



FACULTAD DE DERECHO

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

2022-2023

FILOSOFIA DEL DERECHO

**UNIVERSIDAD DE BURGOS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

Dra. Nuria Belloso Martín

INTRODUCCIÓN	
PREMISAS	23
1.-CONCEPCIONES DEL DERECHO	23
2.-PREMISAS SOBRE LA JUSTICIA.....	23
TEMA 1 - EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA.....	¡Error! Marcador no definido.
1. PERÍODO HELÉNICO (PERÍODO COSMOLÓGICO, ANTROPOLÓGICO Y SISTEMÁTICO.....	
1.3.-PERIODO SISTEMÁTICO (PLATÓN Y ARISTÓTELES)	22
- PLATÓN.....	22
- ARISTÓTELES.....	28
Para debatir- Proyecto de raza superior en Alemania nazi.....	35
TEMA 2 - LA PATRÍSTICA Y LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA	
2.1. EL CRISTIANISMO.....	43
2.2. LA PATRÍSTICA.....	46
2.2.1.- SAN AGUSTÍN DE HIPONA	47
Para debatir: Religión y Derecho en la cultura de los negocios en Arabia Saudita	
2.3. LA ESCOLÁSTICA	
2.3.2. SANTO TOMÁS DE AQUINO	55
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.....	98
CASO PRÁCTICO 1: TABLA. Comparativa gobernante Platón/Maquiavelo	

TEMA 4 - EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

THOMAS HOBBS.....	94
Para debatir: EL DILEMA DE LOS PRISIONEROS	100
JHON LOCKE.....	1065
APÉNDICE I- DEL INDIVIDUALISMO POSESIVO AL LIBERALISMO SOLIDARISTA.....	110
- LIBERTARISMO: ¿SOMOS NUESTROS PROPIOS DUEÑOS?	111
Para debatir: LA VENTA DE RIÑONES.....	111
Para debatir: CANIBALISMO PACTADO	113

TEMA 5 - EL ILUMINISMO FRANCÉS.....

JEAN JACQUES ROUSSEAU	121
Para debatir: ¿IGUALDAD EN QUÉ? ¿EN OPORTUNIDADES? ¿EN BIENESTAR?	128
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	132

TEMA 6 - POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO

1. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO	¡Error! Marcador no definido.
2. POSITIVISMO	202
3. POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO (en Francia, en Alemania, en Inglaterra).....	202
4. TEORÍAS JURÍDICAS ANTIFORMALISTAS.....	¡Error! Marcador no definido.
5. JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA Y EL REALISMO JURÍDICO (Americano y Escandinavo)	207
- UTILITARISMO.....	211

Para debatir : LOS CABREROS AFGANOS	211
- POSITIVISMO	213
Para debatir: UNA HABITACIÓN CON VISTAS	213
CASO PRÁCTICO 3: TABLA CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN MUTUAMENTE BENEFICIOSOS.	

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

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

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-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- 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

CASO PRÁCTICO 4. SR. LOOMIS VS COMPAS

PREMISAS ¹

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).

¹ 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.

Justicia como **equidad**, justicia como **dignidad**, justicia como **reconocimiento**, son **tres de las concepciones clave de la justicia**.

	Justicia distributiva		Justicia como reconocimiento
	Teoría de la justicia	Enfoque de capacidades	Teoría del reconocimiento
Autor/a clave y autor base	John Rawls. Emmanuel Kant.	Martha Nussbaum. Aristóteles.	Axel Honneth. Georg Hegel.
Perspectiva política	Liberalismo.	Liberalismo.	Teoría crítica.
Concepción clave	Justicia como equidad.	Justicia como dignidad.	Justicia como reconocimiento.
Énfasis	Redistribución. Distribución de bienes, recursos materiales y culturales y capacidades.	Capacidades. No se hace énfasis en qué se distribuye, sino en el para qué se distribuye: asegurar la libertad real de los sujetos.	Reconocimiento. El respeto cultural de todas y cada una de las personas, en la existencia de unas relaciones justas en la sociedad.
Principios	De igual libertad. De igualdad. equitativa de las oportunidades. De la diferencia.	Las capacidades son los principios políticos básicos, suscritos como garantías constitucionales exigibles. Asume, en síntesis, el principio kantiano de cada quien como fin.	Los principios del amor, la igualdad y el mérito, en conjunto, determinan lo que debe ser entendido actualmente por justicia social. Se espera que logren atención afectiva, igualdad jurídica y estima social.
Problemas	Desigualdad y distribución de ingresos y bienes primarios.	El trato a las personas con discapacidad, la justicia más allá del Estado-nación y la relación con todos los seres vivos.	Desprecio social, ofensa, humillación y discriminación por razones de etnia, género, capacidad u otras dimensiones culturales.
Respuestas o soluciones	Redistribución de bienes primarios. Busca reducir las desigualdades de ingresos, condiciones de vida, acceso a servicios y seguridad asociados a las diferentes posiciones sociales que ocupan los individuos, altamente dispares en términos de sus calificaciones, su edad, su talento, entre otros.	Lista de capacidades: 1. Vida. 2. Salud física. 3. Integridad física. 4. Sentidos, imaginación y pensamiento. 5. Emociones. 6. Razón práctica. 7. Afiliación. 8. Otras especies. 9. Juego. 10. Control sobre el propio entorno.	Reconocimiento. Se enfoca en lograr autoconfianza, autoestima y autorrespeto. Ofrecer a todas las personas la oportunidad de ocupar las mejores posiciones en función de un principio meritocrático. Busca reducir la inequidad entre las diferentes posiciones sociales.
Sujetos	Clases o colectividades definidas por el mercado o por los medios de distribución, que producen marginación, explotación y privación.	Migrantes, personas con discapacidad y seres vivos no humanos.	Personas o grupos despreciados en relación con su género, sexualidad, etnia, discapacidad, entre otros.

Tabla 1. Comparación entre justicia distributiva y justicia como reconocimiento

Fuente: elaboración propia con base en Dubet (2011); Fascioli (2011); Murillo y Hernández (2011); Fernández y Acosta (2014); Montané (2015); Belavi y Murillo (2016); Nova (2016).

Ahora bien, 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:

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 común².

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

² 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.

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 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 normalmente³:

- 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.

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

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

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

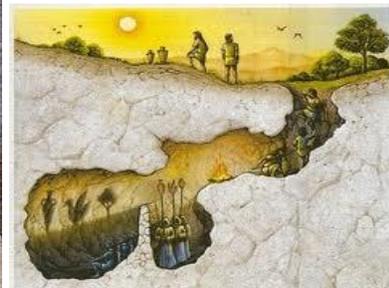
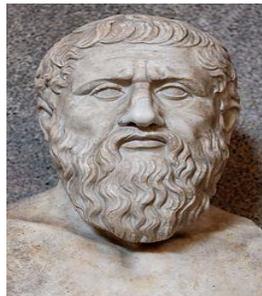
- INFLUENCIA en San Agustín

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 *orgullosos*, 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*.

4°.- 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*. 5°La extrema libertad autoriza todo tipo de desmanes y el desprecio a las leyes degenera en la **anarquía**.

5°.- 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 campea 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

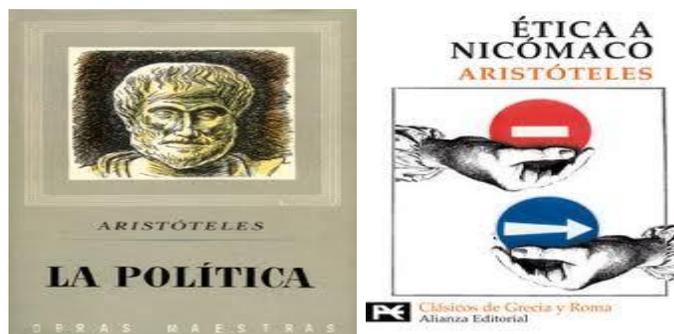
Aristóteles nació en Estagira el 384 a.C. Sus progenitores procedían de dos familias de médicos. A los diecisiete años inició sus estudios en la *Academia* donde permaneció veinte años como discípulo de Platón. En el 347 tuvo que abandonar Atenas por motivos políticos. En el 343-342 le invitó el rey 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.

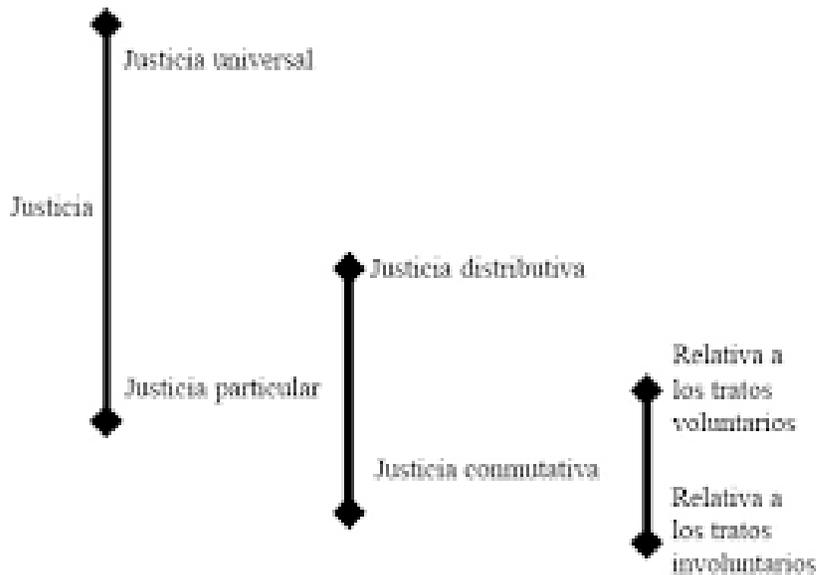
-La justicia: es la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales.

-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

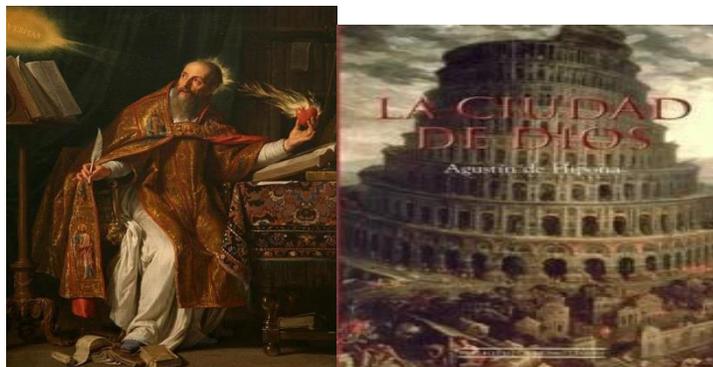
- a) Justicia plena o verdadera
- b) Justicia menos plena

--- 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 maniqueos⁴, 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*).

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

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

-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.

Para debatir. ÉTICA EN LOS NEGOCIOS EN LA CULTURA DE ARABIA SAUDITA



En 1936, la Estándar Oil Company (SOCAL) de California encontró petróleo en Arabia Saudita y al siguiente año se fusionó con Texaco para formar Casoc –denominada ARAMCO en 1948-, una subsidiaria de propiedad conjunta con administradores estadounidenses. El petróleo de Arabia Saudita se convirtió, y sigue siendo, una necesidad económica para Estados Unidos. Sin embargo, los administradores de SOCAL y Texaco no estaban seguros de cuánto de la cultura Saudita debían aceptar o aprobar.

Arabia Saudita es la cuna del Islam, y sus sistemas legal, político y social, basados en la versión “sunni” del Islam, son vistos por los sauditas como inspiración divina. Para ellos, el Islam es la única fuente de moralidad. Sin embargo, esta moralidad no reconoce los derechos básicos como libertad de expresión, libertad de prensa, el derecho a voto, o el derecho a ser candidato a las elecciones. No reconoce el derecho a juicio con jurado; los crímenes se sentencian por jueces islámicos que basan sus decisiones en las enseñanzas del Islam. No reconoce la libertad de religión: todo habitante de Arabia Saudita debe ser musulmán bajo pena de muerte. El Islam trata a las mujeres de manera que los occidentales calificarían de discriminatoria. Las mujeres no pueden supervisar a los hombres; en público deben llevar un velo que les cubre todo el cuerpo, incluyendo la cabeza y la cara; deben tener el permiso del esposo o del padre para viajar, y deben ir acompañadas de un pariente masculino, además, deben subir a los camiones por la puerta trasera y sentarse en secciones designadas. Los hombres pueden tener hasta cuatro esposas, pero las mujeres sólo un esposo. Aunque los hombres tienen la posibilidad de divorciarse sin presentar una causa, las mujeres sólo pueden hacerlo si tienen alguna. Arabia Saudita no reconoce el derecho de sindicalización.

Los sauditas afirman, una y otra vez, que su moralidad no acepta el concepto occidental de los derechos humanos. Argumentan que el Islam establece las normas morales que las personas deben seguir, y fuera de éstas, los otros estándares morales no tienen validez.

CUESTIONES:

1. Los administradores de las compañías en Arabia Saudita, ¿deben acatar las normas sauditas que gobiernan el tratamiento de las mujeres? ¿Deben aceptar el rechazo cultural a reconocer los derechos humanos, o deben intentar iniciar una reforma? ¿Por qué?

2. Los administradores de las compañías, ¿deben poner objeciones a las prácticas que les parecen altamente inmorales, o deben aceptarlas sin decir nada?

3. En este caso, ¿Apoya el relativismo ético o sugiere que hay ciertas cosas que están mal de cualquier forma, o no es razonable ninguna de estas posiciones?

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

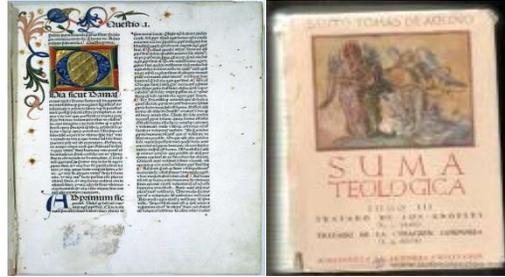
Se basa en Aristóteles. Más optimista que San Agustín

- 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. Tomas, 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 mediatamente 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— nos obliga a no perder de referencia las acciones del Movimiento *Sem Terra* de Brasil, 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”.

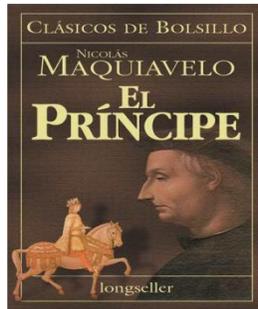
- Escuela Española del derecho natural y de gentes (siglo XVI)

- 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 realista⁵

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.*”⁶

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 *Il Principe*, 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

⁶ Idem. Págs.25-26

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. 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 Tomas. 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, tratad 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.⁷

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.

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.

⁷ 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



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 4

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

I. LA ILUSTRACIÓN

En el siglo XVII, en lo político asiste al fin de la preponderancia española y en el ámbito del pensamiento, la sustitución de la Escolástica por la llamada “Filosofía moderna”. El centro de gravedad de la especulación jurídica y política se traslada a los países del oeste y del centro de Europa, a Holanda, Inglaterra y Alemania, bajo el signo del protestantismo. Francia jugará un papel decisivo en el siglo siguiente, el de la *Enciclopedia* y el reinado de Luis XIV, el “Rey Sol”. En esta época de la Ilustración, el Universo ha dejado de ser teocéntrico para convertirse en antropocéntrico (Kant: “atrévete a saber”). La influencia de un Papa infalible o un tribunal eclesiástico deja de ser decisiva. Ya no pesa tanto el miedo a la condena de excomuniación.

--Esta fase de la filosofía jurídica y política se caracteriza por varias CARACTERÍSTICAS:

-Racionalismo e individualismo. De ahí el intento de aplicar a los problemas jurídicos y políticos el método matemático (Copérnico, Kepler y Galileo)

- Nuevo significado de contrato social, concebido ahora no como meramente declarativo sino como constitutivo con respecto a la sociedad. En los nuevos Estados, protestantes o católicos, el concepto empírico de rey, como parte de un contrato social, sustituye al absolutismo de los siglos anteriores.

- Florecimiento de la utopía, favorecido por los grandes descubrimientos geográficos y relatos exóticos de viajeros y misioneros. El “estado de naturaleza” podía equipararse al de los primitivos, con una supuesta bondad natural.

La *Escuela racionalista del Derecho natural* desarrollará, separa la filosofía de la teología y la moralidad natural de la sobrenatural. El Derecho natural dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna para convertirse en creación de la razón apoyada sobre sí misma. De ahí que la “naturaleza” venga a sustituir prácticamente a la “divinidad” cada vez más lejana y abstracta. Así se llega, en el siglo XVIII, a la “época de las luces”, a la Ilustración.

II- RACIONALISMO Y EMPIRISMO: LA FILOSOFIA INGLESA

Empirista es todo sistema filosófico que atribuye a la experiencia el papel fundamental. Se suele caracterizar al empirismo inglés contraponiéndolo al racionalismo continental. Ambos coinciden en señalar que el objeto de conocimiento son las ideas; pero mientras los racionalistas sostienen el origen innato de las mismas, los empiristas consideran que todas las ideas provienen de la experiencia.

THOMAS HOBBS (1588-1679)

Biografía

1. BASES DE SU PENSAMIENTO POLÍTICO

- a) Filosofía nominalista
- b) Concepción psicológica mecanicista
- c) Fe en la validez universal de la ciencia

2. EL ANSIA DE PODER

- Egoísmo
- Lucha por la supervivencia: ley del más fuerte

3. ESTADO DE NATURALEZA Y EL CONTRATO SOCIAL

Estado de naturaleza ---contrato social-----sociedad civil---Estado (forma de gobierno)

- Estado de naturaleza
- Contrato social

4. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL LEVIATÁN

- Constitución de la sociedad civil y del Estado (Leviatán)
- Formas de gobierno: preferencia por la monarquía

5. LA RELIGIÓN CIVIL

6. SEDICIÓN, TIRANICIDIO, RESISTENCIA

- Sedición: Behemot
- Tiranicidio
- Derecho de resistencia del súbdito frente a la acción límite del Estado

7. A MODO DE CONCLUSIÓN:

- Consecuencias
- Valoración

BIOGRAFÍA

Thomas Hobbes nació en 1588, estudió en Oxford, fue tutor durante algún tiempo del que llegaría a ser Carlos II y se vio envuelto en las turbulencias políticas y religiosas que enfrentaron al parlamento con el rey y que culminarían en la guerra civil (1642-1648), ejecución de Carlos I (1649), república de **Cromwell** (1649-1660) y restauración de la monarquía con **Carlos II en 1660**.

Con británico humor resumía en una ocasión su estado de ánimo, reconociendo que el miedo y él eran hermanos gemelos. Lo dijo porque su nacimiento estuvo presidido por el signo de las luchas humanas. Su madre dio prematuramente a luz, al difundirse la amenazadora noticia de que se acercaba la armada, también prematuramente calificada de invencible, enviada contra Inglaterra por Felipe II. Su padre era un predicador mediocre y violento, que huyó después de una refriega. Ayudado por un tío suyo, estudió en Oxford una filosofía escolástica que le resultaba antipática. Fue preceptor de varias familias de la nobleza y en calidad de acompañante hizo varias veces el viaje, habitual entonces en los aristócratas ingleses, a Francia e Italia, entrando en relaciones con Galileo. Ante el cariz de la guerra civil que costó la vida Carlos I, buscó refugio en París (1640), donde vivió once años, cultivando la amistad con Descartes. Enseñó matemáticas durante algún tiempo al príncipe de Gales, futuro rey Carlos II. Regresó a su patria en 1651, a raíz de la amnistía concedida por Cromwell, y aunque siempre había estado del lado del rey tuvo que retirarse de sus actividades políticas y dedicarse a la producción estrictamente literaria, pues algunas de las cosas que había escrito previamente no eran del agrado de las fuerzas monárquicas. Murió en 1679 ahorrándose, por tanto, tener que contemplar la «**Revolución Gloriosa**» de **1688**, en la que el Parlamento aseguró definitivamente su autoridad y sacó a Gran Bretaña de la era absolutista.

Entre los escritos políticos de Thomas Hobbes, el más importante y que recoge lo esencial de su pensamiento es el *Leviatán* (1651). También cabe mencionar los *Elementos de derecho natural y político* y *De Cive* (publicado anónimamente en París, 1642).



1. BASES DE SU PENSAMIENTO POLÍTICO

Hobbes profesa un materialismo mecanicista y determinista. De ahí la preocupación de Hobbes por asimilarla psicología y la política a la física para aplicarles el método matemático. La política sólo puede constituirse como ciencia si parte de un análisis objetivo del hombre tal y como es y así descubre el resorte más oculto de su obrar: el egoísmo. El egoísmo hace de la autoconservación el principio práctico supremo y tiene como corolario un obsesivo temor a la muerte. La tendencia del hombre es el afán de seguridad. Esta función de autoconservación define lo bueno y lo malo. De ahí la búsqueda angustiada de cuanto contribuya a preservar la vida y el poder.

2. EL ANSIA DE PODER

Hobbes afirma que, aunque pueda existir cierta disparidad en los deseos de los hombres, hay, sin embargo, algo en lo que todos coinciden: en el ansia de poder, ya que éste es el único medio para disfrutar y asegurar el placer.

Hobbes participa de la **teoría del Contrato Social**, y que en esto le acompañarán otros autores: Locke, Rousseau, etc., siendo ésta una teoría generalizada hasta finales del siglo XVIII. En esencia, la teoría del Contrato Social es una ficción intelectual que le sirve para explicar la necesidad del Estado.

3. ESTADO DE NATURALEZA Y EL CONTRATO SOCIAL

Las teorías del contrato social no pretenden ofrecer una explicación de la génesis del orden civil; su objetivo es normativo, se trata de establecer las condiciones que hacen posible la constitución de una organización del poder político que responda a las exigencias de justicia.

-- Hobbes presenta un hipotético ESTADO DE NATURALEZA, en el que hombre vive aislado y lucha por sobrevivir. Se hace necesaria la competencia en la lucha por la supervivencia: “el hombre es un lobo para el hombre. No hay leyes, no hay moral”. Es un estado presocial, prejurídico y premoral. No cabe presumir la buena fe de los demás si nos prometen algo. El hombre no es, como en la tradición aristotélica, un ser que tienda por naturaleza a la sociedad. El estado de naturaleza es un estado de hostilidad latente. Los hombres son por naturaleza iguales: todos pueden de alguna manera lo más y lo peor, es decir: matar a otro, incluso al más fuerte. No hay distinción alguna entre lo “justo” y lo “injusto”. Cada cual tiene derecho a todo. Ahora bien, el derecho de todos a todo es prácticamente un derecho vacío de contenido, porque nada nos garantiza nuestras pretensiones frente a los demás. El fraude y el engaño es lo que prevalece. La vida en el estado de naturaleza es “solitaria, pobre, desnuda, bestial y breve” (Cap. XIII del Leviatán). El temor a la muerte, unido a la preocupación de defender la propia existencia, ahoga cualquier otra consideración. .

Es el *bellum omnium contra omnes*. Hobbes adopta el término Leviatán de la tradición

bíblica del Antiguo Testamento, que la presenta como una bestia marina que intenta devorar a las personas e incluso a los barcos. En la teoría hobbesiana significa un poder absoluto, que se engulle los derechos de los individuos, destructor y controlador.

--- PACTO SOCIAL: Ante esta situación, la razón aconseja a los hombres que hagan entrega de su derecho a todo, transfiriéndolo a un superior. Los hombres hacen un cálculo de ventajas de unirse y vivir en sociedad, bajo un poder común que les garantice las condiciones de paz y de seguridad. Y así realizan el pacto social y se someten al Leviatán. Surge así la sociedad civil o el Estado mediante el contrato de cesión, pero la originalidad de Hobbes consiste en que este contrato, lejos de suponer para el poder establecido una limitación, asegura, por el contrario, su carácter absoluto e ilimitado. Porque no hay, según Hobbes, dos contratos (de unión y sumisión), sino uno solo, de los individuos entre sí, que acuerdan someterse a un tercero. El tercero, el gobernante, no es parte de ese contrato, y no tiene, por tanto, obligación alguna con respecto a los contrayentes, fuera de protegerles. Su función consiste en asegurar la paz, y para ello puede imponer a todos su voluntad, sin condiciones.

Y ello es así porque Hobbes admite en el hombre dos principios: el instinto y la razón. Si el primero mueve a la satisfacción inmediata del deseo, el segundo mira más lejos, y en un cálculo de ventajas e inconvenientes prefiere una renuncia actual en aras de un beneficio ulterior, o un mal menor, aunque presente, a otro futuro, o simplemente posible pero mayor.

. El Leviatán, en suma, el Estado, personaliza la seguridad, la certidumbre y protección frente a las pasiones irrefrenables de los otros.

POR ELLO

El Leviatán, aunque sea un poder absoluto, tiene al menos como objetivo poner orden, a instancia de los mismos individuos, en una situación de anarquía y de caos para la supervivencia de todos.

Aunque, por razones de eficacia, prefiere la forma monárquica de gobierno, precisa que todo su razonamiento es igualmente válido para una forma aristocrática o democrática; lo importante es que exista un poder soberano absoluto.

Según esto, el origen de la sociedad civil es algo artificial, una especie de máquina para vivir seguro. El hombre entregaría su **libertad al Estado** para que éste la administre, lo cual implica que el Estado absoluto es depositario de todas las libertades y derechos. Estos derechos cedidos no se pueden recuperar.

4. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL LEVIATÁN

El pacto ha transformado la multitud en persona civil, representada por el soberano. La sociedad civil es así como un hombre artificial que quiere y actúa por cada

uno de sus miembros. Hobbes la designa con el nombre de un monstruo bíblico, el Leviatán, y ve en ella al “Dios mortal”, que bajo el Dios inmortal trae a los hombres las bendiciones de la paz y la seguridad.

El “derecho a todo”, que ha pasado de cada uno de los individuos al Estado, puede residir en un monarca, en un asamblea mayor o menor, según la respectiva forma de gobierno. Hobbes rechaza la distinción aristotélica de las formas de gobierno basada en un criterio cualitativo, por lo que sólo se atiende al **número** de quienes poseen el poder supremo. Considera que lo más idóneo es que se atribuya el poder a uno sólo. La monarquía es, para Hobbes, la forma óptima de gobierno. La peor es la democracia.

La expresión más genuina del poder absoluto, ilimitado e indivisible del soberano es la **facultad de dar leyes**. Llegamos así a la teoría hobbesiana del derecho, que supone un giro radical con respecto al iusnaturalismo de inspiración aristotélico-tomista. El derecho surge del Estado y pende del Estado. Es la voluntad del soberano la que crea artificialmente lo justo y lo injusto. El derecho, propiamente dicho, se origina con el Estado. Ahora bien, la ley no obliga al soberano, el cual puede prescindir de ella sin derogarla previamente, si así lo estima conveniente.

Hobbes es uno de los máximos definidores del positivismo jurídico. La autoridad, no la verdad, hace la ley: fórmula voluntarista radicalmente opuesta al intelectualismo tomista. Su corolario es un relativismo de raigambre sofista o epicureista, según el cual, nada es bueno o malo, justo o injusto por naturaleza, sino únicamente con relación a un sujeto y unas circunstancias. La bondad y la justicia son lo que el soberano estima tales.

Ahora bien, esto no implica para Hobbes un despotismo arbitrario. Una de las obligaciones del buen rey consiste en hacer buenas leyes. Pero esto no significa que incurra en una contradicción: ley buena no quiere decir ley justa; quiere decir, ley que establece lo necesario para el bien del pueblo; y así, el bien del soberano se identifica con el de los súbditos, cuya protección es precisamente lo que justifica su poder.

5. LA RELIGIÓN CIVIL

No admite Hobbes una Iglesia universal que abarque a todos los cristianos. La Iglesia es, para él meramente una reunión de hombres que profesan la fe cristiana, unidos en la persona del soberano, por orden del cual tienen que congregarse, y sin cuya orden no pueden hacerlo. La Iglesia es Iglesia nacional: es simplemente la sociedad civil en cuanto está integrada por cristianos. Hobbes reducía el contenido dogmático del cristianismo a dos criterios esenciales: la misión mesiánica de Jesús y la obediencia a las leyes. Todo lo demás es secundario, quedando al arbitrio del monarca.

Hobbes fue un enemigo encarnizado de la Iglesia de Roma (de “cuyas erróneas doctrinas” hizo una dura crítica, especialmente en la última parte, “El reino de las tinieblas” del Leviatán); y en general, de toda la organización religiosa como tal. Lo cual explica que su obra, *De Cive*, estuviera incluida en el Índice de 1654 y las reservas de que

fuera objeto incluso por parte de la Iglesia anglicana. La única limitación que pone a la facultad del soberano de decidir cuestiones religiosas es que sus definiciones obligan sólo a un acatamiento externo, permaneciendo el súbdito libre de su convicción en el fuero interno. Así se explica que el gigante que figuraba en la portada de la primera edición del *Leviatán* tuviera en sus manos, además de la espada, el báculo. La importancia que da Hobbes al asunto explica porqué dedica casi la mitad de la obra a las cuestiones religiosas. No fue un espíritu religioso, pero advirtió el peligro que para su teoría de la omnipotencia estatal representaba cualquier organización eclesiástica.

6. SEDICIÓN, TIRANICIDIO, RESISTENCIA

Hobbes procura impedir la **sedición**, que significa la vuelta al estado de naturaleza y a la guerra de todos contra todos. A *Leviatán* se opone en su pensamiento, como en la Sagrada escritura, *Behemot*, el monstruo terrestre que aquí simboliza la guerra civil.

También rechaza el **tiranicidio** que, en opinión de Hobbes, constituye una manifestación de orgullo, por cuanto implica un juicio sobre el bien y el mal. Que a ningún particular compete. El rey no puede ser juzgado sino por Dios. Únicamente si el soberano falla en su misión de garantizar la paz y la seguridad, quedan los súbditos en libertad para someterse a otro.

Asimismo, nadie puede, en efecto, por ninguna clase de pacto, quedar obligado a no resistir a quien intente darle muerte, herirle o causarle otro daño físico. De esta reserva se ha deducido de Hobbes la existencia de un verdadero **derecho de resistencia del súbdito frente a la acción-límite del Estado** que le amenace en su vida o en su integridad.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS Y VALORACIÓN

----- Las CONSECUENCIAS de la teoría hobbesiana son las siguientes:

-- El Estado es fuente del derecho, de la religión y de la moral; decide si las doctrinas religiosas son o no incompatibles con la obediencia de los ciudadanos y, si se da el caso, prohibir su difusión.

-- La religión es un elemento más en sus manos; una función más de lo social. No puede existir libertad espiritual para las cuestiones políticas, ya que según Hobbes, dividir el poder es disolverlo.

--Tampoco existe el derecho natural que limite el poder del soberano. Este es el Estado, **el monstruo Leviatán** (Leviatán significa ballena) **que se come la libertad y los derechos del individuo**, ya que éste, en función de conservar la vida y la integridad personal tanto tiempo como fuera posible, los cedió de manera voluntaria: los peces pequeños han sido engullidos por la «ballena».

----VALORACIÓN

El Leviatán no ha de interpretarse, como a veces se ha hecho, en el sentido del totalitarismo moderno. Porque a pesar de su apología del Estado, “divinidad mortal”, Hobbes profesa un individualismo que mitiga las consecuencias prácticas de su absolutismo. El Estado de Hobbes no tiene un fin en sí mismo, sino que está al servicio de los individuos.

Tampoco hay en Hobbes, a pesar del simbolismo bíblico, ningún elemento de misticismo colectivo. Se explica que los partidarios de la monarquía tradicional, de derecho divino, quedasen defraudados. De ahí la postura parodójica de Hobbes, que postula el absolutismo político para luego, una vez afianzada la paz y la seguridad, pedir la máxima libertad de los individuos, olvidando que su antropología, radicalmente pesimista, no suministra la mejor base para ello.

Hobbes intuyó claramente la existencia de un poder central, actuando mediante órganos calificados por su competencia y no por la tradición, y esencialmente consagrados a dar leyes, característica del Estado moderno.

Para debatir: EL DILEMA DE LOS PRISIONEROS



Hobbes pensaba que los individuos tienen interés en salir del estado de naturaleza, pero difícilmente cumplirán sus pactos si no existe una autoridad que los garantice mediante la amenaza del uso de una fuerza irresistible.

El problema del estado de naturaleza en Hobbes se ha explicado modernamente mediante el célebre dilema del siguiente modo:

El dilema del prisionero es un modelo de juego, construido en torno a las rutinarias habilidades policiales para hacer confesar a los detenidos, cuyo equilibrio, determinado por la concurrencia de las mejores estrategias individuales a disposición de cada jugador, es ineficiente (en el sentido de Pareto⁸, es decir, existen otros resultados

⁸ V. Pareto no atiende a preferencias objetivas sino a las reales, a las que tienen de hecho los individuos. Sobre esta base establece lo siguiente: una situación social es óptima (óptimo de Pareto) si a partir de

posibles en el mismo juego que proporcionarían mayor beneficio a alguno o a todos los jugadores sin disminuir correlativamente el beneficio de otros). Hay que tener en cuenta, para entender su funcionamiento, que se trata de un juego de turno estrictamente simultáneo (cada jugador juega sin haber podido observar la jugada del otro), que se juega una sola vez, con información completa y simétrica para ambos jugadores, sin comunicación posible entre ellos y sin que haya sido posible establecer acuerdos previos ni ulteriores castigos disuasorios.

El dilema se ha explicado de muchas maneras. Optamos por la siguiente⁹:

Un director de orquesta ruso (durante la época de Stalin) viaja en tren de Moscú a Leningrado. Sentado en su compartimiento estudia la partitura del concierto para violín y orquesta de Tchaikovski y que tiene que dirigir en Leningrado la semana siguiente. Unos agentes del KGB (bastante torpes) que le espían desde el corredor sospechan que el director es un agente al servicio de una potencia extranjera y que está consultando un código secreto. Lo detienen y le conducen a la temible mazmorra de la plaza Dzerzhinsky. “De nada te valdrán tus protestas porque ya hemos detenido a tu cómplice, el tal Tchaikovski, y en estos momentos lo estamos interrogando para que confiese todo lo que sabe”. Efectivamente, un pobre ciudadano sin otra culpa que llamarse Tchaikovski, se encuentra aterrorizado en otra de las mazmorras del mismo edificio. El KGB no utiliza la violencia para obtener la confesión que pretende, simplemente plantea a cada uno de los inocentes detenidos la siguiente estructura de resultados:

Si tú confiesas que sois dos espías y el otro no confiesa, a ti te caerá sólo 1 año de prisión, mientras que, al otro, le caerán 20 años. Si es el otro quien confiesa que sois dos espías y tú no confiesas, al otro le dejaremos libre, como premio por colaborar con el KGB, mientras que a tí, por recalcitrante, te caerán 10 años. Si los dos confesáis, nadie será premiado ni tampoco más intensamente castigado, por lo que os caerán 5 años a cada uno. Queda una última posibilidad, que ninguno de los dos confiese, en cuyo caso no tendremos pruebas y sólo podremos imponeros 1 año a cada uno (una pena adecuada en la URSS ante la ausencia de pruebas).

En definitiva, los dos prisioneros son interrogados por separado. Ambos saben que:

. Si ninguno de ellos acusa al otro recibirán una sentencia leve por una falta y serán condenados a un año de prisión como máximo.

ella no es posible cambio alguno que satisfaga dos condiciones: a) que al menos un individuo salga ganando con él; b) que ninguno salga perdiendo.

Sin embargo, el óptimo de Pareto ha sido criticado, entre otras razones, porque hay múltiples actuaciones sociales distintas que pueden cumplir con sus requisitos, por lo que difícilmente puede ser un criterio que oriente las elecciones públicas. Por otro lado, el óptimo de Pareto es compatible con la más extrema desigualdad. Una estado de cosas puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas viviendo en la mayor de la pobreza mientras otros individuos lo hacen en la opulencia, en tanto que no haya otra forma de mejorar la situación de los primeros sin que se empeore en alguna medida la de los últimos.

⁹ DIXIT, Avinash K. y NALEBUFF, Barry J., *Thinking Strategically*, Norton, Nueva York, 1991. Citamos por la versión castellana: *Pensar estratégicamente*. Barcelona, Bosch, 1992.

. Pero si uno no acusa y el otro le acusa, éste será absuelto mientras que el primero sufrirá una grave condena de diez años de prisión.

. Por último, si los dos se acusan mutuamente recibirán una condena de cinco años de prisión cada uno.

	Primer prisionero A	Segundo prisionero B
No acusan	1	1
Acusa A... ..	0	10
Acusa B	10	0
Acusan A y B.....	5	5

El Director de orquesta medita y analiza su situación: “El pobre Tchaikovski puede estar confesando o resistiendo:

1.En el primer supuesto –Tchaikovski está confesando-, si yo no confieso me caen 10 años y si confieso me caen 5. Entonces me conviene más confesar.

2.En el segundo supuesto –Tchaikovski está resistiendo- si yo no confieso me cae 1 año, y si confieso me dejan en libertad por colaborar- También en este caso me conviene más colaborar.

Por su parte, Tchaikovski está haciendo el mismo razonamiento. Tanto si el Director está confesando como si está resistiendo, le conviene más confesar.

-----¿Cuál es la SOLUCIÓN de este juego? ¿De qué forma deberían actuar A y B para obtener el máximo beneficio, es decir, la menor condena posible?

-PRIMERA HIPÓTESIS: Si suponemos que **no existe comunicación entre los prisioneros.**

-SEGUNDA HIPÓTESIS: Supongamos que los dos prisioneros no estuvieran aislados y **pudieran comunicarse.**



-PRIMERA HIPÓTESIS: Si suponemos que **no existe comunicación entre los prisioneros:**

a) Lo mejor para los dos es que **no se acusen** porque el total de los años en prisión serán dos (1 año para el prisionero A y otro año para el prisionero B).

b) Pero si parten de su propio interés y su objetivo es preservarlo hasta donde sea posible, **lo mejor esa acusar** –con independencia de lo que haga el otro- porque:

- si el otro también acusa lo condenarán a cinco años
- y si el otro no le acusa quedará libre.

En este caso, ya que tanto el director como Tchaikovski han llegado a la misma conclusión, el resultado es que ambos confiesan y cada uno recibe una condena de 5 años.

Pero esta decisión desde el punto de vista colectivo es irracional porque les condenarán entre los dos a diez años en vez de dos. Es decir, el resultado no es óptimo en el sentido de Pareto, porque existe otra posibilidad en la que ambos mejorarían su utilidad. En efecto, si ninguno de los dos confesara se produciría el resultado (1 1) preferible para ambos al resultado de confesar (5 5). Sin embargo, la estrategia dominante de cada jugador, aquella que es mejor haga lo que haga el otro jugador, es confesar. ¿Cómo se explica esto?

Los dos condenados se encuentran en el gulag y se lamentan amargamente. “Nos la jugaron –se dice uno al otro-. Si hubiéramos podido comunicarnos nos habríamos puesto de acuerdo para no confesar y ambos hubiéramos cumplido sólo 1 año en lugar de 5 años.

-SEGUNDA HIPÓTESIS: Supongamos que los dos prisioneros no estuvieran aislados y **podieran comunicarse:**

Posiblemente pactarían no acusarse, PERO, una vez realizado el pacto,

lo mejor, desde el punto de vista del interés personal es incumplir el pacto y acusar, porque de este modo el valor del pacto les sirve de garantía de que el otro no le acusará.

Efectivamente, si se hubieran puesto previamente de acuerdo y no se hubieran traicionado después, el resultado habría sido de 1 año para cada uno. Pero en el fondo saben que ese resultado es muy improbable, ya que una vez solos en sus mazmorras no podrían tener seguridad de que el otro iba a mantener su compromiso. El incentivo de traicionar es muy atractivo. “Si el otro me traiciona –puede pensar cada uno- las consecuencias para mí son catastróficas -10 años-). Por tanto, traiciono yo también, aunque sea preventivamente, y sigo mi estrategia dominante. Así, si el otro ha resistido sólo será 1 año, y si ha confesado, evito que me caigan 10 años y sólo me caerán 5 años”.

El dilema del prisionero muestra la necesidad de la cooperación (ambos prisioneros estarían mejor si cooperaran entre ellos y no con el KGB) y, a la vez, muestra que en ciertas condiciones la persecución racional del propio interés por cada uno de los jugadores conduce a un equilibrio ineficiente, es decir, a un resultado peor para ambos que otros resultados posibles, en definitiva, a un resultado no deseado.

Las personas, las sociedades, los Estados, los agentes económicos se ven continuamente atrapados en el dilema del prisionero. Los procesos de desarme nuclear, la paz entre los países, la recaudación fiscal, la limpieza de la cocina en un apartamento de estudiantes y otros infinitos aspectos del bienestar colectivo están constantemente en peligro porque los jugadores se debaten entre la necesidad objetiva de la cooperación, el miedo a ser explotado y el incentivo a tracionar aprovechándose de la cooperación de los otros sin coopear uno mismo.

En términos estratégicos, quienes se hallen atrapados en un modelo de dilema del prisionero no podrán cooperar, aunque lo deseen, hasta que encuentren una forma de neutralizar el incentivo a traicionar. De hecho, si no existe una autoridad exterior que garantice los pactos (o algún mecanismo equivalente), hay que presuponer que la traición se producirá. Esta es una de las justificaciones de la existencia del Derecho.

EL LIBERALISMO DE JOHN LOCKE (1632-1704)



Biografía. Las bases del liberalismo político

1.- HOBBS Y LOCKE

2.- EL EMPIRISMO

3.- EL ESTADO DE NATURALEZA

4.- LA CREACIÓN DEL ESTADO: EL CONTRATO

5.- SISTEMAS DE GOBIERNO

6.- PENSAMIENTO RELIGIOSO: LA TOLERANCIA

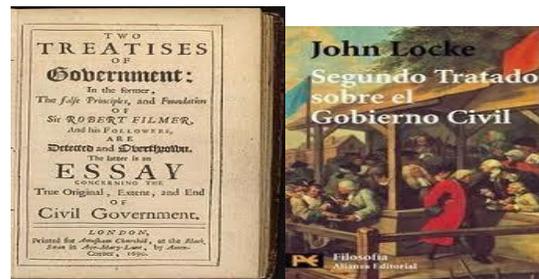
7.- LA OPOSICIÓN AL PODER

JHON LOCKE

Biografía. Las bases del liberalismo político

John Locke nació en 1632 en el seno de una familia puritana de clase media acomodada y entró en Oxford para seguir la carrera eclesiástica, pero fue derivando hacia las ciencias naturales y se hizo médico. Conoció a Lord Ashley, que llegaría a ser canciller del Reino, se convirtió en su consejero y se vio envuelto en los sucesos políticos de la época.

Con la restauración de **Carlos II** tuvo que huir a Holanda, de donde volvió cuando la Revolución Gloriosa de 1688, adquiriendo gran prestigio e influencia política. Murió en 1704. Sus obras más importantes son *An Essay Concerning Human Understanding*, de carácter filosófico, y sus *Two Treatises of Government*, (Dos Tratados sobre el Gobierno) de contenido político. Ambas fueron escritas alrededor de 1690.



1.- HOBBS Y LOCKE

Thomas Hobbes y John Locke son dos escritores contemporáneos que, en las contiendas políticas de la época, militan en campos opuestos y llegan a conclusiones también opuestas respecto a la naturaleza del gobierno.

Parten, sin embargo, de premisas teóricas próximas:

- En lo epistemológico, ambos son empiristas;
- En lo psicológico, ambos afirman el egoísmo del individuo, descarnado en Hobbes y matizado en Locke, aunque igualmente radical;
- Y ambos utilizan la teoría del contrato social.

A pesar de estas coincidencias de partida, los llevan a conclusiones distintas respecto al gobierno: al absolutismo de Hobbes y al gobierno limitado de Locke.

2.- EL EMPIRISMO

En lo epistemológico, Locke es decididamente **empirista**. Afirma que todas las

ideas del hombre proceden de la experiencia, que no existen ideas innatas; que la mente es como una «tabula rasa» donde a partir de las sensaciones se van elaborando, almacenando y relacionando las ideas.

3.- EL ESTADO DE NATURALEZA

El pensamiento político de Locke, que en lo fundamental está recogido en sus *Dos tratados sobre el gobierno*, tiene como punto central la limitación del poder del gobierno, que justifica con su teoría del contrato social, estimando carente de todo sentido el que los hombres para salir del estado de naturaleza consintieran en someterse a un poder absoluto.

Según Locke, el estado de naturaleza era de total libertad, donde cada individuo podía hacer lo que le viniera en gana, y de total igualdad, derivada de la pertenencia a una misma especie biológica. Sin embargo, a diferencia de Hobbes, no creía que en ese estado se diera una guerra de todos contra todos, sino, más bien, una **situación normal de paz**, puesto que, junto al sentimiento de propia conservación, cada individuo poseía uno de **solidaridad** hacia los demás.

La guerra era posible, pero no inevitable. El estado de naturaleza tenía una Ley Natural: la Razón, que enseñaba a todo hombre que ninguno debía dañar a los demás en su vida, salud, libertad y propiedad.

Su pensamiento tiene como punto central la **limitación del poder del gobierno**. Estima carente de sentido el que los hombres, para salir del estado de naturaleza, consintieran en someterse a un poder absoluto. Por ello, aun cuando en el estado de naturaleza el hombre era sujeto de derechos naturales (principalmente a la propiedad, tanto sobre su vida como su libertad y sus posesiones), su disfrute era sin embargo incierto y permanentemente expuesto a la violación

--FALTABA:

- una ley establecida, fija y conocida, que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma de lo bueno y lo malo.
- un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres
- un poder que respalde y de fuerza a la sentencia cuando ésta sea justa, a fin de que se ejecute debidamente

4.- LA CREACIÓN DEL ESTADO: EL CONTRATO

Por medio del **contrato** el hombre pretendió crear una autoridad común, que le librase de los inconvenientes del estado de naturaleza, y, para ello, esa autoridad no podía ser en modo alguno absoluta, sino de tal forma limitada que no pudiese abusar de sus poderes.

Locke consideraba dos fases en el contrato: 1ª) La primera, en la que intervenían todos los individuos, por la que se creaba la sociedad; 2ª) y la segunda, para la que bastaba la mayoría, por la cual la sociedad creaba el gobierno.

La relación entre sociedad y gobierno tenía un carácter fiduciario, por lo que si el gobierno violaba su compromiso podía ser destituido por la sociedad. Quedaba así justificado el derecho del pueblo a la rebelión.

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. El derecho a adquirir propiedad se materializaba cuando el hombre, mediante su trabajo, mezclaba algo de sí mismo con la materia sobre la que trabajaba, y sólo venía limitado por la exigencia de dejar para los demás suficiente cantidad de igual calidad de aquello que tomaba; como regla práctica, podría afirmarse que ese requisito se cumplía mientras lo acumulado no alcanzase un nivel en que una parte llegase a estropearse. Aun cuando sólo fuese, por tanto, legítimo adquirir tanta propiedad como pudiera utilizarse, el invento del dinero vino a hacer posible, sin violar la ley natural, la acumulación ilimitada de propiedad. Locke argumentaba, además, que el régimen de propiedad privada es un estímulo para la productividad que hace que todo el mundo pueda llegar a disponer de más bienes que los que tendría en un régimen de propiedad colectiva.

5.- SISTEMAS DE GOBIERNO

Según Locke, una vez constituida la sociedad, habría que encontrar un sistema de gobierno en el que se garantizasen: a) la defensa de los derechos individuales; b) que el propio gobierno no llegara a ser una amenaza para la sociedad

-Imprescindible: limitar el poder del gobierno:

- 1) recurriendo al sufragio, por el que se elegiría periódicamente a la cámara legislativa
- 2) establecer la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y federativo (relaciones con otros países)

6.- PENSAMIENTO RELIGIOSO: LA TOLERANCIA

La sociedad surge de un contrato social por el que cada hombre cede su derecho de coerción y punición para evitar contiendas mayores. De aquí arrancará el liberalismo del siglo XIX con su concepción del "Estado gendarme" cuya misión consiste en servir y velar por los derechos individuales, cortando todo *abuso* contra la libertad e igualdad de los hombres. Es un defensor de la tolerancia, como derivación de sus ideas políticas:

-Lamenta la persecución y la intolerancia por opuestas al espíritu del Evangelio. Ningún individuo debe ser obligado a pertenecer a una Iglesia concreta, pues nadie nace

siendo miembro de una Iglesia, sino que la escoge libremente.

-Él, a diferencia de Hobbes, separa las sociedades civil y religiosa. El magistrado civil debe limitarse a preservar los intereses civiles (la propiedad...) sin ocuparse de la salvación de las almas. Por su parte, la Iglesia o iglesias, como comunidades religiosas cuyo fin "es el culto público a Dios y, a través de él, la adquisición de la vida eterna", deben limitar sus normas a ese fin.

-No obstante, el Estado debe prohibir aquellas doctrinas que pueden alterar la paz pública. Locke se opone a la religión católica, porque sus adeptos anteponen la fidelidad al papa a la fidelidad a la Constitución inglesa. También proscribía a los mahometanos, dado que su moral no resulta compatible con la civilización inglesa, y a los ateos, pues carecen de principios morales.

Locke está en contra del derecho divino del rey, ya que la autoridad no puede darse a uno sólo como ungido de Dios, sino que es el pueblo quien se la da y se la restringe. El Estado no es, pues, una institución natural sino la suma de voluntades individuales; es el producto de la libre voluntad de los individuos.

Toda la concepción política y religiosa de Locke está orientada hacia la **tolerancia**. En sus "*Cartas sobre la tolerancia*" propugna que la religión no sea impuesta por medios coercitivos; es decir la no injerencia del Estado en materia religiosa. El Estado y la Iglesia tienen misiones diversas y, por lo mismo, deben separarse.

7.- LA OPOSICIÓN AL PODER

Si el poder se ostenta de modo condicionado, la actuación contraria a la misión confiada legítima a los gobernados a rebelarse. Locke afirma que los pueblos son capaces de soportar grandes errores de sus gobernantes y muchas leyes injustas y molestas. Pero todo tiene un límite y la comunidad tiene derecho a readquirir su libertad primitiva. Distingue varios supuestos de lo que denomina "*disolución*" del gobierno:

1.- En primer lugar, cuando el príncipe impide al poder legislativo decidir, o actúa arbitrariamente desoyendo las leyes, o varía arbitrariamente el sistema electivo del Parlamento para alterar su composición.

2.- En segundo, cuando el poder ejecutivo descuida su cargo de modo que las leyes vigentes dejan de ser aplicadas.

3.- Un tercer modo de disolverse surge cuando el príncipe o el legislativo intentan adquirir un dominio arbitrario sobre la vida, la libertad o las posesiones de los súbditos. En esos supuestos, el pueblo recupera la libertad de valerse por sí mismo: puede desvincularse de ese gobierno y constituir otro.

La disolución del gobierno, a diferencia de las tesis de Hobbes, no implica la de la comunidad.

APÉNDICE I- DEL INDIVIDUALISMO POSESIVO AL LIBERALISMO SOLIDARISTA

Principios básicos: seguridad // libertad // igualdad

- . Seguridad (T. Hobbes y su Leviatán)
- . Libertad (J. Locke, R. Nozick –individualismo posesivo)
- . Igualdad (J. Rawls –liberalismo solidarista, liberalismo social)

1. Individualismo posesivo (primacía de la libertad y propiedad). Rasgos:

- a) Lo que hace al hombre humano es ser libre, es decir, independiente de las voluntades de los demás. Libertad e independencia se identifican
- b) Un hombre libre es independiente de cualquier relación con los demás, a excepción de aquellas que le interese contraer
- c) Cada individuo es propietario de su persona y de sus capacidades, por las que no debe nada a la sociedad. Por tanto, es también propietario del producto de sus capacidades.

Conclusión: - no hay razón para que comparta con los demás individuos aquello que es sólo suyo
 - sus rentas son suyas, el sueldo es suyo, y “me quitan de lo mío” lo que se toma para redistribuir

2. Liberalismo solidarista (primacía de la igualdad intentando conciliarla con la libertad)

.El Estado de Derecho ha querido calificarse con adjetivo de “social”: socialdemocracia.

.*Críticas:* el Estado social elimina el Estado de Derecho porque imposibilita el imperio de la ley

. *Rasgos:*

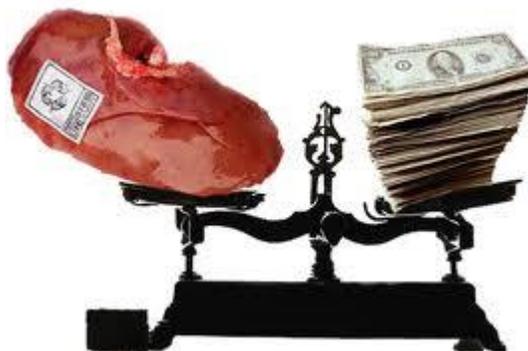
- a) Las personas no son responsables ni dueñas de las cualidades naturales ni de las cualidades sociales que adquieren por nacimiento.
- b) Por tanto, cada persona debe a la sociedad parte de lo que es y resulta razonable compartir cargas y beneficios distribuyendo unas y otras de forma justa. Compartir cargas y beneficios es razonable y es distinto del objetivo de maximizar el beneficio
- c) Una sociedad será justa cuando los principios que la orientan distribuyan las cargas y los beneficios procurando no tener en cuenta la lotería natural y social
- d) Universalizar la libertad: la libertad es el valor máspreciado para los seres humanos, pero siempre que sea articulable con la de los demás ciudadanos.
- e) Es bueno una distribución igualitaria, pero si el igualitarismo produce menos riqueza social es perjudicial para todos. Lo más justo es, entonces, retribuir de forma desigual, tomando por referente al grupo social más desfavorecido (Teoría de la justicia de J. Rawls).
- f)

- LIBERTARISMO: ¿SOMOS NUESTROS PROPIOS DUEÑOS? Para debatir: LA VENTA DE RIÑONES¹⁰

LA LISTA DE PRECIOS
Existen tarifas de órganos para trasplantes clandestinos. Son estas:

en euros.

RIÑÓN	102.172,05
HÍGADO	150.253,02
PULMÓN	150.253,02
CÓRNEA	87.146,76
MÉDULA ÓSEA	165.278,32
CORAZÓN	150.253,02
PÁNCREAS	144.242,9
ARTERIAS	10.217,21



La mayor parte de los países prohíbe la compraventa de órganos para trasplantes. Hay donaciones de riñones, pero no se venden en el mercado abierto. Sin embargo, los hay que sostienen que habría que cambiar esas leyes. Recuerdan que cada año mueren miles de personas mientras esperan un trasplante de riñón; el suministro, argumentan, crecería si hubiese un libre mercado de riñones. Sostienen además que los pobres que necesitan dinero deberían tener la libertad de vender un rincón si quisieran.

Un argumento a favor de que se permita la compraventa de riñones se basa en la noción libertaria de ser el dueño de uno mismo: si soy el dueño de mi cuerpo, debería tener la libertad de vender mis órganos cuando me apetezca.

Sin embargo, pocos partidarios de la venta de órganos adoptan la lógica libertaria al completo. La razón es que la mayor parte de quienes abogan por los mercados de riñones resaltan la importancia moral de salvar vidas y el hecho de que la mayoría de quienes donan uno de sus riñones pueden apañárselas con el otro. Pero si se cree que uno es el propietario de su cuerpo y de su vida, ninguna de esas consideraciones importa en realidad. Si uno es su propio dueño, el derecho que tendrá a usar su propio cuerpo como le apetezca es razón suficiente para que se le deje vender sus órganos. Las vidas que se salven así o el bien que se haga no viene a cuento.

Para ver el porqué, imaginemos dos casos atípicos

a) Suponga primero que el posible comprador del riñón que le sobra está perfectamente sano. Le ofrece a usted (o más probablemente, a un campesino de un país en desarrollo) 8.000 euros por un rincón, no porque necesite desesperadamente un

¹⁰ Tomamos los ejemplos de SANDEL, M.J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona, Debate, 2011, p.85.

trasplante, sino porque es un excéntrico marchante de arte que vende órganos humanos a clientes acomodados para que los pongan en la estantería de su salón y las visitas hablen de ello. ¿Debería permitirse que se comprasen y vendiesen órganos con ese propósito? Si usted cree que somos nuestros propios dueños, le resultará difícil decir que no. Lo que importa no es el propósito sino el derecho de disponer de nuestra propiedad como nos apetezca. Si a usted le repugna el uso frívolo de la venta de órganos humanos y al mismo tiempo está a favor de la venta de órganos sólo para salvar vidas, no podrá defender el mercado de órganos basándose en premisas libertarias. Tendrá que reconocer que no tenemos un derecho de propiedad ilimitado sobre nuestro cuerpo.



b) Supongamos un segundo caso. Suponga que un campesino que apenas subsiste con su trabajo en una aldea de la India quiere, por encima de cualquier otra cosa, mandar a su hijo a la Universidad. Para conseguir dinero vende el riñón a un español rico que necesita un trasplante.

Unos años después, cuando el segundo hijo del campesino se acerca a la edad de ir a la universidad, otro comprador acude a la aldea y ofrece una buena suma al campesino por su segundo riñón. ¿Debería tener libertad de vender también ese segundo riñón aunque, al quedarse sin riñones, morirá?

Si el argumento moral a favor de la venta de órganos se basa en que somos nuestros propios dueños, la respuesta debería ser que sí. Algunos objetarían que a nadie se le debería inducir a dar la vida por dinero, pero si somos los dueños de nuestro cuerpo y de nuestra vida, el campesino está en su derecho a vender su segundo rincón, aunque esto equivalga a vender su propia vida (en los años noventa, un preso de una cárcel de California quiso donar a su hija un segundo riñón. El comité de ética del hospital no aceptó).

CUESTIÓN:

¿Somos nuestros propios dueños hasta el punto de poderse admitir que vendamos algunos de nuestros órganos?

Para debatir: CANIBALISMO PACTADO¹¹

En 2001 tuvo lugar una extraña cita en un pueblo alemán, Rotenburg. Bernd, un ingeniero informático de 43 años de edad, respondió a una nauncio de Internet que buscaba a alguien dispuesto a que lo matasen y comiesen. El anuncio lo había puesto Armin Meiwes, de 42, técnico de ordenadores. Meiwes no ofrecía ninguna compensación económica; sólo la experiencia en sí. Unas doscientas personas contestaron al anuncio. Cuatro viajaron hasta la casa de campo de Meiwes para una entrevista, pero decidieron que no les interesaba. Barndes, en cambio, tras reunirse con Maiwes y sopesar la propuesta mientras tomaban café, dio su consentimiento. Maiwes mató al invitado, troceó el cadáver y lo guardó en bolsas de plástico en la nevera. Para cuando lo arrestaron, el “caníbal de Rotenburg” se había comido casi 20 kilos de su víctima, una parte de los cuales cocinó con aceite y ajo.



Cuando Meiwes fue llevado a juicio, un caso tan llamativo fascinó al público y confundió al tribunal. Alemania no tiene leyes contra el canibalismo. El perpetrador no podía ser condenado por asesinato, arguyó al defensa, ya que la víctima participó voluntariamente en su propia muerte. El abogado del caníbal sostuvo que su cliente sólo podía ser culpable de haber matado a alguien que le pidió que le matase, una forma de suicidio asistido, lo que se castiga con un máximo de cinco años de cárcel. El tribunal intentó solventar el enredo condenando al caníbal por homicidio y sentenciándole a ocho años y medio de cárcel.

Pero dos años después un tribunal de apelación consideró que esa sentencia era demasiado leve y le condenó a cadena perpetua. Esta sórdida historia tiene un desenlace peculiar: se dice que el asesino caníbal se ha convertido en la cárcel en vegetariano porque las granjas industriales son inhumanas. El canibalismo entre adultos que consienten en practicarlo somete a las más rigurosa de las pruebas el principio libertario de ser uno dueño de sí mismo. Es una forma extrema de suicidio asistido. Puesto que no tiene nada que ver con librar del dolor a un paciente terminal, sólo se puede justificar diciendo que somos dueños de nuestros cuerpos y vidas y podemos hacer lo que nos plazca con ellos.

CUESTIÓN

Si este principio libertario es correcto, ¿considera que prohibir el canibalismo pactado es injusto, una violación del derecho a la libertad?

¹¹ Tomamos los ejemplos de SANDEL, M.J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona, Debate, 2011, pp.88-89.

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.

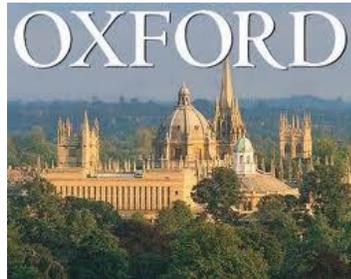
Su influencia se hizo sentir en las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, de la Revolución francesa, así como sobre el romanticismo.

--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 OXFORD¹²



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.

¹² 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.

- 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.
- 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 caros, 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 caros.

-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 ¹³

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

¹³ 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.

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 determinar la 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 Paulo 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 pasaje¹⁴. 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 debe tomar 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.

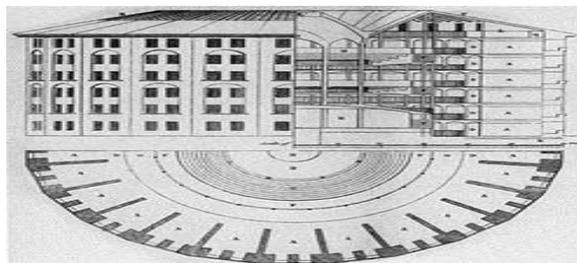
¹⁴ “La naturaleza ha situado al hombre bajo el gobierno de dos señores soberanos, el sufrimiento y el placer. Es por ellos sólo que anunciamos lo que debemos hacer, así como determinamos lo que haremos. Por un lado, el criterio de lo correcto y erróneo, por el otro, la cadena de causas y efectos, están 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).

- 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.

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 prejuicios 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 SOCIOLOGICA

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 AFGANOS¹⁵



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.

¹⁵ SANDEL, M.J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Trad. de J.P. Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, pp.35-37.

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 Latrell 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?

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 acudieran 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 VISTAS¹⁶



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

¹⁶ 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).

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:

- 1.Creencia en el sistema jurídico como algo esencialmente completo y omnicomprensivo
- 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 permiso 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 venta 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 hacina. 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 “¿Porqué 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?

CASO PRÁCTICO 3 (Tema 6)

¿CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN MUTUAMENTE BENEFICIOSOS? ABUSO DE PODER, PERSONAS VULNERABLES Y GRANDES LABORATORIOS FARMACEÚTICOS¹⁷

En un mundo extremadamente desigual donde hay países poderosos y otros débiles, nos encontramos con empresas que aumentan de forma exponencial sus ganancias y personas con grandes necesidades socioeconómicas. Mientras los laboratorios farmacéuticos de países desarrollados necesitan probar sus medicamentos en seres humanos, millones de personas vulnerables de países en vías de desarrollo necesitan medicamentos a los que no pueden acceder dado el contexto de pobreza en el que se encuentran. Ante esta situación, pueden surgir abusos de posiciones dominantes por parte de los grandes laboratorios sobre las personas vulnerables en torno al testeo y acceso a los medicamentos. Surgen así los denominados contratos de explotación en alusión a la relación mutuamente beneficiosa y voluntaria entre actores empresariales y personas vulnerables. Específicamente y a partir de diversos ejemplos, analizaremos si dichos contratos cumplen o no con algunos principios éticos fundamentales y de los que se cuestiona a qué tipo de justicia se ajustan. Para ello, se abordarán los contratos de explotación desde la mirada de distintos filósofos, pretendiendo responder algunos interrogantes y planteando otros.

Se exponen tres casos de investigaciones farmacéuticas que ejemplifican a los denominados contratos explotadores mutuamente ventajosos. Luego se presentan algunos conceptos teóricos que servirán de categorías básicas al momento de analizar las distintas posiciones, como el concepto de vulnerabilidad desarrollado por Luna (2008), el de pobreza global según Pogge (2003) y la obligación por ayudar de Singer (1995). A continuación, se llevará adelante un análisis de los contratos de explotación mutuamente beneficiosos.

Según determinados pensadores, algunas investigaciones llevadas adelante por grandes laboratorios no respetan los principios éticos fundamentales, en cambio para otros son contratos o transacciones explotadoras mutuamente beneficiosas en el ámbito de la investigación farmacológica realizada sobre países en vías de desarrollo. Los sujetos de investigación en esos países son tratados de una manera distinta a cómo son tratados en los países del primer mundo.

-El **primer ejemplo** que tomaremos sucedió a fines de los años 90 en África Subsahariana, Tailandia y República Dominicana, el cual provocó una fuerte polémica internacional por la utilización de placebo en mujeres embarazadas con VIH. El objetivo de estas investigaciones era encontrar un tratamiento más económico y efectivo para prevenir la transmisión vertical del virus a sus hijos. Las mujeres

¹⁷ Tomo como referencia el artículo, del mismo título, de Lucas Stern, publicado en la Revista Bioética y Derecho, 2022, 55:75-89.

embarazadas que participaron de las investigaciones podían recibir el nuevo tratamiento que se estaba probando o, si quedaban en el grupo de control, recibían placebo a pesar de la existencia de otros tratamientos efectivos y aprobados, con la atroz consecuencia para los recién nacidos que se contagiaron con VIH, pudiendo haber evitado ese terrible desenlace. Ese mismo ensayo se llevó a cabo en EE.UU. pero en este caso el grupo de control recibió tratamiento con antirretrovirales, dejando entrever claramente un doble estándar en la investigación.

-El **segundo caso** –el ensayo de la vacuna contra la Hepatitis A- también generó una gran cantidad de controversias éticas. Realizado en 1991 en Tailandia, involucró la participación de 40.000 niños de entre 1 y 16 años. La vacuna testeada en ese grupo sólo brindaba una protección por un año, y al ser tan costosa no devendría accesible para la población que se había sometido al estudio (Luna y Salles, 2008). Así pues, sólo podría ser adquirida por un grupo muy reducido de tailandeses con gran poder adquisitivo o por los turistas de los países más desarrollados que visitaran esa zona.

-El **tercer caso** de una investigación explotadora, a juicio de algunos autores (como por ejemplo Pogge) sería la que pretendía llevar adelante el Laboratorio Discovery Inc. (Lab-D) en Bolivia, donde de un total de 650 bebés nacidos prematuramente con síndrome agudo de insuficiencia respiratoria (ARDS) a 325 se les iba a suministrar placebo en el ensayo de Surfaxina. Esos bebés sufrirían un procedimiento de intubación que no les produciría ningún beneficio, debido a que se les aplicarían placebo en lugar de un medicamento probado y efectivo; lo que produciría el deceso evitable de aproximadamente 140 bebés, que tendrían una muerte dolorosa a causa del ARDS no tratado. Existía el agravante que el mismo laboratorio estaba realizando en Europa un ensayo similar, donde el grupo de control no recibía placebo sino la droga surfactante aprobada por la *Food and Drug Administration* (FDA) lo cual muestra claramente otro doble estándar.

Para analizar las tensiones éticas y jurídicas que surgieron en los casos presentados utilizaremos **distintos elementos conceptuales**.

-En primer lugar, tomamos el concepto de **vulnerabilidad** que ha sido descrito mediante la idea de capas, permitiendo construir la imagen de algo más “flexible”, múltiple, diferente y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No habría una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, pueden darse diferentes vulnerabilidades, diversas capas operando y ellas mismas pueden superponerse (mujer, de raza negra, pobre, anciana, con un grado de discapacidad, y enferma, serían ejemplos de distintas “capas” que se superponen y que van agudizando la vulnerabilidad).

-En segundo lugar, utilizaremos el concepto de **pobreza global**, que sostiene que las carencias o necesidades aprovechadas por las compañías farmacéuticas manifiestan injusticias de las que estas empresas son responsables, al igual que el resto de los ciudadanos privilegiados de países ricos, involucrados en la imposición del orden institucional mundial del cual se benefician. La pobreza absoluta incluye las siguientes

condiciones: desnutrición, analfabetismo, enfermedades, entornos miserables, alta mortalidad infantil y baja esperanza de vida.

Las compañías farmacéuticas han creado medicamentos que podrían utilizarse para tratar las enfermedades de los pobres globales, pero dichas empresas han llevado adelante fuertes lobbies para conseguir patentes muy restrictivas, que les permiten disfrutar precios monopólicos durante veinte años. Los países del primer mundo y sus compañías farmacéuticas han contribuido a la perpetuación de la pobreza global, por ese motivo deberían reducir los daños que ayudaron a producir.

-En tercer lugar, rescatamos el principio ético propuesto por Singer, que sostiene la **obligación de ayudar**: si está en nuestras manos evitar que ocurra algo muy malo sin tener que sacrificar otra cosa que se le pueda comparar moralmente, tenemos la obligación de hacerlo. El argumento sería: si podemos evitar que ocurra algo malo sin sacrificar nada de una importancia comparable, debemos hacerlo.

Las obligaciones hacia los sujetos de investigación varían según se los considere como contratantes o como víctimas. Si son tomados como **contratantes** seguirán el modelo de hombre de negocios que busca hacer un buen trato y si el proceso de negociación fuese justo, los contratantes tendrán derecho a lo que negociaron. En cambio, si son tomados como **víctimas**, serán tratados injustamente o dañados. Unos autores consideran que los Estados poderosos juegan un papel dominante en el diseño e imposición de ese orden mundial, comparten junto a sus corporaciones y ciudadanos la responsabilidad por la pobreza mundial. Otros, en cambio, entienden que esas investigaciones constituyen una “explotación mutuamente ventajosa”, en la cual el consentimiento de la parte débil para llevar adelante la transacción es racional y brindado de manera efectiva, de modo que dicho intercambio beneficiaría al eslabón más frágil.

¿Hasta qué punto sostendríamos como racional el hecho que una gran compañía farmacéutica contratara abusivamente con cada individuo vulnerable que así lo desee? el tener acceso a un medicamento que podría ayudar a mejorar el estado de salud de una persona con varias capas de vulnerabilidad parecería ser más una cuestión de suerte o azar que una elección racional. Asimismo, no deberíamos confundir “tratamiento” con “investigación”. Una cosa es el tratamiento que requiere un paciente y otra muy distinta es la investigación llevada adelante por un laboratorio para probar un nuevo medicamento.

¿Se puede pensar que una relación de explotación llegue a ser beneficiosa para ambas partes? Si pensamos en la esclavitud ¿es razonable que ese vínculo pueda llegar a favorecer al individuo que pierde su libertad? Si bien es cierto que a cambio de perder su libertad obtiene comida y albergue, sin embargo, son beneficios infinitamente menores a los que adquiere la otra parte de la relación.

TAREA:

A partir de los interrogantes que siguen, ELABORE UNA TABLA en la que compare la situación de los contratantes (grandes empresas farmacéuticas) y las personas vulnerables, indicando a qué tipo de justicia se acogería cada una de las partes para justificar el contrato (de explotación). Señale también qué papel considera que le correspondería desempeñar al Estado.

1-En los contratos explotadores una de las partes (la fuerte) se beneficia inequitativamente de la otra (la débil), de modo que dicha transacción puede ser voluntaria o coercitiva para el débil, pero siempre es voluntaria para el fuerte. Asimismo, la transacción puede dañar o beneficiar al débil, pero siempre beneficia al fuerte. El **consentimiento** que brinda la parte débil para realizar la transacción, ¿es supuestamente efectivo y racional?, además ¿esta transacción en teoría lo beneficia en comparación con no realizarla?

2-Los grandes laboratorios farmacéuticos, ¿serían **cómplices** de la injusta inaccesibilidad de atención médica al aprovechar esa carencia para reclutar sujetos en sus investigaciones? Los **intereses** de una persona vulnerable y de los grandes laboratorios ¿pueden equipararse?

3-¿Qué **tipo de justicia** aprecia en esta relación? ¿la utilitarista, que nos aconseja proceder buscando obtener el máximo beneficio posible para el mayor número de personas? ¿la libertaria, que da la primacía a la libertad de acción de cada individuo? ¿otra, como la única posible en una sociedad con deficiencias de justicia distributiva?

4- Una relación de justicia, ¿implicaría que una buena persona no debe utilizar su mayor poder para extraer el **máximo beneficio**, sino que debe de buscar hacerlo en **condiciones equitativas**?

5-En una relación de justicia, ¿qué papel le correspondería al **Estado**? ¿debería llevar adelante un control de esas relaciones entre personas vulnerables y empresas poderosas? ¿debería proteger la libertad de contratar? ¿O debería de proteger a las personas vulnerables?

TEMA 7

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

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

2. LOS USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) 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
- 2.5. Herramientas predictivas para ¿una justicia predictiva?
- 2.6. Un software ¿puede predecir un fallo judicial? La IA ¿conseguirá predecir las sentencias judiciales como resolvería un juez humano?

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 de juez robot

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.

b) Los positivistas nos muestran que entre las reglas de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Y si hay un conflicto entre dos reglas se resuelve mediante la exclusión de una de las dos. Para resolver estos conflictos los criterios centrales son los de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Para los postpositivistas, sin embargo, entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad y de consistencia normativa sino que se recurre a la idea de coherencia valorativa, que es una cuestión de grado. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.

c) Se ha pasado del modelo de la subsunción al modelo de la ponderación y de la ponderación. En el positivismo, el razonamiento jurídico ha de ser subsuntivo. Justificar por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja en el caso genérico descrito por la regla.

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.

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

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.

Hay numerosos estudios sobre los usos de la inteligencia artificial en diferentes áreas (laboral, sanitario, transportes, industrial, agricultura, militar y otras). Sin embargo, el ámbito del Derecho, y especialmente el de la Administración de Justicia, aunque no se ha caracterizado por estar a la vanguardia de los avances tecnológicos, tampoco se ha mantenido ajeno a los mismos. En los últimos años se ha llevado a cabo una modernización significativa de la misma, como se pone de manifiesto con el desarrollo e implementación de LexNET, como plataforma integral de administración electrónica de la Administración de Justicia. 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. De hecho, es abundante la literatura que plantea, aunque sea como mera posibilidad teórica, la aplicación automatizada del Derecho (toma de decisiones legales), llegando incluso a la idea de un “juez artificial”. Ello exige reflexionar sobre la posibilidad de que, en el futuro, los procesos de aplicación del Derecho puedan ser (casi) totalmente automáticos, a través de un “juez robot”, al que se hará referencia más adelante.

2.1. 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.



2.2. La relación entre IA y 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. Muchas de estas problemáticas novedosas no pueden ser adecuadamente gestionadas por los juristas por lo que resulta necesaria la interdisciplinariedad con otras especialidades (filosofía del lenguaje, matemáticas, informática, ingeniería, redes neuronales y otras).

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.

Aquí se hará referencia a algunas de esas aplicaciones de la IA en el sistema jurídico y sobre el procedimiento de la predicción (jurídica) como un medio para paliar la incertidumbre que atenaza al ser humano. Para ello, se partirá de revisar el concepto del Derecho en la medida en que se ha visto influido por un ente invisible empíricamente como es el algoritmo, para centrarnos después en el denominado paradigma de la justicia predictiva. Tal paradigma parece haber desembocado en una necesidad imperiosa de calculabilidad sobre el Derecho, lo que supondría un replanteamiento de algunos presupuestos básicos de la teoría del Derecho.

Esa “justicia algorítmica” y los usos de la IA en los sistemas judiciales tanto para elaborar el “perfilado de los jueces” como para la “anticipación de las decisiones judiciales” se presentan como la consecución de un sueño que siempre ha perseguido el ser humano como es el de alcanzar seguridad y certeza jurídica, pero como cualquier sueño, no está libre de algunas pesadillas. Tales dificultades se pondrán de manifiesto en el análisis comparativo entre la decisión judicial robótica y la decisión judicial humana. Los usos de la IA en el modo de producción de las sentencias judiciales constituyen uno de los desafíos actuales para la Teoría del Derecho.

La Digitalización de la justicia forma parte de las Estrategias de la Unión Europea para los próximos años. La Comisión Europea, a través de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, ha establecido el programa *Europa Digital 2021-2027*. Dicho programa abarca cinco objetivos específicos: Una mayor digitalización de los sistemas judiciales de los Estados miembros puede mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos y las empresas, así como aumentar la eficacia y la eficiencia de los procedimientos judiciales.

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.

En diciembre de 2018, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ)¹⁸ adoptó la Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, al que después se hará referencia más amplia.

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

Los **algoritmos** son computación regulada de procesos que permiten hacer cálculos basados en datos. Los algoritmos se han incorporado de tal manera a la vida rutinaria de los sujetos que pasan desapercibidos, a modo de elemento invisible que orienta las conductas y ello tanto en la *governance* como en el ámbito jurídico. Así, por un lado, los algoritmos han sido arrojados repentinamente al debate público, en el que representan el poder oscuro de la tecnología y el dominación sutil e insidiosa de las principales compañías digitales. Están dotados del poder para alterar las reglas de la economía, las elecciones políticas de los votantes, y la vida cotidiana de los individuos. 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 imparables y, segundo, porque el Derecho siempre ha requerido “sus tiempos” para pronunciarse -sin duda, 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.

¹⁸ 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.

Las **fuentes del ordenamiento jurídico español** vienen definidas en el Artículo 1 del Código Civil y, según el apartado 1.1, son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.¹⁹ Lo completa el apartado 1.8 que establece que “Los Jueces y Tribunales, que están sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley, tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. Lo cual obliga a plantearse si la actividad judicial automatizada está siendo fiel a este precepto. El código fuente acaba operando en la práctica como una norma secreta e indiscutible, lo cual contraviene cualquier exigencia con respecto al modo de producción de las normas jurídicas y de formas de operar. Frente a la aplicación de fuentes abiertas, la IA se inclina por las fuentes cerradas. Se pierde así toda trazabilidad (propiedad o característica consistente en que las actuaciones de una entidad pueden ser imputadas exclusivamente a dicha entidad). Por ello nos adherimos a la propuesta de J. de la Cueva relativa a que, en la escritura del código fuente y de los algoritmos utilizados para los sistemas de gestión y de control del Estado, deben exigirse los mismos requisitos que se establecen para las fuentes del Derecho.

2.4. Los antecedentes de la búsqueda de un concepto del Derecho predictivo

La sociedad actual no gusta de la incertidumbre ni de las esperas y zozobras que un litigio judicial representa. Esa aspiración a conseguir la certeza en el Derecho ha estado presente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. La función predictiva del Derecho no es nueva (la construcción de la lógica: si es A, entonces es B) fue explicada por Aristóteles, pero la unión entre Derecho y esta técnica sí que arroja resultados novedosos.

Conviene clarificar cuál es el concepto de Derecho que se toma como punto de partida. ¿Un Derecho calculable al que se puede llegar a través de lenguaje, de la lógica y de la matemática, como indagó Leibniz? ¿Un Derecho inspirado en el método geométrico-deductivo de las ciencias exactas? ¿Un Derecho apoyado en la abstracción? ¿Un Derecho apegado a los hechos en la línea de las profecías acerca de lo que harán los tribunales? ¿O un Derecho derivado de programas informáticos? Es decir: ¿Es el Derecho puro de la Teoría pura del derecho? ¿El Derecho formalista, fijo en la cúspide de la pirámide kelseniana O es el Derecho entendido como conjunto de predicciones acerca de lo que harán los tribunales –como sostuvo el realismo jurídico americano a través de la influencia del juez Oliver Wendel Holmes? O ¿es el Derecho en red, propio de una sociedad de la comunicación y tecnología? O incluso, como advierte Martínez García, ¿ya no nos conformamos con decir que el Derecho es un conjunto de normas, sino que lo vemos como “un conjunto de programas”?

Leibniz como otros autores iusnaturalistas de la época del racionalismo -como Grocio, Puffendorf, Locke, Hobbes- compartían el ideal de la racionalidad matemática y eran frecuentes sus referencias al método de los geómetras. Tomó como ideal

¹⁹ A esas tres fuentes hay que añadir otras dos: el Derecho de la Unión Europea (artículo 4 bis.1 de la LOPJ) y los tratados y convenios internacionales (artículo 96 de la CE y artículo 1.5 del CC). La **jurisprudencia**, por su parte, tiene un rol complementario.

racionalista el modelo deductivo de los geómetras. Matematizar la realidad y el conocimiento de la misma como procedimiento para obtener certeza era el ideal de cualquier racionalista de la época. Esto le llevó a presentar el derecho natural a través de definiciones, axiomas, reglas y leyes. De este encadenamiento de reglas generales se derivan o se deducen unas de otras a partir de uno o varios principios. Leibniz creyó en la posibilidad de lograr la verdad y la certeza mediante procedimientos formales y entendió que esta teoría era aplicable también al Derecho. Leibniz también investigó sobre una lengua universal capaz de abarcar todos los conocimientos de la humanidad y la concibió como una lengua específicamente numérica.

La concepción del Derecho como predicción acerca de lo que harán los tribunales fue la sustentada por la corriente del **realismo jurídico**, que surgió a finales del siglo XIX en oposición al formalismo jurídico. El realismo conceptúa el Derecho como una realidad y como una práctica en la sociedad cambiante. En Estados Unidos se forjará el realismo jurídico por excelencia a través de la influencia del juez Oliver Wendell Holmes, quien a partir de su célebre opúsculo titulado “La senda del Derecho”, sostuvo que el Derecho no era más que un conjunto de predicciones acerca de lo que harán los tribunales. Los juristas a los que cabe adscribir en esta corriente se oponían al formalismo y a la jurisprudencia mecánica. No es que los realistas nieguen las normas, sino que rechazan que sean las normas las que principalmente determinen las decisiones.

J. Frank, uno de los exponentes de la corriente del realismo norteamericano, tituló precisamente a una de sus obras *Derecho e incertidumbre*. Tomando como punto de partida algunas de las ideas esbozadas por el citado juez Holmes, advierte Frank que ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas o normas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. De ahí que se pregunte por qué se ha de ocultar esa dimensión de incertidumbre, de falta de certeza. Los abogados suelen ocultarla cuando le dicen al cliente que el Derecho dará respuesta a sus cuitas. También la ocultan los profesores de derecho cuando presentan el orden jurídico como un sistema firmemente establecido. También la ocultan los jueces cuando disfrazan sus innovaciones, a veces radicales, bajo la apariencia de una interpretación de la norma establecida, interpretación que revisten con el ropaje de un sesudo pseudorazonamiento lógico, para presentar el fallo como fiel aplicación de una vieja norma, mediante argucias formalistas.

El ser humano del siglo XXI presenta una necesidad casi ontológica de seguridad e intenta superar la incertidumbre que caracteriza a la sociedad. A raíz del Covid-19, la perspectiva del futuro, de qué va a pasar en unos días, unas semanas y meses, se ha convertido en tema recurrente. Se consultan aplicaciones predictivas (estadísticas) acerca de si habrá más oleadas de contagio, cómo rastrear contagios, todo ello para diseñar una planificación.

2.5. 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:
 - 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.

A ambos grupos se hará referencia.

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.²⁰ Consta de seis **módulos** interconectados, cada uno con una finalidad y que aportan una perspectiva completa: 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. [...].

Como elementos a favor de esta herramienta cabe destacar: i) Permite tomar decisiones procesales de forma rápida a través de indicadores gráficos y visuales; ii) Facilita estudiar a fondo la trayectoria del juez que se haya asignado; iii) Permite analizar la trayectoria y argumentos utilizados por los oponentes en casos similares. Como elementos en contra: i) Escasez de sentencias de 1ª instancia, como ocurre en todas las herramientas de investigación legal; ii) Algunos de sus gráficos resultan excesivamente complejos; iii) Todavía está pendiente el módulo de la jurisdicción penal.

Así, siguiendo con el ejemplo de la herramienta de Wolter Kluwer, la Jurimetría del Magistrado tras seleccionar al juzgador que suscita nuestro interés, ofrecería la siguiente información:

1. Resoluciones dictadas por este Magistrado año a año
2. En qué tribunales ha dictado estas resoluciones

²⁰ <http://www.derechopractico.es/guialegaltech/jurimetria/>

3. Temáticas de las resoluciones dictadas por este Magistrado por años
4. Sentido del fallo de las resoluciones dictadas por este Magistrado por temáticas
5. En virtud de las partes del proceso, resoluciones a favor y resoluciones en contra
6. Empresas que han sido parte del proceso
7. Sentido del fallo y su evolución temporal
8. Desestimación y estimación de este Magistrado respecto a la media
9. Abogados que han participado en procesos judiciales de este Magistrado
10. Resoluciones relevantes dictadas por el Magistrado

También ofrece las **temáticas de las resoluciones dictadas por este Magistrado por años**: identifica minuciosamente en qué asuntos y áreas ha dictado estas resoluciones; también el **Sentido del fallo** (estimación, desestimación y estimación parcial) de las resoluciones dictadas por este Magistrado por temáticas; también permite investigar sobre su línea jurisprudencial accediendo al indicador que nos informa sobre las temáticas de las resoluciones dictadas por este Magistrado

Jurimetría utiliza inteligencia artificial (especialmente aprendizaje automático y procesamiento de lenguaje natural) y *big data*. Y ese *big data*, que gira alrededor de la información jurídica, y muy concretamente de la jurisprudencia, está formado por datos realmente objetivos, fiables y ciertos, extraídos de las sentencias o autos relevantes de su base de datos, así como de la **estadística judicial**. 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 cuáles la parte contraria; cuáles han sido los fallos judiciales al respecto y qué razonamientos han seguido,

2.6. 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

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

El uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales, ha sido objeto de estudio por parte de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ)²¹ que, en diciembre de 2018, adoptó la Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno (European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment) (BIURRUN ABAD, 2018: 22).²² 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.

La aplicación de la IA, tanto en la Administración de justicia como en la teoría de la decisión judicial, aunque en principio parece impulsar la anhelada certidumbre y seguridad jurídica, sin embargo, paradójicamente, provoca la aparición de **nuevos riesgos y peligros**:

- Peligro de que se considere que las eficiencias de la inteligencia artificial son la solución a los habituales recortes en la Administración de Justicia, y se justifique su uso por razones puramente económicas, sin valorar adecuadamente su conveniencia;
- Riesgo de una excesiva estandarización de las decisiones judiciales con la consiguiente “uniformidad” de las sentencias hasta el punto de que los jueces sean

²¹ 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.

²² <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for...4.../16808f699c>

empujados a un estándar mayoritario sin cuestionarse la idoneidad de tal estándar. A su vez, esta estandarización llevaría aparejada una motivación más ligera.

Se abren así varios interrogantes sobre ese sistema de excesiva estandarización: ¿se cuestionaría al juez que se salga de lo habitual en su fallo, según el histórico de resoluciones? El juez que se salga de la decisión común estandarizada, ¿debería dar explicaciones adicionales para justificar ese cambio de criterio respecto a la mayoría?;

-Riesgo de que la jurisprudencia acabe teniendo un papel más protagonista en detrimento del legislador, que está más legitimado. Por otro lado, el peso de los precedentes en un sistema como el continental europeo, sigue siendo de menor entidad que en el sistema jurídico anglosajón. Y también hay que tener presentes los cambios de criterios jurisprudenciales y votos particulares, que son difíciles de reflejar en las estadísticas de un software.

-Riesgo de que la generación de resultados estándar en una determinada materia convierta a ese dato en nueva fuente del Derecho.

-Posibilidad de replantear que las normas se establezcan de acuerdo con la tendencia mayoritaria de las decisiones judiciales. Incluso podría cuestionarse el papel y la relevancia de las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores si las decisiones judiciales fueran adoptadas de forma uniforme y no se ordenaran en función de la jerarquía de los tribunales de las que emanan, sino por la cantidad y volumen de una determinada corriente.

-Riesgo de generar un desequilibrio en el caso. El uso de herramientas de inteligencia artificial podría afectar al derecho a un juicio justo. Es decir, si una gran firma, al disponer de mayores medios que un pequeño despacho, podría unir datos públicos y privados con mayor facilidad y fidelidad, obteniendo así un perfilado muy concreto del juez que deba resolver un asunto, generando un desequilibrio.

- Riesgo de generar una deshumanización del Derecho. Las tendencias del positivismo, del formalismo, de la matemática racionalista y técnica, pueden encontrar en las decisiones automatizadas buenos aliados.



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

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

4.1. 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.

4.1.1. La decisión judicial robótica

-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.

-La decisión del juez-robot podrá variar en función 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.

-El juez-robot 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?

-El juez-robot se presenta en principio 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). Aun así, si consigue cambiar la decisión e imponer su

criterio puede ser consecuencia de que, o bien haya surgido un nuevo hecho que puede incidir sobre el juicio, o que se haya producido un error informático. En este caso, se podría entender que había un vicio de origen lo que perjudicaría la creencia en la exactitud de la decisión robótica.

- 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.

- La neutralidad de las decisiones del juez-robot es una entelequia ya que puede estar influida 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. Por ejemplo, para la aplicación de medidas cautelares, o también tras la condena,¹⁰ en un proceso judicial. A su vez, 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.

Como ejemplos de estos algoritmos se encuentra 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.

Además, existe otro algoritmo denominado CAS (*Crime Anticipation System*), su función es predecir los delitos de alto impacto, por ejemplo, el hurto, que puede llegar a ocurrir en zonas específicas. Las variables que usa CAS están relacionadas con aquellos delitos que se han materializado en dicho lugar con anterioridad, además de

tener en cuenta datos “socioeconómicos y demográficos sobre género, etnia [...], edad e ingresos/bienestar, código postal en la ciudad; a la vez usa datos como el historial penal y la distancia de los posibles sospechosos”.

Los diversos algoritmos mencionados, ponderan diferentes variables y son utilizados primordialmente con el objetivo de anticipar la decisión criminal o la reincidencia, e inclusive apoyan la toma de decisiones relacionadas con la libertad, rehabilitación o servicios sociales. Inmerso en estos algoritmos, el 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.²³ 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.

4.1.2. La decisión judicial humana

-El juez-humano parte de la premisa de la libertad para establecer las conexiones lógicas y mentales necesarias para elaborar una decisión. Responde libremente, a diferencia de un juez-robot que responde a partir de los programas de que disponga. “Los autómatas reaccionan, pero no responden”, se limitan a obedecer un programa.

- El juez decide con una discrecionalidad técnica. Discrecionalidad que no debe confundirse ni con arbitrariedad ni con subjetivismo por parte del juzgador. Frente a los “síntomas de subjetivismo” de los jueces (su emotividad, sus prejuicios, su ideología, sus preferencias, su estado de ánimo, su mayor o menor preparación técnica, su capacidad e inteligencia y tantos otros) que harán peligrar la decisión, se erigen los algoritmos, firmes en su ciencia.

-La aspiración de un juez neutral puro no se consigue ni tan siquiera a través de la IA. Ningún sujeto ni tampoco ningún juez es neutral respecto a todos los pre-juicios inherentes a la decisión sobre la solución de una controversia.

- El juez del siglo XXI ha superado el formalismo y, sin renunciar ni un ápice a la seguridad jurídica, es un juez que pondera, que aplica valores, que realiza una compleja operación racional para establecer el razonamiento de su decisión. Esta estructura de

²³ Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

silogismo judicial contribuye a proporcionar una respuesta “mecánica” por parte del juez, actividad silogística que se ha mitificado y que no responde a la realidad.

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.

-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. “La respuesta no es mera cita de un dato normativo sino producto de una operación decisoria. Tiene que ser “conforme a derecho”, “ajustada a derecho”, pero no se limita a copiarlo. No es copia, reiteración, sino re-producción.

4.2. Experiencias en el Derecho comparado de juez robot

Se han puesto de manifiesto las dificultades que conllevaría un “juez robot”, lo que permite ilustrar con mayor nitidez la diferenciación entre los ámbitos o los asuntos objeto de decisión artificial, y aquellos otros que deban ser resueltos por seres humanos.

Ahora bien, una cuestión es qué contenidos o temas se podrían dejar al juicio decisor del juez robot y cuáles no, y otra, si resulta jurídicamente viable. Los jueces robot, ¿serían capaces de hacer algo más que limitarse a aplicar las normas que su sistema se ha aprendido? Un algoritmo ¿puede actuar de forma autónoma como juez? 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**, la iniciativa del juez-robot surgió con *Xiao fa*, el primer asistente artificial que se ha utilizado, y cuya traducción al español sería: “derecho pequeñito” o “ley pequeñita”. El programa piloto empezó a utilizarse en el año 2004, en Shandong, y se aplicó para la resolución de algunos asuntos menores de derecho penal. Este software fue diseñado para estandarizar condenas y generar automáticamente borradores de sentencias. A partir de la experiencia con *Xiao Fa*, se han implementado juzgados electrónicos, como los cibernéticos con sedes en Pekín y en Guangzhou.

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”.

La **empresa israelí** AI21 Labs, ha creado una IA basada en las respuestas de la jueza Ruth Bader Ginsburg, una de las juezas más reconocidas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, mediante la que ofrece un chat de consultas sobre el ámbito legal. La IA ha sido entrenada con más de 600.000 palabras del ámbito legal. Se puede acceder a la web del programa Jurassic-1, y seguir el experimento donde se han repasado las opiniones, entrevistas y sentencias de la jueza. Se puede escribir cualquier pregunta y la IA responderá eligiendo una de las tres opciones (con sí, un no, o un quizás) y argumentará brevemente la respuesta. Ahora bien, aunque esta IA pueda utilizar palabras de la jueza, su estilo se basará en las palabras que se introdujeron, pero no estará razonado. Un algoritmo no es capaz de detectar ni de explicar las razones por las cuales se producen las conductas humanas (PÉREZ, 2022).

Por su parte, **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 (GRECO, 2020). 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”.

Un ejemplo de Estado miembro que ha establecido unas limitaciones es el de **Francia**. El Artículo 33 de la Ley n.º. 2019-222, de 23 de marzo de 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, establece que:

“Los datos concernientes a la identidad de los magistrados y miembros de la oficina judicial no pueden ser objeto de una reutilización que tenga

por objeto o por efecto evaluar, analizar, comparar o predecir sus prácticas profesionales reales o supuestas”.

El incumplimiento conlleva un reproche penal, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes, así como de otras penas complementarias. Lo cual no obsta a que el Gobierno de Francia haya comenzado a implementar un proyecto de reforma de la Justicia (2018-2022), que abordará una primera introducción de este tipo de soluciones (al que empezará destinando unos 500 millones de euros) dirigidos a la digitalización para, entre otras cosas, automatizar cuestiones a las que los jueces tienen que destinar mucho tiempo. El proyecto francés apunta así a la posibilidad de implementar "mecanismos algorítmicos de resolución de conflictos para asuntos judiciales relativamente menores", por valor de entre 4.000 y 6.000 euros.

Soluciones similares ya se han establecido en otros países europeos, como **Estonia**, 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. De ahí que, a partir de este contexto, Ott Velsberg, Oficial Jefe de Datos del gobierno estonio y director y artífice de este proyecto, haya propuesto la creación de “jueces robot” en juicios menores, es decir aquellos litigios en los que los montos de las disputas sean de 7000 euros o menos. Se cree que, con la implementación de este sistema de IA, la actividad jurisdiccional de Estonia podría verse positivamente afectada por un incremento sustancial de la rapidez en la que los jueces y funcionarios dan respuesta a los casos. El proyecto en el país báltico se centra 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). Este sistema no implica una verdadera aplicación de la IA (no al menos para resolver la controversia), sino que se trata de una mera tramitación digitalizada del litigio de que se trate. Se aportarán documentos digitalizados para resolver sólo reclamaciones civiles de importe inferior a siete mil euros. Estos mecanismos de digitalización (ODR) permiten eliminar burocracia y papeleo por lo que los objetivos de rapidez y ahorro de costes son evidentes. Sin embargo, se trata de una aplicación experimental y limitada a cuestiones de trámite. Se sigue trabajando en avanzar desde el ODR puro al ODR con IA (ODRA o IDR), que ya no sólo se encargarían de la tramitación del procedimiento, sino que ofrecerían una solución a las partes.

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? (Román, 2021).

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 Debatar: ¿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?

Para debatir: DECISIÓN JUDICIAL ROBÓTICA VS JUSTICIA DECISIÓN JUDICIAL HUMANA ¿ES LEGAL UNA JUSTICIA PREDICTIVA? Tribunales algorítmicos conducidos por jueces robóticos que prometen agilizar la actividad de los juzgados

En el preámbulo de 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, subraya la necesidad y conveniencia de llevar a cabo un proceso de modernización de la justicia para lo que la incorporación de las nuevas tecnologías en las oficinas judiciales se presenta con uno de los objetivos principales. Se considera que su uso generalizado y obligatorio conllevará varias ventajas tales como una mejora de la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia; un abaratamiento de los costes del servicio público de justicia; y una mejora de la confianza en el sistema, lo que se traduce en mayor seguridad. En definitiva, supondrá actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas.

Entre las diversas actuaciones se regula la denominada “actuación judicial automatizada”. En el Anexo de la citada Ley 18/2011, de 5 de julio, se la define como “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. Ello lleva a plantear si puede haber jueces robots (sistemas algorítmicos que decidan los fallos judiciales).

La aplicación de la IA al trabajo jurídico plantea un conjunto de desafíos, tales como: i) Creación de sistemas expertos que permitan la interpretación y aplicación judicial del Derecho, elaborando y manejando “razonamientos jurídicos”; ii) El problema teórico de la “indeterminación” o “incertidumbre” consustancial a la interpretación jurídica; iii) La problemática de la “seguridad jurídica”, y más específicamente la debatida cuestión de la predictibilidad de las decisiones judiciales. Así, recientemente hemos asistido al diseño de un algoritmo que, basándose fundamentalmente en una serie de indicadores sobre la conducta previa de los miembros del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, fue capaz de predecir correctamente el 70% de las decisiones de este tribunal. También, utilizando un modelo basado exclusivamente en el análisis del lenguaje se ha aplicado a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se ha obtenido un grado de acierto en sus predicciones del 79%. Pero ¿hasta qué punto nos puede aproximar la IA al ideal de la certeza en el Derecho?

Ha habido experiencias predictivas de justicia en diversos países tales como Estonia, China, Reino Unido y Estados Unidos. Aprovechando esa posibilidad de que la IA pueda llegar a predecir lo que un juez decidirá en ciertos casos, en Estonia se está desarrollando un robot capaz de ejercer el papel de los magistrados en casos menores que no sobrepasen los 7.000 euros. Se centrará en disputas contractuales,

donde las dos partes tendrán que subir la documentación a Internet y emitirá después un veredicto. Aunque aún no hay mucha información sobre este robot-juez, parece que los afectados podrán recurrir a un tribunal humano después si no están contentos con la decisión.

El Reino Unido y EEUU ya llevan tiempo usando otra máquina (que en realidad es un chatbot) para solucionar los contenciosos que se generan a partir de las multas de aparcamiento. Con la creación de Joshua Browder -un estudiante de la Universidad de Stanford- en junio del 2016 ya se habían revocado más de 160.000 multas mal puestas por los agentes de tráfico británicos y norteamericanos. En Estados Unidos se utiliza el ya citado programa COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) en la justicia penal.

Hay otras experiencias tales como en Argentina con PROMETEA; en Brasil con VÍCTOR; en Inglaterra una policía predictiva con HART, que intenta identificar los lugares y zonas donde con mayor probabilidad pueden producirse conflictos y delitos; en Alemania han diseñado PRECOBS; en Italia, XLAW, sistema que aplica la policía para predecir situaciones de delito; en Japón VAAK, software que analiza el lenguaje corporal e identifica las actitudes más sospechosas, intentando también que las fuerzas del orden se anticipen al daño.

CUESTIONES:

1.¿Qué papel que le corresponde al algoritmo? ¿sólo debe ser el de auxilio a la decisión judicial o debe tener capacidad de decidir?

2.El juez, ¿puede ser sustituido por un algoritmo? ¿Cabe pensar en un juez-robot? ¿En una decisión judicial totalmente automatizada? El juez, ¿desarrolla alguna función que un algoritmo no puede? ¿Cuáles?

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. ALGUNOS MARCOS TEÓRICOS SOBRE LA JUSTICIA PARA ENTENDER LA JUSTICIA ALGORÍTMICA

3. LOS SESGOS ALGORÍTMICOS: AMENAZA A 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: CONTRARRESTAN LA AMENAZA A LA LIBERTAD Y A LA IGUALDAD

4.1. Orígenes de los neuroderechos

4.2. 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).

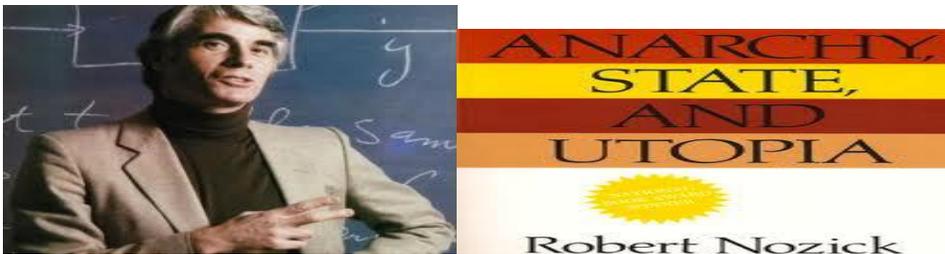
- Críticas a su Teoría de la Justicia.

El **necontractualismo** 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 lockeano, 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.

. 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 tiene 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 libertad²⁴. Subraya Nozick que la interferencia continua con la libertad, se produce siempre que tratamos de aplicar modelos pautados de justicia.

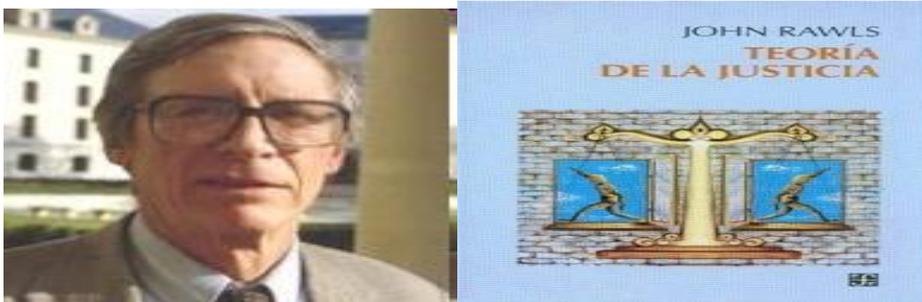
Su intento es mostrar que, si admitimos la existencia de derechos naturales al estilo den los de Locke, entonces el Estado (a decir verdad, no cualquier forma de Estado sino un Estado mínimo lockeano, limitado a las estrechas funciones de control y seguridad del tráfico social) es justificable porque 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.

²⁴ Vid. NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F:C.E., 1988.

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, 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 n° 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:

En nuestra época, se ha encontrado un fundamento aceptable para obedecer a la autoridad legítima; conquistados los derechos del hombre, aceptado el principio de soberanía popular y con él, la democracia basada en el sufragio universal; y eliminadas las desigualdades jurídicas más alarmantes, como las basadas en privilegios de casta, sexo, raza, el principal problema político que continúa por resolver es el de las grandes desigualdades económicas y sociales y respectivas consecuencias.

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. El problema sólo se puede resolver, por tanto, a través de *una armonización de los dos principios*.

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.

Sin embargo, otros **discrepan** de la teoría de la justicia rawlsiana:

-**Angela Aparisi**, por ejemplo, critica que la propuesta por John Rawls, máximo exponente del liberalismo igualitario, presente la justicia como un cierto **orden o cualidad de la vida social** y dejando así de lado la noción clásica de justicia, entendida como la **virtud personal** consistente en dar a cada uno lo que le corresponde.

-Por su parte, I. **Massini** señala que la “teoría de la justicia (de Rawls) no presupone la **virtud** – al menos la virtud de la justicia- en los miembros de la sociedad justa, sino que consiste solamente en **un cierto modo de disponer** las relaciones y prácticas sociales”. A ello habría que añadir que el modelo de sociedad que propone Rawls se construye sobre el presupuesto de que los agentes morales son “egoístas racionales”. De este modo, una de las bases para poder llegar a acordar los principios de justicia es el puro **autointerés**. Nada queda para la **exigencia de perfección moral** de los contratantes. En definitiva, como señala Massini, nos encontramos ante “una extraña fórmula de pesimismo antropológico y optimismo social”, de acuerdo con la cual la agrupación de hombres injustos puede alcanzar, si se siguen determinadas reglas, una sociedad justa.

Para debatir- OBLIGATORIEDAD DE VACUNARSE CONTRA EL COVID. LIBERTAD, IGUALDAD Y NO-DISCRIMINACIÓN

El escenario pandémico ha abierto una amplia actividad ante los tribunales por vulneración de derechos humanos -sobre la que no puedo ahora extenderme- que abarcan distintas situaciones y que afectan a diversos derechos humanos y sobre los que voy a reseñar dos casos.

1-Desacuerdo de los progenitores sobre administración de vacuna a un menor: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Icod de los vinos. Resolución: Auto 000314/2021, de 10/12/2021 sobre menor de 15 años, hijo de padres divorciados

El padre está a favor de que vacunen al hijo, por entender que es lo mejor para su hijo, porque considera que la vacuna del Covid es buena y le va a proteger. La madre está en contra de que se le administre la vacuna por: i) principio de prudencia, porque se desconocen los efectos de la vacuna a medio y largo plazo, ya que los ensayos clínicos no han terminado; ii) aporta con anterioridad al acto de la vista abundante documentación médica y científica sobre la vacuna; iii) la vacuna pueda producir efectos adversos a largo plazo (hay condenas a farmacéuticas caso talidomida) y corto (miocarditis, pericarditis); iv) no hay consentimiento informado ni ponderación entre riesgos posibles y beneficios esperables, ponderables por el facultativo en cada caso; v) no razones de solidaridad. vacunar a los niños para proteger a los abuelos es éticamente dudoso. mascarillas, distancia, están funcionando, vi) las vacunas no inmunizan frente al virus, ni evitan contagio, ni impiden transmisión (actualmente, los contagios son superiores a hace 1 año). Es un terreno de inseguridad científica, plagado de incertidumbre. Finalmente, el Juez hace una ponderación de riesgos y beneficios: los menores apenas son afectados por el virus. Por el principio de prudencia, se atribuye a la madre la facultad de decisión.

.2.Derecho a la igualdad y no-discriminación. Derecho de libertad

La obligatoriedad de la vacunación ha sido objeto de debates encendidos sin que haya habido una política común sanitaria en los países de la UE.

Por ejemplo, Policías, militares, sanitarios, maestros, profesores y personal no docente de las escuelas tienen que estar vacunados en Italia. Quienes no lo estén serán suspendidos de su empleo durante un período inicial de cinco días y multados con entre 600 y 1.500 euros. A los miembros de las fuerzas de seguridad, además, se les retirará el arma y la placa. Desde el 01 de febrero de 2022 se ha extendido esta medida a todos los mayores de 50 años.

Tal obligatoriedad de vacunación pone de manifiesto el debate entre el ejercicio de la libertad y la salud pública, como si fueran dos derechos contrapuestos. Ello ha

provocado la interposición de algunas demandas, incluso ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos: COVID/ Tribunal de Derechos Humanos- Caso Thevenon v. Francia- Demanda contra Estado francés en que actor alega vulneración de derechos y discriminación por obligatoriedad de vacunación contra el COVID-19.

El caso versa sobre obligación de vacunación impuesta al solicitante, por su profesión de bombero profesional. Se toma como base la Ley N° 2021-1040 del 5 de agosto de 2021 sobre manejo de crisis sanitaria. En su artículo 12, enumera las personas sujetas a vacunación obligatoria contra Covid-19, a menos que haya una contraindicación médica reconocidos, ya sea por el tipo de establecimiento en el que trabajan sus funciones, o su profesión, como los bomberos. Los profesionales interesados ya no pueden ejercer su actividad si no han satisfecho la obligación de vacunación presentando su certificado de vacunación. El demandante alega que se ha violado su derecho al respeto de su vida privada y que ha sido víctima de discriminación basada en su profesión. La suspensión de su actividad profesional y pago de su remuneración ha habido vulneración de su derecho al goce pacífico de sus bienes (art. 8 y art. 14 CEDH).

CUESTIÓN:

En este segundo caso, ¿considera que el demandante, bombero de profesión, puede hacer valer los derechos que invoca del Convenio Europeo de Derechos Humanos? ¿Qué debe primar, su libertad/igualdad o la salud pública?

II- 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 las amenazas y males que también pueden desencadenar. La primera relación entre la IA y el Derecho fue llevada a cabo por Buchanan y Headrick (1970), cuando se plantearon de modo directo y concreto la cuestión de si el razonamiento jurídico era susceptible de ser computable. Desde entonces, se han realizado múltiples trabajos y análisis sobre esta especialidad.

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.

Con la utilización generalizada de modelos de aprendizaje automático en nuestra vida diaria, los investigadores han reflexionado sobre cómo equilibrar las ventajas que aportan con respecto a sus también efectos negativos. Los usos de la IA en el Derecho suponen un reto para la ética y para el Derecho antidiscriminatorio, retos que acaban confluyendo en la necesidad de que la justicia presida el diseño, el funcionamiento y las decisiones que se adoptan a partir del algoritmo. Reducir o minimizar sesgos, velar por el respeto al principio de igualdad de oportunidades, neutralizar prejuicios, resolver la dicotomía discriminación directa/discriminación indirecta, son sólo una muestra de las aplicaciones concretas de la exigencia de justicia algorítmica y de la búsqueda de equidad e imparcialidad en la toma de decisiones. Para evitar malentendidos conceptuales, hago la advertencia preliminar de que "Justicia" y "equidad" (*fairness*) no son términos sinónimos

Para atribuir el calificativo de "justo" al algoritmo, conviene partir de algunas **precisiones acerca de la idea de la justicia.**

Como se indicaba en la Introducción del Temario, una acepción de Justicia comúnmente aceptada es la formulada por el jurista romano Ulpiano, donde la justicia se define como "la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde". Ahora bien, si la justicia tiene que ver con cómo se trata a las personas individuales ("a cada uno lo que le corresponde"), la dificultad radica en identificar qué sea lo que le corresponda a cada uno, ese '**suum cuique**'. Apunto aquí algunas ideas clave:

-**Libertad, oportunidades, recursos**, etc. que son potencialmente conflictivos, y apelamos a la justicia para resolver tales conflictos determinando a qué tiene derecho cada persona.

-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.

-**Justicia e imparcialidad** son un binomio especialmente sensible y que se requiere mutuamente (Barry, 1995). La justicia es lo opuesto a la arbitrariedad. Requiere que cuando dos casos sean relevantes, deben ser tratados de la misma manera. Ahora bien, cabe plantear la pregunta "¿qué tipo de igualdad requiere la justicia?" (Dworkin, 2003; Sen, 1980); lo que exige la justicia ¿es siempre igualdad, ya sea de trato o de resultado? La justicia requiere la aplicación imparcial en unos casos, pero en otros, como ya advirtió Aristóteles, la justicia también implica la idea de trato proporcional, lo que implica que los destinatarios obtengan cantidades desiguales de cualquier bien en cuestión (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, cap. 3). La igualdad aquí es el principio por defecto que se aplica en ausencia de reivindicaciones especiales que puedan presentarse como razones de justicia.

- El **igualitarismo estricto**, que exige la asignación de bienes materiales iguales a todos los miembros de la sociedad. La justicia como igualdad y la justicia como merecimiento parecen estar en conflicto, y el desafío es mostrar qué puede justificar la igualdad de trato frente a las desigualdades del merecimiento.

-La **justicia distributiva** requiere que los recursos disponibles para el distribuidor se compartan de acuerdo con algún criterio relevante, como la igualdad, el merecimiento o la necesidad. Por su parte, el denominado el "igualitarismo de la suerte" comprende diversos intentos de diseñar principios distributivos que sean apropiadamente sensibles a las consideraciones de responsabilidad y suerte (Young, 2011). Los principios distributivos varían en numerosas dimensiones. Varían en lo que se considera relevante para la justicia distributiva (ingresos, riqueza, oportunidades, trabajos, bienestar, utilidad, etc.); en la naturaleza de los destinatarios de la distribución (personas individuales, grupos de personas, clases de referencia, etc.); y sobre qué base debe hacerse la distribución (igualdad, maximización, según características individuales, según transacciones libres, etc.).

-**No hay consenso sobre una teoría integral de la justicia**. Algunos autores, se refieren a la misma no como un conjunto de principios sino como una **virtud**. De ahí que, en ocasiones, haya que conformarse con **teorías parciales**: teorías sobre **lo que la justicia requiere en dominios particulares de la vida humana**. Tales teorías parciales se proyectan sobre la justicia algorítmica y permiten entender las dificultades para lograr un consenso sobre la *fairness* en ML.

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 otros atributos con respecto a los que se puede desarrollar una discriminación. La *fairness* de un algoritmo 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, 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.

Reclamar imparcialidad, equidad y justicia a la IA resulta, para algunos sujetos, **más confiable** que reivindicarlo de una inteligencia humana, en el sentido de que consideran que tienen una probabilidad mayor de obtener un proceso o una decisión imparcial mediante un sistema automatizado que a través de un juicio humano. Pero ni la ingeniería informática, ni la matemática, ni un entrenamiento estadístico con patrones “imparciales” puede garantizar una equidad total, ya que garantizar la equidad para uno (o un grupo) puede conllevar la injusticia de otro (o de otro/s grupo/s).

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

Voy a detenerme, entre otros, en **cuatro marcos teóricos** bajo los cuales se puede entender la justicia: el utilitarismo, el contractualismo, el comunitarismo y el igualitarismo (Zeyu et al., 2022):

-La **perspectiva utilitaria de la justicia**. El utilitarismo tiene como objetivo maximizar el bienestar, y producir la mayor cantidad (en términos de las utilidades agregadas) de bien para el mayor número de individuos. El utilitarismo juzga los resultados sumando los niveles de utilidad y no tiene una preocupación independiente sobre cómo se distribuye esa utilidad entre las personas. La evaluación es solo con respecto a las consecuencias sin ninguna consideración sobre cómo se llega a tales resultados. Es decir, la justicia o la equidad debe tomar la forma de beneficios/cargas, es decir, los medios para obtener la felicidad en lugar de la felicidad/infelicidad misma.

-La **perspectiva contractualista de la justicia**. Los filósofos contractualistas abordan la justicia mirando para principios (hipotéticos) en forma de acuerdos a los que se

comprometen las instituciones y los individuos. John Rawls presenta el escenario donde los individuos saben que sus “concepciones del bien” son en general diferentes, pero al mismo tiempo, la concepción del bien de cada individuo se coloca detrás de “un velo de ignorancia”. Su concepción de justicia entendida *como equidad*, ya había sido propuesto en *A Theory of Justice* (1971), y se reformula en *Justice as Fairness* (2001), dando forma a una teoría de la justicia a partir de la idea de un contrato social. Los dos principios de justicia (igual libertad para todos y principio de la diferencia) sustentan una determinada concepción de la justicia. Las desigualdades económicas y sociales tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que darse en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia). Dicha concepción se explica desde valores políticos y no desde una doctrina moral, religiosa o filosófica.

La mayor parte de quienes trabajan sobre *fairness* algorítmica adoptan una visión típicamente liberal del concepto de justicia, centrada sobre la tutela de los derechos individuales y sobre la probabilidad que cada uno tiene de que sus derechos sean respetados por los instrumentos informáticos y menos, por una concepción de la justicia de tipo distributivo, es decir, más en la línea de la propuesta de Rawls, más típica de la social-democracia. Del lado de los liberales, además de Rawls, se puede citar a autores como Thomas Nagel y Ronald Dworkin. Los liberales, herederos de Locke, Kant y Mill, comparten la misma defensa de la libertad de conciencia, respeto por los derechos del individuo y la misma desconfianza con respecto a la amenaza de un Estado paternalista.

-La propuesta de justicia de comunitaristas (tales como Alasdair MacIntyre, Michel Sandel, Charles Taylor y Michel Walzer). Como explica Sandel, la justicia “no solo trata de la manera debida de distribuir las cosas, sino que trata también de la manera debida de valorarlas”. Los comunitaristas, tomando sus raíces del aristotelismo, de la tradición republicana renacentista y de la hermenéutica contemporánea, comparten una desconfianza hacia la moral abstracta, una simpatía hacia la ética de la virtud y una concepción de la política inclinada hacia la historia y las tradiciones.

Este planteamiento entre liberales y comunitaristas se puede circunscribir a unas antinomias esenciales, como individuo x comunidad, derechos x virtudes, justo x bien. Las respectivas teorías de la justicia de Walzer (teoría de la complejidad) y de Rawls (justicia como equidad) son un exponente de esa variedad de concepciones sobre la justicia y permiten comprender la dificultad que tiene este tema a la hora de plasmarlo en un algoritmo. A juicio de algunos autores, no es tanto el debate entre liberalistas y comunitaristas pues, en ambos entornos hay liberales, sino que se trata de un debate entre la concepción moderna del hombre, individualista, racionalista y universalista *versus* antropologías sociales, históricas, hermenéuticas y contextualistas. Walzer desarrolla su planteamiento sobre la justicia distributiva, de tipo particularista, confrontando la tesis de Rawls, según la cual existiría un criterio distributivo universal para todo tipo de bienes. Los tres principios de distribución que señala (el intercambio

libre, las necesidades y el mérito) se inscribe en una defensa de la libertad sin renunciar a la igualdad.

Por regla general, los ciudadanos compiten en cuanto a la demanda de libertades, oportunidades, recursos y modos de tratamiento. El concepto y criterio de justicia está influido por **elementos socio-institucionales**, a los que conviene hacer referencia. Rawls, al ocuparse sobre la "justicia" aplicada a las principales instituciones sociales, señala que, incluso las personas que no están de acuerdo con lo que exige la justicia pueden estar de acuerdo en que necesitan algunos estándares para cumplir esta función -determinar cuáles son los derechos y deberes de las personas y cómo debe ser la distribución de los beneficios y las cargas por el hecho de vivir juntos- (Rawls, 2006). Ahora bien, no todos los teóricos políticos definen la justicia en términos rawlsianos. Así, el **velo de la ignorancia** que, a juicio de Rawls, evita que el pueblo en la posición original conozca su identidad y sus características personales y sociales, no encajaría con el conocimiento que hay que tener sobre las injusticias del mundo real y las divisiones sociales (por ejemplo, de raza y de género) y que informan y ayudan a conformar nuestro razonamiento sobre la justicia y, por ende, ser tomadas en consideración para lograr la *fairness* del aprendizaje automático.

-La **perspectiva igualitaria de la justicia**. El igualitarismo pretende establecer algún tipo de igualdad. La distribución igualitaria (de oportunidades) como un punto de partida, permite desviaciones de la línea de base de igualdad si tales desviaciones resultan de elecciones responsables de individuos; el **igualitarismo de la suerte**, como una llamada a la responsabilidad, agrega una restricción adicional de que las desigualdades resultantes de la suerte bruta deben ser restringidas (Miller, 2001).

Las estructuras sociales son poderosos agentes de desigualdad, discriminación, prejuicios y parcialidad. Como ha apuntado Iris Young, las personas ocupan diferentes posiciones dentro de una "sociedad estructurada", cada una de ellas con sus correspondientes expectativas, ventajas, y desventajas. Las estructuras sociales se convierten en lugares de injusticia cuando empoderan sistemáticamente a las personas en algunas posiciones al **desempoderar** a otros -como en el caso de los hombres en el mercado laboral cuando, en el caso al que aludiremos después, al aplicarse el algoritmo que utilizada Amazon para la contratación laboral, eran empoderados porque las mujeres estaban desempoderadas-. Un algoritmo puede aplicar formas de acción positiva o acciones afirmativas para compensar directamente algunas categorías desaventajadas, especialmente, algún grupo desventajado, actuando de este modo como una forma de "acción positiva".

En esta línea, se argumenta que las personas pueden experimentar la opresión de manera diferente en función de su superposición de identidades, lo que se denomina como "**interseccionalidades**". Por ejemplo, una mujer de raza negra, con una discapacidad y pobre, puede experimentar opresión no experimentada por otras mujeres, o por otras personas de raza negra o por otras personas que dispongan de una economía saneada, o por otras personas que no tienen una discapacidad. Instituciones,

estructuras de poder, sistemas políticos, contribuyen a incrementar o reducir las injusticias. De ahí que todos estos factores deban ser tomados en consideración para configurar la *fairness* algorítmica. Ahora bien, esto lleva a plantearse si lo que en realidad se está pidiendo al algoritmo es que sea capaz de procesar adecuadamente el sumatorio de atributos sensibles de un individuo para atribuirle la discriminación positiva que le correspondería por cada característica.

3. LOS SESGOS ALGORÍTMICOS: AMENAZA A LA IGUALDAD



Comienzo subrayando la falta de una definición “jurídica” sobre qué sea sesgos. En este sentido, este es uno de los aspectos que se ha señalado por los expertos que debería de contemplar la versión definitiva de lo que, ahora, es la *Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA* (Ley de Inteligencia artificial) de 2021. El proyecto de Reglamento, en su punto 3.5, sobre el uso de una IA fiable en cuanto a los derechos fundamentales, hace mención expresa a la Carta de derechos fundamentales de la UE, y a la promoción de la protección de derechos como el de no discriminación (art.21) y a “minimizar el riesgo de adoptar decisiones asistidas por IA erróneas o **sesgadas**”. Mientras tal Propuesta se consolida en Reglamento, hay que partir ahora 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.

Se hace necesario indagar porqué los sesgos -que se encuentran en valores, creencias, normas, culturas-, también se hallan en los algoritmos con los que trabaja la Inteligencia Artificial. ¿Obedecen a que están incorporados a los datos?, ¿son

consecuencia de un defectuoso entrenamiento de los algoritmos? ¿existen porque el programador los ha incluido? Tanto los conjuntos de datos como las decisiones computarizadas ofrecen una representación imperfecta del mundo, ya que constituyen juicios humanos que reflejan una visión sobre cómo es el mundo. Los sesgos algorítmicos no ocurren de manera espontánea. Los algoritmos de IA basados en datos, no producen sesgos pero sí pueden reproducirlos sin la adecuada intervención humana y ello en tres de las fases principales: en la recolección de los datos, porque tales datos recopilados reflejen prejuicios ya existentes; en la preparación de datos de entrenamiento (a la hora de seleccionar y procesar los atributos que les proporcionamos al algoritmo); y en la toma de decisiones (las propuestas y decisiones que se adoptan a lo largo de todo el ciclo de vida del desarrollo inteligente).

Los sistemas de Inteligencia Artificial se basan en correlaciones, en diseño de perfiles, en búsqueda de patrones, y precisamente esa es una de las grandes diferencias con la inteligencia humana -y lo que, a la postre, puede derivar en una padronización de modelos erróneos que acabe desembocando en los sesgos -como es el caso del ya conocido sesgo por raza del modelo COMPAS -puesto de manifiesto por un estudio de ProPublica- en el ámbito penal norteamericano, en la sentencia de 13 de julio de 2016, Wisconsin, Suprema Corte, *State v. Loomis*, en la que se recurrió a la IA para definir la probabilidad de reincidencia de un acusado. Las personas diferenciamos correlaciones de causa-efecto, pero las máquinas no.

La problemática de los sesgos algorítmicos- tanto en su sentido técnico como jurídico- puede englobarse en el “**Estado algorítmico de Derecho**”, como apunta que Barrio Andrés (2020):

Se sabe que los sistemas algorítmicos plantean diversas cuestiones relacionadas con la parcialidad, la injusticia y la discriminación en las decisiones que adoptan, así como con la transparencia, la explicabilidad y la rendición de cuentas en lo que respecta a su funcionamiento o la protección de los datos, la privacidad y otras cuestiones de derechos fundamentales, entre otras. Incluso podemos hablar de “absurdos algorítmicos” para calificar sus cálculos incorrectos.

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 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. 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.

3.1. 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, bien sea porque se busca a propósito tal discriminación o porque no se busca pero 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 a Adminsitración.

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 en esos momentos por SyRI desembocaba en una estigmatización y discriminación de la ciudadanía. (Fernández, 2020). 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. El caso refleja dos caras que se enfrentan constantemente en el debate de si es lícito depositar nuestra confianza en algoritmos que, por su diseño o entrenamiento, pueden presentar sesgos ocultos.

Aquí también se puede traer a colación el caso del bono social de electricidad **español**, que es 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 personas que 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 los 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-.

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 autoreferencia; y que refuercen la transparencia y la explicabilidad (*explicability*); por último, la supervisión humana final permitirá ejercer el último control.

3.2.¿Pueden ser justos los algoritmos?

Dada la exigencia de no-discriminación y respeto a la igualdad que se exige a los algoritmos, cabe preguntarse si pueden ser justos y/o equitativos y/o imparciales en el aprendizaje automático (*machine learning*) y, si es así, se debería concluir qué se debería exigir para ajustarse a tales reivindicaciones. Tal exigencia no deja de ser una utopía ya que, si se traslada ese debate al ámbito real, es conocido el debate sobre la justicia y las dificultades de llegar a un consenso sobre la justicia, como también sobre la equidad y la imparcialidad (*fairness*).

Justo / equitativo/ imparcial no son exclusivamente construcciones jurídicas sino esencialmente morales. Aquí surge una primera dificultad: que los algoritmos

aprendan nociones morales, que los algoritmos minimicen los daños que causan. Habría que establecer en qué modelos de algoritmos se producen sesgos; habría que medirlos (cada resultado matemático de sesgos responderá a un tipo de sesgo); habría que identificarlos, lo que exigiría establecer y definir qué principios éticos hay detrás de cada definición. Son muchos los **interrogantes** que subyacen:

- i) ¿Cómo se mide el *fairness* en un proceso de decisión? Por un lado, habría que diferenciar el *fairness* de grupo (tratar a dos grupos de manera equivalente) del *fairness* individual (tratar a dos personas de manera similar), pero tomando en consideración que la formalización del concepto de *fairness* entre individuos y grupos sociales da lugar a líneas de incompatibilidad y de fricción;
- ii) ¿Cómo definir los grupos? ¿Por atributos (género, etnia, orientación sexual o política)?
- iii) ¿Con qué porcentaje de equidad nos podemos conformar para considerar que un algoritmo es justo? ¿Un 50%? Para evitar los sesgos, el algoritmo debe tratar de forma similar a dos grupos o dos individuos, pero ¿en qué porcentaje? ¿cuál es el mínimo? En el caso de un sesgo de género, la búsqueda del algoritmo equitativo, ¿podría potencialmente aplicar la forma de “acción positiva” o acción afirmativa, con el propósito de compensar directamente alguna categoría o grupo en desventaja?
- iv) Incluso, cabría preguntarse si, en algunos casos, ante la dificultad de lograr un consenso sobre la “justicia algorítmica”, podría considerarse lograda esa justicia con la “explicabilidad”. Por ejemplo, el algoritmo de una entidad bancaria no concede un crédito y su algoritmo explica el porqué. Es decir, que sea suficiente con que el algoritmo se pueda explicar, aunque no sea justo. Las distintas fases (datos, modelos, decisiones, medición de la causabilidad) deberían ser sometidas a control para verificar la ausencia de parcialidad o de injusticia.

3.3. Los sesgos algorítmicos por razón de género. Algunos casos

El surgimiento de las plataformas como modelo económico dominante ha aumentado exponencialmente los sesgos. 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. La desigualdad en la publicidad, el cine, los videos musicales y la televisión cobra una nueva vida cuando las plataformas toman decisiones algorítmicas basadas en estos contenidos, lo que potencialmente multiplica los prejuicios y establece un círculo vicioso. Redes sociales, plataformas de compra online, motores de búsqueda, chatbots (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 modalidades de sesgos: i) *Machine Learning*; ii) Sistemas de reconocimiento facial; iii) Chabots y asistentes de voz.

3.3.1. Datos sesgados y *machine learning*

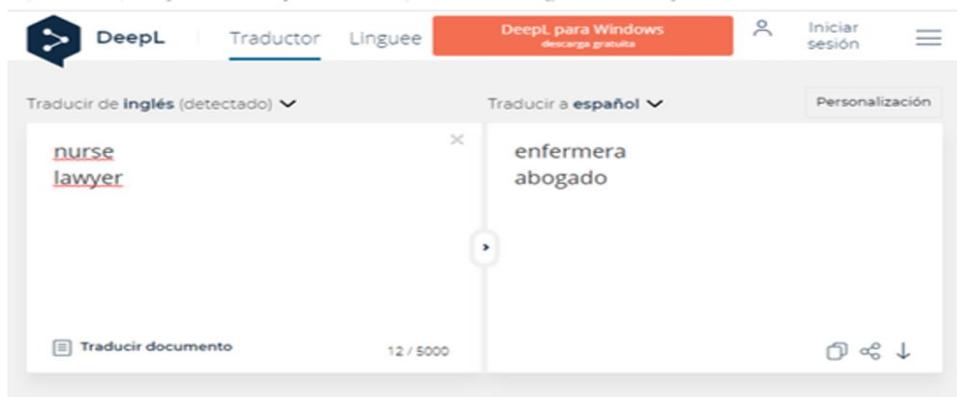
Algunos programas de computación trabajan asociando una palabra con otra mediante vectores. Apoyándose en significados semánticos, se establecen analogías y conexiones entre términos en un contexto de *machine learning*.

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. Para demostrarlo, se han realizado diversas pruebas con Google, a través de la técnica de mapeo de palabras, y a partir de datos de Google News (la base más extensa de las que hay). El resultado es que contiene prejuicios y sexismo. 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.



Un estudio, aplicando el denominado Test de Asociación Implícita (TAI), un método comúnmente utilizado para medir los prejuicios en los seres humanos ha demostrado que cuando estos sistemas aprenden un idioma a partir de textos ya existentes se ven contagiados de los mismos prejuicios raciales o de género incluidos en el lenguaje. 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**, resultado de una selección discriminatoria producida por técnicas de *data mining* al servicio de la *workforce analytics*, cada vez más habitual en contextos profesionales, 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. De ahí cabría deducir que son preferibles las decisiones adoptadas por seres humanos para evitar las “cajas negras”. Sin embargo, esta conclusión no toma en consideración el hecho de que la mente humana también es, algún sentido, una “caja negra”. Y, a diferencia de lo que sucede con los algoritmos, no podemos hacer nada para evitar las “cajas negras humanas”.

Por último, un **cuarto caso fue el de Apple Card**, que se conoció cuando, en 2019, David Heinemeier Hansson denunció, a través de su cuenta de Twitter, que su Apple Card —tarjeta de crédito emitida por Goldman Sachs— le ofrecía una línea de crédito veinte veces mayor que la ofrecida a su esposa, a pesar de que ambos presentaban declaraciones de impuestos conjuntas y él tenía peor calificación crediticia. A la reclamación que presentó, los directivos de Apple Card se habían limitado a responder “*It’s just the algorithm*”.

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.

3.3.2. Sistemas de reconocimiento facial

En una cultura de la imagen como en la que nos encontramos, el papel de los datos audiovisuales es el que prima, y contribuye a profundizar y a perpetuar la discriminación hacia la mujer. Los datos audiovisuales así lo confirman, y ello tanto con respecto a la imagen como al sonido.

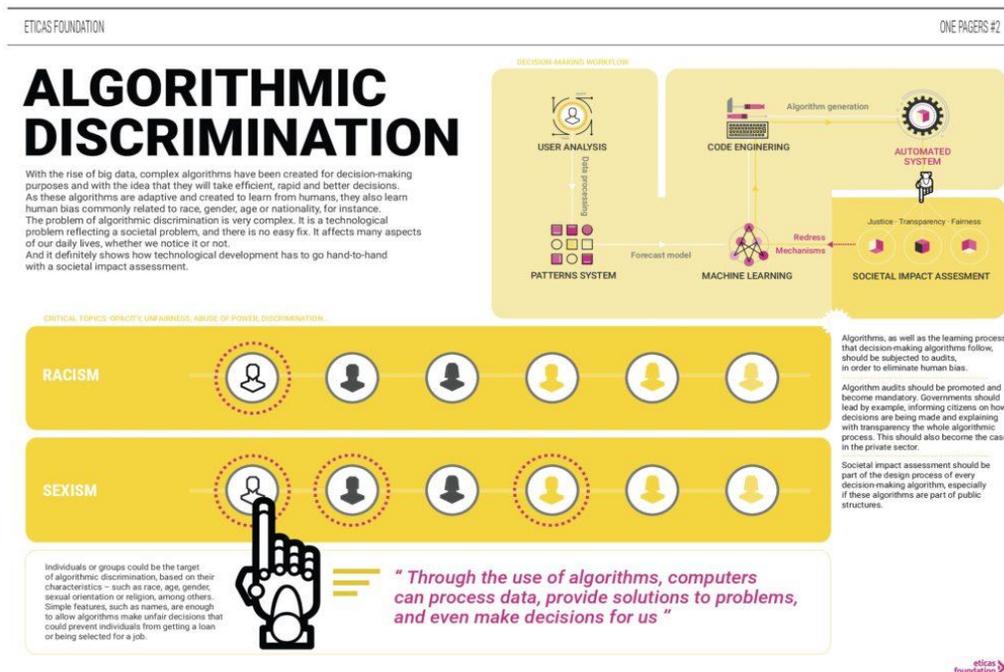
Los softwares de reconocimiento facial usan bases de datos con etiquetas para identificar el color de la piel, la forma del rostro, el grosor y color del pelo, entre otras características faciales, con distintos objetivos tales como desde diagnósticos y tratamientos médicos, hasta desbloqueo de dispositivos móviles y cajeros automáticos. Además de que su uso afecta a los derechos de privacidad e intimidad -lo que obliga a adoptar cautelas al respecto-, también hay evidencias de que los softwares de reconocimiento facial resultan problemáticos para las mujeres, y ello porque trabajan con bancos de datos de imágenes sesgadas. Así, dichos bancos de imágenes ofrecen, mayoritariamente imágenes que reflejan la cultura occidental (y, más concretamente, la anglosajona). De hecho, según ha expuesto un trabajo publicado en la revista *Nature*, especializada en temas de tecnología e IA, más del 45% de los datos de ImageNet -una de las principales referencias en la investigación de visión artificial- proviene de los Estados Unidos. A pesar de que China y la India representen por sí mismas más de un tercio de la humanidad, ambas naciones aportan sólo el 3% de los datos de ImageNet (Schiebinger, 2018; Doshi, 2018; Collett / Dillon, 2019). Además, suele haber una sobrerrepresentación de varones de piel clara y una subrepresentación de personas de piel oscura en general y, concretamente, de mujeres.

Con respecto al contenido visual y fallos en herramientas de reconocimiento facial, se han llevado a cabo varios estudios. Uno de ellos ha versado sobre una comparativa de la distribución de género en las fotos recuperadas por Bing (motor de búsqueda) para la consulta "persona" con respecto a diferentes cualidades. Este estudio concluye que las imágenes de mujeres se vinculan con mayor frecuencia con rasgos cálidos y emocionales, mientras que los rasgos que indican acción e inteligencia están vinculados preferentemente con fotos de hombres. La imagen del género femenino que ha pervivido durante mucho tiempo ha sido la de empatía, compasión, servilismo y cuidado, y se proyecta en los estereotipos que también asumen los algoritmos.

Junto al género, el **sesgo racial** también se ha puesto de manifiesto en numerosos softwaree. 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.

En España, organizaciones como la Fundación Éticas han sido pioneras en denunciar la discriminación algorítmica que los sistemas inteligentes pueden causar en las personas. Por eso existe ahora el Observatorio de Algoritmos con Impacto Social, que pretende seguir su pista. También la página maldita.es contribuye a llamar la atención sobre los sesgos.



3.3.3. Chabots y asistentes de voz

Los estereotipos de género tienen lugar de diversas formas, bien sea porque las voces de las mujeres en los medios se asocian con ruidos estridentes y desagradables o con funciones dóciles y serviles, bien porque hay sistemas de asistentes de voz "que no reconocen las voces agudas" porque se "han entrenado con voces masculinas", o también porque los historiales que realizan las redes sociales están "basados en estereotipos" y "concepciones previas" que "incentivan la polarización".

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. Closer gender divides in digital skills through 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 smartphone 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*, adoptada en julio de 2021 por el Gobierno de España, y que se inscribe en el contexto de la Estrategia Española Nacional de Inteligencia Artificial -ENIA- de 2020, aunque carece de efectos normativos.

En el Capítulo XXV, titulado "Derechos ante la inteligencia artificial", en el apartado primero, defiende un enfoque centrado en la persona y en su inalienable dignidad; en el apartado segundo, con respecto al desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial:

-en su 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". Si la finalidad planteada es clara, el problema radica en el cómo conseguir esa no discriminación.

-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".

4.LOS NEURODERECHOS: CONTRARRESTAN AMENAZA A LA LIBERTAD Y A LA IGUALDAD

Los denominados "neuroderechos" han abierto un campo especialmente sensible al peligro de la discriminación, principalmente significativo en uno de los neuroderechos como el del acceso equitativo a la mejora de la capacidad cognitiva. Es una problemática que afecta a las actuales democracias y sistemas sociales y que constituye un desafío para las investigaciones actuales, algunas muy volcadas en el diseño de un posthumanismo o de un transhumanismo.



4.1. 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. Sententia y Boire, en 2004, defendieron la necesidad de reconocer un derecho humano relacionado con la neurociencia: la libertad cognitiva (“el derecho y la libertad de controlar la propia conciencia y el proceso de pensamiento electroquímico”).

-Marcelo Ienca y el neurocientífico español, Rafael Yuste, desde 2017, vienen defendiendo la necesidad de regular los neuroderechos. La era actual exige un nuevo marco de protección, los neuroderechos, que los tratados clásicos de derechos humanos no ofrecen.

-En 2005, Suiza patrocinó el proyecto *Blue Brail*, para simular la columna cortical de una rata, pero con el objetivo, a largo plazo, de simular los millones de columnas del neocórtex humano;

-En 2008, la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados de defensa - DARPA- trabajó en el proyecto *Systems of Neuromorphic and Plastic Scalable Electronics* -SYNAPSE-;

-En 2013, la Unión Europea anunció el Proyecto Cerebro Humano; en Estados Unidos, ese mismo año, se empezó a trabajar en el Proyecto Human Brain Project (BRAIN -Investigación del Cerebro a través del Avance de Neurotecnologías Innovadoras) en el marco de la *NeuroRights Initiative* de la Universidad de Columbia, difundiendo la propuesta de los neuroderechos

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. Si logran crear el superordenador neuromórfico, estarían abriendo la puerta a crear una Inteligencia Artificial realmente basada en el funcionamiento del cerebro humano.

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// Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad

ii-libertad cognitiva (derecho a la agencia -libre albedrío) va de la mano con la autodeterminación mental. Este derecho comprende dos elementos i) el derecho de las personas a utilizar libremente las nuevas tecnologías y ii) la protección de las personas contra el uso obligatorio de dichas tecnologías. Este derecho tiene como base la libertad de las personas a elegir el uso de estas tecnologías. // libertad ideológica

iii-derecho a la identidad, a la integridad mental: tiene un sentido más amplio que la tradicional garantía de integridad mental y física como expresión de una salud adecuada. Este derecho, dentro del marco de los neuroderechos, 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. // Derecho a la intimidad

iv-derecho de acceso equitativo a la mejora cognitiva: La mejora de las capacidades cognitivas deberá estar al alcance de todos. no podrá estar Si, en un futuro, estas tecnologías no son asequibles para todos o solo están disponibles en algunos países, es evidente que se generarán enormes desventajas, difícilmente superables. Por ello, cuando llegue el momento en que se implementen estas tecnologías a gran escala, sería oportuno realizar un esfuerzo colectivo para garantizar que nadie se queda atrás. Algunos autores

han abogado en esta línea por el reconocimiento de un derecho a que dichas tecnologías se empleen de manera justa y equitativa.// Derecho a la igualdad

v-derecho a la protección contra los sesgos: los algoritmos no tienen ética alguna, simplemente optimizan la solución del problema que se les propone en base a su diseño. No se podrá discriminar a las personas en función de los datos obtenidos por medio de la neurotecnología // Derecho a la no-discriminación



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? Los detractores de configurarlos como nuevos derechos alegan que los derechos de la persona (intimidad, libertad, igualdad) han tropezado con nuevas modalidades de amenazas y vulneraciones, pero el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo. Los neuroderechos pueden ser “redundantes porque son reconducibles a derechos constitucionales ya asegurados: el derecho a la privacidad, el derecho a la integridad psíquica y el derecho a la integridad física”.

BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS	NEURODERECHOS	CUATRO ÁREAS	PRIORIDADES ÉTICAS
INTIMIDAD privacidad, propiedad (de los datos) art.12 DUDH art.7-8 Carta DFUE art.18 CE	1-Derecho a la privacidad de datos neuronales. Derecho a la privacidad mental Derecho a la continuidad psicológica	PRIVACIDAD Y CONSENTIMIENTO	RESPECTO -Privacidad -Consentimiento
LIBERTAD Art.1 DUDH art.17 CE SEGURIDAD Libre elección, consentimiento informado art.6 Carta DFUE	2-Derecho a la no interferencia en la libertad de decisión Libertad cognitiva Determinación mental	LIBERTAD AGENCIA PERSONAL	LIBERTAD DE ELECCIÓN Agencia (autonomía) Capacidad para elegir nuestras acciones
INTEGRIDAD (física y psíquica) art.3 Carta DFUE art.15 CE	3-Derecho a la preservación de la Identidad Personal Derecho a la integridad psíquica	IDENTIDAD	RESPONSABILIDAD -Identidad -Responsabilidad personal (moral) VERDAD
IGUALDAD art.1 DUDH art. Carta DFUE art.14 CE NO-DISCRIMINACIÓN art.7 DUDH	4-Derecho a la equidad en el mejoramiento de la capacidad cerebral Aumento (Augmentation) 5-Derecho a la protección frente a los sesgos de los algoritmos parcialidad	MEJORAMIENTO EQUIDAD E IMPARCIALIDAD	JUSTICIA EQUIDAD
DIGNIDAD HUMANA Art.2 DUDH Art.1 Carta DFUE Art.10 CE	Compendio de los cinco neuroderechos		Neuroingeniería responsable Incorporar la ética en el diseño de sistema de IA

Fuente: Tabla de elaboración propia

Por último, en lo que se refiere a España, hay que señalar que se ha desarrollado una estrategia relativa a los neuroderechos, que se ha incorporado en la ya citada “**Carta de derechos digitales**”, adoptada en julio de 2021 por el Gobierno de España. El objetivo de la Carta no es el de elaborar un proyecto de norma jurídica (algo que ha decepcionado a no pocos estudiosos de los derechos digitales) sino el de redactar un documento que pueda servir de referencia para una futura ley que actualice la insuficiente regulación de los derechos digitales, por ejemplo, en materias como la inteligencia artificial o las neurotecnologías.

La Carta contempla veintiséis derechos. Contiene un apartado dedicado a los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías. Concretamente, en el último Título de la Carta, el XXVI, bajo el rótulo “**Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías**”, regula las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías, término sobre el que no hay una definición clara y que, por otra parte, ha dado lugar a los denominados “neuroderechos”, nuevos derechos humanos que sería necesario cautelar producto del desarrollo de tecnologías invasivas, sobre los que también se ha abierto un debate.

XXVI-Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías

1. Las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley con la finalidad de:
 - a) Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad.
 - b) Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones.
 - c) Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos.

d) Regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica.

e) Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados.

2. Para garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas.

Por tanto, en este artículo 26 se recoge que las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser regulados por ley. Aunque ya hay legislación y jurisprudencia sobre protección de la intimidad y dignidad de la persona, están muy lejos de lo que las nuevas tecnologías podrán permitir.

El texto de la Carta ha sido objeto de varias **críticas**:

-La principal crítica a la Carta de derechos digitales en su conjunto es que el texto **no tiene ningún tipo de fuerza legal** y los derechos que plantea ya se encuentran protegidos por normativas vigentes.

-También se ha objetado que podría haber sido seguramente más amplio y que está llamado a crecer en el marco de un debate que no es nacional, yo creo que es europeo.

- En momentos en los que la UE está planeando legislación sobre inteligencia artificial y el control de las grandes plataformas, este texto se queda corto mirando sólo a lo que ya tenemos.

- No se dice que no se puede llevar a cabo el perfilado; que la privacidad y por lo tanto el no-perfilado se deben dar por diseño y por defecto. Lo deja en torno a una ambigüedad, en torno a cierto consenso que será informado.

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. En este período asistimos al diseño de ambiciosas tecnologías que tienen como objetivo no solo monitorear la actividad del cerebro, sino también establecer una especie de conexión entre el hombre y la máquina, con fines no solo terapéuticos sino también vinculados a la mejora de la salud y de habilidades cognitivas.

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'. La configuración de la IA en el modelo denominado de "Inteligencia Aumentada", es decir, la variante que 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, es objeto de debate.

-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*: un elemento importante de la autonomía en juego en la 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*: muchos defensores de la mejora cognitiva señalan los efectos positivos de la mejora y argumentan que los beneficios superan los costos;
- iv) *Argumentos deontológicos*: a veces se argumenta que las mejoras son una vía para nivelar el campo de juego, en busca de justicia y equidad.

-Argumentos en contra de la mejora cognitiva:

- i) *Daños*: las intervenciones cerebrales conllevan el riesgo de daño, aunque habría que considerar algunos interrogantes que derivan este argumento: ¿Cuáles son los daños y beneficios reales y potenciales (médicos y sociales) de una mejora determinada? ¿Quién debe hacer los juicios sobre las compensaciones apropiadas? Determinar el umbral de riesgo/beneficio no es pacífico;
- ii) *Antinaturalidad*: se considera que el uso de drogas o tecnologías para mejorar nuestras capacidades es antinatural, y la implicación es que antinatural implica inmoral. Algunos argumentos sugieren que 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) *La objeción de la arrogancia*: por ejemplo, Michael Sandel sugiere que la actitud subyacente al intento de mejorarnos a nosotros mismos es una actitud de dominio "prometeica" que pasa por alto o subestima el "don de la vida humana";

v) *Igualdad y justicia distributiva*: una pregunta que surge habitualmente con los nuevos avances tecnológicos es "¿quién se beneficia de ellos?" Al igual que con otras tecnologías, las neuromejoras no son gratuitas. En el caso de las mejoras neuronales, el problema se agrava. A medida que las mejoras aumentan las capacidades de quienes las usan, es probable que amplíen aún más la brecha ya inconcebible entre los que tienen y los que no tienen: podemos 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 (Comisión Presidencial de Bioética, 2015);

vi) *Coerción*: La perspectiva de la coerción puede plantearse de varias maneras. Una de ellas sería la de que proviniera del Estado. Si el Estado decide ordenar una mejora, tratando sus efectos beneficiosos como un problema de salud pública, esto es 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? Se trata de un campo de trabajo en el que juristas, éticos y científicos están llamados a colaborar interdisciplinariamente. La neurotecnología, la neuroética, la neurociencia de la ética, ponen de manifiesto la importancia de los estudios de neurociencia para cuestiones filosóficas y jurídicas (*NeuroLaw*).

La propia tecnología sigue siendo la que, en su evolución, requiere de respuestas jurídicas a nuevas amenazas a derechos fundamentales y a nuevas formas de comisión de delitos. El **metaverso**, diseñado por el creador de Facebook, Marx Zuckerberg, y en el que han confluído todas las tecnologías, es un ejemplo de ello. Desde el momento de su creación ha sido una fuente problemas jurídicos. La compra de terreno virtual y la instalación de marcas comerciales reconocidas plantea cuestiones que atañen a la seguridad jurídica de empresas que hacen negocios en el metaverso; protección de los consumidores; propiedad / posesión; jurisdicción aplicable; responsabilidad civil y penal -se ha denunciado un primer caso de acoso sexual virtual

en *Horizon Worlds* por el que un avatar había sido tocado de forma no consentida y con intención sexual por otro avatar- así como la vulneración de derechos fundamentales -como podría ser el derecho al honor-.

En definitiva, cabe preguntarse si la IA ¿superará a la inteligencia humana para REDISTRIBUIR más equitativamente?

Investigadores de Google DeepMind han lanzado [un paper](#) en el que exploran la posibilidad de que **una IA pueda crear una sociedad más igualitaria dividiendo los recursos de manera más equitativa**. Y dadas las pruebas realizadas con humanos, han preferido este sistema frente a otros.

El estudio revela una serie de experimentos en los que **una red neuronal se encarga de dividir los recursos de forma equitativa**, y como los humanos preferiesen. Para ello, los participantes jugaron de manera online al juego de bienes públicos, un tipo de juego basado en la economía experimental. En este juego, se reparten una serie de fichas o monedas de forma equitativa, y en cada ronda, el jugador decide si mantenerlas en un fondo privado e individual, o contribuir en un fondo público.

Tras ello, los fondos eran repartidos mediante tres esquemas diferentes de redistribución basados en sistemas económicos existentes. Además de estos tres esquemas, se añadía uno adicional, creado enteramente mediante una IA y que denominaron 'Human Centered Redistribution Mechanism' (Mecanismo de redistribución centrado en el ser humano) o HCRM. Después, **los participantes debían elegir qué tipo de sistema preferían**.

El experimento determinó que, **la mayoría de los participantes prefirieron el sistema creado por la inteligencia artificial**. Si bien los sistemas libertarios e igualitarios puros dividieron las ganancias en función de cuánto contribuyó cada jugador, el sistema de IA redistribuyó la riqueza de una manera que abordó específicamente las ventajas y desventajas que tenían los jugadores al comienzo del juego. Los autores describían lo siguiente:

"Siguiendo una política igualitaria ampliamente liberal, [HCRM] buscó reducir las disparidades de los ingresos preexistentes al compensar a los jugadores en proporción a su contribución".

CASO PRÁCTICO 4 (Temas 7 y 8) Extensión: un folio por ambas caras

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”;¹⁶ 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?	___ Si
		___ 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)?	___ Si
		___ 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:

- i) la violación de la cláusula constitucional del justo proceso (*due process clause*, quinta y décimo cuarta enmienda). Se consideró que el juez había violado el derecho constitucional del imputado a conocer las razones de la propia sentencia, ya que la empresa propietaria del algoritmo COMPAS había impedido conocer una parte relevante de la motivación;
- ii) la violación del derecho del imputado a una sentencia individualizada;
- iii) el hecho de que la utilización del software Compas habría determinado una condena basada sobre una discriminación de género, tratando de manera irrazonablemente diferente el riesgo de reincidencia de los hombres con respecto a las mujeres (estadísticamente, hay un porcentaje más alto de hombres que delinquen con respecto a las mujeres).

Concretamente y de forma más concreta, las **tres razones** que alegó el defensor del Señor Loomis y para justificar la violación del derecho al debido proceso, y que fueron, una a una, desestimadas por la Corte, eran:

- (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:

Con respecto a la primera razón: Respecto de 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 de Circuito 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 esgrimió a Corte precisó 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:

El segundo argumento de la defensa estableció que COMPAS vulneraba el derecho a una sentencia individualizada, ya que el software trabaja con base en estadísticas grupales. Las implicaciones del debido proceso generan la necesidad de advertir a los Tribunales de Circuito que los puntajes de evaluación de riesgos de COMPAS se basan en datos grupales, que pueden identificar grupos de delincuentes de alto riesgo, no un individuo de alto riesgo en particular. La Corte recaló 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”:

Por último, el defensor del Sr. Loomis estableció que el uso del software tomaba en cuenta el género, argumentando que el acusado no puede ser sentenciado basándose en su género; 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.

Entre los argumentos que utilizó el abogado defensor estaba el sesgo del género (los hombres obtenían un puntaje superior a las mujeres en cuanto a probabilidades volver a cometer un delito) 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. Al respecto, ProPublica hizo evidente el sesgo racial del COMPAS, el cual si bien no utiliza la raza como una variable en la encuesta, si se inclina hacia el sesgo racista, en los denominados falsos positivos, esto es, las personas afrodescendientes son etiquetadas equivocadamente como de alto riesgo, con mayor frecuencia que las personas blancas, quienes son con más frecuencia etiquetadas como falsos negativos, con lo que es claro, que la tendencia se inclina de manera negativa hacia las personas afrodescendientes, evidenciando una discriminación por parte del mencionado algoritmo.

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 que el acusado debía de cumplimentar y que era evaluado por el algoritmo, recogía información sobre:

Puntuación de riesgo de recurrencia = (edad-w) + (primer arresto edad-w) + (antecedentes violentos * w) + (educación vocacional * w) + (antecedentes ilegales * w), w es el valor del peso” (Stewart, 2020). 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.

La raza no es el único sesgo que se ha evidenciado en el algoritmo, pues al parecer se presenta un sesgo adicional dirigido hacia grupos minoritarios, ya que “las poblaciones que históricamente han sido perseguidas por las fuerzas del orden público de manera desproporcionada, especialmente las comunidades con ingresos bajos y las minorías; ahora están en riesgo de recibir puntuaciones más altas de reincidencia. Como resultado, el algoritmo podría amplificar y perpetuar.

Es interesante un segundo estudio realizado por ProPublica, “donde a través de una solicitud de registros públicos se obtuvieron dos años de puntajes de COMPAS de la Oficina del Sheriff del Condado de Broward en Florida, es así como recibieron datos de las 18.610 personas que fueron calificadas en 2013 y 2014, y construyeron un perfil de los antecedentes penales de cada persona, tanto antes como después de haber sido calificados”. Según dicho estudio para determinar la raza, el algoritmo COMPAS “utilizó las clasificaciones raciales de la Oficina del Sheriff del Condado de Broward, que identifica a los acusados como negros, blancos, hispanos, asiáticos y nativos americanos, adicionalmente en un primer momento ProPublica dedujo que a veces los nombres de las personas o las fechas de nacimiento se ingresaron incorrectamente en algunos registros, lo que condujo a coincidencias incorrectas entre la puntuación COMPAS de una persona y sus antecedentes penales”.

Estos sesgos algorítmicos se materializan en los sistemas de aprendizaje automático, específicamente el algoritmo COMPAS, y al ser incorporados en los procesos judiciales como un supuesto fáctico incontrovertible, se estarían violando derechos humanos como la igualdad, no discriminación, debido proceso, libertad personal, honra y dignidad. Tampoco se materializaría el modelo garantista expuesto por Ferrajoli, de acuerdo con el cual los ordenamientos jurídicos

penales, al alinearse con tal modelo deben garantizar los principios de legalidad y presunción de inocencia, entre otros.

Cuestiones: (Extensión: un folio por ambas caras)

1-Además del sesgo racial y otros sesgos que se han puesto de manifiesto en este caso, enumere y argumente qué problemáticas jurídicas considera que derivan de la aplicación del algoritmo COMPAS

2-¿Cómo valora el peligro de que el juez no use esta herramienta solo como apoyo en la toma de decisión (como elemento de convicción), sino que fundamente su decisión exclusivamente en el puntaje establecido en el algoritmo, con lo que se replicaría en la decisión una injusticia algorítmica, y se perdería el elemento de valoración y raciocinio humano?

3-Supongamos que hay una causa en la 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. ¿El juez debe ir en contra del cálculo que evalúa el riesgo hecho por el sistema? ¿Y qué ocurre si lo deja en libertad, desoyendo al programa, el acusado es puesto en libertad y luego, comete un delito? Aparte del sesgo, ¿aprecia las dificultades en las que se vería implicado el juez, que tendría que motivar su decisión para justificar el por qué su criterio es distinto al de la IA?