bien estudiadas, se pretende presentar la verdad, a modo de una ilusión ideológica, como una ficción moralista, como un instrumento de dominación. El antídoto más eficaz contra la mentira y la falsedad es la verdad.

Vivimos en la época de la “**servidumbre voluntaria**”: “Utilizamos los servicios de empresas tecnológicas como *Google* o *Facebook*, creyendo en la falacia de que se trata de servicios gratuitos, desconociendo consciente o inconscientemente de que estas compañías se cobran accediendo a nuestra intimidad, que es lo más valioso que tenemos, de tal forma que saben todo de nosotros mismos y venden dicha información al resto del mundo para lucrarse”. Por comodidad, estamos dispuestos a ofrecer nuestra intimidad, viviendo un “momento de esclavitud voluntaria”.

Las nuevas tecnologías han aportado nuevos instrumentos para transmitir noticias, además de que favorecen la instantaneidad y la difusión inmediata de la misma. La velocidad, por un lado, y la universalidad por otro, son factores que facilitan su difusión amparándose en el anonimato y la fuente oculta. Si a ello se añade que el consumidor no está preparado para distinguir si la fuente es o no fiable, y que la presentación del mensaje se sabe que debe ser breve -porque si fuera largo se tiende a rechazarlo-, el consumidor queda desarmado ante tal avalancha de datos. La manera en que accedemos a la información ha cambiado sustancialmente.

Las noticias falsas, bulos, información tergiversada (las denominadas *fake news*), que, de forma deliberada inducen a error con la intención de manipular a la opinión pública, acaban formando un conglomerado con la información verdadera, provocando en el ciudadano-consumidor, no sólo una perplejidad ante la difusión viral de noticias falsas sino llevándole a adoptar actuaciones equivocadas a partir de esa alteración de la verdad que da por buena, porque parte de desinformaciones.

El derecho a “comunicar o recibir libremente *información veraz*” sin que “pueda restringirse mediante ningún tipo de censura previa” es un derecho constitucional establecido en el artículo 20 de la Carta Magna. El Diccionario de Oxford eligió la **postverdad** como palabra del año, en 2016, y la define como el fenómeno que se produce cuando “los hechos objetivos tienen menos influencia en definir la opinión pública que los que apelan a la emoción y a las creencias personales”. Relativismo y postverdad son grandes enemigos de la verdad y la transparencia, y que afectan, de manera silenciosa, a derechos y libertades fundamentales, pilares básicos de toda democracia.

Por último, cada vez se percibe una presencia más amplia de los **algoritmos en el desarrollo de la política**: para detectar las preferencias de los votantes (y canalizarlas oportunamente hacia determinados candidatos), para organizar partidos políticos que estén dirigidos por una IA y, principalmente y de manera más realista, para ayudar en las tareas de elaboración de leyes, de predicción estadística del porcentaje de aceptación o rechazo de una norma, etc.

#### **4. TERCERA AMENAZA. A LA LIBERTAD (Y A LA IGUALDAD). LOS NEURODERECHOS**

Los denominados “neuroderechos” han abierto un campo especialmente sensible al peligro de la discriminación. Basta pensar en la actual reivindicación del acceso equitativo a la mejora de la capacidad cognitiva como un nuevo derecho. Es una problemática que afecta a las actuales democracias y que constituye un desafío para las investigaciones actuales, algunas muy volcadas en el diseño de un posthumanismo o de un transhumanismo.

### 3.1. Orígenes de los neuroderechos

En la década de 1990, Sherrod Taylor trabajó en la creciente área de colaboración entre neuropsicólogos y abogados en el sistema de justicia penal, ámbito en el que se encuentran numerosos estudios al respecto. Basta recordar las investigaciones sobre el “detector de mentiras”, el uso de psicofármacos, y otros experimentos que relacionaban a los impulsos del cerebro con las reacciones imperceptibles al ojo humano, todo ello en aras de obtener una confesión del presunto culpable y averiguar la “verdad”. Posteriormente, el ámbito del neuroderecho se amplió para abarcar toda el área de intersección entre la neurociencia y el Derecho.

El proyecto BRAIN Initiative (*Brain Research Through Advancing Innovative Neurotechnologies*), fue una de las apuestas de exPresidente Barack Obama en 2013, con la finalidad de encontrar una herramienta que ayudara a entender el cerebro y comprender cómo pensamos y cómo recordamos. Pretende crear un simulador del cerebro humano con la ayuda de una supercomputadora.

Entre sus fines se encuentra la lectura y desciframiento de la actividad cerebral; la protección de la actividad y los datos del cerebro; la posibilidad y, a la vez, peligro de manipular el cerebro (redes neuronales conectadas entre sí): percepción, memoria, pensamientos, emociones, personalidad, amor. Sus aplicaciones científicas son lo primordial: cura de enfermedades neurológicas; conversaciones mentales, con traducción simultánea; nueva revolución económica de tecnología digital basada en interfaces cerebro-computadora.

Se proponen **cinco neuroderechos**:

**i-derecho a la privacidad mental:** derecho a proteger lo que pensamos y sentimos. Lo más privado e íntimo que tienen los seres humanos, es lo que está en sus cerebros. La ciencia, mediante herramientas tecnológicas, está a punto de llegar a conocer lo que las personas piensan o sienten y eventualmente analizarlo y modificarlo .

**ii-libertad cognitiva** (derecho a la agencia -libre albedrío) va de la mano con la autodeterminación mental.

**iii-derecho a la identidad, a la integridad mental:** Este derecho hace referencia a que los dispositivos o herramientas no generen ningún daño al cerebro o a la actividad cerebral y que no exista ninguna modificación no autorizada expresamente.

**iv-derecho de acceso equitativo a la mejora cognitiva:** La mejora de las capacidades cognitivas deberá estar al alcance de todos. Se defiende un derecho a que dichas tecnologías se empleen de manera justa y equitativa.

**v-derecho a la protección contra los sesgos:** No se podrá discriminar a las personas en función de los datos obtenidos por medio de la neurotecnología.

Tales neuroderechos vienen acompañados de debate no sólo en cuanto a su contenido sino en cuanto a su oportunidad y conveniencia. ¿Hay necesidad de crear nuevos derechos humanos o de cautelar nuevas amenazas a viejos derechos?



#### 4.2. El debate sobre el acceso equitativo a la mejora cognitiva

Si bien el objetivo tradicional de la medicina es tratar la enfermedad para cuya corrección se utilizan desde fármacos a otros tratamientos, lo que aquí se plantea es que tales compuestos (desde fármacos a tratamientos más invasivos) se apliquen para mejorar el funcionamiento cognitivo normal.

Las **experiencias y proyectos** en marcha para lograr tal mejora cognitiva es una realidad:

- La agencia de investigación del ejército de Estados Unidos -DARPA- financió un aparato que podría crear soldados con supercapacidades, al estimular hasta 100.000 neuronas;
- las compañías tecnológicas trabajan en el nuevo Iphone que será una interfaz cerebro-computadora no invasiva;
- Facebook* ha invertido unos mil millones de dólares en una compañía que comunica el cerebro con los ordenadores;
- Microsoft*, la misma cantidad en la iniciativa de inteligencia artificial de Elon Musk, que pretende ayudar a pacientes con parálisis o extremidades amputadas a controlar su expresión y movimiento o a ver y oír solo con el cerebro.

El objetivo final de todos estos proyectos es el de conectarnos directamente con las máquinas para mejorarnos con inteligencia artificial, lo que se denomina la

'neuroaumentación' o "Inteligencia Aumentada". No se propone replicar o sustituir la inteligencia humana sino integrarla y potenciarla mediante la inserción en el cerebro de instrumentos específicos de hardware y software.

**-Argumentos a favor de la mejora cognitiva:**

- i) *Naturalidad*: es normal valorar el esfuerzo. Un reflejo de ello es que la educación tiene como objetivo mejorar cognitivamente a los estudiantes. Los defensores de la neuromejora argumentan que no existe una diferencia de principio entre las mejoras que realizamos de forma rutinaria y la mejora mediante el uso de drogas u otras neurotecnologías;
- ii) *Libertad cognitiva*: es la libertad de determinar por nosotros mismos qué hacer con nuestras mentes y con ellas, incluida la mejora cognitiva, si así lo elegimos;
- iii) *Argumentos utilitarios*: los efectos positivos de la mejora y argumentan que los beneficios superan los costos;

**-Argumentos en contra de la mejora cognitiva:**

- i) *Daños*: las intervenciones cerebrales conllevan el riesgo de daño (habría que determinar el umbral de riesgo/beneficio);
- ii) *Antinaturalidad*: el uso de drogas o tecnologías para mejorar nuestras capacidades es antinatural, y la implicación es que antinatural implica inmoral. Manipular nuestra maquinaria cognitiva equivale a jugar con las capacidades "otorgadas por Dios", y usurpar el papel de Dios como creador, lo que acaba interpretándose como una transgresión religioso-moral;
- iii) *Disminución de la agencia humana*: sugiere que el efecto de la mejora será disminuir la agencia humana al socavar la necesidad de un esfuerzo real y permitir el éxito con atajos moralmente sin sentido. La vida humana perderá el valor alcanzado por el proceso de luchar por una meta;
- iv) *Igualdad y justicia distributiva*: "¿quién se beneficia de los avances tecnológicos?" Cabe prever que aquellos que ya están lo suficientemente bien como para pagar las mejoras las usarán para aumentar su ventaja competitiva contra otros, dejando aún más atrás a quienes no pueden permitírselos;
- vi) *Coerción*: Por ejemplo, si el Estado decide ordenar una mejora, tratando sus efectos beneficiosos como un problema de salud pública, sería efectivamente coerción. Ahora bien, habría que distinguir si la coerción podría justificarse para mejorar, en lugar de para prevenir daños (basta pensar en la vacuna contra el Covid).

En definitiva, si técnicamente se pueden mejorar las capacidades cognitivas, hay personas dispuestas a pagar por ello, y podría redundar en un beneficio para la mejora de la especie humana y de la propia sociedad, ¿no hay obligación moral de hacerlo? O, por el contrario, ¿habría que evitar esa brecha "cognitiva" que se abriría entre quienes se lo pudieran permitir y aquéllos otros que no pudieran?

## CASO PARA DEBATIR

**Caso *Wisconsin v. Loomis* Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).**

El caso Loomis ha sido paradigmático ya que ha puesto de presente que las garantías del proceso penal y los derechos de los procesados podrían estar amenazados, por la utilización de los informes de nivel de riesgo derivados del algoritmo predictivo COMPAS.

El programa COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) se utiliza en la justicia penal de Estados Unidos. Se trata de una herramienta que pretende predecir el riesgo de reincidencia de un individuo sobre la base de un análisis complejo que implica el uso de la información obtenida de una encuesta-test que se realiza al acusado para valorar la peligrosidad de un recluso y su posibilidad de reincidencia orientando si conviene conceder o no la libertad provisional y fijar la fianza. El programa ha sido objeto de críticas a causa de las limitaciones de la metodología utilizada basada en un acercamiento puramente estadístico a los hechos que ha conducido a resultados erróneos, tanto porque se ha considerado que tiene sesgos racistas como porque no resulta fiable en cuanto a sus predicciones.

El algoritmo COMPAS fue desarrollado por la empresa privada Northpointe que lo describe como “un instrumento de evaluación de riesgo de cuarta generación, el cual permite el monitoreo de los individuos a lo largo del tiempo a partir de la información de factores de riesgo dinámicos, diseñados para ayudar en la intervención correccional con el fin de disminuir la probabilidad de que los infractores reincidan”.

En la misma línea, “COMPAS tiene dos modelos principales de riesgo: riesgo de reincidencia general y riesgo de reincidencia violenta, así mismo este algoritmo cuenta con escalas que miden tanto el riesgo dinámico (factores criminógenos) como riesgo estático (factores históricos)”.

El mencionado algoritmo está siendo utilizado en el proceso penal para valorar el grado de riesgo de reincidencia del sujeto, “sobre la base de un análisis complejo que implica el uso de la información obtenida de una encuesta de 137 preguntas, dividida en varias secciones diferentes, así como de la información correspondiente a los antecedentes penales individuales”;<sup>16</sup> además se realiza una entrevista al procesado con el fin de obtener toda la información necesaria para realizar la ponderación y determinar un puntaje del nivel de riesgo de reincidencia. Ahora bien, después de realizada dicha evaluación y ponderación de factores, se obtiene un puntaje (score) dentro de una escala del 1 al 10, en la que 1 es el riesgo más bajo y 10 es el riesgo más alto.

La Guía del Usuario del COMPAS de 2015 realizada por Northpointe, determinó los tipos de escalas de cada nivel de riesgo:

Tipos y escalas principales del algoritmo Compas	
Escala	Tipo de escala
Riesgo de reincidencia violenta	1
Riesgo de reincidencia general	1
Riesgo de liberación previa al juicio	1
Participación criminal	1
Historial de incumplimiento	1
Historia de violencia	1
Violencia actual	1
Asociados criminales / compañeros	4
Abuso de sustancias	2
Problemas financieros / Pobreza	3
Problemas vocacionales / educativos	3

Tipos y escalas principales del algoritmo Compas	
Escala	Tipo de escala
Pensamiento criminal	3
Criminalidad familiar	3
Problemas del entorno social	3
Ocio y recreación	3
Inestabilidad residencial	3
Problemas de adaptación social	3
Fracaso de socialización	3
Oportunidad criminal	3
Personalidad criminal	3
Aislamiento social	3

GRÁFICO 1. Elaboración propia, información tomada de NORTHPOINTE, p. 8-9, (traducción libre).

Nombre de la escala	Tipo de pregunta	Tipo de respuesta
No comparecencia	¿Cuántas veces el individuo no se presentó a comparecer ante el tribunal?	___ 0
		___ 1
		___ 2
		___ 3
		___ 4
		___ 5+
Comportamiento cognitivo	¿Cuántos de sus amigos/conocidos consumen drogas con regularidad?	___ Ninguno
		___ Pocos
		___ La mitad
		___ La mayoría
Oportunidad criminal	¿Hay mucha delincuencia en su vecindario?	___ Sí
		___ No
Personalidad criminal	Me meto en problemas porque hago las cosas sin pensar	___ Muy en desacuerdo
		___ En desacuerdo
		___ No estoy seguro
		___ De acuerdo
		___ Muy de acuerdo
Pensamiento criminal	Algunas personas deben ser tratadas con rudeza o golpeadas solo para enviarles un mensaje claro	___ Muy en desacuerdo
		___ En desacuerdo
		___ No estoy seguro
		___ De acuerdo
		___ Muy de acuerdo
Delincuencia familiar	¿Fue arrestado alguna vez su padre (o figura paterna que lo crio principalmente)?	___ Sí
		___ No

No obstante, la guía carece de especificidad en cuanto a la descripción del funcionamiento del algoritmo, por lo cual el COMPAS se comporta como un algoritmo de caja negra, lo cual implica que su arquitectura no permite conocer su funcionamiento ni saber cómo influyen verdaderamente esas escalas en la determinación del nivel de riesgo de reincidencia, por tanto, puede afirmarse que hay opacidad en el algoritmo. El caso de *Wisconsin State vs Loomis* puede catalogarse como hito, ya que al parecer fue la primera vez que un tribunal se pronunció sobre la admisibilidad del uso de herramientas de IA dentro del proceso penal.

En este caso Loomis fue acusado por cinco delitos, ya que estuvo involucrado en un tiroteo, fue imputado por cargos de posesión de arma de fuego, posesión de un rifle de cañón corto, intento de huida de un agente de tráfico, peligro a la seguridad pública y conducción de un vehículo motorizado ajeno sin el consentimiento del propietario. El procesado no admitió su participación en el tiroteo, pero sí aceptó que condujo el vehículo y que intentó huir del oficial de tránsito; finalmente llegó a un acuerdo con la Fiscalía en donde solamente aceptó los cargos de puesta en peligro de la seguridad pública y conducción de un vehículo ajeno sin autorización.

Seguidamente la Fiscalía aportó un informe con el resultado del algoritmo COMPAS, en el que se estableció que el Señor Loomis presentaba un alto grado de riesgo de reincidencia. El juez de primera instancia teniendo en cuenta entre otros, el mencionado informe, impuso una pena de 6 años de prisión además de una pena de cinco años de libertad vigilada.

El abogado del Sr. Loomis apeló la decisión ante la Corte Suprema, alegando **tres razones** principales (y que fueron, una a una, desestimadas por la Corte):

(1) viola el derecho del acusado a ser sentenciado con base en **información precisa**, en parte debido a la naturaleza patentada de COMPAS, lo que impide evaluar su exactitud:

-Abogado: COMPAS, “al ser un instrumento patentado que cuenta con secreto comercial, no revela cómo se determinan las puntuaciones de riesgo o cómo se ponderan los factores. En ese sentido Loomis afirmó que no tuvo acceso a información que el Tribunal consideró al momento de dictar la sentencia”. La protección al derecho de empresa termina por impactar negativamente otros derechos y garantías del procesado, por lo cual, si la toma de decisiones judiciales fuese soportada entre otros, por algoritmos privados que el acusado no puede examinar o controvertir.

-La Corte respondió que, a pesar de que “el programa COMPAS no explica cómo usa la información para calcular los puntajes de riesgo, la Guía para profesionales de COMPAS de 2015 de Northpointe, explica que las puntuaciones se basan en gran medida en información estática (antecedentes penales), con un uso limitado de algunas variables dinámicas”.

(2) viola el derecho del acusado a una **sentencia individualizada**:

-Abogado: COMPAS vulnera el derecho a una sentencia individualizada, ya que el software trabaja con base en estadísticas grupales y datos grupales, que pueden identificar grupos de delincuentes de alto riesgo, no un individuo de alto riesgo en particular. No se trata de un caso de litigio colectivo sino individual.

-La Corte respondió que “las evaluaciones de riesgo son junto otros factores de apoyo útiles para proporcionar la mayor cantidad de información posible para llegar a una sentencia individualizada

y (3) utiliza indebidamente **evaluaciones de género** en las sentencias”:

-Abogado: El uso del software tomaba en cuenta el género, argumentando que el acusado no puede ser sentenciado basándose en su género; no se le puede prejuizar porque haya una estadística más alta de delincuentes masculinos que femeninos (los hombres obtenían en el programa un puntaje superior a las mujeres en cuanto a probabilidades volver a cometer un delito).

-La Corte sostuvo que es necesario considerar el género en una evaluación de riesgo para lograr precisión estadística, además, debido a que los hombres y las mujeres tienen diferentes tasas de reincidencia y diferente potencial de rehabilitación.

En definitiva, la Corte Suprema del Estado de Wisconsin no aceptó tales argumentos y sostuvo que COMPAS no violaba el derecho a un proceso justo ya que para valorar el riesgo de reincidencia se habían tenido también en cuenta otros factores independientes. Por tanto, COMPAS no fue determinante a la hora de decidir si el Sr. Loomis podía ser reinsertado de modo seguro y eficaz en la comunidad.

Nótese que el abogado defensor recurrió al argumento del sesgo del género (los hombres obtenían un puntaje superior a las mujeres en cuanto a probabilidades volver a cometer un delito) para defender a su cliente, pero no se hizo alusión al **sesgo de raza**. Con relación a este sesgo en función de la raza, la agencia ProPublica llevó a cabo un

reportaje titulado “*Machine Bias. There’s it’s biased against blacks*”, la investigación por la que se ponía de manifiesto que el algoritmo del programa presentaba un sesgo racial. Si bien no utiliza la raza como una variable en la encuesta, si se inclina hacia el sesgo racista, esto es, las personas afrodescendientes son etiquetadas equivocadamente como de alto riesgo, con mayor frecuencia que las personas blancas. Es decir, la fiabilidad de COMPAS quedaba en entredicho y ponía en duda la equidad del sistema que parecía discriminar de manera sistemática a un grupo de población (a la raza negra).

El cuestionario no utilizaba la raza como una variable, pero sumando los anteriores datos (especialmente, historial de violencia y educación vocacional, propios de la injusticia histórica en Estados Unidos) el resultado eran diferencias significativas entre la raza negra y la raza blanca. Es una especie de “profecía autocumplida”: Injusticia histórica → datos de entrenamiento → desviación del algoritmo en la aplicación real.

Si estos sistemas automatizados son alimentados con información “de justicia sesgada”, acabarán reproduciendo y potenciando esos sesgos. Si en un país como Estados Unidos, las personas de ascendencia africana tienen muchas más probabilidades de acabar en la prisión sin fianza, y entrenamos a una red neuronal con esos datos, el algoritmo acabará replicando ese tipo de sesgos”. La calificación de los acusados blancos se inclina hacia el menor riesgo, a diferencia de los acusados afrodescendientes, respecto de los cuales la tendencia se inclina hacia el mayor riesgo.

#### **Cuestiones:**

**1-Si fuera el/la abogado defensor/a del Sr. Loomis, ¿qué argumentos jurídicos utilizaría para defenderle con respecto a la aplicación del algoritmo COMPAS?**

**2-Un juez, en España, ¿podría usar este programa no solo como apoyo en la toma de decisión (como elemento de convicción), sino para fundamentar su decisión exclusivamente en el puntaje establecido en el algoritmo? ¿Es legal una decisión individual totalmente automatizada?**

**3- Supongamos que hay una causa en el que el juez está dispuesto a dejar en libertad al acusado en lugar de elegir la prisión preventiva, pero el puntaje de COMPAS identifica un riesgo alto de reincidencia.**

- a) **¿tendría el juez que motivar su decisión para justificar el por qué su criterio es distinto al de la IA?**
- b) **¿El juez puede ir en contra del cálculo que evalúa el riesgo hecho por el sistema?**
- c) **¿Y qué ocurre si lo deja en libertad, desoyendo al programa, y el acusado, una vez libre, comete un delito?**