

RETOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PARA UN MUNDO
INTERDEPENDIENTE Y ECODEPENDIENTE*
*CHALLENGES OF THE JURISDICTIONAL FUNCTION FOR AN
INTERDEPENDENT AND ECODEPENDENT WORLD*

Elena Martínez García

*Catedrática de Derecho procesal
Universitat de València*

RESUMEN

En un mundo en el que las relaciones jurídicas son interdependientes y en el que dependemos de los recursos naturales para mantener nuestro nivel de producción y consumo, un nutrido grupo de juristas y científicos avalan la necesidad de poner ciertos límites a la libertad del mercado para proteger adecuadamente los derechos humanos y, por tanto, la democracia. No hacerlo conlleva privar de futuro a las próximas generaciones. Se abre así ante la justicia un nuevo elenco de intereses dignos de tutela y de legitimación. Previsiblemente, la utilización de la tecnología —especialmente, de la inteligencia artificial— propiciará la aceleración y la complejización de la conflictividad, y los tribunales se verán enfrentados a la necesidad de resolver las nuevas controversias en escenarios globales, multinivel y, a menudo, anómicos. Los derechos de solidaridad y la diligencia debida de los Estados aparecen como conceptos clave en esta nueva era.

PALABRAS CLAVE

Retos para la Justicia, ecoddependencia, anomia, solidaridad, diligencia debida.

ABSTRACT

In a world where legal relations are interdependent and were we depend on natural resources to maintain our level of production and consumption, a large group of jurists and scientists support the need to set certain limits to market freedom to adequately protect human rights and, therefore, democracy. Failure to do so means depriving future generations of a future. This opens a new range of interest's worthy of protection and legitimacy before Justice. The use of technology —especially artificial intelligence— will predictably lead to the acceleration and complexity of conflicts, and the courts will be faced with the need to resolve new disputes in global, multi-level and often anomic scenarios. Solidarity rights and due diligence of States appear as key concepts in this new era.

KEYWORDS

Challenges for Justice, ecodpendece, anomie, solidarity, due diligence.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.113>

* Este artículo ha sido realizado en el Marco del Proyecto Prometeo (2023) 64 "JUSTSOS".

RETOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PARA UN MUNDO INTERDEPENDIENTE Y ECODEPENDIENTE

Elena Martínez García

Catedrática de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. ¿Qué es tutelar con justicia en el siglo XXI? 2. Nuevos derechos, nuevos sujetos, nuevas dudas y una prohibición de *non liquet* en un mundo interdependiente y globalizado. 3. Nuevos derechos en tiempos de anomia. 4. Modelo económico, derechos sociales y derechos de solidaridad: ¿cuál es el límite de la creación judicial en este contexto? 4.1. Las garantías primarias y secundarias de los derechos como objeto de tutela por la judicatura. 4.2. La evolución de los derechos humanos hacia los derechos de solidaridad. 4.3. La nueva era de la diligencia debida de los Estados. 5. Conclusión: los cambios estructurales e individuales van de la mano en la nueva era. Notas. Bibliografía.

1. ¿QUÉ ES TUTELAR CON JUSTICIA EN EL SIGLO XXI?

El mundo está cambiando a una velocidad de vértigo y, como diría Tony Judt (2011), «algo va mal». Nada es lo que parece y ninguna cuestión relevante merece un análisis unidireccional, basado en compartimentos estancos. Bauman (2011) nos hizo ver que la liquidez constituye el mayor riesgo para la seguridad jurídica, Han (2017) ha puesto en evidencia que en la sociedad de la desinformación reina un desencanto inducido que incita a la inacción (Han, 2017), Innerarity (2023) recuerda que la libertad solo puede ser libertad si es democrática, y Ferrajoli (2022) invita a la cultura jurídica a trabajar holísticamente para garantizar los derechos sociales, parte esencial, sostiene el autor, de los derechos humanos en un contexto global capaz de soñar con la materialización de una Constitución de la Tierra. Ahora más que nunca, el Derecho tiene ante sí el reto de responder a las transformaciones sistémicas desde una perspectiva ecosocial para garantizar nuestro futuro

como especie (Rockström y Lade, 2023). Este desafío implica a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, pero también a todas y cada una de las personas que formamos parte la sociedad como integrantes de un ecosistema que se pretende sostenible, y alcanza también al tejido empresarial y asociativo y a propia la ciudadanía. Ante estos desafíos, el trabajo colaborativo orientado a robustecer unos valores compartidos constituye el acicate para que impulsemos con emoción el reemplazo del «cansancio» y la «inacción» a los que alude Han. Aquellos valores ya están positivados: son los derechos humanos de los tratados y convenios internacionales de los que España forma parte (art.10.2 CE). Por tanto, no se trata solo de cuestiones éticas o ideológicas, sino de normas de Derecho positivo vinculantes *erga omnes* y muy a menudo olvidadas por nuestra jurisprudencia y los operadores jurídicos que la crean.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, por sus siglas en inglés) alerta de que el mercado global necesitará nuevas reglas y limitaciones si queremos seguir hablando en serio del respeto a los derechos fundamentales (Sánchez Ramos, 2023). De hecho, la FRA propone la revisión de ciertos elementos clave del nuevo entramado de relaciones e interacciones entre el mercado-tecnología y la justicia social. Como procesalista, me corresponde analizar las tensiones y los obstáculos a los que puede verse enfrentado el ejercicio de la función jurisdiccional en un contexto global caracterizado por la ausencia de fronteras para los negocios jurídicos, la profusión de lagunas normativas atractivas para la criminalidad organizada (o sin organizar), la ampliación de los espacios sustraídos a la acción de la Justicia, la opacidad de las redes digitales y la generación de sesgos asociada a la aplicación de las nuevas tecnologías, particularmente la inteligencia artificial. Semejante panorama constituye un caldo de cultivo para que el resultado del análisis coste beneficio se incline en favor de la generación de conflictos en marcos permeados por posibles anomias y antinomias —usando la terminología del profesor Ferrajoli— que, si bien son resueltas en los marcos nacionales, tienen claras repercusiones internacionales. Es probable, por ende, que en los próximos años cambien la naturaleza de los conflictos, el perfil de las acciones y las legitimaciones, así como las tipologías procesales, y que aquella inflexión se oriente a asegurar que la respuesta jurisdiccional esté a la altura de las nuevas circunstancias interdependientes que desbordan el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un solo país. Pero los cambios en curso también afectarán (y mucho) a los poderes legislativo y ejecutivo, de modo que también es esperable que se produzcan modificaciones de calado en la producción y la aplicación del Derecho para abordar la nueva realidad. Veamos una aproximación a estas ideas desde la perspectiva de nuestra disciplina.

Traigo a colación las palabras del profesor Moreno Catena sobre la obligación de la judicatura de tutelar con justicia. «Tutelar» con justicia no necesariamente significa que la interpretación y aplicación del Derecho deben siempre ser justas —o, al menos, parecernoslo—, sino más bien que las decisiones judiciales que derivan de ambos procesos estén revestidas de mínimo de justicia para garantizar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva». Como afirma el autor citado, la función jurisdiccional no solo debe solventar el conflicto en el caso concreto, sino también «[...] enviar señales que prevengan el nacimiento de otros nuevos conflictos en el futuro» (Morena Catena, ¹¹2021). «Los

conflictos —sostiene el autor— nacen porque a alguien le ha compensado provocarlos. En otras palabras, y con matizaciones, alguien pensó que el beneficio esperado de ignorar o apropiarse de un derecho, incumplir un contrato, no adoptar precauciones y causar daños o, en general, de infringir una norma era superior al coste de hacerlo. El concepto de valor esperado del Derecho (lo que dicen las normas, multiplicado por la probabilidad de su exigibilidad efectiva) es esencial para entender su funcionamiento y su efecto sobre las conductas de sus destinatarios» (*ibid.*). En una sociedad *glocal*, la dualidad de intereses entre los derechos violados en el caso concreto y el mensaje de seguridad que debe expandirse en la sociedad cobran especial importancia a nivel global; en un mundo globalizado, las injusticias de aquí tienen amplio eco en el otro lado del planeta. En este sentido, las soluciones deben adoptar un perfil global, pues el coste de renunciar a ello no es otro que la posible multiplicación exponencial del caos.

2. NUEVOS DERECHOS, NUEVOS SUJETOS, NUEVAS DUDAS Y UNA PROHIBICIÓN DE *NON LIQUET* EN UN MUNDO INTERDEPENDIENTE Y GLOBALIZADO

El paradigma político, social y cultural está cambiando. Recientemente, ha empezado a hablarse de la existencia de bienes demaniales que pertenecen a toda la humanidad, hemos visto que el legislador ha dotado de personalidad jurídica al Mar Menor (una concreción del reconocimiento de derechos a la naturaleza y los ecosistemas), que los animales no humanos han sido considerados sujetos titulares de derechos en algunos ordenamientos, que la legislación ha intensificado la protección que brinda a las personas mayores debido a que conforman un colectivo en situación de especial vulnerabilidad, que la exigibilidad de los derechos sociales se ha abierto paso en el campo jurisprudencial a través de condenas que imponen a los Estados el cumplimiento de obligaciones en la materia, que las futuras generaciones tienen intereses concretos y que las decisiones que tomemos hoy modularán los derechos de los que aquellas disfruten mañana. Estas y otras muchas tendencias de cambio desbordan los parámetros tradicionales del Derecho procesal y la función jurisdiccional, marcados fuertemente por la globalización y por esa *lex mercatoria* invisible que en no pocas ocasiones constriñe los márgenes decisionales de los Estados y sus gobiernos. También la filosofía del Derecho ha teorizado en términos propositivos una nueva etapa en la evolución de los derechos humanos concretada en la posible transición desde los derechos sociales (entendidos como derechos individuales) hacia los denominados derechos de solidaridad (un concepto abarcativo y global que requiere renunciaciones y autocontención para asegurar los propios derechos sociales) (De Lucas, 1993). En este marco de transformaciones, la presente investigación adopta como marco de análisis una incipiente perspectiva ecosocial¹ de la vida y de la conflictividad que parte de la premisa de que el ecosistema planetario y los recursos naturales de nuestro planeta son bienes limitados. En esta línea, somos ya conscientes de que el modelo productivo extractivista que mantiene nuestro modo de vida resulta simplemente insostenible (Puleo, 2009: 69-72). La toma de

conciencia de nuestra condición ecodependiente e interdependiente debería detonar la transición hacia un modelo económico que incorpore como valor² no solo la persecución del beneficio y la competitividad, sino también la calidad de vida de las personas. Se trata, por tanto, de ampliar el catálogo de valores y de integrarlos en un modelo *biocéntrico*³, dado que nuestra vida cotidiana influye decisivamente en el tratamiento que damos al planeta. Este parámetro de cambio se sostiene sobre la premisa del reconocimiento de que hay bienes de naturaleza común y no privativa, es decir, *bienes demaniales* (Ferrajoli, 2022) que pertenecen a la humanidad, y que, al igual que los derechos fundamentales, constituyen límites y vínculos impuestos a los poderes públicos y a la propia ciudadanía. Así lo ha sostenido Naciones Unidas (De Luis, 2020). Hablamos de un cambio cultural, económico, político capaz de dotar de sentido real a la democracia y a los sus derechos y libertades (Ferrajoli, 2014; Innerarity, 2023) o, si se quiere, de reescribir el «contrato social» para incorporar en su articulado implícito una vertiente transformadora de todas las relaciones sociales, jurídicas y políticas que incluya la naturaleza biocéntrica o ecocéntrica. A nivel jurídico, este nuevo «contrato social» se está fraguando entre un nutrido grupo conformado de juristas a través de lo que Ferrajoli ha denominado «Una Constitución de la tierra», texto llamado a recepcionar en su articulado los valores, derechos y principios protectores de la vida de las personas y del planeta desde el prisma supranacional, y a reflejar la transición al paradigma ecológico⁴.

Un ejemplo de la aplicación de la filosofía de este movimiento ha sido la reciente aprobación de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de la personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, aprobada por iniciativa legislativa popular, que ha convertido en sujeto titular de derechos subjetivos al planeta, una iniciativa indudablemente novedosa en nuestra legislación (Martínez García, 2023). Lo mismo ocurre con las últimas legislaciones en materia de protección de animales (Cuerda, 2021)⁵. O las regulaciones en favor de colectivos vulnerables, entre ellos ancianos, los menores, personas discapacitadas o discriminadas por su orientación sexual o de género, cuyos derechos y marcos normativos se han ganado siempre en la calle, es decir, a través de las reivindicaciones populares frente al *statu quo* del poder.

La judicatura no ha sido ajena a esta nueva conflictividad, entre otras razones porque debe resolver controversias encuadradas en ella. La carrera de los juzgadores se torna cada vez más exigente porque tienen que conocer la complejidad que subyace a conflictos aparentemente lineales y sencillos en contextos supranacionales de averiguación de los hechos, y para cuya resolución los instrumentos existentes son vagos, técnicamente deficitarios en términos jurídicos, a menudo pobres... La libertad como pretexto, parafraseando al profesor Tomas Vives, la libertad como pretexto no puede ser un límite a la hora de generar condiciones materiales de igualdad (Vives Antón, 1995). Todo lo contrario, la libertad tiene límites y estos vienen impuestos por el resto de los derechos fundamentales y los derechos humanos. No es extraño, entonces, que la igualdad del art. 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la remoción de los obstáculos (derivados de la libertad) que impiden que la libertad e igualdad del individuo y los grupos sean reales y efectivas, precepto que

constituye el fundamento de las nuevas acciones positivas u obligaciones de hacer exigibles a los poderes públicos.

La importancia de asumir el poder transformador de las sentencias en un mundo lleno de retos «glocales» (globales y locales al tiempo) (Guterres, 2020) resulta evidente. Es sabido que las personas que tienen encomendado el ejercicio de la función jurisdiccional en régimen de exclusividad (casi) siempre van por delante en el abordaje de la realidad. Para los titulares del Poder Judicial es difícil solucionar conflictos que afectan a las personas cuando no disponen de normas concretas aplicables al caso sometido a su enjuiciamiento. Precisamente por ello, son titulares de un poder del Estado y está sujetos a tan alta responsabilidad. Previsiblemente, Dado que estos operadores jurídicos van a enfrentarse en el futuro inmediato a una realidad jurídica y social muy cambiante, presumiblemente serán testigos privilegiados de la modificación de las bases de la teoría del Derecho tal y como han sido concebidas y estudiadas hasta ahora. Este reto solo acaba de empezar (Guterres, 2020). Pensemos que «[...] tras la Justicia y la función jurisdiccional ya no hay nada más para dar esa tutela de derechos a la ciudadanía y dicha potestad es el medio para fiscalizar la actividad administrativa, desde la imparcialidad objetiva y subjetiva de los jueces y magistrados, individualizada en el caso concreto para tener sentido y resolver conflictos [...] Se crea derecho en un sentido auténtico de la expresión, (porque) la sentencia es la norma jurídica individualizada» (Eibar, 2023: 54-55), de acuerdo con la Constitución, las leyes, los principios generales del derecho (art. 1.4 CC) y el contexto histórico y social en el que vivimos (art. 3 Código Civil), y en el marco jurídico internacional al que nos hemos adherido (arts. 93 y 10.2 CE), conformado, entre otras muchas normas, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que son el anclaje al que debemos sujetarnos para resolver las nuevas controversias de manera no simplista y con una visión transversal y multinivel de los problemas. Por todo lo dicho hasta aquí, no debe extrañar que, en un mundo globalizado, la prohibición de *non liquet* (art. 1.7 CC) adquiera un renovado protagonismo.

3. NUEVOS DERECHOS EN TIEMPOS DE ANOMIA

Los ejemplos de las tendencias en materia de justicia social que avalan la aparición de nuevos intereses dignos de tutela son numerosos. Tal vez el más claro es el que la propia Asamblea General de la ONU ha denominado *jurisprudencia sobre la Tierra o justicia climática* (*earth jurisprudence*) una resolución de 22 de abril de 2009. La ONU aprobó el Programa Armonía con la Naturaleza⁶ e invitó a los Estados a realizar la denominada «teoría del cambio», que exige a los gobiernos y las sociedades la reorganización de sus prioridades con el fin de que internalicen el valor de la naturaleza y eviten los costes futuros asociados a la no adopción de medidas orientadas a la consecución de aquel objetivo⁷. En este mismo sentido, la importantísima Resolución de Naciones Unidas de 28 de julio de 2022 ha reconocido por primera vez como *derecho humano* el derecho a disfrutar un medio

ambiente sano y a asegurar que la naturaleza garantice la vida saludable y sostenible para las generaciones futuras⁸. Este cambio de paradigma ya se inició con el reconocimiento de los denominados derechos de los animales no humanos, que generó una ruptura de esquemas, dado que hasta ahora solo el ser humano era titular de derechos y digno de defensa y tutela por los tribunales (Martínez Dalmau, 2019: 21-22). Fue una de las creaciones normativas más disruptivas para la concepción antropocéntrica de poder.

En esta lenta construcción de los derechos humanos, percibimos que muchos de ellos van integrando nuevas garantías y que, en otras ocasiones, se crean *ex novo*, tal y como sucede con el derecho al medio ambiente sano. Sin embargo, este camino es complejo porque corresponde a la ley definir quién y cómo debe regular esta manera de reconstruir la sociedad y el orden jurídico al que tendemos, por la simple razón de que es la ley el límite y la garantía de la democracia; puentear la ley es tanto como acabar con el principio de separación de poderes y la garantía de imparcialidad objetiva y subjetiva (Ferrajoli, 2011). Sin embargo, sabemos que en esta lenta construcción muy a menudo la jurisprudencia va por delante del legislador, es decir, la ley que surge de los parlamentos es fruto de una andadura previa que normalmente nace en reivindicaciones en la ciudadanía, llega a la práctica de los tribunales y que *a posteriori* esta acaba siendo desarrollada el legislador. Con frecuencia el proceso sigue este itinerario y corresponde a la práctica judicial hallar soluciones novedosas a través de la aplicación de normas pertenecientes al Derecho internacional de los derechos humanos, que es Derecho obligatorio para los Estados firmantes y que, por tanto, puede ofrecer una respuesta *legal* a muchas de las anomias y antinomias de los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta posibilidad es especialmente relevante en las materias que, como las analizadas en estas páginas, evolucionan a una gran velocidad.

Aquí encontramos un viejo y conocido tema, a saber, la delimitación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial que impida que uno de ellos invada las atribuciones de los otros. Ante una anomia ¿dónde está el límite de la creación judicial del Derecho que garantiza que no sea invadida la potestad discrecional de la Administración pública, por ejemplo? En España, los autores que con mayor profundidad han analizado el alcance de labor interpretativa de los juzgadores son los profesores Atienza (2017) y García Amado (2009). Sin entrar en el examen detallado de esta cuestión, como procesalista considero que el punto más importante sobre el que hay que reflexionar es el de la exigibilidad de los derechos humanos, entendidos como derecho positivo aplicable cuando estamos en presencia una anomia que surge al resolver el caso concreto ante la judicatura. En otros términos, recurrir a los valores *normativizados* de los tratados internacionales de derechos humanos es obligatorio y esas normas producen eficacia *erga omnes* en los Estados que han ratificado aquellos instrumentos. Añón Roig ha analizado ampliamente el carácter vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos para los Estados, a menudo olvidado en nuestras sentencias, cuya incidencia en tiempos de crisis es indudable (Añón, 2021: 1-26; Cardona Llorens, 2015: 135-172). El «sistema de protección de los derechos humanos» incluye en el este acervo normativo no solo los textos internacional internacionales y sus protocolos, sino también los documentos emitidos por los Comités de control de los tratados instituidos en el marco de las Naciones Unidas (típicamente,

las Observaciones Generales), que establecen pautas sobre la naturaleza, los contornos y el alcance interpretativo de cada derecho con el fin de facilitar a los operadores judiciales la aplicación del instrumento internacional en cuestión a un caso concreto. Por tanto, para resolver las anomias la judicatura cuenta con un corpus normativo multinivel que suele ser mucho más extenso de lo que a menudo reflejan las sentencias dictadas en el ámbito nacional.

En un entorno caracterizado por la evolución constante de los derechos humanos, la revolución tecnológica y la emergencia climática, es frecuente encontrar normas vagas que no generan la seguridad jurídica suficiente para resolver conflictos y asegurar la paz social. En este sentido, nos atrevemos a aventurar la paulatina y progresiva aplicación de la Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996, y del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 3 de enero de 1976, dado que ofrecen muchas respuestas a los retos que plantean los derechos sociales de las personas y su justiciabilidad, especialmente en contextos disruptivos. La concreción de los contenidos y las obligaciones de estos derechos es un proceso evolutivo. De hecho, recientemente se han incorporado al corpus los derechos ambientales para encarar la amenaza del cambio climático en el nuevo horizonte que tienen ante sí las sociedades en democracia. A título ilustrativo, cabe señalar que las vulneraciones del derecho humano al medio ambiente saludable y limpio⁹ no solo afectan a la salud y a la vida privada de los habitantes del presente, sino también al planeta y a aspectos no menores de la vida de las generaciones futuras, entre ellos el trabajo, la vivienda, los servicios básicos como agua o la salud y el propio acceso a justicia¹⁰.

4. MODELO ECONÓMICO, DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS DE SOLIDARIDAD: ¿CUÁL ES EL LÍMITE DE LA CREACIÓN JUDICIAL EN ESTE CONTEXTO?

La Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) ha creado un marco de protección de los derechos fundamentales aplicado al mercado y al modelo económico actual. Conocedora de la omnipotencia del mercado sobre nuestras vidas y consciente de que este diseña el mundo a través del comercio y los poderes financieros, la FRA reivindica que los derechos humanos deben de ser límite a estos poderes privados porque la naturaleza de la democracia y la esencia de los derechos humanos así lo exigen¹¹.

En este renovado marco, vamos a seguir usando las herramientas clásicas para garantizar el haz de derechos que conforman la tutela judicial efectiva. Ahora más que nunca, el Estado social y democrático y de Derecho debe imponer su sentido, sus métodos método para resolver los nuevos conflictos y lograr la paz social en un mundo global y conectado con el fin de que, como señala Moreno Catena (¹¹2021), la generación de conflictos no sea ventajosa.

4.1. LAS GARANTÍAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS DE LOS DERECHOS COMO OBJETO DE TUTELA POR LA JUDICATURA

En el nuevo escenario habrá materias que ya no podrán ser decididas por mayorías porque afecta a los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución española (Todorov, 2012: 9). Como afirma Ferrajoli, hay una «esfera de lo indecidible» (Ferrajoli, 2011) que se erige como límite para los poderes públicos (y para las personas), y vincula especialmente a los primeros no solo en lo que respecta al procedimiento de producción de las normas, sino también a su contenido sustantivo o, si se prefiere, a su significado. «De este modo, política y mercado [...] forman la *esfera de lo decidible*, rígidamente delimitadas por la *esfera de lo indecidible* integrada por el conjunto de derechos fundamentales» (Ferrajoli, 2011). Ambas esferas son inseparables desde la perspectiva constitucional (*ibid.*).

Las garantías de los derechos fundamentales son complejas y variadas. Ferrajoli distingue dos tipos (primarias y secundarias) que integran siempre el derecho fundamental. Las *garantías primarias* de los derechos fundamentales consisten en prohibiciones de hacer (en el caso de *los derechos de libertades*) y en obligaciones de hacer (en el caso de *los derechos sociales*). Las primeras operan a modo de *garantías negativas* impuestas al legislativo y el ejecutivo y tendentes a que desarrollen normas que aseguren que los derechos de libertad no sean lesionados por otros¹², y las segundas como *garantías positivas*, que obligan al legislador y a la administración a prever en las normas infraconstitucionales determinadas prestaciones activas para satisfacer adecuadamente los derechos sociales¹³. Por su parte, las *garantías secundarias* o *las garantías de proteccionabilidad o justiciabilidad* operan en caso de incumplimiento de las garantías primarias y se concretan en la posibilidad de recurrir a la jurisdicción para reparar aquella inobservancia, o, dicho de manera más sencilla, se materializan en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (constituyen, pues, los derechos derivados de su *status activus procesualis*)¹⁴:

- i) Cuando un juzgador opera para evitar o reparar una violación de un derecho y sus garantías, aborda lo que Ferrajoli denomina *antinomia*. Estas son resueltas directamente por los jueces y tribunales. En nuestra opinión, no merecen mayor precaución en el futuro porque es lo hacen los órganos jurisdiccionales cotidianamente.
- ii) Sin embargo, cuando este mismo juzgador se enfrenta a la inexistencia de una regulación de estos derechos o sus garantías estamos ante lo que Ferrajoli denomina una *anomia*, es decir, ante vacíos legales o *lagunas*. Dado que en el ejercicio de la función jurisdiccional los jueces y tribunales no pueden infringir la prohibición del *non liquet*, la persona juzgadora debe tomar la decisión que proteja el derecho de la manera que considere más adecuada (Ferrajoli, 2011). Las lagunas deben ser identificadas por los órganos jurisdiccionales, que habrán de indicar a la Administración y al poder legislativo las acciones que deben llevar a cabo para cumplir con sus obligaciones de hacer a fin de suplir el vacío normativo. Por esta razón Ferrajoli denomina derechos y garantías débiles a los preceptos constitucionales que reconocen determinados derechos (educación, protección de la salud, seguridad social y

otros), aunque no por ello dejan de tener la consideración de derecho fundamental y de ser parte esencial del sistema democrático (Ferrajoli, 2014).

4.2. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS HACIA LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Desde la Filosofía del Derecho se nos ha enseñado que la *primera generación de derechos humanos* nació a partir de una «matriz ideológica individualista» que con el tiempo sufriría un proceso de progresiva erosión a raíz de su impugnación por parte los movimientos obreros del siglo XIX, cuestionamiento que darían lugar al surgimiento de los derechos humanos económicos, sociales y culturales (o *derechos de segunda generación*). Los primeros protegen la *libertad* y la *igualdad formal* del individuo; los segundos, *la igualdad material* del individuo y los grupos sociales (Pérez Luño, 1991: 24). Este proceso supuso el tránsito del denominado Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho¹⁵. Como era esperable, esta dinámica de agregación de derechos no se ha detenido y en la actualidad se ha abierto paso una tercera generación de derechos caracterizados por su peculiar fisonomía. La nueva generación de derechos humanos complementa a las anteriores y da «respuesta a la “contaminación de las libertades”, (dada) la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de nuevas tecnologías» (*ibid.*: 25). Estos derechos tienen como principal objeto de tutela la *solidaridad*, que es esgrimida frente a los excesos a los que han conducido la libertad, el mercado y la tecnología. Siguiendo a Pérez Luño (*ibid.*: 29-40) los derechos de tercera generación presentan unos rasgos caracteriales que los diferencian de los otros dos tipos de derechos (*ibid.*: 30).

La propuesta explicativa de Pérez Luño apunta al cambio de paradigma ante el que nos encontramos, uno de cuyos núcleos temáticos es el binomio ciudadano-tecnología. A raíz de la teorización del surgimiento de la tercera generación de derechos, la solidaridad y el altruismo se presentan como elementos nuevos que deben ser integrados en el concepto de Estado social y democrático de Derecho. Decíamos al inicio de este estudio que la naturaleza que da soporte a nuestro modelo de vida se está agotando. De hecho, este se mantiene sobre la base de esgrimir recursos que pertenecen al imaginario colectivo (naturaleza y vida sostenibles en el futuro). Por esta razón, debemos autolimitarnos en la producción y consumo y transformar nuestros hábitos para generar un sistema próspero que garantice el futuro a las próximas generaciones. A esto nos referimos cuando hablamos de los *derechos de solidaridad*. En nuestra opinión, todas las personas tienen derecho al progreso y a salir de la pobreza. Parece, no obstante, que el sistema actual no puede satisfacer de manera equitativa las necesidades básicas de todos; es más: son los países pobres los que facilitan que los países ricos mantengamos un ritmo frenético de extracción, producción y consumo (Ferrajoli, 2022: 93). Esta dinámica es absolutamente incompatible los derechos sociales establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo contenido ha sido extensamente desarrollado a través de la jurisprudencia nacional e internacional, y las Observaciones Generales del Comité DESC.

Para superar estas trabas, Ferrajoli apuesta por dar un paso más y valorar la posibilidad de desarrollar un «Constitucionalismo de los mercados» o, lo que es lo mismo, integrar la perspectiva del Estado de Derecho en el ámbito de los intercambios económicos cuestiones mediante el diseño de un constitucionalismo de derecho privado (Ferrajoli, 2022: 93) que ponga límites a las relaciones privadas y a la creación de sus reglas al margen del Estado y de la *res pública* (Rodotà, 2014: 69). Semejante propuesta requiere una renovada alianza entre el poder legislativo y el judicial orientada a la construcción de un «constitucionalismo global» (Rodotà, 2014: 70). Este es el nuevo contrato social al que nos venimos refiriendo.

Entretanto, es previsible que el legislador vaya por detrás en el proceso de la regulación de estos nuevos contextos, especialmente el de la tecnología y la IA (Ferrajoli, 2022: 99). Por su parte, la prohibición de *non liquet* impone a los operadores jurisdiccionales la obligación de decidir *sobre lo nuevo*. Urge, entonces, que el legislador elabore y apruebe principios básicos sobre las nuevas relaciones jurídicas¹⁶ para conformar un marco normativo que permita al juez moverse con seguridad en la maraña legislativa casi inmanejable que caracteriza a los ordenamientos contemporáneos y proceda a hacerlos realidad a través de su aplicación al caso concreto. En este sentido, la función jurisdiccional deberá proteger la Constitución y reordenar la política de los Estados en materia de derechos (a través de la protección de su ciudadanía) para imponer límites a los poderes económicos y financieros. En puridad, aplicar la Constitución española es conseguir aquel objetivo porque, de otra forma, el sistema se vaciaría de Derecho público. Esta es la razón de ser de la propuesta de articular un constitucionalismo de Derecho privado¹⁷.

A tal fin, los tratados internacionales sobre derechos humanos son Derecho internacional vinculante para los Estados firmantes. No son meras declaraciones morales *de lege ferenda*. Son Derecho positivo vinculante *erga omnes*. Lo único que sucede es que, con frecuencia, las obligaciones positivas y negativas asociadas a los derechos no están bien delimitadas porque, como hemos señalado, se encuentran inmersos en un proceso de constante cambio y evolución. Por tanto, la responsabilidad del Estado, también en su faceta de Estado-juez, es clara cuando las controversias jurídicas se resuelven administra o judicialmente sin tomar en consideración los derechos humanos.

4.3. LA NUEVA ERA DE LA DILIGENCIA DEBIDA DE LOS ESTADOS

Presumimos que a través de este *iter* evolutivo hemos ingresado en la era de la diligencia debida de los Estados (Courtis, 2022; Huerta Viesca y Rodríguez, 2023; Doménech Pascual, 22; Ponce i Solé, 2019), es decir, en una fase en la que el legislador internacional exige a los Estados parte de un convenio o tratado no solo que tutelen el derecho en el caso concreto, sino también algo mucho más trascendental y transformador, a saber, que generen los cambios sistémicos necesarios para transformar este modelo de Estado con el fin de que simultanee la protección de los derechos de la ciudadanía y los derechos humanos colectivos sobre bienes que son de demanio público. No podemos seguir creciendo sin prosperidad, término que no solo tiene connotaciones económicas, sino también biocén-

tricas y ecosociales. No solo implica al presente, sino también al mañana y a las futuras generaciones.

Son cada vez más los tratados internacionales y las directivas europeas que apuntan al deber de cuidado del Estado respecto a su ciudadanía —al conjunto de sujetos individuales titulares de derechos, pero también a la sociedad, entendida como colectivo interdependiente que comparte misma ética y democracia—, y que reclaman a las instituciones públicas que emprendan un camino que permita garantizar la vida de las próximas generaciones. La pandemia de COVID-19 ha sido un ejemplo traumático reciente con la pandemia¹⁸. Este episodio nos ha abierto los ojos y nos ha hecho ver cuánta «estructura de Estado» hace falta para sobrevivir a una crisis sanitaria de gran magnitud y cuánta intervención hace falta para que exista la solidaridad. En otros términos, en el ejercicio de los derechos el Estado no solo tiene el deber de protegerme y reparar mi daño en un conflicto *inter partes* a través de la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, la judicatura y Fiscalía, el derecho a la justicia gratuita, etc., sino que también tiene el deber de legislar, de limitar la libertad económica en pro de la igualdad para remover los obstáculos que la impiden —restricciones que en ocasiones afectan a la cultura, otras a los hábitos de naturaleza pública y privada—, delimitando todas las garantías primarias que dan forma y fondo al Derecho en cuestión¹⁹. Es bien cierto que, si estas garantías fallan, operarán las garantías secundarias o de justiciabilidad, pero como cabe inferir de lo dicho hasta aquí, corresponde al Estado *abstenerse* de hacer y también *obligarse a hacer* para que las personas gocen de la tutela de sus derechos. De no hacerlo, podrán incurrir en responsabilidad (Ponce i Solé, 2019; Doménech Pascual, 2022) por no legislar, por legislar mal, por no hacer, por no cambiar, etc., muy especialmente en materia de derechos sociales, unos derechos que, si bien han sido tradicionalmente calificados como derechos débiles, al fin y al cabo son los que nos dignifican como personas en la vida²⁰. Hemos ingresado, pues, en la era de la justicia climática, los cuidados, la vivienda digna, servicios públicos accesibles para las personas, la defensa del territorio, la soberanía alimenticia, la igualdad de la mujer como forma de transición hacia la prosperidad y la reducción del consumo, etc. Nuevas controversias, nuevos derechos y nuevas soluciones judiciales.

Ahora bien, la función jurisdiccional no lo puede todo; al contrario, su sometimiento a la ley es la garantía de su independencia. Así, ante situaciones de anomia podrá recurrir a los acuerdos internacionales, pero no podrá suplir la libertad de la potestad discrecional de la administración para decidir cómo regular los derechos. Lo que sí podrá hacer, sin lugar a duda, es conminar a la Administración o al Parlamento a que regule de la forma que estime apropiada, siempre y cuando tutele los derechos conforme a la Constitución y los tratados internacionales de los que España forma parte. Es más, los conflictos venideros motivados por el más que presumible desarrollo acelerado de la IA son casi inimaginables. En este sentido, la diligencia debida del Estado cobra mucho sentido, dado que lo importante no será, o no será tanto, lograr una indemnización a cargo del Estado —que se podrá obtener si media daño y responsabilidad objetiva— cuanto obligar al ejecutivo o al legislativo a que actúen y hagan sus *deberes*. La prohibición de *non liquet* exige siempre a la judicatura que dé una solución, aunque no pueda crear Derecho.

La creación del Derecho queda sujeta a sus justos términos, tal y como hemos señalado *supra*. En esta nueva era, no podemos permitirnos el lujo de sucumbir a la tentación de introducir parámetros ideológicos en la función jurisdiccional. En ningún caso. Nuestra aspiración es normativista, pues pretendemos que el juez aplique la Ley de forma razonada expresando su íntima convicción judicial (art.120 CE) y que, ante la presencia de lagunas o anomias, no pueda dar saltos al vacío porque «[...] en definitiva, todas las Declaraciones y Convenios internacionales reconocen derechos fundamentales con las consiguientes garantías para los seres humanos por el hecho de serlo, con independencia de su condición, que han de servir no solo de guía y pauta al tiempo de interpretar y aplicar cualquier ordenamiento jurídico, sino de paradigma legal para la decisión judicial. [...] No son solo meros criterios éticos, políticos y sociales desprovistos de sanción jurídica, sino auténticos cuerpos normativos de proyección universal y cuya fuerza de obligar son los jueces quienes la tienen que fijar al momento de dirimir la cuestión litigiosa» (Peces Morate, 1992: 96). Por esta razón, los instrumentos normativos internacionales, cada vez más frecuentemente, incorporan cada vez con mayor frecuencia la responsabilidad del Estado por la falta de diligencia exigible en la prevención y protección de los intereses y valores inspiradores de estos marcos normativos²¹. Se trata del deber de precaución de las administraciones públicas (Doménech Pascual, 2022; Ponce i Solé, 2019). El ejemplo más claro es el Convenio de Estambul²², pero lo podemos encontrar esta previsión en la Convención para la protección de personas con discapacidad²³, en la Convención para la protección de menores²⁴ o en materia climática²⁵ y en relación con los derechos de las personas mayores²⁶. En este camino, Naciones Unidas nos alerta de que, si no viremos el rumbo del barco, no tendremos futuro²⁷.

5. CONCLUSIÓN: LOS CAMBIOS ESTRUCTURALES E INDIVIDUALES VAN DE LA MANO EN LA NUEVA ERA

Necesitamos tener una perspectiva planetaria del momento en que vivimos, donde las personas y el planeta son las claves para invertir la cúpula de relaciones de poder que parecen no dejar futuro a la vida. En ese sentido apunta la determinante propuesta de Ferrajoli destinada a crear una Constitución para la Tierra.

Es necesario un cambio de paradigma que genere un nuevo constitucionalismo, una economía diferente y diverso entramado jurídico diverso. Un nuevo contrato social que admita como prioridad la preservación de la democracia y el aseguramiento del futuro de las generaciones venideras: «Semejante vacío de Derecho público en una sociedad global cada vez más frágil, transparente e interdependiente, no es sostenible a la larga sin avanzar hacia un futuro de guerras y violencias capaces de arrollar a nuestras democracias» (Ferrajoli, 2022: 103). Son muchas las cosas que podemos hacer desde la ciudadanía, la política, las empresas y las instituciones públicas para evitar este futuro indeseable.

Urge que nuestra judicatura tome en consideración el nuevo contexto en el ejercicio de la función que le es propia y que haga todo lo posible en este sentido, ya sea a través de

la protección directa y activa de la ciudadanía cuando reclama la tutela de sus derechos e intereses de conformidad con las leyes, ya mediante el señalamiento en sus sentencias de las instancias a las que corresponde esa protección, a saber, los poderes ejecutivo y legislativo, en el bien entendido de que su potestad jurisdiccional tiene límites: la potestad discrecional de la administración pública y las facultades asociadas al ejercicio de la soberanía por parte del parlamento. Es decir, si bien no será lícito que la judicatura le indique a la Administración o al Parlamento *lo que debe hacer*, sí lo será, por el contrario, que *señale los espacios de anomia en los que deben intervenir para que la protección de los derechos e intereses de las personas sea garantizada con justicia*. Desde la academia debemos coadyuvar en esta profundización compleja y multinivel.

Inteligencia artificial, transhumanismo, identidad, igualdad de la mujer, lucha contra la pobreza, valor económico y ético de los cuidados de la vida, titularidad de derechos de la naturaleza para ejercitar acciones judiciales para su defensa, derecho de las futuras generaciones, transición climática... Se trata de retos importantísimos cuyo abordaje demanda la articulación de un renovado diálogo entre los derechos sociales, la libertad y la justicia social (solidaridad). La evolución desde la Modernidad hacia una consciencia sobre la vida interdependiente o ecodependiente nos exige tomar conciencia sobre los efectos perniciosos de nuestros hábitos de consumo, pues ahora disponemos de la información necesaria para saber que lo que compramos tiene, género, raza, clase, un pasaporte con más o menos derechos, un trasfondo más o menos democrático y evidentes repercusiones medioambientales—. El Estado debe impulsar cambios legislativos y sistémicos o estructurales que equilibren la situación actual y permitan compatibilizar la libertad de mercado y el ejercicio de los derechos individuales con la transición ecológica y los derechos colectivos. La Justicia, por tanto, deberá señalar a los demás poderes su deber de diligencia debida y precaución tanto en sus acciones directas como en el cumplimiento del deber de vigilancia y fiscalización de la actividad de las empresas. Los instrumentos internacionales de los que España forma parte son, ahora más que nunca, los anclajes jurídicos que resolverán las lagunas en un marco de conflictividad compleja, novedosa y global, y deben seguir marcando las líneas maestras vinculantes que habrán de servir como guía del ejercicio de la función jurisdiccional en tiempos de anomia.

NOTAS

1. Según la RAE, el término ecología significa «Ciencia que estudia los seres vivos como habitantes de un medio, y las relaciones que mantienen entre sí y con el propio medio».
2. Sobre la transición ecológica y la intervención activa del Estado *vid.* Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, aprobado por Real Decreto-ley 36/2020, cuyo principal objetivo es impulsar la transformación de las cadenas de valor estratégicas del sector de los cuidados y la economía social, de forma multisectorial y transversal. La línea de transición ecológica se lleva a cabo a través de los derechos relativos a la salud, los cuidados, el territorio, la energía, la igualdad de oportunidades y de género, el desarrollo del tejido empresarial y asociativo y también la ciencia.

3. *Vid.* Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de les Illes Balears (BOE 12 de junio 2023). Allí explica claramente estos conceptos transformadores de la naturaleza de las cosas y conflictos venideros. Para un análisis de estos conceptos desde el punto de vista científico, *vid.* Rockström y Lade (2023).

4. *La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos*, presentado por el secretario general de la ONU al Consejo de derechos Humanos el 24 de febrero 2020.

5. Con respecto a la atribución a los animales no humanos de la condición de sujetos de derechos, *vid.* la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (BOE 7936/2023), la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE 300 de 16 de diciembre). *Vid.*, asimismo, el Código de Protección y Bienestar animal publicado por el BOE, que recoge y regula todas las formas de relación entre el hombre y los animales no humanos (alimentación, usos científicos, sanidad, seguridad, explotaciones. Igualmente es importante el giro que en esta materia ofrece el Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales 121/000117, de 12 de septiembre. Sobre los retos que plantea este tema, *vid.* Brage Cendán (2018); también la STS 229/2022, de 11 de marzo 2022, Rec. 2142/2020, con un voto particular interesante sobre la proporcionalidad entre el concepto de «sufrimiento animal» y «dolo» del comportamiento humano. Cfr., recientemente, Cuerda Arnau (2021).

6. Disponible en: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Este pronunciamiento ha ido actualizándose año a año hasta llegar a 75th sesión de la Asamblea general de la ONU de 20 diciembre de 2020 donde se adoptó la Resolución On Harmony with Nature (A/RES/75/220). Cfr., igualmente, el Convenio sobre Diversidad Biológica posterior a 2020 (Borrador) CBD/WG2020/2/3 de 6 de enero 2020 de Naciones Unidas, que lamentablemente todavía ha sido aprobado, pandemia mediante. Actualmente se encuentra en las últimas fases de actualización tras su última reunión WG2020/4, 21 - 26 de junio de 2022, (Nairobi, Kenia).

7. A tal fin, afirman que «[...] para lograr ese cambio alcanzar la igualdad de género, empoderamiento de las mujeres, jóvenes, enfoques sensibles a cuestiones de género, participación plena y efectiva de pueblos indígenas y comunidades locales en la implementación de este marco [...] A través de la colaboración de muchas organizaciones a nivel mundial, nacional y local a fin de generar impulso. Se implementará con un enfoque basado en derechos y reconociendo el principio de equidad intergeneracional». *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2021, sobre la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030: Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas 2020/2273(INI) y el Convenio sobre Diversidad Biológica posterior a 2020 (Borrador), página 7. Sbre esta teoría del cambio, *vid.*, asimismo el informe, *Estrategias mundiales del sector de la salud contra el VIH, las hepatitis viricas y las infecciones de transmisión sexual para el periodo 2022-2030*, publicado por la Organización Mundial de la Salud en 2022. Sobre los derechos de la naturaleza, *vid.* «¿Puede la Naturaleza lograrlo? Estudio sobre los derechos de la naturaleza en el contexto europeo», elaborado por el Parlamento Europeo: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU\(2021\)689328](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU(2021)689328)>. [Consulta: 24/02/2023.]

8. Más recientemente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa para considerar la protección del medioambiente como derecho humano aprobado el 22 de septiembre de 2022 (CM/Rec (2022)20, donde se recomienda revisar la legislación nacional y la práctica a fin de respetar el derecho internacional medioambiental, los derechos de la CEDH y los preceptos de la Carta social Europea en relativos al medioambiente, asegurando el derecho de acceso a la justicia en la materia, implementando las políticas necesarias para hacerlo realidad en la sociedad civil, las instituciones destinadas a proteger los derechos humanos, las empresas, los *stakeholders*, los grupos de personas, las comunidades, las ciudades etc.

9. Ejemplo de ello es, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el caso *Paulov c. Rusia*, de 11 de octubre de 2022, que a partir del art.8 del CEDH sobre el derecho a la vida privada, deduce en un voto particular la creación de un «[...] subderecho», entendido «[...] como un derecho humano implícito o emergente de carácter medioambiental». De no considerarlo así, continua la sentencia «[...] un aspecto del derecho a la vida privada se perdería, completamente desprotegido, y en peligro por los riesgos medioambientales. Por esta razón, este subderecho o derecho indirectamente derivado de la efectividad de la norma es extremadamente importante para la protección del medioambiente». En su § 13, afirma: «Debe aclararse que, al ampliarse para proteger el derecho en cuestión (a una vida privada) de riesgos presentes y futuros, la norma de efectividad y el derecho en cuestión siguen siendo los mismos. La ampliación de la norma de efectividad para proteger el derecho a no sufrir contaminación, ruido y otros problemas medioambientales también debe examinarse a la luz del Derecho internacional y puede verse influida por el avance de la conciencia medioambiental en Europa y en todo el mundo, que es un valor de civilización estrechamente vinculado al respeto de la dignidad humana. Y la dignidad sustenta todos los derechos humanos, incluido, por supuesto, el artículo 8». *Vid.*, también, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, y *Cordella y otros c. Italia*, de 24 de enero 2019; y en la Sentencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos acaba de resolver el Caso Comunidad de *La Oroya vs. Perú*, de 27 de noviembre de 2023. Más recientemente, *vid.* la sentencia del TEDH dictada en el caso *Kilmaseniorinnen c. Suiza* de 4 de abril de 2024.

10. Afortunadamente, adoptan este enfoque holístico la Resolución 2021 Council of Europe Parliamentary Assembly Resolution N. 2396 (Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe), de 29 de septiembre de 2021, y el posterior desarrollo de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa para considerar la protección del medioambiente como derecho humano aprobado el 22 de septiembre de 2022 (CM/Rec (2022)20, que recomienda revisar la legislación nacional y la práctica destinada a respetar el Derecho internacional medioambiental, los derechos de la CEDH, los preceptos de la Carta social Europea relativos al medioambiente asegurando el derecho de acceso a la justicia en la materia, implementando las políticas necesarias para hacerlo realidad en la sociedad civil, las instituciones destinadas a proteger los derechos humanos, las empresas, los *stakeholders*, los grupos de personas, las comunidades, las ciudades etc.

11. Disponible en: <https://fra.europa.eu/es/themes/business-and-human-rights>. El texto contiene dos documentos muy interesantes sobre este tema. El primero es Business and Human rights: Access to remedy (FRA 2020) y Freedom to conduct a business: Exploring the dimensions of a fundamental right (FRA 2015). Un año antes, Naciones Unidas emitió el documento Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos. Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, que establecía límites a la libertad de mercado en los Estados y obligaciones positivas y negativas para estos a fin de salvaguardar los derechos humanos. También en este sentido es muy relevante el documento de las Naciones Unidas (A/HRC/40/57).

12. Su ausencia da lugar a antinomias. Junto a estas, existen garantías primarias que contienen obligaciones de hacer (en los derechos sociales o *status positivus socialis*)

13. Su ausencia da lugar a lagunas.

14. Así lo reconoce Naciones Unidas cuando exige a los Estados que, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, aseguren los derechos humanos de la ciudadanía: «Los Estados deben velar por que el acceso a la justicia y el derecho a un recurso efectivo estén garantizados, mediante mecanismos judiciales, cuasijudiciales, administrativos y políticos, con respecto a las acciones y omisiones en la preparación y/o la aplicación de políticas de reforma económica que puedan menoscabar los derechos humanos. Los

Estados deberían velar por que la población esté plenamente informada de los procedimientos, los mecanismos y los recursos de que dispone y porque esos mecanismos sean física y económicamente accesibles para todos. (21.1) El derecho a un recurso efectivo incluye reparaciones y garantías de no repetición. Un poder judicial independiente, bien financiado y proactivo es esencial tanto para evitar que las reformas económicas perjudiquen a los derechos humanos como para proporcionar recursos efectivos en caso de que se produzca un daño. Las evaluaciones de los efectos en los derechos humanos pueden servir para asegurar que haya procedimientos de rendición de cuentas y mecanismos exigiendo opciones de políticas claramente articuladas y justificadas que se hayan preparado mediante la participación inclusiva de la población potencialmente afectada».

15. No es extraño que esta idea fuera acuñada por una mujer Beatrice Webb, junto a su marido Sidney Webb. Se les atribuye la creación de la idea de red pública de protección desde el nacimiento hasta su muerte, *vid. The Minority Report*, elaborado en el año 1908.

16. Así, se observa que se ha llevado a cabo a partir de la aprobación del Reglamento relativo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia del Parlamento Europeo y Consejo de diciembre de 2021/241, de 12 de febrero. A partir de este texto, se aprobó la Comunicación de la Comisión. Guía técnica sobre la aplicación del principio «no causar perjuicio significativo» en virtud del citado Reglamento (DOUE núm.58, de 18 de febrero de 2021), que de una manera muy didáctica y práctica explica las diferentes situaciones con las que se pueden encontrar los jueces o Administración a la hora de aplicar el Reglamento, aportando los parámetros valorativos de solución de la infinidad de problemas aplicativos que puede tener una norma marco como esta. Consideramos que, a partir de ahora, la complejidad de los conflictos, su transversalidad, su carácter tecnológico y sus implicaciones éticas y supranacionales van a requerir la elaboración de determinadas guías interpretativas que den soporte a las decisiones inimaginables que deberán adoptar los jueces.

17. Un documento básico que he analizado para entender los retos de la función jurisdiccional para el siglo XXI es el s «Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales», Consejo de Derechos Humanos 40.º período de sesiones 25 de febrero a 22 de marzo de 2019 (A/HRC/40/57)

18. Durante la pandemia de COVID-19 pudimos comprobar que el ejercicio de la libertad individual pasaba por la salud colectiva, quedó en evidencia que para ejercer derechos individuales era necesario un mínimo de justicia para todas las personas y que la libertad individual y su ejercicio necesitan que la salud colectiva esté protegida. Pudimos comprobar en directo cuánta solidaridad e insolidaridad es posible ver en una sociedad, aunque, afortunadamente, la empatía y solidaridad reinaron frente al egoísmo. Parece que lo vivido en aquella coyuntura fue una antesala de la nueva época, es decir, de los derechos humanos de solidaridad: Sin ciertas dosis mínimas y comunes de igualdad se complica el ejercicio de la libertad individual. Los *otros* van a ser parte de mi y del mío.

19. *Vid. Curtis* (2023).

20. *Vid.* Folleto informativo N.º 16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla el DESCAs, entre otros muchos instrumentos.

21. Esta panoplia de normas internacionales crea los contenidos *objetivos* y *subjetivos* de los derechos que, seguramente, no tenemos en el ámbito nacional, pero que, sin embargo, se han conseguido gracias a la presión de la comunidad internacional y que elevan los estándares de exigibilidad en España. Pongamos como ejemplo la regulación relativa a la mujer (Convenio de Estambul arts.4 y 5), el medio ambiente (Tratado de París arts. 2, 6 y 7) o la inclusión de las personas con discapacidad (Convención europea art. 4). En los tres casos hay textos internacionales que sugieren la pertinencia de regular un deber de diligen-

cia debida de los Estados e introducen en nuestro Estado una doble dimensión de responsabilidad en el resarcimiento a la víctima del daño, a saber, una dimensión sistémica y una dimensión individual. Muy interesante es el modelo propuesto de Directiva europea de Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, por la que se modifica la Directiva 2019/1937.

22. En el artículo 4 del Convenio de Estambul, que dispone: «Las partes adoptarán las medidas legislativas necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el privado». Se trata del derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación.

En su art. 5 el *Convenio de Estambul*, bajo el epígrafe «Obligaciones del Estado y Diligencia debida», establece la responsabilidad del Estado en su dimensión sistémica destinada a modificar la legislación (civil, penal, administrativa y laboral) adecuada para transformar esta sociedad y proteger a la mujer frente a la discriminación y la violencia, y prevé sanciones adecuadas para las personas que no cumplan, así como la responsabilidad del Estado en su dimensión individual (obligaciones destinadas a proporcionar protección a las víctimas que sufren la violencia de su pareja o expareja).

23. Firmado en Nueva York en 2006 y ratificado por España en abril de 2008.

24. Firmado el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España en diciembre de 1990.

25. Convención Interamericana para la Protección de los derechos de las personas mayores, aprobada por la Organización de Estados Americanos en diciembre de 2015; todavía no existe un texto de estas características en el Consejo de Europa o la UE, a pesar de los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pilar Social de la UE.

26. Tras la pandemia de COVID-19, Naciones Unidas ha creado la Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores en el Gobierno español, tal y como se afirma en España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a largo plazo (desafío 5.º: «Preparar nuestro Estado de Bienestar para una sociedad más longeva»). Actualmente, no existe una Convención internacional de Derechos de las personas mayores. Esta sería importante por dos razones. El primer lugar, representaría un avance para el reconocimiento de sus derechos y su justiciabilidad. En segundo término, constituiría un punto de partida básico para el diseño de políticas públicas dirigidas a las personas mayores, particularmente en el ámbito de cuidados, el primer Informe sobre el impacto del cambio demográfico, que trata sus causas y su repercusión en el contexto europeo. Como primer resultado de este informe, el 21 de enero de 2021 se aprobó el *Libro Verde sobre el envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones* (Comisión Europea, 2020). Se trata de una trayectoria natural que a buen seguro finalizará con la adopción de una Convención internacional, al igual que ha ocurrido con las personas con discapacidad o las personas menores.

27. Entre otros muchos, *vid.* los documentos Resolución adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2020, denominada *Harmony with de Nature*, y el Convenio sobre Diversidad Biológica (CBD/WG2020/2/3 de 6 de enero de 2020), pendiente de aprobación; el Acuerdo de París para el cambio climático, aprobado por las Naciones Unidas en diciembre de 2015 y la *Ley Europea del clima* aprobada por el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 (Legislación europea sobre el clima). Especialmente interesante es la aproximación interseccional a la igualdad de género-clima que está desarrollando la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD). *Vid.* Gender and the Environment: Building Evidence and Policies to achieve SDGs.

BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN ROIG, María José (2021): «Human rights obligations, especially, in times of crisis», *The Age of Human Rights Journal*, 17, 1-26.
- ATIENZA, Manuel (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- BAUMAN, Zygmunt (2011): *La Modernidad líquida*, Madrid: Taramara.
- BRAGE CENDÁN, Santiago Bernardo (2018): «¿Es necesaria una nueva reforma penal en el ámbito de los delitos de maltrato y abandono de animales?» *Diario La Ley*, 9187.
- HAN, Byung-Chul (2017): *La sociedad del cansancio*, Barcelona: Herder.
- CARDONA LLORENS, Jorge (2015): «Hacia la configuración de un «sistema» de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1, 135-172.
- CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel (2023): «La protección jurídico medioambiental de las generaciones futuras», *Diario la Ley*, 10232.
- CORTINA ORTS, Adela, (2016): «La manida palabra ética», *Revista Contraste* [en línea] <<https://www.uv.es/~fores/contrastes/quince/cortina.html>>. [Consulta: 02/02/2024.]
- COURTIS, Christian, (2022): «La “debida diligencia” de la empresa como medio para el respeto de los derechos humanos. ¿herramienta útil o vía para postergar obligaciones legales?», *Revista de Derecho Laboral*, 65, 411-415.
- (2023): «*Peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*». *Caso Comunidad de La Oroya vs. Perú*.
- CUERDA, María Luisa (2021): *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LUIS, Elena (2020): *El derecho al medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2022): «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *Indret*, 4, 168-228.
- ESPARZA EIBAR, Iñaki (2021): *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta.
- (2014): *Derechos y Garantías: La democracia a través de los derechos*, Madrid: Trotta.
- (2022): *Para una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009): «Interpretar, argumentar, decidir», en F. Gutierrez-Alviz y J. Martínez Lázaro (coords.), *El juez y la cultura contemporánea*, vol. 3, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 97-144.
- GUTERRES, Antonio (2020): Secretario General de las Naciones Unidas. La aspiración más elevada. Llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos, con motivo del 75 Aniversario de las Naciones Unidas.
- HISKES, Richard (2014): *Human Right to a Green Future – Environmental Rights and Intergenerational Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HUERTA VIESCA, Isabel y Daniel RODRÍGUEZ (2023): «Nuevas obligaciones y nuevas responsabilidades de la Administración en materia de sostenibilidad y medioambiente», *La Ley*, 10352.
- INNERARITY, Daniel, (2023): *Libertad democrática*, Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- LANDO, Henrik (2024): «Should courts decide climate policies», *Review Law and Economics*, 23(6).
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2023): «La personalidad jurídica del Mar Menor», en R. Martínez Dalmau y A. Pedro Bueno, *Debates y perspectivas sobre los derechos de la naturaleza*, Valencia: Editorial Pireo.
- (2023): «Nuevos usuarios, nuevos derechos, nuevas legitimaciones: La titularidad del ecosistema del Mar Menor en España», en S. Barona Vilar (ed. lit), *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI*, Ediciones Universidad Autónoma de Chile.
- MORENO CATENA, Víctor (112021): «La jurisdicción y el Poder Judicial», *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PECES MORATE, Jesús Ernesto (1992): «Las Normas y la Jurisdicción», *Revista Jueces para la Democracia*, 15, 47-56.

- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2009): «La concepción generacional de los derechos fundamentales», en F. Gutiérrez-Alviz y Conradi y J. Martínez Lázaro (coords.), *El Juez y la Cultura jurídica contemporánea*, t. I, *La tercera Generación de derechos fundamentales*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- PONCE I SOLÉ, Juli (2019): *La Lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar Jurídico de la diligencia debida*, Alcalá: Editorial Universidad de Alcalá.
- PULEO, Alicia (2009): *Claves del ecologismo social*, Madrid: Libros en Acción.
- RODOTÀ Stefano (2014): *El derecho a tener derechos*, Madrid: Trotta.
- SÁNCHEZ RAMOS, Begoña (2023): «Empresa y Derechos Humanos, Consejos de Administración y legislación den la Unión Europea», *Diario La Ley*, 10296.
- TODOROV, Tzvetan (2012): *Los enemigos íntimos de la democracia*, Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- JUDT, Tony (2011): *Algo va mal*, Barcelona: Taurus.
- VIVES ANTÓN, Tomás (1995): *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VICIANO PASTOR, Roberto (2019) *Los derechos de la naturaleza: teoría, Política y Práctica*, en R. Martínez Dalmau, F. de Carvalho, L. Estupiñan Achury y C. Storini (coords.), *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Valencia: Ediciones Pireo.
- ROCKSTRÖM, Johan y Steve LADE *et al.* (2023): «Safe and just Earth system boundaries», *Nature*, 619, 102-111.
- VV AA, (2024): Monográfico sobre la obra *Por una Constitución para la Tierra*, *Revista Teoría & Derecho*, 36.

Fecha de recepción: 12 de julio de 2024.

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2024.