

TEORÍA & DERECHO

Revista de
pensamiento
jurídico

n.º 36

Por una Constitución de la Tierra

Sumario

DEBATE

Presentación: Por una Constitución de la Tierra

El proyecto de un constitucionalismo global como alternativa realista a un futuro de catástrofes
Luigi Ferrajoli

El futuro a través del Derecho: la Constitución de la Tierra
Cristina García Pascual

Ferrajoli: constituir la Tierra. Una lectura
José Luis Villacañas

El retorno de la utopía: andamios para la reconstrucción de «Una Constitución de la Tierra»
Constanza Núñez Donald

¿Límites en el universalismo garantista de la constitución de la tierra? Una modesta nota crítica
Javier de Lucas

Bienes comunes: conceptos y discusiones a partir de *Por una Constitución de la Tierra* de Ferrajoli
José Antonio García Sáez

Teología política y Naciones Unidas. A propósito de *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada* de Luigi Ferrajoli
Laila Yousef Sandoval

Garantismo: funciones e instituciones de garantía en Luigi Ferrajoli
Perfecto Andrés Ibáñez

ESTUDIOS

Metaverso: reflexiones críticas sobre la regulación y desarrollo del Derecho en entornos virtuales
Francisco José Santamaría Ramos

La tutela penal de los/las menores y/o adolescentes frente a las agresiones sexuales: consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el contexto sociohistórico actual
Alfredo Abadías Selma

n.º 36, JUNIO 2024

Incluye acceso online al fondo completo de la revista



tirant
lo blanch

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 36/2024
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Formó parte de este Consejo Editorial:

Tomás S. Vives Antón

COMITÉ CIENTÍFICO:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Carmen Domínguez Hidalgo

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Jefe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckmann Guerra

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez, Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán Sánchez

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es. Sitios web: <http://teorayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V-2840-2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

Presentación: Por una Constitución de la Tierra	10
El proyecto de un constitucionalismo global como alternativa realista a un futuro de catástrofes.....	16
<i>Luigi Ferrajoli</i>	
El futuro a través del Derecho: la Constitución de la Tierra	30
<i>Cristina García Pascual</i>	
Ferrajoli: constituir la Tierra. Una lectura	48
<i>José Luis Villacañas</i>	
El retorno de la utopía: andamios para la reconstrucción de «Una Constitución de la Tierra».....	62
<i>Constanza Núñez Donald</i>	
¿Límites en el universalismo garantista de la constitución de la tierra? Una modesta nota crítica	92
<i>Javier de Lucas</i>	
Bienes comunes: conceptos y discusiones a partir de <i>Por una Constitución de la Tierra</i> de Ferrajoli.....	104
<i>José Antonio García Sáez</i>	
Teología política y Naciones Unidas. A propósito de <i>Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada</i> de Luigi Ferrajoli.....	124
<i>Laila Yousef Sandoval</i>	
Garantismo: funciones e instituciones de garantía en Luigi Ferrajoli.....	146
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	

ESTUDIOS

Metaverso: reflexiones críticas sobre la regulación y desarrollo del Derecho en entornos virtuales.....	162
<i>Francisco José Santamaría Ramos</i>	
La tutela penal de los/las menores y/o adolescentes frente a las agresiones sexuales: consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el contexto sociohistórico actual	186
<i>Alfredo Abadías Selma</i>	

SUMMARY

DEBATE

Presentation: For an Earth Constitution	10
The project of a global constitutionalism as a realistic alternative to a catastrophic future.....	16
<i>Luigi Ferrajoli</i>	
The future through Law: The Earth Constitution	30
<i>Cristina García Pascual</i>	
Ferrajoli: constituting the earth. A reading	48
<i>José Luis Villacañas</i>	
The return of utopia: frameworks for the reconstruction of «A Constitution for the Earth»	62
<i>Constanza Núñez Donald</i>	
Limits on the guaranteeing universalism of the constitution of the earth? A modest critical note.....	92
<i>Javier de Lucas</i>	
Common goods: concepts and discussions from <i>Ferrajoli's For an Earth Constitution</i>	104
<i>José Antonio García Sáez</i>	
Political Theology and the United Nations. With regard to <i>Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio</i> , by Luigi Ferrajoli.....	124
<i>Laila Yousef Sandoval</i>	
System of legal guarantees: functions and institutions of guarantee in Luigi Ferrajoli.....	146
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	

STUDIES

Metaverse: critical reflections on the regulation and development of law in virtual environments.....	162
<i>Francisco José Santamaría Ramos</i>	
The criminal protection of minors and/or teenagers against sexual assaults: considerations around the protected legal good in the current socio-historical context.....	186
<i>Alfredo Abadiás Selma</i>	

DEBATE

Presentación: Por una Constitución de la Tierra

El proyecto de un constitucionalismo global como alternativa realista a un futuro de catástrofes

Luigi Ferrajoli

El futuro a través del Derecho: la Constitución de la Tierra

Cristina García Pascual

Ferrajoli: constituer la Terre. Une lecture

José Luis Villacañas

El retorno de la utopía: andamios para la reconstrucción de Una Constitución de la Tierra

Costanza Núñez Donald

¿Límites en el universalismo garantista de la constitución de la tierra? Una modesta nota crítica

Javier de Lucas

Bienes comunes: conceptos y discusiones a partir de *Por una Constitución de la Tierra* de Ferrajoli

José Antonio García Sáez

Teología política y Naciones Unidas. A propósito de *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, de Luigi Ferrajoli

Laila Yousef Sandoval

Garantismo: funciones e instituciones de garantía en Luigi Ferrajoli

Perfecto Andrés Ibáñez

PRESENTACIÓN:
POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA
*PRESENTATION:
FOR AN EARTH CONSTITUTION*

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.092>

PRESENTACIÓN POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA

En enero de 2022 se publicó en Italia el proyecto de una Constitución de la Tierra redactado por el filósofo del Derecho Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940) y, como suele suceder con todas las obras del profesor italiano, el texto fue rápidamente divulgado y traducido a otros idiomas, entre ellos al nuestro. La apuesta por la extensión del constitucionalismo garantista al ámbito global, que ya había sido anunciada en otros trabajos anteriores del autor, se concreta ahora en un proyecto *de lege ferenda*, una carta magna del mundo, que consta de cien artículos orientados todos ellos a dar respuesta a las emergencias y catástrofes que comprometen la habitabilidad del planeta.

Ferrajoli propone un pacto constitucional planetario cuyos principales objetivos son el mantenimiento de la paz, la salvaguarda de la naturaleza, la solidaridad y la cooperación entre los pueblos, la tutela de los bienes vitales y la prohibición de los bienes mortíferos, y la garantía de la dignidad, la igualdad y los derechos fundamentales. Por lo que hace a su sistemática, la Constitución de la Tierra está estructurada en dos grandes partes. La primera, «Principios supremos, derechos fundamentales, bienes fundamentales y bienes ilícitos», se asemeja a las partes dogmáticas de muchas constituciones estatales, pero contiene no pocos elementos novedosos, bien porque introduce previsiones que, aunque ya existen en el ámbito interno, se tornan revolucionarias cuando son trasladadas al ámbito internacional, bien porque el contenido de algunas de sus disposiciones es nuevo y ni siquiera ha sido reconocido en la esfera doméstica. Cabe, asimismo, destacar un aspecto muy original del articulado de la parte dogmática: la estipulación no solo de los derechos, sino también de un catálogo de bienes fundamentales y de un elenco de bienes ilícitos cuya producción, comercio y posesión se declaran prohibidos.

La segunda parte de la Constitución de la Tierra, «Las instituciones. Los instrumentos», se corresponde con la denominada parte orgánica de las constituciones. En esta segunda sección, la propuesta está cimentada sobre el mapa de las instituciones ya existentes en el ámbito internacional, andamiaje en el que el autor propone introducir mejoras, reformas e innovaciones. Especialmente relevante resulta el entramado de instituciones e instrumentos de garantía primaria y secundaria que sirve como cláusula de cierre de un

orden constitucional que no quiere ser meramente declarativo, sino imperativo y, sobre todo, eficaz.

De nuevo, Ferrajoli sorprende a los estudiosos, esta vez con un proyecto acabado de una Constitución planetaria que, dada la variedad de los temas que aborda y el alcance de las transformaciones que propone, es relevante no solo para los teóricos del Derecho, sino también para cualquier jurista; no solo para los actores políticos o para cualquier persona implicada en la lucha por los derechos humanos, sino también para la ciudadanía en general.

Las altas y ambiciosas metas de un proyecto normativo de este calado y el enorme interés que invariablemente despiertan las construcciones teóricas del profesor Ferrajoli, uno de los juristas más importantes de nuestro tiempo, han convertido al proyecto de Constitución de la Tierra en objeto de análisis de múltiples foros de debate en los que el examen, la crítica y la discusión del texto articulado se ha convertido en una forma de reflexionar sobre la inquietante deriva de nuestro mundo hacia el abismo y sobre la necesidad de articular instrumentos idóneos para reconducir esa senda destructiva y asegurar el futuro de la humanidad.

El lector encontrará en este nuevo monográfico de *Teoría & Derecho*, coordinado por la profesora Cristina García Pascual, el resultado de uno de esos debates, seguramente el primero que se celebró en nuestro país. El encuentro tuvo lugar en la Universitat de València el 17 octubre de 2022 y todos los intervinientes, aun los críticos, expresaron su convencimiento de que la propuesta de constituir la Tierra no puede ser desechada sin más como una hipótesis utópica, como una vana ilusión o como un vacío juego intelectual.

Encabeza el dossier una sintética presentación del proyecto, que corre a cargo de su propio autor. Luigi Ferrajoli hace una precisa exposición en la que ahonda en la necesidad y la racionalidad de una Constitución universal, a la que concibe como sistema de límites y vínculos impuestos al actual poder descontrolado y aun salvaje de los Estados soberanos y de los mercados globales. La posibilidad de abrir un proceso constituyente en el ámbito supranacional y de rubricar un texto constitucional planetario basado no en la ilusoria identidad homogénea de un *demos* planetario o en la nación, sino en un pacto de convivencia entre diferentes y desiguales tiñe sus tesis de un saludable optimismo en tiempos de mármoleo pesimismo. Lejos de ser un proyecto ingenuo, la Constitución de la Tierra conforma, al decir del jurista italiano, la única respuesta racional y realista a los grandes retos globales.

Tras la presentación de Luigi Ferrajoli, los artículos de Cristina García Pascual, José Luis Villacañas y Constanza Núñez valoran el proyecto constitucional integrándolo en el marco de la tradición del cosmopolitismo jurídico y filosófico. Como señala García Pascual, más allá de su justificación contextual —la necesidad apremiante de frenar las dinámicas que empujan a la humanidad a su destrucción—, la Constitución de la Tierra tiene ilustres precedentes en la historia de la filosofía general y de la

iusfilosofía en particular, entre ellos el opúsculo *La Paz perpetua* de Kant o los desarrollos de la «teoría pura del Derecho internacional» de Hans Kelsen. En su artículo, la profesora de la Universitat de València analiza en qué medida el proyecto de Ferrajoli sigue, corrige o mejora aquellos precedentes.

Seguidamente, José Luis Villacañas ofrece su personal valoración de la Constitución de la Tierra, a la que considera un proyecto que plasma la lucha por una razón común y que, desde el punto de vista institucional, se concreta en una estructura federal del mundo. Ante la impotencia con la que muchas democracias contemporáneas se enfrentan hoy a los problemas globales, una federación mundial regida por el imperio de la Constitución no restaría libertad ni poder al Estado, sino que los haría posibles. El profesor Villacañas sitúa la Constitución de la Tierra ante el espejo de *La paz perpetua* de Kant y se detiene en el análisis de la noción ferrajoliana de «crímenes de sistema», así como en la refutación de aquellas tomas de postura que tachan de utópica la extensión del constitucionalismo más allá de las fronteras del Estado.

Por su parte, la profesora Constanza Núñez contrasta la propuesta de la Constitución de la Tierra con las principales críticas a las que se enfrentan los paradigmas constitucionalistas más allá del Estado. La universalidad de los derechos humanos, el pluralismo jurídico y la teoría de la democracia, pilares que sustentan la obra de Ferrajoli, son tres enclaves de confrontación y debate a partir de los que la autora procede a revisar el alcance de la propuesta de una constitución mundial.

Tras estos tres artículos, los cuatro siguientes abordan aspectos específicos de la Constitución de la Tierra. Los dos primeros, escritos, respectivamente, por los profesores Javier de Lucas y José García Sáez, analizan críticamente algunos aspectos de la parte dogmática de la Constitución de la Tierra. Los dos últimos, elaborados por la profesora Laila Yousef y por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, se detienen en el análisis de los elementos esenciales de la parte orgánica, es decir, las instituciones y las garantías.

Partiendo de una valoración general muy positiva del proyecto de Luigi Ferrajoli, el profesor Javier de Lucas analiza la Constitución de la Tierra preguntándose por los límites del universalismo que contiene. El autor dirige su crítica a uno de los derechos más relevantes para un proyecto de alcance planetario, el derecho a la movilidad, y se muestra en desacuerdo con su formulación tal y como aparece en el texto que es objeto de análisis. La crítica del profesor De Lucas apunta a un déficit en la garantía de la libertad de circulación que, a su juicio, podría ser superado perfeccionando y enriqueciendo la redacción de los preceptos del texto normativo que regulan ese derecho.

El profesor José Antonio García Sáez dedica su contribución a examinar en detalle una de las principales novedades del proyecto: la constitucionalización de los bienes fundamentales, particularmente los bienes comunes. A tal efecto, el autor lleva a cabo una crítica interna —orientada a contrastar la regulación de los bienes comunes en la Constitución de la Tierra y el tratamiento que estos reciben en otros lugares de la obra de

Ferrajoli— y una crítica externa —que trata de poner la propuesta ferrajoliana en diálogo con las llamadas teorías *benecomunistas*.

El artículo de la profesora Laila Yousef Sandoval se abre al análisis de algunos aspectos de la parte orgánica de la propuesta de Ferrajoli. Cabe recordar que la propuesta de Ferrajoli parte del marco jurídico-político conformado por los organismos de Organización de Naciones Unidas, y que, como se ha apuntado arriba, en el articulado de la Constitución de la Tierra propone reformas y mejoras en esa compleja red institucional, así como la creación de nuevas entidades. El análisis de la profesora Yousef se centra en la Consejo de Seguridad, órgano que concita críticas y cuya configuración y actuación genera el escepticismo de numerosos actores internacionales sobre la efectiva capacidad de acción de la ONU. La autora contrasta las propuestas de Ferrajoli dirigidas a rediseñar la composición de este órgano y a modificar su funcionamiento con las críticas que en su día Carl Schmitt formuló a la Sociedad de Naciones.

El monográfico termina con el artículo del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, que centra su análisis en el garantismo del proyecto constitucional de Ferrajoli. La Constitución de la Tierra no está concebida como una declaración de buena voluntad ni como una apelación a los buenos sentimientos —o, al menos, no lo está *prima facie*—, sino como un documento normativo en el que cada derecho fundamental está adecuadamente protegido por sus garantías primarias y secundarias. El proyecto de una Constitución de la Tierra pretende corregir el defecto más grave que aqueja al Derecho internacional contemporáneo: la ineficacia de sus normas, motivada por la ausencia de las garantías preordenadas a asegurar su cumplimiento. Se cierra, así, el círculo de un Derecho constitucional concebido para el mundo en el que, como reitera Ferrajoli, solo el establecimiento de un adecuado sistema de garantías puede ser capaz de reducir la clamorosa divergencia entre la normatividad y la efectividad que, en los hechos, debilita, cuando no torna tendencialmente ilusoria, la tutela de los derechos y los bienes fundamentales. Se trata, en fin, de demostrar que una organización jurídico-política internacional alternativa a la actual es posible, siempre y cuando asumamos que su implementación depende de nuestra voluntad y del compromiso de la cultura jurídica con lo que gráficamente nuestro autor ha llamado las leyes del más débil.

EL PROYECTO DE UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL COMO
ALTERNATIVA REALISTA A UN FUTURO DE CATÁSTROFES*
*THE PROJECT OF A GLOBAL CONSTITUTIONALISM AS A
REALISTIC ALTERNATIVE TO A CATASTROPHIC FUTURE*

Luigi Ferrajoli

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Roma III*

RESUMEN

Existen emergencias globales que no forman parte de la agenda política de los gobiernos, aunque de su solución dependa la supervivencia de la humanidad: el calentamiento climático, la falta de agua potable, la guerra y las amenazas a la paz, la supresión de libertades fundamentales o las masas de migrantes que huyen de condiciones de miseria y degradación. Partiendo de esa constatación, el autor de este artículo sostiene que solo una Constitución de la Tierra puede realizar el universalismo de los derechos y enfrentar todas esas catástrofes planetarias. El proyecto de una Constitución de la Tierra no es una hipótesis utópica, sino la única respuesta racional y realista para enfrentar la deriva hacia la destrucción de la vida en el planeta.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo mundial, garantismo, derechos humanos, filosofía del Derecho.

ABSTRACT

There are global emergencies that are not on the political agenda of governments, even though the survival of humanity depends on their solution: global warming, the lack of drinking water, war and threats to peace, the suppression of fundamental freedoms or the masses of migrants fleeing conditions of misery and degradation. Based on this observation, the author of this article argues that only a Constitution of the Earth can realize the universalism of rights and confront all these planetary catastrophes. The project of a Constitution of the Earth is not a utopian hypothesis, but the only rational and realistic answer to face the drift towards the destruction of life on the planet.

KEYWORDS

World constitutionalism, guaranteeism, human rights, philosophy of law.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2024.093>

* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

EL PROYECTO DE UN CONSTITUCIONALISMO GLOBAL COMO ALTERNATIVA REALISTA A UN FUTURO DE CATÁSTROFES

Luigi Ferrajoli

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Roma III

Sumario: 1. Catástrofes globales 2. Crímenes de sistema 3. Dos concepciones opuestas de la constitución y del constitucionalismo 4. Dos concepciones opuestas del realismo político. El papel de la cultura jurídica y política. Bibliografía.

1. CATÁSTROFES GLOBALES

La humanidad atraviesa el momento más dramático de su historia. En efecto, hay problemas globales que no están en la agenda política de los gobiernos nacionales, a pesar de que el futuro de la humanidad depende de su solución.

Enumeraré cinco de estos desafíos y emergencias catastróficas. El primero es el peligro de un conflicto nuclear: el repudio de la guerra formulado en la Carta de la ONU parece eliminado del horizonte de las políticas de los gobiernos de las grandes potencias, que hablan con ligereza de la posibilidad, aunque sea «improbable», de que la guerra criminal desencadenada por Putin contra Ucrania pueda derivar en una guerra atómica, y están todos rearmándose irreflexivamente, camino del precipicio. La segunda emergencia es el salvamento del planeta del calentamiento climático: cada año la humanidad introduce en la atmósfera una cantidad de gases de efecto invernadero superior a la inmensa del año anterior poniendo en riesgo, a un plazo no largo, la misma habitabilidad de nuestro pla-

neta. La tercera calamidad es el crecimiento en el mundo de las desigualdades, la pobreza, el hambre y las enfermedades no tratadas: más de 8 millones de personas —unas 24 000 al día, gran parte de ellas niños— mueren cada año por la falta de agua potable y de la alimentación básica, y otras tantas por la falta de tratamientos y de fármacos esenciales. La cuarta catástrofe es la cruel explotación del trabajo: a causa de la competencia a la baja entre los trabajadores de los países ricos y los trabajadores de los países pobres generada por la globalización salvaje, se han desmantelado las garantías de los derechos de los primeros y la explotación de los segundos ha adoptado formas paraesclavistas. La quinta es, en fin, el drama de centenares de millares de migrantes que huyen de una o más de estas tragedias, son rechazados en nuestras fronteras y, cuando no mueren en sus odiseas, encuentran en nuestros países opresiones y discriminaciones.

Siempre, en las vueltas de la historia, la humanidad ha reaccionado a las injusticias y a los horrores del pasado oponiéndoles, con base en la razón política y jurídica, la construcción de nuevos órdenes y artificios institucionales: el Estado legislativo de Derecho siguió a las revoluciones del setecientos y el ochocientos que pusieron fin al absolutismo regio del *Ancien Régime*; el Estado constitucional de Derecho, basado en los principios de justicia y en los derechos fundamentales establecidos en constituciones rígidas siguió a la liberación del nazifascismo. Pero las emergencias actuales y, en particular, el calentamiento climático y la pesadilla nuclear son muchísimo más graves y dramáticas que aquellas frente a las que, en el pasado, la humanidad pudo formular en cada ocasión sus solemnes *nunca más* constitucionales. La sociedad natural y salvaje del *homo homini lupus* concebida por Thomas Hobbes ha sido hoy sustituida por una sociedad de lobos ya no naturales, sino artificiales —los Estados y los mercados— y dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento del pasado, capaz de provocar daños irreversibles frente a los que no llegaremos a tiempo de alzar nuevos *nunca más*.

Estas emergencias no son ni pueden ser afrontadas por las políticas nacionales, inertes e impotentes en cuanto ancladas en los estrechos espacios de las circunscripciones electorales y los cortos plazos de las elecciones y los sondeos de opinión. Sin embargo, es cierto que ocho millardos de personas, 196 Estados soberanos, nueve de ellos dotados de armamentos nucleares, un anarcocapitalismo voraz y depredador y un sistema industrial ecológicamente insostenible no podrán sobrevivir a la larga sin producir catástrofes capaces de poner en riesgo la habitabilidad del planeta y la misma supervivencia de la humanidad.

Estos son datos de hecho. Por efecto de la globalización, han cambiado las coordenadas y los presupuestos del constitucionalismo, diseñados en esa gran etapa constituyente que fue el quinquenio 1945-1949 por las constituciones rígidas de la segunda posguerra en Italia y Alemania, por la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de los derechos humanos. Si es cierto que el constitucionalismo consiste en un sistema de límites y vínculos impuesto a los poderes de otro modo salvajes en garantía de los principios de justicia y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, entonces habrá que reconocer que, con respecto a aquella etapa constituyente, han cambiado tanto los poderes que deben ser limitados como sus agresiones a los bienes y a los derechos fundamentales. Ha cambiado, sobre todo, la geografía de los poderes. Los poderes que cuentan,

aquellos de cuyo ejercicio depende el futuro de la humanidad, se han trasladado fuera de las fronteras nacionales. Ha cambiado, además, la naturaleza de las agresiones al Derecho y a los derechos, ahora todas de carácter global. Aquellos poderes globales y estas agresiones de escala planetaria imponen un salto de civilidad, es decir, una expansión del constitucionalismo más allá del Estado, a la altura de los poderes globales de los que provienen las amenazas a nuestro futuro.

No hacen falta muchas palabras para poner en evidencia la incapacidad del constitucionalismo nacional de hacer frente a los desafíos provenientes de estas agresiones globales. La democracia actual está afectada de presentismo y de localismo: no recuerda el pasado y no se hace cargo del futuro, es decir, de lo que acontecerá más allá de los tiempos de los vencimientos electorales y de las fronteras nacionales. Por otra parte, a causa de sus límites espaciales, los gobiernos nacionales y sus constituciones son objetivamente impotentes para hacer frente a las catástrofes planetarias, destinadas, por desgracia, a agravarse. Ningún estado abrirá totalmente sus fronteras si no lo hacen también los demás. Ningún gobierno podrá afrontar por sí solo los problemas del calentamiento climático, las desigualdades globales, el hambre y la sed en el mundo o las enfermedades no tratadas de centenares de millones de personas. Ningún país, y menos aún los dotados de armamentos nucleares, procederá a un desarme unilateral. Además, se ha invertido la relación entre los mercados y los Estados por la asimetría entre el carácter global de los primeros y el carácter local de los segundos. Ya no son los Estados los que garantizan la competencia entre las empresas, sino las grandes empresas multinacionales las que ponen a competir a los Estados, privilegiando con sus inversiones a aquellos países en los que puedan explotar más fácilmente a los trabajadores, pagar menos impuestos, devastar el medio ambiente y corromper a los gobiernos.

Por otra parte, ha fracasado ese embrión de constitución del mundo formado por la Carta de la ONU y los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Las razones de la quiebra de la ONU son esencialmente dos. La primera consiste en la contradictoria conservación de la soberanía de los Estados en su carta estatutaria. Todo el Derecho internacional, todas las instituciones y las organizaciones internacionales están modelados según el paradigma del Estado nacional soberano. Son los Estados los únicos actores y destinatarios del Derecho internacional. Es claro que la conservación de la soberanía de los Estados y, consecuentemente, de las distintas y desiguales ciudadanías estatales hace ilusorios, en cuanto no rígidamente vinculantes, los principios de paz e igualdad y los derechos fundamentales, por más que establecidos en las distintas cartas de derechos humanos.

La segunda razón del fracaso de la Carta de la ONU y de estos instrumentos internacionales estriba en la falta de previsión de instituciones de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales establecidos en ellos. A diferencia de los derechos patrimoniales, que nacen a la vez que sus garantías —el crédito con la deuda, la propiedad privada junto a la prohibición de perturbar su ejercicio—, los derechos fundamentales requieren leyes de desarrollo que introduzcan las prohibiciones de las lesiones y las obligaciones de las prestaciones que constituyen sus garantías. En cambio, poco o nada se ha

hecho en actuación de estas cartas. La única garantía importante que se ha introducido es la institución del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, pero a su estatuto no se han adherido las mayores potencias. Así, los principios de la paz y la igualdad, los derechos de libertad y los derechos sociales de todas las personas, prometidos en las distintas cartas de derechos, se han quedado en el papel para la gran mayoría del género humano, como promesas incumplidas.

En consecuencia, el actual constitucionalismo es del todo inadecuado para garantizar la paz, la democracia y los derechos universales, por más que estos últimos hayan sido proclamados en tantas cartas constitucionales e internacionales. Esta inadecuación suscita dos cuestiones, y ambas requieren una revisión de las categorías jurídicas y políticas con las que leemos la realidad y formulamos las propuestas de solución de los problemas generados por ella. La primera se refiere a la naturaleza de las catástrofes aludidas y la segunda a la naturaleza de las respuestas políticas, jurídicas e institucionales posibles.

2. CRÍMENES DE SISTEMA

Preguntémosnos, ante todo, por la naturaleza de las cinco emergencias catastróficas enumeradas arriba. Diré enseguida que no pueden concebirse como crímenes en sentido penal. Al igual que sus víctimas, pueblos enteros y a veces toda la humanidad, sus autores no son identificables como personas individuales, sino que son mecanismos del sistema económico y político. Además, del mismo modo que sus masivos efectos catastróficos no pueden concretarse en precisos y determinados resultados dañosos, tampoco las acciones que los provocan, igualmente masivas, son comportamientos singulares y determinados y, en cuanto tales, previsibles como delitos, pues consisten en complejos conjuntos de actividades políticas y económicas realizadas por una pluralidad indeterminada y no determinable de sujetos. Dicho sencillamente, se trata de agresiones a los derechos de las personas que el Derecho penal no puede afrontar, dado que carecen de todos los requisitos impuestos por sus principios garantistas: desde el de determinación de los hechos punibles hasta la relación de causalidad entre las acciones individuales y los cataclismos medioambientales y sociales, pasando por el principio de la responsabilidad personal en materia penal.

Pero estas tragedias no son fenómenos naturales. No lo son la carrera de los Estados para dotarse de armamentos cada vez más mortíferos ni los cataclismos y las devastaciones provocadas por el actual desarrollo industrial incontrolado. Tampoco lo son los millones de muertos por hambre, sed y enfermedades no tratadas debidos a las políticas rapaces de los países ricos y a la completa omisión de socorro a sus víctimas. Menos aún lo son las medidas de rechazo que sufren cada año millones de migrantes. Y estas catástrofes no son simples injusticias. Son violaciones masivas de los derechos fundamentales estipulados en las cartas constitucionales tanto nacionales como supranacionales.

Hay, por tanto, un interrogante de fondo al que es preciso responder: si es admisible que la criminología, la ciencia jurídica, la ciencia política y el debate público ignoren o,

en cualquier caso, desdeñen la necesidad de poner freno a semejantes violaciones de los derechos humanos y los bienes fundamentales. Más aún, teniendo en cuenta que, por un lado, contradicen todas nuestras cartas constitucionales e internacionales y, por otro, que, de no ser afrontadas por el Derecho y por la política mediante la introducción de las adecuadas garantías y de las conexas funciones e instituciones de garantía, pueden hacer vanas todas nuestras conquistas de civilidad y provocar, más pronto que tarde, la destrucción de la convivencia pacífica y de la misma estabilidad del planeta.

La cuestión tiene que ver con la noción de «crimen» y el papel científico y explicativo de la criminología. Las ciencias criminológicas tradicionales y el debate público han sido siempre subalternos del Derecho penal, dado que han concebido, denominado y estigmatizado como «crímenes» solo los comportamientos desviados previstos por el Derecho penal como delitos. De este modo, tanto las ciencias jurídicas y sociales como el debate político han cumplido y siguen cumpliendo un importante papel de legitimación ideológica: la descalificación como injustos y moralmente reprobables solo de los hechos previstos como delitos por nuestros sistemas penales, y la legitimación como justos o, al menos, como permitidos y no injustos de los hechos no incluidos en los códigos penales. Así, sobre todo en estos últimos años, en el debate público y en el sentido común se ha producido una singular plasmación del juicio no solo político y moral, sino también jurídico, sobre los únicos parámetros del Derecho penal, convertidos ahora ya en la principal clave de lectura de las culpas y las responsabilidades de la política. Solo las conductas tipificadas y juzgadas como delitos, es decir, como crímenes en sentido penal, suscitan indignación y estigmatización moral y política. En cambio, se considera permitido todo aquello que no esté prohibido como delito. Fenómenos antijurídicos como los aquí recordados, incomparablemente más catastróficos que todos los delitos, precisamente porque no afrontados por el Derecho penal, resultan, de hecho, tolerados con resignación o con indiferencia.

Por el contrario, la emancipación y la autonomía científica de la criminología y de la ciencia jurídica —y, más aún, la autonomía política del debate público— requieren que la previsión de un hecho como delito no sea considerada condición necesaria de su estigmatización como «crimen», obviamente en sentido no penal. En efecto, una criminología científica no subalterna de las contingentes opciones legislativas de política penal debe concebir como *crímenes* no solo los delitos más graves previstos y castigados por el Derecho penal, sino también aquellas actividades políticas, económicas y sociales que, aun sin ser reconducibles a la responsabilidad penal de personas individuales, causan las catástrofes planetarias en culpable contradicción con los principios constitucionales elementales formulados en las distintas cartas y convenciones sobre derechos humanos que forman parte de nuestros ordenamientos.

Por eso, es necesario ampliar la noción de «crimen» también a estas agresiones —las devastaciones medioambientales, las explosiones y las amenazas nucleares, los millones de muertos al año por la falta de fármacos esenciales, agua y alimentación básica— no atribuibles a personas concretas y, sin embargo, contrarias al Derecho y enormemente dañosas para pueblos enteros y a veces para toda la humanidad. En este sentido, he propuesto la introducción en el léxico jurídico y político de una noción de «crimen» más amplia que la

de *crimen penal* para incluir en ella también a este amplio espectro de violaciones masivas de derechos y bienes fundamentales que no consisten en acciones individuales imputables a la responsabilidad de personas determinadas. He llamado a estas violaciones *crímenes de sistema*. Además, es evidente que la previsión de estos crímenes de sistema podría muy bien comportar la institución de una o varias jurisdicciones internacionales de la verdad inspirada(s) en el modelo de la Comisión de la Verdad ensayado en Sudáfrica al final del *apartheid* y dotadas de poder para constatar la comisión de este tipo de crímenes y establecer las correspondientes responsabilidades políticas. Por ejemplo, una jurisdicción internacional en materia de agresiones al medioambiente, otra sobre el hambre en el mundo y las enfermedades curables, pero no tratadas, y otra más sobre los millones de muertes provocadas cada año por el uso de las armas de fuego.

Lo que cuenta es la autonomía, en el debate público, del punto de vista externo respecto del interno del Derecho penal, de modo que puedan llamarse por su nombre —precisamente, crímenes de sistema— a las violaciones masivas imputables a responsabilidades no penales, sino políticas. Porque, en efecto, debido a la subalternidad al Derecho penal y a los filtros selectivos y justamente garantistas mediante los que se identifican los ilícitos penales, la criminología tradicional y el debate político han acabado ignorando estos macrocrímenes de sistema y, al mismo tiempo, las responsabilidades políticas, económicas y sociales por los daños gigantescos que provocan. Únicamente porque tales crímenes no son tratados ni tratables por la justicia penal, anclada en los principios garantistas de la responsabilidad individual y de la taxatividad en la tipificación de los comportamientos punibles, no producen escándalo, sino una aceptación acrítica —la actual banalización del mal—, como si fuesen fenómenos naturales o de algún modo inevitables. Por eso, para prevenir y hacer frente a estas violaciones y, al mismo tiempo, para imputar su producción a las responsabilidades políticas y morales de quienes podrían impedir las introduciendo las garantías adecuadas, es necesario promover su percepción social como crímenes intolerables de relevancia constitucional, aunque no sean atribuibles a la responsabilidad jurídica de personas concretas y determinadas. No se olvide que el lenguaje jurídico tiene siempre un papel performativo del sentido común.

3. DOS CONCEPCIONES OPUESTAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONSTITUCIONALISMO

Así las cosas, la siguiente pregunta suscitada por estos crímenes es si pueden ser impedidos mediante garantías idóneas o si, en cambio, habremos de resignarnos a la tesis en apariencia de sentido común según la cual no existen alternativas a lo que de hecho acontece. Es la segunda y más importante cuestión planteada por estas emergencias: la de la respuesta institucional capaz de hacerles frente. Me parece evidente que esta respuesta, es decir, un adecuado sistema de límites y vínculos a los poderes globales y a sus agresiones solo puede consistir en la construcción de una esfera pública planetaria basada en la expansión del paradigma constitucional más allá del Estado nacional.

Surge así una cuestión teórica de fondo, relativa al papel de las constituciones y la naturaleza misma del constitucionalismo. Hay, en efecto, dos concepciones opuestas de la constitución y del constitucionalismo. De acuerdo con la primera, que ha prevalecido siempre en nuestra tradición, existiría un nexo entre constitución, pueblo y Estado nacional. Las constituciones serían posibles, antes incluso que deseables, solo si están basadas en la existencia de un pueblo y del correspondiente Estado soberano. «Hay que limitar la palabra “constitución” —escribió Carl Schmitt, al que se debe esta concepción nacionalista e identitaria— a Constitución *del Estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo» (1934: 3). Esta expresa «[...] la unidad política del pueblo como conjunto político» (2009: 286), de acuerdo con el «[...] axioma democrático fundamental de la identidad de voluntades de todos los ciudadanos» (2009: 155). Es claro que tal unidad y tal identidad no existen a escala internacional. Pero en las sociedades democráticas —basadas en el pluralismo, el conflicto político y las luchas de clases— aquellas tampoco existen en el plano nacional, pues solo son concebibles a partir de la idea schmittiana, autoritaria e iliberal del *demos* como entidad homogénea en relación de oposición y de exclusión con los otros pueblos, pero también con cuantos, en la perspectiva de esta supuesta homogeneidad, son diferentes o discrepantes y, por eso, enemigos virtuales.

Radicalmente opuesta es la idea de constitución que se expresa en el universalismo de los de los derechos humanos estipulados en las constituciones de la segunda posguerra, y en el principio de igualdad como igual valor de todas las diferencias de identidad y desvalor de las desigualdades económicas y materiales. Así entendidas, las constituciones y los principios establecidos en ellas, a diferencia de las leyes ordinarias, no pertenecen a la que se puede llamar *esfera de lo decidible*, que en democracia está confiada a la voluntad popular y a su representación. Las constituciones son pactos de convivencia pacífica y solidaria entre diferentes y desiguales en las que se encuentra estipulada la *esfera de lo no decidible*: lo que ninguna mayoría puede decidir, es decir, las limitaciones de los derechos de libertad, que son todos derechos a la tutela y a la afirmación de las propias diferencias personales, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, esto es, la satisfacción de los derechos sociales, que son todos derechos a la eliminación o a la reducción de las desigualdades económicas y materiales. Por ello, las constituciones son legítimas y democráticas no porque «queridas» por el pueblo, es decir, por todos o por la mayoría, sino porque garantizan a todos, incluso a su pesar. Y son tanto más legítimas y necesarias cuanto mayores son las diferencias que están llamadas a tutelar y las desigualdades que tienen el cometido de reducir. Legítimas y necesarias, pues más aún que a escala nacional es a escala global donde mayores son las diferencias de identidad —étnicas, lingüísticas, religiosas, culturales— que las constituciones están obligadas a tutelar y las desigualdades económicas y materiales que tienen el deber de reducir.

Por eso, hay que rechazar el nexo entre constitución y Estado nacional que sigue pesando en la cultura constitucionalista. De un lado, porque contradice la idea misma de constitución que expresan todas las cartas internacionales y las constituciones rígidas de la segunda posguerra. De otro, porque hoy el constitucionalismo nacional no está a la altura de los desafíos generados por la globalización y por los poderes globales, que hacen época

y amenazan, más aún que los poderes estatales tradicionales, los derechos y los bienes fundamentales de todos. En este sentido, todos los nacionalismos son los obstáculos y no las bases sociales y culturales del constitucionalismo, y los Estados soberanos creados por la cultura occidental junto con las distintas ciudadanías son, al igual que los mercados globales resistentes a límites y controles jurídicos, los verdaderos enemigos del constitucionalismo, del principio de igualdad y de los derechos fundamentales: tales derechos y sus garantías son universales o no son. Las constituciones democráticas, cuya tarea es garantizar el pluralismo político y el multiculturalismo y, a la vez, condiciones de vida digna a todos los seres humanos, son internacionalistas por naturaleza, es decir, antinacionalistas y antifascistas. Su lógica, expresada en los derechos humanos y el principio de igualdad, no es nacional, sino universal. No es casual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos haya querido llamarse «universal». Por ello, la expansión del constitucionalismo más allá del Estado no es solo una ampliación de esta, sino también, e incluso antes, su *adveración* y su coherente *actuación*.

Así las cosas, solo si es *adverado* y *actuado* de este modo, el constitucionalismo, situándose a la altura de los Estados y los mercados globales, estará en condiciones de limitar sus poderes salvajes. Precisamente, esta concepción universalista de las constituciones requiere la expansión del constitucionalismo rígido más allá del Estado en una cuádruple dirección: hacia un *constitucionalismo supranacional*, prolongación del estatal expresado por las constituciones de los diversos países; hacia un *constitucionalismo de Derecho privado*, añadido al de Derecho público, edificado solo frente a los poderes públicos pero no en cambio frente a los poderes económicos privados; hacia un *constitucionalismo social*, prolongación del liberal, a través de las garantías de los derechos sociales y no solo de los de libertad; hacia un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, desde los bienes comunes a los fármacos esenciales y a la alimentación básica, como prolongación del de los derechos fundamentales.

Se trata de cuatro expansiones dictadas por la misma lógica del constitucionalismo, cuya historia ha consistido hasta hoy —y habrá de consistir, si es que quiere sobrevivir— en una progresiva ampliación de la esfera de los derechos. De los derechos de libertad en las primeras declaraciones y en las constituciones del ochocientos a los derechos de los trabajadores y los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, a la información, al agua potable y a la alimentación, hoy reivindicados y todavía no constitucionalizados. Ha sido una historia social y política, antes que teórica, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos fueron conquistados por los movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, luego los movimientos decimonónicos europeos por los estatutos, más tarde la lucha de liberación antifascista de la que nacieron las actuales constituciones rígidas, en fin, las luchas obreras, feministas, ecologistas y pacifistas de los pasados decenios. Actualmente, los desafíos globales imponen un nuevo salto de civilidad el al Derecho y a la política: la construcción de un constitucionalismo global como actuación de la lógica universalista del constitucionalismo tomado en serio.

4. DOS CONCEPCIONES OPUESTAS DEL REALISMO POLÍTICO. EL PAPEL DE LA CULTURA JURÍDICA Y POLÍTICA

Naturalmente, nada permite ser optimistas en lo que se refiere a esta expansión del paradigma constitucional más allá del Estado. Todo hace suponer que seguirán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos y los intereses de los grandes poderes económicos globales. Ahora bien, para no eximir de responsabilidad a la política y para no legitimar como inevitable lo que, en cambio, es fruto de la voluntad de los poderosos, hay que distinguir lo que es improbable por la miopía de la política y por los obstáculos que oponen los robustos intereses privados de lo que es imposible en el plano teórico.

Tal es la confusión que habitualmente se produce y que, en nombre del realismo político, permite descalificar como utópica e irrealizable la perspectiva de la posible expansión del constitucionalismo a escala global que aquí se sostiene. Paso así a tratar de la segunda cuestión teórica de fondo —más exactamente, una cuestión de carácter metateórico y epistemológico— que, entiendo, se impone a la reflexión de la filosofía política, de la ciencia jurídica y, sobre todo, de las disciplinas constitucionalistas. Me refiero al significado mismo del realismo político y jurídico que, desde hace decenios, pesa como una suerte de obsesión sobre los estudios de teoría política y de teoría del Derecho y paraliza su capacidad de innovación teórica y de proyecto político.

Pienso que hay que distinguir dos tipos opuestos de realismo. El primero es el que llamaré *realismo vulgar*, consistente en la naturalización de la realidad social, del Derecho y de la política a través de la bien conocida tesis de que «no existen alternativas» a lo que de hecho acontece. Es un realismo ideológico que produce una suerte de legitimación cruzada: la *legitimación científica* de la tesis teórica de la falta de alternativas al estado de cosas existente mediante la descripción del funcionamiento de hecho de las instituciones y, a la inversa, la *legitimación política* del estado de cosas existente merced a la tesis teórica de que no hay alternativas a las reales, en cuanto efectivas, leyes del más fuerte como normas fundamentales, que lo son más que las inefectivas cartas constitucionales. Es el realismo que ignora la normatividad del Derecho y, específicamente, de las constituciones, y que, de este modo, acaba legitimando y secundando como inevitable lo que no es sino obra de los hombres, de la que son responsables los actores de nuestra vida económica y política.

Hay un segundo tipo de realismo, al que llamaré *realismo racional* —el realismo de Hobbes, Kant, Marx, pero también, y, sobre todo, de las constituciones más avanzadas—, que, frente a las injusticias y las catástrofes provocadas por el juego «natural» e incontrolado de las relaciones de fuerza, elabora en el plano teórico y formula en el plano normativo los remedios racionales capaces de asegurar la dignidad de las personas y su convivencia pacífica. Según este realismo, existen alternativas: son las que ofrece la propia tradición del constitucionalismo moderno entendido como sistema de límites y vínculos rígidos a los poderes salvajes de los más fuertes, y depende de la cultura jurídica actualizarlas, de los movimientos y las fuerzas democráticas reivindicarlas y de una política de progreso adoptarlas. Mientras, sucede que la verdadera utopía, la hipótesis menos realista, es la idea de

que la realidad puede permanecer a largo plazo tal como es: que podremos seguir basando nuestras democracias y nuestros despreocupados modos de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo de nuestras economías insostenible para el medio ambiente. Todo esto no puede durar. Es el propio preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 el que, con realismo y racionalidad, establece un nexo de implicación recíproca entre la paz y los derechos, la seguridad y la igualdad y, habría que añadir, entre la salvación de la naturaleza y de la humanidad que solo una Constitución de la Tierra y sus instituciones de garantía hoy pueden asegurar. Por eso, el constitucionalismo global no es una utopía. Al contrario, es la única respuesta racional y realista al mismo dilema afrontado hace cuatro siglos por Thomas Hobbes: o bien la inseguridad general determinada por la libertad salvaje de los más fuertes, o bien el pacto racional de supervivencia, convivencia pacífica y mutuo socorro basado en la prohibición de la guerra y en las garantías de la vida.

Si esto es cierto, nos corresponde a los juristas desempeñar una tarea insustituible. Las constituciones rígidas han diseñado el deber ser del Derecho. Han impuesto límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes. Han tomado postura, como el art. 3.2º de la Constitución italiana, contra la realidad de los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas. Han señalado a la política y a las luchas sociales horizontes y proyectos ambiciosos y difíciles, pero posibles. Y, por ello, han invertido la antigua función social del Derecho, de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, que ya no es la mera conservación, sino la transformación del orden de los poderes y las relaciones sociales a fin de materializar los principios establecidos en ellas. De aquí emerge un novedoso y atractivo rol del Derecho y de la cultura jurídica: la crítica de la realidad presente y la proyección de la realidad futura.

Ciertamente, no podemos ni debemos hacernos demasiadas ilusiones sobre las capacidades de tutela y sobre el papel de progreso del Derecho. El garantismo, los derechos, las garantías, los principios constitucionales son las leyes de los más débiles, que tienen de su parte la fuerza del Derecho y de las constituciones. Los fuertes, sin embargo, tienen de su parte la fuerza, es decir, el dinero, la violencia, la prepotencia, la despreocupación, la capacidad de mistificación ideológica y la total disposición a violar, en su propio interés, el Derecho y los derechos tantas veces como les resulte posible. Pero esta es una razón más para que los juristas tomen en serio el Derecho vigente y su misma profesión, que no permite ignorar las divergencias entre el deber ser y el ser efectivo del Derecho, entre los derechos y los principios de justicia positivamente establecidos y sus flagrantes violaciones en perjuicio de millardos de seres humanos. Precisamente frente a estas violaciones, la ciencia jurídica puede desempeñar un papel de desvelamiento, de crítica, de deslegitimación y, sobre todo, de estímulo a la materialización del paradigma constitucional.

Estos son los fines que he perseguido con el proyecto de una Constitución de la Tierra publicado en el volumen *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada* (2022): mostrar, ante todo, también mediante la elaboración de un esbozo de texto constitucional global que consta de 100 artículos, que la alternativa es posible; que es posible

la justiciabilidad de las lesiones de las libertades fundamentales causadas por los regímenes despóticos, y asimismo la garantía de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia de todos los seres humanos, la ciudadanía universal, la abolición de las armas y los ejércitos, la creación de un dominio público planetario para la tutela del medio ambiente y la institución de un fisco mundial sobre los grandes patrimonios y sobre los altísimos beneficios capaz de financiar las instituciones globales de garantía. Hay un segundo objetivo: mostrar que, si se toman en serio el Derecho y las constituciones, la alternativa no solo es obligada, sino también necesaria y urgente porque es la única posible frente a un futuro de catástrofes.

En esta perspectiva, quiero concluir con una nota de optimismo. A lo largo de las últimas décadas ha emergido una significativa novedad: el mundo es cada vez más interdependiente. Hace sesenta años lo habitábamos dos millardos de personas, y lo que acontecía en la otra parte del planeta era desconocido para nosotros y, en todo caso, irrelevante e indiferente. Hoy somos casi ocho millardos y, sin embargo, el mundo es bastante más pequeño que entonces: basta pensar en el virus de la pandemia, nacido en China pero que no conoció fronteras y se extendió en pocas semanas por todo el mundo. La humanidad está cada vez más integrada, es más frágil y, repito, más interdependiente porque estamos todos interconectados, porque a todos nos gobiernan poderes económicos y financieros globales y porque todos estamos expuestos a idénticas amenazas y emergencias que pueden llevar a hacer inhabitable la Tierra y a la extinción de la humanidad.

Esto quiere decir que, por primera vez en la historia, existe un pueblo global, en la medida en que todos los habitantes del planeta estamos interconectados y unidos por los mismos desafíos y amenazas globales. No solo. Por primera vez en la historia está manifestándose un interés público bastante más amplio y vital que todos los distintos intereses públicos del pasado: el interés en la supervivencia, asegurada por la prohibición de las armas y los ejércitos y por las garantías de los bienes naturales comunes y de los derechos fundamentales de todos como límites y vínculos a todos los poderes, tanto políticos como económicos. Esta es la gran —y, sin duda, positiva— novedad generada por las emergencias y los desafíos globales: la creciente interdependencia de todos los pueblos de la tierra, idónea para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres humanos y para refundar la política como política interna del mundo. Naturalmente, el proceso constituyente de una federación global basada en una Constitución de la Tierra está destinado a encontrar obstáculos potentísimos, comenzando por la miopía de la clase política, interesada en mantener sus míseros poderes, y los intereses de los grandes poderes económicos y financieros. Sin embargo, frente a los desafíos y las amenazas que nos unen a todos, pobres y ricos, débiles y fuertes —la Tierra, dice un viejo eslogan, es el único planeta que tenemos—, un despertar de la razón es posible. Lo importante es que se produzca antes de que sea demasiado tarde.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, Luigi (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- SCHMITT, Carl (1931) [2009]: «El defensor de la Constitución», en C. Schmitt y H. Kelsen (auts.), *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, traducción de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, estudio preliminar de G. Lombardi, Madrid: Tecnos.
- (1934) [1928]: *Teoría de la Constitución*, traducción de F. Ayala, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

EL FUTURO A TRAVÉS DEL DERECHO: LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA*
THE FUTURE THROUGH LAW: THE EARTH CONSTITUTION

Cristina García Pascual

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València*

RESUMEN

La posibilidad de construir un orden jurídico para la humanidad como forma de pacificar las relaciones internacionales o de hacer posible los derechos humanos ha sido objeto de una prolongada reflexión filosófica y jurídica a lo largo de la historia. En el marco de esa tradición, pero situado en el contexto actual, Luigi Ferrajoli propone extender el garantismo jurídico a escala planetaria a través del texto articulado de una Constitución de la Tierra. En este trabajo se analiza y discute esa Constitución, valorando su viabilidad y legitimidad, su novedad respecto a proyectos anteriores y su adecuación para hacer posible el futuro de la humanidad.

PALABRAS CLAVE

Constitución planetaria, cosmopolitismo, paz del Derecho, paradigma garantista.

ABSTRACT

The design of projects or guidelines on how to build a world legal order that makes peace or human rights possible has occupied a good number of philosophers and jurists throughout history. Within the framework of this tradition, but situated in the current context, Luigi Ferrajoli proposes extending the rule of law at the planetary level through a Constitution of the Earth. This work analyses and discusses this Constitution, assessing its viability and legitimacy, its novelty with respect to previous projects and its suitability to make the future of humanity possible.

KEYWORDS

Global constitution, cosmopolitanism, peace of Law, guarantee of human rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.094>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_JUSTICE». Ref. PID2021-126520B-I00.

EL FUTURO A TRAVÉS DEL DERECHO: LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA

Cristina García Pascual

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València

Sumario: 1. La Constitución de la Tierra como ideal regulativo. 2. Tres novedades para un constitucionalismo universal. 3. Activar el proyecto kantiano y corregir sus deficiencias. 4. La Constitución de la Tierra y el problema de la fuerza. 5. Rompiendo los límites o la legitimidad del proyecto cosmopolita. Notas. Bibliografía.

«Con respecto a la libertad humana, si asumes que no hay esperanza, estás garantizando que no la habrá. Si asumes que existe un instinto de libertad, hay posibilidades de cambiar las cosas, existe la posibilidad de que puedas contribuir a hacer un mundo mejor. Tú eliges»¹.

(Noam Chomsky)

1. LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA COMO IDEAL REGULATIVO

El proyecto de una Constitución de la tierra de Luigi Ferrajoli fue elaborado en tiempos de pandemia, en esos días y meses en los que, confinados en sus viviendas e inmersos en la incertidumbre, muchos ciudadanos del mundo experimentaron una especie de epifanía colectiva de la vulnerabilidad humana. La pandemia de COVID-19 reveló algo evidente que a menudo se olvida: la fragilidad de nuestros cuerpos y su necesidad de cuidados. La intensa percepción de esa fragilidad impulsó la crítica a nuestras formas de organización social. Se multiplicaron las predicciones negativas sobre el futuro de la humanidad, pero al mismo tiempo se despertaron viejos ideales de reconstrucción de un orden global —porque global era la pandemia y sus consecuencias— pensados para reducir las desigualdades, paliar las injusticias o hacer viable la vida en el planeta. El tiempo, obviamente, no se detuvo ahí. Los acontecimientos en nuestro mundo se suceden con rapidez e incluso aquellos que más nos preocuparon en un momento dado se ven eclipsados por otros, tal vez no más

graves, pero sí más inmediatos. Antes de que pudiéramos dar por terminada la pandemia, en febrero de 2022 nos pilló por sorpresa el estallido de una guerra en territorio ucraniano, preludio de un verano en el que las temperaturas batieron récords en los registros históricos y generaron un ambiente propicio para los constantes anuncios de debacle económica y, sobre todo, medioambiental. En octubre de 2023 la guerra en Gaza restó protagonismo al conflicto en Ucrania y nos sumergió de nuevo en un estado de desesperanza impotente. Cada nueva guerra repite un mismo mensaje: que no hay progreso moral o jurídico para la humanidad. Cada catástrofe medioambiental nos advierte que nuestro futuro está amenazado. Así, impulsados por el rápido devenir de los acontecimientos, sentimos cómo el pasado se desdibuja y el futuro nos parece cada vez más improbable, nos aferramos al presente, al último terrible evento, pero, como recuerda Luigi Ferrajoli, si no nos podemos proyectar hacia el futuro y si no podemos aprender del pasado, es el mismo presente el que pierde sentido (Ferrajoli, 2022: 14). Como tantas veces se ha dicho, si nuestra vida fuera una novela y nosotros sus personajes —o si la realidad fuera una película y nosotros sus actores—, el relato de los hechos se enmarcaría sin duda en el género distópico, aquel en el que la narración literaria o el guion cinematográfico no pueden acabar bien, dado que contienen suficientes elementos negativos e indeseables como para causar el fin de la sociedad humana que recrean.

La dificultad de proyectarnos hacia el futuro y anticipar sus repercusiones sobre nuestro presente ha sido denunciada de manera creciente en la reflexión filosófica, jurídica o política contemporánea. Son muchos los pensadores que hoy nos advierten que las profecías pesimistas más lejanas se están haciendo realidad. En el contexto de una historia que se acelera como los acontecimientos del relato distópico en el que vivimos y del que dan cuenta diaria los informativos, se denuncia la obsolescencia de los sistemas democráticos, el triunfo del capitalismo tecnológico o el recorte paulatino y constante de los derechos y libertades, y se augura el inminente establecimiento de una especie de estado de excepción permanente. La política se transforma a menudo en biopolítica o en darwinismo social y pisotea eso que llamamos dignidad humana.

Ciertamente, el proyecto constitucional para la Tierra que Luigi Ferrajoli escribió en 2021 por invitación del Comité ejecutivo de la escuela «Constituyente Tierra»² y que quiero discutir y analizar en este artículo tiene algo de todas estas tesis y de las preocupaciones que las sostienen. No obstante, y como cualquier conocedor de la obra de Ferrajoli sabe, aunque la propuesta del profesor italiano pueda alimentarse del espíritu de tiempo, es también el resultado de un empeño intelectual de largo aliento por extender el paradigma garantista, centrado en un primer momento en el Derecho penal, al entero sistema jurídico, es decir, no solo a los derechos de libertad, sino también a los derechos sociales; no solo a los poderes públicos del Estado, sino también a los poderes privados del mercado; no solo al Derecho estatal, sino también al ordenamiento internacional o supranacional. El proyecto de Constitución de la Tierra afirma la necesidad y la viabilidad del garantismo en el espacio internacional y para ello se ancla en nuestra coyuntura histórica, pero la trasciende hacia lo universal. En este sentido, tal vez el profesor Ferrajoli es actualmente el último jurista

ilustrado que piensa y escribe, como otros hicieron antes, impulsando el ideal de razón y promoviendo su despertar más allá de las fronteras de las concretas comunidades políticas.

Así, los textos introductorios al articulado de la Constitución de la Tierra, tal y como se presentan en la edición española, ilustran la situación de un mundo, el nuestro, que se precipita hacia el desastre, hacia el suicidio de la humanidad. Como nos dice el jurista italiano, «[...] por primera vez en la historia, a causa de la catástrofe ecológica, el género humano está en riesgo de extinción: no una extinción natural como la de los dinosaurios, sino un insensato suicidio masivo debido a la irresponsabilidad de los propios seres humanos» (*ibid.*: 13). Las catástrofes, las guerras y las emergencias globales nos atenazan, pero ni el pesimismo paralizante ni el realismo vulgar forman parte del espíritu ilustrado, de modo que podemos hacerles frente, resulta posible articular una repuesta racional y realista a esa deriva destructiva si asumimos como premisa que no hay nada natural o inevitable en aquellos desastres y que, por el contrario, los grandes males que afligen al mundo son artificiales, es decir, creados por los seres humanos, que con demasiada frecuencia actúan con insensatez y contumacia. En ningún momento se niega la enfermedad del mundo, ni siquiera la posibilidad de que esa enfermedad tenga hoy carácter terminal. Lo que se afirma es que hay un tratamiento, que es posible devolver la salud al planeta tierra o paliar sus males, que son también los nuestros. Ferrajoli nos ofrece un proyecto colectivo abierto a la discusión, un borrador de una Constitución de la Tierra que establece las condiciones para evitar el suicidio de la sociedad humana y que contiene una invitación a no resignarnos a la fatalidad o a la inconsciencia evasiva del día a día. Para sostener ese proyecto, nos dice el jurista italiano, necesitamos un nuevo idealismo internacional, un pacifismo cosmopolita como el que surgió entre los años 1930 y 1944, y dio lugar a la Carta de Naciones Unidas. Se podría decir que precisamos ante todo de un ideal regulativo³, una prefiguración de un estado de cosas que propicie una paz duradera, «[...] el deber ser de una esfera pública a la altura de los desafíos y las emergencias globales» (*ibid.*: 128). Necesitamos, pues, un objetivo que evaluemos como deseable o correcto y hacia el que poder orientar tanto las políticas públicas como nuestras acciones cotidianas, un ideal al que aferrarnos para sanarnos de un extendido «pesimismo derrotista y paralizante» (*ibid.*: 124).

La empresa es ciertamente difícil: se trata de diseñar nada más y nada menos que un orden jurídico y político del mundo que evite la deriva hacia la destrucción, que permita nuestra supervivencia y la del planeta, que extienda universalmente la protección del Derecho a todos los habitantes de la Tierra. Fácilmente podríamos pensar en las innumerables dificultades que deberá enfrentar un proyecto de esta naturaleza. Me referiré aquí simplemente a dos.

La primera dificultad tiene que ver con las características de nuestra propia condición humana, con nuestra limitada capacidad de representación frente a las grandes magnitudes, frente a los grandes acontecimientos. La medida del ser humano es pequeña, muy pequeña, en relación con los acontecimientos globales que, sin embargo, de alguna manera causa y sufre. Como nos enseña Günter Anders, en nuestro mundo tecnificado y globalizado aquello que podemos producir —también los efectos de las acciones políticas o de nuestros comportamientos de masas— es más grande que aquello de lo que podemos hacernos una

representación. Bajo esta regla de la desproporción, somos una especie de «utopistas invertidos» porque los utopistas no pueden realizar lo que imaginan, pero nosotros no podemos imaginar lo que producimos (Anders, 2019: 175). Tal desproporción hace que, frente a las catástrofes medioambientales, las masivas violaciones de derechos humanos o la irrupción de una pandemia mostremos una limitada capacidad de reacción, pero también de sentir horror, compasión y responsabilidad. Si aquello frente a lo que habría que reaccionar se torna desmesurado, nos convertimos en seres insensibles, en «analfabetos emocionales». Al abordar un proyecto cosmopolita, debemos ser conscientes de nuestra condición de habitantes de la «edad oscura», ese tiempo nuestro en el que nadie está libre de la fatalidad de la regla de la desproporción (Anders, 2001: 20). Así, sabedores de nuestra pequeña dimensión, deberemos interpretar nuestra incapacidad de representación, esa perplejidad frente a las grandes magnitudes, esa desazón frente a lo desmesurado, como una alerta moral. A partir de ahí, el proyecto de rediseñar un orden jurídico para el mundo exigirá la creatividad y la imaginación del jurista para actualizar las «[...] categorías jurídicas con las que leemos e interpretamos la realidad» (Ferrajoli, 2022: 40). Sin duda, este esfuerzo ha sido una constante en la obra de Ferrajoli, por ejemplo, cuando en la construcción de su teoría general del Derecho y de la democracia redefine categorías como ciudadanía, soberanía⁴ o derechos fundamentales (Ferrajoli, 1999: 55) o cuando en el proyecto de Constitución de la Tierra introduce el concepto de «crimen de sistema» o diseña inéditas e innovadoras garantías para los derechos humanos.

El segundo reto tiene que ver con el hecho de que nos enfrentamos a lo nunca realizado, a lo que no tiene antecedentes reales, ni siquiera experiencias fallidas. Desde la filosofía política se ha pensado la democracia y el Estado de Derecho, y ha sido posible confrontar la teoría con realidades más o menos cercanas en el tiempo que, a nuestro juicio, dan buena cuenta del modelo. Tenemos, pues, referentes reales, históricos o actuales, de la democracia a los que emular, Estados que son un ejemplo y a los que nos gustaría asemejarnos, pero cuando pensamos en una organización jurídico-política del mundo que destierre las guerras y garantice los derechos humanos de todos sus habitantes estamos encarando lo nunca realizado, un proyecto filosófico-jurídico que nunca se ha materializado, ni siquiera de manera incompleta. En este sentido, necesitamos una hoja de ruta verosímil para alcanzar el fin deseado, dado que sin ella somos tan solo utopistas que no sabemos cómo realizar lo que soñamos. Algunos filósofos y juristas han tratado de ofrecernos pautas, han identificado los pasos que sería necesario dar para transitar del (des)orden internacional a un orden cosmopolita. Referente obligado, en este sentido, es la obra de Immanuel Kant, pero también, en el siglo XX, lo son las propuestas de Hans Kelsen, Norberto Bobbio, John Rawls o Jürgen Habermas. Luigi Ferrajoli se suma a esta venerable tradición y nos propone un camino, tal vez más completo, preciso y realista que los anteriormente propuestos para alcanzar el objetivo final de hacer posible el futuro de la humanidad a través del Derecho. Recogiendo el impulso ilustrado, nos brinda con su proyecto de Constitución de la Tierra un ideal regulativo que se concreta en un borrador de cien artículos rico en innovaciones jurídicas y abierto a posibles modificaciones y mejoras. Que el ideal llegue a ser realidad dependerá de la difusión del proyecto, de su capacidad para introducirse en el debate pú-

blico mundial y generar un verdadero proceso constituyente que proceda de abajo arriba (Ferrajoli, 2024)

2. TRES NOVEDADES PARA UN CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL

En la prefiguración de ese ideal regulativo, de ese estado de cosas que podría servirnos para evitar la deriva hacia la catástrofe planetaria, el Derecho, no podría ser de otra manera, se revela como el instrumento privilegiado, el artefacto con el que establecer un horizonte normativo, la herramienta con la que transformar la realidad. Al leer el proyecto de Ferrajoli, evocamos inmediatamente las palabras con las que Hans Kelsen dio título en 1944 a una de sus obras más conocida, *La paz por medio del Derecho*. En esa obra, Kelsen recordaba a todos aquellos que desearan estudiar el problema de la paz mundial de una manera realista que «[...] debían tratar ese problema [...] como el del perfeccionamiento lento y constante del orden jurídico internacional» (Kelsen, 2003a: 36). Siguiendo la senda que dos siglos antes había roturado Immanuel Kant, Kelsen vinculaba el Derecho al proyecto político y moral de la construcción de la paz entendida *prima facie* como ausencia de guerra. Luigi Ferrajoli también cree que el perfeccionamiento del orden jurídico internacional bajo el paradigma constitucional nos conducirá a la paz. Sin embargo, en el proyecto del jurista italiano la paz tiene un contenido más amplio y ambicioso. El logro de la paz requiere prohibir las armas y los ejércitos, liberarnos de la palabra enemigo, pero exige también que se garantice la igualdad mediante el respecto a todas las diferencias y la reducción de las desigualdades. Tenemos, pues, el objetivo, la paz, y el instrumento que le da contenido y a través del cual se hace posible, el Derecho. De esta manera, y en la medida en que lo jurídico es una vía de transformación social, el diseño de pacificar el mundo a través de una constitución mundial apela directamente a la responsabilidad de los juristas. Se trata, en efecto, de un proyecto que nos compete especialmente porque su materia prima es el Derecho y porque es un deber de la cultura jurídica no solo denunciar las violaciones de la paz, sino también diseñar el marco institucional que la garantice (Ferrajoli, 2024).

A partir de aquí, la arquitectura jurídica del mundo propuesta por Ferrajoli se presenta como un destilado de las «[...] *tradiciones constitucionales comunes* a las cartas de derechos más avanzadas» (Ferrajoli, 2022: 128)⁵. Como cualquier otra carta magna, la Constitución de la Tierra constituye un sistema de límites y vínculos. Inevitablemente, no obstante, deberá tener características específicas, distintas a las de las constituciones estatales. Una carta magna de alcance mundial tendrá que responder a problemas globales y enfrentar lo que Ferrajoli denomina los «poderes salvajes»: los Estados soberanos y los mercados globales (*ibid.*: 127). Ante desafíos que eran desconocidos en otros momentos de la historia, es necesaria la creatividad del jurista para proponer nuevas categorías teóricas e instrumentos legales útiles para proteger los derechos humanos. En la Constitución de la Tierra hay numerosas innovaciones preordenadas a este fin. Destacaré a grandes rasgos tres que considero especialmente relevantes y originales.

En primer lugar, al igual cualquier otro texto constitucional, también la Constitución de la Tierra establece un elenco de derechos fundamentales, pero junto a estos encontramos algo mucho menos común en un texto constitucional: un listado de bienes fundamentales, es decir, vitales y, en cuanto tales, sustraídos al mercado. Entre estos bienes fundamentales figuran los bienes comunes, como el aire o el agua; los bienes sociales, como las vacunas o los fármacos esenciales y los bienes personalísimos, vinculados a la integridad del cuerpo y la identidad de las personas. Los bienes fundamentales tienen su reverso en los bienes ilícitos o bienes prohibidos como las armas atómicas o los residuos tóxicos, proscritos precisamente porque amenazan la vida de las personas y de los pueblos. La necesidad de proteger determinados bienes y prohibir otros de manera efectiva es una tesis que está ya desarrollada en la teoría general del Derecho y de la democracia que Ferrajoli publicó bajo el título de *Principia iuris* (Ferrajoli, 2011: 738). Ahora, esa idea se traslada a un texto *de lege ferenda* como un instrumento de protección del patrimonio de la humanidad, de lo que necesitamos para vivir y de la interdicción de lo que constituye una amenaza para la vida, como una forma de reducir la divergencia entre el deber ser de los derechos y la realidad.

En segundo lugar, y como ya he avanzado, el profesor Ferrajoli introduce una nueva categoría jurídica a la que denomina «crímenes de sistema» y que le sirve para calificar las grandes emergencias planetarias, los jinetes del apocalipsis contemporáneos: las catástrofes ecológicas, la amenaza de la guerra nuclear, las violaciones masivas de las libertades, el hambre, la explotación ilimitada del trabajo o las migraciones con su rastro de muerte. Como también he señalado arriba, todas esas grandes emergencias planetarias no son naturales, sino producidas por los seres humanos, y, no obstante, a menudo las percibimos como inevitables, naturales, inherentes a nuestros modos de vida y a la organización social que nos hemos dado. A pesar de que estas agresiones a los derechos de las personas que no pueden considerarse crímenes en sentido penal, cabe preguntarse con el jurista italiano si es admisible que «[...] la criminología, la ciencia jurídica, la ciencia política y el debate público se desinteresen de semejantes atrocidades, en absoluto naturales y tampoco inevitables» (Ferrajoli, 2022: 39). Para superar ese desinterés o esa impotencia paralizante que nos embarga ante lo que percibimos como irremediable y no lo es, Ferrajoli considera que sería necesario extender la noción de crimen a esas agresiones a los derechos de las personas que, a menudo, son más graves y masivas que muchas de las conductas tipificadas como delitos en nuestros códigos penales. El hecho de denominar crímenes a estos males sistémicos tiene, en sí mismo, una suerte de fuerza realizativa, dado que el término indica que no todo lo que no es ilícito penal es lícito jurídicamente o está permitido, y que no todo lo que queda fuera del ámbito del Derecho penal es legítimo. El lenguaje jurídico —dice Ferrajoli— «[...] cumple siempre un rol fuertemente performativo del sentido común» (*ibid.*: 43). Entendidos así, como crímenes, las deforestaciones, las devastaciones medioambientales, la contaminación del agua o del aire, el hambre o las enfermedades curables no tratadas... son emergencias que deben ser estigmatizadas, investigadas y respecto de la cuales deben establecerse responsabilidades políticas y sociales. Su consideración como ilícitos exige una respuesta consecuente.

En tercer lugar, en la Constitución de la Tierra encontramos una arquitectura institucional sólida y un sistema de garantías reforzado para tutelar adecuadamente los derechos y los bienes fundamentales, para prohibir con eficacia los bienes ilícitos y para hacer frente a los crímenes de sistema. Sobre el entramado ya existente en la esfera internacional, Ferrajoli propone el diseño de una red de instituciones de garantía primaria y de garantía secundaria orientadas a robustecer la protección de los derechos dispuestos en la propia carta, pero también de los derechos reconocidos en los textos constitucionales o en las normativas estatales. Algunas de esas instituciones de garantía, primaria o secundaria, son modificaciones mejoradas del ya complejo marco institucional de la ONU. Así, el articulado de la Constitución de la Tierra refuerza el papel y las competencias de organismos como la FAO, la Unesco, la OIT, la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional. Otras previsiones del texto relativas a las instituciones de garantía son, en cambio, completamente novedosas. Entre ellas, cabe destacar la creación de una Organización Internacional de las Prestaciones Sociales, la instauración de un Tribunal Constitucional Global cuyas funciones de control se acomodarán a la rigidez de la nueva Constitución, o el establecimiento de un Tribunal para los Crímenes de Sistema. En este último caso, se trata de una jurisdicción internacional cuyas principales funciones son, por un lado, investigar esos crímenes y determinar, a través de juicios de verdad, no responsabilidades penales, pero sí responsabilidades políticas y sociales, y, por otro, identificar las medidas idóneas para afrontar las consecuencias de este tipo de crímenes y evitar su repetición.

Lo nuevo se construye sobre lo ya existente porque, de hecho, afirma Ferrajoli, ya disponemos de una embrionaria constitución mundial, una estructura jurídico-política, aunque deficitaria, de normas e instituciones de garantía. El resultado de su extensión, reforma y mejora es la Constitución de la Tierra, que se presenta, así, como un proyecto de perfeccionamiento del Derecho internacional y de afirmación de su unidad con el Derecho estatal. La rigidez del nuevo texto constitucional expresa bien esa unidad del Derecho, pero también lo hace la constatación de que solo un conjunto bien articulado de instituciones de garantía estatales e internacionales pueden hacer efectivo lo dispuesto en las cartas constitucionales o en las normas fundamentales de cualquier Estado miembro de la comunidad internacional. Luigi Ferrajoli propone, en suma, extender el paradigma constitucional más allá de las fronteras del Estado en garantía de la paz, de los derechos y de la preservación de la naturaleza (Ferrajoli, 2024: 1), uniéndose a una larga tradición iusfilosófica representada por pensadores como Francisco de Vitoria, quien en 1512 proclamó en un conocido pasaje de su obra «[...] que el Derecho de gentes no solo tiene fuerza de pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley» (Vitoria, 1960: 191)⁶; Immanuel Kant, quien en 1793 concibió el Derecho cosmopolita como una extensión del Derecho político y de gentes y, al mismo tiempo, como «[...] un complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella» (1985: 30); o Hans Kelsen, quien en 1926 sostuvo que el núcleo político de la hipótesis de la primacía del Derecho internacional era «[...] la unidad jurídica de la humanidad», la idea fundamental del pacifismo y la antítesis del imperialismo (1926: 325).

3. ACTIVAR EL PROYECTO KANTIANO Y CORREGIR SUS DEFICIENCIAS

El proyecto de Constitución de la Tierra de Ferrajoli camina, pues, por la senda trazada por otros grandes pensadores y, al mismo tiempo, es la conclusión coherente de la completa teoría del Derecho que el jurista italiano ha desarrollado durante décadas. El punto de partida, una vez más, podría ser la recreación del orden internacional como un estado de naturaleza entendido hobbesianamente como un estado de lucha. En Hobbes, en Leibniz, en Kant, en Hegel o en Locke encontramos pasajes que ilustran esta idea de los Estados que, como «personas morales», coexisten en un estado de naturaleza donde «el Estado es un lobo para el Estado». Ferrajoli (1999: 135) parece retomar esta idea cuando afirma que la paz no es natural entre los hombres, sino más bien una conquista de la voluntad consciente y, tras los pasos de Kant, retoma el proyecto cosmopolita tratando de superar algunos problemas que en la obra del filósofo alemán quedaron irresueltos.

Como es sabido, Kant se enfrenta al problema de cómo pacificar el orden internacional de manera tal que resulte permanente y estable. En la elaboración de su plan para la consecución de esa pacificación, que adopta la forma de tratado, distingue tres ámbitos o esferas del Derecho: el Derecho de los ciudadanos, el Derecho de gentes y el Derecho cosmopolita y, en cada una de estas esferas, que podemos representar como círculos concéntricos, dispone una exigencia plasmada en un artículo que el filósofo considera definitivo para alcanzar la paz duradera. Así, el primer artículo, situado en la esfera más pequeña, la del *jus civitatis*, ordena que todos los Estados que forman la comunidad internacional estén organizados como repúblicas, es decir, que la estructura institucional se ajuste a los principios de libertad, legalidad e igualdad. El filósofo consideraba que los Estados republicanos serían actores menos belicistas que aquellos en los que «[...] el jefe del Estado no es un miembro del Estado sino su propietario» y «la guerra no le hace perder lo más mínimo de sus banquetes, cacerías, palacios de recreo [...]» (Kant, 1793: 17) El segundo artículo, pensado para la esfera del *jus gentium*, establece que todas las repúblicas que conforman la comunidad internacional se constituyan en una *federación* de Estados libres y unidos por el compromiso de no usar la violencia, la guerra, como instrumento de resolución de controversias, es decir, una federación comprometida con el mantenimiento de una paz duradera. Finalmente, el tercer artículo, correspondiente a la esfera de *jus cosmopolitanum*, una dimensión del Derecho que no es la estatal, pero que tampoco es propiamente la internacional, contiene una única exigencia: las llamadas condiciones de hospitalidad universal o «[...] el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro» (*ibid.*: 27). Ciertamente, cabe imaginar muchas otras intervenciones que contribuirían a la pacificación del mundo: la desaparición de los ejércitos permanentes, la no intervención de unos países en la política interna de otros, o la limitación de las acciones bélicas, que no deberían nunca ser tan hostiles que hicieran imposible la paz futura... pero podríamos convenir con el filósofo alemán en que una paz estable, duradera en el tiempo, necesitaría siempre algo más, para el filósofo alemán, ese algo más son las tres exigencias referidas. En cada una de ellas, sin embargo, anida una aporía que, como observa Habermas, Kant dejó sin resolver y que cualquiera que se disponga a pensar en un orden jurídico para

el mundo deberá enfrentar. Esto es precisamente lo que hace Luigi Ferrajoli en su proyecto de Constitución de la Tierra.

La primera exigencia, que todos los Estados sean repúblicas es, sin lugar a duda, incierta y excesiva. Incierta porque, como la historia nos ha enseñado repetidamente, en el ámbito internacional una república no se comporta necesariamente de manera más pacífica que un régimen autoritario. Sabemos de democracias o Estados de Derecho que en su política exterior son imperialistas o expansionistas y de autocracias que nunca han utilizado la guerra como instrumento para hacer política. Aunque la democracia es un ideal deseable, no existe una correlación automática entre esta forma de gobierno y la paz. Y aunque así fuera, la exigencia kantiana no dejaría de ser excesiva, un requisito demasiado riguroso. Es como si para construir la sociedad política demandásemos la bondad moral de todos individuos. Justamente porque no es así, es decir, porque no todos somos buenos y no todos los Estados del mundo son Estados de Derecho, necesitamos de manera apremiante un orden jurídico cosmopolita. Podríamos decir, con John Rawls, que cualquier proyecto de orden mundial, ideal o realista, deberá asumir la inevitable existencia entre sus integrantes de democracias imperfectas, autocracias o Estados incapaces de proteger a sus ciudadanos⁷. Consciente de esta limitación, y para resolver la aporía del primer artículo definitivo de Kant, la Constitución de la Tierra incorpora el «principio de subsidiariedad», un instrumento jurídico de probada utilidad tanto en el Derecho internacional como en los Estados federales. En virtud de este principio, y a tenor del artículo 73 del proyecto, las instituciones globales de garantía intervendrán «[...] cuando falten o carezcan de medios suficientes las correspondientes instituciones de garantía de nivel estatal o infraestatal, o bien cuando, por la comprobada inadecuación de los medios que dispongan, lo requieran las instituciones estatales o infraestatales de gobierno o de garantía». Las garantías de los derechos se refuerzan en la Constitución de la Tierra mediante este principio, que dispone la intervención de los organismos internacionales para proteger los derechos allí donde los Estados, ya sea por razones políticas o por incapacidad económica, no lo hacen.

El segundo artículo definitivo, la segunda exigencia kantiana para la construcción de la paz, contiene de nuevo una aporía. La federación de Estados libres alberga, por así decirlo, todos los dilemas de un orden cosmopolita, «[...] a saber, cómo crear obligaciones casi legalmente válidas a través de compromisos voluntarios y en ausencia de un poder soberano irresistible con derecho último de imposición» (Benhabib, 2005: 32). La idea de una alianza de pueblos que sea permanente y, a la vez, deje intacta la soberanía de los Estados resulta inconsistente. Un proyecto de orden cosmopolita requiere necesariamente su institucionalización, esto es, exige la clara superación del Derecho internacional como Derecho inter-naciones a través de la limitación de las soberanías de todos los Estados que conforman la comunidad internacional y del reconocimiento de la subjetividad jurídica de los individuos fuera de las respectivas comunidades. Este es un paso que Kant no da, pero que en la propuesta de Ferrajoli resulta inevitable. La Constitución de la Tierra no es un compromiso de buena voluntad, no es un vínculo moral, o no es solo eso, sino que *prima facie* se presenta como un vínculo jurídico, como una fase intermedia entre una federación

de Estados libres y un «improbable y ni siquiera deseable Estado mundial» (Ferrajoli, 2011: 83).

La viabilidad de una constitución sin Estado debería, sin embargo, hacernos repensar en esa representación de la que partimos, la consideración de ese espacio internacional como estado de naturaleza. Creo que el paralelismo entre una comunidad de seres humanos y una comunidad de Estados tiene limitaciones evidentes. Como señala Habermas, los «[...] incultos habitantes del rudo estado de naturaleza no tenían nada que perder salvo el miedo y el horror del choque de sus libertades naturales, es decir, inseguras». A diferencia de esos sujetos, los ciudadanos de los Estados que compiten anárquicamente entre sí gozan ya de un estatus garantizado por ciertos derechos y libertades (aun si son muy restringidos), y muchos «[...] están en posesión del bien político de las libertades jurídicamente garantizadas y arriesgarían este bien si aceptaran una restricción de la soberanía del poder estatal que garantiza este estado jurídico. Esta diferencia suspende la analogía y hace que en el tránsito del Derecho internacional al Derecho cosmopolita no pueda proseguir en línea recta como de manera paradójica sugería Kant» (Habermas, 2009: 127).

Así, «[...] la constitucionalización del Derecho internacional no puede concebirse como la prosecución lógica de la domesticación constitucional de un poder estatal que opera sin sujeción alguna» (*ibid.*: 130). Por el contrario, sigue el proceso inverso. Como hemos visto, el Derecho internacional se presenta ya como una (proto)constitución sin Estado. A partir de ahí, podríamos entender que avanzamos y debemos avanzar en la constitucionalización del Derecho internacional hacia un Derecho cosmopolita, pero siempre en dirección contraria a la genealogía del Estado único. De modo que podemos representarnos una constitución descentralizada de la sociedad mundial no como la norma fundante de un Estado federal, sino de un «federalismo global multinivel» o de un «cosmopolitismo jurídico policéntrico» articulado sobre los principios de subsidiaridad y del nivel de protección más alto, es decir, de una red de relaciones entre ordenamientos federados caracterizada precisamente por la ausencia de poderes supremos (Ferrajoli, 2011: 535-540).

Finalmente, en relación con el tercer artículo definitivo, cabe señalar que, allí donde Kant ponía las condiciones de hospitalidad universal como único contenido de la esfera del Derecho cosmopolita, Ferrajoli sitúa no solo todo el elenco de los derechos humanos, sino también el de los bienes fundamentales. En el marco de ese sistema de derechos y bienes debidamente asegurados por un entramado de garantías primarias y secundarias se transforman las condiciones de hospitalidad universal. Del derecho imperfecto de visita, o derecho mínimo, pasamos a un derecho pleno de libertad de movimiento. Así, el artículo 14 de la Constitución de la Tierra dispone que toda persona «[...] tiene derecho a circular libremente y a elegir su lugar de residencia en cualquier lugar de la Tierra», es decir, establece «el derecho a emigrar y a regresar a su propio país». La disposición posee una cláusula de cierre de acuerdo con la cual «[...] a la persona a la que se le niegue en su propio país el disfrute efectivo de los derechos fundamentales garantizados por la presente Constitución tendrá derecho de asilo en los territorios de los Estados que se hayan adherido a la misma». El desvanecimiento de la línea divisoria que actualmente separa los derechos estatales y los

ordenamientos supranacionales transforma a la Constitución de la Tierra en un marco de protección reforzada de los derechos.

4. LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA Y EL PROBLEMA DE LA FUERZA

La Constitución de la Tierra acoge también gran parte de las tesis internacionalistas de Hans Kelsen y de su conocida propuesta de construcción de la paz a través del Derecho. El orden internacional, reitera en sus escritos el jurista austriaco, se asienta sobre la prohibición general del uso de la fuerza. En este sentido, la guerra es siempre la violación de esa norma internacional, de esa prohibición, y, por tanto, siempre es un delito. La única excepción es la legítima defensa (la guerra hecha por el Estado que se defiende contra su agresor), que puede entenderse como sanción del Derecho⁸, puesto que se trataría de la respuesta que el orden jurídico internacional prevé frente a la violación de una norma internacional prohibitiva. Es decir, según Kelsen, la guerra solo puede ser o bien un delito, es decir, un crimen de agresión, o bien una sanción, es decir una acción bélica en legítima defensa (Kelsen, 2003b: 28). Desde esta comprensión del Derecho internacional, y teniendo en cuenta las estrictas restricciones que se imponen a la actuación armada en legítima defensa, la mayoría de las guerras contemporáneas constituyen crímenes internacionales, lo que no es óbice para su persistencia. Kelsen construye su propuesta de perfeccionamiento del Derecho internacional partiendo de la crítica a la guerra legal, a la que considera un instrumento sancionador burdo, primitivo (García Pascual y García Sáez, 2023: 17) y cargado de debilidades técnicas, puesto que sigue la dinámica de la autotutela, establece la responsabilidad de manera colectiva y objetiva, desatiende el principio de proporcionalidad y pone en evidencia la enorme distancia entre lo que dispone la norma internacional y la realidad. El jurista austriaco recurre a lo que los anglosajones llaman la *domestic analogy*, y sostiene que, de la misma manera que las sociedades humanas se pacifican cuando deciden resolver sus controversias acudiendo al tercero entre las partes, la sociedad internacional se pacificará si se limita el recurso a la autodefensa y si las posibles controversias entre países se someten a la jurisdicción de un tribunal de justicia permanente competente para conocer de cualquier violación de las normas de Derecho internacional (Kelsen, 2003a: 122). Ante una jurisdicción así, sería posible individualizar la responsabilidad por el crimen de guerra de agresión o por otras violaciones del Derecho internacional. Y las sanciones colectivas, como el recurso a la autodefensa o las represalias, serían sustituidas por sanciones individuales. Se trataría de un perfeccionamiento de la técnica del Derecho internacional basado en la tesis de que no delinquen los Estados, sino las personas. La propuesta kelseniana, la creación de una jurisdicción permanente para el mundo, supone la sustitución del enfrentamiento armado por la judicialización del conflicto, e introduce la idea de que, tras una guerra, la esfera de lo jurídico debe ser reconstruida a través de jurisdicción.

Luigi Ferrajoli asume el reto de modernizar el Derecho internacional y su proyecto integra y modifica las tesis internacionalistas de Kelsen. Las integra porque también en el proyecto de Constitución de la Tierra es extremadamente relevante la limitación del uso de

la fuerza a través del perfeccionamiento de la técnica jurídica, que se articulará mediante la introducción de garantías idóneas, entre ellas la creación de órganos jurisdiccionales específicos. Sin embargo, las modifica sustancialmente porque para el profesor italiano la guerra es, en sí misma, antijurídica y no puede entenderse nunca como una sanción colectiva del Derecho. Podrá «[...] ser justificada por razones extra-jurídicas, de tipo económico, político y hasta moral»; podrá también «[...] ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de Derecho positivo que la prohíban. Pero no podrá ser calificada nunca de legal, porque la contradicción entre guerra y Derecho es absoluta». El Derecho, escribe el jurista italiano, «[...] es por su naturaleza un instrumento de paz, es decir una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza» (Ferrajoli, 2004: 28-29). Consecuentemente, la Constitución de la Tierra suprime los ejércitos nacionales (art. 77), prohíbe la producción de armas convertidas en bienes ilícitos (art. 53), y atribuye el monopolio de la fuerza —reducida ahora a funciones policiales— al Comité de Estado Mayor y de Seguridad Global y a las instituciones territoriales de los Estados (art. 76). Por otra parte, si la propuesta kelseniana solo preveía la creación un tribunal de justicia, en el proyecto de Ferrajoli encontramos toda una red de tribunales, algunos de nueva planta, otros ya existentes, reforzados en sus competencias y alcance. Así, el Tribunal Internacional de Justicia se convierte en un tribunal de jurisdicción obligatoria, mientras que el Tribunal Penal Internacional amplía su competencia material a crímenes como «[...] la producción, el comercio, la posesión y la instalación de armas nucleares; las lesiones causadas en el medio ambiente natural y en los bienes comunes, imputables a la responsabilidad personal de sus autores o las violencias y las constricciones dirigidas a impedir o reprimir el ejercicio del derecho a emigrar».

En este marco institucional y normativo que es la Constitución de la Tierra, la guerra es siempre y en todo caso un crimen, una ilegalidad, y la paz mucho más que su reverso. En contra de lo que pensaba Kelsen, Ferrajoli señala que la pobreza, el sufrimiento y la desigualdad social son, a menudo, antes causa que consecuencia de los conflictos armados. En este sentido, el proyecto de Constitución de la Tierra no se orienta solo a la prevención de la violencia, sino también al cumplimiento de los presupuestos reales de una vida en común sin graves tensiones entre los pueblos y grupos humanos. Es decir, la norma constitucional no es una propuesta de mínimos, como lo es la de Kelsen, sino que, entre otros fines, está directamente enderezada a fomentar unas relaciones económicas más equitativas, unas condiciones sociales aceptables, la ampliación de la participación democrática, el fortalecimiento del Estado de Derecho, la tolerancia cultural o el cuidado de la naturaleza.

Podríamos trazar, así, una línea de progreso en el desarrollo del Derecho internacional que parte del sistema instaurado tras la paz de Westfalia —encaminado a regular la coexistencia entre Estados sobre la consideración de la guerra como mecanismo *de facto* de regulación de conflictos a la manera en que Carl Schmitt describía el *ius publicum europeum*—, pasando por el sistema auspiciado por el Pacto de la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg —acuerdos en los que se proscribió la guerra, pero no se articularon garantías suficientes para hacer eficaz la prohibición— hasta arribar al sistema actual, articulado en torno a las Naciones Unidas, en cuyo seno se ha reiterado la proscripción de la guerra y

se ha proclamado el estrecho vínculo entre la paz y los derechos humanos. La Constitución de la Tierra propone dar un paso definitivo en esa línea de progreso, un salto cualitativo en la identificación de los instrumentos necesarios y las garantías adecuadas para proteger de manera más eficaz los derechos, hacer posible la paz y asegurar la pervivencia del planeta.

El proyecto de Ferrajoli recoge, de este modo, tres tendencias que ya están presentes en el actual Derecho internacional, las desarrolla y las impulsa de manera consecuente. En primer lugar, refuerza la evidente interconexión entre el objetivo de asegurar la paz y proteger los derechos humanos a través de un marco de garantías ampliado. En segundo término, y en sustento de la primera novedad, mejora técnicamente la prohibición del uso de la fuerza y de otros ilícitos mediante la amenaza realista de persecución penal y de sanción efectiva, y el establecimiento de la responsabilidad política para los crímenes de sistema. Por último, y como consecuencia de las dos tendencias anteriores, la Constitución rígida de la tierra refuerza el carácter inclusivo de la ONU y hace efectiva la universalización del Derecho que esta organización impulsa. La paz del Derecho internacional se llena, así, de contenido. Su consecución no solo demanda la evitación de determinados comportamientos violentos, sino también la adopción de una actitud proactiva en garantía de los derechos humanos. En este marco, el individuo adquiere subjetividad jurídica como titular de derechos, como actor con legitimidad activa ante los tribunales de justicia y como sujeto de responsabilidad. Las catástrofes humanitarias y ecológicas son ahora crímenes cuya autoría puede ser esclarecida en juicios de verdad determinando las responsabilidades y reparaciones. La ONU modifica su cometido y el Derecho internacional se transforma a través de su constitucionalización hacia un Derecho cosmopolita en un ordenamiento universal, como ya vaticinara Kelsen.

5. ROMPIENDO LOS LÍMITES O LA LEGITIMIDAD DEL PROYECTO COSMOPOLITA

Partiendo de esta relectura mejorada de los clásicos y del Derecho internacional, el proyecto de Constitución de la Tierra, es decir, la extensión del paradigma del constitucionalismo en un momento en que también el constitucionalismo está en crisis se presenta como nuestra única alternativa, construida, como hemos visto, a través de la reforma, la sistematización y la mejora de la estructura institucional del Derecho internacional, el refuerzo o la construcción *ex nihilo* de sus garantías y la actualización de las categorías jurídicas con las que leemos e interpretamos la realidad.

Este ambicioso proyecto nos obliga a repensar los límites de las esferas pública y privada. No parece posible construir un mundo mejor sin intervenir en muchos espacios que abandonamos a la iniciativa privada, a las llamadas leyes del mercado, espacios en los que el poder de los Estados es desdeñado bajo la absurda idea de que la búsqueda de mayores beneficios redundará siempre en el interés público. La distinción entre lo público y lo privado tiene mucho de artificial y, en ese sentido, es susceptible de ser reconsiderada en interés de los más débiles, en beneficio de todos. La Constitución de la Tierra como «[...] un sistema

adecuado de reglas y de garantías frente a los actuales poderes salvajes de los mercados» (Ferrajoli, 2022: 86) supone también la constitucionalización del Derecho privado.

La Constitución de la Tierra nos invita también a repensar los límites entre lo estatal y lo internacional, dado que no resulta posible construir un orden mundial sin el primado del Derecho internacional sobre los órdenes jurídicos nacionales. La constitucionalización el mundo, insiste Ferrajoli, no implica la creación de un Estado mundial, pero sí el reconocimiento de que sin un sistema jurídico y político supranacional hoy no es posible implementar muchas de las normas que contienen las cartas constitucionales de numerosos sistemas democráticos, no es posible hacer efectivas las garantías de los derechos de los ciudadanos, los códigos penales, los procedimientos jurisdiccionales, las estructuras sanitarias o escolares (*ibid.*: 63). Necesitamos no solo normas declarativas globales, sino también una red de garantías primarias y secundarias, que en el articulado la Constitución de la Tierra están diseñadas con precisión. La unidad del Derecho estatal e internacional es aquí la consecuencia lógica de tomar en serio los derechos.

Finalmente, creo que el proyecto de una Constitución de la Tierra también nos obliga a reconsiderar los límites entre la moral y el Derecho. Estamos ante un proyecto *de lege ferenda*, por mucho que se presente como la consecuencia jurídica «[...] de las cartas de derechos ya existentes y lógicamente implicada por la concepción de las constituciones como pactos de convivencia entre diferentes y desiguales» (*ibid.*: 61), y como proyecto *de lege ferenda* contiene un ideal de justicia.

En este sentido, resulta muy interesante que, al delimitar las instituciones de la federación de la Tierra —de gobierno, de garantía y de carácter económico—, el artículo 63 diferencie tres formas de legitimidad para cada una de ellas.

En primer lugar, las *funciones de gobierno* «[...] se legitimarán por la representatividad política de sus titulares, tanto más efectiva cuanto más local». Es decir, se entiende que la legitimidad de los órganos de ejecutivos internacionales es siempre deudora de los flujos de legitimidad que se hayan construido en ámbitos menores. Descartado el Estado mundial, no existe en el proyecto de Ferrajoli una propuesta de recrear una democracia política a nivel universal. Esta idea se hace más evidente todavía cuando, en segundo lugar, el precepto arriba citado alude a las *funciones de garantía* «[...] legitimadas por la igualdad que garantizan en los derechos fundamentales», esto es, serán «[...] tanto más legítimas cuanto más eficaces sean, a nivel global, las garantías que ofrecen». En tercer lugar y por lo que hace a las *funciones económicas o financieras globales*, la legitimidad radica en «[...] su capacidad de promover la estabilidad económica, la protección del medio ambiente y la máxima igualdad en las condiciones de vida de los pueblos de la Tierra».

La Constitución de la Tierra no se justifica porque sea el resultado de la salida del ajurídico estado de naturaleza y del establecimiento del contrato social como manifestación de la voluntad de la humanidad en su conjunto. Un contrato de este tipo resultaría muy difícil de implementar en la práctica. Bien al contrario, en la medida en que la Constitución establece las precondiciones de la vida civil, dice Ferrajoli, «[...] su legitimidad, a diferencia de las leyes ordinarias, se funda, no en el hecho de ser querida por todos, por la mayoría

de todos, sino en garantizar a todos. Reside no tanto en la *forma* de su producción —en el “quién” la produce y en el “cómo” es producida— cuanto, sobre todo, en su *sustancia* y en sus contenidos, es decir, el “qué” producido por las normas constitucionales. Así pues, consiste, no en el consenso de las mayorías, sino en la igualdad de todos sus destinatarios estipulada por ella» (*ibid.*: 53).

Ahora bien, determinar el «qué», los contenidos de una constitución, su *sustancia* legítima, presupone necesariamente un objetivismo moral, aunque sea mínimo. Como señala Manuel Atienza, «[...] los juicios relativos a cómo debería ser el Derecho (dejando de lado las cuestiones de técnica legislativa) son juicios morales que no pueden pertenecer sin más a una determinada moral positiva (las mejores tradiciones constitucionales o las más garantistas), sino que tendrán que ser juicios fundados objetivamente. La racionalidad ética es, sin lugar a duda, uno de los componentes de la racionalidad legislativa» (2017: 216).

La Constitución de la Tierra se justifica, así, por eticidad, por su adecuación para preservar lo que consideramos valioso: las vidas humanas y el medio natural. Reedita, una vez más, el ideal cosmopolita, la afirmación de que todos los seres humanos con independencia de su raza, sexo, religión, capacidades, posesiones, nacionalidad... con independencia de su heterogeneidad, forman parte de una misma comunidad. La pertenencia a esta comunidad, que es la humana, implica que compartimos una moralidad, amplía el campo de nuestras obligaciones más allá del ámbito de la familia, de los afectos, del pueblo o de la patria y, a la vez, da fundamento a la universalidad de los derechos y a la protección del medio ambiente. Sobre la base de la comunidad humana, la Constitución de la Tierra contiene una transformación del ideal de un futuro libre de la miseria, del hambre, de las guerras, de la destrucción del medio ambiente... en un sistema positivizado de instituciones públicas mundiales, de derechos y procedimientos jurídicos para su garantía. La racionalidad ética de este proyecto potencia su racionalidad jurídica y, a la vez, la hace posible.

NOTAS

1. La cita pertenece a la entrevista que David Barsamian realizó a Noam Chomsky en los años noventa. El lingüista expuso en estos términos su adaptación de la apuesta pascaliana a las posibilidades de libertad del individuo y, con ellas, de transformación de la realidad: «Blas Pascal planteó lo siguiente: no hay forma de saber si Dios existe. Y dijo: si asumo que existe y resulta que existe, me irá bien. Si no existe, no pierdo nada. Pero si existe y asumo que no existe, puedo tener problemas. Ese es, en esencia, su argumento... como Pascal lo más inteligente sería asumir que somos libres porque si no ya estamos condenados» (Chomsky, 1999: 338).

2. Sobre la escuela «Costituente Terra», fundada el 21 de febrero de 2020 en Italia como espacio de debate y planificación, *vid.* La Valle (2020a y 2020b: 7).

3. Porque, como dijera (Kant, 1781), «[...] la razón humana no solo contiene ideas, sino también ideales que, a diferencia de los platónicos, no poseen fuerza creadora, pero sí fuerza práctica como principios reguladores, y la perfección de determinadas acciones encuentra en ellos su base de posibilidad [...] Así como como la idea ofrece la regla, así sirve el ideal, en este caso, como *arquetipo* de la completa deter-

minación de la copia [...] Aunque no se conceda realidad objetiva (existencia) a esos ideales, no por ello hay que tomarlos como quimeras. Al contrario, suministran un modelo indispensable a la razón, la cual necesita el concepto de aquello que es enteramente completo en su especie con el fin de apreciar y medir el grado de insuficiencia de lo que es incompleto».

4. En *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Ferrajoli reitera que la ciudadanía no es una figura distinta del estatus de persona, sino la igual titularidad de derechos por parte de todos los seres humanos, mientras que la soberanía pierde su carácter absoluto, pertenece al pueblo y a nadie más. En sus propias palabras: «La soberanía es de todos o, lo que es lo mismo, no es de ninguno; así como la ciudadanía corresponde a todos o, lo que es lo mismo, no corresponde a ninguno» (Ferrajoli, 2022: 56).

5. Ferrajoli adopta las palabras del preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al igual que ese texto normativo, la Constitución de la Tierra se presenta no como el resultado de un proceso deliberativo, sino como el destilado de tradiciones comunes o, utilizando terminología habermasiana, de procesos de aprendizaje colectivos (Habermas, 2016: 304).

6. Y continúa: *Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium* (Vitoria, 1960: 191).

7. Cuando John Rawls aborda el problema del Derecho internacional o de gentes, establece una división entre la teoría ideal y la teoría no ideal, y sostiene que no es posible mantener en ambas teorías la exigencia de que todos Estados que forman parte de la comunidad internacional sean repúblicas o pueblos liberales. La teoría ideal nos ofrece una concepción ideal del Derecho de gentes para la comunidad de pueblos liberales y «no liberales pero decentes», y pone de manifiesto la meta a la que tiende ese Derecho de gentes: la utopía viable de una paz duradera. La teoría no ideal, en cambio, se pregunta cuál debería ser la conducta de estos pueblos liberales, o al menos decentes, con los pueblos que no están bien ordenados. Es decir, con los Estados proscritos (*outlaw states*), los Estados con fines agresivos o que no respetan los derechos humanos, y los Estados o sociedades «lastradas por circunstancias adversas» (*burdened societies*) (Rawls, 2001: 125).

8. Concebir la legítima defensa (la autodefensa) como sanción del Derecho y hacerlo de manera coherente con lo estipulado en la *Teoría pura del Derecho* suscita muchas perplejidades sobre las que no puedo detenerme aquí. En cualquier caso, interpreto que, más que ante que una velada reedición por parte de Kelsen de la doctrina de la guerra justa (Ferrajoli, 2016: 31), nos encontramos, una vez más, ante un ejemplo de las dificultades de trasladar coherentemente una teoría pensada para el espacio de una comunidad estatal al ámbito internacional. Ahí, la teoría de Kelsen, como la de H.L.A. Hart o la J. Rawls, entra en contradicción con sus propios presupuestos de partida. El Derecho internacional se revela siempre como un banco de pruebas donde es posible medir el alcance o la universalidad de las teorías políticas, jurídicas o filosóficas (García Pascual, 2015).

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERS, Günter (2001): *Nosotros hijos de Eichmann. Carta abierta Klaus Eichmann*, traducción de V. Gómez Ibáñez, Barcelona: Paidós.
- (2019): «Tesis para la Era Atómica» en *Estudios Latinoamericanos*, traducción de Eduardo Saxe-Fernández, 44, 171-184.
- ATIENZA, Manuel (2017): *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- BENHABIB, Seyla (2005): *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona: Gedisa.
- CHOMSKY, Noam (1999): *Crónicas de la discrepancia: entrevista con David Barsamian*, Madrid: Visor.

- DE VITORIA, Francisco (1960) [1528]: «De la potestad civil», en *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, edición de T. Urdanoz, Madrid: La Editorial Católica.
- FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y garantía. La ley del más débil*, prólogo y traducción de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta.
- (2004): *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de G. Pisarello, traducción cast. de P. Andrés Ibáñez, G. I. Anitua, M. Monclús y G. Pisarello, Madrid: Trotta.
- (2011) [2007]: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), traducción de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid: Trotta.
- (2016): *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma: Laterza
- (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la Encrucijada*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- (2024): «Costituyente Terra: un movimento a sostegno delle garanzie della pace, dell'uguaglianza e del salvataggio della natura», *Relazione da apertura all'Assemblea Costituente Terra*, Roma [en línea] <<https://www.costituenteterra.it/la-relazione-dapertura-in-assemblea-sfide-e-propositi/>>. [Consulta: 26/02/2024.]
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, (2015): *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina y José Antonio GARCÍA SÁEZ (2023): «Hans Kelsen: derecho y justicia internacional antes y después de Nuremberg», estudio introductorio al libro de H. Kelsen, *Derecho y justicia internacional. Antes y después de Nuremberg* Madrid: Trotta, 9-67.
- HABERMAS, Jürgen (1999): «La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, traducción de J.C. Velasco y G. Vilar Roca, Barcelona: Paidós.
- (2005): *Facticidad y validez*, intr. y traducción de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
- (2009): *El Occidente escindido*, Madrid: Trotta.
- (2016): ¿Es posible una Constitución Política para la sociedad mundial pluralista? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 50, 303-315.
- KANT, Immanuel (1996) [1781]: *Crítica de la razón pura*, traducción de P. Ribas, Madrid: Alfaguara.
- (1985) [1793]: *La paz perpetua*, traducción de J. Abellán, Madrid: Tecnos.
- KELSEN, Hans (1926): «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 14.
- (2003a) [1944]: *La paz por medio del derecho*, traducción de Luis Echávarri, intr. de M. La Torre y C. García Pascual, Madrid: Trotta.
- (2003b) [1952]: *Principles of International Law*, Nueva Jersey: Lawbook Exchange. Hay versión en castellano: (2013): *Principios de derecho internacional público*, traducción de H. Caminos y E.C. Hermida, estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada: Comares.
- (2023): *Derecho y justicia internacional. Antes y después de Nuremberg*, traducción de J.A. García Sáez y A. Llorente, Madrid: Trotta
- LA VALLE, Rainiero, (2020a): «Chiediamolo al pensiero. Le ragioni di una Scuola» [en línea] <<https://www.costituenteterra.it>>. [Consulta: 30/01/2024.]
- (2020b): «Para que la historia continúe. Llamamiento propuesta para una Constitución de la Tierra», *Jueces para la Democracia. Información y debate* 98, 7-12.
- RAWLS, John, (1999): *The Law of Peoples*, Cambridge: Harvard University Press. En versión española (2001): *El derecho de gentes*, traducción de H. Valencia Villa, Barcelona: Paidós.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

FERRAJOLI: CONSTITUIR LA TIERRA. UNA LECTURA
FERRAJOLI: CONSTITUTING THE EARTH. A READING

José Luis Villacañas

*Catedrático de Filosofía
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

Este trabajo analiza el proyecto de Constitución de la Tierra propuesto por el jurista italiano Luigi Ferrajoli y pone de relieve sus implicaciones filosóficas y políticas. El autor examina con especial atención la noción de «crímenes de sistema» y refuta el argumento que tacha de utópico el objetivo de extender el paradigma constitucional más allá de las fronteras del Estado. El estudio concluye afirmando que la pervivencia de la vida humana exige atender a las dimensiones racionales normativas.

PALABRAS CLAVE

Constitución de la Tierra, paz, crímenes sistémicos, valores universales.

ABSTRACT

This paper analyses the draft Constitution of the Earth proposed by the Italian jurist Luigi Ferrajoli and highlights its philosophical and political implications. The author examines with special attention the notion of «system crimes» and refutes the argument that calls the objective of extending the constitutional paradigm beyond the borders utopian of the state. The study concludes by stating that the survival of human requires attention. It is argued that the survival of human life requires attention to normative rational dimensions.

KEYWORDS

Earth Constitution, peace, systemic crimes, universal values.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.095>

FERRAJOLI: CONSTITUIR LA TIERRA. UNA LECTURA

José Luis Villacañas
Catedrático de Filosofía
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción 2. Lo posible y lo imposible. 3. Crímenes sistémicos 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Posiblemente, no existe un problema más importante para la inteligencia humana que el de encontrar una vía para defender valores universales, toda vez que la experiencia ha mostrado que, en mayor o menor medida, estos han sido instrumentalmente utilizados como coartada para legitimar la instauración de regímenes imperiales. Ese ha sido el destino de las propuestas universalistas de la *ekumene* griega, de la *civitas* romana, de la *caritas* cristiana, de la *fraternité* francesa, de la civilización ilustrada, del universalismo proletario y de la última expansión del régimen democrático que abrió la brecha para la mundialización del capitalismo global. En todas y cada una de estas apuestas universalistas un actor mundial expandió su agencia hasta los límites disponibles desde su poder. El hecho de que Europa haya sido uno de esos actores mundiales capaces de utilizar el universalismo como coartada en modo alguno la inhabilita para seguir pensando esa norma universal que ella misma identificó en su día con la luz de la razón humana.

Diría que, por el contrario, Europa tiene la máxima responsabilidad a la hora de impulsar una reflexión informada sobre su propia experiencia. A pesar de todas sus ambivalencias —o quizá a través de ellas—, la búsqueda de la universalidad constituye el inevitable destino de la humanidad en cuanto unidad cuya base es el simple hecho de que habita el mismo planeta. La naturaleza conflictiva de la búsqueda de la universalidad apenas puede ignorarse. Lo que debe perseguirse es justamente la forma de avanzar hacia esa universalidad con ella y desde ella, sin emprender esas aventuras hegemónicas unilaterales e imperiales. Para ello, debemos hacer valer la experiencia de la humanidad europea, para decirlo con el viejo

Edmund Husserl, concibiéndola como la experiencia de los errores que en el decurso de la historia han provocado tragedias sin cuento.

Desde los viejos estoicos hasta los actores que pusieron en marcha el marco institucional de las Naciones Unidas, la universalidad se ha abierto paso en la conciencia humana a través de tres ideas fundamentales e inseparables: la paz, la justicia y el Derecho. La paz sin justicia es imposible y, si ambas no se expresan a través del Derecho, son frágiles e inestables. Por supuesto, en el fondo de estas ideas latían elementos culturales cuyo arcano anclaba indiscutiblemente en la conciencia teológica y religiosa de la humanidad. No se trata de que ese sistema de una paz justa y jurídicamente asentada se derivara de una idea teológica superior. Más bien al contrario, el sentido propio de la conciencia teológica se reducía a ese contenido, que se abría paso a través de convicciones religiosas. Antes de que la formulara Spinoza, la máxima *Deus sive Natura* fue, invariablemente, la expresión preferida de los juristas. Por eso, la reflexión sobre las ideas matrices de todo universalismo en nuestros tiempos plenamente secularizados no puede constituir un problema. Las tres ideas arriba enunciadas (paz, justicia y Derecho) son más originarias que las de la teología y en modo alguno su fundamentación reclama el auxilio de aquella, pero no pueden dejar de exigir que cualquier conciencia religiosa las integre en su acervo axiológico. Este conjunto de cuestiones, que trata de salvar el núcleo mismo del pensamiento de la Ilustración, está en el fondo del libro de Luigi Ferrajoli *Por una Constitución de la Tierra*, una apuesta orientada a indagar hasta dónde es posible llegar mediante un proceso constituyente de la Tierra fundado en las ideas de paz, justicia y Derecho.

En realidad, se trata de formular la conciencia normativa de la humanidad. Desde Kant, ese es el objetivo de la libertad racional, cuya estructura exige siempre tratar de hacer realidad lo único que podemos identificar como un bien final: la idea de la igual autonomía de los seres humanos capaz de fundar una sociedad cooperativa entre ellos. Para encarnar esta voluntad de realizar hasta el último esfuerzo en la comprensión y el cumplimiento de estas normas supremas es necesario un tipo de ser humano situado en las antípodas del que fomenta nuestra sociedad, para quien lo preferible es lo más cómodo. El libro de Ferrajoli, por el contrario, explora las consecuencias de esta normatividad básica y pretende delinearla de forma pormenorizada, de tal modo que la falta de inteligencia no sea una coartada para justificar el descuido, la ligereza, la inconsistencia o la mala fe.

Por supuesto, aquella normatividad básica reenvía, una vez más, a la idea de los derechos humanos. Ferrajoli no quiere ni puede renunciar a la validez universal de esta doctrina. Amparado en la tradición kantiana y en el Kelsen más comprometido con la paz, el autor italiano defiende la tesis de que no cabe pensar que una inteligencia humana rechace ser portadora de derechos fundamentales. Esta posición implicaría una contradicción, pues comenzaría enunciando la existencia de una inteligencia en la teoría que, en la práctica, sería negada. La inteligencia humana solo es tal si identifica sus propios fines, tarea que ya supone aspirar a algo con seriedad. En esa aspiración va implícita una idea de Derecho. Rechazarla implicaría aceptar libremente la anulación tanto de su propia libertad y de la dignidad de la inteligencia como de los medios materiales para realizarla plenamente. A esa idea está vinculada la de justicia. Que sea una justicia igual es lo que afirma el Derecho.

Que cada uno pueda realizarla sin dañar al otro es la idea básica de la paz. Si una inteligencia negara esos derechos, se anularía a sí misma. Este acto sería contradictorio. Por eso, en la línea de Kant, el principal argumento del libro de Ferrajoli reside en vincular de forma inseparable los derechos y la autonomía. Nuestra conciencia normativa sobre los primeros está suficientemente asentada. Y lo que necesita abrirse paso es la síntesis de esos derechos con las garantías de su efectiva realización, que constituyen el instrumento necesario para la realización de la autonomía humana. Eso es lo que busca la Constitución de la Tierra.

Puede afirmarse como corolario que, de este modo, y con suma conciencia jurídica material, Ferrajoli destruye de raíz la idea básica del libertarianismo, según la cual podemos ser iguales en derechos siendo completamente diferentes en competencias y utilizar estas últimas para librar las más feroces luchas. Esa idea formal de Derecho no puede inspirar una Constitución de la Tierra. No es posible ocultarse ni un instante que esa idea formal del Derecho lo concibe como una mecánica capaz de enmarcar los conflictos de la competencia social, en la que los más poderosos siempre hallarán estrategias para incrementar la desigualdad —que es ajena a toda idea de justicia—, dado que su punto de partida ya era la arcaica, violenta y tenebrosa desigualdad. La Constitución de la Tierra acoge, por el contrario, una idea de derechos humanos material e implica una norma crítica respecto de los procesos de poder entregados a la competencia social y sus consecuencias no pocas veces nefastas. Para la Constitución de la Tierra, el Derecho es lo que emana de una razón común, no lo que dictan los tribunales en cada caso con base en una absolutización del Derecho positivo orientada a mantener la feroz competencia económica.

2. LO POSIBLE Y LO IMPOSIBLE

Creo que, para leer *Por una Constitución de la Tierra*, debemos tomar como punto de partida la vieja exhortación que Max Weber dejó escrita en las páginas finales de *La política como vocación*: nunca sabremos lo que es posible si no intentamos una y otra vez realizar lo imposible. Se trata de algo más que la recomendación de un gran hombre; es, también, el reconocimiento de lo que podemos llamar la historia de la libertad. Si hay alguna evidencia en el libro de Ferrajoli, claramente inspirado en Kant y Kelsen, esa es que en el proceso de realización de lo imposible ya se ha conseguido mucho. Por lo tanto, en esta tarea no comenzamos de cero. El ser humano se ha empeñado en ello desde la antropogénesis, pues ya desde el punto de vista biológico era el ser más improbable. Nosotros hemos definido la libertad precisamente de esta manera: no hacer lo que está a la mano, lo que es fácil y cómodo, lo que está inducido por todas las exhortaciones del medio; la libertad es, justamente, encarar una y otra vez lo imposible, romper con las inercias como código y promover las aspiraciones ideales en las que vemos cómo queremos percibirnos. Esto es lo que ha sucedido cada vez que la humanidad se ha encontrado ante un callejón sin salida evolutivo y no faltan motivos para sostener que ese escenario es justamente el que enfrentamos en el presente. En esos tiempos, la humanidad ha tenido que imaginar lo que parecía imposible y, de este modo, ha empezado a recorrer el camino hacia su realización.

Aunque esto ya ha sucedido muchas veces, el libro de Ferrajoli articula su argumentación recurriendo a dos momentos espléndidos: *Hacia la paz perpetua*, de Kant, y *La paz a través del derecho*, de Kelsen.

Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre estos dos libros. Kant es muy consciente de que está proponiendo un tratado y un articulado que se lanza al futuro sin urgencia precisa. El horizonte temporal que se abre ante su mirada es amplio. No debemos olvidar que, para Kant, la humanidad era una especie joven. Aunque hay razones para afirmar que Kant no siempre mantuvo esa posición, y que en su *metafísica del derecho* se hizo cargo de las no menores dificultades para realizar esa idea de paz desde las exigencias de las políticas efectivas, no cabe duda de que Kelsen fue mucho más consciente del *kairós* histórico concreto en el que se jugaba su propia propuesta de transitar hacia la paz a través del Derecho, de la urgencia y la pertinencia de tomar este camino y del compromiso con las soluciones que propone. Ese *kairós* no se hace presente de forma tan nítida en el libro de Ferrajoli, pero no por eso deja de ser acuciante. Sin embargo, la comparación de los contextos históricos en los que se publicaron estos tres escritos resulta muy indicativa de la evolución del tiempo histórico de la humanidad.

La humanidad kantiana se concede tiempo porque la historia es todavía joven. La humanidad kelseniana sabe que no se puede repetir la experiencia de la que el mundo acaba de salir, la Segunda Guerra mundial, dado que la reiteración de esta catástrofe supondría el inevitable colapso de la humanidad. De ahí la presión de las circunstancias para poner en marcha de forma inmediata su propuesta, cuya necesidad tras aquella tragedia era plenamente comprensible. La humanidad que representa Ferrajoli ya no tiene tiempo para explorar otros caminos. No se trata solo de la circunstancia apropiada, como sucedió con el proyecto de Kelsen, posteriormente traicionado en la práctica. La elaboración del trabajo de Ferrajoli está informada por la angustia de quien ha comprendido que la catástrofe ya está aquí y no nos deja margen. Puede ser de otra naturaleza que aquella que se podía temer tras el lanzamiento de las bombas de Hiroshima y Nagasaki. En la situación de urgencia en la que habitamos, el camino evolutivo de la historia no nos deja opción. Todo el texto de *Por una Constitución de la Tierra* parte de esta premisa: sabemos a ciencia cierta lo que debemos hacer y no tenemos más tiempo para hacerlo. De no lograrlo, al menos debemos ser conscientes de la índole de la catástrofe que provocará nuestra inacción. A diferencia de la época que todavía conoció Kelsen, y que tuvo una segunda oportunidad, esta vez nos enfrentamos a una catástrofe en la que no se divisa reversibilidad alguna. Luchar por lo imposible es, ahora, una condición para detener lo inevitable.

Esta transformación de la experiencia temporal tiene una implicación adicional. Ya no podemos implementar el sentido kantiano de la progresividad de la federación desde un centro expansivo republicano suficientemente fuerte, capaz de atraer a otros países limítrofes. Ya no disponemos de tiempo para esta progresión espacial en el tiempo indefinido concedido a la especie humana. La creencia de que el avance del capitalismo comporta el avance de la democracia y de los derechos humanos es ya una ilusión, un sueño. La urgencia temporal implica ahora la universalización espacial del movimiento federativo de la Tierra, configuración territorial que Kant contemplaba con cautelas porque temía

la indeseable emergencia de un Estado mundial de naturaleza imperial y omnipotente. Ferrajoli mantiene estas cautelas. Aunque su propuesta implica la extensión del paradigma constitucional a toda la Tierra, no implica propiamente la formación de un Estado mundial. La cláusula que media entre estas dos posiciones procede de Kelsen. Ciertamente, sugiere que algunos elementos y potestades del viejo Estado —la soberanía, la decisión sobre la ciudadanía y la declaración de la guerra— sean transferidos al pueblo de la Tierra, fragmentado kantianamente en sus poderes. La vieja idea de que la soberanía puede fragmentarse —tesis que al inicio de la modernidad sirvió de fundamento para la conciencia pública de todos los órdenes de magistrados— resulta aquí decisiva. Los Estados pierden una parte esencial de su soberanía: la decisión acerca de la ciudadanía y la decisión acerca de la paz y la guerra. Como sabemos, Kant no introdujo esta cláusula pacifista como una previsión contraria a la soberanía de los Estados que prácticamente la anulaba; se trataba, más bien, de un reflejo de su concepción de la soberanía, a la que concebía como un poder sutilmente fragmentado. Queda, pues, limitada aquella idea de soberanía absoluta, capaz de completa autodeterminación, que, como señaló Hermann Heller en su libro de 1921, triunfó con la idea hegeliana del *nationale machtsaat gedanke*.

Nuestra experiencia temporal no es meramente la de una aceleración federativa, que es consecuencia ineludible de una aceleración espacial y temporal de lo que Ferrajoli llama crímenes de sistema contra los derechos humanos. Es también la asunción de la estructura material de los contenidos de nuestra experiencia histórica. Aquí, me parece destacable el kantismo de Ferrajoli. Aplicando los esquemas del pensamiento kantiano generados a raíz de la Revolución francesa a los grandes momentos de la construcción de un nuevo Derecho internacional, Ferrajoli sostiene que esos avances constituyen otros tantos acontecimientos que no pueden olvidarse. Incluso el escrito de Kant *Hacia la paz perpetua*, que no propone una estructura institucional, ya ha adquirido en nuestras sociedades el estatuto de lo inolvidable. Ese texto nos interpela y marca un horizonte de pensamiento que se abre a un tiempo ilimitado. Como ya he señalado, no podemos ni queremos olvidarlo porque su olvido condujo a las teorizaciones de los universalismos imperiales desde Hegel a Marx, mientras que su rescate en 1945 llevó a la fundación de la ONU y de la Unión Europea. En todo caso, el carácter inolvidable de estos acontecimientos es diverso al del texto kantiano. Se trata de elementos institucionales y jurídicos en acto que, en opinión de Ferrajoli, solo encuentran en la Constitución de la Tierra el resultado natural de su despliegue. Lo inolvidable, que es conmemorativo y al mismo tiempo efectivo, ese pacto de «civil y pacífica convivencia» que ya fue suscrito en 1945, reduce la dimensión pretendidamente utópica de la propuesta de Ferrajoli. «Disponemos ya de una constitución embrionaria del mundo», nos dice el autor. Más que una expectativa inédita, la Constitución de la Tierra trata de dotar de coherencia a una tradición ya operativa, de impulsar su refundación, de perfeccionar un movimiento histórico. Ferrajoli reconoce que, «en el plano de los principios», el paradigma constitucional ya se ha incorporado al ordenamiento internacional. Ahora, la principal misión es hacerlo efectivo mediante la implementación de un sistema de garantías idóneo.

Solo cuando la leemos desde esta tradición, la obra de Ferrajoli nos presenta su verdadera magnitud. A toda ella subyace una doble dimensión: primero, de revisión crítica del

camino recorrido; segundo, de su ampliación. Pero la dirección ya se ha iniciado. La clave de la revisión crítica reside en una serie de hallazgos conceptuales y de planteamientos jurídico-políticos que pretenden mejorar los dispositivos destinados tanto a implementar los derechos humanos cuanto a impedir sus violaciones. Este es el problema de la mejora de garantías jurídicas, tanto de cumplimiento como de no violación, tanto de gobierno (para realizarlos) como de persecución de sus violaciones.

La ampliación del movimiento constitucional mundial está estrechamente vinculada a la situación presente, coyuntura que torna urgente y necesaria la articulación de nuevas formas tanto de entender los derechos humanos como de ampliarlos. Desde mi punto de vista, este doble planteamiento estructura el texto de *Por una Constitución de la Tierra* y le confiere su armazón teórica más clara. Este argumento nos permitirá mejorar la comprensión de las contingencias del tiempo histórico a las que el libro trata de dar respuesta. La situación calamitosa a la que la Constitución de la Tierra viene a enfrentar no solo se comprende desde la realidad angustiosa de la guerra contra los poderes totalitarios, como en 1945, o de sus causas, como el paro masivo que causó la crisis económica de 1929 o la ideologización totalitaria de la humanidad y sus seducciones paranoides delirantes. Al peligro que representan las múltiples guerras dispersas de la actualidad —cuya secuencia conforma, en el fondo, una guerra mundial inequívoca— se unen nuevos y alarmantes procesos que, en conjunto, son definidos por Ferrajoli como crímenes sistémicos. Son crímenes porque todos ellos constituyen violaciones de derechos humanos. Precisamente, la conciencia de su relevancia jurídica emerge con nitidez solo después de sus violaciones masivas.

3. CRÍMENES SISTÉMICOS

La agenda de estos crímenes sistémicos implica a los poderes estatales —con sus aspiraciones expansivas y belicistas—, a los poderes económicos —que han impuesto la lógica absoluta del mercado y sus libertades extremas—, los actores del crimen organizado —con sus tráfico ilícitos de drogas, armas y personas y con su explotación sexual—. La conjunción de todos estos elementos y la forma en la que articulan su actividad y su complicidad no está descrita en el libro de Ferrajoli, que sostiene, a pesar de todo, sus argumentaciones sobre una base fenomenológica muy atractiva y persuasiva. La necesidad de proyectar el Derecho en este marasmo criminal, atravesado por todo tipo de pantallas impersonales, poderes anónimos, instancias irresponsables, conjunciones cómplices de actores plurales y acciones difusas, esa montaña de banalidad del mal, es urgente. Pues el Derecho, al definir ilícitos, obliga a jugar con el presupuesto antropológico de la acción, eliminando la ideológica representación masiva de que todos esos crímenes son procesos naturales. En las cruciales páginas cuarenta y dos y cuarenta y tres de *Por una Constitución de la Tierra* se defiende el argumento de que el debate público jurídico debe rebasar los estrechos límites del Derecho penal para emplazarse en el terreno de la discusión sobre las responsabilidades políticas generadas por los crímenes de sistema, que habrán de ser reconocidas por tribu-

nales de la verdad reglamentados y autorizados, de tal manera que la opinión pública los identifique como ilícitos jurídicos. No se trata de meros tribunales de opinión, sino de instituciones de la verdad del mundo dotadas de fiscalías *ad hoc* cuyas actuaciones están legitimadas, reglamentadas e institucionalizadas bajo el paraguas de una suerte de fisco mundial que legitima sus actuaciones.

En todo caso, Ferrajoli formula la tesis de que los crímenes sistémicos, en cuanto violaciones masivas de derechos humanos, son cometidos por poderes salvajes y argumenta que, si no se frena esta criminalidad, avanzaremos hacia una humanidad cuyas pautas conductuales se ajustarán a las de estos poderes. Las nuevas definiciones de derechos humanos aspiran a trazar líneas rojas que pongan límite a esos poderes salvajes. Justamente porque su poder criminal es tan intenso, deben ser enfrentados mediante la elaboración de definiciones de los derechos adecuadas. El sistema productivo viola el derecho humano a la vida, pues destruye sus condiciones medioambientales de posibilidad. El mercado destruye el derecho a una vida digna, pues genera condiciones que hacen imposible el trabajo reconocido o que aumenten los costes de la vivienda hasta hacerlos incompatibles con una vida digna. Los sistemas estatales violan el derecho de ciudadanía cuando impiden la inmigración generada por la propia dinámica de los mercados absolutos, y blindan sus propias fronteras con regulaciones securitarias que violan libertades internas de todo tipo. El rasgo letal de esta situación reside en que los Estados rechazan asumir las consecuencias que ellos mismos producen. No se puede poner la economía de países enteros al servicio de la exportación hasta hacer imposible la vida en ellos y rechazar, al mismo tiempo, el derecho de emigración de los que no tienen futuro en esos mismos países emisores. Los seres humanos seguirán el destino de las mercancías y, en realidad, los poderes salvajes esperan hacer negocio con ellos de todas las maneras posibles. La persistente lucha por la apropiación de las materias primas y otros bienes genera violaciones de derechos humanos y promueve guerras sin número. Estos procesos exigen nuevas formas de entender la ciudadanía, el medioambiente, la libertad económica, el trabajo, la emigración y la guerra. La plasmación de estas renovadas concepciones en un articulado jurídico da término al volumen, que incluye las nuevas definiciones de la ciudadanía mundial, el derecho de la Tierra, el derecho económico, el derecho a la salud, o los bienes ilícitos. Con razón, Ferrajoli llama la atención sobre el hecho de que las drogas sean consideradas un bien ilícito y las armas, por ejemplo, no sean catalogadas bajo esa denominación.

Rompiendo de forma convincente con una teoría compacta de la soberanía y con una teoría homogénea de la democracia, Ferrajoli se decanta por un funcionamiento de la política descentralizado y fragmentado, pero finalmente convergente con la nueva definición de los derechos humanos y el rediseño de sus mecanismos de garantía. Esa nueva política democrática, heterogénea, fragmentaria y plural es la que puede facilitar la materialización de ese constitucionalismo global que debe asegurar la supervivencia de la humanidad.

Esta es, sin duda, la clave del libro y la fuente de todas las tensiones que se aprecian en sus principales líneas argumentales. El mayor problema es cómo esa política implicará a los Estados nacionales. Si, por una parte, Ferrajoli exige que se renuncie a la soberanía como fuente del Derecho de ciudadanía y de la guerra, por otra prevé —y es consciente de— que

el proceso de federación será la expresión de su propia soberanía y que no todos los Estados firmarán el pacto de federación. En este sentido, el al autor parece dudar entre proponer garantías para afianzar las políticas de paz o avanzar solo en la instauración tribunales de la verdad, dado que exige la eliminación de la soberanía y la supresión ejércitos nacionales, pero al mismo tiempo prevé que no todos cumplirán ese desarme unilateral. Para unos se proponen garantías coactivas; para otros, solo tribunales de verdad. Convendría ofrecer argumentos sobre estas asimetrías que bloqueen la fuerza del argumento contrario y la realidad que estamos viendo ante nuestros ojos: que la agresividad armada de unos imponga el rearme de los demás.

Esta misma duda alcanza a la dimensión política. En ocasiones, el texto parece que la refundación de la democracia a escala global es jurídicamente impuesta por las cartas de derechos y de constituciones ya existentes, mientras que, en otras, para definir sus normas de actuaciones y reglamentos, exige un momento de innovación política adecuado por parte de los gobiernos para ofrecer garantías, sin las cuales los derechos humanos son papel mojado.

Esta observación evidencia el principal problema conceptual del libro, que reside en la ambivalencia que atribuye a la globalización. Por una parte, es el ámbito negativo generado por los actores que producen los crímenes sistémicos. Por otra parte, es el ámbito positivo que genera una sociedad civil mundial. Aunque estas ambivalencias son ciertamente visibles y aceptables, quizá haya aquí un uso prematuro de la cláusula republicana: «Lo que a todos afecta a todos concierne». En efecto, esta cláusula es la que permitió dar sentido al principio republicano: *societas civilis sive res publica*. Esto es verdad. Sin duda, el mundo está afectado por los crímenes sistémicos. Pero ¿no hay algún paso que permita transitar de la mera afectación a la activa concernencia? La afectación es un proceso pasivo. Sentirse concernido llama a la acción. No siempre el primer proceso impone el segundo. Es un argumento parecido al que provocó la distinción de la clase en sí y la clase para sí en el célebre hegelianismo de *Historia y conciencia de clase* de Lukács.

Para que nos concierna aquello que nos afecta, de tal manera que produzca la dimensión de sociedad civil que da sentido a la política, es necesario un proceso de politización que aparece ahora en su autonomía de forma clara. Sin embargo, un efecto deliberadamente buscado de los crímenes sistémicos es la despolitización masiva de poblaciones o, a lo sumo, una politización negativa que reclama la privación de derechos a otras poblaciones. Los crímenes que afectan a todos no implican actitudes políticas activas o el trazado de caminos en el sentido adecuado. Muchos los leen como algo que hay que padecer porque vienen representadas con el esquema de lo natural e inevitable, percepción a la que contribuye el hecho de que son cometidos por poderes anónimos, abstractos y confusos.

Por supuesto, para que no sea así, se requiere un proceso de antropomorfización del proceso sistémico de producción de crímenes. Es lo que Ferrajoli llama «[...] transformación del actual Estado social burocrático en un Estado social de Derecho». Y para eso es preciso que las conductas que nos afectan sean consideradas violaciones de derechos cuyo cese podemos reclamar. Este es el punto básico del argumento, que hace del libro de Ferrajoli un acontecimiento central de la nueva conciencia mundial. Con él, reclama

una politización medida y rigurosa, alejada tanto de la izquierda *woke* como de la timidez derrotista. En realidad, el texto de Ferrajoli constituye un llamado a una militancia pública rigurosa en la que la conciencia normativa sea el arsenal legítimo de las amplias poblaciones que padecen los crímenes sistémicos. Así se garantizará que no será la coartada de ninguna aventura imperial. Por lo tanto, el proceso que promueve la escritura de la Constitución de la Tierra es precisamente ese proceso de mediación que puede transformar la despolitización en una politización productiva de derechos, no limitativa de ellos. Pero, entonces, el proceso de la Constitución de la Tierra tiene que comenzar por generar sus propias condiciones políticas de posibilidad. Por el momento, eso es lo más importante, dado que cualquier regulación de las garantías tanto primarias como secundarias, tanto del cumplimiento de prohibiciones y obligaciones como de reparaciones, que son las medidas que Ferrajoli prevé para desplegar su propuesta, chocará con el veto de uno u otro de los países que cuentan con esa prerrogativa en el Consejo de Seguridad de la ONU. Sin avanzar en la firme conciencia de que el proyecto kelseniano ha sido traicionado al reducir ese Consejo un mero instrumento de un gremio de vencedores deseoso de perpetuar su estatuto, no habrá posibilidad de avanzar en una política de derechos humanos. Hoy, como siempre, el universalismo normativo no puede abrirse paso frente al veto de la razón de Estado de las grandes potencias.

Esto no quiere decir que el argumento central del libro sea circular. Describe una espiral expansiva, que es la línea que simboliza los procesos virtuosos. Los tribunales de la verdad ya existentes pueden concienciar a la población en la dirección adecuada, es decir, la ampliación y renovación de los derechos humanos. La actuación de la Corte Internacional de Justicia de La Haya contra Israel por su genocida ofensiva en el territorio de Gaza ha sido efectiva porque ha aislado la política de Netanyahu. El germen de constitución mundial puede ampliar la espiral de ese movimiento de politización que producirá la cada día más perfeccionada Constitución de la Tierra. Este proceso solo se puede representar si se asume que la construcción del modelo que propone Ferrajoli no se pretende inmediata. En todo caso, eso introduce una temporalidad diferente a de la dramática urgencia que se presente en otros momentos del libro. Pero, dado que hay instituciones que ya pueden funcionar como tribunales de la verdad respecto a los crímenes de sistema, sería fácil que estas extendieran su ámbito de actuación para que, en un proceso pedagógico productor de sentido común, la politización se ampliara en el mismo sentido que la Constitución de la Tierra. Entonces, tendríamos que volver a la tesis kantiana: bastaría que un conjunto de Estados decidiera a avanzar por la senda para que las instancias jurídicas existentes, o las nuevas que se creasen, desplegasen el camino expansivo de conciencia jurídica que presupone la Constitución de la Tierra y que puede conducir a su paulatino perfeccionamiento.

Este argumento nos lleva a otra de las tensiones que pueden identificarse en el libro. Pues si la estrategia expansiva kantiana fuera la pertinente, por mucho que no impugnara la urgencia del movimiento, entonces la función de los Estados no podría ser tan negativa como Ferrajoli la describe en ocasiones. En su análisis de los fracasos de la ONU, Ferrajoli identifica dos causas: la primera es la falta de introducción de garantías idóneas; la segunda, la contradicción entre la proclamación de la igualdad de los Estados miembros y la con-

figuración del Consejo de Seguridad como un gremio de vencedores. Esta circunstancia impide que el monopolio de la violencia legítima se concentre en la ONU. Así las cosas, las funciones de garantía no pueden desplegarse ni en la Corte Suprema ni el Consejo de Seguridad, de modo que el problema decisivo y central para mantener la evolución hacia una Constitución de la Tierra es cómo desobstruir esta situación.

Ferrajoli tiene que reconocer que el legado de la ONU es la base genealógica y el semillero de su propuesta y al mismo tiempo tiene que esquivar el colapso evolutivo en el que se encuentra. No veo otra manera de mediar en este *impasse* que la firme decisión de un grupo de Estados que, mediante los vínculos presupuestarios o la creación de un demanio mundial, junto con un fisco planetario que podría forjarse con la tasa Tobin, estuviera en condiciones de sortear los bloqueos impuestos por los vetos. Esto implica que se formaría poco a poco un Estado jurídico mundial sin un poder ejecutivo —sin contar, por ahora, con el Consejo de Seguridad— ni un poder legislativo de escala planetaria, pero formado por las sentencias de los tribunales de la verdad, ámbito idóneo para preservar la memoria de la humanidad. Y esa actividad no podría desplegarse sin el apoyo de los Estados decididos a federarse en este sistema jurídico mundial. Las victorias que pudieran conseguirse con la actuación de estos tribunales —entre ellas, el registro mundial de capitales— podrían ser decisivas para comenzar a edificar un nuevo mundo sobre la verdad del actual. De cualquier modo, es preciso evitar dos falsos caminos simultáneos: primero, la entrega de esta Constitución a un poder imperial; segundo, la ausencia de su enraizamiento sobre estructuras reales en el mundo. La Constitución de la Tierra no puede ser una excusa para legitimar una hegemonía ni una utopía abstracta.

Por supuesto, los criminales sistémicos lo saben y buscan ante todo estimular una politización nihilista sostenida sobre los procesos de negación de la verdad y de los métodos humanos que han mostrado su eficacia para hallarla. El actual incentivo de la corrupción de la mente humana mediante todo tipo de fanatismos insensatos está relacionado con el hecho de que esos poderes salvajes no pueden ya hacerse fuertes mediante ninguna invocación normativa verdadera. La batalla por la Ilustración y por la razón alcanza así tanto un campo exclusivo de existencia, ya abandonado por el crimen, como a un terreno de lucha crucial. Para tener posibilidades de victoria, es preciso que la filosofía abandone el virtuosismo especulativo dominante en los últimos decenios y sea capaz de ofrecer pautas convergentes con esta Constitución, llevando adelante un pensamiento de la Tierra capaz de conectar con las tradiciones realistas desde Aristóteles a Bruno Latour, pasando por Husserl, Plessner, Arendt y todos aquellos pensadores que han hecho frente a la huida del mundo que ha propiciado el dominio de la diferencia ontológica de Heidegger.

4. CONCLUSIÓN

En todo caso, si se quiere dar continuidad al proceso constituyente iniciado en 1945, no puede rechazarse el papel de las federaciones de Estados firmemente decididos a avanzar por este camino. Entonces, la argumentación general del libro de Ferrajoli debiera tal vez experimentar un desplazamiento. En efecto, hemos visto con demasiada frecuencia que la

política estatal es impotente para neutralizar este proceso criminal sistémico denunciado en los reportajes de Roberto Saviano, y ello contando con que los aparatos estatales no sean directamente cómplices de este proceso, como muestra la experiencia en demasiados Estados fallidos. Por eso, no creo el movimiento constitucionalista mundial pueda ser pensado al margen del movimiento constitucionalista interno de los Estados. Ambos no pueden ser entendidos como procesos divergentes. Si el proceso interno de constitucionalismo no refuerza sus compromisos internacionales —la verdadera y última fuente de la legitimidad propia—, no veo la manera de llevar adelante el movimiento constitucionalista global. Pensar que cuanto más impotente sea aquel, más intenso será este no me parece acertado. Quizá este desplazamiento nos lleve al verdadero terreno y a la justa aspiración del libro de Ferrajoli. Se trata de ofrecer argumentos sobre la viabilidad de una lucha política normativamente orientada en las estructuras existentes del Derecho internacional y nacional, una lucha que reclama la participación militante en el continuo de los órdenes jurídicos y políticos. Esa es la clave de *Por una Constitución de la Tierra*: muestra que la trascendencia de la norma no es en modo alguno la consideración utópica de la misma.

Kant y Kelsen son, por así decirlo, acontecimientos europeos. La forma definitiva de la ONU se alejó de propuesta de Kelsen sobre la relación entre la Corte Internacional y el Consejo de Seguridad, en el que se introdujo la mirada de los vencedores. Cada vez de forma más precisa, esos vencedores vienen mostrando su desesperación ante la posibilidad de sostenerse sobre una conciencia normativa. Esta tendrá que defenderse desde poderes menores y desde ciudadanías activas, serias y rigurosas. Ferrajoli no dice que sea fácil. Con Weber, podemos incluso considerar que es imposible. Pero sobre lo posible catastrófico que muestra el curso naturalizado de las cosas ya sabemos lo suficiente. Significará la división de la humanidad entre minorías autoritarias de poderosos arbitrarios, lanzadas a un proceso acelerado de acumulación y concentración de capital para hacer frente a un futuro que ellos mismos imaginan plagado de riesgos y de luchas internas, pero capaces de someter a una vida indigna a masas ingentes de poblaciones desposeídas de todo. Esa posibilidad es la que se deriva de la inacción, de no hacer nada diferente a lo que hay. La posibilidad de luchar por una Constitución de la Tierra siempre estará dotada de la dignidad que corresponde a la condición humana y podrá movilizar a amplios colectivos humanos que guarden memoria de las luchas históricas por la emancipación.

Los derechos humanos no pueden ser negados por sus beneficiarios en la medida en que los conozcan. Son negados por los poderosos que quieren administrar los derechos de los demás a fin de conservar su poder. Estos se conceden a sí mismos lo que niegan a la mayoría. Lo terrible es que lo hacen invocando la gran coartada de la seguridad del Estado. Por eso, Ferrajoli cree que ha llegado la hora no de proclamar derechos humanos, sino de crear instituciones de garantía que impliquen tanto prohibiciones de conductas concretas que los violen como limitaciones del poder de cometerlas y, finalmente, reparaciones efectivas en caso de que aquellas se verifiquen. Su propuesta implica separar estas instituciones de garantía del Derecho penal. De forma rigurosa, Ferrajoli asegura que estas instituciones de garantía no pueden ponerse en marcha mientras el concepto de soberanía implique la

autorización absoluta de cualquier conducta del Estado justificada mediante la apelación a su seguridad.

Según Ferrajoli, la Constitución de la Tierra es un camino militante en defensa de una federación de Estados que limiten su propia soberanía para propiciar la realización de los derechos humanos. No hay posibilidad de que un Estado soberano pueda encarar aisladamente la defensa de estos derechos humanos. Por tanto, al renunciar a la soberanía absoluta, lo único que hace el Estado es abandonar una ilusoria impotencia. No pierde libertad ni poder por federarse pacíficamente con otros. Al contrario, gana una cosa y la otra.

Este argumento viene al caso porque los derechos humanos no podrán ser defendidos sin paz, sin una nueva definición de ciudadanía o sin ampliar los derechos medioambientales, pues la capacidad de destruir las condiciones de vida digna para extensas poblaciones debido a las catástrofes medioambientales es ya tan grande como la de los tiranos. Constitución de la Tierra, entonces, porque ha de afectar a los pueblos de la Tierra, pero también porque tiene que conceder derechos a la Tierra como sujeto vivo cuya protección debe ser delegada a actores capaces de reconocer que se encuentra en peligro de muerte y nosotros con ella.

Puede que algunos consideren imposible la aprobación una constitución de la Tierra dotada del complejo articulado que propone Ferrajoli. Durante el III Reich, cualquier habitante de Alemania también habría considerado imposible la institucionalización de una Unión Europea. Tarde o temprano, el curso de la historia tiene que atender a las dimensiones racionales normativas y estas se aproximarán a su realización en la medida en que tengan una base popular consciente. En realidad, no estamos ante un texto meramente objetivo, sino ante un libro que llama a la militancia, que recuerda los inolvidables momentos de la historia en los que se defendieron el Derecho, la justicia y la paz. Si realizar esta idea es imposible, entonces la propia especie humana se ha convertido en algo imposible. Lo que se siga de ahí será, como el viejo Kant pensaba y a veces temía, otra forma de ser racional: calculadora, egotista e instrumental. Pero con ello ya no estaremos en condiciones de asegurar que sea la misma especie. La lucha es, en este sentido, un combate por la existencia de una razón común. Si fracasa, solo tendremos el ejercicio desnudo de la arbitrariedad de los portadores de un poder privado, ya sea anónimo o personal, que, en ausencia de norma, solo nos llevará tarde o temprano al crimen.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

EL RETORNO DE LA UTOPIA: ANDAMIOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN
DE «UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA»

THE RETURN OF UTOPIA: FRAMEWORKS FOR THE RECONSTRUCTION
OF «A CONSTITUTION FOR THE EARTH»

Constanza Núñez Donald

Profesora Asistente

Departamento de Ciencias del Derecho y Centro de Derechos Humanos

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

RESUMEN

El artículo reconstruye los fundamentos sobre los cuales Luigi Ferrajoli desarrolla su propuesta *Por una Constitución de la Tierra* partiendo de las principales críticas a las que se enfrentan los paradigmas constitucionalistas más allá del Estado. La autora, que define el proyecto como una «utopía realista», desarrolla los tópicos de la universalidad de los derechos humanos, el pluralismo jurídico y la teoría de la democracia que sustentan la obra de Ferrajoli, y pone en evidencia algunos nudos críticos de la propuesta que inciden en su dimensión motivacional.

PALABRAS CLAVE

Cosmopolitismo, pacifismo, utopía.

ABSTRACT

The article reconstructs the foundations upon which Luigi Ferrajoli develops his proposal *A Constitution for the Earth*, based on the main criticisms faced by constitutional paradigms beyond the State. Qualifying the project as a «realistic utopia», the topics of the universality of human rights, legal pluralism, and the theory of democracy supporting Ferrajoli's work are discussed. The article highlights some critical knots in the proposal that impact its motivational dimension.

KEYWORDS

Cosmopolitanism, pacificism, utopia.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.096>

EL RETORNO DE LA UTOPIA: ANDAMIOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE «UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA»

Constanza Núñez Donald

Profesora Asistente
Departamento de Ciencias del Derecho y Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Sumario: 1. La crisis de la utopía en el pensamiento jurídico-político contemporáneo. 2. *Por una Constitución de la Tierra* como utopía realista. 3. De nuevo sobre los grandes temas: tres flancos de crítica. 4. Re-construcción de presupuestos. 4.1. Sobre la universalidad de los derechos humanos: formalismo y no cognoscitivismos. 4.2. Sobre el ordenamiento jurídico: el pluralismo de Ferrajoli. 4.3. Sobre la democracia: diseño institucional, poder constituyente y soberanía. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LA CRISIS DE UTOPIA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO CONTEMPORÁNEO

Es un tópico extendido sostener que las utopías han muerto (Estlund, 2019). No solo convivimos con el lenguaje de las múltiples crisis que permea el discurso político, sino que también nos acompañan escenarios distópicos en la literatura y el cine. Este sentimiento epocal se traslada también al ámbito de la filosofía jurídico-política, donde el realismo ha recobrado un inusitado interés. Convivimos con el resurgimiento y el renovado protagonismo de teorías que relativizan las posibilidades del Derecho en un escenario de fluidez normativa, concentración de poder económico, desconcentración de poder político y des-

igualdad abismal. Somos testigos de la emergencia de un nihilismo¹ de nuevo cuño que manifiesta su escepticismo frente a las posibilidades del Derecho internacional y el potencial civilizador de las democracias constitucionales. La fuerza de los hechos parecería dar cuenta de que los esfuerzos teóricos por comprender el fenómeno internacional en clave jurídica serían estériles o se han transformado en una tarea titánica, y de que las democracias se enfrentan agonizantes a su propia decadencia y no cuentan con mecanismos de salvación.

Desde los años 90 hasta el año 2001, emergió cierta literatura iusfilosófica caracterizada por un «optimismo cosmopolita» (García Pascual, 2015; Velasco, 2016)² vinculado al auge del tiempo de los derechos, la expansión de la democracia constitucional y la expectativa de un mundo regido por las reglas del Derecho internacional. Sin embargo, este optimismo fue rápidamente desplazado tras la caída de las torres gemelas y el sucesivo resquebrajamiento del consenso liberal de Derecho internacional (Kumm *et al.*, 2017). A lo largo de la última década se han ido sumando a esta inflexión algunos fenómenos como la crisis financiera y migratoria, lo que hoy comúnmente es conocido como la crisis de la democracia constitucional, y el auge de los populismos y los nacionalismos excluyentes³. Algunos autores, entre ellos Ferrajoli (2022: 47), consideraron que la pandemia de COVID-19 era un evento paradigmático para imprimir un giro a estas tendencias, pero esa esperanza quedó rápidamente ensombrecida bajo el halo de la impotencia del Derecho en el ataque a Ucrania y el nacionalismo de las vacunas (Bieber, 2022). Presenciamos la paradoja de que cuanto más interdependientes somos, surgen —en paralelo— más voces que propugnan la fragmentación.

Frente a este escenario, la filosofía jurídico-política ofrece dos respuestas predominantes: la nostalgia y el realismo pesimista. Los nostálgicos propugnan el retorno a lo conocido bajo la figura del Estado nación (en versiones etno-populistas o neosoberanistas de izquierda), y el realismo político se inspira en un postmodernismo escéptico hacia la normatividad (Benhabib, 2013)⁴.

El realismo se caracterizaría por el cultivo de un derrotismo o pesimismo que lleva a sostener a sus adherentes que las condiciones del mundo contemporáneo son incompatibles con la idea de Estado de Derecho, o bien que el Derecho no cuenta con las herramientas necesarias para hacerles frente. Los realistas apuntan correctamente a las dificultades de pensar en preservar la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho cuando vivimos en una sociedad mundial estratificada, con interdependencias asimétricas y desigualdad.

Por su parte, los nostálgicos apuestan por una retórica defensiva de atrincheramiento de la función de monopolio de la fuerza estatal. La «pasión proteccionista» (Habermas, 2000: 108) reivindica la soberanía nacional como eje articulador de la política y el Derecho, pero, lejos de desarrollar propuestas emancipadoras, en la práctica estas retóricas terminan por coincidir con políticas de cierre de naturaleza excluyente.

No es casualidad que en el ámbito de la filosofía jurídico-política haya resurgido un interés por las teorías de Carl Schmitt y sus marcos conceptuales para abordar nuestras

múltiples crisis⁵. En un texto provocador, Bernstein (2011) sugiere que el «tsunami» schmittiano (compartido tanto por derechas e izquierdas) obedecería a la capacidad que tuvo Schmitt de localizar las crisis del liberalismo contemporáneo con una visión que alcanza al contexto actual de las democracias liberales. Un buen ejemplo de ello es su denuncia del carácter hipócrita del humanismo y de la indeterminación radical de lo legal. Sin embargo, como señala Bernstein, pese a que el análisis schmittiano puede ser de utilidad para identificar las tensiones del liberalismo, sus tesis nos conducen a una inevitable aporía. Como observa el autor, «[...] nos conduce con claridad y brillantez a una apreciación de las cuestiones normativas-morales que deben ser confrontadas si queremos evitar la violencia desenfrenada e ilimitada. Sin embargo, al mismo tiempo, descarta —y socava— la posibilidad misma de afrontar seriamente estas cuestiones urgentes» (Bernstein, 2011: 424)⁶.

2. POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA COMO UNA UTOPIA REALISTA

En el panorama descrito, el trabajo de Ferrajoli *Por una Constitución de la Tierra* resulta refrescante, ambicioso y arriesgado. Refrescante porque pone nuevamente sobre el tablero el posibilismo. Ambicioso porque realiza un diseño institucional en tiempos de escepticismo y, arriesgado porque, como todo proyecto de esta envergadura, se enfrenta a fuertes críticas que permiten retomar los grandes debates de la filosofía jurídico-política. Se trata de una obra que enfrenta la disyuntiva entre la nostalgia y el realismo pesimista construyendo un proyecto normativo que involucra la ampliación del paradigma constitucionalista con la finalidad de combatir nuestras múltiples crisis. En efecto, *Por una Constitución de la Tierra* se presenta como una «tercera vía» entre la nostalgia y el pesimismo, y traza caminos imaginativos sobre el modo de concebir la organización social haciendo hincapié en el rol del Derecho, la democracia y los derechos humanos más allá del Estado.

La obra de Ferrajoli se enmarca en una corriente de pensamiento que tiene una larga tradición en la historia de las ideas políticas que puede identificarse con el cosmopolitismo kantiano y el pacifismo de Bobbio y Kelsen⁷ y que hoy podemos caracterizar como «constitucionalismo cosmopolita» (Núñez, 2020). Se trata de proyectos normativos de carácter transformador y crítico que pretenden trasladar el paradigma constitucionalista más allá de las fronteras estatales con el objetivo de establecer las condiciones para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos en todo el mundo (*ibid.*: 2020: 67).

En el discurso del constitucionalismo cosmopolita encontramos autores/as que han llegado a este concepto mediante reflexiones sobre las relaciones entre el Derecho y la democracia en contextos amplios de análisis, es decir, como parte de una reflexión teórica general en el marco de la filosofía política y del Derecho. Tal es el caso de Ferrajoli y Habermas, por ejemplo⁸, y de quienes han abordado esta cuestión como parte de reflexiones específicas sobre la dimensión internacional del constitucionalismo⁹.

La propuesta de Ferrajoli tiene gran interés debido a que el desarrollo del discurso del constitucionalismo cosmopolita en sus principales referentes contemporáneos está muy fragmentado. Ferrajoli es uno de los pocos autores, sino el único, que desarrolla no solo los fundamentos teóricos del constitucionalismo cosmopolita, sino que ofrece, además, una detallada arquitectura institucional para dar forma a su propuesta. Asimismo, su aporte es francamente atractivo, en la medida en que propicia la ampliación al ámbito latinoamericano de un debate que se ha desarrollado fundamentalmente en lengua inglesa (Macdonald y Johnston, 2005; Klabbers, Peters y Ulfstein, 2009; y Lang y Wiener, 2017)¹⁰ y, con especial intensidad, en el contexto alemán¹¹.

Las premisas normativas y fácticas de estos proyectos son similares, si bien el rasgo más relevante que los aún es su carácter «utópico-realista». No obstante, Ferrajoli (2022: 65) afirma expresamente que su proyecto «no es una utopía» (en el sentido de «irrealizable») y, por el contrario, sostiene que «[...] la verdadera utopía, la hipótesis más irreal, de no cambiar el modo de actuar de los hombres, está en la idea de que la realidad puede permanecer indefinidamente tal como es» (*ibid.*: 123). En lo sucesivo, explicaré en qué sentido se realiza esta afirmación con el propósito de destrabar al constitucionalismo cosmopolita de los cargos negativos asociados a la utopía en la literatura crítica del concepto¹².

El concepto de «utopía realista» ha sido desarrollado por Rawls (2001)¹³, que en el texto *El derecho de gentes* planteó que «[...] la filosofía política es utópica de manera realista cuando despliega lo que ordinariamente pensamos sobre los límites de la posibilidad política práctica» (*ibid.*: 2001:15). Sin embargo, a diferencia de la propuesta rawlsiana, en el proyecto de Ferrajoli los elementos «realistas» no son utilizados para limitar las posibilidades de desarrollar el discurso cosmopolita en atención a la conducta de los Estados en las relaciones internacionales¹⁴, es decir, «[...] no se hace realista limitando la radicalidad de su visión» (Böker, 2017:9), sino más bien para buscar en la realidad internacional elementos en los que anclar su propuesta, identificando las tendencias que favorecen su viabilidad y enfatizando la urgente necesidad de aplicar el paradigma constitucionalista en aras de la supervivencia de la humanidad (Ferrajoli, 2022: 118). En contraste con los argumentos a los que recurre Rawls para caracterizar su propuesta como «realista» y, especialmente, con las concesiones que el autor norteamericano hace al realismo, Ferrajoli sostiene críticamente que semejante punto de vista constituye una «[...] abdicación del papel normativo del Derecho y del papel crítico del jurista» (Ferrajoli, 2016a: 100).

El constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli no está, por tanto, comprometido con el mantenimiento del *statu quo* (crítica que ha sido formulada a planteamientos como el de Rawls¹⁵), sino que pretende transformar aquellas estructuras que impiden el desarrollo del paradigma constitucionalista más allá del Estado. Sin embargo, tampoco construye una propuesta *ex novo*, dado que utiliza aquellos aspectos del entramado jurídico-institucional vigente que son útiles o funcionales al proyecto cosmopolita. En este sentido, el carácter «utópico-realista» de la propuesta es más cercano a la tensión utopía-realidad presente en el discurso kantiano que a la versión de Rawls. Vitale sintetiza bien el dilema de cómo concebir una utopía realista:

«Muy diferentes son las posiciones que merecen el nombre de utopías realistas: son aquellas que se miden abiertamente con la dura realidad presente, sin medias tintas, sin edulcorarla o ignorar sus aspectos trágicos, y que al mismo tiempo tienen arrojío teórico en la prescripción de auténticas ideas regulativas de kantiana memoria: no mundos paralelos, sino mundos posibles que no requieren de revoluciones morales o transformaciones antropológicas» (Vitale, 2006: 132)¹⁶.

En ese sentido, la utopía realista se identifica con aquellas posturas que abogan por la materialización de ideales deseables respecto de los cuales no se ha probado su imposibilidad (Valentini, 2017). Como bien indica nuestro autor, «[...] esta ampliación del constitucionalismo rígido más allá del Estado es posible [...] por eso el rechazo de la idea, repetida en estos años por tantos gobernantes y por quienes los sostienen, de que “no existen alternativas” a los actuales órdenes de poder y políticas actuales. Esta es una tesis claramente ideológica, de legitimación de lo que sucede y de lo que no» (Ferrajoli, 2022: 117).

Si se atiende al tradicional binomio reforma-revolución, el constitucionalismo cosmopolita como el construido por Ferrajoli apuntaría a una dialéctica entre ambos conceptos, en la medida en que buscaría imprimir un giro cosmopolita a las estructuras existentes, pero desde ellas mismas. Se trata de una perspectiva que no incurre en los males de la utopofobia ni la factofobia (Valentini, 2017) y canaliza la tensión entre facticidad y validez. En este sentido, resulta inevitable la referencia al análisis propuesto por Koskeniemi (2005) en su estudio sobre las ideas políticas en el Derecho internacional. Aunque el constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli es heredero de las ideas políticas vinculadas a la dimensión utópica y el pacifismo jurídico, el componente realista de la construcción de los argumentos jurídicos que la sustentan en el plano de la fundamentación permite sostener que, en este caso, habría una conjunción de argumentos inductivos (característicos del realismo) y deductivos (característicos del utopismo). La aparente escisión que planteara Koskeniemi (para quien no existirían alternativas al formalismo) pretende hallar un punto de unión en el concepto de utopía realista¹⁷.

La descripción que se ha realizado también puede ser comprendida si se lee el constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli como una teoría normativa crítica, en el sentido de que provee una guía en lugar de una explicación de los fenómenos. En este caso, los elementos utópicos cumplen diferentes funciones: *i*) son una guía de acción, *ii*) ofrecen criterios evaluativos y, *iii*) visibilizan las brechas que falta por superar (Mac Amhlaigh, 2019: 201). Pero es justamente en esta dimensión crítica de la teoría normativa donde también se pueden encontrar los componentes realistas, ya que se trata de una utopía que vuelve constantemente sobre sus premisas para, en contextos pluralistas, desarrollar una agenda de transformación.

Como señala Ramiro Avilés (2004), el pensamiento utópico realista educa nuestros deseos expandiendo nuestro sentido de lo posible, «[...] retando de esa manera a las instituciones jurídico-políticas existentes» (2004: 449)¹⁸. El carácter realista de esta empresa se estriba en su factibilidad, dado que no dependen sino de la voluntad humana. Por una parte, es una propuesta que expande nuestro sentido de lo posible al «diseñar» un proyecto en el que mundo está regido por los principios del constitucionalismo basado en la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho y, por otra, es una idea posible en la

medida que depende de decisiones políticas. Finalmente, la propuesta también tiene un componente realista, dado que está anclada en las estructuras jurídico-políticas contemporáneas, si bien desde un punto de vista crítico.

La defensa de esta perspectiva se ve reafirmada con la experiencia histórica, que muestra que muchos fundamentos e instituciones que en algún momento fueron «prescripciones» son ahora «descripciones» de la realidad (Beck, 2004: 14). Piénsese, por ejemplo, en la Sociedad de las Naciones o en la Corte Penal Internacional, instituciones concebidas, respectivamente, por Kant y Kelsen muchos años antes de que estas fueran una realidad. En ambos casos, el pensamiento utópico coadyuvó al futuro desarrollo de las instituciones que en su momento fueron consideradas nada más que proyectos enmarcados en ese paradigma teórico (Ramiro Avilés, 2004: 454). Ferrajoli (2022: 66) sostiene, por ejemplo, que el cambio del paradigma constitucional que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial reflejó la toma de conciencia de la humanidad de su propia fragilidad.

Estos elementos no dan cuenta de una determinada filosofía de la historia marcada por el progreso lineal. Son, más bien, un reflejo de lo que puede denominarse posibilismo y, en lenguaje de Ferrajoli, optimismo metodológico¹⁹. En este sentido, si bien el constitucionalismo cosmopolita retoma la idea de progreso de Kant, lo hace dotándola de un significado particular.

El posibilismo —uno de cuyos antecedentes es la obra de Bobbio (1982)²⁰— hace referencia a la capacidad que tenemos de pensar que ese futuro es posible considerando las enseñanzas de la historia y las posibilidades de la razón humana. En diversas obras previas de Ferrajoli hay elementos que permiten sostener que podemos plantearnos la idea de un constitucionalismo cosmopolita gracias a una disposición progresiva en el plano moral del género humano que, en su caso particular, se traduce en el «optimismo metodológico». El autor alude a esta cuestión en la última parte de su obra *Principia iuris* y, haciendo referencia explícita a Kant, escribe: «Este “esperar lo mejor” para el género humano, está hoy diseñado a escala nacional y supranacional, por el proyecto constitucionalista de convivencia civil formulado tras los horrores de las guerras mundiales» (Ferrajoli, 2016: 589). El profesor italiano sostiene que toda la historia del Derecho moderno es la historia de largos procesos de limitación de los poderes absolutos; y que, en este sentido, no avanzar hacia un constitucionalismo global «sería un quiebre de la razón» (Ferrajoli, 2018: 58), de modo que necesitamos imperiosamente un «despertar de la razón» (Ferrajoli, 2022: 66). El autor afirma que la razón exige mejorar continuamente las garantías de los derechos y que el constitucionalismo cosmopolita, concebido como una hipótesis de un tercer momento constituyente en la evolución de las relaciones entre Derecho y Política, es un paso más en la lucha por el Derecho.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, resulta posible afirmar que en *Por una Constitución de la Tierra* Ferrajoli retoma la idea de progreso, si bien la redefine bajo el prisma del posibilismo. Esta versión moderada del progreso es coherente también con un pesimismo antropológico «moderado» (García Sáez, 2017: 381). A diferencia del realismo, por ejemplo, que considera imposible pensar en la posibilidad de avanzar hacia caminos de paz porque la agresividad y la reconciliación son constantes que hacen imposible pensar en un

proyecto cosmopolita (Zolo, 2000: 178), aquí existe un pesimismo (vinculado a la propia idea del Derecho) que, sin embargo, no impide pensar en las posibilidades de progreso. Lo relevante son los caminos que nos ofrece la razón y la posibilidad de pensar en futuros alternativos. Si la experiencia histórica nos ha instruido sobre el horror y si actualmente nos encontramos en una situación de permanente crisis, para el discurso del constitucionalismo cosmopolita es posible afirmar que existe un «nexo que conecta luces y sombras» (Ferrajoli, 2018: 11) y que, tras la sombra de la desigualdad, los poderes salvajes y la crisis de la democracia es posible vislumbrar un camino en el laberinto (parafraseando a Bobbio).

De acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que, para los constitucionalistas cosmopolitas como Ferrajoli, tanto los realistas como los nostálgicos han perdido la esperanza: por una parte, la esperanza de que las cosas pueden cambiar (realistas) y, por otra, la esperanza en las posibilidades de la imaginación institucional y la obstinación en aferrarse a la idea de que el único mundo posible es aquel que ya ha sido pensado (nostálgicos). Los realistas pesimistas caerían, en este sentido, tanto en una falacia determinista como en una falacia naturalista. Al extraer inferencias de la observación de la realidad, caen en una argumentación naturalista en relación con las posibilidades del Derecho (la falacia naturalista confunde lo que acaece con lo que no puede dejar de acaecer) y, en este sentido, terminan asumiendo la globalización y sus problemas como prescriptivas (Ferrajoli, 2016b: 586). La falacia determinista consiste en acreditar como inevitable lo que, en cualquier caso, es obra de las personas y de los poderes económicos y políticos (*Ibid.*: 585). Aunque el Derecho no sea el único mecanismo para transformar esa supuesta inevitabilidad (y ahí el realismo tiene algo que aportar a las perspectivas exclusivamente normativistas), el autor sostiene que lo verdaderamente poco realista a largo plazo es sostener que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es ahora (Ferrajoli, 2022: 116).

3. DE NUEVO SOBRE LOS GRANDES TEMAS: TRES FLANCOS DE CRÍTICA

La propuesta del constitucionalismo cosmopolita se enfrenta a grandes desafíos, no solo porque el proyecto es tachado de «utópico», sino también porque las premisas de su fundamentación son cuestionadas poniendo bajo un halo crítico tanto al constitucionalismo como al cosmopolitismo (Walker, 2008).

Por una parte, el cosmopolitismo (en sus versiones tanto jurídica como moral) ha pasado a formar parte de un sentido común crítico que lo identifica con una élite liberal burguesa e incluso quienes fueran sus defensores lo tildan de vago y, por lo tanto, de inútil²¹; por su parte, el constitucionalismo es denunciado como una ideología obsoleta que se encuentra en su ocaso (Dobner y Loughlin, 2010) y que ha sido la responsable de la legitimación de prácticas que acaban socavando la democracia (Loughlin, 2022). Si examinamos los análisis de la conjunción de estos dos conceptos, constatamos que existe una gran masa crítica y escéptica respecto a su plausibilidad (La Torre, 2016: 10).

En este sentido, volver sobre las premisas normativas de proyectos de este tipo es imperativo porque, en definitiva, las grandes objeciones no están vinculadas a cuestiones fácticas (existe, en general, un diagnóstico compartido sobre la crisis de la democracia y del Estado de Derecho), sino que se dirigen a los debates clásicos. Podemos agruparlas en tres ejes críticos.

En primer lugar, se objeta el carácter fundamentalista, imperialista, eurocéntrico y «cómplice» de las estructuras de desigualdad global generadoras de precondiciones de la expansión del neoliberalismo (Harmes, 2014) del discurso constitucionalista basado en la universalidad de los derechos humanos. Asimismo, se denuncia que este proyecto es una nueva forma de Derecho natural (Somek, 2007). Esto nos conduce al debate clásico sobre las relaciones entre Derecho y moral, que en este ámbito se ha actualizado y tiene por objeto la universalidad de los derechos humanos y su fundamentación.

En segundo lugar, se establece como precondición de cualquier discurso constitucional la existencia de unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. Dado que el ámbito internacional es un escenario marcadamente pluralista, sería incompatible con la pretensión constitucionalista (Krisch, 2010; La Torre, 2016). Esta impugnación reenvía al debate sobre el concepto de ordenamiento jurídico y a la controversia sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho nacional.

Finalmente, se sostiene que el constitucionalismo es producto de una comunidad, de un pueblo y que el momento constituyente es fundamental en toda narrativa constitucional. En este sentido, La Torre apunta críticamente que «[...] la pobreza del constitucionalismo global deriva precisamente del hecho de que nos hace a todos pobres en participación democrática al privarnos de la condición de ciudadanos activos» (La Torre, 2016: 8-11). Dado que estos elementos no existen a nivel global (no hay, en efecto, un *demos* mundial), el constitucionalismo cosmopolita sería imposible o sería solo «nominal» (Keohane, 2015). Estos reproches nos conducen de nuevo a los debates clásicos en torno a conceptos tales como poder constituyente y soberanía y, en definitiva, a las controversias sobre las concepciones de la democracia.

4. RE-CONSTRUCCIÓN DE PRESUPUESTOS

La propuesta de *Por una Constitución de la Tierra* se asienta sobre presupuestos normativos que su autor se ha encargado de desarrollar a lo largo de su vasta trayectoria académica. Como ya se ha señalado, a diferencia de otras propuestas de constitucionalismo cosmopolita, la perspectiva garantista desarrollada por Ferrajoli es un planteamiento sistemático y es, asimismo, el corolario de una teoría global sobre el Derecho y la democracia expuesta en *Principia iuris*²². Aunque anteriormente abordó diversos elementos que le han permitido esbozar progresivamente los principales rasgos de su propuesta (Ferrajoli, 1998; 2008a; 2014; y 2016b), en *Principia iuris* desarrolla de manera sistemática y axiomatizada una teoría del Derecho y la democracia, así como una propuesta de constitucionalización de la

esfera internacional que posteriormente ha especificado en *Constitucionalismo más allá del Estado* (2018) y en *Por una Constitución de la Tierra* (2022).

Cumpliendo el rol que el propio autor atribuye a la ciencia jurídica en el paradigma de la democracia constitucional²³, la propuesta de Ferrajoli es crítica y proyectiva: crítica de las antinomias y proyectiva en relación con las lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos del Derecho internacional de los derechos humanos. Mediante el ejercicio de esta doble función, su obra desarrolla una construcción argumentativa que propone dotar a los derechos humanos de las garantías necesarias para su goce efectivo a nivel universal.

En este sentido, los presupuestos sobre los que se asienta el articulado de *Por una Constitución de la Tierra* operan como fundamento de la propuesta y permiten dialogar con las críticas al proyecto. A continuación, se expondrán a grandes rasgos estos presupuestos con dos propósitos: evaluar en qué medida logran subvertir las críticas y especificar qué elementos deben ser reconfigurados para superar las tensiones presentes en la propuesta.

4.1. SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: FORMALISMO Y NO COGNOSCITIVISMO

Frente a las críticas al carácter «fundamentalista» del constitucionalismo cosmopolita (la pretensión de imponer universalmente ciertos principios morales), Ferrajoli ha explicado que la universalidad planteada en su discurso debe ser entendida únicamente en términos jurídicos. Como escribe el autor, «[...] el universalismo de los derechos humanos es en suma solamente un universalismo jurídico, ligado a su forma universal como derechos expresados en normas téticas» (Ferrajoli, 2016b: 549)²⁴. Esta comprensión de la universalidad permitiría rebatir las críticas de algunos autores, entre ellos Zolo, en la medida en que, a diferencia de los denominados *Western Globalists* (donde Ferrajoli no se reconoce), su propuesta no implica la imposición de una determinada moral. Sobre este aspecto concreto, ha sostenido lo siguiente:

«No es en absoluto cierto que los presupuestos de un constitucionalismo global garante de los derechos humanos consistan en la “doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano” [...] exactamente al contrario, los presupuestos del paradigma constitucional, más aún si es transferido al plano global, son los clásicos principios liberales» (Ferrajoli, 2016b: 550).

En efecto, esta concepción de la universalidad se explica porque Ferrajoli maneja una definición estructural o formal de los derechos fundamentales (un concepto desarrollado en el marco de una teoría del Derecho) y porque defiende la separación Derecho y moral, tesis asociada a su no cognoscitividad en materia ética.

En relación con su definición de derechos fundamentales, Ferrajoli plantea una definición estructural o formal (Ferrajoli, 2009). En este sentido, argumenta que las objeciones formuladas a su constitucionalismo cosmopolita por autores como Zolo confunden diversas dimensiones de la universalidad. En contraste con la equívoca comprensión de la universalidad por la que aboga como una universalidad en el sentido axiológico o consen-

sual (Ferrajoli, 2016a: 57)²⁵, el autor sostiene que, relación con los derechos, únicamente puede sostenerse una universalidad de tipo lógico-formal, dicho esto en el sentido de que los derechos fundamentales son «[...] conferidos a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. En este sentido lógico el universalismo de los derechos fundamentales equivale en exclusiva a la igualdad, precisamente, en tales derechos» (Ferrajoli, 2016a: 58). Esto no supone desconocer que los derechos fundamentales son el producto de opciones políticas y morales, pero sí implica reconocer que la transformación en normas jurídicas de estas opciones no necesariamente implica su aceptación por todos.

Esta concepción del universalismo permite a Ferrajoli sostener que su concepto de derechos fundamentales es compatible con el multiculturalismo. En efecto, en relación con esta cuestión, alega que la universalidad jurídica favorece el multiculturalismo y que derechos fundamentales son su principal aliado porque garantizan el igual valor de todas las diferencias (Ferrajoli, 2016a: 58) y, sobre todo, porque son la ley del más débil y, en ese entendido, permiten proteger a los más débiles incluso frente a las manifestaciones más invasivas de las culturas (*idem*).

Para el autor, la separación entre Derecho y moral no solo es un postulado de la teoría del Derecho iuspositivista, sino también una exigencia del propio modelo de Estado constitucional de Derecho. La teoría garantista del Estado constitucional de Derecho se basa en la separación laica entre Derecho y moral. Esta separación tiene dos sentidos. Por una parte, implica la autonomía del Derecho en relación con la moral en el sentido de que «[...] el Derecho no es (no es derivable de) lo que es (considerado) “justo” o conforme a una cierta “moral” o “cultura”, sino aquello cuya predeterminación convencional está confiada al legislador» (Ferrajoli, 2016b: 304). Por otra parte, es un corolario del liberalismo político, para el que el Estado no puede exigir «[...] la adhesión a los valores ético-políticos jurídicamente establecidos en él» (Ferrajoli, 2016a: 61).

En este sentido, Ferrajoli señala que asumir que la doctrina de los derechos humanos debe ser aceptada universalmente es, en definitiva, una tesis antiliberal. Precisamente porque los derechos no son moralmente compartidos por todos, han sido estipulados jurídicamente en garantía de todos y este es el sentido en que debe ser entendida la universalidad. El fundamento de los derechos fundamentales se encuentra en la igualdad que prescriben. Sin embargo, Ferrajoli señala que «[...] un cierto grado, si es posible mayoritario, de adhesión moral y política a los derechos fundamentales y, en general, a los valores expresados por las constituciones es una condición pragmática indispensable de su efectividad» (*idem*). Sin embargo, este aspecto no es explotado y, como veremos, en términos generales las dimensiones motivacionales del proyecto se anclan en fundamentos catastrofistas o utilitaristas.

Finalmente, otro de los elementos que permite comprender la concepción de la universalidad en Ferrajoli es su marcada posición no cognoscitivista en ética²⁶. Ferrajoli plantea que esta es una cuestión de metaética y epistemología que se encuentra en la base de la discusión sobre separación y distinción entre Derecho y moral. El no cognoscitivismo implica afirmar que de los postulados morales no es posible afirmar su verdad o falsedad y

que, en esa medida, esta posición es la única compatible con la tolerancia, pues la ética con verdad es una «fuente inevitable de intolerancia» (Ferrajoli, 2008b)²⁷. En consideración a lo anterior, no sería posible imponer la conciencia moral de manera coactiva y, por tanto, ni siquiera el Estado de Derecho puede garantizar sus propios presupuestos y fundamentos sin contradecirse (*ibidem*).

Todas estas explicaciones son las que permiten a Ferrajoli contradecir, por ejemplo, las tesis de Zolo referidas al fundamentalismo que anidaría en las pretensiones del constitucionalismo cosmopolita e incluso compartir sus críticas relativas al modo en que se ha entendido la universalidad de los derechos en términos de objetivismo moral (Ferrajoli, 2016b: 559). El problema de la argumentación de Ferrajoli es que, si bien logra subvertir en el plano argumentativo el reproche de «fundamentalismo» dirigido al proyecto del constitucionalismo cosmopolita, lo hace a costa de la coherencia interna y motivacional del proyecto.

En efecto, esta argumentación de Ferrajoli ha recibido numerosas críticas centradas tanto en su definición de los derechos fundamentales (críticas que, como se verá, pueden ser trasladadas a su argumentación en relación con el constitucionalismo cosmopolita), como en la incoherencia que supondría sostener un cosmopolitismo en materia jurídica (tal como hace Ferrajoli) sin defenderlo al mismo tiempo en el plano moral. Las críticas dirigidas a su definición de derechos fundamentales, en general, pueden ser definidas como críticas «externas», en la medida en que cuestionan la aproximación de Ferrajoli al concepto de derechos fundamentales. Por su parte, aquellas críticas vinculadas a la noción de universalidad y a la fundamentación del cosmopolitismo jurídico son críticas «internas» que cuestionan la coherencia de los planteamientos de Ferrajoli en lo que respecta a las relaciones que establece entre los derechos fundamentales y el constitucionalismo más allá del Estado.

En relación con la definición neutral de derechos fundamentales, algunos autores han subrayado la imposibilidad de desarrollar un concepto «vacío» en términos axiológicos. Vitale, por ejemplo, señala que incluso para poder llegar a pensar en el objeto jurídico «derecho fundamental» es necesario al menos tener una idea de individuo como titular y lo cierto es que «[...] no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas reconocen al individuo ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental» (Vitale, 2009: 68). En este sentido, el concepto de derechos fundamentales, al menos, asigna valor a los individuos como tales y, en este sentido, no es un concepto axiológicamente «vacío».

A este escollo debemos sumar el problema de las dificultades explicativas del concepto, pues la definición dificulta su comprensión en el marco del Estado constitucional, en la medida en que los derechos podrían tener cualquier contenido (Martí, 2005) y, además, podrían estar desconstitucionalizados (Ansuátegui, 2013b)²⁸, de modo que la idea de su aptitud para limitar el poder perdería fuerza explicativa.

Además del déficit de capacidad explicativa, el concepto tampoco permitiría fundar una de las tesis vinculadas a los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli: la noción de la democracia sustancial y las consecuencias de la existencia de una «esfera de lo inde-

cidible», tesis estrechamente relacionada con la «indisponibilidad» asociada a los derechos fundamentales cuya incidencia en la teoría de la democracia —y, por tanto, en el diseño institucional del modelo cosmopolita— es clara. En efecto, a partir de esta definición surgen múltiples interrogantes: ¿En nombre de qué se limitaría el poder si no es para consagrar valores fundamentales para la comunidad política?, ¿cómo limitan al poder si no son derechos constitucionales?, ¿cómo es posible caracterizarlos como la ley del más débil si no son expresión —como mínimo— de la igualdad y la libertad? (Ansuátegui, 2013b: 47). En este sentido, podemos formular dos preguntas adicionales: ¿cómo pueden mantener los derechos su carácter emancipatorio (confirmado por su desarrollo histórico) si no es a través de un impulso moral contra situaciones de opresión?, ¿cómo es posible, a partir de esta concepción, explicar la dimensión expansiva de los derechos? (Habermas, 2010: 168).

En relación con la primera cuestión, se plantea la dificultad de comprender la técnica de rigidez constitucional y, en definitiva, la inclusión de los derechos fundamentales en la «esfera de lo indecible» solo por su carácter universal lógico-formal. Por lo que hace a la segunda cuestión, si una de las características de los derechos fundamentales es su indisponibilidad, cabría preguntarse cuál es su justificación. No todas las pretensiones que se consideran susceptibles de ser protegidas a través del reconocimiento de derechos tienen la suficiente justificación para ello. Si el fundamento fuera únicamente «utilitarista», podríamos utilizar otros mecanismos de protección. Pero si se utiliza el lenguaje de los derechos es porque existe un compromiso con determinados valores.

Es aquí donde surgen las dificultades con la dimensión motivacional del proyecto cosmopolita. Si los fundamentos del modelo son el universalismo lógico y razones prudenciales basadas en el utilitarismo del miedo²⁹, las respuestas a esos escenarios no necesariamente pueden llevarnos a proyectos emancipadores. Si bien los discursos «colapsistas» tienen la ventaja de alertarnos sobre los males de nuestro tiempo y la urgencia de hacerles frente, pueden fácilmente conducir a distopías autoritarias que canalicen el miedo no solo a nivel nacional, sino también a nivel global, es decir, existe el peligro de que el «nosotros» que se genera frente al miedo (Braidotti, 2018:12) no necesariamente conduzca a horizontes más democráticos basados en los derechos humanos y que, por el contrario, valide la deriva hacia caminos autocráticos, como hemos podido comprobar en años recientes. El universalismo lógico puede llegar a ser compatible, por ejemplo, con «dictaduras benevolentes».

En este sentido, aunque Ferrajoli quiera anclar el proyecto cosmopolita lejos de un contenido axiológico determinado y parezca optar por una estrategia utilitarista para fundar el constitucionalismo cosmopolita, su propuesta solo puede ser coherente en la medida en que asuma que también debe ser un proyecto moral (Ruiz Miguel, 2008: 360).

La imposición jurídica de un modelo tan complejo como el cosmopolita no puede derivar de una mera exigencia lógica o sistémica, sino que requiere algún mínimo argumento moral y alguna forma de objetivismo³⁰. Si el constitucionalismo cosmopolita es, sobre todo, una teoría normativa (es decir, planteada desde el deber ser), cabe preguntarse si es posible basar una teoría de este tipo en consideraciones de lógica formal. En efecto, si no se reconoce al menos la libertad comunicativa del otro, la tarea de justificación carece

de significado y la fuerza normativa de los derechos humanos queda mermada (Benhabib, 2013: 88). En este sentido, tanto el formalismo como el utilitarismo de Ferrajoli son insuficientes. Para ser coherente, es necesaria alguna forma de objetivismo, así sea mínimo, es decir, el preciso asumir cierta comprensión de la igualdad, la reciprocidad y la simetría para ser capaces de moldear un modelo discursivo (Benhabib, 2008: 192). Incluso si se asume la estrategia utilitarista para fundamentar el constitucionalismo cosmopolita, es porque —al menos— consideramos que existe algo valioso que debe preservarse. Ninguno de estos conceptos es sencillo desde el punto de vista de su justificación filosófica (Ansuátegui, 2013a:112).

Esta crítica podría ser «obviada» si sostuviéramos que, cuando plantea sus posiciones en relación con el constitucionalismo cosmopolita, Ferrajoli argumenta en el plano de la filosofía política, pero, como vimos, el propio autor se encarga de enfatizar que el constitucionalismo cosmopolita que plantea se basa en la universalidad de los derechos fundamentales entendida únicamente como universalidad jurídica.

En este sentido, el trasfondo del debate es la posición de Ferrajoli en relación con el objetivismo en materia moral. Su escepticismo frente a esta posibilidad hace que desarrolle un concepto de derechos fundamentales que no solo carece de capacidad explicativa, sino que también suscita perplejidades cuando llevamos su discurso al plano cosmopolita. Una estrategia posible para comprender el problema consiste en cuestionar la asociación que realiza Ferrajoli entre objetivismo y el carácter antiliberal de esta posición. Como bien ha señalado Atienza, una cuestión es pretender que existan verdades morales más allá de la discusión racional (absolutismo moral) y otra diferente es plantear que hay principios morales que pueden valer objetivamente porque son el resultado de un discurso racional (objetivismo moral) (Atienza, 2010). De esta manera, podría resultar más claro y satisfactorio asumir que el trasfondo del proyecto garantista en general y, por tanto, del constitucionalismo cosmopolita, es la igualdad. No la igualdad jurídica que supone la universalidad de los derechos fundamentales, sino la igualdad entendida como valor sustantivo.

El precio que paga Ferrajoli por el mantenimiento de su no cognoscitividad es la caída del relativismo, que no es necesario para justificar el carácter laico del Estado constitucional y del constitucionalismo cosmopolita. En este sentido, la asunción de la dimensión moral en la propuesta del constitucionalismo cosmopolita no solo conferiría mayor capacidad explicativa al proyecto, sino que también evitaría la necesidad de recurrir a argumentos apocalípticos en su dimensión motivacional. En la medida en que se sostenga un universalismo moral mínimo y dialógico, las tachas de imperialismo o fundamentalismo se debilitan³¹.

Constituiría un error asumir como «permanente» o «ganada» la existencia de una autocomprensión normativa de la modernidad reflejada en las dimensiones igualitarias de la estructura del Estado de Derecho. Esta conciencia debe ser activamente cimentada y promovida. En efecto, así como las estructuras del Estado de Derecho han promovido una conciencia igualitaria, también han permitido el desarrollo de un sistema neoliberal que ha precarizado la vida y ha generado una conciencia individualista que hace depender

el bienestar del éxito personal (Linden-Retek, 2015). Por ello, cuando existen crisis, por ejemplo de carácter económico, se producen «alianzas desubicadas» (Cano Abadía, 2017) entre los precarizados y los discursos excluyentes, pues no existe una autoidentificación de los sujetos como víctimas de un mismo sistema de dominación. En este sentido, uno de los campos de prueba más complejos para discursos como los cosmopolitas son las tendencias proteccionistas y nacionalistas que se desarrollan con ocasión de las crisis sociales y económicas.

Por tanto, debe ponerse el acento en la complementariedad entre las estrategias política y moral como motor de fundamentación del constitucionalismo más allá del Estado, pues ello dota a la teoría constitucional cosmopolita de mejores herramientas para enfrentar las tendencias regresivas y las «alianzas desubicadas». Así como el solo hecho de la interdependencia y los riesgos comunes no basta para la generación de una conciencia igualitaria que se encuentra en la base de la capacidad de desarrollar un sentido cívico ampliado, tampoco la sola abstracción del universalismo jurídico es suficiente para el desarrollo de una conciencia cosmopolita que impulse la acción política transnacional. Por ello, es preciso señalar que en este punto se conjuga nuestra condición sociológica con la pregunta filosófica «sobre el nosotros». La versión «abstracta» nos permite imaginar los escenarios posibles de acción conjunta, en la medida que nos provee de un marco político-jurídico sustentado en el lenguaje de los derechos. El paso a la acción política se ve facilitado por la comprensión del «otro concreto» (Benhabib, 2006) y de la toma de conciencia de las relaciones comunes que compartimos. En esa conjunción, tanto la conciencia de la interdependencia y la vulnerabilidad común que compartimos como la dimensión igualitaria que suministra el discurso de los derechos humanos permiten pensar en trascender los márgenes de comunidades cerradas y circunscritas al Estado nación y transitar hacia comunidades abiertas, porosas y dotadas de un sentido cívico que propicien la construcción de proyectos políticos transnacionales.

Un germen de la solidaridad transnacional representado por la complementariedad de ambas perspectivas lo encontramos en los movimientos sociales transnacionales, idea que Ferrajoli parece asumir cuando explica que el manifiesto por la Constitución de la Tierra opera como un objetivo estratégico concreto que puede unificar múltiples luchas de la sociedad civil global (Ferrajoli, 2022: 119). Este es un tópico que Ferrajoli aborda a propósito de la ampliación del sentido cívico requerido como condición pragmática del proyecto. Sin embargo, tal como es presentado, constituye más bien una comunidad de intereses en torno a un sentido común de «autoconservación». Como indica el autor en su justificación de la unidad del pueblo constituyente, la humanidad estaría unida «por el interés común de la supervivencia» (*ibid.*: 124). Un ejemplo de la esperanza en el surgimiento de este sentido cívico ampliado que impulsa los cambios requeridos, el autor lo identifica con el movimiento *Fridays for future* o en el «despertar de la razón» que habría generado la pandemia de COVID-19 (*ibid.*: 120). De acuerdo con lo expuesto, este despertar de la razón debe ser argumentado también en términos de expansión moral del círculo del nosotros con el objetivo de no tentar a las narrativas excluyentes.

4.2. SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PLURALISMO DE FERRAJOLI

Las objeciones que aluden a la imposible convivencia de un escenario constitucionalista más allá del Estado con un marco jurídico pluralista son abordadas por Ferrajoli asumiendo la perspectiva del pluralismo constitucional. La base desde la que parte Ferrajoli para argumentar en torno a esta cuestión es similar a la de Kelsen, pero a diferencia de Kelsen (que desarrolla un monismo), Ferrajoli llega a conclusiones pluralistas. Al igual que Kelsen, Ferrajoli desmitifica el valor intrínseco de la relación entre Estado y Derecho, sosteniendo que este «[...] es solo una, si bien la más importante, de las instituciones políticas [...] de tantos entes y/u ordenamientos en los que está positivamente organizada o puede organizarse la sociedad» (Ferrajoli, 2016b: 471).

A partir de esta constatación, Ferrajoli desarrolla su proyecto partiendo de la premisa de que la realidad jurídica actual está constituida por una pluralidad de ordenamientos y, en esa medida, la existencia de diferentes órdenes con sus propios poderes constituyentes pone en duda las tesis de la suficiencia de la producción normativa estatal. Ahora bien, en contraste con el dualismo, sostiene que no son ordenamientos que no se relacionen o que sean autosuficientes, dado que existen diversos grados de integración (*ibid.*: 473). De esta manera, el autor descarta tanto el monismo como el dualismo, pues asocia el primero a un globalismo jurídico con un único centro de poder (*ibid.*: 535) y reprocha al segundo que no reconozca la integración entre diversos ordenamientos (*ibid.*: 473).

Sin embargo, para Ferrajoli el pluralismo descrito no tiene connotaciones necesariamente positivas, dado que, si no va acompañado de la expansión del paradigma constitucional, puede propiciar la regresión a formas premodernas de Derecho (*ibid.*: 538). En este sentido, siguiendo la tesis central del autor (la traslación del paradigma garantista más allá del Estado), el pluralismo debe convivir con elementos constitucionales para que el garantismo pueda cumplir sus objetivos.

Esta tarea implica contar con ciertos criterios para que, pese a encontrarnos en un contexto pluralista, el sistema conserve cierto grado de «coherencia y unidad». En este sentido, el autor establece una división competencial entre funciones de gobierno y garantía entre los niveles estatal e internacional, reservando un nivel supraordenado a las normas sobre prohibición de la guerra y protección de los derechos humanos y consagrando un principio normativo que permita resolver los conflictos, esto es, el principio de los «niveles de protección», de acuerdo con el cual prevalece siempre el nivel de protección constitucional más garantista (*ibid.*: 541). Asimismo, y por lo que respecta al diseño institucional, Ferrajoli sostiene que la existencia de un Tribunal Constitucional internacional permitiría —vía desarrollo jurisprudencial— «[...] superar o, al menos, reducir el desorden actual, que es un factor inevitable de incertidumbres, ineffectividad y conflictos a veces insolubles» (Ferrajoli, 2022: 78).

A diferencia de otros tipos de pluralismo, estos criterios son extraídos de normas de Derecho positivo y de la lógica del paradigma garantista que trata de ser extendido más allá del Estado. No hay una reflexión más profunda acerca de la naturaleza de estas normas o principios (por ejemplo, la clarificación de si se trata de un nuevo nivel del Derecho con-

figurado por normas cosmopolitas o transnacionales) ni sobre la vinculación de estas reflexiones con la teoría del Derecho en general, es decir, sobre la cuestión de si la descripción del sistema y las consecuencias que de él se extraen influyen o transforman la propia idea de Derecho. Realizando una interpretación en conjunto de la obra de Ferrajoli, podríamos afirmar que lo que hace el autor en este punto es constatar la realidad de la pluralidad de ordenamientos e intentar, a partir de esta realidad, hacerla compatible con el paradigma constitucionalista y mostrar que, aunque se trate de un paradigma lógico y formal, no hay obstáculos para su aplicación en cualquier escenario. Sin embargo, este paso se realiza sin profundizar en las razones de que el monismo sea descartado en tanto construcción dogmática no compatible con una realidad plural y constitucional (García Sáez, 2012). En este sentido, no queda claro si en el pluralismo de Ferrajoli hay una asunción no solo descriptiva, sino también normativa en relación con la forma del Derecho más allá del Estado.

Incluso si se asume como respuesta el pluralismo, es necesario establecer criterios de moralidad política para resolver los conflictos entre pretensiones de autoridad que compiten en el ámbito internacional. Como indica Poiares, «[...] cualquier debate sobre cómo resolver y regular conflictos constitucionales de autoridad inherentemente tiene implícito un debate sobre la naturaleza y legitimidad de las pretensiones constitucionales de autoridad última» (Poiares, 2012: 69)³², y ello implica la necesidad de justificar cada uno de los criterios que se proponen en un discurso más amplio sobre la comprensión de la legitimidad en un modelo cosmopolita. En este sentido, tanto la justificación del modelo pluralista como la distribución de competencias en el diseño constitucional cosmopolita deben ir acompañadas de una reflexión compleja referida a razones, argumentos y justificaciones de los criterios de moralidad política que, en definitiva, resuelven estos dilemas (Ansuátegui, 2011: 34).

En efecto, si el constitucionalismo es un marco donde deben aportarse razones para el ejercicio de la autoridad legítima y si aquellas razones en un marco constitucionalista son razones complejas que van más allá de la legalidad (Kumm, 2009: 277), ello supone que el ejercicio de justificación contiene elementos del lenguaje (y ahí es donde entra la teoría jurídica) y criterios normativos. Por ello, una comprensión completa de los embates contra el constitucionalismo cosmopolita desde la perspectiva de la teoría jurídica no puede prescindir de una comprensión compleja de la «regla de reconocimiento» que tome en consideración sus dimensiones formales y sustantivas.

Si fijamos nuestra atención en el panorama de pretensiones de autoridad que compiten en la esfera transnacional, vemos que el principal problema es la determinación del lugar donde reside la autoridad y de la instancia que decide donde reside (Krisch, 2010: 13; Walker, 2008: 342; y Bayón, 2013). Este problema es transformador para la teoría jurídica en general porque los criterios que se adopten no afectan solo al nivel internacional, sino también al orden en su conjunto (Krisch, 2010: 13), dado que, en el contexto de interrelación descrito, aquellos incidirán en las pretensiones de autoridad del Derecho nacional, el Derecho Internacional y el Derecho cosmopolita. El hecho de que la teoría jurídica y los elementos normativos se encuentren estrechamente vinculados implica tomar decisiones sobre la existencia de estos criterios y fundamentarlos, una cuestión que no se encuentra

desarrollada con suficiente profundidad en la propuesta de Ferrajoli. Desde el monismo de Kelsen, ya se nos alertó de la dificultad de elección entre el monismo internacionalista y el monismo estatal. Considerando la complejidad de los elementos de moralidad política en el escenario postnacional, lamentablemente la opción normativa no se ha vuelto más fácil desde los días de Kelsen (Nijman y Nollkaemper, 2007: 356).

En este ámbito, Habermas ha enfatizado en la importancia de conectar la teoría jurídica con elementos normativos. El autor señala que, cuando nos encontramos frente a casos complejos (aquellos en los que interaccionan diversas pretensiones de autoridad), la aplicación y especificación de la ley válida requiere un razonamiento normativo, es decir, un tipo de razonamiento que se guía por aquellos principios que confieren legitimidad al sistema legal en su conjunto³³. En este sentido, este llamado nos advierte que la teoría jurídica no puede desconectar su razonamiento de este tipo de compromisos.

Aunque no con la misma profundidad que Habermas, en un escrito póstumo Dworkin también señaló la importancia de los criterios normativos para resolver la cuestión de la naturaleza del Derecho internacional (Dworkin, 2013). El principal aporte de este texto de Dworkin es que subraya que la cuestión de la normatividad del Derecho internacional está también vinculada con cuestiones de legitimidad política. Para Dworkin, la pertenencia a una comunidad internacional impone deberes y obligaciones que se justifican para legitimar no solo la propia acción política, sino también la de la comunidad internacional en su conjunto³⁴. Evidentemente, esta apelación a la existencia de criterios de moralidad política tiene que ser consistente con el desarrollo de principios lo suficientemente claros y argumentados.

Por todo lo dicho, el proyecto de una Constitución de la Tierra también debe ir acompañado de una reflexión más compleja sobre estos criterios si se quiere mantener la perspectiva del pluralismo. Si se determina que el criterio debe ser el «principio de mejor garantía», deberá dotarse a este de contenido con el objeto de clarificar lo que está en juego³⁵.

4.3. SOBRE LA DEMOCRACIA: DISEÑO INSTITUCIONAL, PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA

Aunque para Ferrajoli su proyecto puede beneficiarse de las experiencias adquiridas en el marco del Estado constitucional, esto no debe inducirnos a pensar en la creación de un modelo de las mismas características a nivel global. En este sentido, Ferrajoli no recurre a la analogía doméstica, pues lo que se rescata en el constitucionalismo cosmopolita no es la traslación exacta del modelo del Estado constitucional al plano internacional (puede haber un constitucionalismo que no sea estatal), sino la lógica que subyace al constitucionalismo: la domesticación del poder por parte del Derecho legitimada con base en los derechos fundamentales (en virtud de la cual la idea de límite se traslada más allá del Estado).

Siguiendo la lógica del paradigma constitucional garantista elaborado por el autor, para Ferrajoli carece de sentido centrar la propuesta en las instituciones vinculadas a la «esfera de lo decidible» (las funciones e instituciones de gobierno), pues justamente lo que está en crisis es la efectividad de los derechos humanos (la esfera de lo indecidible) (Ferrajoli,

2016b: 532). Ello supone que la atención debe centrarse en el conjunto de instituciones de garantía primarias y secundarias para los derechos humanos a nivel global (*ibid.*: 533).

En este sentido, el esquema propuesto es caracterizado por el autor como un «modelo federal»³⁶, en el sentido de que hay una distinción y articulación multinivel entre instituciones supranacionales y estatales, así como de fuentes de producción de normas supraestatales y nacionales. Lo central consistiría en distinguir las funciones de gobierno y las funciones de garantía: si las primeras están asociadas al ámbito estatal y legitimadas por la representatividad política, las segundas se concretan en instituciones de garantía estatales y supraestatales universalistas, y están legitimadas por la igualdad de derechos (*ibid.*: 535). Existe, pues, una división o distribución de competencias que es explicitada en el articulado de la Constitución de la Tierra. Las diferentes garantías que desarrolla Ferrajoli están asociadas a las diferentes dimensiones de la democracia constitucional (política, civil, liberal, social), esta vez actualizadas para el modelo cosmopolita. Sin embargo, a diferencia de otros proyectos cosmopolitas, justamente en atención a las diferentes formas de legitimación que tienen las funciones desarrolladas en el ámbito internacional, se descarta una legitimación de tipo democrático-representativo (por ello, las funciones de gobierno se sustraen del ámbito internacional). A este respecto, Ferrajoli ha observado que la democracia anclada en lógicas electorales está aquejada de «localismo» y «presentismo» y que ello afecta la racionalidad política y los intereses de largo plazo de la humanidad (Ferrajoli, 2022: 58).

En resumen, de acuerdo con el tenor literal del artículo 63 de la Constitución de la Tierra, el esquema de legitimación de las instituciones globales sería el siguiente:

«Las funciones de gobierno se legitimarán por la representación política de sus titulares, tanto más efectiva cuando más local.

Las funciones de garantía se legitimarán por la igualdad de derechos fundamentales que ellas procuran, tanto más efectiva cuanto más global.

Las funciones globales de carácter económico o financiero se legitimarán por su capacidad de promover la estabilidad económica, la tutela del medio ambiente y la máxima igualdad en las condiciones de vida de los pueblos de la tierra»

Además de fundarse en lo que Ferrajoli ha llamado la democracia sustancial, este modelo también se sostiene sobre una determinada comprensión del poder constituyente y de la soberanía más allá del Estado, rasgos que permiten contrarrestar las críticas que cuestionan la legitimidad democrática del proyecto. Las reflexiones de Ferrajoli en torno al poder constituyente en el ámbito internacional tienen dimensiones descriptivas y normativas. Desde la dimensión descriptiva, su teorización se vincula con el hecho histórico del surgimiento de una constitución embrionaria del mundo marcado por la firma de la Carta de la ONU, la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la adopción de los posteriores instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Desde la dimensión normativa, aunque sería deseable que el autor profundizara en algunas cuestiones relevantes (¿quiénes son los sujetos constituyentes? o ¿de qué manera ejercen este poder?), suministra algunas pistas que permiten avizorar respuestas a estas preguntas. En *Por una Constitución de la Tierra*, el autor pone como ejemplo la pandemia

de COVID-19 como una manifestación de un «momento constituyente» que puede ser definitorio para el futuro de la humanidad (*ibid.*: 17). La visibilización de la interdependencia que generó este suceso, junto con los ya acuciantes problemas del cambio climático, la criminalidad transnacional y los movimientos migratorios (cuestiones que aún bajo el concepto de estado de «criminalidad sistémica»), configurarían una «energía constituyente», un «despertar de la razón» (*ibid.*: 120) que debiera estimular a la humanidad para dar pasos decididos hacia la adopción de una «Constitución de la Tierra».

En este sentido, en diversos lugares del manifiesto señala que la «humanidad en su conjunto» sería el «[...] pueblo constituyente» que se dotaría de esta Constitución de la tierra³⁷, aunque en escritos anteriores había apuntado que el sujeto constituyente de este nuevo orden mundial podría ser el «pueblo mestizo de los migrantes» (Ferrajoli, 2018: 90). Sin embargo, la abstracción de estas constataciones dificulta la dilucidación del modo en que este poder constituyente podría hacerse operativo. Al limitar la adhesión a esta Constitución únicamente a los Estados (artículo 100 de la Constitución de la Tierra), Ferrajoli se aleja de cualquier modelo que deposite en los individuos algún tipo de poder constituyente. Este estaría mediado, en cualquier caso, por la representación política de los Estados.

En relación con la soberanía, en un texto clásico, *La soberanía en el mundo moderno* (Ferrajoli, 1997), el autor lleva a cabo un recorrido histórico en el que analiza las bases filosóficas del concepto de soberanía y sus mutaciones en el Estado liberal y el Estado constitucional. Para Ferrajoli, el modelo de Estado de Derecho perfeccionado por la democracia constitucional y la progresiva constitucionalización del ámbito internacional a través de la creación de organismos y tratados internacionales que consagran derechos universales ha puesto en jaque y en contradicción con la realidad tanto a la noción de ciudadanía como a la de soberanía.

El autor explica que, tras el surgimiento del Estado liberal (y, posteriormente, tras su profundización en el Estado constitucional), la soberanía no es absoluta y es sometida a limitaciones tanto a nivel interno como externo. A nivel interno, la democracia es limitada por los contenidos sustantivos de las constituciones. A nivel externo, a partir de la creación de Naciones Unidas y los pactos de derechos humanos se transforma el paradigma de la soberanía externa. En atención a los cambios indicados, el autor sostiene que la soberanía queda «negada» en los ámbitos interno y externo, «[...] revelándose como una categoría incompatible con el derecho y consecuentemente con la paz y la democracia» (Ferrajoli, 2016b: 479).

En contraste con gran parte de la dogmática constitucional, para Ferrajoli la constitución no es el reflejo de una común identidad política, cultural o nacional, sino de la diversidad y la conflictualidad (Ferrajoli, 2016a: 51). Por ello, frente a aquellas reflexiones en torno al *demos* más allá del Estado que reafirman las connotaciones organicistas de la soberanía y la democracia en apoyo de las tesis escépticas sobre la posibilidad de una democracia más allá del Estado, el autor sostiene que la inexistencia de homogeneidad no es en absoluto un obstáculo para la constitucionalización de la esfera global. Ello es relevante para la eficacia de las normas, pero no para su legitimidad: la constitución se legitima no

por el hecho de ser querida por todos/as, sino por garantizar de manera igualitaria a todos/as (Ferrajoli, 2022: 53).

Si bien en esta comprensión de la democracia, las nociones de poder constituyente y de soberanía y su correlato institucional logran neutralizar las críticas escépticas que niegan la legitimidad democrática del modelo cosmopolita, plantean, al mismo tiempo, nuevos interrogantes relativos a la fundamentación, la coherencia y la dimensión motivacional del proyecto.

Ferrajoli soluciona todo el problema de la legitimidad mediante la separación de las funciones de gobierno y de garantía (que tendrían diversas fuentes de legitimidad). Ahora bien, aunque es relevante preguntarse por el «cómo» y el «qué», un aspecto que es omitido por el autor es la pregunta por el «quién», es decir, la pregunta sobre la autoridad legítima para tomar las decisiones acerca del cómo y el qué (Fraser, 2012). Bayón, que ha desarrollado extensamente esta crítica a Ferrajoli, señala que la pregunta sobre la legitimidad no puede ser ciega ni en lo que respecta a los contenidos ni en lo que hace a los procedimientos, y agrega que, respecto de estos últimos, la propuesta de Ferrajoli adolece de un «punto ciego» (Bayón, 2013: 67). En el plano internacional, una consecuencia de la existencia de este punto ciego sería que esta teoría no sería capaz de ofrecer una fuerza prescriptiva derivada de su articulación democrática (Turégano, 2012: 163). Nuevamente, es posible preguntarse de dónde nace la fuerza de movilización si en el modelo no existe participación.

Resulta ineludible destacar la ausencia de participación de los individuos en el diseño de la democracia más allá del Estado. La mera asunción de que un modelo de democracia global no sería deseable ni posible no es argumentada más allá de esta petición de principios. Simplemente, se señala la necesidad de separar las funciones de gobierno y de garantía. Esto podría considerarse como una concesión al realismo en la obra de Ferrajoli (lo cual podría estar justificado), pero para un autor con pretensiones tan utópicas como la de establecer una fiscalidad global no parece ser este el motivo. Se trata de una postura inconsistente incluso dentro del mismo paradigma garantista del autor desde el momento en que signa a los Estados como los únicos actores en la esfera global, descartando que los sujetos de un modelo cosmopolita son, finalmente, los individuos cuyos intereses y derechos debieran estar representados. El problema de la mediación permanente de los Estados es que mantiene intacto el principio de soberanía estatal como base del modelo cosmopolita, en oposición a las pretensiones del autor. En este sentido, un modelo cosmopolita fiel a las pretensiones garantistas del diseño de Ferrajoli dotaría a los individuos de herramientas para participar y superar el escollo que representa la mediación de los Estados (se deja inconcluso, además, qué ocurre con los Estados no democráticos o fallidos). La mediación de los tribunales (garantía secundaria) sería insuficiente cuando la implementación y adhesión a los instrumentos de garantía también depende de la soberanía de los Estados. En este sentido, es necesario que esta teoría atribuya una mayor relevancia a la participación de los individuos y la sociedad civil y ello tiene que ver también con la pertinencia de un desarrollo más detallado de las precondiciones (objetivas y subjetivas) del desarrollo del paradigma garantista.

Una reflexión similar puede realizarse respecto a la soberanía. La soberanía es un concepto con una fuerza simbólica y normativa a la que no es posible renunciar. Aunque el diagnóstico sobre sus aporías es poco discutible si se concibe en los términos en que se ha comprendido tradicionalmente, se trata de un concepto que en el contexto del constitucionalismo cosmopolita no debe ser abandonado, pero sí resignificado.

La resignificación es importante, dada la fuerza simbólica y normativa del concepto (Ansuátegui, 2018). Como observan Laval y Dardot, la soberanía no es «[...] un simple concepto de Derecho público heredado del pasado, es todavía un principio político activo que rige, y puede regir todavía, mutaciones políticas considerables en años y decenios venideros» (Dardot y Laval, 2021). En otros términos, se trata de un concepto resiliente. No es casualidad que desde distintos espacios del espectro político (derecha e izquierda) se reivindique la soberanía (con tintes neosoberanistas (Benhabib, 2016) ante la percepción de descontrol que provoca el despliegue de las fuerzas de la globalización (Turégano, 2013). En este escenario marcado por la emergencia de respuestas de «repliegue» hacia la soberanía estatal, el ideal cosmopolita debe dar una respuesta que no signifique una renuncia a la soberanía ni su disolución en contornos poco identificables (como ocurre, por ejemplo, con el concepto de «post-soberanía»), y que tampoco se limite a apelar vagamente a los principios del Derecho internacional. Debe tratarse de un concepto que, tanto desde el punto simbólico como normativo, guíe el ejercicio de la política hacia una dimensión que recupere la autonomía personal y política, evitando, sin embargo, las connotaciones excluyentes en que incurren las posiciones comunitaristas o nacionalistas, es decir, es necesario escapar del dualismo al que aboca la concepción tradicional de la soberanía (Besson, 2004)). La perspectiva que puede lograr este objetivo es aquella que reconceptualiza la soberanía no como la dimensión de autogobierno que no reconoce otro superior, es autorreferente (Turégano, 2013: 155), y, por tanto, le permite rehuir de responsabilidad, sino como el ejercicio de un autogobierno relacional, es decir, una noción que reivindica la autonomía, pero que asume que la pertenencia a la comunidad internacional (en múltiples niveles) y el ejercicio de autogobierno están implicados (Brown, 2011)³⁸.

Entendido en estos términos, el concepto nos puede ayudar en un sentido normativo, es decir, para evaluar nuestras prácticas actuales a la luz de estos objetivos y, a la vez, sirve de antídoto para neutralizar posiciones conservadoras y nacionalistas. En este sentido, permite visibilizar que la oposición tajante entre soberanía y cosmopolitismo es equívoca, si no falsa (Brown, 2011), y evidenciar que las normas cosmopolitas pueden contribuir a fortalecer la soberanía en la medida en que permiten y han permitido, por ejemplo, la ampliación de los márgenes de la democracia a grupos excluidos de la población. Como escribe Benhabib: «Los soberanistas democráticos ignoran el hecho de que las normas de derechos humanos empoderan a los ciudadanos en las democracias, creando nuevos vocabularios para la resistencia y abriendo nuevos canales para la movilización de la sociedad civil» (Benhabib, 2011:126).

Como se señaló a propósito de las reflexiones sobre el ordenamiento jurídico, en este punto surge nuevamente la idea de que una teoría normativa no puede estar desligada — como parecería estarlo la de Ferrajoli— de una teoría compleja de la legitimidad.

5. CONCLUSIONES

Por una Constitución de la Tierra es un proyecto normativo que representa la culminación de una ambiciosa teoría del Derecho y la democracia desarrollada a lo largo de una larga trayectoria académica. Se trata, en definitiva, de la extensión del paradigma garantista más allá de las fronteras estatales que se presenta como una «tercera vía» entre las propuestas realistas y nostálgicas y que, en el marco de la tradición del constitucionalismo cosmopolita, puede ser calificada como una «utopía realista».

Las grandes objeciones que se presentan a este proyecto pueden ser reconducidas a los grandes debates de la filosofía jurídico-política sobre la universalidad de los derechos humanos, la noción de ordenamiento jurídico internacional y las teorías de la democracia. Una reconstrucción de los presupuestos normativos sobre los que se funda la teoría de Ferrajoli, vinculada a su concepción de los derechos fundamentales, su no cognoscitividad en materia ética, su idea de pluralismo jurídico, así como la legitimidad de un modelo basado en una concepción sustancial de la democracia dialoga con sus críticas intentando despejar mitos. Sin embargo, la falta de asunción de criterios morales relativos a la justificación de la universalidad de los derechos humanos), así como de elementos de moralidad política (en cuanto a las pretensiones de autoridad que compiten), así como el abandono de la promesa de autogobierno que supone el ideal normativo de la soberanía generan dificultades justificatorias que inciden en su dimensión motivacional.

Al afirmar esto no pretendo poner en tela de juicio el valor de la propuesta de Ferrajoli. Como se ha señalado al inicio de estas páginas, en tiempos de escepticismo el posibilismo que nos plantea el proyecto es iluminador. Destaco, en este sentido, el posibilismo o anti-determinismo que nos presenta como metodología el constitucionalismo cosmopolita de Ferrajoli, relevando la imaginación jurídica, cuestionando la oposición entre pesimismo de la razón y optimismo de la voluntad, proponiendo el posibilismo de la razón vinculada.

Aunque los tiempos que corren son difíciles para este tipo de aproximaciones y no tenemos motivos para ser optimistas, el proyecto que presenta Ferrajoli es una invitación al abandono de la tentación escéptica porque los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia, pese a los embates, tienen una dosis de resiliencia que nos interpela cuando su lenguaje es canal y vehículo para protestas transnacionales.

Con todo, se ha puesto de relieve que un proyecto de esta envergadura requiere toda la fuerza de nuestras convicciones morales no solo en la práctica política, sino también en el plano de la justificación. Si el constitucionalismo cosmopolita es una utopía realista, desde la perspectiva argumental debe ir acompañado de un relato que profundice en su contribución a imaginar escenarios de vida buena, no de salvación, porque para «salvarnos» también compiten las distopías autoritarias. Es decir, el constitucionalismo cosmopolita debe permitirnos evaluar nuestras prácticas contemporáneas para imaginar nuevos mundos posibles. Se trata, en definitiva, no solo de temer, sino también de volver a soñar.

NOTAS

1. Beck (2004) caracteriza como «nihilistas» a las propuestas postmodernas de análisis del fenómeno de la globalización que, en términos generales, comparten no solo el escepticismo frente al Derecho, sino también una visión pospolítica del mundo.
2. La teorización más clara sobre la idea de la culminación de la idea de progreso que nos permitiría hablar de un «fin de la historia» se encuentra en Fukuyama (1992).
3. La literatura sobre la crisis de la democracia es amplia. *Vid.*, entre otros, Levitsky y Ziblatt (2018); y Lührmann y Lindberg (2019).
4. No es casualidad que en estos debates se utiliza el prefijo «post» o el término «beyond». Para Kumm (2009), este recurso sería el síntoma de una crisis, de la ausencia de esfuerzos de reconceptualización y aportaciones orientaciones normativas. Esta apatía revela el miedo a grandes narrativas y a la posibilidad de desarrollar paradigmas alternativos.
5. Solo a modo de ejemplo, *vid.* el reciente libro de Loughlin (2022). La presencia de Schmitt como referente de retóricas en pugna es reconocida expresamente por Ferrajoli (2022: 48).
6. La traducción es mía.
7. Sobre la influencia del pacifismo, *vid.* García Sáez (2012). La influencia kantiana es reconocida expresamente en sus diversas obras. En esta última, *vid.* Ferrajoli (2022: 19-20).
8. En el caso de Habermas, *vid.*, por ejemplo, Habermas (2000; 2006; y 2012).
9. Aquí podemos mencionar, entre otros, a Kumm (2009); Peters (2009); y Stone Sweet (2012).
10. A estos se pueden añadir dos importantes revistas que abordan estos temas: *Global Constitutionalism*. Disponible en: <<https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism>>. y *Jus Cogens*. Disponible en: <<https://www.springer.com/journal/42439>>. En nuestro medio, y en perspectiva sistemática, destacan los estudios de De Julios Campuzano (2004; y 2009).
11. Schwöbel-Patel, (2011:107-109), destaca dos elementos que «favorecen» el desarrollo de estas ideas en el contexto alemán. Por una parte, la importancia de la sistematización y las exigencias de coherencia en el análisis jurídico y, por otra, la experiencia histórica. Otro aspecto que favorecería el desarrollo de esta doctrina en Alemania es que allí no existe una compartimentación de las áreas del Derecho como en otras latitudes (Peters, *et al.*, 2010: 13) Finalmente, también es posible mencionar la combinación de elementos ideales y pragmáticos que es típica de la tradición filosófica alemana, así como las construcciones federalistas de organización política (Kadelbach y Kleinlein, 2007; y Koskenniemi, 2011).
12. La connotación negativa del carácter utópico del proyecto es patente en la literatura crítica; *vid.*, por ejemplo, Krisch (2016), quien destaca que el constitucionalismo cosmopolita se ha construido sobre grandes «asunciones e idealizaciones» (*ibid.*: 671).
13. La referencia hace alusión a la literatura del Derecho internacional, pues, como explica Ramiro Avilés (2004), en otros ámbitos la idea de «utopía realizable» ya había sido desarrollada.
14. Sobre este tópico en el derecho de gentes de Rawls, *vid.* Mertens (2005); y Ansuátegui (2021).
15. Como señala Rawls, su realismo pretende que «[...] sus principios y preceptos sean practicables y aplicables a los arreglos políticos y sociales en vigor» (Rawls, 2001: 25). Sobre el riesgo de abandonar las dimensiones utópicas y el compromiso con el *statu quo*, *vid.* Beitz (1983).

16. Destacado por Ansuátegui (2021: 283).
17. En esta misma línea, en la literatura del Derecho internacional hay una categoría similar a la de «utopía realista», que Cassese (2012) toma de Huxley, que es denominada la actitud académica de los «juiciosos reformadores» y que es definida por este como la negación de la aceptación ciega de las condiciones actuales como de la ilusión de poder revolucionar todo (*ibid.*: xviii).
18. Un completo análisis del concepto utopía y su vínculo con el Derecho puede verse en Ramiro Avilés (2002).
19. En diálogo con las críticas que recibió a su obra *Principia iuris*, el autor afirma: «Contesto que no tengo ninguna filosofía de la historia. El optimismo metodológico» del que he hablado como del principio informador de la “lucha por el derecho”, no es más que la otra cara del rechazo a cualquier filosofía de la historia de tipo determinista: es decir, de la falacia en la cual caen muchos realistas, según la cual aquello que sucede no puede no suceder» (Ferrajoli, 2008c: 432).
20. El posibilismo se ve reflejada en su metáfora del laberinto (1982: 22-23). Sobre el posibilismo en Bobbio, *vid.* Ruiz Miguel (2005: 211).
21. La propia Martha Nussbaum destaca críticamente que «[...] por sí solo, el término cosmopolitismo es ya demasiado vago como para que tenga utilidad para nosotros» (Nussbaum, 2020: 224).
22. En particular, en el volumen II de la obra (Ferrajoli, 2016b).
23. Ferrajoli destaca que uno de los elementos del cambio de paradigma que implica la democracia constitucional es el cambio del rol de la ciencia jurídica, a quien asigna un rol «[...] crítico y proyectivo en relación con su propio objeto: crítico en relación con las antinomias, cuya supresión le corresponde reclamar, proyectivo frente a las lagunas, cuya subsanación le corresponde reclamar» (Ferrajoli, 2014: 83-90).
24. De acuerdo con Turégano (2018), este tipo de fundamentación de la universalidad puede caracterizarse como «universalismo lógico».
25. En relación con el sentido axiológico de la universalidad, el autor se remite a las tesis iusnaturalistas, mientras que, en relación con las tesis consensualistas, menciona el caso de Bobbio y las afirmaciones que sobre la universalidad de los derechos humanos vierte en la obra *El tiempo de los derechos* (Ferrajoli, 2016a: 127, nota 62).
26. Ferrajoli prefiere este calificativo antes que el de «relativismo» por los equívocos que esta última expresión suscita en relación con su comprensión como emotivismo e irracionalismo (Ferrajoli, 2008b: 273).
27. En este sentido, Ferrajoli sigue a Kelsen (2008: 123).
28. Como indica Ansuátegui (2013b: 47), Ferrajoli no solo descontextualiza a los derechos fundamentales en relación con su génesis histórica, sino también en relación con su carácter constitucional.
29. De Cabo y Pisarello (2009) denominan a esta estrategia como una especie de «utilitarismo negativo».
30. Así lo destaca también Puppò: «Probablemente el optimismo metodológico y la exagerada confianza en el derecho (el hiperjuridicismo), se deben al propósito de defender un proyecto normativo cuyo fundamento es moral, sin admitir que la bondad del proyecto depende de la satisfacción de alguna moral objetiva» (Puppò, 2015: 31).
31. No es este el lugar para desarrollar esta perspectiva en concreto, pero piénsese en propuestas como las de Forst (2005); y Benhabib (2008).
32. En el mismo sentido, *vid.* Bayón (2013: 71).

33. Sobre esta materia *vid.* especialmente su entrevista con von Bogdandy. Disponible en: <<https://verfassungsblog.de/discourse-theory-and-international-law-an-interview-with-jurgen-habermas/>>.
34. Una propuesta que combina elementos de pluralismo con criterios de moralidad política vinculados con la legitimidad del sistema en su conjunto a la hora de decidir situaciones donde hay pretensiones de autoridad en conflicto puede encontrarse en Poiars (2003); y Kumm (2004).
35. Hay quienes sostienen que la existencia de estos criterios unificadores constituiría una forma «disfrazada» de monismo (Somek, 2012).
36. El autor distingue entre dos tipos de fundamentos del federalismo: organicista/comunitarista e individualista/contractualista. El primero estaría basado en reivindicaciones de identidades culturales homogéneas (lo que llama «federalismo para dividir»), mientras que el segundo buscaría un pacto constitucional basado en el principio de paz e igualdad de derechos para todos («federalismo para unir»). *Vid.* Ferrajoli (2016b: 544).
37. Hace una mención expresa a una inspiración en La Valle, quien señala: «La Constitución del mundo [...] nace de la historia, pero debe ser producida por la política, por la acción de un sujeto político que se haga poder constituyente. El sujeto constituyente de una “Constitución de la tierra” es el pueblo de la tierra, no un nuevo Leviatán, sino la unidad humana que adquiera existencia política» (Ferrajoli, 2022: 120, nota 37).
38. Han desarrollado este concepto, por ejemplo, Besson (2004); y Bohman (2013).

BIBLIOGRAFÍA

- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier (2011): «Estado constitucional y producción normativa», *Derechos y libertades*, 15, 17-36.
- (2013a): «La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas», en *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 4 tomo IV, Madrid: Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 73-122.
- (2013b): «Los derechos fundamentales en *Principia iuris*: (o los límites de la teoría del derecho)», *Anuario de filosofía del derecho*, 29, 35-55.
- (2018): «Una reflexión sobre el futuro del discurso de la soberanía», en De Lucas et al. (eds.), *Pensar el tiempo presente: homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1679-1698.
- (2021): «El minimalismo utópico del derecho de gentes realista de Rawls», *Dianoia. Rivista di filosofia*, 33, 261-385.
- ATIENZA, Manuel (2010): «Constitucionalismo, globalización y Derecho», en M. Carbonell y L. García (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: Trotta, 264-284.
- BAYÓN, Juan Carlos (2013): «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del derecho*, 29, 57-99.
- BECK, Ulrich (2004): *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*, Barcelona: Paidós.
- BEITZ, Charles (1983): «Cosmopolitan ideals and national sentiment», *The Journal of Philosophy*, 80, 591-600.
- BENHABIB, Seyla (2006): *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona: Gedisa.

- (2008): «Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos», *Isegoría: revista de filosofía moral y política*, 39, 175-203.
- (2011): *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity.
- (2013): «Moving beyond false binarisms: On Samuel Moyn's The Last Utopia», *Qui Parle*, 22, 81-93.
- (2016): «The new sovereigntism and transnational law: Legal utopianism, democratic scepticism and statist realism», *Global Constitutionalism*, 5, 109-144.
- BERNSTEIN, Richard (2011): «The Aporias of Carl Schmitt», *Constellations*, 18, 403-430.
- BESSON, Samantha (2004): «Sovereignty in conflict», *European integration online papers*, 8, 131-190.
- BIEBER, Florian (2022): «Global Nationalism in Times of the COVID-19 Pandemic», *Nationalities Papers*, 50, 13-25.
- BOBBIO, Norberto (1982): *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa.
- BOHMAN, James (2013): «Republican cosmopolitanism: popular sovereignty in multilevel systems», en E.H.S. Näsström (ed.), *Political equality in transnational democracy*, New York: Palgrave Macmillan, 17-40.
- BÖKER, Marit (2017): «The concept of Realistic Utopia: Ideal Theory as Critique», *Constellations*, 24, 1-12.
- BRAIDOTTI, Rosi (2018): *Por una política afirmativa. Itinearios éticos*, Barcelona: Gedisa.
- BROWN, Garrett (2011): «The idea of autonomy: accountability, self-determinism and what normative claims about institutional autonomy in global governance should mean», en *International organizations and the idea of autonomy. Institutional independence in the international legal order*, New York: Routledge, 104-119.
- CANO ABADÍA, Mónica (2017): «Vulnerabilidad posthumana cosmopolita. Desplazamientos críticos para una justicia global», *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, 19, 269-279.
- CASSESE, Antonio (2012): «Introduction», en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The future of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 18-22.
- DARDOT, Pierre y Christian LAVAL (2021): *Dominar. Estudio sobre la soberanía del Estado de Occidente*, Barcelona: Gedisa.
- DE CABO, Antonio y Gerardo PISARELLO, (2009): «Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 9-17.
- DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (2004): «De la paz perpetua al constitucionalismo cosmopolita», *Teorema: Revista internacional de filosofía*, 23, 71-88.
- (2004): *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid: Dykinson.
- (2009): *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El Derecho ante la globalización*, Madrid: Dykinson.
- DOBNER, Petra y Martin LOUGHLIN (2010): *The twilight of constitutionalism?* Oxford-New York: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald (2013): «A New Philosophy for International Law», *Philosophy & Public Affairs*, 41, 2-302.
- ESTLUND, David (2019): *Utopophobia. On the limits (if any) of political philosophy*, New Jersey: Princeton University Press.
- FERRAJOLI, Luigi (1997): *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma: Laterza.
- (1998): «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 9, 173-184.
- (2008a): *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- (2008b): «Laicidad del Derecho y laicidad de la moral», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 57, 267-277.
- (2008c): «"Principia iuris": una discusión teórica», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 31, 393-436.

- (2008d): «Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo», *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 122, 1135-1145.
- (2009): «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, pp. 139-196.
- (2014): *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid: Trotta.
- (2016a): *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- (2016b): *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. II (*Teoría de la democracia*), Madrid: Trotta.
- (2018): *Constitucionalismo más allá del estado*, Madrid: Trotta.
- (2022): *Por una Constitución de la Tierra*, Madrid: Trotta.
- FORST, Rainer (2005): «El derecho básico a la justificación. Hacia una concepción constructivista de los derechos humanos», *Estudios políticos*, 26, 27-59.
- FRASER, Nancy (2012): *Escalas de justicia*, Barcelona: Herder Editorial.
- FUKUYAMA, Francis (1992): *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona: Planeta.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina (2015): *Norma mundi: la lucha por el Derecho Internacional*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA SÁEZ, José Antonio (2012): «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia iuris*», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 82-102.
- (2017): *Kelsen versus Morgenthau: paz, política y Derecho internacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HABERMAS, Jürgen (2000): *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona: Paidós.
- (2006): *El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X*, Madrid: Trotta.
- (2010): *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- (2012): *La Constitución de Europa*, Madrid: Trotta.
- HARMES, Adam (2014): «New constitutionalism and multilevel governance», en A.C. Cutler y S. Gill (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 143-158.
- KADELBACH, Stefan y Thomas KLEINLEIN, (2007): «International Law -- a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles», *German Yearbook of International Law*, 50, 303-348.
- KELSEN, Hans (2008): *¿Qué es justicia?*, edición a cargo de A. Calsamiglia, Barcelona: Ariel.
- KEOHANE, Robert (2015): «Nominal democracy? Prospects for democratic global governance», *International Journal of Constitutional Law*, 13, 343-353.
- KLABBERS, Jann, Anne PETERS y Geir ULFSTEIN (2009): *The constitutionalization of international law*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- KOSKENNIEMI, Martti (2005): *From apology to Utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2011): «Between Coordination and Constitution: International Law as German Discipline», *Redescriptions. Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 15, 45-70.
- KRISCH, Nico (2010): *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*, Oxford: Oxford University Press.
- (2016): «Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order», *International Journal of Constitutional Law*, 14, 657-679.
- KUMM, Mattias (2004): «The legitimacy of international law: a constitutionalist framework of analysis», *European Journal of International Law*, 15, 907-932.
- (2009): «The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state», en D. Dunoff y J.P. Trachtmann (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 258-324.
- KUMM, M. et al. (2017): «Editorial: The end of “the West” and the future of global constitutionalism», *Global Constitutionalism*, 6, 1-11.

- LANG, Anthony F. y Antje WIENER (2017): *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar.
- LEVITSKY, Steven y Daniel ZIBLATT (2018): *Cómo mueren las democracias*, Barcelona: Ariel.
- LINDEN-RETEK, Paul (2015): «Cosmopolitan law and time: Toward a theory of constitutionalism and solidarity in transition», *Global Constitutionalism*, 4, 157-194.
- LOUGHLIN, Martin (2022): *Against constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- LÜHRMANN, Anna y Staffan LINDBERG (2019): «A third wave of autocratization is here: what is new about it?», *Democratization*, 26, 1095-1113.
- MAC AMHLAIGH, Cormac (2019): «Who's afraid of supraprimate constitutional theory? Two reasons to be sceptical of the sceptics», en *Legitimacy. The state and beyond*, Oxford: Oxford University Press, 182-205.
- MACDONALD, Ronald St.J. y Douglas JOHNSTON (2005): *Towards World Constitutionalism: Issues in the legal ordering of the world community*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- MARTÍ, José Luis (2005): «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en M. Carbonell y P. Salazar (eds), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 365-402.
- MERTENS, Thomas (2005): «International or Global Justice? Evaluating the Cosmopolitan approach», en A. Follesdal y T. Pogge (eds), *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, The Netherlands: Springer, 85-102.
- NIJMAN, Janne y Andre NOLLKAEMPER (2007): «Beyond the divide», en J. Nijman y A. Nollkaemper (eds.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford-New York: Oxford University Press, 341-360.
- NÚÑEZ, Constanza (2020): «Constitucionalismo cosmopolita», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 214-238.
- NUSSBAUM, Martha C. (2020): *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, Barcelona: Paidós.
- PETERS, Anne (2009): «The Merits of Global Constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 397-411.
- PETERS, Anne, Mariano J. AZNAR, e Ignacio GUTIÉRREZ (2010): *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- POIARES, Miguel (2003): «Contrapunctual Law: Europe's constitutional pluralism in action», en N. Walker (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 501-537.
- (2012): «Three Claims of Constitutional Pluralism», en M. Avbelj y J. Komárek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 67-84.
- PUPPO, Alberto (2015): «Constitucionalismo global y excepción internacional: una mirada escéptica a Principia iuris de Luigi Ferrajoli», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 31, 16-39.
- RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (2002): *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons.
- (2004): «La función y actualidad del pensamiento utópico (respuesta a Cristina Monereo)», *Anuario de filosofía del derecho*, 21, 439-462.
- RAWLS, John (2001): *El derecho de gentes: y «Una revisión de la idea de razón pública»*, Barcelona: Paidós.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2005): «Paz y democracia internacional», en L. Córdova y P. Salazar (eds.), *Política y derecho: (re) pensar a Bobbio*, México D.F: Siglo XXI- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 201-223.
- (2008): «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 355-367.
- SCHWÖBEL-PATEL, Christine (2011): *Global constitutionalism in international legal perspective*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- SOMEK, Alexander (2007): «Kelsen Lives», *European Journal of International Law*, 18, 409-451.
- (2012): «Monism: A tale of the undead», en M. Avbelj y J. Komárek (eds), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 343-379.

- STONE SWEET, Alec (2012): «A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe», *Global Constitutionalism*, 53-90.
- TORRE, Massimo La (2016): «El Brexit y la miseria del constitucionalismo global», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 64, 4-11.
- TURÉGANO, Isabel (2012): «Posibilidades y límites de un constitucionalismo mundial: ¿qué queda del constitucionalismo cuando lo globalizamos?», *Estudios de Deusto*, 60, 155-169.
- (2013): «Soberanía», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 154-162.
- (2018): «Derechos humanos, universalidad y cosmopolitismo», en Á. Ródenas (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Lima: Palestra, 61-101.
- VALENTINI, Laura (2017): *On the Messy «Utopophobia vs. Factophobia» Controversy: A Systematization and Assessment*, *Political Utopias: Contemporary Debates*, Edición de M. Weber y K. Vallier, Oxford: Oxford University Press.
- VELASCO, Juan Carlos (2016): «La política en la constelación posnacional. Una aproximación habermasiana al concepto de Estado», *Pensamiento*, 72, 523-543.
- VITALE, Ermanno (2006): «Rawls y el “Derecho de gentes”. Apuntes de lectura», *Isonomía*, 24, 115-134.
- (2009): «¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 63-73.
- WALKER, Neil (2008): «Taking Constitutionalism beyond the State», *Political Studies*, 56, 519-543.
- ZOLO, Danilo (2000): *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Barcelona: Paidós.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

¿LÍMITES EN EL UNIVERSALISMO GARANTISTA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA? UNA MODESTA NOTA CRÍTICA*

LIMITS ON THE GUARANTEEING UNIVERSALISM OF THE CONSTITUTION OF THE EARTH? A MODEST CRITICAL NOTE

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat de València

RESUMEN

Tras señalar los principales rasgos positivos de la propuesta doctrinal y normativa formulada por Ferrajoli en su ensayo, el autor destaca su coincidencia en la crítica a los instrumentos jurídicos de las políticas migratorias como las puestas en práctica por la mayoría de los gobiernos de la UE por su incoherencia con elementos básicos del Derecho internacional de los derechos humanos. A partir de esa constatación, el autor critica la formulación del derecho a la movilidad en el proyecto normativo de Constitución de la Tierra porque, a su juicio, no garantiza suficientemente los derechos básicos de los inmigrantes y los refugiados.

PALABRAS CLAVE

Universalismo jurídico, constitucionalismo global, derecho a inmigrar, derecho de asilo.

ABSTRACT

After pointing out the main positive features of the doctrinal and normative proposal formulated by Ferrajoli in his essay, the author highlights his coincidence in criticizing the legal instruments of migratory policies such as those put into practice by most EU governments, for their inconsistency with basic elements of international human rights law. Since this observation, the author criticizes the formulation of the right to mobility in the normative project of the Constitution of the earth because, in his opinion, it does not sufficiently guarantee the basic rights of immigrants and refugees.

KEYWORDS

Legal universalism, global constitutionalism, right to immigrate, right to asylum.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.097>

* Este texto corresponde a mi intervención en el seminario coordinado por la profesora García Pascual en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli, (2022) *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, con ligeras correcciones y actualizaciones.

¿LÍMITES EN EL UNIVERSALISMO GARANTISTA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA? UNA MODESTA NOTA CRÍTICA

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat de València

Sumario: 1. Sobre el sentido del proyecto normativo de Constitución global presentado por Luigi Ferrajoli. 2. La coherencia de Luigi Ferrajoli en la denuncia de las políticas migratorias europeas 3. El déficit de la garantía del derecho a libertad de circulación. Notas. Bibliografía.

1. SOBRE EL SENTIDO DEL PROYECTO NORMATIVO DE CONSTITUCIÓN GLOBAL PRESENTADO POR LUIGI FERRAJOLI

Vaya por delante que comparto el propósito doctrinal que lleva a Luigi Ferrajoli a formular su ambiciosa propuesta normativa, el texto articulado de una Constitución de alcance global que consta de un centenar de artículos y que constituye el núcleo de su libro *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. El propio Ferrajoli ha caracterizado la Constitución de la Tierra como un texto normativo que desarrolla la arquitectura de los derechos humanos desplegada por el Derecho internacional que la ONU puso en marcha a partir de la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Se trata, por otra parte, de un complemento normativo enmarcado en el *leitmotiv* de la obra de Ferrajoli: el vínculo entre derechos y garantías, que es el vínculo entre Derecho y democracia.

Los derechos carecen de contenido eficaz si no se institucionalizan sus garantías y eso es más necesario cuando hablamos de los derechos de «los más débiles». La propuesta de Constitución de la Tierra quiere elevar esa exigencia a escala mundial¹, pero no es un programa de «gobierno mundial». Lo que pretende Ferrajoli es lanzar un debate sobre cómo garantizar el ámbito de lo «no decidible» en términos universales, el de violaciones de derechos que no podemos admitir, dejando lo decidible a la competencia de los gobiernos de los Estados. Ferrajoli no se engaña sobre las dificultades de la puesta en práctica de su proyecto y es perfectamente consciente de los múltiples obstáculos que se le oponen, pero está absolutamente convencido de su necesidad perentoria.

Lo que quiero destacar del ensayo que nos ocupa es la argumentación orientada a presentar y justificar lo que debería ser la constitución global de una comunidad internacional. Una argumentación que no consiste en disparar salvas de rey desde la torre de marfil académica porque, como he dicho, Ferrajoli es bien consciente de los desafíos y dificultades que afrontamos en nuestro presente, al que define como una encrucijada civilizatoria. Así lo enfatiza desde las páginas de la introducción, cuando, al presentar este proyecto de raíces kantianas —un constitucionalismo global que pretende encarnar hoy el universalismo de los derechos—, señala que los síntomas de esta encrucijada no son fenómenos naturales o problemas de injusticia, sino, ante todo, violaciones masivas de los derechos fundamentales que las constituciones y los instrumentos normativos de Derecho internacional reconocen, pero también de *bienes fundamentales* que no están suficientemente garantizados.

El autor sostiene que la dramática coyuntura histórica en la que nos encontramos nos sitúa ante la siguiente disyuntiva: o bien sufrir y sucumbir a las múltiples catástrofes y emergencias globales, o bien hacerles frente, oponiéndoles la construcción de idóneas garantías constitucionales proyectadas por la razón jurídica y política a escala planetaria. A su juicio, y resumo de forma muy genérica sus tesis, solo una Constitución de la Tierra que introduzca un demanio planetario para la tutela de los bienes vitales de la naturaleza, prohíba todas las armas como bienes ilícitos, comenzando por las nucleares, e introduzca un fisco mundial e instituciones idóneas globales de garantía en defensa de los derechos de libertad y en actuación de los derechos sociales puede realizar el universalismo de los derechos humanos. Por eso, el proyecto normativo de una Constitución de la Tierra no es presentado en su libro como una hipótesis utópica, sino como la única respuesta racional y realista capaz de limitar los poderes salvajes de los Estados y los mercados en beneficio de la habitabilidad del planeta y de la supervivencia de la humanidad (Ferrajoli, 2022: 5-13).

Lo más interesante y provocador del libro de Ferrajoli es, a mi juicio, su esfuerzo por suministrar razones para contrarrestar la tópica crítica que califica su ambición normativa como idealista o utópica² en el peor sentido de esos calificativos, por dejar de lado la menor atención a las condiciones sociales, culturales y económicas que gravitan sobre cualquier propuesta jurídica —no digamos en el ámbito del Derecho internacional. Ferrajoli consiga dar la vuelta a esa crítica y explicar por qué la suya es la verdadera propuesta *realista*. Creo que, como ha puesto de relieve la profesora García Pascual (2024: 65), Anders dio en el blanco al apuntar la debilidad de ese reproche de supuesto utopismo: la legitimación del quietismo resignado³.

El peso justificativo de mayor alcance que respalda el carácter fundado y urgente de la necesidad de respuesta global es el que proporciona el análisis científico y multisectorial sobre la entidad de las amenazas que afrontamos. A este respecto, son muy elocuentes los comunicados de organismos científicos internacionales independientes como el International Science Council (ICS) —en cuyo seno se desarrolla el conocido como Comité de la Tierra, que trabaja estrechamente con la ONU— o el Intergovernmental Panel on Climate Change, que en uno de sus últimos informes advirtió que «[...] la ventana de oportunidad» que la humanidad tiene para asegurarse un futuro habitable y sostenible para todos» se «cierra rápidamente» (IPCC, 2023). Debemos recordar, en todo caso, que la conciencia del riesgo no es de ayer. Desde que se acuñó el término Antropoceno, esos análisis científicos nos previenen de nuestra incapacidad para afrontar lo que, en un ensayo premiado con el Pulitzer de 2015, la divulgadora científica Elizabeth Kolbert llamó la *sexta extinción* (2019), que no solo acabaría con la especie humana, sino también con buena parte de la vida en el planeta⁴ en incluso con el propio planeta.

A mi entender, estos documentos —y con mayor razón la propuesta de de Ferrajoli, precisamente por su ambición normativa— dan un nuevo sentido al universalismo y el cosmopolitismo jurídico, más próximo a las tesis de la escuela española de Derecho de gentes reiteradamente invocada por Ferrajoli que incluso al de Kant, inevitable referencia en esta temática. Como tantas veces en la historia del Derecho, ese giro en el universalismo jurídico viene dado por la toma de conciencia de la entidad global de los nuevos riesgos que, si ya nos afectan personalmente, como individuos, amenazan sobre todo a los bienes o las necesidades de todos (desde luego, de nuestros hijos, de las generaciones futuras, pero también de todos nosotros como especie y aun de la vida misma, del planeta). Solo recientemente, gracias, entre otros factores, al desarrollo de las nuevas tecnologías, hemos reparado en la relevancia y el verdadero alcance de estos riesgos, aunque el origen de los temores actuales no ha sido sino el modelo de crecimiento económico propio del dominio de una lógica de mercado insaciable y realmente depredadora que ha dado lugar a lo que conocemos como Antropoceno. Aparece así la conciencia de un interés común a todo el género humano, el del cuidado de la vida, la supervivencia no ya de nuestra especie, sino del planeta, como en el ámbito de la salud ha puesto en evidencia el concepto *One Health* («Una sola Salud») acuñado por la OMS (2023).

Esta es una de las líneas que ha sabido arrojar luz sobre la importancia del denominado «constitucionalismo ecológico», que ha sido desarrollado sobre todo por el nuevo constitucionalismo latinoamericano y al que los europeos debemos prestar atención, aunque en nuestro continente no han faltado iniciativas que han puesto el acento en esa perspectiva, entre ellas el debate entre entre constitucionalistas e internacionalistas europeos. Alguien tan atento a los movimientos constitucionalistas latinoamericanos como Lloredo (2022), cuya interpretación sobre los bienes comunes difiere de la de Ferrajoli, ha subrayado algo que reconoce el propio Ferrajoli: la contribución crítica y normativa de la denominada Comisión Rodotà (Italia, 2011) en la lucha de movimientos sociales por el derecho al agua, ejemplo de los «bienes comunes» que constituirían un *tertium genus* en la clásica dicotomía bienes públicos/bienes privados. Precisamente, lo característico de esos «nuevos bienes»,

cuya presentación, tipología y mecanismos de protección argumenta detalladamente Ferrajoli y concreta en el título III del texto normativo (artículos 48 y siguientes), es que suponen una revisión de una noción ya existente en el Derecho romano, pero ahora desde la impugnación de que la regla jurídica áurea a seguir sea el derecho de propiedad: ya no deben ser entendidos como bienes que no son propiedad de nadie (*res nullius*) porque no hay un titular reconocido de su propiedad, sino como bienes comunes, imprescindibles, *condiciones de la vida*, concepción que, en cierto modo, ya estaba presente en la escuela española del *ius gentium*, que recuperó el legado del mejor estoicismo, el que habla de los bienes comunes de toda la humanidad. En definitiva, se trata de subrayar la necesaria recuperación de *lo común* como redefinición de *lo público* —que no hay que confundir con lo estatal, por más que al Estado le compete un especial deber de tutela y promoción en ese ámbito—. A ese respecto, entiendo que la prioridad debería ser el logro de un acuerdo sobre el reconocimiento y la protección —incluyendo la justiciabilidad efectiva— de aquellos bienes o necesidades que son imprescindibles para la vida y que hoy están seriamente amenazados.

Pues bien, me parece muy difícil de discutir la relevancia de la argumentación de Ferrajoli sobre la prioridad del reconocimiento y la garantía de los bienes que el autor define como *bienes fundamentales*, comenzando por los bienes vitales, en los que distingue, de un lado, los llamados *bienes vitales naturales* —por ejemplo, el agua, el aire incontaminado, el clima estable—, y, de otro, los *bienes vitales sociales* que son fruto de nuestro ingenio e investigación —entre ellos, la comida imprescindible, los fármacos esenciales y las vacunas—. Ferrajoli sostiene que unos y otros, particularmente los naturales, deberían estar sustraídos al mercado bajo formas robustas de garantía que recuperen su carácter *extra patrimonium* y *extra commercium*. Baste pensar, por ejemplo, en el escándalo del negocio de agua, que priva a una parte importante de la población mundial del acceso a un bien común indispensable. Nuestra tarea prioritaria y nuestro empeño debería consistir en proteger estos bienes y garantizarlos de forma eficaz, incluso más que los derechos fundamentales individuales, para asegurar el acceso universal a los mismos.

Partiendo de mi acuerdo general con el proyecto de Ferrajoli, en esta contribución pretendo formular una crítica puntual a su propuesta, pues considero que hay un error en la redacción del artículo 14 de la Constitución de la Tierra, precepto que reconoce y regula el «derecho de libre circulación sobre la Tierra». A mi juicio, el artículo citado presenta un déficit en la garantía de los derechos de los protagonistas de las manifestaciones masivas de la movilidad humana, esto es, los inmigrantes y los demandantes de asilo y de la protección internacional subsidiaria. Esta formulación podría propiciar restricciones injustificables de los derechos de esas personas como las que hoy imponen buena parte de los instrumentos jurídicos de gestión de las políticas migratorias y de asilo de los países del norte, a comenzar por las de EE. UU., Australia o la UE.

2. LA COHERENCIA DE LUIGI FERRAJOLI EN LA DENUNCIA DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EUROPEAS

Por supuesto, me interesa aclarar que el señalamiento de este déficit no supone ignorar una constante en los últimos años en la obra de Ferrajoli, a saber, su reivindicación del reconocimiento y la garantía efectiva en condiciones de igualdad de los derechos humanos de los protagonistas de la movilidad humana. Es una constante en la que coincidimos, como hemos señalado expresamente en más de una ocasión, del mismo modo que coincidimos en otra cuestión básica, la necesidad de superar la dicotomía entre los derechos del hombre y del ciudadano sobre la que se asienta el aparente truismo jurídico de acuerdo con el cual los extranjeros no pueden ser titulares de los mismos derechos (estamos hablando de derechos humanos) que los ciudadanos. En otros términos, nos parece inaceptable la desigualdad, basada en la condición de extranjería, en el reconocimiento de derechos humanos como los derechos sociales, económicos y culturales —entre ellos, el derecho a la salud, al trabajo y a la vivienda—, así como en las diversas formas de ejercicio del derecho a participar en las decisiones que afectan a la comunidad de la que los extranjeros arraigados en el Estado de recepción de manera estable.

Más específicamente, ambos hemos señalado que con esta política migratoria europea naufragan los principios jurídicos y políticos sobre los que declara fundarse la UE, dada la incoherencia —cuando no la abierta contradicción— de las políticas migratorias desarrolladas por la mayoría de los Estados miembros —y por la propia UE— con determinadas exigencias básicas del Derecho internacional de los derechos humanos.

Sin ser especialista en este ámbito, Ferrajoli ha insistido en la profunda contradicción que subyace a los instrumentos jurídicos de esas políticas y, reivindicando las tesis de la escuela española del Derecho de gentes —una constante en su obra—, ha sostenido que el derecho humano a moverse libremente por el mundo es el primer derecho humano históricamente formulado como tal por los teólogos juristas de Salamanca, entre ellos Francisco de Vitoria en su vindicación del *ius communicationis*, al que hoy denominamos *ius migrandi*. Eso sí, Ferrajoli advierte que ese derecho fue enunciado por los teólogos juristas de esa escuela (a decir verdad, no por todos: baste pensar en Bartolomé de las Casas) como «justo título» para la conquista del continente americano por la Corona Castellana, pues su violación o impedimento justificaba la guerra. Esto es, lo que se formuló fue un derecho universal, un bien común que, en la práctica, era unilateral y privativo de los europeos y constituía la manifestación de un universalismo puesto al servicio del imperio y de su proyecto colonial. Sin embargo, se trata de un derecho que, si se defiende con carácter universal, puede ser caracterizado como un elemento clave de la civilidad⁵.

Precisamente, el reconocimiento de la importancia de este *ius migrandi* entendido en sentido amplio (que incluye las diferentes concreciones jurídicas de derechos de los refugiados) lleva al propio Ferrajoli a sostener que el actual y masivo desplazamiento de población es la quinta emergencia que conforma la encrucijada a la que se enfrenta la humanidad, y afirma que las respuestas jurídicas y políticas que ofrecemos a esta emergencia son un asunto capital: «En la cuestión de los inmigrantes se juega hoy el futuro de nuestra civilidad: no

solo la de Italia, sino también la de la Unión Europea y la de Occidente en su conjunto» (Ferrajoli, 2022). Es esta una tesis en la que, desde una posición relativamente minoritaria, vengo insistiendo en diferentes trabajos desde 1982, y celebro que Ferrajoli la sostenga con firmeza. Asimismo, coincidimos en el argumento de que la respuesta que debe ofrecerse al reconocimiento y garantía de esos derechos exige un cambio radical en la noción de ciudadanía y en la configuración jurídica de los derechos, que escinden la condición del ciudadano y la del extranjero, dado que, como he sostenido desde hace tiempo —en polémica, por ejemplo, con mis compañeros Hierro, Laporta o Atienza—, nada justifica hoy que esa distinción, cada vez más relativizada por la aparición de estatus intermedios, tenga consecuencias en el reconocimiento de derechos humanos, básicos⁶. En su ensayo, Ferrajoli expresa esta idea en los siguientes términos «La ciudadanía, una vez desaparecidas las exclusiones y las limitaciones de las garantías de los derechos generadas por las fronteras entre los estados, deja de ser una figura distinta del estatus de persona, convirtiéndose en la igual titularidad de tales derechos por parte de todos los seres humanos, de acuerdo con su carácter universal» (Ferrajoli, 2022: 55).

3. EL DÉFICIT DE LA GARANTÍA DEL DERECHO A LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Pues bien, precisamente por todo lo expuesto hasta aquí, me sorprende la formulación del artículo 14 de la propuesta ferrajoliana de Constitución de la Tierra, dedicado a «La libertad de circulación sobre la Tierra», cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 14. La libertad de circulación sobre la Tierra

Todos tienen derecho a circular libremente sobre la Tierra, salvo las limitaciones establecidas por las leyes por motivos de seguridad

Todo individuo tiene derecho a emigrar de cualquier país, incluido el propio, y de regresar a él. Este derecho está garantizado por la prohibición de cualquier violencia o constricción dirigida a impedir su ejercicio y por la obligación de la Federación de la Tierra de consentir y disciplinar la consiguiente inmigración.

La persona a la que se niegue en su país el goce efectivo de los derechos fundamentales garantizados en esta Constitución tiene derecho de asilo en el territorio de los Estados adheridos a ella».

Hay, al menos, tres aspectos en los que el texto de este artículo me parece escasamente acertado y poco coherente con las tesis nucleares del mismo. El primero es la fórmula de restricción al derecho de libre circulación («[...] salvo las limitaciones establecidas por las leyes por motivos de seguridad»). El segundo, los términos en los que se enuncia la obligación de la federación de la Tierra a la hora de regular y garantizar esa libertad de circulación («[...] consentir y disciplinar la consiguiente inmigración»). El tercero, la formulación del derecho de asilo, que parecería acoger la interpretación más restrictiva de la Convención de Ginebra de 1951, al limitar el derecho a aquellas personas a las que «[...] se niegue en su país el goce efectivo de los derechos fundamentales garantizados en esta Constitución»,

lectura, se diría, vecinada a una concepción estrictamente centrada en la noción de persecución.

Habilitar, como se hace en el párrafo primero de este artículo, una limitación basada en las exigencias de seguridad enunciadas de forma tan vaga tras haber afirmado el derecho a la libertad de circulación sobre la Tierra como un derecho humano universal, supone un gravísimo riesgo de vaciar de contenido de ese derecho, sobre todo a la luz de la experiencia.

En principio, el paso que supondría este artículo respecto al artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁷ y a los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966⁸, es trascendente y coherente con cuanto se sostiene en artículos anteriores de la Constitución de la Tierra, entre ellos el artículo 1 («la Tierra, casa común de los seres vivos»), o el artículo 4 (que proclama la igualdad de todos los seres humanos en derechos fundamentales), y con los fines de la federación de la Tierra tal y como son enunciados en el artículo 2.

En efecto, podemos hablar de un paso trascendente porque sabemos perfectamente que ni la DUDH ni el PIDCP de 1966 consagran un derecho a moverse libremente fuera de las fronteras del propio Estado y elegir libremente dónde asentarse. En otro lugar he denominado a esa formulación demediada del derecho de libre circulación un «derecho a estar en órbita», es decir, a estar a disposición de los Estados que den el visto bueno para entrar y, aún más, para asentarse en su territorio, respuestas siempre condicionadas, en el caso de la inmensa mayoría de los inmigrantes, a su condición de *inmigrantes deseables* en el mercado de trabajo, como ha señalado repetidamente el profesor Antonio Izquierdo en sus análisis enmarcados en la sociología de la inmigración. Es decir, si la noción de inmigrante es en primer término condicionada o reducida a la de *trabajador* inmigrante, el paso ulterior es someterla unilateralmente a la de *trabajador deseable*. En efecto, la condición de buen inmigrante viene fundamentalmente marcada por el cálculo de coste/beneficio en los nichos laborales disponibles en el mercado de trabajo nacional, y siempre se supedita a la remisión a la cláusula abstracta de «orden público» o «seguridad» que, las más de las veces, es un comodín que permite filtrar de modo no ya discrecional, sino arbitrario, esa acogida o asentamiento so pretexto de evitar la penetración de criminalidad organizada y, en particular, más recientemente, del terrorismo, sobre todo el terrorismo yihadista. Como demuestra, insisto, la experiencia, en la práctica ello supone una válvula abierta a la limitación del derecho de libre circulación y residencia por razones poco concretas, arbitrarias y mal definidas que invocan fórmulas como la «seguridad nacional», el «interés general», el «orden público», o la «salud o moral públicas».

Volver a introducir esa cláusula genérica de seguridad, por tanto, anula ese paso trascendente y supone dejar la puerta abierta a lo que nos muestra la experiencia: habilitar que, en el caso de los inmigrantes, no se garantice suficientemente el derecho al debido proceso, empezando por el derecho a asistencia letrada y a una decisión judicial individualizada en los trámites administrativos de cruce de fronteras y de expulsión (no digamos nada de las prácticas de «expulsiones en caliente»), experiencias legislativas que son suficientemente elocuentes como para que algunos hayamos podido hablar de ausencia del Estado de Derecho en las fronteras⁹.

Mi segunda crítica apunta a la formulación del segundo párrafo de este artículo, en el que la obligación de la federación de la Tierra a la hora de regular y garantizar esa libertad de circulación se expresa en términos de «consentir y disciplinar la consiguiente inmigración». Más allá de la cuestionable adecuación de los verbos «consentir» y «disciplinar», sorprende que Ferrajoli no haya tenido en cuenta en su formulación las tesis nada innovadoras, pero sí más respetuosas con un marco jurídico de la regulación de las migraciones, como las enunciadas en las recomendaciones o conjunto de buenas prácticas (interesantes, sobre todo, porque señalan las prácticas a evitar) aprobadas por la Resolución 73/195 de la Asamblea General de la ONU de 19 de diciembre de 2018 a partir del documento acordado en la cumbre de Marrakech una semana antes. Es lo que conocemos como Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular (GCM) o Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)¹⁰, un documento nada utópico, insisto, porque arranca del principio de soberanía de los Estados y, en lo que podría parecer una paradoja, que es solo una muestra de realismo, reconoce que la gobernanza de las migraciones no está al alcance de ningún Estado de por sí. Menos aún si persiste y se incrementa (entre las sociedades del sur y no digamos, entre las del sur y el norte) el factor determinante, el «efecto salida», resultado de la radical desigualdad en los índices de desarrollo humano y las abismales diferencias de expectativas de vida y trabajo para muchos, las hambrunas y las crisis climáticas, pero también del legítimo deseo que anima a los profesionales especializados a alcanzar una vida mejor y un trabajo más digno. Por eso, reitero, no se trata de «consentir y disciplinar las migraciones», sino más bien de crear una *lex migrationis* global cuyo embrión es ese arriba citado pacto global, que conforma un marco normativo mínimo condensado en 10 principios que no incurren la visión paternalista, unilateral y restrictiva tan habitual en los instrumentos jurídicos de regulación de las migraciones, dado que enfatizan la prioridad del enfoque de garantía de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración, y en sus 23 objetivos hace hincapié en el vínculo entre las políticas migratorias, el desarrollo humano y la democracia, un estrecho nexo que es, por cierto, ignorado por el Pacto europeo de migración y asilo aprobado durante la presidencia española de la UE (segundo semestre de 2023). En lugar «consentir y disciplinar, en lugar de centrarse en el objetivo de una regulación que prima el control y la seguridad, hay que orientar la regulación de los movimientos migratorios desde acuerdos multilaterales para que las migraciones dejen de ser un destino fatal, y se conviertan en una opción que beneficie a todos».

Diré, finalmente, unas palabras sobre la formulación del derecho de asilo en el artículo 14 de la Constitución de la Tierra. Por supuesto, se trata de un enunciado coherente con la configuración de ese derecho como derecho fundamental en la Convención de Ginebra de 1951. Pero lo que me sorprende es la escasa ambición del enunciado. En efecto, quienes conocen la diversidad de situaciones que empujan cada vez más en todo el mundo a millones de personas a abandonar sus países y tratar de plantear la obtención del derecho de asilo o de la protección internacional subsidiaria saben que las causas de esas huidas masivas se han multiplicado y que ya no se limitan a que se les «[...] niegue en su país el goce efectivo de los derechos fundamentales garantizados en esta Constitución»¹¹. Las personas que huyen no solo tratan de escapar de las violaciones de sus derechos o de las distintas

prácticas de las autoridades de su Estado (por ejemplo, las de los grupos no oficiales, como los paramilitares) que colocan en una situación de abierta desprotección. Escapan, también, de un problema que va a ser decisivo en la realidad de los desplazamientos forzados en los próximos años (el de los *desplazados climáticos*), cuestión a la que, cuando enumera las obligaciones de la comunidad internacional, el artículo 14 de la Constitución de la Tierra no hace referencia alguna.

NOTAS

1. Al comienzo del ensayo que comentamos, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Ferrajoli explica a pie de página que el proyecto de una Constitución global se presentó en la Biblioteca Vallicelliana en Roma, el 21 de febrero de 2020, en una primera Asamblea que reunió al grupo de intelectuales italianos que encabezan un movimiento político que tiene sus raíces en el proyecto impulsado por Raniero della Valle, y cuyo objetivo es promover una Constitución de la Tierra que permita instituir «[...] una esfera pública internacional a la altura de los desafíos globales y, en particular, funciones e instituciones supranacionales de garantía de los derechos humanos y de la paz». El propio Ferrajoli se pronunció en estos términos durante la celebración de esa Asamblea: «No es una hipótesis utópica. Al contrario, se trata de la única respuesta racional y realista al mismo dilema que Thomas Hobbes afrontó hace cuatro siglos: la inseguridad general de la libertad salvaje o el pacto de coexistencia pacífica sobre la base de la prohibición de la guerra y la garantía de la vida» (Ferrajoli, 2022: 15). Cito la obra por la primera edición española, traducida por Perfecto Andrés Ibáñez.

2. Así lo ha señalado, por ejemplo, el profesor Josu de Miguel, para quien la única Constitución de la Tierra es la Carta de Naciones Unidas. De Miguel sostiene que, si tenemos dificultades a la hora de definir una noción básica de Derecho internacional para todos los pueblos, el paso a una Constitución de la Tierra es un ejemplo de ingenuidad. A su juicio, el elemento utópico puede incluso tener un efecto contraproducente. Cfr. García Jaén (2020).

3. Como señala la García Pascual, la cita de Anders corresponde con lo expresado en la entrevista con Mathias Greffrath realizada en 1989: «Si estoy desesperado, ¿a mí qué me importa?», publicada y recogida en Anders (1995).

4. Quizá es el momento de reivindicar el valor de las propuestas enunciadas con no poca anticipación por Lombardi-Vallauri (1989).

5. Por señalar solo una referencia, cfr. Ferrajoli (2019). Muy recientemente, el autor ha denunciado la inhumanidad —la crueldad y la violencia— de las medidas de política migratoria del gobierno Meloni. *Vid.* Ferrajoli (2023).

6. Por ejemplo, De Lucas (2004; y 2014).

7. El artículo 13 dispone: «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país».

8. Así, el artículo 12 establece: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para

proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». Por su parte, el enunciado del artículo 13 es el siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

9. Dejo constancia de que, en el debate que se produjo con posterioridad a mi intervención, el profesor Ferrajoli aseguró que esa formulación no era correcta y se debía a un error en la edición española que manejábamos.

10. Disponible en: <<https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>>. Sobre ello, remito a De Lucas, (2020a; y 2020b).

11. He tratado de explicarlo recientemente en De Lucas (2022; y 2023).

BIBLIOGRAFÍA

ANDERS, Günther (1995): *Llámesese cobardía a esa esperanza. Entrevistas y declaraciones*, introducción de E. Martínez Rubio, traducción L. Bredlow, Bilbao: Basatari.

DE LUCAS, Javier, (2004): «Ciudadanía, la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes», en G. Aubarell y R. Zapata, (coords.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*: Barcelona: Icaria, 215-236.

— (2014): «Superar el vínculo de nacionalidad: la potencialidad del artículo 15 de la DUDH», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 35, 29-42.

— (2020a): «Incertidumbres y necesidades de una propuesta normativa de gobernanza de las migraciones», en L. Gandini, (ed.), *Perspectivas jurídicas de las migraciones internacionales*, México: Sudimer UNAM, 51-65.

— (2020b): «Hay políticas de migración más humanas» *El País*, 13 diciembre [en línea], <<https://elpais.com/ideas/2020-12-12/hay-politicas-de-migracion-mas-humanas.html>>. [Consulta: 12/02/2024.]

— (2022): «La movilidad humana, entre la anomia y el prejuicio», *Revista Diecisiete*, 6, 19-36.

— (2023): «La condena de los refugiados», *Infolibre*, 26 de junio. [en línea] <https://www.infolibre.es/opinion/ideas-propias/condena-refugiados_129_1533402.html>. [Consulta: 45/02/2024.]

FERRAJOLI, Luigi (2019): «Política contra los inmigrantes y crisis de la civilidad jurídica», *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 182-193.

— (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.

— (2023): «La crueldad en el vértice de Europa: Meloni, migrantes y política», *El País*, 23 de abril [en línea] <<https://elpais.com/ideas/2023-04-23/la-crueldad-en-el-vertice-de-europa-meloni-migrantes-y-politica.html>>. [Consulta: 18/02/2024.]

GARCÍA JAÉN, Braulio, (2020): «Las crisis globales exigen soluciones globales: ¿es hora de crear una Constitución mundial?», *El País*, 4 de abril [en línea] <<https://elpais.com/ideas/2020-04-03/las-criisis-mundiales-exigen-soluciones-globales-es-hora-de-crear-una-constitucion-de-la-tierra.html>>. [Consulta: 18/02/2024.]

GARCÍA PASCUAL, Cristina (2023): «De la negación a la catarsis. El debate público en torno a la pandemia del COVID-19»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 40, 47-67.

IPCC (2023): *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Geneva: IPCC.

KOLBERT, Elizabeth (2019): *La sexta extinción. una historia nada natural*, Barcelona: Planeta.

LLOREDO ALIX, Luis (2022): «Los bienes comunes naturales en el proceso constituyente chileno»: *Viento Sur*, 184. [en línea] <<https://vientosur.info/los-bienes-comunes-naturales-en-el-proceso-constituyente-chileno/>>. [Consulta: 19/02/2024.]

LOMBARDI-VALLAURI, Luigi (1989): *Terre. Terra del nulla, terra degli uomini, terra dell'oltre*, Milan: Vita e Pensiero.

OMS (2023): «Una sola salud», 23 de octubre [en línea] <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/one-health>>. [Consulta: 12/02/2024.]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2018): *Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular. Resolución 73/195 de la Asamblea General de la ONU de 19 de diciembre de 2018* [en línea] <<https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>>. [Consulta: 15/02/2024.]

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

BIENES COMUNES: CONCEPTOS Y DISCUSIONES A PARTIR DE
*POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA DE FERRAJOLI**
COMMON GOODS: CONCEPTS AND DISCUSSIONS FROM
FERRAJOLI'S FOR AN EARTH CONSTITUTION

José Antonio García Sáez

Profesor de Filosofía del Derecho

Institut de Drets Humans

Universitat de València

RESUMEN

La constitucionalización de los bienes fundamentales es una de las principales novedades teóricas que ofrece Luigi Ferrajoli en su libro *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada* (2022). Este artículo analiza la propuesta de regulación normativa realizada en el proyecto ferrajoliano, en el que los bienes comunes conforman una de las tres categorías de bienes fundamentales junto a los bienes sociales y a los bienes personalísimos. Por un lado, el estudio lleva a cabo una crítica interna orientada a contrastar aquellas novedades teóricas con el tratamiento que reciben los bienes comunes en otros lugares de la obra de Ferrajoli. Por otro lado, se esboza una crítica externa que trata de poner la propuesta ferrajoliana en diálogo con las llamadas teorías *benecomunistas*.

PALABRAS CLAVE

Ferrajoli, bienes comunes, garantismo, derechos humanos, filosofía del Derecho.

ABSTRACT

The constitutionalization of fundamental goods is one of the main theoretical novelties offered by Luigi Ferrajoli in his book *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada* (2022). This article analyzes the proposal for normative regulation made in the Ferrajolian project, in which common goods appear as one of the three categories of fundamental goods, together with social goods and very personal goods. On the one hand, the study carries out an internal critique, contrasting those theoretical novelties and the treatment that common goods receive in other places of Ferrajoli's work. On the other hand, it outlines an external critique, trying to put the Ferrajolian proposal in dialogue with the so-called Commons theories.

KEYWORDS

Ferrajoli, common goods, guarantees, human rights, legal philosophy.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.098>

* Este artículo se enmarca en el proyecto «*InJustice, Tiempos y espacios de una justicia inclusiva*» (MICINN PID2021-126552OB-I00). Una versión previa fue presentada en el II Seminario Por una Constitución de la Tierra, organizado por el Institut de Drets Humans de la Universitat de València el 28 de abril de 2023.

BIENES COMUNES: CONCEPTOS Y DISCUSIONES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA DE FERRAJOLI

José Antonio García Sáez

Profesor de Filosofía del Derecho
Institut de Drets Humans
Universitat de València

Sumario: 1. Los bienes fundamentales en *Por La Constitución de la Tierra*. 2. Encaje en la obra ferrajoliana (crítica interna). 3. Discusión con el benecomunismo (crítica externa). 4. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LOS BIENES FUNDAMENTALES EN *POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA*

La constitucionalización de los bienes fundamentales es una de las sucesivas expansiones del constitucionalismo garantista. Junto con la categoría de crímenes de sistema, el estatuto constitucional asignado a los bienes fundamentales constituye una de las dos principales innovaciones teóricas que Luigi Ferrajoli introduce en su libro *Por una Constitución de la Tierra*. Se trata de una idea en sí misma sugestiva cuyo interés radica, también, en el hecho de que denota la ampliación del paradigma garantista respecto de la protección ya no solo de la vida humana, sino también de todas las formas de vida en el planeta Tierra en un contexto de grave emergencia climática. La operación puede ser interpretada como un intento casi desesperado por poner a trabajar, a actuar, a la lógica jurídica y, con ella, a quienes se dedican al Derecho¹.

Si bien la preocupación de Ferrajoli por los bienes fundamentales se remonta, como mínimo, a *Principia iuris*, obra en la que el autor ya propuso la creación de una Carta constitucional de los bienes fundamentales (Ferrajoli, 2011: 738), en *Por una Constitución de la Tierra* encontramos por fin materializada esa propuesta en un título específico ubicado en la primera parte de su proyecto de Constitución (Los fines. Los bienes). Se trata del título III (Los bienes fundamentales), al que sigue el título IV (Los bienes ilícitos). El contenido y la lógica de los bienes fundamentales y los bienes ilícitos son, evidentemente, antinómicos. No obstante, ambos reclaman un tratamiento en cierta medida conjunto, dado que la premisa normativa implícita de la obra que aquí es objeto de análisis es asegurar una gestión adecuada de los bienes a efectos de garantizar los derechos fundamentales y, más ampliamente, la supervivencia terrestre. En cualquier caso, este texto se centrará exclusivamente en los bienes fundamentales.

El título III de la propuesta de Constitución de la Tierra está compuesto por cuatro artículos. El primero (art. 48) define en términos generales los bienes fundamentales y caracteriza los tres tipos de bienes fundamentales: bienes comunes, bienes sociales y bienes personalísimos. De acuerdo con el precepto citado, los bienes fundamentales serían aquellos «[...] bienes vitales cuya tutela y accesibilidad debe ser garantizada a todos». Una primera constatación es que, del mismo modo que en la teoría de Ferrajoli los derechos fundamentales son estructuralmente opuestos a los derechos patrimoniales (Ferrajoli, 2011: 684 ss.), la accesibilidad universal implica que la lógica de los bienes fundamentales es antagónica a la de los bienes patrimoniales.

El artículo 48 del proyecto de la Constitución de la Tierra define brevemente los tres tipos de bienes fundamentales en estos términos:

«Son bienes comunes, sustraídos al mercado, los bienes vitales naturales, como el aire, el agua potable y sus fuentes, los ríos, los mares, los grandes bosques, los grandes glaciares, la biodiversidad, los fondos marinos, la Antártida, los espacios aéreos, las ondas electromagnéticas, los espacios ultraterrestres, la Luna y los demás cuerpos celestes.

Son bienes sociales los bienes vitales artificiales: los fármacos esenciales, las vacunas, los productos sanos y no contaminados necesarios para la alimentación básica y las redes de Internet.

Son bienes personalísimos las partes vitales del cuerpo humano, sobre las que se prohíbe cualquier forma de disposición con fines de lucro, y los datos relativos a la identidad personal, cuyo uso no consentido por la persona titular está prohibido».

Como puede observarse, la enumeración de los bienes comunes (vitales naturales) es abierta y no pormenorizada («como...»). Por el contrario, la enumeración de las otras dos categorías, los bienes sociales (vitales artificiales) y los bienes personalísimos es un elenco tasado, es decir, se presenta como un *numerus clausus*. Más adelante se analizarán las implicaciones de esta diferencia.

Los bienes comunes son caracterizados con mayor amplitud en el artículo 49, que los define como «[...] un patrimonio común de la humanidad y de todos los demás seres vivos», y añade que «[...] el acceso a ellos debe ser garantizado a todos». Esta definición, sustentada en el criterio de la accesibilidad, plantearía *a priori* serios problemas de practicabilidad, particularmente cuando en la misma categoría se incluyen bienes como el aire o el

agua potable —que deben ser accesibles para todos— y ciertos espacios como la Luna, los demás cuerpos celestes, los fondos marinos o la Antártida —cuyo acceso tendría que estar estrictamente limitado—. Por ello, el rasgo auténticamente definitorio de los bienes comunes en la propuesta de Ferrajoli consiste en que formarían parte de un demanio planetario cuya gestión se atribuye en el artículo 81 de su Constitución a una Agencia del Medio Ambiente enmarcada en las instituciones de garantía primaria. Así, el segundo párrafo del artículo 49 dispone: «Los bienes comunes forman parte del demanio planetario. Por eso están sustraídos a la propiedad privada, a la comercialización y a cualquier actividad que pueda dañarlos de un modo irreversible».

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 49 establece la siguiente previsión: «Se prohíben la agricultura y la cría intensiva de animales que puedan dañar gravemente los bienes comunes». El contenido de este inciso desautoriza a quienes imputan a Ferrajoli que no cuestione el modelo económico actual, pues, como ha puesto de manifiesto la comunidad científica, la agricultura y la ganadería intensivas no solamente se encuentran entre las principales causantes de la producción de gases de efecto invernadero, sino que constituyen, también, auténticos puntales del orden capitalista mundial (Comisión EAT-Lancet, 2019).

Por último, el artículo 49 contiene un cuarto inciso donde se enuncia lo que parece un derecho fundamental (que, de acuerdo con la sistemática de la propuesta de Constitución, tal vez debería estar ubicado en el título segundo): «Todos tienen derecho a vivir en un medio ambiente saludable y a influir en la adopción de decisiones concernientes a los bienes comunes y al medio ambiente en el que viven». Encontramos aquí dos elementos que podrían ser objeto de un análisis ulterior: 1) que, aparentemente, un derecho fundamental resulta ser el corolario de un bien fundamental —y no viceversa—, y 2) que, aparentemente, se introduce un elemento deliberativo dentro de una institución de garantía primaria, hecho que *a priori* es contradictorio con el planteamiento de la democracia sustancial (Ferrajoli: 2011, v.2: 26 ss.)² propia del modelo ferrajoliano.

Dado que este artículo propone una revisión del concepto de bienes comunes utilizado por Ferrajoli a fin de contrastarlo con el concepto, mucho más amplio, utilizado por el *benecomunismo*, es necesario exponer la propuesta regulatoria que en la Constitución de la Tierra se realiza de la otra categoría de bienes fundamentales que los autores *benecomunistas* suelen incluir en la categoría de bienes comunes. Me refiero a lo que Ferrajoli denomina «bienes sociales», que el artículo 50 define y regula en estos términos:

«Los bienes sociales son bienes cuya disponibilidad y accesibilidad debe ser garantizada a todos de forma gratuita.

La producción de bienes sociales y la investigación científica necesaria para tal fin será adecuadamente financiada por las instituciones nacionales y globales de garantía primaria.

Las instituciones de gobierno, tanto nacionales como globales, en caso de emergencia nacional o de otras de extrema urgencia, de no obtener el [consentimiento] de sus titulares, podrán utilizar los bienes sociales patentados, necesarios para hacer frente a tales emergencias, mediante la compensación equitativa.

El acceso a Internet en condiciones de igualdad es un derecho fundamental de todas las personas. Los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución serán garantizados en Internet, a fin de asegurar de manera igual a todos los seres humanos su efectividad sustancial».

De nuevo, llama la atención que en los dos últimos párrafos encontremos la formulación de un derecho fundamental, el «acceso a Internet», así como de una garantía adicional de los derechos fundamentales, a saber, su preservación también en el entorno *online*. La salvaguarda no es de relevancia menor, atendida la importancia que ha adquirido el mundo digital en relación con los derechos (Añón Roig, 2022). Sin embargo, el hecho de situarla en este título —y no en el segundo, dedicado a los derechos fundamentales— sigue planteando problemas de sistematicidad. Recordando el carácter artificial de estos bienes y la enumeración del artículo 48, cabe reparar en que su garantía primaria no está encomendada a una única institución internacional, sino a varias, dependiendo del tipo de bienes sociales de los que se trate: la garantía de los «fármacos esenciales y vacunas» estaría encomendada a la Organización Mundial de la Salud, que Ferrajoli reformula en el artículo 78; la garantía de los «productos sanos y no contaminados necesarios para la alimentación básica» sería competencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, remodelada en el artículo 79; y la garantía de las «redes de Internet» quedaría a cargo de un nuevo Comité Mundial para las Comunicaciones Digitales, organismo previsto en el artículo 85.

Los bienes personalísimos desarrollados en el artículo 51 quedarán fuera del objeto de análisis, puesto que su dimensión «personalísima» —y, por tanto, no colectiva— motiva que su tratamiento no sea objeto de la reflexión habitual de la doctrina *benecomunista*, sin perjuicio de que los principios de indivisibilidad e interdependencia propios de los derechos humanos y de los derechos fundamentales puedan resultar quizá también aplicables a los bienes fundamentales tal y como son concebidos por Ferrajoli. Los bienes personalísimos parecen, de hecho, encajar mal con la propia justificación que Ferrajoli esgrime sobre la necesidad de establecer una extensión del constitucionalismo referida a los bienes fundamentales: «[L]os derechos fundamentales, por su lógica individualista, no son aptos para garantizar la tutela del medio ambiente y la paz [...] tales fenómenos no suelen ser percibidos por las personas como lesiones de sus derechos fundamentales» (Ferrajoli, 2022: 104). Si la regulación de los bienes fundamentales responde a la necesidad de trascender el marco del individualismo liberal, que se muestra agotado e impotente para abordar los grandes problemas de nuestro tiempo, resulta llamativo el establecimiento de la categoría específica de los «bienes personalísimos». Sin duda, la regulación de los bienes personalísimos pretende dar respuesta a la aparición de nuevos fenómenos como la mercantilización de los órganos humanos o de los datos personales, pero podría cuestionarse si está justificada su ubicación sistemática, es decir, podría plantearse por qué su tutela no es susceptible de ser adecuadamente garantizada mediante la lógica individual de los derechos. Este cuestionamiento, sin embargo, podrá ser aclarado una vez identifiquemos el vínculo entre los derechos y los bienes fundamentales en el siguiente apartado.

2. ENCAJE DE LOS BIENES COMUNES EN LA OBRA FERRAJOLIANA

Expuesta ya la regulación de los bienes comunes propuesta por Ferrajoli en *Por una Constitución de la Tierra*, es el momento de analizarla en el conjunto de su obra: no sola-

mente en su obra anterior, sino también en su obra posterior, puesto que, con posterioridad al libro que nos ocupa, Ferrajoli ha publicado *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, libro en el que introduce nuevos matices en su construcción teórica. Debo aclarar que en este ensayo asumo como premisa metodológica la máxima propuesta por John Rawls en sus cursos de historia de la filosofía política: tomar a cada autor en su mejor forma, contextualizándolo en los problemas de su tiempo, y considerando que las eventuales inconsistencias en sus argumentos han sido también objeto de atención y reflexión por el propio autor (Rawls, 2007: xiii-xiv). Esta disposición intelectual es tanto más necesaria respecto de una obra como la de Ferrajoli, que no ha dejado de evolucionar en el tiempo, apremiada por la necesidad de adaptar la lógica del garantismo jurídico a los problemas cada vez más graves a los que debe hacer frente la humanidad. El carácter no principalmente académico, sino político y de empeño cívico que preside la obra *Por una Constitución de la Tierra* es también un elemento que debe ser tenido en cuenta. Se trata de un esfuerzo intelectual explícitamente presentado por su autor no como una reflexión acabada y cerrada, sino como una propuesta para el debate (Ferrajoli, 2022: 127). Es este debate el que se pretende seguir aquí mediante el abordaje de algunos hitos de la evolución del concepto de bienes (fundamentales o comunes) en la obra ferrajoliana.

A tal efecto, es necesario retrotraerse a *Derecho y razón* (1989)³, la obra en la que Ferrajoli dejó sentados los postulados del garantismo jurídico, si bien en ese momento concebido específicamente en el ámbito del Derecho penal. Allí encontramos una compleja y fértil reflexión sobre la «tutela de los bienes fundamentales» ejercida por el Derecho penal, que encuentra uno de sus límites en el principio de lesividad. Si en su formulación ilustrada el principio de lesividad vincula la afectación de un derecho de las personas entendido como «[...] uno de los bienes fundamentales para cuya tutela, según Locke, nace el Estado y que son la vida [...] los medios que son necesarios para preservarla [...] la libertad, la salud, los miembros o los bienes» (Ferrajoli, 1995: 468), a partir de la segunda mitad del siglo XIX se ampliará, pervirtiendo su sentido original, para ser identificado con los intereses del Estado: «Tras la huella de Hegel desaparecerán progresivamente del horizonte de las teorías del bien jurídico los intereses materiales de los individuos de carne y hueso, para dejar su puesto a los intereses y la voluntad del Estado» (*idem*). La primera constatación, pues, es que la noción de «bien» tiene un contenido axiológico o valorativo. Ferrajoli lo señala claramente en estos términos:

«Palabras como “lesión”, “daño” y “bien jurídico” son claramente valorativas. Decir que un determinado objeto o interés es un “bien jurídico” y que su lesión es un “daño” es tanto como formular un juicio de valor sobre él [...] a la inversa, un objeto “debe ser” (juzgado y considerado como) un “bien” cuando esté justificada su tutela» (*ibidem*: 467).

En un programa de Derecho penal mínimo como el que propone Ferrajoli, esta constatación es fundamental y permite dar una nueva dimensión al principio de lesividad, que se configura como un factor de legitimidad política y jurídica (*ibid.*: 476). Así, desde la óptica garantista se propone una nueva valoración de los bienes fundamentales, incluidos, como no podría ser de otra manera, los derechos fundamentales de las personas internas. Esto llevaría a «[...] una masiva deflación de los bienes penales y de las prohibiciones legales»; esto

es, a reconsiderar o incluso a excluir del código penal ciertos tipos que dañan más bienes fundamentales de los que protegen (Ferrajoli pone como ejemplo los llamados «delitos de bagatela»). Pero también podría conducir a la inclusión de nuevos tipos penales destinados a tutelar bienes desprovistos de protección: aquí Ferrajoli habla (nótese que en 1989) de la «creación de nuevos delitos ambientales» (*ibid.*: 477)⁴.

La carga axiomática de la noción de bien, por otra parte, es *a priori* susceptible de poner en cuestión la adecuación de la categoría de bienes ilícitos o bienes mortíferos —«ilícitos porque mortíferos»—(Ferrajoli, 2022: 105), concepto con el que en su *Por una Constitución para la Tierra* hace referencia a «[...] las armas nucleares, las demás armas ofensivas e idóneas para causar la muerte, los drones homicidas, las drogas duras, las escorias radioactivas, los gases de efecto invernadero y todos los demás residuos tóxicos o peligrosos» (artículo 52 de la Constitución de la Tierra). Dejando al margen la conveniencia de establecer un nuevo *numerus clausus* e incluir en él elementos tan dispares como las armas nucleares y los gases de efecto invernadero, no cabe duda de que se trata de cosas indeseables y, como tales, susceptibles de ser jurídicamente prohibidas. Pero hemos de convenir en que una cosa no es necesariamente un bien y que lo nombrado como bien contiene, en principio, una carga valorativa positiva. Hablar de bienes mortíferos podría ser un oxímoron o una aporía ontológica que, sin embargo, puede ser resuelta en el propio marco de la obra ferrajoliana.

Para aclarar mejor la distinción entre cosas y bienes, podemos recurrir a otra de las grandes obras del jurista italiano: *Principia iuris* (2007 [2011]), colosal esfuerzo intelectual con el que culminó su teoría axiomatizada de la teoría del Derecho y la democracia. En ella resulta claro que el empeño de Ferrajoli trasciende el ámbito puramente intelectual para concebir la teoría del Derecho como un artefacto que tiene como cometido «ocuparse de los problemas», es decir, contribuir a la reducción de la inevitable divergencia entre el deber ser jurídico y el ser del plano fáctico. Esa capacidad de la teoría jurídica, dice Ferrajoli, depende en buena medida del «rigor lógico de su lenguaje» (*ibid.*: xi). Por eso, las distinciones conceptuales y analíticas adquieren aquí toda su importancia. Veamos primero las definiciones formales de ‘cosa’ y de ‘bien’ propuestas por Ferrajoli para analizar, a continuación, las consecuencias normativas que derivan de tales definiciones:

D3.11. ‘Cosa’ es aquello que puede ser objeto de un comportamiento dictado por un interés de su autor (*ibid.*: 199).

D7.19. ‘Bien’ es lo que puede ser objeto de una situación jurídica (*ibid.*: 370).

El concepto de bien pierde aquí su carga axiológica original y se define como el objeto de una situación jurídica, que será, a su vez, la que aporte su significado valorativo. Así, Ferrajoli sostiene que «[...] a diferencia de los bienes, las cosas no siempre son objeto de derechos. ‘Cosa’, en efecto, designa cualquier entidad, provista o desprovista de relevancia jurídica, que por su utilidad o accesibilidad puede ser objeto de comportamientos» (*ibid.*: 199). De manera más extensa:

«[...] por una parte no son cosas, al no ser directamente objeto de comportamientos sino solo de derechos, los que en el § 7.11 serán llamados ‘bienes inmateriales’ (D7.21), por otra parte, las cosas son, además de los que llamaré ‘bienes materiales’ (D7.20), todos los objetos utilizables de

un modo u otro [...]. Son bienes, en cambio, solo aquellas cosas que, además de posibles objetos de uso, son también posibles objetos de situaciones jurídicas, esto es, de derechos (de uso y/o de disposición) o de prohibiciones (de enajenación, o bien de producción, posesión o intercambio). De ahí la pertenencia de los conceptos de ‘cosa’ y de ‘bien’ a dos partes distintas de la teoría: el uno a la teoría de la deóntica, el otro a la teoría del Derecho» (*ibid.*: 201).

El propio Ferrajoli admite, no obstante, que la caracterización de un objeto como una cosa o como un bien, y de un bien como patrimonial o fundamental no es únicamente conceptual, sino que depende, también, de circunstancias social e históricamente determinadas (*ibid.*: 201). Valiéndose de las categorías marxianas de «valor de uso» y «valor de cambio»⁵, sostiene que «[...] una cantidad creciente de cosas se han convertido (o, mejor, sería deseable que se convirtieran) en bienes, al haber cesado su disponibilidad ilimitada [...] y una cantidad creciente de cosas y de bienes, muchos de ellos patrimoniales, se han convertido (o sería justo que se convirtieran) en bienes fundamentales, al haberse puesto de manifiesto su vulnerabilidad y su carácter irreproducible y por consiguiente la necesidad de sustraerlos a la apropiación privada y de garantizar su disfrute a todos (piénsese en el agua y el medioambiente), o, por el contrario, solo a aquellos sujetos a los que pertenecen (como las partes del cuerpo humano)» (*ibid.*: 202). Encontramos aquí el fundamento de la necesidad del reconocimiento y la garantía de ciertos bienes como bienes fundamentales en cuanto objetos de los derechos fundamentales, de la misma manera que la disciplina jurídica se ha ocupado tradicionalmente de los bienes patrimoniales en cuanto objeto de los derechos patrimoniales⁶. Así se consigna en las respectivas definiciones formales de estos conceptos ofrecidas en *Principia iuris*:

D11.27: ‘Bien patrimonial es todo bien que sea objeto de un derecho patrimonial’

D11.28: ‘Bien fundamental es todo bien que sea objeto de un derecho fundamental primario’

A efectos de profundizar en la segunda categoría, es preciso acudir a la noción de derecho fundamental primario:

D11.4: ‘Derechos primarios son los derechos cuya titularidad corresponde a todos en cuanto personas naturales o ciudadanos con capacidad de obrar’

Puesto que excede el objeto de este estudio detallar la riquísima teoría de los derechos fundamentales desarrollada por Ferrajoli, nos limitarnos a reproducir una síntesis de estos derechos tal y como son formulados por el propio autor: son derechos fundamentales primarios los derechos de libertad y sociales (*ibid.*: 594), es decir, aquellos derechos que «[...] tienen por contenido necesidades o intereses sustanciales reconocidos como vitales» (*ibid.*: 693). Se diferenciarían de los derechos fundamentales secundarios —sintéticamente, los derechos civiles y políticos— en el hecho de que estos requieren de la capacidad de obrar para su ejercicio. Aunque no son menos fundamentales, estos derechos secundarios tendrían un carácter instrumental; es decir, la garantía de los primeros «[...] constituye la específica razón social del Estado democrático de Derecho» y se relaciona con la dimensión sustancial de la democracia, mientras que la garantía de los segundos tiene que ver con su dimensión formal (*ibid.*: 594).

Establecido el vínculo conceptual entre los derechos fundamentales y los bienes fundamentales, es pertinente constatar que la clasificación de los bienes fundamentales formulada en *Principia iuris* —reproducida sin alteraciones en *Por una Constitución de la Tierra*— se corresponde con la clasificación de los derechos fundamentales primarios. Reparemos, sin embargo, en su enunciación concreta para destacar posteriormente algunos matices. Dice Ferrajoli:

«Correlativamente a la clasificación de los derechos primarios en ‘libertades frente a’, ‘libertades de’ y ‘derechos sociales’ [...], distinguiré los bienes fundamentales en tres grandes clases. Llamaré bienes personalísimos a los bienes que son objetos de ‘libertades frente a’, es decir, de inmunidades erga omnes, siendo utilizables y accesibles únicamente por quien los posee como [las] partes integrantes del cuerpo de la persona [...]. Llamaré *bienes comunes* a los bienes que son objeto de ‘libertades de’, es decir, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute: aquí se incluyen todos aquellos bienes, como el clima, el ambiente y el futuro del planeta, cuya tutela corresponde a un interés común o general y cuya lesión suscita los problemas no menos vitales y dramáticos de la *ecología*. En fin, llamaré *bienes sociales* a los que son objeto de derechos sociales, como el agua, la comida necesaria para la alimentación básica y los llamados «fármacos esenciales», de cuya prestación a cargo de la esfera pública depende igualmente la supervivencia de las personas» (*ibid.*: 734).

La correspondencia entre los derechos y los bienes fundamentales condiciona, a su vez, la estructura de estos últimos. Los bienes personalísimos y los bienes comunes serían objeto de derechos individuales negativos —es decir, aquellos cuyas garantías son límites determinados por prohibiciones *erga omnes*—, mientras que los bienes sociales serían objeto de derechos positivos, es decir, aquellos cuyas garantías son vínculos que generan obligaciones de prestar las correspondientes prestaciones a los poderes públicos (*ibid.*: 735). La garantía de los bienes personalísimos y de los bienes comunes residiría en su indisponibilidad: «La indisponibilidad de los primeros se halla conectada al hecho de que el cuerpo humano forma un todo con la persona [...], la indisponibilidad de los segundos, en cambio, está conectada al hecho de que son patrimonio común de la humanidad, es decir, objeto de una situación colectiva [...] compuesta por los derechos de uso y disfrute adscritos a todos los seres humanos en cuanto componentes del género humano [en este sentido] bienes personalísimos y bienes comunes [...] son figuras a su vez opuestas, perteneciendo los primeros a sus titulares y a nadie más, y los segundos a todos, sin exclusión de nadie» (*ibid.*: 736). Los bienes sociales, por su parte, se configurarían como el objeto de los derechos sociales, «[...]en tanto en cuanto no pertenecen y no son accesibles naturalmente a cuantos hacen uso de ellos [...] son bienes artificiales, producidos o al menos distribuidos por obra del hombre. Y se transforman en bienes fundamentales solo gracias a las normas técnico-deónticas que disponen los derechos sociales a la salud y a la supervivencia que los tienen por objeto» (*ibid.*: 735).

La detallada construcción racional que encontramos en *Principia iuris* a propósito de los bienes fundamentales concluye con una propuesta político-normativa bien concreta: la creación de una Carta constitucional de los bienes fundamentales. Ya en 2007 (año de publicación original de *Principia iuris*, que aquí citamos por la primera edición de la versión castellana, de 2011), Ferrajoli sostuvo que esa carta debe ser incorporada a las declaracio-

nes constitucionales de derechos fundamentales, en la medida en que, de acuerdo con sus propias palabras, «[...] es necesario proporcionar soluciones normativas lo más meditadas y racionales posibles que, de acuerdo con la lógica del estado de derecho, minimicen los poderes y garanticen los derechos y los bienes fundamentales de las personas tanto de hoy como del mañana» (*ibid.*: 738). Y eso es precisamente lo que, años más tarde, Ferrajoli ha hecho en *Por una Constitución de la Tierra*, texto que, aunque publicado en 2022, se hizo público en 2020. Existen, sin embargo, ciertas diferencias —de detalle, aunque no irrelevantes— entre ambos textos, que podrían sintetizarse en cinco observaciones:

i) La primera observación versa sobre el vínculo entre los derechos fundamentales y los bienes fundamentales, que, como hemos visto, en *Principia iuris* queda establecido de una forma nítida. Lo mismo sucede en otras obras posteriores, como *La democracia a través de los derechos* (Ferrajoli, 2014: 207), *Iura paria* (Ferrajoli, 2020: 147) o *La construcción de la democracia* (Ferrajoli, 2023: 228). En *Por una Constitución de la Tierra*, en cambio, el vínculo aparece planteado de una manera mucho más laxa. En este sentido, el autor sostiene que «[...] los derechos fundamentales, por su lógica individualista, no son aptos para garantizar la tutela del medio ambiente y la paz frente a las devastaciones y las agresiones producidas por los poderes económicos y los poderes políticos globales» (Ferrajoli, 2022: 104). Cabe aquí prestar atención al hecho de que Ferrajoli habla de la percepción que las personas tienen del nexo que vincula a los bienes vitales con sus respectivos derechos fundamentales. Este nexo se percibe de una forma mucho más evidente respecto de los bienes vitales artificiales como los fármacos, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de bienes vitales naturales como el aire o el agua potable (*ibid.*: 106). La falta de nitidez en este punto se debe, tal vez, al carácter divulgativo de esta obra, y puede inducir a pensar que los bienes fundamentales tienen una entidad jurídica propia al margen de los derechos fundamentales de los que son objeto. Esta sería, en mi opinión, una interpretación errónea si nos atenemos a una lectura sistemática de la obra ferrajoliana. En ella, no por el hecho de que los bienes fundamentales tengan una dinámica propia e incluso un sistema de garantías específico dejan de estar estructuralmente vinculados con los derechos fundamentales que constituyen su objeto. Tampoco resulta plausible la hipótesis interpretativa mencionada en el primer epígrafe de este trabajo, a saber, que un derecho fundamental pudiera derivarse de un bien fundamental y no a la inversa, dado que los bienes no son sino los objetos de los derechos.

ii) Cabe, en segundo término, hacer un comentario sobre las obligaciones que serían propias de los bienes comunes. Como hemos visto, en *Principia iuris* Ferrajoli sostiene que estas obligaciones son esencialmente negativas y que, por tanto, consisten en prohibiciones de lesión *erga omnes* (Ferrajoli, 2011: 735). Sin embargo, las competencias con las que Ferrajoli propone dotar a la Agencia Garante del Medio Ambiente —concebida como institución de garantía primaria en el artículo 81 de su Constitución de la Tierra— parecen ir mucho más allá de simples obligaciones negativas, pues junto con los preceptos que sí se corresponderían con expectativas meramente negativas, encontramos otras de carácter positivo que implican obligaciones de hacer, entre ellas «[...] [dictar] normas dirigidas a tratar los distintos tipos de residuos sin efectos nocivos para el medio ambiente y a reducir

la producción de residuos no biodegradables; [organizar y coordinar] actividades de reforestación; [financiar] la investigación y la adopción de tecnologías adecuadas para producir energía sin emisiones de gases de efecto invernadero [y decidir] sobre las financiaciones de la transición ecológica en los países pobres» (*ibid.*: 170).

iii) Considero que es preciso introducir una tercera observación referida a las garantías de los bienes comunes. Una radical innovación introducida en *Por una Constitución de la Tierra* —que no se encuentra en *Principia iuris*— es el establecimiento de garantías secundarias diseñadas para poner remedio a la eventual ineficacia de sus garantías primarias. Me refero a la propuesta del establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para los Crímenes de Sistema (artículo 90 de la Constitución de la Tierra, precepto ubicado en la sección correspondiente a las instituciones y funciones de garantía secundaria). Aunque en el desarrollo doctrinal que lleva a cabo sobre los bienes comunes, Ferrajoli no hace una referencia explícita a este tribunal como institución de garantía secundaria, creo que, de nuevo, una interpretación sistemática de su obra permite sostener la idea de que el Tribunal Penal Internacional para los Crímenes de Sistema es una institución de garantía secundaria de los bienes comunes. Esta idea encuentra su justificación no solo en la propia competencia de la que propone dotar al tribunal («[...] son crímenes de sistema [...] las actividades que produzcan o amenacen con producir daños ingentes [...] como las devastaciones medioambientales»), sino también en el desarrollo teórico que hace Ferrajoli de la novedosa idea de *crímenes de sistema* —crímenes que, en la actualidad, quedan impunes debido al estrecho marco de tipificaciones establecido por el Derecho penal, y que, por lo tanto, requieren de una profunda actualización de las categorías jurídicas—, entre los que se incluyen las agresiones más graves a los bienes naturales que conforman la categoría de bienes comunes (Ferrajoli, 2023: 436; y 2022: 38).

iv) Un cuarto comentario tiene que ver con el lugar que ocupa el agua entre los bienes fundamentales. En *Principia iuris* el agua es calificada como un bien social (Ferrajoli, 2011: 734), mientras que en *Por una Constitución de la Tierra* se ubica entre los bienes comunes (Ferrajoli, 2022: 105 y 155). La distinción es relevante a la vista de los distintos tipos de garantías que serían exigibles para tutelar uno u otro tipo de bienes. Si, como en *Principia iuris*, el agua (potable) se concibe como un bien social, entonces es el objeto de un derecho social cuya prestación corre a cargo de la esfera pública, vinculando a los poderes públicos para su provisión a todas las personas sin exclusión. En *Por una Constitución de la Tierra*, el carácter artificial que define los bienes sociales probablemente es lo que explica el desplazamiento del agua a la categoría de bienes comunes, que se caracterizan por ser naturales. En consecuencia, si el agua es un bien natural, la garantía que llevaría aparejada sería de tipo negativo, siendo el objeto de una *libertad de*; esto es, del derecho de todos a su uso y disfrute y, por lo tanto, de la prohibición *erga omnes* de producir daños sobre ese bien —por ejemplo, contaminando o acaparando los recursos hídricos—. A buen seguro, Ferrajoli es consciente de esta inconsistencia, pues en sus obras posteriores encontramos dos intentos de resolverla. En *Iura paria* hallamos un importante matiz: se dice que «[...] otros bienes, como el agua y los alimentos básicos, [...] son naturales y comunes porque se encuentran en la naturaleza [...] pero son artificiales y sociales en su prestación y dis-

tribución» (Ferrajoli, 2020: 155). Considerar al agua como un bien común a preservar en su estado natural, pero como un bien social cuyo suministro hay que asegurar a todos es, por tanto, un primer remedio plausible. Se trata de una solución que, además, resulta coherente con la idea, varias veces expresada por el propio Ferrajoli, de que a lo largo de la historia y en función de su disponibilidad o de su valor de cambio, los bienes pueden ser encuadrados en una categoría o en otra. En *La construcción de la democracia* encontramos un nuevo matiz en la definición de los bienes comunes. Si en *Principia iuris* los bienes comunes eran definidos como objetos de libertades de, «[...] es decir, de libertades-facultad consistentes en el hecho de todos de acceder a su uso y disfrute» (Ferrajoli, 2011: 734); en *La Construcción de la democracia* se dice que los bienes comunes, además de ser objeto de esas libertades de, también serían objeto de libertades frente a, «[...] esto es, de inmunidades frente a devastaciones o contaminaciones que comprometan la conservación y, con ella, la habitabilidad del medio ambiente y por eso los derechos a la vida y a la salud» (Ferrajoli, 2023: 230). Así, aplicada esta distinción al agua, se distingue de manera más nítida su doble dimensión: tanto en el acceso a ella para todos como en la obligación de su preservación que vincula a todos.

v) El último comentario tiene que ver con una cuestión metajurídica. Se trata de la relación reconocida por Ferrajoli entre la humanidad y la naturaleza. Dicho en otros términos, la cuestión de si Ferrajoli adopta una perspectiva antropocéntrica o biocéntrica. En *Principia iuris* es patente que se sigue la primera de ellas, por ejemplo, cuando establece sin ulteriores matices que los bienes comunes son «patrimonio común de la humanidad» (Ferrajoli, 2011: 736)⁷. Por el contrario, en *Por una Constitución de la Tierra*, aun sin adoptar una posición radicalmente biocéntrica⁸, se observan avances sustanciales en esa dirección. Por ejemplo, cuando en el artículo 49 de la Constitución de la Tierra los bienes comunes son definidos en estos términos: «Los bienes comunes son patrimonio común de la humanidad y de todos los demás seres vivos». Igualmente revelador resulta el propio artículo 1, titulado La Tierra, casa común de los seres vivos, que establece lo siguiente: «La Tierra es un planeta vivo. Pertenece, como casa común, a todos los seres vivos: a los humanos, los animales y las plantas. Pertenece también a las generaciones futuras [...] La humanidad forma parte de la naturaleza. Su supervivencia y su salud dependen de la vitalidad y de la salud del mundo natural y de los demás seres, animales y vegetales, que junto con los seres humanos forman una familia unida por un mismo origen y una global interdependencia».

3. DISCUSIÓN CON EL BENECOMUNISMO (CRÍTICA EXTERNA)

En los últimos años ha proliferado una amplia gama de teorías que ha recuperado el léxico de los bienes comunes⁹. Se trata de una pluralidad de posiciones que, si bien no resultan siempre congruentes entre sí (Lloredo Alix, 2020), coinciden en la búsqueda de nuevas fórmulas jurídico-políticas para afrontar la grave crisis sistémica —social, política y, sobre todo, ecológica— producida por un capitalismo depredador capaz de poner en riesgo los propios límites físicos del planeta Tierra y el sostenimiento de la vida tal y como

la conocemos. Limitando el análisis al panorama italiano, cabe señalar el autor más representativo de lo que ha dado en llamarse como la teoría *benecomunista* es Ugo Mattei¹⁰.

Lo primero que llama la atención de la lectura del principal libro de Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, de 2011, es la ausencia de cualquier referencia o crítica a la obra de Luigi Ferrajoli, particularmente a *Principia iuris*, una obra que en el 2007 había incorporado los bienes comunes como un elemento esencial de la teoría del Derecho, y que incluso proponía, como ya hemos visto, la creación de una Carta constitucional de bienes fundamentales. Esa laguna es, si cabe, más llamativa si tomamos en consideración que en las primeras páginas de su libro Mattei lamenta la falta de conciencia por parte de los operadores y los teóricos del Derecho respecto del problema de las privatizaciones, «[...] justo por la falta de una elaboración teórica de la noción de bien común. [Este desconocimiento resulta] un anacronismo jurídico y político que debe ser absolutamente superado» (Mattei: 2011: vi). La falta de referencias a la obra de Ferrajoli evidencia, por otra parte, la urgente necesidad de articular un debate franco y abierto sobre diferentes configuraciones teórico-jurídicas de los bienes comunes¹¹. Mattei entiende los bienes comunes «[...] como una tipología de derechos fundamentales “de última generación”, definitivamente desgajados del paradigma de patrimonial (individualista) y del autoritario (Estado asistencial)» (*ibid.*: vii), tesis en la que hay dos elementos que divergen claramente del tratamiento que Ferrajoli dispensa a los bienes comunes: por un lado, su catalogación como derechos fundamentales (y no como objetos de los derechos fundamentales) y, por otro, la atribución de la gestión de los bienes comunes a un instancia que no es ni privada ni estatal, sino una suerte de *tertium genus*.

Ferrajoli ha reflexionado sobre esta segunda cuestión en el libro *Los derechos y sus garantías* (2016), en el que dialoga con Mauro Barberis. Sobre ella, afirma lo siguiente: «Nunca he entendido qué pueda significar “común” en oposición a “público”, además de a “privado”, como un tercer tipo de propiedad o de relación con los bienes, como un añadido a la dicotomía expresada, por ejemplo, en el artículo 42 de la Constitución [italiana]. “Pública” es cualquier propiedad no modelada bajo el esquema del derecho real de propiedad como derecho patrimonial, disponible y enajenable: en este sentido, pertenecen a lo “público” también los bienes comunes, de los que no veo que quepa otra gestión que no sea la de la esfera pública» (Ferrajoli, 2016: 97). Las posiciones como las que sostiene Mattei parten de una desconfianza absoluta hacia el Estado, que sería autoritario por definición y asistencialista cuando ejerce las funciones de prestación de servicios sociales¹². Por ello, apuestan por los métodos de autogestión que no se rigen por una lógica privada, sino por un nuevas fórmulas que serían, por así decir, más fluidas y no deudoras de una teoría, sino más bien determinadas por las prácticas de cada comunidad concreta.

Este punto se manifiesta en la indefinición o, más bien, en la falta de delimitación de los bienes comunes. «Los bienes comunes —dice Mattei— no son [...] un conjunto de objetos definidos [...] que se puedan estudiar en un laboratorio y observar desde afuera según la lógica cartesiana y la observación empírica. Reivindican, en cambio, un saber que asocia, conecta y descubre nexos entre el conjunto de los seres vivientes y las condiciones —físicas, químicas y culturales— del vivir en común» (Mattei, 2011: xiii-xiv)¹³. Ferrajoli se ha pronunciado en distintos lugares —frecuentemente, en una nota a pie de página¹⁴— sobre

esa conversión de los bienes comunes en una categoría expansiva u omnicomprensiva. Citemos, a este respecto, la opinión que vierte en su diálogo con Barberis:

«En el lenguaje de autores como Ugo Mattei o Toni Negri, y también en muchos usos ahora corrientes, esta figura de los bienes comunes se ha convertido [...] en una categoría omnicomprensiva en la que se han introducido las cosas y los valores más heterogéneos: no solo las *res communes omnium*, ya conocidas en el Derecho romano, como el medio ambiente, el agua, el aire, los fondos marinos, los monumentos, sino también la educación, la salud, la cultura, el lenguaje, la información, el saber, el teatro Valle, y hasta el trabajo y el Derecho. En el fondo, todo puede ser bien común. Parece obvio que, en esos usos retóricos, la categoría de los bienes comunes —que podría servir en la lucha (aunque lo dudo, pues la confusión siempre es dañina)— pierde no solo su capacidad explicativa, sino también su alcance normativo y su posible utilización para fines garantistas que se quieran conseguir. El Derecho es el lenguaje con el que pensamos los problemas y sus soluciones, que consisten en garantías, esto es, en técnicas normativas» (Ferrajoli, 2016: 97)¹⁵.

Y es que la concepción esencialmente racional e ilustrada del Derecho sostenida por Ferrajoli se encuentra, por supuesto, muy alejada de las posiciones de Mattei. Para este último, el Derecho es, en última instancia, también un bien común (Mattei, 2011: 58), y este hecho tiene consecuencias epistemológicas y metodológicas de calado. «La modernidad —dice Mattei— distorsiona el Derecho tratando de comprimirlo a una lógica absolutista, soberana, del poder concentrado, que es inexorablemente autoritaria en el ejercicio del poder» (*ibid.*: 59). Por el contrario, «[...] hacer renacer los bienes comunes significa reconquistar una idea de legalidad rica, densa, holística, fundada sobre contenidos éticos auténticos, funcional a la vida de todos, en el ámbito de una dialéctica finalmente democrática» (*ibid.*: 59-60). Desde un punto de vista que se reivindica explícitamente como realista, Mattei sostiene que tanto el Derecho como el Estado son autoritarios por definición, al menos en el marco de la modernidad; y la única alternativa posible sería una suerte de gestión colectiva de lo jurídico, que quedaría reservada a técnicos especialistas, sino que se llevaría a cabo mediante una práctica comunitaria de resolución de los conflictos sociales.

Si Ferrajoli apuesta por extender el paradigma garantista —que es también el paradigma del Estado de Derecho— a todas las esferas de la realidad jurídica, Mattei aboga por su desmantelamiento y su disolución en un espacio común y participativo que trasciende todas las categorías jurídicas usuales. Al igual que en otros planteamientos que parten o dicen partir de posiciones realistas, el problema de esta construcción teórica es que en sus premisas hay una confusión conceptual que implica la reducción del ser al deber ser. El hecho de que cualquier poder tiende a ser absoluto es un hecho constatado por cualquier teoría política. Ahora bien, asumir que esa lógica absolutista no puede ser en absoluto contrarrestada por los instrumentos de propios del Estado de Derecho supone, a mi juicio, que Mattei y las teorías *benecomunistas* incurren en una petición de principio. Sujetar los poderes que tienden a ser poderes salvajes es justamente el cometido del artificio garantista construido por Ferrajoli.

4. CONCLUSIONES

Tras este breve contraste entre la propuesta de Luigi Ferrajoli sobre la regulación de los bienes comunes y las teorías *benecomunistas* ejemplificadas por la obra de Mattei, no cabe sino constatar la necesidad de establecer un diálogo entre dos posiciones que se presentan como «la única vía posible» para enfrentar la encrucijada derivada de la actual crisis sistémica. Si el *benecomunismo* se reivindica como constituyente —y no como constituido—, en el sentido de que se presenta como una *praxis* constante, también la propuesta ferrajoliana de una Constitución de la Tierra, expresamente lanzada al debate público para su discusión, se emplaza en un momento constituyente.

Resulta crucial no desperdiciar la oportunidad de impulsar este debate, si bien es preciso tener presente que la urgencia de la crisis climática desaconseja que esta deliberación se prolongue *sine die*. La indefinición y la falta de institucionalidad de las posiciones *benecomunistas* facilitan la democratización de espacios y pueden fomentar soluciones locales y concretas a problemas reales¹⁶ como los que derivan de la privatización de los servicios públicos; sin embargo, parecen poco operativas a la hora de construir estructuras normativas y políticas efectivas para imponer límites a los grandes poderes de la globalización. La senda abierta por Ferrajoli con su propuesta de una Constitución de la Tierra, que integra en su articulado el reconocimiento y las oportunas garantías para la salvaguarda de los bienes comunes, merece un profundo debate público capaz incorporar nuevas perspectivas generadoras de ilusión y compromiso político entre quienes ya se hallan, desde sus distintas trincheras, construyendo proyectos concretos que impugnan el actual estado de cosas.

En la medida en que trasciende los límites del liberalismo individualista, la preservación de los bienes comunes constituye uno de los elementos que con mayores razones puede generar la ilusión y el compromiso político imprescindibles para que el proyecto de una Constitución para la Tierra pueda seguir avanzando. Ante todo, la reciente obra de Ferrajoli muestra que existen razones jurídicas para el ecologismo¹⁷. Razones jurídicas porque son intrínsecas a una manera de concebir el Derecho, el garantismo, que constata que no es posible proteger los derechos humanos sin proteger, al mismo tiempo y con el suficiente nivel de garantías, el conjunto de la vida en la Tierra. No hay «[...] alternativa a la crisis de la razón jurídica y política que no sea la razón misma» (Ferrajoli, 2011: xi). La construcción de una razón ecológica¹⁸ que permita que el Derecho dialogue de manera franca y abierta con las disciplinas científicas y facilite que los marcos institucionales se nutran de las prácticas y discursos contrahegemónicos es una tarea a la que debemos dedicarnos con urgencia; y las bases sentadas por Ferrajoli a este respecto pueden —y hasta deben— ser objeto de cuestionamiento y crítica, pero en absoluto pueden ser ignoradas.

NOTAS

1. Cabe recordar la función «crítica y proyectiva» que el autor atribuye a los operadores jurídicos (Ferrajoli 1999: 33), responsables, a su juicio, de colmar las lagunas y resolver las antinomias derivadas de la

brecha estructural existente entre lo prometido en las cartas de derechos nacionales e internacionales y la realidad de los hechos.

2. Si la lógica de la rigidez constitucional hace que los derechos fundamentales queden al margen de las lógicas de las mayorías (lo que Ferrajoli ha denominado esfera de lo indecible), y que las instituciones de garantía de los derechos fundamentales sean tanto más legítimas cuanto más alejadas de las lógicas mayoritarias, cabría presuponer el mismo criterio sería aplicable a las instituciones de garantía de los bienes fundamentales.

3. Cabe recordar que Luigi Ferrajoli había ya publicado un importante libro en 1970, *Teoria assiomaticizzata del diritto*. Las principales tesis de este libro, enriquecidas por del garantismo que Ferrajoli desarrolló en los años sucesivos a *Diritto e ragione*, quedaron plasmadas en *Principia iuris* (2007 [2011]). Por ello, he considerado preferible centrar mi análisis en este último libro.

4. Desde esa embrionaria propuesta de creación de nuevos delitos ambientales hasta la determinación de una nueva categoría de crímenes, los «crímenes de sistema», que incluyen las graves devastaciones ambientales (Ferrajoli, 2022: 43), hay en el autor una profunda evolución teórica y una progresiva y constatable preocupación por el medioambiente.

5. Esta distinción entre valor de uso y valor de cambio es ejemplificada en diversos textos de Ferrajoli en los que hace referencia a un fragmento de La riqueza de las naciones de Adam Smith, quien también la utilizó: «No hay nada más útil que el agua, pero con ella casi no se puede comprar nada; casi nada se obtendrá a cambio de agua. Un diamante, por el contrario, apenas tiene valor de uso, pero a cambio de él se puede conseguir generalmente una gran cantidad de otros bienes». Citado en Ferrajoli (2022:107).

6. Esta consideración permite justificar la inclusión de los bienes personalísimos entre los bienes fundamentales —cuestionada en el primer epígrafe de este trabajo—, dada la estrecha conexión que presentan los bienes fundamentales con los derechos fundamentales.

7. Confirma esta posición el hecho de que Ferrajoli, asumiendo las tesis tradicionales del Derecho romano, considere que los animales salvajes son cosas y, por lo tanto, «objetos utilizables de un modo y otro» (Ferrajoli, 2011: 201); o que excluya a los animales y a los demás seres sensibles del estatus de sujeto jurídico, al menos en tanto en cuanto no sean imputables por el Derecho positivo actos o situaciones (*ibid.*: 328). Una posición que merece ser replanteada a la luz de los avances jurisprudenciales en materia de derechos de los animales; por ejemplo, con la admisión de diversos *habeas corpus* en relación con lesiones infligidas a grandes simios. Al respecto, *vid.* Capacet González (2016).

8. Una posición de este tipo, en un ejercicio interesantísimo, es la esbozada por el neurobotánico Stefano Mancuso (2019), que también adopta la forma de una constitución.

9. Hablamos de recuperar y no de inventar el léxico de los bienes comunes porque, efectivamente, se trata de una institución de larga tradición jurídica, que en la cultura jurídica occidental se remonta, al menos, al siglo V, cuando en sus *Instituciones* Gayo enumera las *res communes omnium*. Las *enclosures* o cercamientos practicados a partir del s. XV marcarían —al menos en la tradición marxista— el declive de la gestión común de los bienes en Europa y, al mismo tiempo, constituirían el punto de partida del capitalismo, siendo un dispositivo básico para el proceso de acumulación primitiva. *Vid.* Federici (2020: 60).

10. Sin alinearse con las posiciones de Mattei, pero tampoco con las de Ferrajoli, otro exponente del panorama italiano sería el prestigioso civilista Stefano Rodotà (*vid.* Rodotà (2018); y García López (2021)), que presidió la comisión de reforma del Código Civil italiano para introducir la noción de bienes comunes. La reforma no alcanzaría el consenso parlamentario necesario para ser aprobada.

11. En otra de sus obras, sin embargo, Mattei sí hace una breve referencia a Ferrajoli, en concreto a *La democracia a través de los derechos*, pero únicamente para referirse en tono un tanto despectivo a aquellos intentos que «utilizan métodos de discutible estándar científico» (Mattei, 2015: 14).

12. Javier de Lucas ha recordado que lo público no tiene por qué ser automáticamente equivalente a lo estatal, «[...]por más que al Estado le compete un especial deber de tutela y promoción de ese ámbito» (De Lucas, 2023).

13. De manera más extensa, sostiene que «[...] los bienes comunes lo son no por presuntas características ontológicas, objetivas o mecánicas que los caractericen, sino por los contextos en los que resulten relevantes en cuanto a tales» (Mattei, 2011: 53); así, «[...] la percepción y la propia defensa de los bienes comunes pasan necesariamente a través de una plena puesta en acción política (teórica y de *praxis*) de la revolución epistemológica producida por la fenomenología y por su crítica de la objetividad. En el ámbito de los bienes comunes el sujeto es parte del sujeto (y viceversa)» (*ibid.*: 55). Tal vínculo entre la teoría y la *praxis*, entre el objeto y el sujeto, aparece también en otros autores que podemos adscribir a las teorías del bien común. *Vid.* Laval y Dardot (2015); o Hardt y Negri (2011).

14. Para sustentar su valoración del *benecomunismo*, Ferrajoli suele citar a Vitale (2013), que formuló una crítica sistemática y particularmente dura a las tesis de Mattei. Vitale sostiene que las teorías benecomunistas, bajo su ropaje revolucionario, esconderían una visión del mundo premoderna, que implicaría «una regresión romántica a la Edad Media» (*ibid.*: 2013: viii); o, lo que es lo mismo, un ataque a los ideales racionales conquistados por la Ilustración y plasmados en el ideal de Estado de Derecho y del Estado constitucional de Derecho (contra estas críticas, *vid.* Lloredo Alix, 2021). En la obra citada, Vitale pondera algunos aspectos de la obra de Ferrajoli: «Por lo que respecta a la reflexión y el análisis, una teoría capaz de hacerse cargo de estas exigencias permaneciendo en el lado ilustrado del tiempo de los derechos y sorteando las sirenas del comunitarismo es la desarrollada por Luigi Ferrajoli en *Principia iuris*. Al menos en ella la cuestión de los así llamados “bienes comunes” encuentra una sistematización coherente y plausible que efectivamente puede servir de orientación teórica a quien desee dedicar sus esfuerzos para que el espacio jurídico que define lo que espera a la utilidad común sea prístina y analíticamente articulado (*ibid.*: 97-98)». Y añade: «Obviamente, ni siquiera la propuesta de Ferrajoli es un dogma indiscutible. Pero considero que es un buen punto de partida para una reflexión sobre los bienes comunes que evite, junto a un ingenuo antioccidentalismo, las falsas pistas de los misticismos y de los irracionalismos conectados a las interpretaciones holísticas de la relación entre el hombre y la naturaleza» (*ibid.*: 99).

15. En un sentido muy similar, en *Iura paria* el autor escribe: «Naturalmente, los conceptos teóricos son construcciones convencionales, elaboradas en función de sus implicaciones empíricas y sus usos operativos. Sus definiciones son estipulativas, ni verdaderas ni falsas. Una definición bien formada, sin embargo, no debería confundir en un único definendum dominios empíricos diferentes, como las coas, los derechos, los servicios, las actividades propias, como el trabajo, y las actividades ajenas, como el saber y la cultura. El resultado sería la quiebra del significado extensional de la noción, esto es, de su idoneidad para denotar con cierta precisión su objeto gracias a la univocidad de sus connotaciones intensionales y, al mismo tiempo, a su adecuación para las finalidades garantistas que le han sido atribuidas» (Ferrajoli, 2020: 152).

16. Sin alinearse necesariamente con las posiciones *benecomunistas*, me parece que un buen ejemplo de estas prácticas concretas lo encontramos en el libro de Erik Olin Wright *Construyendo utopías reales* (Wright, 2014).

17. García Sáez (20012). Con esta expresión rindo tributo al libro en el que Gerardo Pisarello compiló una serie de escritos de Ferrajoli sobre otro de los empeños cívicos del autor italiano: el pacifismo (Ferrajoli, 2004).

18. Algo que, a mi juicio, no logran Mattei y Capra (2017).

BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN ROIG, María José (2022): «Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos», *Derechos y Libertades*, 47, 17-49.
- CAPACETE GONZÁLEZ, Francisco (2016): «Eficacia del habeas corpus para liberar a una chimpancé (Cecilia). Comentario a la Sentencia de 3 de noviembre de 2016 del Tercer Juzgado de Garantías del Estado de Mendoza (Argentina)», *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 3, 1-5.
- COMISIÓN EAT-LANCET (2019): Informe «Alimentos en el antropoceno. Dietas saludables a partir de sistemas alimentarios sostenibles» [en línea] https://eatforum.org/content/uploads/2019/01/Report_Summary_Spanish-1.pdf [Consulta: 27/12/2023.]
- DE LUCAS, Javier (2023): «Viejos y nuevos derechos», *InfoLibre*, 22 de enero.
- FEDERICI, Silvia (2020): *Reencantar el mundo. El feminismo y la política de los comunes*, Madrid: Traficantes de sueños.
- FERRAJOLI, Luigi (1995) [1989]: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta.
- (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- (2004): *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Madrid: Trotta.
- (2011) [2007]: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), traducción de P. Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta.
- (2014): La democracia a través de los derechos. *El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- (2016): *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, traducción de J.M. Revuelta, Madrid: Trotta.
- (2020): *Iura paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, ed. de D. Ippolito y F. Mastro-martino, traducción de A. Greppi, Madrid: Trotta.
- (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- (2023): *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (2021): «Los bienes comunes en el pensamiento de Stefano Rodotà», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 45, 284-301
- GARCÍA SÁEZ, José Antonio (2012): «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia iuris*», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 82-102
- HARDT, Michael y Antonio NEGRI (2011): *Commonwealth. El proyecto de una revolución del común*, traducción de R. Sánchez Cedillo, Madrid: Akal.
- LAVAL, Christian y Pierre DARDOT (2015): *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, traducción de Alfonso Díez, Barcelona: Gedisa.
- LLOREDO ALIX, Luis (2020): «Bienes comunes», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 19, 214-236.
- (2021): «Los bienes comunes como aproximación materialista al problema del bien común: una réplica a Ermanno Vitale», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 45, 250-283
- MANCUSO, Stefano (2019): *La nación de las plantas*, traducción de D. Paradelo López, Madrid: Galaxia Gutemberg.
- MATTEI, Ugo (2011): *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari: Laterza.
- (2015): *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Turín: Einaudi.
- MATTEI, Ugo y Fritjof CAPRA (2017): *Ecología del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro: Aboca.
- RAWLS, John (2007): «Notas inéditas publicadas por Samuel Freeman», en Id. *Lectures on the History of Political Philosophy*, ed. de S. Freeman, Harvard: University Press.

RODOTÀ, Stefano (2018): *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Nápoles: La scuola di Pitagora.

VITALE, Ermanno (2013): *Contro i beni comuni. Una critica iluminista*, Roma-Bari: Laterza.

WRIGHT, Erik Olin (2014): *Construyendo utopías reales*, traducción de Ramón Cotarelo, Madrid: Akal.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

TEOLOGÍA POLÍTICA Y NACIONES UNIDAS.
A PROPÓSITO DE *POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA.*
LA HUMANIDAD EN LA ENCRUCIJADA DE LUIGI FERRAJOLI
POLITICAL THEOLOGY AND THE UNITED NATIONS.
WITH REGARD TO *PER UNA COSTITUZIONE DELLA TERRA.*
L'UMANITÀ AL BIVIO BY LUIGI FERRAJOLI

Laila Yousef Sandoval*

Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El propósito de este artículo es analizar el diagnóstico sobre la crisis global del planeta que Luigi Ferrajoli lleva a cabo en su obra *Por una Constitución de la Tierra* y, muy especialmente, exponer las soluciones que propone el autor. Su apuesta por el constitucionalismo global requiere reflexionar sobre la política internacional y el papel de las Naciones Unidas y, específicamente, el del Consejo de Seguridad, pues es ahí donde se escenifica la problemática teológico-política que lastra la institución: la anteposición de los intereses políticos de las potencias a los derechos fundamentales de la Carta. Esta primacía de la política sobre el Derecho que critica Ferrajoli permite contraponer sus tesis a las de uno de los más conocidos defensores del decisionismo y la teología política, Carl Schmitt. La comparación entre las visiones de estos dos autores es crucial para comprender las consecuencias teóricas de entender el constitucionalismo desde la identidad y el agonismo —tal es el caso de Schmitt— o desde el pluralismo y los derechos, como propone Ferrajoli, que pretende superar el escepticismo y la desafección hacia las Naciones Unidas subrayando que únicamente mediante la instauración de un sistema de garantías idóneo podrá superarse el estancamiento de la organización y dar solución a muchas de las problemáticas geopolíticas del presente.

PALABRAS CLAVE

Ferrajoli, teología política, Naciones Unidas, relaciones internacionales, Carl Schmitt.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the diagnosis of the global crisis of the Planet that Luigi Ferrajoli carries out in his book *Per una Costituzione della Terra* and, especially, to underline the solutions he proposes. His commitment to global constitutionalism requires a reflection on international politics and the role of the United Nations, specifically the Security Council, since it is there that the theological-political problem of the institution is staged, putting the political interests of the powers before the fundamental rights of the Charter. This primacy of politics over law that Ferrajoli criticizes, allows us to contrast his theses with those of one of the best-known advocates of decisionism and political theology, Carl Schmitt. The comparison between these two authors' visions is crucial to comprehend the theoretical consequences of understanding constitutionalism from the standpoint of identity and agonism, as in the case of Schmitt, or from the standpoint of pluralism and rights, as proposed by Ferrajoli, who seeks to overcome skepticism and disaffection towards the United Nations by stressing that only by establishing an adequate system of guarantees can the stagnation of the organization be overcome and it will be possible to provide a solution to many of the geopolitical problems of the present.

KEYWORDS

Ferrajoli, political theology, United Nations, international relationships, Carl Schmitt.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.099>

* Laila Yousef Sandoval desarrolla su labor investigadora actual en el marco del proyecto «La contemporaneidad clásica y su dislocación: de Weber a Foucault» (PID2020-113413RB-C31) de la Universidad Complutense de Madrid, dirigido por los Profesores José Luis Villacañas y Rodrigo Castro Orellana. Email: lyousef@ucm.es ORCID: 0000-0002-1070-2714.

TEOLOGÍA POLÍTICA Y NACIONES UNIDAS. A PROPÓSITO DE *POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA.* *LA HUMANIDAD EN LA ENCRUCIJADA DE* LUIGI FERRAJOLI

Laila Yousef Sandoval

Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Teología política y Naciones Unidas. 2.1. Los retos del constitucionalismo global 2.2. El Consejo de Seguridad de la ONU: un ejemplo de teología política contemporánea. 2.3. Constitucionalismo global *versus* constitucionalismo identitario: la crítica de Luigi Ferrajoli a Carl Schmitt. 3. Las Naciones Unidas por venir: el momento constituyente de la paz. 4. Conclusiones. Notas. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

«Artículo 1. La Tierra, casa común de los seres vivientes. La Tierra es un planeta vivo. Pertenece, como casa común, a todos los seres vivientes: a los humanos, los animales y las plantas. Pertenece también a las generaciones futuras [...]».

(Ferrajoli, 2022: 138)

«La humanidad ha abierto las puertas del infierno», declaró en septiembre de 2023 el secretario general de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, al hacer referencia a las consecuencias medioambientales y sociopolíticas del calentamiento global. A la crisis climática

se suma un contexto geopolítico convulso caracterizado por la pervivencia de conflictos bélicos no solucionados, las situaciones de ocupación de carácter colonial o neocolonial mantenidas en el tiempo y la existencia de millones de personas que sufren hambre y pobreza en todo el mundo.

Si hubiera que destacar un aspecto fundamental de la obra de Ferrajoli *Por una Constitución de la Tierra*, este sería su compromiso con el presente, un presente cuyo dramatismo exige la articulación de respuestas inmediatas. Que la academia no puede dar la espalda a su tiempo parece evidente. Ahora bien, cualquier teorización sobre la situación del mundo requiere la capacidad de diagnosticar con agudeza las paradojas que lo atraviesan. Ferrajoli advierte que una de ellas es que cuanto más graves son las condiciones ecológicas, sociales y políticas del estado actual del planeta, tanto mayor es la inacción y la pasividad, actitudes que impiden la adopción de medidas orientadas a contrarrestar los males que afligen al planeta. Las crisis no son una novedad en la historia de la humanidad, pero la que padecemos actualmente presenta características específicas. El riesgo de desaparición de la especie humana radica en ella misma, pues no solo permanece pasivamente anestesiada, sino que se coloca al borde del precipicio «[...] debido a la actividad irresponsable de los propios seres humanos» (Ferrajoli, 2022: 13).

Ferrajoli denomina «crímenes sistémicos» a todas esas acciones colectivas y globales en las que resulta complicado señalar un agente concreto y cuyas causas y efectos quedan difuminados en la cadena de responsabilidades, ya que, debido a sus rasgos estructurales y sistémicos, todos los individuos participan en ellas de una manera o de otra. El cambio climático es un ejemplo de estas situaciones, que se distinguen por «[...] el carácter indeterminado e indeterminable tanto de la acción como del resultado, generalmente catastrófico, y el carácter indeterminado y plurisubjetivo tanto de sus autores como de sus víctimas al consistir estas, por lo general, en pueblos enteros y a veces en la humanidad como tal» (*ibid.*: 42). Ferrajoli hace hincapié en que, con todo, estas crisis pueden servir de acicate para actuar globalmente y hacer frente a los problemas que afectan a todo el planeta; así sucedió cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional se vio en la necesidad de crear una institución como las Naciones Unidas, organismo en el que se centrará este análisis.

En los primeros pasajes de *Por una Constitución de la Tierra*, Ferrajoli señala un hecho fundamental: ahora más que nunca la población mundial es conocedora de las tragedias humanitarias que sufren muchos sujetos, dado que «[...] la humanidad forma ya una sociedad civil planetaria» (*ibid.*: 18). Ahora bien, sin negar la pertinencia de esta afirmación, cabe señalar que la conformación de una conciencia global sobre la necesidad de actuar y de instituir los mecanismos para hacerlo dista mucho de ser un hecho en estos momentos. La creación de un *patriotismo constitucional*, por usar la expresión Habermas, en este caso ligado al compromiso con la legitimidad del cosmopolitismo, no parece hoy en día viable, y este es uno de los problemas que una Constitución de la Tierra debería solucionar.

El reto consiste, pues, en transformar todo ese conocimiento en una estrategia de acción que permita imaginar soluciones teóricas y prácticas para hacer frente a las guerras, las desigualdades y a la injusticia, canalizadas a través de la institución creada a tal efecto,

las Naciones Unidas. Para encarar las problemáticas que asolan el globo «[...] disponemos ya de una constitución embrionaria del mundo» (*ibid.*: 66), la ONU, institución que, sin embargo, «[...] ha sufrido un llamativo proceso deconstituyente» (*ibid.*: 67) debido a que la ausencia de garantías impide que el cumplimiento de sus normas a nivel internacional prevalezca sobre los intereses de las soberanías particulares. La ausencia de fuerza vinculante de los principios de las Naciones Unidas ensancha la brecha entre los *poderes salvajes*, por usar la expresión del propio Ferrajoli, y la mayoría de los habitantes de este planeta afectados por sus decisiones. La falta de una línea de acción jurídica internacional basada en principios consensuados que limiten el dominio desmesurado de esos poderes pone de manifiesto el «vacío de Derecho público supranacional» (*ibid.*: 65).

Precisamente, el fracaso de la ONU a la hora de liderar dicha acción por el cambio provoca su deslegitimación a los ojos de una opinión pública mundial que, por mucho que abrace sus principios, tiende a resignarse ante la ineficacia de un organismo incapaz de hacer valer sus propias normas. Esta ineficacia ha motivado el aumento del escepticismo de los ciudadanos ante las relaciones internacionales (García Pascual, 2015). Por ello, la tarea pendiente de Naciones Unidas sería recuperar su legitimidad para que la opinión pública mundial volviera a tener confianza en sus posibilidades, hipótesis que en el corto plazo no parece plausible, pues su ineficacia e inacción ante situaciones concretas de catástrofe siembran la desafección entre la población mundial. «Y, sin embargo —afirma Ferrajoli—, la institución de la ONU como pacto y promesa de convivencia pacífica, junto con el paradigma del constitucionalismo rígido inaugurado también con las constituciones de posguerra, es el legado más precioso del siglo pasado» (Ferrajoli, 2022: 70). Es decir, a pesar de todo, parece irrenunciable seguir pensando en las Naciones Unidas como el foro internacional donde plantear y resolver los problemas que afectan a todos los ciudadanos del mundo. Como advierte Ferrajoli, en esta idea late una aproximación kantiana a la política que vincula lo real a lo posible, lo deseable a lo realizable, la paz mundial como algo «[...] demasiado ligado al interés de la humanidad» (*ibid.*: 71) como para renunciar a su realización.

Tomando como punto de partida esta introducción (1) el propósito de este artículo es ahondar en las nociones que permiten entender el concepto de crisis global a partir de *Por una Constitución de la Tierra* y otras obras de Ferrajoli. Ese *corpus* teórico tiene que servir para analizar el papel del constitucionalismo global y, específicamente, el de las Naciones Unidas como opción coherente para generar un marco de solución y convivencia internacional; ahora bien, el valor de sus principios no debe impedir la crítica a una de sus mayores aporías internas, a saber, el papel que desempeña el Consejo de Seguridad y la falta de «garantías» que permitirían implementar los principios de la Carta de la ONU (3). La estructura y el funcionamiento actual de este organismo conduce a pensar que el sistema de la ONU alberga todavía las premisas de un sistema internacional que otorga primacía al poder sobre el Derecho. Esto obliga a reflexionar sobre las relaciones entre política y Derecho y, en particular, sobre el concepto que refleja dichas tensiones, el de «teología política», tal y como fue concebido por Carl Schmitt, a fin de contraponer la noción de constitucionalismo global de Luigi Ferrajoli a la del constitucionalismo identitario schmittiano (3). El cierre de estas reflexiones invita a plantear, de la mano del teórico italiano, qué

opciones de mejora de las Naciones Unidas cabe pensar más allá de la crítica al organismo para que el pesimismo en torno a la política internacional no exima de pensar un futuro en clave constituyente (4) y para exponer, en las conclusiones (5), los corolarios finales a estas consideraciones.

2. TEOLOGÍA POLÍTICA Y NACIONES UNIDAS

«La unión del poder supremo fáctico y jurídico es el problema cardinal del concepto de soberanía».

(Schmitt, 2009a: 22)

La teología política, abordada por muy diversos autores desde distintas perspectivas, es uno de los conceptos clave al que recurrió Carl Schmitt para defender del absolutismo, esto es, un poder soberano total que, aunque político y secularizado, puede reproducir, adoptando la forma de Dios mortal, la función teológica atribuida a la divinidad: establecer orden, controlar el caos y actuar como *katékhon*; en definitiva, refrenar la violencia. Temporalmente, el pensamiento de Schmitt inscribe este proceso en la Modernidad, que comienza en el siglo XVII y que daría forma al pensamiento político a través de la herencia de los conceptos religiosos ya secularizados (Schmitt, 2009a). Mediante un ejercicio de mediación y decisión, el soberano estatal es capaz de vincular el ámbito la trascendencia (el reino de las ideas, normas o principios, el de la *utopía* en términos de Martti Koskenniemi), con el de la inmanencia, el de su realización material (el de la *apología*, según el vocabulario del jurista finlandés).

Haciendo abstracción de este contexto histórico particular, puede afirmarse que toda política que pretende investirse de un poder absoluto está relacionada con dicha concepción teológico-política, entendida como «[...] la reunificación, con aspiraciones de totalidad, de la división de poderes» (Villacañas, 2020: 75)¹. Lo importante es señalar en qué momentos históricos, más allá de la Modernidad, se revelan este tipo de estructuras, pues si bien para Schmitt la teología política está indefectiblemente unida al poder soberano moderno, aquella puede subsistir con o sin el Estado. En este sentido, una lectura crítica del neoliberalismo permite atisbar que este también es capaz de ejercer, incluso con mucha más fuerza que la propia soberanía estatal, un dominio de carácter teológico-político: «Esta es la corrección de Foucault a Schmitt. Este no supo ver la paradoja de que la teología política sería más fácil tras el abandono de la forma Estado, solo con la forma gobierno» (*ibid.*: 91). De acuerdo con esta tesis, el neoliberalismo crea formas de verdad bajo la apariencia de libertad, combinando «[...] su dimensión de poder mundial con su dimensión de dominación gubernativa» (*ibid.*: 98), y sirviéndose, para funcionar, de los Estados a los que supuestamente pretende superar.

¿En qué sentido concreto cabe relacionar las Naciones Unidas con la teología política? En primer lugar, esta relación supone poner en el centro del debate internacional el papel mismo de la soberanía y, derivado del mismo, la tensión entre, por un lado, el decisionismo y la defensa de los intereses particulares y, por otro, el marco de normas aplicable a todos

los actores políticos que garantiza su coexistencia con base en el cumplimiento de aquellas. El lugar donde se manifiestan estas dificultades es el Consejo de Seguridad, que encarna la controversia entre el ser y el deber ser que atraviesa la historia del pensamiento político. Esta dicotomía no sería tan problemática desde un enfoque realista de las relaciones internacionales, pero, dado que las Naciones Unidas son el símbolo de los ideales relacionados con los derechos humanos y de una suerte de cosmopolitismo mundial, el hecho de que albergue aquella bipolaridad constituye un desafío y, al mismo tiempo, la confirmación de que las estructuras teológico-políticas son extirpables y de que constituyen uno de los mayores obstáculos para la materialización del constitucionalismo global.

En *Por una Constitución de la Tierra*, Ferrajoli no apuesta por un *nomos* de la Tierra, pues su propuesta es ya una declaración a favor de la prevalencia del Derecho sobre la política. Como dice Koskenniemi: «A través del uso del concepto “Nomos” Schmitt da la impresión de describir un “orden concreto” cuando simplemente está describiendo los corolarios lógicos de una teoría del absolutismo doméstico» (Koskenniemi, 2004: 495). Es contraste, la defensa de Ferrajoli de un sistema de garantías supone una apuesta firme no solo para limitar los excesos de las soberanías y otros poderes, sino también para llevar a la práctica los principios de la ONU, principios que, aunque escritos en su Carta, carecen de fuerza vinculante para ser ejecutados.

2.1. LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

«[C]ómo es” y “cómo será” el Derecho, y sobre todo, que el Derecho —tanto el constitucional como el internacional— sea tomado en serio, depende también de la cultura jurídica. Por lo demás, la ciencia jurídica no se ha limitado nunca a conocer y comentar el derecho vigente, sino que ha prescrito siempre su desarrollo y sus estructuras».

(Ferrajoli, 2004: 112-113)

Por una Constitución de la Tierra es una llamada a tomar medidas para hacer frente a las situaciones catastróficas que jalonan el presente, pero no es un alegato cualquiera, sino una apelación a construir jurídicamente un sistema articulado de deberes, límites y obligaciones para todos los participantes de la sociedad internacional. Por eso, es fundamental definir el tipo de constitucionalismo que aspira edificar. El constitucionalismo global no puede leer la sociedad internacional en clave identitaria y nacional *à la* Schmitt, pues «[...] no sirve para representar una supuesta voluntad del pueblo o para expresar alguna homogeneidad social o identidad colectiva» (Ferrajoli, 2004: 112) ya que el objetivo del constitucionalismo es evitar la reproducción de la confrontación sin renunciar a la pluralidad y a la pacificación. El constitucionalismo por el que apuesta Ferrajoli está fundado en la idea de que el Derecho es un instrumento para hacerse cargo de una pluralidad basada en los derechos fundamentales y no en la identidad nacional.

En la obra de Ferrajoli *Razones jurídicas del pacifismo* ya está presente su proyecto de un constitucionalismo internacional articulado en torno a una normatividad volcada tanto *ad intra* —en el seno de los Estados y sus constituciones— como *ad extra*, a través de los principios rectores de los organismos internacionales, un diseño que es definido en estos términos:

«[...] el nuevo paradigma del Derecho caracterizado, en relación con el clásico del positivismo jurídico, por la existencia de vínculos normativos impuestos por las constituciones actuales a todos los poderes y afianzado, tras la segunda posguerra, tanto en los ordenamientos internos de las democracias avanzadas, gracias a la generalización de las constituciones rígidas, como en el derecho internacional en virtud de ese embrión de Constitución del mundo que representa la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de derechos del hombre de 1948» (*ibid.*: 94).

La dificultad de replicar los procesos de democratización interna a escala internacional es un tema revisitado constantemente por Ferrajoli bajo la premisa de que, si bien los mecanismos democráticos están instaurados para que el poder soberano sea acotado por los límites que le impone el Derecho, tal limitación es inexistente en el ámbito internacional debido a la ausencia de un sistema estable de garantías —cuestión que se abordará a continuación—, laguna que es la causa y el origen de las situaciones de injusticia a nivel global. Como se ha señalado previamente, la tarea de las instituciones jurídico-políticas es manejar la tensión entre trascendencia e inmanencia tanto en el interior como en el exterior, pero, ante la ausencia de un sistema idóneo de garantías en este último ámbito, no parece posible el cumplimiento de esa función: «Es por lo que la divergencia entre normatividad y efectividad, que en los ordenamientos estatales se mantiene dentro de límites relativamente aceptables, es máxima en el ordenamiento internacional. Por la primacía que, a causa de la ya aludida falta de garantías, tiende siempre a asumir la fuerza sobre el Derecho» (*ibid.*: 84-85).

Esa «falta de introducción de sus garantías» (Ferrajoli, 2022: 69) es, para el profesor italiano, uno de los motivos fundamentales que explican la derrota del ámbito jurídico frente al de las pulsiones dominadoras de la soberanía en el propio seno de las Naciones Unidas, así como su incapacidad para poner en práctica el constitucionalismo prefigurado *in fieri* en sus textos fundacionales. Otro de los motivos de aquella derrota es el papel preeminente conferido a «los Estados nacionales como Estados soberanos» (*ibid.*: 69) y las contradicciones que derivan de ello. La primera de ellas estriba, según Ferrajoli, en la vinculación de los derechos a la nacionalidad: «La primera es entre el universalismo de los derechos fundamentales establecido en tantas cartas y convenciones y la *ciudadanía* como presupuesto de sus garantías» (*ibid.*: 53-54), tal y como explica en *Por una Constitución de la Tierra*². La segunda contradicción tiene que ver directamente con la naturaleza de las entidades estatales y es aquella que tiene lugar «[...] entre el principio de la paz y la *soberanía* de los Estados» (*ibid.*: 54). Es relevante subrayar que esta segunda contradicción no debiera ser interpretada necesariamente como una crítica a la forma Estado, sino más bien a la concepción absolutista, no constitucionalista, del mismo.

Un federalismo basado en el constitucionalismo no tiene por qué significar el fin de los Estados si estos son concebidos democráticamente como instituciones de garantía de los derechos, más aún cuando actualmente todavía existen situaciones de ocupación ilegítima de territorios y pueblos que reclaman su derecho a conformar Estados³. La idea es, más bien, que esa democratización debe lo más amplia posible también a nivel internacional y universal en lo que respecta a los derechos de los habitantes del planeta, sin menoscabo de la manifestación de su autonomía y sus diferencias particulares. Precisamente, otra aporía que aqueja al sistema de las Naciones Unidas desde sus inicios es el reclamo de la libre de-

terminación de los pueblos frente a la «[...] dominación colonial y los intereses políticos, estratégicos y económicos de las potencias coloniales» (Jiménez, 2003: 409), situación existente en el momento de la firma de la Carta y que hoy persiste en determinados escenarios coloniales. La Sociedad de las Naciones, precursora de la ONU, reconocía el derecho de los pueblos a ser independientes mientras evitaba que algunos pueblos culminaran sus procesos de autodeterminación: «Inhabilitados ciertos pueblos y territorios de su acceso inmediato al derecho de autodeterminación, la Sociedad sancionó un nuevo capítulo de la redistribución colonial, aunque introducía importantes novedades en aras al reconocimiento explícito de las aspiraciones de aquellas comunidades [...]» (Neila, 2003: 291). Del mismo modo, las Naciones Unidas tienen aún como tarea pendiente solucionar la aporía entre el derecho a la autodeterminación y su incumplimiento, pues «[...] hoy, siguen siendo titulares de este derecho los pueblos oprimidos» (Ferrajoli, 2019: 51). El motivo último que explica la no realización de ese derecho remite, una vez más, a la cuestión de la decisión soberana de algunas potencias entendida como ejercicio teológico-político, problema que abordamos a continuación.

2.2. EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU: UN EJEMPLO DE TEOLOGÍA POLÍTICA CONTEMPORÁNEA

«¿Cuál es la responsabilidad del Consejo? ¿Se encuentra en la posición del soberano hobbesiano, para quien "no puede haber ruptura del Pacto" entre él y sus súbditos porque no existe tal Pacto en absoluto?»

(Koskeniemi, 1995: 326)

Según Ferrajoli, los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas incorporarían suficiente contenido normativo para generar un marco de coexistencia internacional, sin perjuicio de la necesidad de ajustarlas a las necesidades particulares del presente. El autor lleva a cabo esta actualización en *Por una Constitución de la Tierra* al incorporar derechos relacionados con el uso de las nuevas tecnologías o el cuidado del medio ambiente. Ahora bien, pese a ser consideradas necesarias para el mantenimiento de un mínimo de concordia y acuerdo entre los Estados, actualmente las Naciones Unidas son más criticadas que alabadas.

Por una parte, el motivo de la animadversión hacia su labor estriba en su incapacidad para resolver conflictos geopolíticos allí donde la institución debería imponer soluciones, dificultad asociada a un problema de mayor calado: el derecho de veto del Consejo de Seguridad y el carácter no vinculante de las resoluciones de la Asamblea. Por otra parte, y en relación con esta última cuestión, la hostilidad que genera la institución internacional se debe a la parcialidad o el doble rasero que permite que unos países sean sancionados por la inobservancia de las normas de la ONU, mientras que otros puedan incumplirlas impunemente.

Las Naciones Unidas se ven, así, incapacitadas en su propia función: garantizar el cumplimiento de aquellas resoluciones que ella misma ha enunciado. Un caso paradigmático que resulta pertinente mencionar hoy —dado que, como han señalado algunos académicos—

micos, el mundo es testigo del genocidio del pueblo palestino cometido por el Estado de Israel (Segal, 2023; Mokhiber, 2023)⁴, país al que Sudáfrica ha llevado ante la Corte Internacional de Justicia por estos hechos— es el de la Resolución N.º 242 de la Asamblea General, que en 1967 estableció que el Estado de Israel debía retirarse de los territorios palestinos ocupados. Sin embargo, hoy la ocupación, no solo no ha terminado, sino que ha ido en aumento⁵. La tensión entre política y Derecho atraviesa, pues, la institución de las Naciones Unidas poniendo en cuestión su propia legitimidad. ¿Cómo compatibilizar la excelsa dignidad de sus principios con la necesidad de corregir sus fallas estructurales?

Para empezar, sería necesario comprender las tensiones político-jurídicas que subyacen en la propia estructura de la ONU y que han sido descritas por Koskeniemi en estos términos: «La dicotomía entre *hard UN* (actividades políticas de las que es responsable principalmente el Consejo de Seguridad) y *soft UN* (actividades de las que la Asamblea General —a través de ECOSOC— es principalmente responsable) es funcional e ideológicamente la característica estructurante más significativa de la organización» (Koskeniemi, 1995: 336)⁶. La dimensión democrática de la ONU estaría encarnada en la Asamblea General, mientras que el ámbito político estaría representado en el Consejo de Seguridad, que reconoce el derecho de veto a las cinco grandes potencias —Estados Unidos, Inglaterra, Francia, China y Rusia—, reproduciendo, además, la configuración territorial y política del globo, en el sentido de que reflejaría la supuesta multipolaridad propia de las relaciones internacionales contemporáneas que articula el poder en torno al equilibrio de las soberanías concretas que compondrían este pluriverso.

En los análisis que Jacques Derrida dedica a la institución de las Naciones Unidas pone de manifiesto esta problematicidad ínsita a la fuerza de ley del Derecho internacional, la de la imposible convivencia entre las aspiraciones federalista y nacionalista: «Dos leyes articulan conjuntamente, pero de manera aporética y por turno, un principio democrático y un principio de soberanía» (Derrida, 2005: 122). Con ello se refiere, respectivamente, al funcionamiento parlamentario de la Asamblea de la ONU, que resulta «impotente» (*idem*), y al Consejo de Seguridad, que «[...] asume todo el peso del poder y de la decisión ejecutoria, toda la fuerza de la soberanía efectiva» (*idem*). En sus inicios, el veto pretendía lograr un equilibrio funcional para lograr los objetivos del Consejo de Seguridad: la paz y la seguridad. Ahora bien, ya en sus comienzos quedó en evidencia que dicho organismo se convertiría en el puntal de la controversia en el sistema de organización de las Naciones Unidas.

Ni en la conferencia de Dumbarton Oaks (1944) ni en la conferencia de Yalta (1945) fue posible llegar a un acuerdo sobre el funcionamiento del Consejo (Jiménez, 2003). Hubo que esperar a la Conferencia de San Francisco en 1945 para que la Carta de la ONU fuera aprobada. El hecho de que el Consejo aplazara *sine qua non* el debate sobre su naturaleza y funcionamiento en el año 2005 (Díez de Velasco, 2008), teniendo en cuenta que es el lugar donde, según Derrida, «se juega todo» (Derrida, 2005: 123) es grave, pero es todavía más grave el hecho de que, después de varias crisis internacionales, se insistiera en ampliar sus facultades: «Muchos de los planes de reforma de la ONU no remitían ya a la supresión del derecho de veto, sino a la ampliación de este en provecho de países economi-

camente poderosos, como Alemania o Japón, o de potencias regionales de cierto empaque, como Brasil, la India o Nigeria» (Taibo, 2003: 552). Esta ampliación no habría supuesto un avance en la democratización, sino más bien la reproducción del mecanismo de poder que supone que los países más aventajados ejerzan su decisionismo en un organismo que pretende ser el foro de todos los Estados. La situación de asimetría entre unos y otros refleja ciertas contradicciones de las Naciones Unidas (Jiménez, 2003) que tienen su origen en la situación del Consejo de Seguridad.

Entre esas contradicciones cabe destacar la profunda desigualdad de los Estados miembros, que pone en entredicho los principios teóricos que la ONU enarbola, dado que fomenta la «[...] diferenciación entre igualdad jurídica y desigualdad real de los miembros» (*ibid.*: 409). Que la desigualdad existe es un hecho bien conocido, y la pandemia de COVID-19 no hizo más que ponerla en evidencia al hacer emerger *cleavages* ya existentes: no todos los Estados tuvieron el mismo acceso a las vacunas —o no lo tuvieron con la misma rapidez—, muchas economías en crisis se hundieron aún más por los efectos de la pandemia, y la crisis sanitaria patentizó que el acceso a la sanidad universal solo existe en muy pocos países (Ferrajoli, 2022). Ahora bien, el hecho de que esa asimetría de poder quede de manifiesto en la propia estructura del organismo que pretende paliarla plantea problemas teóricos de gran calado. Como señala Ferrajoli:

«[...] la situación actual de la comunidad internacional se parece bastante más a la de un gobierno mundial controlado por las cinco potencias que tienen presencia permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU, principalmente los Estados Unidos, que a una democracia internacional. Sin embargo, esta situación contradice de manera evidente los principios jurídicos establecidos por la Carta de la ONU [...]» (Ferrajoli, 2004: 82).

Desde una posición muy escéptica o «anticognoscitivista radical» (García Pascual, 2015: 222), Koskeniemi aplica su argumento relativo al apologismo y el utopismo del Consejo de Seguridad. De acuerdo con este razonamiento, que el autor considera extrapolable a toda la tradición del Derecho, las posiciones normativas o utópicas acaban convirtiéndose en apologistas porque necesitan un poder vinculante que lleve a cabo la realización de los principios abstractos; del mismo modo, todo poder que se plantea en términos apologistas o decisionistas acaba mitificando de tal manera su ejercicio soberano que deviene en un principio utópico. Pues bien, en la escena internacional, para los apologistas o realistas «[...] lo que dice el Consejo es la ley» (Koskeniemi, 1995: 327) y no cabe apelar a ninguna otra instancia y, sobre todo, a ningún otro principio, pues ello supondría caer en idealismo o el utopismo. Asimismo, para aquellos que consideran que el Derecho está vinculado a una normatividad, la ley no consistiría únicamente en el ejercicio autoritario de la fuerza, sino que debería estar vinculado a una determinada noción de justicia, pues de lo contrario la fuerza de lo fáctico comportaría la victoria del apologismo. Ambas posiciones ignorarían los respectivos círculos viciosos en los que acaban cayendo y la aporía que anida en el pensamiento jurídico, esto es, que el apologismo o realismo del Consejo convierte al poder mismo en trascendente.

Es decir, el ejercicio teológico-político del Consejo reproduce el decisionismo soberano en situaciones de excepción que tanto alabó Schmitt, ese *rebus sic stantibus* propio del

contexto westfaliano que permitía a los Estados incumplir el Derecho internacional si el interés soberano lo consideraba urgente. Derrida subraya que, pese a que la violencia no está permitida por las Naciones Unidas, los miembros del Consejo pueden decidir ejercitar su fuerza si lo consideran necesario (Derrida, 2005).

A este respecto, la propuesta que plantea Ferrajoli en los artículos 67 y 68 de la Constitución de la Tierra gira en torno a una transformación sustancial del Consejo de Seguridad articulada en tres ejes fundamentales: su composición, sus competencias y la eliminación del veto. Así, el Consejo pasaría a estar formado por «[...] los representantes de los 15 Estados federados designados cada cinco años por la Asamblea General» (Ferrajoli, 2022: 162), previsión que dotaría al organismo de una mayor representatividad y limitaría su poder, pues «[...] excluye la posibilidad de que sea nuevamente designado hasta 20 años después de la extinción de su mandato» (*ibid.*: 163), mientras que sus funciones estarían enfocadas a la consolidación de las garantías y la paz. Ahora bien, lo que resulta especialmente destacable es la modificación que propone Ferrajoli respecto al mecanismo de toma de decisiones del Consejo, que sería por mayoría y excluiría «cualquier poder de veto» (*ibid.*: 163). Esta exclusión del poder de veto representa la anulación del paradigma teológico-político que subyace al funcionamiento de las Naciones Unidas y, en particular, del Consejo de Seguridad. Eliminar el veto supone extender la democratización en el seno de la ONU y garantizar el pluralismo en la toma de decisiones, dando así cumplimiento al principio rector de la organización y asegurando la primacía del Derecho sobre la actuación política de los Estados más poderosos.

Esta modificación contribuiría, además, a dotar de mayor legitimidad a la ONU. Cabe señalar que la invasión ilegal de Irak del 2003 fue uno de los escenarios que puso a la ONU ante una situación de excepcionalidad⁷ de la que, según Ferrajoli, no salió muy mal parada, dado que mantuvo su firme posición de rechazo a la guerra y, por tanto, su capacidad para resistir a las presiones de Estados Unidos (Ferrajoli, 2004), aunque no fue capaz de detener aquella intervención ilegal que cambió dramáticamente el panorama de Irak durante las décadas venideras. Precisamente, muchos autores (Ferrajoli, *passim*; Hobsbawm, 2009; Taibo, 2003) cifran en esta falta de *eficacia* de las Naciones Unidas la razón de su descrédito.

Esta ineficacia encuentra su razón de ser en la falta de garantías, entendiendo por tales «[...] las obligaciones o prohibiciones correlativas a las expectativas positivas o negativas en las que consisten todos los derechos subjetivos» (Ferrajoli, 2022: 68). El problema con los derechos fundamentales, a diferencia de los derechos patrimoniales, cuya garantía es nota analítica de su concepto, el problema de los derechos fundamentales es que sus garantías no vienen dadas con su formulación, de modo que su eficacia queda en el limbo de una contingencia no actualizada. El ejemplo que señala Ferrajoli es ilustrativo: el derecho a la salud no va acompañado necesariamente de la obligación de construir la infraestructura que garantice la asistencia sanitaria. Del mismo modo, el derecho a la paz no está unido a la obligación de su cumplimiento. Es decir, los principios de la Carta son idóneos, pero «[...] faltan por completo las que podríamos llamar sus leyes de actuación. Faltan, precisamente, las garantías de los derechos proclamados: la estipulación de las prohibiciones y

de las obligaciones que les corresponden, la justiciabilidad de sus violaciones, las técnicas idóneas para obtener su tutela y satisfacción (Ferrajoli, 2008: 343)

En la primera parte del articulado de la Constitución de la Tierra, Ferrajoli proclama unos principios supremos que expresan sus fines, entre ellos la protección de la Tierra como casa común de presentes y futuras generaciones; la necesidad de frenar el cambio climático; el desarme de los Estados; la urgencia de avanzar en la paz, la solidaridad y la igualdad; o la proclama de la ciudadanía de la Tierra que deriva en fraternidad, entre otros. Estos principios son concebidos como fines en el sentido de que su universalidad es su punto de partida y, al mismo tiempo, su propio fin (Ferrajoli, 2022), dado que la aspiración de los seres humanos es realizar aquello que les es propio, esto es, la total universalidad de los derechos que garantizan su humanidad. De ahí la necesidad de articular garantías que aseguren lo que ya viene dado en la idea de sujeto, pero que, en el paso del deber ser al ser, no se cumplen y siguen siendo una meta que conquistar.

En este esquema, Ferrajoli sostiene que las garantías tienen una característica especial: son condición de posibilidad del cumplimiento jurídico, son la declaración de intenciones, el emblema de que el Derecho está por encima de la política. Con todo, se necesita un momento político constituyente de esas garantías, la fuerza que propicie que la ley tenga todo el peso para ser aplicada a los hechos y moldearlos conforme a su normatividad. Precisamente, el problema radica en que, al carecer de garantías, la Asamblea de la ONU, «[...] no dispone de ninguna fuerza ejecutiva y coercitiva propia, por consiguiente, de ninguna soberanía efectiva ni siquiera jurídica, en el sentido en que Kant recuerda que no hay Derecho sin fuerza» (Derrida, 2005: 122).

Esta falta de garantías revela el corazón de los problemas político-jurídicos, por no decir que sintetiza la idea central de la teología política: si no hay garantías para los derechos, estos no se implementan, un hecho especialmente grave si se toma en consideración que ese es el objetivo de la organización. Esta carencia es importante porque evidencia que los errores de la ONU no tienen su origen en causas superficiales, sino estructurales, entre ellas, principalmente, el dominio de la política sobre el Derecho. Como escribe Derrida: «La razón del más fuerte no determina solo la política efectiva de la institución internacional; habrá determinado, en un primer momento, la arquitectura conceptual de la propia Carta [...]» (Derrida, 2005: 124). Las garantías prohíben y obligan. Por tanto, si fueran incorporadas al entramado normativo de la ONU, otorgarían a la organización la fuerza vinculante para impedir las violaciones de sus principios y para impulsar aquellas metas que quiere instaurar.

Las garantías implican «[...] una racionalidad basada en la pretensión de tutela de los sujetos más débiles y en la limitación y control del poder de los más fuertes, sea en el ámbito público o privado, en el Estado o en el mercado» (Pisarello, 2004: 12). Por ello, las garantías y el constitucionalismo constituyen un binomio indisoluble:

«[...] el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no solo frente a los poderes públicos sino también frente a los

poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no solo en el Derecho estatal sino también en el Derecho internacional» (Ferrajoli, 2008: 35).

Hay que mencionar, no obstante, la existencia de ciertas garantías, como las que representan algunos tribunales, entre ellos el Tribunal Penal Internacional (o Corte Penal Internacional) establecido en 1998 para juzgar diversas modalidades crímenes contra la humanidad, «[...] a cuyo estatuto, sin embargo, no se han adherido las mayores potencias» (Ferrajoli, 2022: 69), como Estados Unidos o Israel⁸. Estos órganos jurisdiccionales son muy deficientes: la acción del TPI se ve muy limitada y la resolución pacífica de los conflictos queda huérfana, en la medida en que su estatuto «[...] adolece de una regulación efectiva que obligue a seguir alguna fórmula» (Jiménez, 2003: 409). Por su parte, el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya «[...] no dispone de ningún mecanismo propio para garantizar el cumplimiento de sus sentencias, que depende del Consejo de Seguridad» (*ibid.*: 411).

En su libro *Poderes salvajes* (2011), Ferrajoli expresa la misma idea: la necesidad de consolidar las garantías no solo como medio para limitar los excesos del poder, sino también para dotar de «efectividad» a los mecanismos de representación (*ibid.*:107) y generar una opinión pública crítica. Ferrajoli apunta en la conclusión de esta obra a dos cuestiones clave respecto a las garantías y a las instituciones como baluartes de control y condición de posibilidad del constitucionalismo. Por un lado, estas debieran ser capaces de «[...] colmar la divergencia entre el “deber ser constitucional” y el “ser efectivo del Derecho y del sistema político”» (*ibid.*: 109); por otro, este proceso está directamente relacionado con la cultura democrática, dado que la posibilita y, al tiempo, es su resultado. En este sentido, la creación de una «esfera pública supranacional» (Ferrajoli, 2022:17) en un mundo globalizado y dominado por las tecnologías puede ser posible si se impulsa la función aglutinadora que anida en la idea de la necesidad perentoria de instituir una Constitución de la Tierra.

2.3. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL *VERSUS* CONSTITUCIONALISMO IDENTITARIO: LA CRÍTICA DE LUIGI FERRAJOLI A CARL SCHMITT

«Y es que la guerra, por definición, no puede ser ni una sanción ni una reparación de las violaciones del Derecho. Porque no afecta a los responsables sino sobre todo a los inocentes; porque por naturaleza es una violencia desproporcionada e incontrolada, porque está reñida con el Derecho que, a su vez, constituye su negación».

(Ferrajoli, 2004: 59)

El cuestionamiento de la universalidad de los principios jurídico-políticos puede ser formulado desde posiciones de muy distinta índole, desde las críticas deconstruccionistas a los derechos humanos y su eurocentrismo hasta las posturas antiuniversalistas como la de la teoría de Carl Schmitt, una doctrina de corte teológico-político que ve en las organizaciones internacionales, especialmente en la Sociedad de Naciones, el dominio imperial de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial sobre el resto de Estado soberanos. Evidentemente, esta postura no constituye una apuesta por la democratización internacional, sino más bien lo contrario: la defensa absoluta la soberanía estatal y la disposición be-

licista de unos Estados totalmente desentendidos del objetivo de construir una paz global. Es importante poner en diálogo a Schmitt con Ferrajoli precisamente porque representan posturas abiertamente divergentes; en otros términos, el contraste de las tesis de ambos autores permite vislumbrar dos concepciones de constitucionalismo antagónicas: la concepción global, propuesta por Ferrajoli, y la concepción identitaria, defendida por Schmitt.

Si Ferrajoli considera que dos de los nudos que hay que deshacer son, por un lado, el vínculo entre los derechos universales y la ciudadanía y, por otro, la dependencia de la paz universal respecto del poder de cada soberanía (Ferrajoli, 2022), Carl Schmitt apunta en la dirección contraria. Su oposición radical a la Sociedad de Naciones se apoya en una crítica a los principios universalistas de la institución que, según él, son el origen de las contradicciones de las que adolece dicho organismo, «[...] ya que ningún derecho puede surgir del universal entendido formalmente» (Champon, 2013: 93)⁹. Para Schmitt, resulta coherente concebir los organismos internacionales en términos «interestatales»¹⁰, es decir, como foros de encuentro entre los Estados para preservar cierta coexistencia, pero salvaguardando la soberanía de cada uno de ellos, que a su juicio es el objetivo principal de la política. Esta postura explica su radical oposición al universalismo. Por ello, de acuerdo con la teoría schmittiana —una concepción de filiación hobbesiana—, la configuración de una unión estable de naciones, en vez de Estados, supondría renunciar a la idiosincrasia propia de cada una de ellas, a la homogeneidad interna que sobrevive gracias al mantenimiento de la heterogeneidad externa. Esta apelación a la homogeneidad choca frontalmente con la propuesta de constitucionalismo global de Ferrajoli, asentado en las premisas de la pluralidad y la democratización, y entendido como un sistema de límites orientado a la «[...] ampliación del paradigma del constitucionalismo rígido» (Ferrajoli, 2022: 47-48), lo que supone establecer mecanismo de control al poder y defender «[...] el pluralismo político y [...] los derechos fundamentales» (*ibid.*: 50). A diferencia de la propuesta de Schmitt —eliminar u ocultar el pluralismo—, Ferrajoli asume la heterogeneidad como principio y aboga por la defensa del «[...] igual valor asociado a todas las diferencias, como presupuesto de su recíproco respeto y de su civil confrontación» (*ibid.*: 51). En este sentido, la Constitución de la Tierra no aspira a conformar una voluntad común, sino precisamente a hacerse cargo de la existencia de voluntades plurales para tratar de lograr un acuerdo basado su convivencia: «[...] su legitimidad, a diferencia de la de las leyes ordinarias, se funda, no en el hecho de ser querida por todos por la mayoría de todos, sino en garantizar a todos» (*ibid.*: 53).

El constitucionalismo global de Ferrajoli se contrapone nítidamente al constitucionalismo identitario de Schmitt, que concibe «[...] la constitución como la expresión de la identidad y de la voluntad de un pueblo» (*ibid.*: 48). El pueblo, considerado como el sujeto político por excelencia, se vincula indefectiblemente a una voluntad expresada a través de la constitución, lo cual supone rechazar desde el principio una política cosmopolita en nombre de las distintas identidades nacionales. En ambos modelos de constitucionalismo, la noción de alteridad difiere sustancialmente: mientras que la teoría schmittiana es agonal e incluye analíticamente el conflicto en la definición de lo político, la apuesta de Ferrajoli amplía el marco instaurando las condiciones de posibilidad de la paz como premisa teórica, concibiendo la política no como «[...] la búsqueda de un enemigo y la contraposición

identitaria amigo/enemigo, sino la concordia y la solidaridad entre diferentes» (*ibid.*: 51). El propio ejercicio de la política que propone Ferrajoli sería radicalmente opuesto al defendido por Schmitt, en la medida en que se sustenta «[...] no el choque y la guerra, sino el diálogo, el contraste y el compromiso» (*idem*).

Resulta interesante repasar brevemente el análisis concreto que Schmitt realiza de la Sociedad de las Naciones porque permite entender el modo en que los defensores de la teología política criticaron a los organismos internacionales por no defender lo suficientemente el poder absoluto de los Estados y por establecer un marco jurídico al que estos debían someterse, por muy laxo que fuera. Para Schmitt, la Sociedad de las Naciones no podía pretender ser una federación, dado que, en tal caso, sus miembros deberían estar subordinados jurídicamente y eso implicaría dos condiciones: la homogeneidad y la garantía (Schmitt, 2009*b*). El primer requisito no se da debido al gran número de Estados que conformaban la SDN. Por otro lado, la garantía es entendida en un sentido diferente al que se ha defendido en este artículo: Schmitt se refiere especialmente al artículo 10 del Pacto de la SDN, que garantiza la protección de la integridad territorial y la independencia política de sus miembros ante cualquier agresión. En su defensa del régimen nazi, Schmitt criticó el uso que la SDN hizo de aquel precepto para implementar el Tratado de Versalles (1919) contra Alemania.

En resumen, según Schmitt la Sociedad de las Naciones era una institución meramente administrativa y formal que se convirtió en un instrumento del imperialismo estadounidense. La crítica de Schmitt no debe ser interpretada como la desaprobación de una (deseable) unidad de naciones que no reúne las condiciones para realizarse. Por el contrario, lo que plantea es que esa asociación es superflua e innecesaria por la propia naturaleza autosuficiente de las naciones. A diferencia de la crítica que puede formularse a organismos internacionales de este tipo, incluida la ONU —a saber, la primacía de la política sobre el Derecho que caracteriza su funcionamiento—, la clave del rechazo de Schmitt a la SDN apunta en sentido contrario, dada su profunda animadversión a la posibilidad de que lo político puede quedar sometido al Derecho. Schmitt lamenta, además, que la SDN supuso la ya anunciada defunción del *Ius publicum europaeum*, es decir, el sistema de Derecho interestatal que surge en el siglo XVII tras la firma de los Tratados de Paz de Westfalia de 1648 que tuvieron su funcionalidad a lo largo de varios siglos hasta que la Conferencia del Congo de 1885 y, muy especialmente, las dos Guerras Mundiales, inauguraron una nueva etapa de las relaciones internacionales. Schmitt siempre expresó una suerte de nostalgia hacia el contexto de la Modernidad¹¹. Para él, la SDN acabó con las distinciones de ese *Ius publicum europaeum* que, según su visión, garantizaba la coexistencia entre Estados al trasladar la violencia a las colonias¹² y limitar el conflicto en el continente europeo a través de nociones como la del *iustus hostis* o la guerra en forma, previsiones que, según Schmitt, la SDN sustituyó por el ejercicio imperial de la política, la criminalización del enemigo y la guerra total.

Schmitt se oponía, por tanto, al tránsito del orden westfaliano al contemporáneo, que a su juicio suponía el reemplazo de un marco político en el que cada Estado podía ejercer su absolutismo en el interior y su decisionismo en el exterior en un marco jurídico internacional, como el del *Ius publicum europaeum* —sistema dotado de normas muy laxas que, aunque limitaban la guerra, permitían su desarrollo— por un «[...] simple *pactum associa-*

tionis en pactum subiectionis» (Ferrajoli, 2004: 116), es decir, por un marco caracterizado por la sujeción jurídica de la política que incluía la prohibición de la guerra, punto este que era el que mayor rechazo producía en Schmitt por razones políticas y hasta, podría decirse, existenciales, dado su pesimismo antropológico. Como explica Ferrajoli:

«La comunidad internacional que en el viejo “modelo Westfalia” era una comunidad anárquica, cuyas relaciones se fundaban únicamente en autónomos pactos bilaterales *inter partes* y en prácticas consuetudinarias, con la Carta de las Naciones Unidas se convierte en ordenamiento, dado que la prohibición de la guerra que se establece junto con las declaraciones y los pactos sobre derechos humanos que le seguirán se conciben como normas heterónomas supraordenadas a los Estados» (Ferrajoli, 2008: 368).

La teoría schmittiana de los grandes espacios surge, específicamente, para combatir la universalidad de la SDN mediante el reclamo de la pluralidad de las áreas de influencia: «Al espacio concreto del *Grossraum* la sociedad ginebrina opone principios regulativos que abrazan toda la tierra y toda la humanidad, para el jurista alemán la intromisión de todos en todo» (García Pascual, 2015). Su apuesta por los *Grossräume* es un último intento de reescribir el ya finiquitado *Ius publicum europaeum*, cuya defensa evidencia el hobbesianismo propio de la filosofía política schmittiana y su deseo de recuperar el modelo westfaliano, aunque adaptado a sus tiempos. Ahora bien, la verdadera superación del Derecho internacional tal y como lo conocemos no pasaría, como pretendía Schmitt, por el robustecimiento de los mecanismos de poder absoluto, sino más bien por todo lo contrario, es decir, por el desmontaje las estructuras que refuerzan y legitiman las decisiones teológico-políticas de los actores internacionales más poderosos y por el afianzamiento de dinámicas democráticas en el seno de las instituciones; todo ello junto con un cambio en las premisas filosóficas existenciales de la convivencia que dejen atrás los paradigmas inmunitarios y agonales y apuesten por una paz que respete las diferencias y que se construya con base en ellas.

3. LAS NACIONES UNIDAS POR VENIR: EL MOMENTO CONSTITUYENTE DE LA PAZ

«Todo el mundo siente que la ONU y el sistema de la ONU son incapaces de proponer ninguna solución [...] Algunos ya hablan de la muerte de la ONU».

(Bertrand 1995: 349)

El rasgo que define el estado actual de la opinión pública mundial respecto al papel de las Naciones Unidas en la resolución de los problemas que acucian a los ciudadanos de los distintos lugares del globo no solo es el pesimismo escéptico. También el olvido¹³ de las tragedias pasadas ha generado un estado de anestesia entre el público. Así, los retos que se plantean en el escenario presente se mueven en distintos niveles: el de la realidad material a nivel medioambiental, legal, político y económico, y el del relato y las subjetividades.

Parte de la opinión mundial atisba el componente teológico-político de la ONU: lo que perciben de manera inmediata no es su discurso jurídico, sino su componente ideológico,

de ahí que consideren que lo que está en juego va más allá de la narrativa de las normas, y que la inacción y las contradicciones de las Naciones Unidas afectan directamente a su existencia. Como escribe Bertrand, «[...] el debate sobre la naturaleza de la institución mundial es y será siempre ideológico, porque forma parte de un debate más amplio sobre el futuro de la sociedad mundial» (Bertrand, 1995: 359)¹⁴.

Según Ferrajoli, precisamente porque la ciudadanía tiene el potencial de replantearse de manera crítica la posteridad que le aguarda, puede utilizar esa desafección como acicate para contestar a los problemas actuales con una «respuesta institucional» (Ferrajoli, 2022: 47). Se trataría de hacer de la necesidad virtud y de generar una energía constituyente para poner en marcha proyectos de solución ante los diferentes retos, pese a que el *factum* de la realidad ofrezca un escenario desesperanzador.

En este esfuerzo de hacer vinculante el Derecho, en ese momento de fuerza de ley que requiere el impulso de toda legislación sin caer en las garras de la teología política, aparece el «proceso constituyente» (artículo 100 de la Constitución de la Tierra) y las «cuestiones normativas» que acarrea, entre ellas su carácter político y regulativo vinculado al deber ser y la necesidad de actualización de los derechos de acuerdo con las problemáticas actuales. Ahora bien, este ejercicio requiere de una fuerza subjetiva que movilice los ánimos y que encuentre una motivación para ello, y esto es quizás lo que presenta mayor dificultad. Apelar a razones deontológicas invocando un *deber ser* de justicia y paz no parece suficiente. Por otro lado, también puede plantearse la estrategia consistente en mostrar que una legislación mundial es más conveniente porque produce efectos positivos, aunque en línea con un utilitarismo que apela a los resultados y al beneficio de llevar a cabo acciones para favorecer la vida en este planeta.

Ese momento constituyente que consiste en la implementación por los organismos internacionales de leyes cuyo carácter vinculante viene dado por la previsión de las garantías idóneas tendría que ser vehiculado por la toma de conciencia de la necesidad de aquella implementación por parte de los ciudadanos. La pandemia y las últimas crisis han mostrado, no obstante, que apelar a la razón no siempre funciona. Por ello, habría que compensar esos mecanismos racionalizadores, que muestran como evidente la necesidad de la acción, con el surgimiento de una apelación subjetiva y simbólica que incidiera en lo más hondo el sentimiento de la ciudadanía ante dichas urgencias, pues la afectividad de las subjetividades también forma parte del juego político.

Crear un ordenamiento político conformado por nuevas medidas que, al mismo tiempo, sea capaz de generar un sentimiento público que normalice la necesidad de concebir la vida de los individuos en la tierra de otra manera requiere tiempo, inversión y educación, es decir, un esfuerzo político, pero también jurídico, de alcance global. En este último sentido, resulta necesario realizar una lectura emancipatoria del propio Derecho como la que hace el propio Ferrajoli, un Derecho que no puede limitar su rol al reforzamiento del *statu quo*, ya que la performatividad de su lenguaje y sus decisiones puede modelar también el rumbo del devenir internacional. A su vez, no puede olvidarse la variable que introducen las nuevas tecnologías, a las que se refieren también los derechos enunciados¹⁵ en la Constitución de la Tierra. Como cualquier otro instrumento, la tecnología puede servir para

llevar a cabo la difícil tarea de conectar la esfera nacional con la internacional tanto a la hora de implementar ley como de compartir una conciencia global. Las ventajas que han aportado las nuevas tecnologías son innumerables, pues han servido de herramientas para movilizar globalmente a los ciudadanos en su demanda de mejoras. No obstante, también han agudizado los procesos de polarización, aislamiento de los sujetos, negacionismo científico y censura. Unido al cansancio de las subjetividades neoliberales, todo ello produce una suerte de abulia, una falta de motivación para desmontar la desesperanza ante la inevitabilidad del cambio climático y los efectos de las guerras, que hace aún más necesaria la llamada a la acción política.

Según Ferrajoli, la propuesta de una Constitución de la Tierra no es una utopía, sino una respuesta racional y realista para hacer frente al *statu quo*. A pesar de ello, la asociación del cosmopolitismo a la idea de utopía se ha instalado de tal modo en la conciencia mundial que uno de los principales cometidos del constitucionalismo social es desacreditar esa vinculación falaz. Así, debe ser desmontada la falacia del realismo e invertir los términos del discurso dominante, que plantea como imposible los cambios que sí son factibles a través de la acción. A este respecto, Ferrajoli sostiene que «[...] la verdadera utopía, la hipótesis más irreal, de no cambiar el modo de actuar de los hombres, está en la idea de que la realidad puede permanecer indefinidamente tal como es» (*ibid.*: 123)¹⁶. Una vez más, el papel tanto teórico como o práctico que desempeñe la ONU determinará la predisposición de los habitantes del planeta hacia el optimismo, un optimismo, es preciso reconocerlo, hoy casi inexistente. Si reflexionamos en términos kantianos, podríamos afirmar que los graves errores de la ONU, incluso los retrocesos¹⁷ que se hayan podido producir debido a su inacción, no eliminan la dignidad de sus principios, es más, de ahí surge el dolor que producen sus equivocaciones. Entendidos como orientación hacia los fines de la humanidad, sus principios son irrenunciables y están estrechamente ligados a nuestros intereses. Ahora bien, cabe pensar igualmente que, del mismo modo que la Sociedad de las Naciones desapareció y fue, años después, reemplazada por una institución diferente, la ONU (Díez de Velasco, 2008), no resultaría tampoco extraño que, ante el contexto de excepcionalidad que vive la humanidad, la ONU pusiera en marcha una reforma radical de sus principios que, en función de su intensidad, podría suponer no solo una modificación sustantiva de sus estructuras, sino su radical refundación.

4. CONCLUSIONES

«Si queremos garantizar nuestra seguridad, debemos hacernos cargo de los problemas del mundo como problemas nuestros, si no por razones morales o jurídicas, al menos por conveniencia, para protección de nuestros intereses».

(Ferrajoli, 2004:57)

El planteamiento de Ferrajoli en *Por una Constitución de la Tierra* no es en absoluto condescendiente y pone a los lectores ante la situación dramática que atraviesa la humanidad de los tiempos presentes. El subtítulo de la obra no es, en este sentido, casual: «La

humanidad en la encrucijada». Esta toma de postura constituye un paso más en la línea de pensamiento que el autor había desarrollado previamente y que incide en la necesidad de pensar el Derecho internacional no en el vacío de sus normas en abstracto, sino en sus contextos particulares de aplicación. En este sentido, la Constitución de la Tierra de Ferrajoli incorpora un aspecto de relativa actualidad: la necesidad de tomar medidas en defensa de la protección de la Tierra, el hogar que los individuos deben cuidar.

Es destacable, también, la adopción de prisma kantiano —la unión entre teoría y práctica— que defiende en su obra, dicho esto en el sentido de que, para Ferrajoli, las urgencias climáticas y geopolíticas deben ser pensadas y sus soluciones implementadas. Este objetivo general solo es posible a través de la instauración de garantías para que instituciones como las Naciones Unidas puedan materializar —realmente, y no solo sobre el papel— el universalismo que constituye su esencia y su razón de ser fundacional, y hacer efectivos los derechos proclamados en los distintos instrumentos internacionales adoptados en su seno. En caso contrario, el escenario al que nos enfrentamos, que no es otro que el actual, seguirá marcado por un radical escepticismo no exento de justificación. No obstante, quizás sea necesario este estado epistemológico como paso previo para la acción, no para permanecer instalados en él. Intentar la mejora de la vida política internacional siempre dará mejores resultados que negar la utilidad del Derecho, por muy ineficaz que este parezca.

La esperanza que alberga *Por una Constitución de la Tierra* tiene fundamento y una razón coherente: dado que el contrato social y la pacificación es pensable y posible a nivel estatal¹⁸, ¿por qué no pensar que pueda ser replicado a nivel internacional? Como se ha explicado a lo largo de estas páginas, uno de los principales escollos para la consecución de ese objetivo es la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU, de ahí la lectura crítica que este artículo ha desarrollado bajo la tesis de que es en ese órgano donde se despliegan las dinámicas teológico-políticas y las aspiraciones absolutistas que impiden la democratización de la escena internacional y el sometimiento al Derecho de los intereses de las potencias más fuertes. El propio nombre del Consejo ya indica que la seguridad es el puntal de su concepción agonística que, al mismo tiempo, hace omisión de todo aquello que la hace posible, precisamente los contextos que la posibilitan o no, esto es, las situaciones de justicia e injusticia presentes en nuestro planeta: sin justicia no hay paz y, precisamente, para trasladar esas loables ideas desde ámbito de la trascendencia al de la inmanencia hacen falta, sobre todo, garantías jurídicas y, especialmente, una opinión pública mundial informada, consciente y dispuesta a defender procesos constituyentes globales que garanticen la paz.

NOTAS

1. Resulta interesante el argumento de José Luis Villacañas, según el cual ni siquiera la teología puede culminar su función integradora, menos aún en el ámbito internacional: «Desde este punto, neutralizar el conflicto interno no implica neutralizar el conflicto en el ámbito del pluriversum. De esta manera, la teología política no puede evitar la recaída en la forma del mito cuando aborda los conflictos internacionales» (Villacañas, 2008: 150).

2. O, como ya subrayó el autor en *Democracia y garantismo*, «[...] tomar en serio los derechos fundamentales significa hoy tener el coraje de desvincularlos de la noción de ciudadanía» (Ferrajoli, 2008: 38).

3. Especialmente, teniendo en cuenta que una de las aporías de la ONU estriba en que ser Estado es el requisito para entrar a formar parte de la sociedad donde rigen los derechos universales: «La paradoja, siempre la misma, es que la soberanía es incompatible con la universalidad cuando, precisamente, es requerida siempre por cualquier concepto del Derecho internacional, por consiguiente, universal o universalizable y, por ende, democrático» (Derrida, 2005: 125).

4. El historiador israelí Raz Segal detalla como la ofensiva del Estado de Israel contra la población gazatí detalla cómo iniciada tras el ataque de Hamás el 7 de octubre cumple tres de los cinco criterios que establece la Convención sobre el Genocidio de las Naciones Unidas: la matanza de miembros de un grupo, el ataque a su integridad física y mental y el sometimiento intencionado de dicha población a condiciones de vida que llevan a su destrucción (Segal, 2003).

5. En *La cuestión palestina* (2013) Edward Said subraya cómo en un principio los palestinos no estaban de acuerdo con la resolución 242 porque no afirmaba los derechos nacionales que implicaba, si bien se mostraron dispuestos a aceptarla, siempre y cuando esa cuestión fuera indiscutible. Como señala, por otro lado, Rashid Khalidi, la resolución ni siquiera nombraba a los palestinos como tales (Khalidi, 2023). Se manifiesta aquí la contradicción a la que se ha hecho referencia en el apartado 2.1. de este artículo; a este respecto, Khalidi afirma: «Con la Resolución 242, la ONU se distanciaba de su propio compromiso con aquellos derechos, consagrados por la Asamblea General en la Resolución 194 de diciembre de 1948. Una vez más, las grandes potencias trataban con arrogancia a los palestinos, que veían cómo se ignoraban sus derechos y no se los consideraba siquiera dignos de ser mencionados por su nombre en la principal decisión internacional destinada a resolver el conflicto y determinar su destino» (*ibid.*).

6. Traducción personal de la cita.

7. Dicha situación de excepción también tuvo lugar en la Guerra de los Balcanes, a la que Ferrajoli también ha dedicado muchos análisis que las limitaciones de espacio nos impiden desarrollar.

8. Sobre la Convención de Roma para instituir el Tribunal Penal Internacional en 1998, Ferrajoli ha escrito que «[...] es una vergüenza que no haya sido suscrita por los Estados Unidos, cuna del constitucionalismo, y [...] es doloroso que no haya sido suscrita por Israel, si se piensa que ese Tribunal es hijo del Tribunal de Núremberg contra el Holocausto, que fue el primer tribunal penal internacional de la historia» (Ferrajoli, 2004: 110).

9. Traducción personal de la cita.

10. «“Inter estatal” significa, en contraste con “internacional”, que los Estados, es decir, las unidades políticas, se encuentren situados unos frente a otros, cerrados hacia fuera con firmes fronteras, impenetrables, “impermeables”, y que conservan en sí mismos la decisión sobre el problema de su propia existencia (esto precisamente es lo que significa “soberano”: que no decide un extraño sobre la existencia política). “Internacional”, por el contrario, significa (en buena terminología alemana) la supresión y abolición de las distinciones nacionales; una interpenetración y asociación por encima de las fronteras de los Estados» (Schmitt, 2011:454).

11. A este respecto, resulta relevante la siguiente afirmación de Schmitt: «Voy a depositar *El Nomos de la Tierra* en la tumba del Derecho internacional europeo como si las distinciones que propongo fuesen un ramo de flores» (Schmitt, 1991:149).

12. El propio Ferrajoli recuerda que el origen del Estado moderno se funda «[...] en la negación, en cuanto “estado civil”, del estado de naturaleza [...] en la oposición entre la “civilización” y la “incivilidad”, entendida como fuente de legitimación de nuevas formas de desigualdad y dominio. Y en la afirmación,

como corolario, de un nuevo estado de naturaleza en el ámbito externo: la sociedad salvaje pero artificial de los Estados soberanos [...]» (Ferrajoli, 2004: 96).

13. «La política está perdiendo la memoria del pasado, es decir, de los “nunca más” a las guerras y a los fascismos, y la perspectiva del futuro y de las catástrofes que lo amenazan. Solo con esta amnesia y esta miopía se explican la postergación de los grandes problemas del hambre y de la miseria en el mundo, la subestimación de los peligros para el ecosistema y la ilusión de que la economía global pueda autorregularse sin necesidad de una esfera pública internacional y un rígido constitucionalismo global» (Ferrajoli, 2014: 219).

14. Traducción personal de la cita.

15. A este respecto, *vid.* el artículo 19 (inmunidad frente a imposiciones tecnológicas) o el artículo 20 (el derecho a la privacidad) (Ferrajoli, 2022: 144).

16. Portinaro ofrece un buen resumen de la oposición entre moralismo filosófico y realismo político cuando señala que «[...] donde uno se compromete en un programa ético-pedagógico destinado a cambiar la naturaleza humana, el otro parte de la convicción de la inanidad de estos esfuerzos: donde uno, coherentemente con sus presupuestos, establece una conexión plausible entre reforma moral y reforma institucional, el otro, igualmente coherentemente, deduce del postulado, apoyado en la experiencia, de la inmutabilidad humana la consecuencia de que sólo son posibles cambios institucionales limitados» (Portinaro, 1999: 36).

17. «La ONU no tiene sentido ni valor y ni quiera eficacia si en lugar de resolver pacíficamente los conflictos los agudiza hasta la guerra; si se aliena a pueblos enteros generando en ellos rabia, odio y frustración; si consagra la separación entre Norte y Sur del mundo y entre países de primera y segunda categoría» (Ferrajoli, 2004: 34).

18. Así sucedió en el tránsito de la Edad Media a la Modernidad: al igual que en la Modernidad se abandonó el estado de naturaleza civil y se obtuvo el monopolio de la ley por parte del Estado, a nivel global se podría abandonar la guerra de todos contra todos concentrando ese poder jurídico en la ONU (Ferrajoli, 2004), «[...] previsto en el capítulo VII de la Carta y con la consiguiente, progresiva superación de los ejércitos nacionales, ya auspiciada por Kant hace más de dos siglos» (Ferrajoli, 2019: 278).

BIBLIOGRAFÍA

BERTRAND, Maurice (1995): «The UN as an Organization. A Critique of its Functioning», *European Journal of International Law*, 3, 349-359.

CHAMPON, Gaëlle (2013): «La structure de la critique schmittienne du droit international: entre utopie et apologie», en N. Grangé, (ed.), *Nomos, droit, et conflit dans les relations internationales*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes.

DERRIDA, Jacques (2005): *Canallas*, Madrid: Trotta.

GARCÍA PASCUAL, Cristina (2015): *Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*, Madrid: Trotta.

GRANGÉ, Ninon (ed.) (2013): *Nomos, droit, et conflit dans les relations internationales*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes.

FERRAJOLI, Luigi (2004): *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid: Trotta.

— (2008): *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.

— (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia institucional*, Madrid: Trotta.

— (2014): *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, Madrid: Trotta.

- (2019): *Manifiesto por la igualdad*, Madrid: Trotta.
- (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Madrid: Trotta.
- HOBBSAWM, Eric (2009): *Guerra y paz en el siglo XXI*, Madrid: Biblioteca Pensamiento Crítico.
- JIMÉNEZ, Juan Carlos (2003): «El nuevo orden internacional, 1945-1989, la Organización de Naciones Unidas», en J.C. Pereira, (coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas*, Barcelona: Ariel.
- KHALIDI, Rashid (2023): *Palestina. Cien años de colonialismo y resistencia*, Madrid: Capitán Swing.
- KOLB, Robert (ed.) (2009): *Deux textes de Carl Schmitt*, París: Editions Pendone.
- KOSKENNIEMI, Martti (1995): «The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View», *European Journal of International Law*, 3, 325-348.
- (2004): «International Law as Political Theology: ¿How to read the Nomos der Erde?», *Constellations*, 4, 492-511.
- MOKHIBER, Craig (2023): [Twitter] 26 de diciembre de 2023 <https://twitter.com/CraigMokhiber/status/1739666343857643630?ref_src=twsrc%5Egoogle%7Ctwcamp%5Eserp%7Ctwgr%5Etrue>. [Consulta: 18/10/2023.]
- NEILA, José Luis (2003): «La articulación del sistema internacional de Versalles. La Sociedad de Naciones, 1919-1923», en J.C. Pereira, (coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas*, Barcelona: Ariel.
- PORTINARO, Pier Paolo (1999): *Il realismo politico*, Roma-Bari: Laterza.
- PISARELLO, Gerardo (2004): «El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli», Introducción a Ferrajoli, Luigi (aut.), *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*, Madrid: Trotta.
- SAID, Edward (2013): *La cuestión palestina*, Barcelona: Debate.
- SCHMITT, Carl (1991): *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*, Berlín: Duncker & Humblot.
- (2009a): *Teología política*, Madrid: Trotta.
- (2009b): «La question clé de la Société des Nations», en R. Kolb (ed.), *Deux textes de Carl Schmitt*, París: Editions Pendone.
- (2011): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial.
- SEGAL, Raz (2023): «A Textbook Case of Genocide» [en línea] <<https://jewishcurrents.org/a-textbook-case-of-genocide>>. [Consulta: 13/10/2023.]
- TAIBO, Carlos. (2003): «Problemas actuales de las Relaciones Internacionales», en J.C. Pereira, (coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas*, Barcelona: Ariel.
- UNITED NATIONS (2023): «“Humanity has opened the gates to hell” warns Guterres as climate coalition demands action» [en línea] <<https://news.un.org/en/story/2023/09/1141082>>. [Consulta: 15/10/2023.]
- VILLACANAS, José Luis (2008): *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Biblioteca Nueva, Madrid: Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político.
- (2020): *Neoliberalismo como teología política. Habermas, Foucault, Dardot, Laval y la historia del capitalismo contemporáneo*, Barcelona: Ned Ediciones.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

GARANTISMO: FUNCIONES E INSTITUCIONES
DE GARANTÍA EN LUIGI FERRAJOLI
*SYSTEM OF LEGAL GUARANTEES: FUNCTIONS AND
INSTITUTIONS OF GUARANTEE IN LUIGI FERRAJOLI*

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado emérito del Tribunal Supremo

RESUMEN

Este texto es un ensayo de aproximación al garantismo de Luigi Ferrajoli. Para él, los derechos fundamentales existen por su consagración constitucional, que obliga al legislador ordinario a dotarlos de las garantías imprescindibles para su efectividad práctica. Cuidar de esta, en el Estado constitucional es la función propia de las instituciones de garantía; una función históricamente descuidada, llamada en este nuevo contexto a cumplir un papel de primer orden: la gestión y la tutela del área de lo políticamente indecible, como sustraída a la discrecionalidad de la política.

PALABRAS CLAVE

Ferrajoli, Estado constitucional de derecho, garantismo, derechos y garantías, funciones de gobierno y funciones de garantía.

ABSTRACT

This text is an essay approaching the theory of the system of legal guarantees developed by Luigi Ferrajoli. According to him, fundamental rights exist because of their constitutional enshrinement, which obliges the ordinary legislator to provide them with the essential guarantees for their practical effectiveness. To guard this effectiveness is the proper function of guarantee institutions in the constitutional state. A function which has been historically neglected, and which in this new context is called to fulfil a role of the greatest importance: the management and guardianship of the area of what may not be politically decided, since it is removed from the discretion of politics.

KEYWORDS

Ferrajoli, constitutional rule of law state, system of legal guarantees, rights and guarantees, government functions versus guarantee functions.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.100>

GARANTISMO: FUNCIONES E INSTITUCIONES DE GARANTÍA EN LUIGI FERRAJOLI

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Garantismo: apunte sobre el origen del concepto. 2. Derechos y garantías: su constitucional forma de relación. 3. Déficit de garantías: una constante histórica y actual. 4. Derechos y garantías: un nuevo horizonte. Notas. Bibliografía.

1. GARANTISMO: APUNTE SOBRE EL ORIGEN DEL CONCEPTO

Guido de Ruggiero, en su espléndida *Storia del liberalismo europeo* (Ruggiero, 1962: 53 y 59), se refiere al «[...] llamado *garantismo*, es decir, a la concepción de las garantías de la libertad», como alternativa a los «[...] formales y a menudo ineficaces enunciados de su ideológica esencia». Más adelante, dirá del garantismo que es «[...] la libertad política concebida como libertad del individuo en relación con el Estado y frente al Estado»¹. A pesar de que los pasajes transcritos sugieren un preexistente uso del término y de que, a juzgar por el modo de referirse a él, cabría pensar en uno incluso obvio, por conocido, lo cierto es que no puedo asegurar que hubiera tenido semejante grado de difusión. Después de haber indagado al respecto con los medios a mi alcance, lo único que me consta es que, antes de Guido de Ruggiero, la voz «garantismo», en ese caso «garantisme»², remite a la doctrina de Charles Fourier, el socialista utópico francés que propuso la creación de unas unidades de producción y de consumo, las falanges o falansterios, basadas en una suerte de cooperativismo integral y autosuficiente, previendo en su proyecto, en la calidad de etapa intermedia en el camino hacia esa forma ideal de asociación, el «garantismo» como un sistema de seguridad social dirigido a proteger a los sujetos más débiles asegurando sus derechos básicos, comenzando por la subsistencia (Cole, 1964: 69 ss.)³.

Ya mucho más cerca de nosotros, el «garantismo» como categoría teórica y como asunto fue objeto de tratamiento en el congreso de Magistratura Democratica, la corriente de izquierda de la italiana Asociación Nacional de Magistrados⁴, celebrado en Rimini los días 3-7 de abril de 1977⁵. Allí, con esta voz se hacía referencia a la actitud asumida por el grupo, consistente en reivindicar el más riguroso respeto de las garantías constitucionales en el tratamiento jurisdiccional de la criminalidad terrorista, que en ese momento atormentaba al país. Como es tópico de todas las emergencias (y cada época tiene las suyas), frente a la representada por aquella, el Estado italiano había hecho uso del socorrido instrumento de la legalidad excepcional, bien representada por la ley n.º 152/1975, de 22 de mayo, conocida como Legge Reale, paradigmática por su reforzamiento de los poderes de la policía, con la consiguiente reducción del régimen de garantías de los derechos⁶. Luigi Ferrajoli (1994: 70-71) ha hablado expresivamente de «[...] una delegación en blanco en la magistratura por parte del sistema político, en la lucha contra el terrorismo» que, en efecto, se dio con traducción en la notable ampliación de los espacios de discrecionalidad de sus actuaciones, extensión de los términos de la prisión preventiva y reducción de las garantías de la defensa. Esta política legislativa fue duramente contestada por quienes, como Magistratura Democratica, veían en ella un claro signo de transformación autoritaria del Estado de Derecho legitimada por un (supuesto) estado de necesidad justificativo de la adopción de esas medidas.

Pues bien, el resurgimiento del garantismo, como ya lo había hecho en su momento la preocupación más general por los derechos y sus garantías frente al sistema penal del *Ancien Régime*, volvió a tener por escenario privilegiado el marco de una reflexión crítica sobre el sistema punitivo. Espacio institucional que es y ha sido siempre el del máximo conflicto entre autoridad y libertad, de cuyas vicisitudes, no por casualidad, brotó el estímulo que dio alimento a los esfuerzos teóricos de los que traen causa los principios centrales del Estado liberal de Derecho: el nexo entre libertad y legalidad, la separación entre legislación y jurisdicción, confirmando la clásica apreciación de Montesquieu (1972: 173) de que «[...] la libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas»⁷.

En los mismos medios de Magistratura Democratica se acuñó el sintagma «garantismo dinámico»⁸, que, aunque nacido sin esa pretensión, podría dar nombre a una estrategia posterior dirigida, con toda coherencia, a extender la preocupación y el esfuerzo por el desarrollo y el aseguramiento de las garantías de los derechos más allá del campo penal. Este planteamiento sería asumido por Luigi Ferrajoli en distintas intervenciones⁹, para, finalmente, hacerlo también objeto de un primer tratamiento sistemático de ejemplar rigor en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995: 851 ss.). Aquí, en el punto de partida de sus consideraciones, el autor señala que el garantismo como propuesta tiene unas implicaciones teóricas de tal grado que reclaman la elaboración de una verdadera «teoría general» al respecto.

En su consideración, la garantía es una técnica de tutela normativa del derecho subjetivo, en particular de los derechos fundamentales, y el primer rasgo caracterizador del Estado constitucional de Derecho. De este hay que decir que tampoco es casual que naciera de

la victoria sobre los nazifascismos y como reacción frente a la terrible experiencia representada por ellos, en vista de que incluso el poder propio de la democracia representativa, librado a su propia dinámica política, puede envilecerse e incluso enloquecer.

Así las cosas, y siempre en el pensamiento de nuestro autor (seguido en lo que a continuación se expone), el garantismo como planteamiento responde a una bien fundada idea pesimista del poder, a la evidencia de que este, aun en democracia, para evitar su degradación autoritaria e incluso eventualmente criminal¹⁰, necesita frenos¹¹ que, en última instancia, han de ser de Derecho. Porque, ciertamente, no hay poder bueno *per se*, de modo que la única bondad de sus proyecciones posibles que cabría esperar será la que resulte del correcto funcionamiento de un adecuado régimen de garantías, esto es, de límites y vínculos de carácter finalmente jurídicos.

Dado el punto de partida de estas consideraciones, la aludida expansión del paradigma garantista más allá del campo penal debería considerarse algo *natural* por razón de la materia. Y es que su propia lógica demanda la extensión del régimen de garantías a todos los derechos subjetivos, que, en cuanto «[...] expectativas positivas de realización de prestaciones o expectativas negativas de omisión de lesiones» (Ferrajoli, 2011b: 605), precisan de ellas como condición de su efectividad, con particular intensidad los derechos sociales, dado su carácter prestacional. Y con mayor fuerza todavía, los propios del ordenamiento internacional, dada la debilidad, o más bien la carencia, de su proyección más allá de la proclamación normativa.

2. DERECHOS Y GARANTÍAS: SU CONSTITUCIONAL FORMA DE RELACIÓN

La idea de garantía, como bien se sabe y se ha anticipado, nació, históricamente, no podría haber sido de otro modo, en el campo del Derecho privado para la tutela de los derechos patrimoniales, esencialmente el de propiedad, derecho por antonomasia (con una particular carga simbólica en su modalidad feudal, donde aparece dotado directamente de los más relevantes atributos de carácter jurídico-político).

Es una singularidad de aquellos que, en su caso, la garantía surge con el derecho mismo. En efecto, pues el contrato, su fuente, lo hace realidad, pero también, simultáneamente, dando existencia a la obligación que es su garantía primaria. Así, desde el primer momento, el derecho patrimonial emerge asociado al derecho de acción ejercitable para su defensa frente a su eventual vulneración.

Aquí se impone llamar la atención sobre un elemento central en el pensamiento de Ferrajoli en la materia (2023: 143 ss.). Es el que se concreta en la denuncia del carácter esencialmente ambiguo de los derechos patrimoniales, que, a diferencia de los de libertad, junto a su condición de derechos universales y fundamentales, tienen también la de «poderes económicos privados»¹². Esto hace que su *terreno de juego*, el mercado, no sea el espacio de libertad ideológicamente predicado como tal por el pensamiento liberal —y, más aún,

por el neoliberal, en la actual apoteosis del anarcocapitalismo global—, sino un espacio de poder. De este modo, entiendo, podría afirmarse que la supuestamente benéfica ley de la oferta y la demanda, sin eficaces reglas de Derecho que la modulen, está llamada a operar, como ha evidenciado una abrumadora experiencia secular, como desalmada ley del más fuerte. Y la famosa «mano invisible» como una *mano al cuello* de los desfavorecidos.

Por tanto, esa relevante dimensión de los derechos patrimoniales, que hace de su ejercicio un factor de riesgo para los más, que mantienen con sus titulares una relación asimétrica, de inferioridad, demanda, al igual que frente a los poderes públicos, la predisposición de los imprescindibles dispositivos y mecanismos jurídicos de tutela.

De este modo, podría decirse que Ferrajoli ha desvelado, sacándola a la luz, la cara oculta de tales derechos. Y es que, como explica el autor, mientras los considerados fundamentales son universales, inalienables e indisponibles y constituyen la base de la igualdad jurídica, los de naturaleza patrimonial son singulares, alienables y disponibles, que es por lo que constituyen las desigualdades económicas y jurídicas.

En consecuencia, la misma exigencia que llevó a la configuración del Estado como un Estado de Derecho tendría que incidir en el mercado en idéntico sentido. Única forma de evitar que los poderes que tienen a este como escenario —en virtud de su inveterada tendencia a «acumularse y concentrarse en formas absolutas» en ausencia de reglas— sigan siendo lo que han sido hasta ahora y hoy más que nunca: «poderes salvajes» (Ferrajoli, 2011: 24).

Este modo de adjetivar carece de precedentes en la literatura jurídico-política, pero no puede ser más pertinente. Desde luego, en el plano lexicográfico, ya que —se lee en el diccionario— tratándose de animales, es la manera de denotar a los no domesticados y, en el caso de los pueblos o sujetos, a los ajenos a la civilización. Pero también o, sobre todo, a tenor de lo que se sabe de las derivas del poder cuando no encuentra límites que, como se ha dicho, en última instancia, en ausencia o por el fallo de los propios de la política (demostradamente tan maleables), solo pueden ser de Derecho. Esta consideración resulta mucho más pertinente si se piensa en esa forma avasalladora de poder que es el hoy detenido, en el marco de la economía globalizada, por las grandes corporaciones, convertidas, de hecho, en auténticos *leviatanes* deslocalizados, omnipresentes y oscuros, con acreditada capacidad de imponer sus intereses no ya a las ciudadanías sobre las que se proyectan, sino también a los mismos Estados nacionales. Ningún caso más expresivo al respecto que el de los *lobbies* de los fabricantes de armamento, en el caso del americano, con su demostrada aptitud para incidir, condicionándola, la política interior e incluso la exterior del país, hasta el extremo, si no de provocar, sí de alimentar guerras.

Es característica esencial de los derechos fundamentales que, siendo normas en sí mismos, operan como tales, además, desde el vértice de la pirámide kelseniana. Pero ocurre que su garantía depende de la existencia de otras de inferior rango, cuya emanación corre a cargo del legislador ordinario. Esta dependencia de las vicisitudes prácticas de los derechos de la contribución del legislador ordinario ha llevado a numerosos autores a reducir, intuitivamente, en ellos, existencia normativa a efectividad. A considerar que, allí donde los

constitucionalmente proclamados no tuvieran asegurada a sus titulares la concreta posibilidad de disfrute y, en su caso, de eficaz reacción frente a las violaciones, el déficit experimentado no sería solo de protección, sino, por así decir, también ontológico, con afectación, pues, a su existencia misma como tales derechos. Donde no hubiera garantía institucional faltaría el derecho en sentido propio, degradado, pues, a la condición de mero *flatus vocis*.

Tal es el punto de vista de un autor tan significativo como Kelsen, para quien —es el precio que paga por su concepción del derecho «basada en la centralidad de la sanción» (Ferrajoli, 2011b: 863)— «[...] tener un derecho subjetivo significa [...] tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja» (Kelsen, 1994: 142-143). Y, todavía con más contundencia, Zolo (1994: 33), que sostiene que «[...] un derecho formalmente reconocido, pero no *justiciable* —es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos— es, *tout court*, un derecho inexistente».

Esta concepción forma parte de un cierto sentido común de cultura jurídica en general, pero sobre todo en relación con los derechos proclamados en las cartas internacionales y, más recientemente con los derechos sociales, desde que fueran proclamados en las constituciones de última generación. En estos casos, ese tópico jurídico traduce otro de un cierto realismo ingenuo o de sentido común ordinario que priva de valor a las *palabras* e impone atenderse a los *hechos*.

El planteamiento tiene una inteligente proyección en la obra de Häberle (1993: 203). Para él, la exigencia de que «[...] el hombre (no solo el ciudadano) debe ser tutelado de forma óptima frente a las amenazas para su libertad, conduce necesariamente, en las actuales condiciones, a los “derechos fundamentales como garantías procesales”». Y al resultado de que «[...] la afirmación y la tutela procesal de un derecho fundamental pertenecen a su “esencia” [que es por lo que] la idea de una efectiva tutela jurídica procesal se ha añadido al “contenido esencial” del derecho fundamental».

La propuesta es sugestiva y, en apariencia, coherente con la relevancia de la garantía jurisdiccional de los derechos en el vigente constitucionalismo. Según esta idea, la incorporación del momento de tutela a la estructura del Derecho le confiere, con la calidad de verdadera condición *sine qua non* de la propia existencia de este, una dignidad sustancial.

Pero en ese punto de vista, bajo la apariencia de una valorización de aquella, late un engaño. En efecto, pues lo que *gana* en relevancia el papel de la garantía (*a condición* de que el legislador ordinario hubiera decidido establecerla), lo *pierde*, paradójicamente, el derecho mismo, que, aun enunciado constitucionalmente, será débil en su existencia normativa donde aquella sea débil, e incluso inexistente, allí donde no concurra. Es lo que le hace decir a Ferrajoli (1999: 59) que «[...] si confundimos derechos y garantías resultan descalificadas, en el plano jurídico, las que son las más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de garantías adecuadas, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes».

Ferrajoli (2011b: 864) sitúa el fundamento en la propia naturaleza del orden jurídico. En los sistemas normativos nomoestáticos como la moral, la existencia del derecho implica la de la correlativa obligación por simple deducción racional; los sistemas nomodinámicos, como el orden jurídico-positivo, en cambio, se realizan de manera diacrónica; en ellos, cada norma debe ser concretamente *producida*, de tal manera que la proclamación constitucional del derecho *lo constituye* normativamente, lo dota *ya* de existencia como tal derecho.

En efecto, en los ordenamientos de constitución rígida, la enunciación normativa del derecho fundamental es un acto creativo del legislador constituyente que, con ello —tomando esa existencia como punto de partida—, genera, en el ordinario el deber de proveerlo de la garantía correspondiente. Así, en caso de que este lo incumpla, no comprometerá la *existencia* del derecho como tal, blindada por efecto de su propia naturaleza, sino que, como explica Ferrajoli, dará lugar a una laguna. Por tanto, en ordenamientos como los nuestros, el establecimiento de la garantía no queda —*no podría quedar*— librado al gracioso arbitrio del legislador, al ser su configuración legislativa un deber jurídico-positivo constitucionalmente impuesto.

En el planteamiento cuestionado por Ferrajoli, la consagración constitucional del derecho fundamental, en defecto de justiciabilidad, carecería de toda relevancia. Es más, de ser la existencia del derecho fundamental lo que realmente se juega en el establecimiento de la garantía, la falta de previsión de esta produciría un efecto *deconstituyente* de aquel y cerraría el paso a toda posibilidad de protección efectiva. En efecto, en presencia de un derecho constitucional normativamente previsto, aun cuando no eficientemente garantizado, el juez tendría base jurídica para, por vía interpretativa, hacerle producir algún efecto en favor de su titular. Pero donde, por el defecto de la garantía, *no existiera*, ese mismo juez carecería de toda razón jurídica para sentirse interpelado por él.

Así, resulta que lo que deparará al derecho fundamental constitucionalmente consagrado y *normativamente existente* como tal es la aludida —y depresiva— condición de *flatus vocis*: no es la ausencia de la garantía, sino *la banalización doctrinal* del papel creativo del poder y del acto constituyente, que, en el planteamiento que se cuestiona, darían con una mano aquello de lo que, a continuación, privarían con la otra.

3. DÉFICIT DE GARANTÍAS: UNA CONSTANTE HISTÓRICA Y ACTUAL

En materia de derechos, en particular de los hoy considerados fundamentales, hay una constante histórica y actual que es la falta de previsión de garantías eficaces, en especial, en el caso del ordenamiento internacional, pero también en una infinidad de ordenamientos nacionales; y el defecto de un correcto funcionamiento de las legalmente previstas, incluso en el caso de los ordenamientos más avanzados. Por eso, a tenor de las consecuencias, no resulta difícil de entender tanto la deriva teórica que se ha examinado como la objetiva relevancia del asunto.

Pues bien, las transformaciones producidas en la geografía institucional del actual Estado de Derecho han llevado a Ferrajoli a proponer una nueva lectura de la tesis de Montesquieu adaptada a las actuales circunstancias y con capacidad de incidir sobre ellas, trayendo a primer plano la necesidad de crear los presupuestos institucionales de la imprescindible garantía de los derechos fundamentales. En esta línea, ha propuesto convertir la histórica tripartición de poderes en una bipartición de funciones e instituciones. Por una parte, las funciones «de gobierno»: legislativas, gubernativas y administrativas debido a que, estrechamente conectadas, tienen la misma fuente de legitimidad (la representación política), a que su papel es de este carácter y se ejerce con un amplio margen de discrecionalidad, y a que operan en la que nuestro autor ha caracterizado como la esfera de lo (políticamente) decidible¹³. Por otra, las funciones «de garantía», que se resuelven en la aplicación de la constitución y de la ley a los supuestos previstos por una y otra, luego de haberlos identificado como tales, y que tienen a su cargo la tutela de la esfera de lo no decidible¹⁴, es decir, de la efectividad de los derechos fundamentales en los términos constitucionalmente previstos. En concreto, el respeto de las prohibiciones dirigidas a asegurar los derechos de libertad y de autonomía y el cumplimiento de las obligaciones de prestación correspondientes a los derechos sociales.

Las funciones de garantía deben estar netamente separadas de las de gobierno tanto por razón de sus distintas fuentes de legitimación como por la propia naturaleza de su cometido, al que enseguida se aludirá. Y a tenor del carácter de aquella, serán también primarias o secundarias.

Como explica Ferrajoli (2022: 385), las garantías de los derechos fundamentales de cuya prestación se trata pueden ser «primarias», que consisten en «deberes positivos absolutos, es decir, *erga omnes*, a cargo de la esfera pública»; y «secundarias», consistentes en «los remedios previstos para sus violaciones». Así pues, aquellas imponen obligaciones de prestación y prohibiciones de lesión derivadas de la existencia del derecho en beneficio de su titular. Estas tienen carácter subsidiario porque operan solo en el supuesto de crisis de las primarias, motivada por un acto u omisión inválidos o por una acción ilícita del obligado u obligados. Y son obligaciones impuestas a un sujeto, en este caso institucional, que deberá actuar a instancia del perjudicado para el restablecimiento de su derecho mediante una decisión de anulación o de condena.

Las funciones de garantía primaria son las consistentes en dar satisfacción a los derechos fundamentales, asegurando el cumplimiento de las expectativas de sus titulares, tanto las positivas o de prestación (en el caso de los derechos sociales) como las negativas o de no lesión (en el caso de los derechos de libertad y de autonomía). Y están a cargo de las instituciones administrativas de garantía primaria, encargadas de procurarla, en el estricto cumplimiento de la legalidad, previa verificación de la concurrencia, en cada caso, de los presupuestos normativos a los que aquellas se encuentren condicionadas.

La función de garantía secundaria es, esencialmente, la jurisdiccional, cuyo ejercicio consiste en reaccionar desde la legalidad frente a los eventuales incumplimientos de esta, en concreto, de la obligación de prestar las garantías primarias de los derechos fundamentales, susceptibles de producirse mediante la realización de actos inválidos o de actos ilícitos. La

institución de garantía competente al efecto es, pues, el poder judicial, cuya función se resuelve en el ejercicio de una actividad cognoscitiva, de enjuiciamiento, a fin de constatar, en su caso, la efectiva producción de esa clase de acciones, disponiendo la anulación o la condena con declaración y atribución de las correspondientes responsabilidades, todo ello en aplicación de las normas violadas.

Salvo en el caso de los derechos patrimoniales, histórica y actualmente bien garantizados, los derechos fundamentales, los sociales en particular, han padecido y padecen un esencial déficit de tutela. En el Estado constitucional de Derecho, en los países (pocos) en los que, en época todavía reciente, este alcanzó un razonable grado de desarrollo, los derechos de libertad conocieron un estimable nivel de vigencia y los derechos sociales un grado de efectividad nunca del todo satisfactorio, pero hasta entonces incluso impensable. Esto, allí donde se produjo, hoy comienza a ser historia, debido al desmantelamiento en curso de lo que hubo de Estado social y al avance del mercado global, libre de las *ataduras* de la política y del Derecho, donde los derechos, los prestacionales en particular, solo pueden naufragar.

4. DERECHOS Y GARANTÍAS: UN NUEVO HORIZONTE

Si hay algún término del lenguaje jurídico actual esencialmente asociado al nombre y la obra de Luigi Ferrajoli es el del «garantía» y, consecuentemente, por lógica derivación, también el de «garantismo».

Y, es obvio, por sabido y que resulta de lo expuesto, que esta observación va mucho más allá de lo filológico. En efecto, pues da cuenta del compromiso teórico-práctico de nuestro autor con el imperativo que —como escribiera en *Derecho y razón* (1995: 696)— brota, para el jurista consecuente, del ordenamiento de un Estado de Derecho dotado de una constitución rígida, llamándole a ser un «reformador de profesión» esforzado en promover la progresiva adecuación del ser efectivo al deber ser normativo del Derecho. Esto es algo tan cierto que, creo, cabe afirmar con total fundamento que él es quien ha puesto, por vez primera y con el imprescindible rigor, a la garantía en el lugar que lógica y jurídico-constitucionalmente le corresponde en *la economía* o, quizá mejor, en la *vida práctica* de los derechos, tratándose, como se trata, de hacer que realmente la tengan.

Además, lo ha llevado a cabo de la única manera posible: desbordando los límites convencionales de la habitual demarcación académica de las disciplinas jurídicas y los geográficos propios del Estado nacional, que han sido también los de la habitual consideración de aquellos y los de su siempre más que escasa proyección práctica.

En su proyecto de una Constitución de la Tierra, Ferrajoli traslada su propuesta teórica de tratamiento y desarrollo de los derechos, a fin de dotarlos de la imprescindible efectividad, a la escala que corresponde a su innata pretensión de universalidad. Esta, hoy, reclama la existencia de una democracia cosmopolita y, ahora, no solo por una cuestión de principio, sino también por el hecho dramático de que la suerte de los derechos de todos, de la

propia humanidad, se está jugando realmente a escala planetaria, como consecuencia de las prácticas desalmadas de unos poderes políticos y económicos que operan en este ámbito al margen de cualquier tipo de reglas.

Enfrentarse a ellos con eficacia, a fin de reconducir sus actuaciones a un marco de Derecho, requiere un perfeccionamiento del orden jurídico internacional y una nueva institucionalidad, de los que hay una propuesta detallada en la propuesta de una Constitución de la tierra, que *il Nostro* ha querido someter a un debate abierto. En este punto, opta por la modalidad federal de articulación (Ferrajoli, 2023: 240). Se trataría, escribe, de poner en pie una «federación de la Tierra», réplica de «la “federación de los pueblos” augurada por Kant», en la que «las funciones de gobierno» serían «de competencia de los Estados federados o de autónomas instituciones políticas infraestatales»; y «las funciones de garantía y las correspondientes instituciones de garantía [...] deberían ser creadas a escala global» (Ferrajoli, 2022: 72). Lo primero, explica, porque legitimadas por el principio de representación, es importante que las competencias correspondientes permanezcan lo más posible¹⁵ bajo la responsabilidad de los Estados, dada la imprescindible existencia de cierta relación de proximidad entre gobernantes y gobernados, que no se daría en un macrogobierno mundial. En cuanto a las segundas, tanto las funciones administrativas de garantía primaria como las jurisdiccionales de garantía secundaria, que se resuelven en la aplicación de la ley a los supuestos normativamente previstos, requieren un estatuto de auténtica independencia en sus aplicadores tanto en el marco de los Estados federados como en el de la federación. En fin, las relaciones entre las instituciones de garantía de uno y otro nivel se regirán por el principio de subsidiariedad, de tal manera que las de la federación se activarán cuando las instituciones de ámbito estatal o infraestatal carezcan de medios suficientes para hacer frente a sus responsabilidades (*ibid.*: 92).

En este punto, tanto porque se trata de la más profunda exigencia del modelo y el sistema proyectados como por el imperativo ineludible de salir al encuentro de las más dramáticas necesidades reales, se impone, con la máxima urgencia, la imprescindible puesta a punto de una esfera pública de Derecho a la altura de las relaciones de poder, tan desequilibradas, que se trata de regular. De estas forman parte, con un macroscópico protagonismo, lo que nuestro autor ha teorizado como «crímenes de sistema» (Ferrajoli, 2023: 436 ss.; y 2022: 38 ss.) para denotar las violaciones masivas de derechos fundamentales consagrados como tales en los textos constitucionales nacionales e internacionales, que no son ciertamente fenómenos naturales, pero que, por sus dinámicas comisivas y por su morfología, no tienen encaje en la categoría de delito propia de los códigos penales —y tampoco existe, siquiera, la posibilidad de hacerlos objeto de una denuncia eficaz desde alguna sede institucional autorizada—. Es el caso de las devastaciones del medio ambiente, de los desplazamientos de enteras poblaciones motivados por estas catástrofes, de los millones de muertos debidos a la falta de alimentos y de fármacos esenciales y a las guerras y las amenazas para la paz que hoy hacen invivible la vida de tantísimos miles seres humanos...

La obra que motiva estas reflexiones, como en su momento lo fue la de los *philosophes* y los juristas ilustrados, es una angustiada llamada, profundamente cargada de razón y de sentido, a la responsabilidad de la cultura jurídica, al compromiso de sus profesionales con

los valores capaces de informar y promover la sola alternativa posible, en una oportunidad que podría ser también la última. En efecto, pues, como dice bien Ferrajoli, su advertencia es todo menos utópica, ya que lo que hoy ha pasado a serlo realmente es la idea de que la actual situación del mundo pueda perdurar en sus enloquecidas y disparatadas constantes.

NOTAS

1. El traductor al castellano, C.G. Posada, hablará de «régimen de garantías» (1944: lxxix).
2. El vocablo está presente en el título del libro de Alhaiza (1894) dedicado a la obra de Fourier.
3. La referencia al «garantismo» se encuentra en la p. 77.
4. Vale la pena señalar que esta toma de posición de Magistratura Democrática se produjo en el contexto de una significativa transformación cultural de la judicatura del país. En efecto, pues reunida, en 1965, en su congreso celebrado en la ciudad de Gardone, la Asociación Nacional —reclamando del juez una clara conciencia «[...] del alcance político-constitucional de la propia función de garantía, para asegurar, dentro de los inviolables confines de la subordinación a la ley, una aplicación de la norma conforme a las finalidades fundamentales queridas por la Constitución»— identificaba como deberes del juez: «[...] 1) aplicar directamente las normas constitucionales, cuando sea técnicamente posible; 2) remitir a examen por la Corte Constitucional, incluso de oficio, las leyes que, en el momento interpretativo, no se presten a ser reconducidas al dictado constitucional; 3) interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que son los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal» (El texto completo puede verse en (Pizzoruso, 1974: 31, nota 47). Vale la pena señalar que este acuerdo congresual provocó una airada reacción de la alta magistratura, empeñada —en clara sintonía con la Democracia Cristiana en sus dos legislaturas— en mantener «inactuado» el texto fundamental de 1948 —*vid.* Calamandrei (2013). Hasta el punto de que este sector de los jueces abandonó la Asociación Nacional, organizándose al margen.
5. Las actas congresuales están recogidas en Magistratura Democrática (1978).
6. Como denunció Salvatore Senese (1978: 42), esta ley comportaba «[...] un desplazamiento de poder de la magistratura a la policía. Muchas de las medidas introducidas o propuestas [por ella] se m[ovían] en esta dirección, siguiendo la lógica impuesta por la legislación excepcional, no solo del todo improductiva de efectos positivos, sino grávida de posteriores estímulos criminógenos».
7. Para una excelente exposición sistemática del pensamiento de Montesquieu en la materia, *vid.* Ippolito (2018).
8. Palombarini (2000: 141) sitúa en el citado Congreso de Rímini su entrada en la escena, atribuyendo su paternidad a Salvatore Senese. Este, en efecto, hizo uso de la fórmula en Senese (1978: 707).
9. *Vid.*, en particular, Ferrajoli (1988: 107-108).
10. La experiencia de años recientes ha puesto de relieve con abrumadora claridad hasta qué punto esto es cierto, como lo demuestra la nutridísima fenomenología delictiva con sujetos públicos como protagonistas que se ha desbordado sobre nuestros países. Con la particularidad de que el número de los procesos abiertos es solamente indicativo de la realidad de un fenómeno de proporciones sensiblemente mayores, pues, según se sabe bien, en este campo de la delincuencia, por una diversidad de razones, la «cifra oscura» es ciertamente importante.

11. «La misma virtud necesita límites», escribiría expresivamente Montesquieu (1972: 150).
12. «Estos derechos [los de autonomía civil], puesto que su ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otros además de en la propia, son derechos-poder». Que «[...] están en la base de la democracia económica, del mismo modo que los derechos de autonomía política están en la base de la democracia política» Y, «precisamente por eso, son derechos potestativos, es decir, poderes y no libertades, que deben someterse a vínculos y controles jurídicos» (Ferrajoli, 2023: 332-333).
13. La propia de la producción de las decisiones legislativas y de gobierno y del ejercicio de la autonomía privada, que se desarrolla especialmente en el mercado, mediante decisiones de carácter privado. Una esfera limitada por la de *lo indecible*, a la que a continuación se hará referencia.
14. Según Ferrajoli (2011c: 22), la «*esfera de lo indecible*» es «[...] la esfera de lo “*indecible que*”, es decir, de lo que no está permitido (o está prohibido) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos individuales* que excluyen, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan dañarlos o reducirlos; y la esfera de lo “*indecible que no*”, es decir, de lo que no está permitido (o es obligatorio) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos sociales* que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas para satisfacerlos». Este planteamiento del autor ha dado lugar a que, en más de un caso, se le haya reprochado lo que sería una cuestionable limitación del campo de intervención de la política y una injustificada desconfianza en la democracia. Una objeción que, a mi juicio, no podía ser más carente de fundamento, si se tiene en cuenta que el escenario que a aquella *le deja* nuestro autor va desde lo jurídicamente indiferente hasta el Código Penal, en el que, por cierto, y bien lamentablemente, no ha dudado en precipitarse infinidad de veces en estos años.
15. Lo más posible porque en el proyecto, obviamente, la propia federación deberá contar con algunos órganos propios, encargados de desempeñar las «funciones globales de gobierno» (*vid.* art. 64 y siguientes del proyecto).

BIBLIOGRAFÍA

- ALHAIZA, Jean Adolphe (1894): *Historique de l'école sociétaire fondée par Charles Fourier suivi d'un résumé de la doctrine fouriériste et du sommaire du garantisme*, Elucidé par Hippolyte Destrem, París: La Renovation.
- CALAMANDREI, Piero (2013): *La constitución inactuada*, estudio preliminar y traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Tecnos.
- COLE, George Douglas Howard (³1964): *Historia del pensamiento socialista. I Los precursores 1789-1750*, traducción de R. Landa, México: Fondo de Cultura Económica.
- DE RUGGIERO, Guido (1962): *Historia del liberalismo europeo*, Prefacio de E. Garin, Milán: Feltrinelli, traducción de C.G. Posada, Madrid: Ediciones Pegaso.
- FERRAJOLI, Luigi (1988): «Garantismo e valori della giurisdizione», en *Magistratura Democratica, Trasformazioni sociali e ruolo della magistratura. Democrazia e cultura della giurisdizione*, edición de G. Palombarini, introducción de S. Rodotà, Rimini: Maggioli.
- (1994): «Per una storia delle idee di Magistratura Democratica», en Nello Rossi (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milán: Franco Angeli.
- (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo pena*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, prólogo de N. Bobbio, Madrid: Trotta.
- (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.

- (2011a): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
 - (2011b): *Principia iuris. 1. Teoría del derecho*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.
 - (2011c): *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia*, traducción de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.
 - (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
 - (2023): *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, traducción de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- HÄBERLE, Peter (1993): *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, traducción it. de P. Ridola, Roma: La Nuova Italia Scientifica.
- IPPOLITO, Dario (2018): *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, traducción y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- KELSEN, Hans (1994): *Teoría general de las normas*, traducción de H. C. Delory, revisada por J. F. Arriola, México: Trilla.
- MAGISTRATURA DEMOCRATICA (1978): *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Prefacio de S. Rodotà, introducción de S. Senese, Milán. Feltrinelli.
- MONTESQUIEU (1972): *Del espíritu de las leyes*, traducción de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Madrid: Tecnos.
- PALOMBARINI, Giovanni (2000): *Giudici a sinistra*, introducción de Mario Isnenghi, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PIZZORUSSO, Alessandro (ed.) (1974): *L'ordinamento giudiziario*, Bologna: Il Mulino.
- SENESE, Salvatore (1978): «Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia», Relazione al congreso di Magistratura Democratica del Segretario, *Quale giustizia*, 47-48, 699 y ss.
- ZOLO, Danilo (1994): «La strategia della cittadinanza», en Íd., *La cittadinanza. Apartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari: Laterza.

Fecha de recepción: 29 de enero de 2024.

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2024.

ESTUDIOS

Metaverso: reflexiones críticas sobre la regulación y desarrollo del Derecho en entornos virtuales

Francisco José Santamaría Ramos

La tutela penal de la sexualidad de los/las menores y/o adolescentes frente a las agresiones sexuales: consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el contexto sociohistórico actual

Alfredo Abadías Selma

METAVERSO: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA REGULACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO EN ENTORNOS VIRTUALES

METAVERSE: CRITICAL REFLECTIONS ON THE REGULATION AND DEVELOPMENT OF LAW IN VIRTUAL ENVIRONMENTS

Francisco José Santamaría Ramos

*Profesor Ayudante Doctor
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

Una de las características más relevantes del ser humano es, sin duda, su imaginación. Hemos sido capaces de superar nuestras carencias físicas a través de nuestra prodigiosa mente. No somos el animal más fuerte, no poseemos una poderosa mandíbula, no tenemos alas que nos permitan volar y tampoco tenemos branquias que nos permitan la subsistencia debajo del agua. Sin embargo, gracias a nuestra imaginación surcamos el aire, el mar y hemos sido capaces de poblar el planeta, incluso en sus territorios más inhóspitos. Aun hemos creado un género, la ciencia ficción, que nos transporta a mundos fantásticos y sugerentes en los que el ser humano convive con inventos prodigiosos, robots o incluso ciborgs. Sin embargo, en el siglo XXI cada vez hay más ciencia y menos ficción. Lo que antes eran ensoñaciones de novelistas y directores de cine, hoy día ya es una realidad que avanza a pasos agigantados. El presente trabajo analiza una de esas ensoñaciones. En 1992 surgió el concepto de metaverso para apoyar la ficción de un novelista. En 2023, el concepto de metaverso ha penetrado en la sociedad como un concepto que es real y que, además, es posible. Este estudio pretende analizar si el metaverso puede ser un lugar regulado o un lugar sin regulación. La pregunta nuclear sobre la que gira el artículo es la siguiente: ¿puede existir el Derecho en el metaverso? Para ello, analizaremos el concepto de metaverso y lo distinguiremos de algunas tecnologías actualmente existentes que pueden ser confundidas con el metaverso. También analizaremos el concepto de Derecho y realizaremos una sencilla catalogación de sus sectores para tratar de explicar que, aunque el Derecho es algo unitario, eso no implica que no pueda ser categorizado. Para finalizar, reflexionaremos sobre cómo será o podrá ser el Derecho dentro del metaverso.

PALABRAS CLAVE

Tecnología, ciberespacio, metaverso, sociedad, Derecho.

ABSTRACT

One of the most relevant characteristics of the human being is undoubtedly his imagination. We have been able to overcome our physical shortcomings through our prodigious mind. We are not the strongest animal, we do not have a powerful jaw, we do not have wings that allow us to fly, and we do not have gills that allow us to subsist underwater. And yet, thanks to our imagination, we cross the air, the sea and we have been able to populate the planet, even in its most inhospitable territories. We have even invented a genre, science fiction, that transports us to fantastic and suggestive worlds where human beings coexist with prodigious inventions, robots or even cyborgs. However, in the 21st century there is more and more science and less fiction. What were once the dreams of novelists and film directors are now a reality that is advancing by leaps and bounds. This paper precisely analyzes one of those dreams. In 1992 the concept of metaverse arised to support the fiction of a novelist. In 2023, the concept of the metaverse has penetrated society as a concept that is real and that, moreover, is possible. The present work tries to analyze if the metaverse can be a place with regulation or a place without regulation. The nuclear question on which this study revolves is the following: can Law exist in the metaverse? To do this, we will analyze the concept of the metaverse and distinguish it from some currently existing technologies that can be mistakenly identified with the metaverse. We will also analyze the concept of Law and we will carry out a simple cataloging of it, to understand that although Law is something unitary, that does not mean that it cannot be categorized. Finally, we will reflect on how the Law will be or could be within the metaverse.

KEYWORDS

Technology, cyberspace, metaverse, society, Law.

METAVERSO: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA REGULACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO EN ENTORNOS VIRTUALES

Francisco José Santamaría Ramos

Profesor Ayudante Doctor
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Definiendo metaverso y tecnología. 3. Definiendo el Derecho. 4. ¿Puede existir el Derecho en el Metaverso? 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El género denominado ciencia ficción, inicialmente asociado a la literatura, experimentó una notable expansión durante el siglo XX y se extendió al cine, la televisión, el cómic y el ámbito del entretenimiento en general. Este género posee un atractivo universal, dado que explora temáticas maravillosas, sorprendentes y especulativas sobre el futuro humano.

Gracias a la capacidad imaginativa del ser humano, a menudo la ciencia ficción logra una síntesis magistral entre la fantasía y la realidad. Sus escenarios, proyectados en futuros más o menos distantes, incorporan elementos que pueden asemejarse a nuestra sociedad actual o divergir radicalmente de lo conocido, y siempre se apoyan en aspectos relacionados con la física, la química, la biología, la sociología, la ingeniería y, en última instancia, la ciencia. Desde las historias que narran la conquista del espacio hasta las que versan sobre la coexistencia del ser humano con entidades antropomórficas, robots, cibernéticos o andróides, entre otras temáticas, la ciencia ficción ha permeado la cultura de manera significativa.

El siglo XX puede considerarse la era dorada de la ciencia ficción. En contraste, el siglo XXI está destinado a ser recordado como la era en la que la ciencia ha superado a la ficción.

Algunos ejemplos significativos nos permiten ilustrar esta evolución. En 1828 nació en Nantes (Francia) Jules Gabriel —popularmente conocido como Julio Verne—, uno de los autores más relevantes de la ciencia ficción. Aunque Verne completó sus estudios en Derecho, su legado nada tiene que ver con sus habilidades jurídicas, sino con la creación de un estilo literario único que, si en el siglo XIX exhibía un alto componente ficticio, en el siglo XXI ha adoptado una marcada inclinación hacia la ciencia. Los viajes a la luna, las travesías submarinas y la circunnavegación del globo terrestre concebidos por la imaginación de Verne tienen su correlato en los logros tecnológicos reales del siglo XX.

Otro ejemplo destacable de la convergencia entre la ciencia ficción y la realidad es *Snow Crash*, novela de Neal Stephenson publicada en 1992 que introdujo en término «metaverso». Aunque la trama no es central para nuestros propósitos, resulta crucial resaltar que esta obra aborda abiertamente la transición de la ficción a la realidad.

A finales del siglo XX, concretamente en 1999, la película *The Matrix* impactó profundamente en el ámbito del cine. El filme explora la revelación de una realidad ilusoria y el sometimiento del ser humano a la inteligencia artificial. La pregunta que surge es inevitable: ¿ciencia ficción o realidad? Lejos de ser puramente retórico, este interrogante refleja el debate actual sobre la convivencia inminente entre humanos y agentes artificiales (Santamaría, 2021: 421), entre ellos los vehículos autónomos o los asistentes virtuales.

Concluimos este recorrido con *Ready Player One*, novela de Ernest Cline cuya adaptación cinematográfica amplió su notoriedad. La obra está ambientada en 2044 y presenta un mundo paralelo al nuestro caracterizado por la superpoblación y el encarecimiento del combustible, que contrasta con una realidad virtual llamada OASIS que proporciona escape y satisfacción.

La pregunta central a la que este trabajo pretende dar respuesta es la siguiente: ¿puede el metaverso convertirse en una realidad? En caso afirmativo, ¿podremos llevar vidas duales, una en el ámbito digital y otra en el analógico? Estas cuestiones y, sobre todo, el papel del Derecho en este escenario, son el objeto central de nuestra investigación.

Es importante señalar que la conceptualización y desarrollo del metaverso no se limitan exclusivamente al ámbito del ocio, y que también aspira a ser un espacio para desarrollar actividades empresariales y profesionales. Desde una perspectiva teórica, este escenario es sumamente complejo debido a numerosos factores y a su carácter multifacético. Sin embargo, desde una perspectiva más pragmática, el problema que plantea puede resumirse en una pregunta esencial: ¿cómo se regulará el metaverso, un espacio creado por y para el ser humano, que inevitablemente se convertirá en un foro social análogo al mundo físico?

En su potencialidad, el metaverso ofrece una gama de posibilidades similar a la del mundo real: trabajo, ciencia, economía, actividades profesionales, lúdicas, formativas, deportivas, religiosas y científicas.

En este sentido, comparto la opinión de Andrés Barrio cuando señala que «[...] el metaverso nos permitirá desarrollar nuestras tareas en un ecosistema virtual; es decir, ampliará el entorno social, difuminando la línea divisoria en las dos realidades existentes, la física y la virtual» (Barrio, 2023: 199).

Las posibilidades del metaverso son infinitas, y este potencial comporta riesgos elevados, dado que impacta directamente en la vida humana y en la sociedad en general. La regulación del metaverso constituye un imperativo ineludible, de modo que en este contexto la comunidad jurídica y el Derecho deben desempeñar un papel fundamental. Establecemos, así, el escenario sobre el cual se desarrollará este trabajo.

2. DEFINIENDO METAVERSO Y TECNOLOGÍA

En los últimos tiempos, el «metaverso» se ha convertido en un vocablo tendencialmente ubicuo. Tal y como sería denominado por las generaciones más recientes, el concepto «metaverso» es *trending topic* o, en otras palabras, se trata de un término que está generando tendencia y que, por ende, está en la conversación general. No obstante, ¿cuál es la verdadera connotación de esta palabra? Si nos atenemos a su significado literal, debemos afirmar que estamos ante un concepto que es el resultado de la fusión de dos morfemas: por un lado, el prefijo griego μετά, es decir, «después» o «más allá», y, por otro, la palabra latina *universus*, que denota un conjunto que engloba un punto y todo lo que se congrega y orbita a su alrededor.

Por consiguiente, una definición rigurosa de este concepto debería trascender el punto nuclear alrededor del cual todo lo demás converge y orbita y centrarse en la indagación de lo que existe más allá de ese punto.

Otra perspectiva plausible es concebir que el universo es el conjunto de toda la materia, energía y espacio existentes y, por ende, entender que el metaverso representa, ni más ni menos, lo que va más allá de lo ya existente. En este sentido, ingresar en el metaverso supone sumergirse en un ámbito desconocido e inexplorado. Quizá esta concepción es la que más destaca entre las diversas opciones definicionales. A pesar de que el metaverso se asemeje al mundo real, no deja de ser algo completamente desconocido que requiere una exploración metódica antes de ser abordado.

Desde un punto de vista técnico o académico, resulta posible partir del concepto de metaverso que propone Matthew Ball: «Una red masiva e interoperable de mundos virtuales 3D renderizados en tiempo real que pueden ser experimentados de forma sincrónica y persistente por un número efectivamente ilimitado de usuarios con un sentido de presencia individual y con continuidad de datos, como identidad, historia, derechos, objetos, comunicaciones y pagos» (Ball, 2022: 55).

Otra definición es la que sugiere Satya Nadella, CEO de Microsoft: «Cuando hablamos de metaverso, describimos una nueva plataforma y también un nuevo tipo de aplicación, similar a cuando hablábamos de la web y páginas a principios de los noventa. El metaverso

nos permite integrar la informática en el mundo real y el mundo real en la informática, brindando presencia real a cualquier espacio digital» (Schulkin, 2022: 24).

Un concepto mucho más *filosófico* es el que suministra Ismael Santiago, para quien el metaverso «[...] es un universo posrealidad, un entorno multiusuario perpetuo y persistente que fusiona la realidad física con la realidad virtual» (Santiago, 2023: 280)

¿Cuál es, en esencia, la naturaleza del metaverso? Si lo analizamos detenidamente, el metaverso implica la replicación del mundo real y su transferencia a un espacio intangible, al mundo de internet o, si se prefiere, del ciberespacio. En este mundo intangible, podríamos experimentar cualquier tipo de vivencia.

Creo que todas las definiciones expuestas son perfectamente válidas para definir el metaverso. No obstante, en mi opinión el metaverso puede definirse como un entorno de acceso centralizado que congrega a una pluralidad de usuarios en diversos mundos virtuales. Sus características fundamentales abarcan un notable grado de inmersión y una completa independencia respecto a los usuarios. Este último rasgo se manifiesta en la persistencia del metaverso y la continuidad de la generación de situaciones incluso cuando los usuarios no están conectados.

Es preciso ser cautos para evitar que el lector ingenuo y poco versado confunda el metaverso con algunas de las tecnologías que actualmente utilizamos. No es precisamente así. El metaverso no equivale al internet de las cosas, no es la realidad extendida, no es una red social y, por supuesto, no es un videojuego. El metaverso representa el siguiente peldaño en la escala evolutiva de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Es un híbrido que amalgama todas estas tecnologías para crear algo diferente y potencialmente disruptivo que podría alterar la sociedad tal como la conocemos en la actualidad. Si las TIC revolucionaron la sociedad del siglo XX, es muy probable que el metaverso tenga un impacto similar en la sociedad del siglo XXI.

De hecho, la propia Comisión Europea define el concepto de «mundos virtuales» del siguiente modo:

«Virtual worlds are persistent, immersive environments, based on technologies including 3D and extended reality (XR), which make it possible to blend physical and digital worlds in realtime, for a variety of purposes such as designing, making simulations, collaborating, learning, socialising, carrying out transactions or providing entertainment» (Comisión Europea, 2023: 1).

Creo que merece la pena destacar varios aspectos de esta definición que, a mi entender, son esenciales para entender la gran cuestión que nos ocupa:

- Se tiende a hablar en plural. Esto debe ser considerado un error y más abajo explicaré por qué. El desarrollo y, en su caso, la persistencia del metaverso solo es posible si este es único. Desde el momento en el que se habla de varios entornos, el metaverso es concebido como un escenario fraccionado. Al igual que el acceso a internet es único y no hablamos de *varios internet*, el acceso al metaverso también ha de ser único.

- Basados en tecnologías. A mi entender, este es el punto que puede generar mayores confusiones. Tiende a pensarse que el metaverso es un tipo de tecnología cuando, en realidad, es un entorno que necesita muchas tecnologías para ser capaz de ofrecernos todo su potencial.
- Alta capacidad de inmersión. No estamos hablando de un entorno en el que solo utilizamos algunos de nuestros sentidos. El metaverso pretende ser un entorno que involucre los cinco sentidos de las personas.
- Combinación de lo físico y lo digital en tiempo real. Dicho en otros términos, hablamos de *fusionar* el mundo físico con el mundo virtual.

Por lo expuesto, antes de profundizar en el desarrollo tecnológico del metaverso es prudente analizar cada una de estas tecnologías por separado.

En primer lugar, examinemos el llamado internet de las cosas, también denominado IoT. Esta tecnología implica la capacidad real de que las personas y los objetos puedan conectarse a internet en cualquier momento y lugar (Fundación de la innovación Bankinter, 2011: 6). El concepto puede parecer simple y seguramente durante la última década no nos ha resultado extraño o inusual. Sin embargo, este hecho no debe hacernos perder la perspectiva de lo que estamos definiendo. Tal como señala Mark Weiser, considerado el precursor de la ubicuidad en las TIC: «El mundo se está convirtiendo en un campo de información global y la cantidad de datos que circulan por las redes está creciendo exponencialmente» (Weiser, 1991: 66-75).

Por tanto, nos encontramos en un marco complejo con múltiples actores que desempeñan roles esenciales en esta magna obra que llamamos sociedad de la información: en primer lugar, el entorno, es decir, internet; en segundo término, la información, crucial para comprender la sociedad del siglo XXI; por último, los principales productores de información, las personas —y, en la actualidad, también las cosas—. Este escenario exhibe una asombrosa capacidad para romper las barreras del espacio y el tiempo, y generar un ámbito en el cual las posibilidades son prácticamente infinitas. Ahora bien, a pesar de su infinitud, todas estas posibilidades comparten un atributo común: su beneficio para la sociedad. El sector privado, el ámbito empresarial, lo percibe como un mercado donde invertir esfuerzos y trabajar para que, en el futuro, se transforme en un ámbito completamente desarrollado. Es crucial recordar que la construcción de este entorno ha sido posible gracias a los numerosos avances tecnológicos de las últimas dos o tres décadas, incluyendo la miniaturización, que permite conectar a internet prácticamente cualquier objeto. En última instancia, hablar del internet de las cosas es esencialmente hablar de un conjunto de infraestructuras en las que ciertos sensores están integrados en nuestra vida cotidiana a través de nuestros dispositivos, que, a su vez, están asociados a identificadores únicos y permiten interactuar con otros dispositivos o sistemas que utilizan las capacidades de internet para comunicarse.

De manera sucinta, cabe afirmar que el internet de las cosas se fundamenta tanto en el procesamiento de información como en la capacidad de comunicación de estos elementos a través de la red con el objetivo de brindar nuevas aplicaciones y servicios mediante la

captación y el tratamiento de la información suministrada por el propio usuario del servicio para observar y analizar sus hábitos específicos¹. Este ámbito no constituye un mercado contemporáneo; su desarrollo se ha prolongado durante un tiempo considerable. No obstante, sigue siendo un mercado en pleno desarrollo y su alcance futuro es un enigma. Ejemplos paradigmáticos de esta tecnología son los vehículos autónomos, en los que el internet de las cosas desempeña un papel crucial.

En este sentido, es posible mencionar tres campos o sectores (Grupo de Trabajo del artículo 29, 2014: 5) donde se está llevando a cabo el desarrollo de esta tecnología:

- *Wearable Computing*. La traducción al castellano de esta expresión no es fácil²; desde una perspectiva académica, hace referencia a aquellos objetos que podríamos denominar «vestibles». Se trata de prendas de vestir³ o complementos a los que se les incorpora tecnología inteligente. Esta integración provoca efectos de interés, entre ellos la ubicuidad, la integración con el entorno, la comunicación y el análisis de datos. Gafas, relojes, bandas o pulseras, zapatillas o camisetas son ejemplos de esta categoría.
- *Quantified Self Things*. Se trata de objetos diseñados para ser llevados por aquellos individuos que deseen registrar información sobre sus hábitos y estilos de vida. Incluyen dispositivos como acelerómetros (capaces de medir los movimientos del abdomen, extraer información sobre el ritmo de respiración o incluso mostrar el nivel de estrés), medidores del sueño, monitores, básculas y diversos dispositivos asociados a aplicaciones que cuantifican y evalúan los hábitos o los estados de ánimo.
- Domótica. Este término, enmarcado en el internet de las cosas, alude a la aplicación de las nuevas tecnologías en edificios, hogares u oficinas —a menudo llamados edificios o espacios inteligentes—. El objetivo de la domótica es reducir el consumo energético y agregar nuevos servicios mediante el control a través de dispositivos como bombillas, termostatos, detectores de humo, estaciones meteorológicas, lavadoras y congeladores internet⁴.

En las líneas precedentes se ha explicado a grandes rasgos una tecnología, el internet de las cosas, que constituye un componente esencial de lo que denominamos metaverso, aunque, como ya se ha señalado, no es el único. Corresponde ahora analizar otra tecnología esencial para entender el metaverso: la realidad extendida. Este término engloba varias tecnologías similares que, en todo caso, pueden ser descritas de manera independiente: la realidad virtual, la realidad aumentada y la realidad mixta. Examinemos brevemente cada una de ellas.

Según Ortega Rodríguez, «[...] la realidad virtual (RV) es un entorno simulado, construido en formato digital, que cuenta con efectos visuales y sonoros para hacer creer a los usuarios que se encuentran en un ambiente que existe realmente» (Ortega, 2022: 189-208). Esta definición enfatiza que la realidad virtual es un entorno intangible, es decir, no físico, donde se simula la realidad. Su aplicación implica la simulación de un entorno físico mediante diversos efectos que engañan a los sentidos y crean la impresión de que el entorno es real y físico. En términos más concisos, la realidad virtual se caracteriza por dos

aspectos fundamentales: inmersión y presencia. La inmersión engloba todo lo que posibilita que una persona se sumerja completamente en el entorno generado digitalmente. Por su parte, la presencia abarca todo lo que permite que la persona se encuentre frente a otras personas u objetos, o incluso en el mismo lugar que esas personas u objetos. Es interesante observar que el lenguaje funciona de manera peculiar. La realidad virtual nos permite estar, sin estar, en un entorno que consideramos físico, pero que, en última instancia, no lo es. Sin embargo, lo percibimos no solo como un espacio real, sino también físico. Nuestro cerebro reacciona de la misma manera ante los estímulos reales y los «estímulos digitales».

Por su parte, la realidad aumentada es un concepto acuñado en 1992 para hacer referencia a una tecnología que permite ampliar el campo visual mediante la visualización frontal (Caudell y Mizell, 1992: 659-669). Aunque es relativamente simple desde un punto de vista técnico, esta tecnología resulta tremendamente compleja desde la perspectiva sensorial. Los seres humanos somos capaces de «completar» el mundo físico mediante una tecnología que nos permite superponer objetos digitales en el mismo. Por tanto, transformamos el entorno físico en un entorno mixto en el que el ser humano logra fusionar el mundo físico y el mundo digital. Esta tecnología puede tener diversas aplicaciones: lúdicas, como el juego Pokémon Go, y profesionales, como el escáner de mano desarrollado por AccuVein⁵, que permite mostrar la ubicación exacta de las venas en el cuerpo humano y mejorar significativamente la precisión en las intervenciones médicas invasivas.

Por último, la realidad mixta consiste en la fusión de la realidad virtual con la realidad aumentada, que permite amalgamar el mundo real y el mundo digital y posibilita las interacciones tridimensionales entre las personas, los dispositivos y el entorno. Aunque pueda parecer reciente, este concepto fue acuñado en la primera mitad de los noventa por Milgram y Kishino (1994: 1321-1329). Algunos ejemplos innovadores de esta tecnología son las gafas que proyectan una pantalla de cine y facilitan que el espectador se sumerja en una experiencia cinematográfica durante un trayecto aéreo, por ejemplo, de manera que le resulte difícil pensar que no está en una sala de cine real. Incluso algunos modelos como las gafas Glow, de la empresa Mad Gaze⁶, posibilitan la selección de películas con simples gestos de las manos. Este enfoque innovador también se aplica al modelado en tres dimensiones, la escultura virtual y la supervisión de proyectos o asistencia remota en reparaciones.

En tercer lugar, es pertinente señalar que el metaverso no es una simple red social, aunque, indiscutiblemente, incorpora elementos de esta tecnología. Incidentalmente, es esencial señalar que las redes sociales no son una invención de internet y tampoco son exclusivas del siglo XXI. Por el contrario, las redes sociales son casi tan antiguas como el propio ser humano.

Rizo sostiene que, en el sentido clásico del concepto, una red se configura como «[...] una forma de interacción social que puede definirse como un intercambio dinámico entre personas, grupos e instituciones en contextos de complejidad. Un sistema abierto y en construcción permanente que involucra a conjuntos que se identifican en las mismas necesidades y problemáticas y que se organizan para potenciar sus recursos» (Rizo, 2003: 1).

En este sentido, estamos hablando de un concepto que se origina en el mundo físico, previo a la era de internet, y que define una forma de relación social entre personas que generan una comunidad y comparten inquietudes y necesidades similares. En este contexto, unen sus recursos para lograr el bien común. El concepto de red social engloba las redes de amigos, las redes académicas e incluso las redes laborales.

Aunque en el contexto de la sociedad de la información las redes sociales mantienen su esencia o su sentido clásico, se han expandido gracias al medio en el que se desarrollan, de modo que puede afirmarse que su concepto ha experimentado una clara evolución.

En la actualidad, cuando nos referimos a una red social hablamos de una plataforma en línea que permite a los usuarios interactuar mediante el envío de mensajes y la compartición de información —textos, imágenes y vídeos— que es accesible prácticamente en tiempo real para el resto de los usuarios. A pesar de que las redes sociales surgieron en 1995 con *classmates.com* de Randy Conrands, han evolucionado de manera exponencial y poco tienen que ver con las primeras redes sociales de la década de 1990. No obstante, su naturaleza permanece, en cierta medida, inalterada.

El concepto de red social tiene sus raíces en un relato breve, «Chains», escrito en 1929 por Frigyes Karinthy⁷. En este cuento se plantea la hipótesis de que cualquier persona puede conectarse con otra a través de su línea de conocidos, limitada a no más de cinco personas intermediarias. Esto posibilita establecer una gran cantidad de vínculos organizados: las personas más familiares ocupan los primeros niveles y las menos cercanas los niveles más distantes.

En este sentido, Lidia de la Torre ha observado que «[...] las redes sociales no solamente modifican la manera de comunicarse de quienes las usan, sino que configuran y reconfiguran, integran y desintegran, la estructura social, la vida privada y la vida pública o laboral de toda la sociedad» (De la Torre, 2012: 7).

Sin embargo, esta aproximación teórica, valiosa para generar relaciones con los usuarios, no es la que ha determinado el éxito de las redes sociales. Este se fundamenta en la filosofía web 2.0, sustentada, a su vez, en tres principios básicos que ameritan ser destacados (Hernández, 2008: 78-86):

- Comunidad. La red de conocimiento es generada por las personas, los usuarios, gracias a la creación de contenidos y a la manera en que interactúan con otras personas y otros contenidos.
- Tecnología. En la actualidad, las tecnologías de la información y de las comunicaciones brindan a los usuarios una capacidad considerable para transmitir información a velocidades notables. Basta con observar la tecnología 5G, que no solo facilita una alta velocidad de transmisión, sino que también posibilita, por ejemplo, que los usuarios disfruten de *streaming* en calidad 4K.
- Arquitectura modular. Sirve para estructurar y sintetizar sistemas complejos. Además, permite el diseño de nuevas aplicaciones, posibilitando la reducción de costes.

Estos principios fundamentales son los que explican el éxito de las redes sociales. Estas no son solo lugares de encuentro para las personas, sino también espacios que proporcionan acceso a una amplia gama de servicios a sus usuarios, entre ellos el intercambio de información, el correo web, la búsqueda de conocidos o de potenciales contactos, la mensajería instantánea o los servicios móviles. En otros términos, las redes sociales han triunfado sencillamente porque satisfacen las necesidades de las personas en tres aspectos cruciales en el siglo XXI: comunicación, comunidad y cooperación.

En cuarto y último lugar, abordaremos el análisis de otra tecnología esencial para comprender el metaverso: los videojuegos.

Aunque el de los videojuegos es uno de los sectores productivos que ha experimentado un mayor crecimiento en el presente siglo, tiene su origen el 18 de octubre de 1958. En esa fecha, William Higinbotham y Robert Dvorak presentaron un simulador de tenis denominado «Tennis for Two». Este se considera el primer videojuego conocido que hizo uso de un visualizador, es decir, de un dispositivo electrónico capaz de mostrar información de manera visual, en este caso un Donner Model 30 que empleaba un osciloscopio (A+E Networks Latinoamérica, 2019: 1).

La definición de esta tecnología ha experimentado diversos estadios evolutivos. A título ilustrativo, Perandones caracteriza los videojuegos en estos términos: «Entendemos por videojuego todo juego electrónico con objetivos esencialmente lúdicos que, sirviéndose de la tecnología informática, puede presentarse en distintos soportes (fundamentalmente consolas y ordenadores personales)» (Perandones, 2011: 132).

Por su parte, Tejeiro y Peregrina proponen la siguiente definición: «Entendemos por videojuego todo juego electrónico con objetivos esencialmente lúdicos, que se sirve de la tecnología informática y permite la interacción a tiempo real del jugador con la máquina, y en el que la acción se desarrolla fundamentalmente sobre un soporte visual (que puede ser la pantalla de una consola, de un ordenador personal, de un televisor o de cualquier otro soporte semejante)» (Tejeiro y Pelegrina, 2009: 20).

Una definición más sencilla y práctica es que sugiere Quintana-Cruz, quien escribe que «[...] los videojuegos son productos digitales que se vienen utilizando desde hace muchos años como medio de entretenimiento para niños, jóvenes e inclusive adultos» (Quintana, 2022: 252). Desde mi punto de vista, esta definición es la más práctica. Un videojuego es un sistema de entrenamiento de carácter digital. Aunque no pretendo extenderme más en este asunto, quisiera reiterar la idea que, a mi juicio, todo lector tiene en mente. El juego ha sido siempre crucial para el ser humano, no solo como una mecánica de exploración que nos permite mejorar nuestras habilidades físicas y sociales, sino también como una parte esencial del ocio. Los juegos de dados, de cartas y de tablero siempre han estado arraigados en nuestras sociedades. A finales de la década de los 80 del pasado siglo, muchos jóvenes fueron atraídos por los conocidos juegos de rol, que les permitían vivir aventuras fantásticas y emocionantes desde la comodidad de sus hogares. Hoy día, los videojuegos se han convertido en una actividad lúdica y social omnipresente que es practicada de diversas formas en casi todos los hogares.

Evidentemente, los videojuegos han evolucionado en paralelo a la tecnología, han sabido reinventarse e incluso fusionarse con otras tecnologías a las que hemos hecho referencia en líneas anteriores. Sin embargo, vuelvo sobre una idea central del presente trabajo: el metaverso no es un videojuego, sino otra cosa.

No cabe duda de que tanto el metaverso como los videojuegos comparten ciertos elementos comunes. Es más, ya se ha señalado arriba que el metaverso es el resultado de la fusión de varias tecnologías. La clave para diferenciar un videojuego del metaverso o de un *mundo virtual*, tal y como lo define la Comisión Europea, se halla en los siguientes criterios:

- Función nuclear. La función principal de un videojuego es, como hemos visto, el entretenimiento y la recreación. El metaverso es algo que va más allá del mero entretenimiento. Incluye aspectos⁸ que lo convierte en un espacio multifuncional que puede llegar a reflejar numerosos aspectos de la vida real.
- Inmersión. Aunque algunos videojuegos pueden tener mundos expansivos, la persistencia del entorno está a menudo limitada a las sesiones de juego. Por el contrario, el entorno del metaverso continúa existiendo y evolucionando incluso cuando el usuario no está presente. En este sentido, la inmersión es constante, ya que el metaverso refleja la interacción continua entre el mundo físico y el mundo digital.
- Variedad de propósitos y actividades. El enfoque primario de un videojuego es la experiencia del juego, incluso aunque algunos puedan ofrecer modos de simulación y hasta elementos de carácter social. La característica esencial del metaverso es la diversidad, en la medida en que ofrece un amplio abanico de actividades: educación, comercio, interacción social.
- Multiplicidad de entornos. Como regla general, los videojuegos están confinados a un universo específico: el que ha sido diseñado para el videojuego concreto. El metaverso implica la posibilidad de interconectar múltiples entornos y plataformas creando un ecosistema expansivo y fluido. Por esta razón, considero que la Comisión Europea se equivoca al hablar de *mundos virtuales*, cuando en realidad debería hablar de metaverso.

En síntesis, puede afirmarse que el videojuego es una experiencia de juego específica y claramente enfocada a la diversión, mientras que el metaverso abarca una gama más amplia de propósitos y actividades, así como la interconexión de múltiples entornos.

Tras analizar las tecnologías que considero fundamentales para la comprensión del concepto de metaverso, es imperativo abordar la cuestión central: ¿qué es el metaverso?

Centrémonos inicialmente en una distinción esencial: el metaverso no es equiparable al internet de las cosas, la realidad extendida, las redes sociales ni a los videojuegos. Es un concepto singular que aprovecha estas tecnologías para configurar algo único, distintivo y, sobre todo, diferenciado. La insistencia en esta afirmación pretende contrarrestar la percepción general de que el metaverso es simplemente un lugar destinado al entretenimiento, con consecuencias limitadas o mínimas para la vida real. Sostengo que esto no es así.

El metaverso difiere de los videojuegos, que, aunque pueden ganar popularidad en la sociedad, se centran en la recreación. Tomemos como ejemplo Los Sims, un juego de simulación social en el cual los usuarios crean y controlan avatares en un mundo virtual. Aunque la simulación puede ser realista, su impacto en la vida real es limitado y, en la mayoría de los casos, causa la frustración del jugador. No obstante, los videojuegos incorporan elementos de las redes sociales, dado que permiten la interacción entre avatares, que son representaciones digitales de individuos reales.

Desde mi punto de vista, el metaverso representa una auténtica sociedad en línea que desplaza nuestras relaciones sociales a dos planos, el físico y el digital. Aunque algunos rasgos de nuestra personalidad ya han migrado al ámbito digital, el metaverso introduce una dualidad más completa y permite incluso que algunas personas prefieran pasar más tiempo en el metaverso que en el mundo real.

La inmersión en el metaverso se ve potenciada por tecnologías como la realidad extendida y los trajes hápticos. Estos últimos, como el TeslaSuit⁹, que dispone de 128 sensores biométricos, trascienden la mera visualización y permiten la transmisión de sensaciones al cuerpo humano y la generación de una experiencia sensorial completa. Esta capacidad de disfrutar de un entorno digital con todos los sentidos plantea interrogantes significativos sobre el desarrollo del metaverso.

Es fundamental subrayar que el metaverso no debe ser equiparado a un simple videojuego. La interacción total con el entorno y la creación de una sociedad digital son los dos rasgos que distinguen al metaverso como algo más que una mera replicación digital del mundo real. Este fenómeno suscita cuestionamientos profundos sobre la posibilidad de crear una sociedad auténticamente digital, la potencial evolución de nuestra sociedad física y la conformación de un nuevo sistema de convivencia social que podría transformar la vida tal como la conocemos. En definitiva, un desarrollo adecuado del metaverso implicará, casi inevitablemente, una modificación sustancial en la vida humana, que quedará fraccionada en dos dimensiones: la vida real y la vida en el metaverso.

3. DEFINIENDO EL DERECHO

De acuerdo con una noción ampliamente simplificada, aunque al mismo tiempo muy extendida, el Derecho constituye un conjunto de normas destinadas a regular la conducta de las personas. Sin embargo, el alcance del Derecho trasciende esta concepción elemental. La comprensión en profundidad de este concepto excede los propósitos de este estudio, razón por la cual procederemos a delinear una definición del Derecho que, aunque simple, facilite su comprensión precisa.

Definimos, entonces, el Derecho como un instrumento de regulación social. En otras palabras, el Derecho se erige en un mecanismo que facilita la regulación del sistema social mediante el abordaje de su complejidad intrínseca.

En relación con la noción de sistema social, recurriremos a la definición propuesta por el sociólogo estadounidense Talcott Parsons:

«Un sistema social consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí en una situación que tiene, al menos, aspecto físico o de medio ambiente, actores motivados por una tendencia a obtener un óptimo de gratificación y cuyas relaciones con sus situaciones (incluyendo a los demás actores) están mediadas y definidas por un sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos» (Parsons, 1999: 25).

Examinemos detenidamente esta definición, desglosando sus componentes esenciales:

- Pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí. Es evidente que la existencia de una estructura social requiere la participación de múltiples agentes involucrados en relaciones recíprocas, de modo que queda excluida la posibilidad de que un solo agente configure un sistema social.
- Aspecto físico o de medioambiente. Este elemento hace referencia a la necesidad de la existencia de un entorno físico con componentes biológicos, químicos y físicos donde los seres vivos puedan interactuar. La evolución contemporánea, no obstante, desafía ciertos paradigmas históricos en este aspecto, sobre el que añadiremos matices más adelante.
- Motivación de los actores individuales hacia la obtención de un óptimo de gratificación. Los individuos que optan por integrarse en la sociedad buscan beneficios —de seguridad, estabilidad o compañía— como contrapartida de su renuncia a la individualidad.
- Sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos. Este componente pone de relieve que la interacción y la integración constituyen características esenciales de un sistema social.

En su aproximación teórica, Parsons describe el sistema social no como algo unitario, sino como una entidad compuesta por roles, estatus e instituciones. Sin embargo, por razones de concisión y de coherencia con tema tratado en este trabajo, nos centraremos en su definición fundamental del sistema social.

Efectivamente, tal como se ha señalado, Parsons establece como requisito esencial para la existencia de un sistema social la presencia de una dimensión física o medioambiental. No obstante, es necesario tener presente que la definición de Parsons corresponde al siglo XX, un siglo caracterizado predominantemente por la existencia de un mundo físico. A pesar de que hacia finales del siglo XX ya se perfilaba la existencia de internet y emergía incipientemente la sociedad de la información, todavía transcurrirían algunos años antes de que el fenómeno conocido como web 2.0 irrumpiera en la sociedad como un elemento perturbador. Si bien algunos podrían argüir que el término más adecuado es «disruptor» —un préstamo del inglés—, hemos optado por el vocablo «perturbador» porque es, propiamente, una palabra perteneciente al léxico del español. Hecha esta aclaración, profundizaremos en la siguiente sección de este epígrafe. Por ahora, es suficiente señalar los fundamentos que más adelante constituirán el eje de nuestra argumentación.

Retornemos al punto inicial de este apartado. Recordemos que el Derecho se presenta como un instrumento de regulación del sistema social. En efecto, entendido como instrumento, el Derecho incide en los límites de la denominada libertad individual, a pesar de que también otorga un amplio margen a dicha libertad. No obstante, como he señalado en otro lugar, el Derecho siempre delimita las «relaciones sociales necesarias» (Santamaría, 2022: 40).

Debido, precisamente, a la existencia de un conjunto de relaciones indispensables en el seno de una estructura social, debemos entender que el Derecho no adopta una configuración uniforme. Por el contrario, la diversa naturaleza de la regulación de estas relaciones exige el establecimiento de una clasificación del Derecho. Sin entrar en un debate doctrinal carente de relevancia para los objetivos de este trabajo, puede afirmarse que, desde una perspectiva clásica, se ha tendido a efectuar una primera división del Derecho en función del papel que desempeña el Estado en el ordenamiento jurídico. Desde esta visión clásica, el Derecho Público alude a la organización y estructura del Estado, así como a las relaciones entre este y los particulares o ciudadanos, que se caracterizan por la clara desigualdad entre las partes, dado que el Estado adquiere una posición de prevalencia y somete a los ciudadanos a su poder. En cambio, el Derecho Privado se configura como la rama jurídica que regula las relaciones interindividuales con base en dos fundamentos: la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad. Para profundizar en esta clasificación del Derecho, cabe identificar los sectores encuadrables en ambas ramas.

Así, el Derecho público está configurado por los siguientes sectores: Derecho tributario, Derecho penal, Derecho procesal, Derecho administrativo y Derecho constitucional, y Derecho laboral (aunque este último contiene normas tanto de Derecho público como de Derecho privado).

Por su parte, el ámbito del Derecho Privado está configurado por el Derecho Civil y el Derecho Mercantil.

Procedamos a definir, aunque sea de manera concisa, cada uno de estos sectores del Derecho:

- Derecho tributario. El derecho tributario está compuesto por el conjunto de normas que regulan tanto el establecimiento como la aplicación de los tributos, es decir, aquellas obligaciones de carácter monetario establecidas unilateralmente por el Estado y destinadas al mantenimiento de las cargas públicas.
- Derecho laboral. Es el conjunto de normas cuyo propósito es regular el trabajo humano en régimen de ajenidad, dependencia o subordinación, así como las relaciones colectivas de trabajo.
- Derecho penal. Esta rama del ordenamiento se encarga de tipificar los delitos y de regular la capacidad sancionadora o represiva del Estado. Su objetivo es frenar o minimizar el impacto de la actividad criminal en la sociedad. La actividad criminal se traduce en la comisión de delitos que el Estado trata de reprimir, dado que vulneran las normas básicas de la convivencia social.

- Derecho procesal. Este sector del ordenamiento comprende el conjunto de normas destinadas a regular los procesos judiciales en los diversos órdenes jurisdiccionales, es decir, la relación compleja entre el juez, las partes y demás intervinientes. Su función es establecer las vías procedimentales para resolver las disputas planteadas por las partes basándose en hechos probados y aplicando el Derecho vigente al problema en cuestión.
- Derecho administrativo. El objeto del Derecho administrativo es regular la organización, el funcionamiento, los deberes y los poderes de la administración pública —el Estado y demás entidades públicas de carácter regional y local—, así como las relaciones entre el administrado y la administración.
- Derecho constitucional. Esta rama del ordenamiento se encarga de regular la forma del Estado, sus órganos de gobierno, las relaciones del poder público con la ciudadanía y, por supuesto, el establecimiento de los derechos fundamentales.
- Derecho civil. El Derecho civil regula las relaciones privadas entre los individuos, así como diversas cuestiones relacionadas con las personas, entre ellas los derechos subjetivos, la nacionalidad, el domicilio, la personalidad civil, las obligaciones y contratos, los derechos reales, las relaciones familiares y las sucesiones.
- Derecho mercantil. En este ámbito se regulan tanto el comercio como el estatuto de aquellas personas o entidades que participan en la actividad comercial. Además, el concepto de comercio incluye la protección del consumidor.

Es preciso señalar que las ramas del Derecho arriba enumeradas resultan pertinentes para regular un tipo de sistema social específico, aquel que se desarrolla dentro de los límites de un Estado. Sin embargo, ¿no podría argumentarse la existencia de un sistema social en el que los actores preeminentes son los propios Estados? Parece obvio que es así; por ende, es necesario tomar en consideración otra rama del Derecho: el Derecho internacional público, concebido como el conjunto de normas cuyo objeto es la regulación de las relaciones entre los distintos Estados y las denominadas organizaciones internacionales.

Al hilo de esta consideración, surge otro interrogante fundamental: ¿es viable la existencia de un comercio de índole internacional? Por supuesto que sí. Por ello, también hay que incluir en la nómina de las ramas jurídicas al Derecho internacional privado, es decir, el conjunto de normas cuyo objeto es regular el comercio internacional, el estatuto de aquellas personas o entidades que lo ejercen y, por supuesto, la protección el consumidor internacional, cada día más habitual en nuestro siglo debido a la pujanza de la sociedad de la información y de las TIC.

Como hemos señalado, la clasificación expuesta puede considerarse «clásica», pero, evidentemente, no es la única. Existen otras clasificaciones más «modernas», entendiéndose por tales aquellas que en la actualidad satisfacen mejor las demandas de la sociedad respecto al Derecho. Así, en la sociedad del siglo XXI podemos referirnos al Derecho informático, al Derecho deportivo, al Derecho urbanístico, al Derecho sanitario y a un largo etcétera.

El propósito del presente trabajo no es llevar a cabo un detallado análisis orientado a determinar cuál es la clasificación que mejor se ajusta a las necesidades de la sociedad del siglo XXI. Preferimos una clasificación más «clásica» simplemente porque consideramos que, a los efectos de este estudio, es la más práctica no solo por el espacio que conlleva su análisis y conceptualización, sino también porque agrupa en grandes ramas el complejo concepto de Derecho.

4. ¿PUEDE EXISTIR EL DERECHO EN EL METAVERSO?

Sin duda alguna, el metaverso está llamado a modificar sustancialmente muchas de las dinámicas sociales actuales. Asimismo, y como señala Serrano «[...] el metaverso también tendrá implicaciones legales» (Serrano, 2022: 78).

Corresponde ahora abordar una cuestión aparentemente sencilla que, sin embargo, en modo alguno lo es: ¿puede el Derecho tener vigencia en el metaverso? Para analizar este tema, empecemos estableciendo algunas distinciones pertinentes.

En primer lugar, resulta imperativo diferenciar el concepto de ciberespacio y el de metaverso. Esta distinción es crucial, ya que el lector podría fácilmente sentirse abrumado al encontrarse ante dos configuraciones completamente etéreas que, por ello, podrían generar confusión.

Como hemos señalado anteriormente, el metaverso constituye la amalgama de diversas tecnologías orientada a crear un espacio intangible, radicalmente distinto a lo que actualmente constituye nuestra experiencia común. Se trata de un ámbito que puede ser una representación integral de nuestro mundo o configurar una representación de épocas pasadas y aun de futuros distópicos concebidos por el ser humano. La trascendencia del metaverso no radica tanto en estos aspectos, sino en sus características distintivas: la inmersión y la presencialidad. El metaverso aspira a que el individuo experimente una inmersión completa a través de sus sentidos en un mundo totalmente digital, un mundo que, llegado a cierto nivel de desarrollo tecnológico, resultará indistinguible del mundo real. Nos encontramos, por tanto, en una situación única, inexplorada tanto por el ser humano como por la sociedad, pero también por el Derecho. Es cierto que el género de la ciencia ficción ha especulado sobre la naturaleza de este escenario, pero la humanidad aún no lo ha vivenciado de manera efectiva. En consecuencia, nos hallamos en un terreno inexplorado que nos obliga a ser prudentes en nuestras afirmaciones.

A primera vista, podría parecer que el ciberespacio –y, en particular, internet– comparte similitudes considerables con el metaverso. De hecho, en una primera impresión parecería que algunas aplicaciones o videojuegos contienen elementos propios del metaverso. Sin embargo, es importante subrayar que no son metaverso. Esta distinción debe quedar bien clara.

El ciberespacio no deja de ser una traslación de parte de nuestra vida social a un ámbito intangible como internet. No obstante, carece de las características definitorias del meta-

verso. Aunque la inmersión en internet es capaz de absorber una porción significativa de nuestro tiempo, no equivale a una inmersión real. Para ilustrar esta diferencia con un ejemplo más tangible, podríamos pensar en la inmersión total que experimentamos al practicar submarinismo y compararla con un paseo en barco que simplemente nos mantiene en la superficie del medio acuático. Aunque disfrutemos de la experiencia de la navegación, esta no es equiparable a la práctica del submarinismo. Esta diferencia sustancial entre el ciberespacio y el metaverso radica en que el primero constituye un ámbito social que podríamos calificar como superficial, mientras que el segundo se caracteriza por la plena inmersión y la presencialidad.

Continuemos el análisis del concepto de ciberespacio. Para ello, nos apoyaremos en algunas reflexiones que, a lo largo de los años, hemos compartido con nuestro mentor, el profesor Emilio Suñé. Cuando a finales del siglo XX y principios del siglo XXI surgió internet, la sociedad no anticipó la extraordinaria importancia que adquiriría en el futuro inmediato. Sin embargo, internet ha transformado por completo nuestra sociedad. No solo hemos experimentado una revolución informativa, sino que en los últimos años se han normalizado las locuciones «sociedad de la información» y «era del conocimiento». A este respecto, nos limitaremos a afirmar que el ser humano ha logrado procesar la información de una manera tan efectiva y eficaz que ha revolucionado completamente la forma en que la sociedad se comunica y actúa.

No obstante, también es preciso reconocer que la llegada de internet a nuestras vidas ha traído consigo una serie de problemas antes desconocidos. Como hemos apuntado anteriormente, internet ha supuesto una traslación de parte de nuestra vida social a un ámbito intangible. En este sentido, haremos alusión a un aforismo romano, claramente evocador: *ubi societas, ibi ius*, respecto al que, en otro lugar, tuvimos la oportunidad de señalar que «[...] contiene en su esencia una ley universal dado que gobierna el comportamiento colectivo en cualquier sociedad. No hablamos de una ley universal sino también de una ley necesaria» (Santamaría, 2022: 13).

Hacemos referencia a este aforismo porque creemos que refleja claramente una cuestión que, como ya se ha dicho, es necesaria. Allá donde existe una sociedad, existe el Derecho. Repárese en la profundidad del aforismo. «Allá donde existe sociedad», es decir, no importa que la sociedad no tenga territorio o un espacio físico de convivencia. Por tanto, podría parecer que hemos encontrado una respuesta a la pregunta que hemos formulado arriba. Si tanto el ciberespacio como el metaverso son espacios intangibles donde somos capaces de demostrar que existe sociedad, entonces debe existir el Derecho tanto en el ciberespacio como en el metaverso. La solución, sin embargo, no es tan sencilla.

Parece bastante evidente que en cualquier ámbito de convivencia social —ya sea un municipio, el Estado, el ciberespacio o el metaverso— es necesaria una regulación, es decir, una ordenación a través del Derecho. ¿Dónde reside entonces el problema? El problema es que tanto el metaverso como el ciberespacio carecen de algo que el Derecho siempre ha necesitado para ser efectivo: ambas realidades carecen de territorio, es decir, son metaterritoriales.

Entonces, ¿qué es lo que encontramos tanto en el ciberespacio como en el metaverso? Pues ni más ni menos que dos ámbitos de convivencia social plenamente desmaterializados y sin territorio. Y aquí comienzan los problemas. ¿Por qué? Porque la eficacia del Derecho reside en la coacción. Ciertamente, no todo el Derecho es coacción, pero en gran parte del Derecho el elemento coactivo es vital para su eficacia. Seguimos, pues, con el problema. La coacción solo es posible si se puede ejercer territorialmente. Y aquí chocamos de frente con el problema, dado que tanto el metaverso como el ciberespacio son intangibles, es decir, carecen de territorio. ¿Cómo es posible ejercer la coacción si no existe un territorio? Quizá el lector se vea compelido a recordar por qué es tan difícil imponer el Derecho internacional público: precisamente, por su falta de coacción. El debate en ambientes intangibles es el mismo. La coacción es de difícil aplicación al no existir el elemento territorial.

Aquí es donde, como hemos reiterado, reside nuestro primer gran problema. Tanto en el ciberespacio como en el metaverso sería necesario articular un poder constituyente metanacional. ¿Se imagina el lector a los Estados cediendo parte de su soberanía para crear un poder metanacional con potestad de decisión en los ámbitos del metaverso o del ciberespacio? Han transcurrido más de dos décadas desde el surgimiento del ciberespacio y, a nuestro juicio, no se ha vislumbrado ni una sola propuesta que camine en esta dirección. Permítasenos asumir un enfoque pesimista y afirmar que esta posibilidad tampoco será viable en el metaverso.

Sea como fuere, aún no hemos concluido con los problemas. Hemos señalado que el metaverso se distingue del ciberespacio. Continuemos con el análisis. Para ello, examinemos algunos de los elementos sociales que se dan en el ciberespacio para trasladarlos posteriormente al metaverso.

En el ámbito del ciberespacio pueden ser cometidos comportamientos sociales no deseables, como ocurre en los videojuegos o en las redes sociales: conductas intolerantes, acosos, vulneraciones de la intimidad de las personas y un largo etcétera. Como norma general, estas situaciones suelen resolverse mediante una técnica denominada «banear», que implica la expulsión del usuario del servicio, ya sea de manera temporal o indefinida. Este tipo de sanción implica la imposibilidad de acceder a la red social o al videojuego en cuestión y, por supuesto, puede conllevar la pérdida de todo el contenido que albergara la red social o el videojuego.

Otro problema recurrente en el ciberespacio es la cuestión financiera. Indudablemente, el sector empresarial ha sabido resolverla rápidamente mediante su adaptación a las legislaciones de los Estados en los que pretende operar. La creación y venta de productos materiales o digitales se ha disparado en el siglo XXI, y las personas estamos cada vez más habituadas a realizar compras de carácter internacional y a operar con dinero digital y no con dinero físico. El ámbito laboral también ha experimentado transformaciones. Las tradicionales legislaciones laborales se enfrentan a numerosos dilemas en un mundo como el digital, en el que el trabajo no se basa en la potencia productiva física de las personas. Un diseñador de videojuegos, un abogado o incluso un editor de textos pueden desempeñar sus funciones desde cualquier lugar del mundo. Actualmente, tanto el Derecho laboral

como el Derecho tributario están experimentando una profunda crisis. El fenómeno de los nómadas digitales¹⁰ estará cada vez más presente en las generaciones futuras.

Otro ejemplo digno de mención es el de los *e-sports*, un fenómeno que en nuestro siglo está en alza y que tendrá un mercado potencial de considerable interés en los próximos años. Los deportes electrónicos consisten, simplemente, en competiciones de videojuegos. La cuestión verdaderamente relevante radica en que estas competiciones ya no se limitan al ámbito *amateur*, donde un reducido grupo de personas compite en una casa para determinar quién es el mejor. No, el panorama ha evolucionado, y las competiciones adquieren un carácter profesional, hasta el punto de que las principales cadenas televisivas retransmiten eventos de esta índole. La cuestión crucial es que, en la mayoría de las legislaciones, las personas que participan en estas competiciones no ostentan la condición de deportistas profesionales, lo cual genera considerables desafíos tanto en la redacción de sus contratos como en el ámbito fiscal y de la seguridad social, por mencionar solo algunos aspectos problemáticos.

Prosigamos con más ejemplos: ¿qué ocurre con el Derecho penal en el ciberespacio? ¿Pueden existir crímenes exclusivamente digitales? En caso afirmativo, ¿cómo se persiguen estos delitos? Es verdaderamente difícil perseguir los delitos cometidos en el ciberespacio. No hay certeza del lugar de su comisión o, al menos, su determinación resulta complicada. ¿Y qué sucede con los delitos que son considerados como tales en algunos países, pero no en otros? La aplicación del Derecho en entornos de naturaleza intangible genera numerosas dudas.

Como puede observarse, el ciberespacio es, en sí mismo, un espacio complejo desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, precisamente debido a su característica principal: que es un metaterritorio donde la legislación no es homogénea. A pesar de ello, muchos de los problemas encuentran soluciones relativamente sencillas, ya que, como hemos señalado anteriormente, la inmersión y presencia del ser humano en el ciberespacio no son totales. Por tanto, aún es posible aplicar las distintas legislaciones nacionales, aunque no sin ciertas dificultades.

Centrémonos ahora en el metaverso. Supongamos que el metaverso constituye una versión evolucionada del ciberespacio cuya característica principal es ese elevado grado de inmersión y presencia de las personas en un escenario prácticamente idéntico al mundo real en todos los sentidos. En este contexto, podemos percibir un mundo intangible de manera totalmente física aprovechando al máximo nuestros cinco sentidos. Entonces, ¿a qué nos referimos exactamente? Hablamos de un entorno donde las personas pueden existir sin restricciones¹¹, generando una nueva sociedad que facilitará la interacción con otros usuarios e incluso con inteligencias artificiales de manera totalmente natural. ¿Podemos afirmar que el objetivo último del metaverso podría ser la virtualización total de la sociedad? En nuestra opinión, sí.

La convicción de que el concepto de metaverso debe ser único, con estándares que faciliten una transición sin obstáculos entre distintas experiencias, es compartida por los expertos, es decir, aquellos individuos que se dedican actualmente al desarrollo del metaverso

(Bueno, 2021: 7). Analicemos detenidamente este planteamiento y reflexionemos sobre quiénes son los verdaderos interesados en el concepto del metaverso. Principalmente, esta noción resulta atractiva para entidades u organizaciones capaces de obtener beneficios económicos de su explotación, es decir, para el sector privado, las empresas y los empresarios. Seamos realistas: internet y el ciberespacio no son atribuibles a las administraciones públicas, a los gobiernos o a los Estados, sino que son el resultado del esfuerzo del sector privado. Por ende, el desarrollo y el impulso del metaverso también recae en el ámbito privado.

Al sector privado le interesa que el metaverso sea único, o, al menos, que exista una única puerta de entrada, de manera análoga a internet. Internet es singular; no se presenta como uno, dos o tres internets, sino que cuenta con una única puerta de entrada, aunque esta pueda variar en color, tamaño o posición según el proveedor de los servicios de telecomunicación.

Para que el metaverso funcione eficientemente debe ser único. Se plantea, así, la primera gran cuestión. Para las empresas y los empresarios no es conveniente que el metaverso se fragmente, y se trata de una postura inteligente. La unicidad de la puerta de entrada permite que, una vez dentro, cada entidad, empresa o empresario ofrezca sus productos o servicios según sus objetivos y expectativas de beneficios.

La configuración del metaverso constituye la segunda cuestión de interés: ¿cómo será el metaverso? Podría representar una réplica del mundo real, duplicando la geografía con las mismas ciudades, o tener una forma y disposición diferente, como una gran urbe colmada de productos y servicios, incluyendo experiencias inmersivas en distintos escenarios históricos o futuristas. No obstante, independientemente de su disposición, considero que el metaverso será un constructo de carácter privado, lo cual podría limitar significativamente la influencia de los gobiernos y los Estados en su funcionamiento.

En este sentido, discrepo totalmente de la opinión de Barrio, que ha sostenido que la «[...] reacción regulatoria de la UE demuestra que la erosión de la soberanía estatal o la dificultad de los poderes públicos para regular el metaverso no significan en modo alguno su eclipse» (Barrio, 2023: 216)

Realmente, las iniciativas de la Unión Europea orientadas a legislar las cuestiones tecnológicas son encomiables, pero no debemos olvidar que, precisamente, si la Unión Europea es capaz de hacer frente a los retos que plantean las grandes tecnológicas es porque no es un Estado, sino que es un conjunto de Estados que han convenido en darse a sí mismos un marco regulatorio común. La fuerza, la potencia de veintisiete Estados es precisamente lo que actúa como *tapón* a las exigencias *dictatoriales* de las grandes tecnológicas. Sin embargo, me pregunto si esa presión sería igual si simplemente España o Alemania ejerciesen esa fuerza regulatoria. Es posible que Barrio tenga cierto grado de razón, puede que el eclipse no sea total. No obstante, al fin y al cabo, es un eclipse.

Surgen preguntas cruciales sobre la regulación en el metaverso: ¿existirán normas y serán similares a las del mundo real o completamente distintas? ¿Qué autoridad velará por el cumplimiento normativo? Aquí es donde surge el problema central: la coacción. ¿Quién tendrá el poder de velar por el cumplimiento normativo y aplicar la coacción? Dado que

la presencia del poder público en el metaverso es limitada, esta responsabilidad recae en manos del sector privado, de modo que todo estará sujeto a la contratación privada. Es decir, la regulación legal del metaverso queda en manos del Derecho privado, y los particulares, a través de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad, determinarán el control normativo del metaverso. Sin embargo, surgen interrogantes sobre cómo se integra un contrato de prestación de servicios en el metaverso y qué rol desempeñan la moral y el orden público en este entorno.

Bajo la presente perspectiva, se identifican dos categorías de contratación en el ámbito del metaverso:

- Contratación Básica. Referida al acceso al metaverso, este tipo de contratación regula la relación entre el usuario y el proveedor de servicios de entrada al metaverso. Este servicio de intermediación facilita el contacto del usuario con los servicios reales dentro del metaverso y constituye el acceso fundamental a esta dimensión virtual. Se plantea la necesidad de regular aspectos vinculados al avatar¹² del usuario dentro del metaverso, una cuestión que será abordada en apartados posteriores de este análisis.
- Contratación Específica. Engloba los diversos productos o servicios ofrecidos por las distintas empresas y empresarios presentes en el metaverso.

En ambos casos —el contrato básico o el contrato específico—, la principal disyuntiva radica en si la limitación y control correrá a cargo del Derecho público —es decir, del marco jurídico de los Estados— o si, por el contrario, el metaverso será regulado por contratos en los que la supremacía y control recaerán en entidades privadas, que tendrán el poder de imponer a los usuarios cláusulas generales de contratación de carácter fuertemente restrictivo.

Para concluir este análisis, es esencial abordar un concepto crucial en el metaverso: el avatar. Este elemento representa la entidad corporal del individuo en dicho entorno virtual, que puede asemejarse físicamente al usuario o adoptar una apariencia distinta. La representación corporal en el metaverso se configura como una expresión de la personalidad del individuo, y plantea la cuestión de si esta identidad será única o modificable. Este aspecto reviste importancia cuando nos concebimos como parte de una sociedad intangible que trata de promover y proteger el Derecho en general y los derechos humanos en particular.

A medida que concluyo este estudio, surgen más preguntas que certezas. ¿Merecen respeto los derechos humanos y la reputación de un usuario que tiene una conexión significativa con su avatar en el metaverso? ¿Cómo afecta la prevalencia de los ingresos generados en el metaverso en la dinámica económica y social? ¿Se pueden establecer dinámicas políticas y sociales dentro del metaverso? Estos interrogantes, entre otros, plantean retos significativos que aún requieren respuestas más profundas.

A pesar de estas incertidumbres, pueden extraerse algunas conclusiones de lo dicho hasta aquí.

5. CONCLUSIONES

i) El siglo XXI será recordado como la era en la que la ciencia prevalece sobre la ficción de manera creciente. Todo lo concebido por el ser humano puede materializarse para bien y para mal.

ii) El metaverso es un concepto intrincado que, potencialmente, abarca la totalidad. Por ello, el metaverso ejercerá una innegable influencia directa sobre el ser humano y la sociedad con independencia de la voluntad del individuo de consumirlo. Nos referimos a un ámbito intangible en el que la humanidad será capaz de vivir una diversidad de experiencias.

iii) El metaverso no debe ser confundido con algunas de las tecnologías ya disponibles. El metaverso no se asemeja al internet de las cosas, a la realidad extendida o a las redes sociales y, por supuesto, no puede ser calificado como un videojuego. El metaverso representa un escenario híbrido que capitaliza todas estas tecnologías para generar algo singular, novedoso y con un potencial disruptivo. No debemos olvidar que el metaverso tiene la capacidad de transformar la sociedad tal como la conocemos actualmente.

iv) El Derecho actúa como instrumento de regulación social y permite la gestión de lo que denominamos sistema social. Por consiguiente, el Derecho se configura como un mecanismo que posibilita la intervención en los límites de la libertad individual.

v) El Derecho no es uniforme; al contrario, es susceptible de ser catalogado. Desde una perspectiva clásica, se ha establecido una primera división basada en el papel del Estado dentro del Derecho. El Derecho Público aborda la organización y estructura del Estado y sus relaciones con los ciudadanos, mientras que el Derecho Privado regula los negocios jurídicos y las relaciones entre los particulares. Asimismo, se ha identificado una vertiente internacional del Derecho conformada por el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado. Finalmente, hemos destacado otras clasificaciones que responden de manera más realista a las demandas de la sociedad del siglo XXI.

vi) Nos hemos esforzado por responder a una pregunta de gran trascendencia: ¿es viable la existencia del Derecho en el metaverso? Aunque inicialmente la respuesta a este interrogante parece fácil, ha evolucionado hacia una problemática que ha generado más preguntas que respuestas. Sin embargo, consideramos que se han sentado las bases para orientarnos hacia el metaverso.

vii) El metaverso se configura como un constructo de índole privada. En nuestra opinión, resulta bastante improbable que los gobiernos y los Estados ejerzan una influencia significativa en este ámbito. El Derecho internacional público debe reconocer la urgencia de actuar y, por ende, es imperativo establecer una regulación metanacional susceptible de ser impuesta por cualquier Estado en cualquier rincón del mundo. Otra alternativa sería la creación de una autoridad metanacional con entidad propia y plena independencia, capaz de imponer la coacción ante cualquier hecho o circunstancia que contravenga una legislación global, única y homogénea sobre el metaverso. De lo contrario, nos encaminamos hacia un modelo de metaverso dominado y controlado por entidades privadas. Este control

y dominación serán rigurosos, severos y fundamentados en estrictas condiciones generales de contratación.

viii) Que el Derecho adquiera presencia en el metaverso implica una auténtica revolución no precisamente de índole social. Este proceso exige un cambio de pensamiento radical, así como el fomento de la conciencia política y social para avanzar y unir esfuerzos incluso a expensas de la pérdida de soberanía. Cualquier otro enfoque supondría la victoria del Derecho de contratación y de las cláusulas generales de contratación

NOTAS

1. ¿Alguna vez el lector ha tenido la sensación de que su teléfono sabe con precisión adónde se dirige? Efectivamente, las alertas de nuestro *smartphone* o de nuestro *smartwatch* que nos indican el tiempo que tardaremos en llegar a nuestro destino y la mejor ruta para ello son fruto del internet de las cosas. Y fíjese el lector en el cambio sustancial que se ha generado en los últimos 10 años. No estoy hablando de que nosotros, los usuarios, demandemos esa información al dispositivo. Estoy hablando de que el dispositivo nos proporciona la información sin que necesitemos solicitarla. Ese es el cambio generado por la IoT, pero no es el único.
2. El Grupo de Trabajo del art. 29 los definía en castellano como *ordenadores corporales*. Sin embargo, creo que es un término poco conveniente. Por ello, utilizo el vocablo *vestible*.
3. Hablamos de unas tecnologías que son capaces de medir el rendimiento físico diario de su usuario. Posteriormente, se conectan a una aplicación que registra toda la información recopilada y lleva a cabo el seguimiento del progreso del usuario, proponiéndole otros servicios adicionales: dietas, planes específicos de entrenamiento, etc.
4. ¿Se imagina el lector encender o apagar la luz, la calefacción o el aire acondicionado desde el trabajo? ¿O que un inodoro pueda analizar nuestras deposiciones y proponernos mejoras en nuestra alimentación? Ya no es necesario imaginarlo. Muchas de estas cuestiones ya son, hoy en día, posibles.
5. Disponible en: <<https://www.accuvein.com/vein-visualization-system/>>.
6. Disponible en: <<https://www.madgaze.com/glow/>>.
7. Disponible en: <https://vadeker.net/articles/Karinthy-Chain-Links_1929.pdf>.
8. Colaboración, aprendizaje, simulación, transacciones, etc.
9. Disponible en: <<https://teslasuit.io/>>.
10. Hablamos de personas que desarrollan su actividad laboral de forma completamente remota, desde ciudades o países distintos a aquellos en los que está localizada la entidad para la cual trabajan. En un caso extremo, pueden ser personas totalmente móviles, es decir, que carezcan de residencia fija.
11. Es incluso posible o probable que podamos superar las leyes de la física en el metaverso.
12. Y, por supuesto, de sus elementos cosméticos. Por ejemplo, la ropa o los accesorios, e incluso su monedero virtual a través del que puede accederse al resto de productos o servicios ofrecidos dentro del metaverso.

BIBLIOGRAFÍA

- A+E NETWORKS LATINOAMERICA (2019): «Historyplay.tv. Se lanza “Tennis for two”, considerado el primer videojuego de la historia» [en línea] <<https://latam.historyplay.tv/hoy-en-la-historia/se-lanza-tennis-two-considerado-el-primer-videojuego-de-la-historia>>. [Consulta: 12/02/2024.]
- BALL, Mattherw (2022): *El metaverso: Y cómo lo revolucionará todo*, traducción de A. González Sanz, Barcelona: Deusto.
- BARRIO, Andrés (2023): «El Metaverso y su impacto en el Estado y la soberanía», *Revista de Derecho Político*, 117, 197-220.
- BUENO, Carlos (2021): «Estoy en el metaverso, ahora vuelvo», *En Digital 4.0*, 93, 1-7.
- CAUDELL, Thomas y David MIZELL (1992): «Augmented reality: an application of heads-up display technology to manual manufacturing processes. Proceedings of the Twenty-Fifth» *Hawaii International Conference on System Sciences*, 2, 659-669.
- COMISIÓN EUROPEA (2023): *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions: An EU Initiative on Web 4.0 and Virtual Worlds: A Head Start in the Next Technological Era*.
- FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN BANKINTER (2011): *El Internet de las Cosas. En un mundo conectado de objetos inteligentes*, Madrid: Future Trends Forum.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 (2014): *Opinion 8/2014 on Recent Developments on the Internet of Things*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp223_en.pdf>.
- HERNÁNDEZ, J. (2008). «Web 2.0: ¿tecnología para educar?» *Innovación Educativa*, 45, 78-86. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=179420818005>>.
- MILGRAM, Paul y Fumio KISHINO (1994): «Taxonomy of mixed reality visual displays», *IEICE Transactions on Information and Systems*, 12, 1321-1329.
- ORTEGA RODRÍGUEZ, Pablo Javier (2022): «De la Realidad Extendida al Metaverso: una reflexión crítica sobre las aportaciones a la educación», *Teoría De La Educación. Revista Interuniversitaria*, 34, 189-208.
- PARSONS, Talcott (1999): *El sistema social*, Madrid: Alianza Editorial.
- PERANDONES SERRANO, Eva (2011): *El videojuego en los hospitales: diseño e implementación de actividades y formación de educadores*, Madrid: Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Bellas Artes, Departamento de Didáctica de la Expresión Plástica.
- QUINTANA-CRUZ, Hernan (2022): «Utilización de videojuegos en la industria y en la educación», *Ingeniería Industrial*, 42, 251-264.
- RIZO GARCÍA, Marta (2003): *Redes. Una aproximación al concepto*, Canaculta: Unesco.
- SANTAMARÍA RAMOS, Francisco José (2021): «Agentes Artificiales», en F.J. Santamaría Ramos, (coord.), *Tecnoretos del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022): *Introducción al sistema jurídico español*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SANTIAGO MORENO, Ismael (2023): *NFT y metaverso. La economía intangible en 100 preguntas*, Madrid: Nowtilus.
- SCHULKIN, Jay (2022): *Vuelta por el metaverso*, Buenos Aires: Galerna.
- TEJEIRO SALGUERO, Ricardo y Manuel PELEGRINA DEL RÍO (2009): *La psicología de los videojuegos*, Málaga: Ediciones Aljibe.
- TORRE, Lidia de la (2012): «Las redes sociales: conceptos y teorías» [en línea] *Consonancias*, 11, 39 <dn: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/redes-sociales-conceptos-teorias.pdf>>. [Consulta: 20/11/2023.]
- WEISER, Mark (1991): «The Computer for the 21st Century», *Scientific American*, 265, 66-75.

Fecha de recepción: 3 de julio de 2023.

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2024.

LA TUTELA PENAL DE LOS/LAS MENORES Y/O ADOLESCENTES FRENTE
A LAS AGRESIONES SEXUALES: CONSIDERACIONES EN TORNO AL BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CONTEXTO SOCIOHISTÓRICO ACTUAL*

*THE CRIMINAL PROTECTION OF MINORS AND/OR TEENAGERS AGAINST
SEXUAL ASSAULTS: CONSIDERATIONS AROUND THE PROTECTED
LEGAL GOOD IN THE CURRENT SOCIO-HISTORICAL CONTEXT*

Alfredo Abadías Selma

*Profesor Contratado Doctor de Derecho penal
Universidad Internacional de La Rioja UNIR
Grupo de investigación Penalcrim*

«Los niños tienen más necesidad de modelos que de críticos»
(Carolyn Coats)

RESUMEN

En los últimos años, los delitos de agresión sexual han generado estupor en la sociedad, sentimiento que, junto a la crispación, se ha trasladado a la clase política, así como al legislador y a los operadores jurídicos. Las agresiones sexuales pueden cometerse no solo físicamente, sino también a través de medios telemáticos de diversa índole. Algunas de ellas afectan a un colectivo especialmente vulnerable: los/las menores y/o adolescentes. El presente trabajo pretende realizar una aproximación etiológica transversal hacia la realidad para tratar de comprender las causas de que actualmente cometan crímenes que atentan contra la sexualidad de los/las menores y/o adolescentes de diversas formas, entre ellas las perpetradas por personas muy próximas a las víctimas, por miembros de instituciones religiosas de honda raigambre e incluso de forma grupal, en «Manada». Partiendo de una casuística reciente muy documentada, se analizan algunos estudios nacionales e internacionales sobre la fenomenología de las agresiones sexuales y de los bienes jurídicos tutelados, que han evolucionado con los tiempos. Asimismo, se realiza una exégesis de los bienes jurídicos que se lesionan cuando se producen agresiones sexuales contra menores y/o adolescentes en un contexto en el que la inmediatez, la falta de reflexiones meditadas y la propia convulsión de nuestro tiempo e reflexiones desde varias ramas del saber.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, agresiones sexuales a menores, agresiones grupales entre menores, libertad sexual, indemnidad sexual.

ABSTRACT

Sexual assaults constitute a series of crimes that clearly in recent years have caused great stupor in society, which has been extrapolated to the political class with great tension, to the legislator, and therefore to legal operators. Among sexual assaults, which can no longer only be committed physically, but also through telematic means of various kinds, there are those that are committed against minors and/or adolescents as a highly vulnerable group. The present work aims to carry out a transversal etiological approach to the reality of our time in order to understand what is happening currently to commit crimes that attack the sexuality of minors and/or adolescents in different ways, among which we find the one that is perpetrated by people very close to the victims, deeply rooted religious institutions and even with more recent media impact, in a group way, in «Manada». Starting from a well-documented recent casuistry, some national and international studies of the most authoritative doctrine on the phenomenology of sexual assaults are analyzed, which violate legal rights that have evolved over time. Likewise, an exegesis is carried out regarding the legal rights that are injured when sexual assaults against minors and/or adolescents occur in a context in which the immediacy, lack of calm and the turbulent times in which we live make it necessary that we contribute a series of reflections from various branches of knowledge.

KEYWORDS

Sexual assault, sexual assaults on minors, group attacks among minors, sexual freedom, sexual indemnity.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.102>

* El presente trabajo se incardina en el Proyecto: Medidas inclusivas para menores en situación de exclusión social. ProyExcel_00514. Investigador principal: Dr. Octavio García Pérez. Financiado por la Junta de Andalucía. Asimismo, es resultado del proyecto de investigación: Análisis retrospectivo de factores concurrentes en los feminicidios de pareja y su evolución en el tiempo para el diseño de mecanismos de prevención (PREVENFEM). Referencia: PID2022-142009OB-I00. IP. Dr. Javier Gustavo Fernández Teruelo. Contacto: alfredo.abadias@unir.net

LA TUTELA PENAL DE LOS/LAS MENORES Y/O ADOLESCENTES FRENTE A LAS AGRESIONES SEXUALES: CONSIDERACIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CONTEXTO SOCIOHISTÓRICO ACTUAL

Alfredo Abadías Selma

Profesor Contratado Doctor de Derecho penal
Universidad Internacional de La Rioja UNIR
Grupo de investigación Penalcrim

Sumario: 1. Hacia una panóptica comprensión de nuestro tiempo 2. Casuística sobre agresiones sexuales a menores y/o adolescentes 3. Investigaciones e informes sobre el estado de la cuestión. 3.1. Investigaciones nacionales. 3.2. Investigaciones internacionales. 4. ¿Libertad o indemnidad sexual?: consideraciones sobre el bien jurídico en víctimas menores de edad. Una panorámica temporal 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. HACIA UNA PANÓPTICA COMPRENSIÓN DE NUESTRO TIEMPO

Vivimos en unos tiempos en los que todo o casi todo se intenta etiquetar y adjetivar para tratar de hallar una especie de dialecto epocal que nos ayude a aprehender la realidad y comprenderla. *Ad exemplum*, la «globalización» (FMI, 2023), con sus oportunidades y desafíos, la «aldea global», la «cuarta revolución industrial» (Schawb, 2016)¹ o el «meta-verso» son, entre otros, términos más o menos afortunados que desde diversas disciplinas del saber pretenden ofrecer una explicación comprensiva y coherente de una realidad mutante, poliédrica, dinámica y convulsa que nos sitúa ante una lid quimérica, cuando no quijotesca.

Pasamos nuestros días inmersos/as en la «modernidad líquida» (Bauman, 2022) en la que la fluidez —característica intrínseca de los líquidos y los gases— nos obliga a reflexionar y replantearnos conceptos férreos, pétreos y casi perennes que hasta hace poco constituían para nosotros un fiel y seguro asidero. En principio, ello no debe considerarse negativo, dado que en numerosos momentos de la historia ha sido necesario romper moldes, «derretir sólidos» la mayor parte de las veces de forma traumática para la humanidad, que ha tenido que enfrentarse a revoluciones de todo tipo. Lo «sólido» siempre se ha resistido a la «licuefacción», cuando no a la «evaporación», de aquello que se consideraba intocable y sacro. Pero este punto de inflexión, de tránsito de lo sólido a lo líquido no debiera ser concebido como algo nocivo, siempre y cuando busquemos un nuevo y mejor sólido que nos aleje de un casi inevitable «enmohecimiento», cuando no de una «oxidación». Es claro que, desde antaño, el paso de la solidez a una «nueva solidez» ha provocado al ser humano tal sensación de vértigo e inseguridad que nos atreveríamos a afirmar que esa percepción es normal, dado que la construcción de un nuevo orden no es tarea fácil, y menos aún en el contexto geopolítico y social actual.

Nuestro orden, que pretende escorar hacia el bienestar, pasa por aceptar una nueva realidad permeada por toda clase de riesgos, como la describió Ulrich Beck (2006) mediante el concepto de «sociedad del riesgo». El autor también acuñó el término de «segunda modernidad», con el que pretendió dar cuenta de un más allá de la modernidad o, si se nos permite la deliberada aliteración, de una «modernidad modernizada».

Por otra parte, entendemos que, de forma muy atinada, el precitado autor nos habla de las denominadas «categorías zombis», e incluso de las «instituciones zombis» (Beck, 2000: 79-105), entre ellas la familia, el vecindario o la clase. Ciertamente existen, están vivas y a la vez muertas, o, podríamos decir, dolosamente heridas de muerte por intereses espurios, inconfesables e incluso arcanos. Si preguntamos a nuestros jóvenes ¿qué es para ti la familia? y ¿por quiénes está compuesta?, seguro que recibiremos respuestas dispares, si no sorprendidas. Pensemos en nuestros abuelos y abuelas. ¿Qué rol desempeñaban hace pocos años en las familias?, ¿dónde los situamos en nuestros días? Es algo que invita a la reflexión.

La idea de que hay instituciones que están vivas y muertas a la vez semeja una paradoja literaria plasmada en nuestra realidad. ¿Qué va a ser de todo este panorama que nos aportaba solidez, seguridad y confiabilidad? Se trata de una pregunta que, como mínimo, merece ser formulada.

Paralelamente, la humanidad se enfrenta a una serie de retos históricos que la ponen a prueba, ¿por qué no decirlo?, de «fuego». Este aserto tiene su fundamento en realidades como el ya insufrible conflicto palestino-israelí; la cruenta guerra entre Rusia y Ucrania, que vuelve a golpear con crudeza en el corazón de la vieja y sufrida Europa y que amenaza con extenderse; el cambio climático que todavía algunos se empeñan de forma obstinada en negar; los imparable flujos migratorios impulsados por las hambrunas; las grandes desigualdades sociales que se acrecientan también en nuestro llamado «primer mundo», que parecía vivir en un sólido Estado de Bienestar cuyo mantenimiento hoy genera dudas; entre otros muchos fenómenos que pueden suministrarnos argumentos para escribir largo y tendido varios artículos y monografías.

Como puede verse, nuestra modernidad o postmodernidad comporta una serie de retos y desafíos de envergadura. Otro más que está penetrando en nuestras vidas por todos los flancos, de forma acelerada, que incluso provoca recelos y, por qué no reconocerlo, ciertos temores no infundados es la inteligencia artificial, que nos sorprende por su enorme potencial positivo y negativo, ya que puede otear y controlar hasta el más nimio detalle, si bien con las limitaciones intrínsecas a su naturaleza, sus fundamentos y su infraestructura. Se trata, no obstante, de un fenómeno que ya tiene precedentes remotos y que autores visionarios y avanzados como Jeremy Bentham (1780)² anticiparon con una visión de futuro no errada, dado que sus ideas se implementaron y sus estructuras edilicias todavía perduran en algunos lugares. Al concebir el panóptico, el padre del utilitarismo diseñó una estructura arquitectónica que posibilitaba un control de 360° y facilitaba un dominio zonal cercano, imposible de eludir y eficaz para lograr la vigilancia y el control desde un solo punto de todos los reclusos del centro penitenciario. Estos terminaban interiorizando la idea de que estaban tan permanentemente vigilados que llegaban a autovigilarse, una situación realmente perversa, pero eficaz, para las autoridades encargadas de la custodia.

Nuestra realidad ya es «postpanóptica» y está abonada por las nuevas, cambiantes y veloces tecnologías de la información, que han propiciado que el espacio y el tiempo hayan cobrado una nueva dimensión. Sí, quizás se trate de una distopía alienante y metafórica para esta «modernidad líquida» que debiera alejarse del temor anunciado por Aldous Huxley (1932)³ en *Un mundo feliz*, obra que anticipó visionariamente la peor faz de un capitalismo exacerbado que preconizaba el triunfo del consumo y la comodidad a ultranza cuyos personajes eran clasificados por castas —hoy en día, clases sociales— muy condicionadas por el poder económico. En el mundo que relató Huxley, los valores humanos fundamentales quedaban diluidos y el hombre y la mujer aceptaban sumisamente un lugar muy delimitado en una jerarquía social total y absolutamente ordenada, como una suerte de insoportable cadena de montaje existencial solo atenuada por el «soma», una droga que ayudaba a los habitantes a huir de la insoportable rutina de sus vidas. Pero este orden tenía un precio, la libertad de expresión y la crítica, que quedaban total y absolutamente erradicadas. El protagonista de la novela, Bernard Marx, una persona inteligente, buscó los límites de esta sociedad que le había dado a luz.

Hoy todo está vigilado y extremadamente controlado por el *big data* y la inteligencia artificial, una realidad que George Orwell (1949)⁴ y su *Big Brother* que «todo lo ve» vaticinó

en su novela distópica *1984*. Este control es llevado a cabo por alguien cuya identidad se desconoce, al menos en apariencia, en un «secreto a voces o gritos», que controla absolutamente la vida de hombres y mujeres polarizando pensamientos e ideas en un *panorama in crescendo* de monopolización de la información, las *fake news* y la «Infoxicación»⁵ que describe Cornella Solans (1999), que aturde el pensar del ser humano e impide el sosiego para la reflexión, hoy más necesaria que nunca.

Como de forma muy gráfica indica Zabalgoitia Herrera (2022: 60-90): «Aquí es donde entran los discursos *fast food* (comida rápida) o hamburguesa, mensajes rápidos, cargados emocionalmente y que son fáciles de trasladar, ya que son simples y no hay una gran justificación o evidencia detrás». Debemos tomar en consideración que este tipo de discursos también son consumidos por la infancia y la adolescencia, colectivos altamente vulnerables a los que es preciso transmitir una información rigurosa y de calidad. Por el contrario, estos colectivos están sobreexpuestos a una información escasamente valiosa y reciben continuamente mensajes en formato de vídeos cortos, *stickers*, memes, etc. de una más que dudosa procedencia y finalidad.

Estamos, pues, ante un panorama ciertamente distópico e inquietante que, aunque parezca extractado de una novela, es mucho más real de lo que podríamos pensar: recordemos que todavía se limitan lecturas, sin ir más lejos, incluso, en nuestro país. Evocamos la narración en la que Bradbury (1953)⁶ imaginó una sociedad norteamericana futura en la que los libros estaban prohibidos y los bomberos tenían la orden de quemar cualquier ejemplar literario que encontrasen. Ojalá tuviéramos en la actualidad a un Montag, protagonista de la magistral *Fahrenheit 451*, para resistir y memorizar todo aquello que se destruye en menoscabo de nuestro intelecto. Los 451 grados de la escala de temperatura de Fahrenheit son los que se necesitan para que un sencillo papel se inflame y arda, dejando a la humanidad más huérfana de los contenidos intelectuales necesarios y de un espíritu crítico capaz de realizar una catarsis para mejorar nuestro mundo. Transitamos por el mundo muy deprisa, acelerados, conectados de forma permanente a una miríada de sofisticados dispositivos tecnológicos que nos sumergen en redes de todo tipo desde edades muy tempranas, con sus beneficios y también sus riesgos⁷, en un escenario de «obsolescencia programada». Lo duradero no interesa en nuestra era de la postmodernidad, una época que situada en las antípodas de la filosofía productiva vigente cuando Ford y Rockefeller ambicionaban que sus máquinas fueran duraderas, «para toda la vida», como la *centennial bulb* (la «bombilla centenaria») de Chaillet (Kykta, 2021) encendida de forma ininterrumpida desde 1901 en Livermore (California) para mostrar al mundo que la obsolescencia programada es un fenómeno real. En el polo opuesto, Bill Gates evidencia que lo que realmente reporta beneficios multimillonarios estratosféricos es el envejecimiento «prematureo» deliberado de las cosas que se crean casi para ser usadas y desechadas de forma desenfrenada, alimentando un desaforado consumismo que afecta a nuestras vidas y genera una enfermiza ansiedad por disponer del último modelo de lo que sea, y que golpea a un planeta que ya no aguanta porque los recursos son limitados. Tras esta obsolescencia se atisban una serie de intereses crematísticos de los más poderosos, que son muy pocos, que manejan ingentes cantidades de dinero y que detentan cuotas de poder real que hacen tambalear a gobiernos y países como

si fueran títeres en un espectáculo que ya resulta bochornoso. Cada vez es más difícil creer que ciertas cosas pasan «por casualidad» o «por error», máxime en un mundo obsesionado por la predicción y el control.

En *La era del vacío* (2006), Lipovetsky caracteriza la postmodernidad como una época caracterizada por la verdadera pérdida del norte, el ensalzamiento del consumismo y el culmen del individualismo narcisista. El filósofo expone los rasgos esenciales y más significativos de nuestro tiempo, muy alejado del disenso existente en los años de expansión y progreso. La sociedad postmoderna es aquella en la que se impone la indiferencia de la masa, la autonomía privada es algo indiscutible y la banalización de la innovación genera un estado de cosas en el que el futuro ya no tiene necesariamente que derivar en un progreso. La época que rompía con el pasado y las tradiciones seculares e intocables está disipándose, evaporándose, en nuestra sociedad postmoderna, ávida de identidad, de tranquilidad, de una diferencia y una realización personal que no se encuentra en lo inmediato. La gente desea vivir aquí y ahora, manteniéndose joven, en lugar de buscar a un hombre y una mujer verdaderamente nuevo/a. La sociedad posmoderna representa el fastigio y la apoteosis del consumo que impregna la esfera privada de las personas, preludiando la definitiva instauración de una cultura obsesionada por la devoción de la imagen. Se trata de un devenir del ego que conoce el destino de la obsolescencia acelerada, que incluso se dirige a trompicones hacia una constante desestabilización. Es el reino de los *mass media*, de la cultura del ocio muchas veces mal gestionado. No hay una ideología que sea capaz de motivar a las masas y mucho menos de ilusionarlas, laguna que produce un auténtico vacío existencial y propicia la emergencia peligrosos extremismos sustentados en un fanatismo cegador.

En esta realidad postmoderna se producen una serie de antinomias: por ejemplo, el consumo exacerbado de la pornografía e incluso la «pornosocialización» (Zacarés Pamblanco, 2023) —un claro ejemplo es *OnlyFans*— y, al mismo tiempo la defensa de la discreción, la renovación y la cultura de aquello que es retro; la promoción de un consumo desaforado y, simultáneamente, la reivindicación del ecologismo; la reivindicación de la sofisticación y, a la vez, de lo espontáneo, etc.

De forma muy gráfica y clarificadora, Lipovetsky nos habla de un narcisismo concomitante a la práctica metafórica deportes como el *windsurf*, el ala delta o el *skate* para explicar esta sociedad postmoderna en la que todo se desliza y donde la *res publica* no dispone de bases sólidas y no existe un apoyo emocional que procure la deseada estabilidad. Vivimos un momento de trivialización de lo que en tiempos pasados era tenido por elevado, y esto es característico del narcisismo: la mayoría de los individuos están desconectados del compromiso social, y parapetados en una intimidad solipsista marcada por la búsqueda del placer inmediato. Sin embargo, frente al individualismo narcisista aparece una tendencia aparentemente contradictoria: la acelerada creación de asociaciones para todo y para todos/as caracterizada por una hiperespecialización que a veces abrumba en incluso asombra y sonroja. Se tiende a buscar lo grupal y social cuando interesa personalmente, pero no para cambiar la sociedad con valores filantrópicos. Se trata de buscar grupos de personas que compartan las mismas inquietudes sin más proyección ni finalidad humanista.

En este contexto, nos expresamos incansablemente a través de los *medios de comunicación de masas* y las redes de la más variada índole, e importa mucho más el acto de comunicación que el contenido de aquello que decimos. Existe una verdadera plétora de opiniones, discursos, consejos, etcétera, que se exponen con descaro y que, en la mayoría de las ocasiones, carecen de una estructura coherente y una finalidad social positiva. Queremos hablar y decir de forma inmediata todo cuanto se nos antoja, pero en general reflexionamos muy poco sobre el auténtico y prístino poder del verbo.

Al hilo de lo dicho, ya Ortega y Gasset (1930)⁸ habló del hombre masa. Un hombre-mujer hecho/a deprisa, que se sustenta sobre pobres abstracciones y que es idéntico/a en toda Europa. En un marco de asfixiante monotonía, este hombre/mujer ha sido previamente vaciado/a de su propia historia y es dócil a todas las disciplinas foráneas. El filósofo español hablaba de los *idola fori*, carentes de una verdadera intimidad inalienable y destinados a fingir cualquier cosa. Se trata de un hombre/mujer que únicamente tiene apetitos y que piensa que solamente es titular de derechos, pero no de obligaciones, un hombre/mujer sin nobleza que obligue, *sine nobilitate*, un/a esnob. En relación con este pensamiento, Ariso Salgado (2018: 52-53) reflexiona de forma preclara sobre la autenticidad del hombre y la mujer, y, con base en las tesis de Ortega y Gasset, afirma que se nos invita a lo que nos obliga y se nos deja la libertad de aceptar la necesidad. Sin embargo, esto no significa que el sujeto haya de convertirse en una especie de robot programado que ha de seguir disciplinadamente una serie de pautas, como si hubiera una serie predeterminada de acciones auténticas a las que hayamos de ajustarnos. Hay, fundamentalmente, dos razones que explican la relativa libertad de acción de la que gozan el hombre y la mujer. Por un lado, Ortega y Gasset sostiene que realmente queremos lo bueno cuando, además de desearlo, nuestros actos voluntarios se dirigen de forma clara a su consecución. Por otro, el imperativo de autenticidad constituye un deber de invención, ya que cada sujeto debe ir creando su propio personaje no de forma azarosa, sino inspirándose en su propio programa vital. Según el filósofo, quien proceda de esta forma, siendo uno mismo y sin permitir que lo circunstancial le imponga qué hacer en cada caso se convierte en un verdadero héroe, en el individuo que es original por antonomasia, un ser humano capaz de fundar en sí mismo sus propios actos que, por ello, se convierte en autor y responsable de estos (Ortega y Gasset, 2012: 816).

Realmente, la revisión del pensamiento del filósofo propicia una mejor comprensión del acontecer de nuestro tiempo.

Y es que estamos inmersos en una realidad que ha sido calificada como de *culture touch* (Abadías Selma, 2022), es decir, aquella que se rige por la posibilidad y facilidad de un leve deslizar de la yema de nuestros dedos por una pantalla táctil para saberlo y conseguirlo absolutamente todo de forma inmediata, e incluso de manera conscientemente irreflexiva, en un verdadero trampantojo, pues no es verdad que conseguimos saberlo todo a través de las pantallas ni que todo lo que realmente anhelamos está disponible de forma auténtica a petición inmediata. ¿O quizás sí? He aquí el dilema o el drama de nuestro tiempo.

2. CASUÍSTICA SOBRE AGRESIONES SEXUALES A MENORES Y/O ADOLESCENTES

A finales de la «descarada», atrevida y tan rememorada década de los ochenta, la de «La movida», que parece que nunca queda en el olvido, se publicó la novela de Almudena Grandes (1989) *Las edades de Lulú*⁹, que narra la historia de una niña que se iniciaba en la sexualidad con un adulto profesor de universidad que generaba en ella fascinación y que quería satisfacer sus deseos de forma inmediata y de las más variadas formas, sin reparar en la conveniencia de proteger la indemnidad sexual de la menor. Este exitoso y duro relato termina explicando cómo la menor acaba viviendo una juventud ahíta de adicción al sexo desafortado y es víctima de una organización criminal.

En nuestra era de la inmediatez, del «yo y ya», en el que los/as menores se inician en el sexo coital a la edad de 13.8 años de media¹⁰ (AIFiCC, 2021), quizás ya no sea fascinante la figura de un profesor universitario, pero sí lo puede ser un entrenador, como en el caso de Albert Benaiges, excoordinador del fútbol base del Barça. Benaiges fue acusado por una sesentena de alumnos de un colegio de Barcelona por los abusos sexuales que habría cometido durante más de 20 años. El exentrenador fue acusado por haberse masturbado delante de los menores y por inducirles a realizar juegos de carácter sexual y tocamientos. Los hechos se remontan a las décadas de los años 80 y 90 y sucedieron en las duchas o el gimnasio, pero también en su propio domicilio. Benaiges fue durante dos décadas coordinador del fútbol base del Barça, y fue el descubridor del héroe del mundial de Sudáfrica, Andrés Iniesta, entre otros. Benaiges era una figura de gran peso que regresó al club cuando Joan Laporta ganó las elecciones. En enero de 2022, el Juzgado de Instrucción n.º 12 de Barcelona archivó la causa contra Albert Benaiges no por falta de carga probatoria, sino porque los delitos de abuso sexual de los que estaba acusado habían prescrito (ABC, 2022).

Pero hay más, pues hemos de traer a colación el caso del exentrenador de *Shotball*¹¹ y exprofesor del colegio Maristas Joaquín Benítez¹², que ingresó en la cárcel de Puig de les Basses (Girona) el 24 de noviembre de 2022 para cumplir condena por cuatro delitos de abuso sexual. Sus víctimas, alumnos menores de edad, sufrieron sus abusos entre 2006 y 2009. Benítez fue condenado a 21 años y nueve meses de prisión y su entrada en prisión tuvo lugar tres años después de la celebración del juicio en el que resultó condenado por sentencia de abril de 2019¹³.

También un docente de artes escénicas consiguió embaucar a sus alumnos en el llamado caso de Reus (EFE, 2023). El 15 de febrero de 2023 la policía autonómica de Cataluña detuvo a un profesor de teatro acusado de cometer abusos sexuales contra 22 menores, a quienes habría realizado tocamientos —además de verter contra ellos comentarios vejatorios— durante sus clases.

Otro caso acaeció en Alcover (Tarragona). El 11 de marzo del mismo año, el Juzgado de guardia de Valls ordenó la prisión provisional comunicada y sin fianza para el cineasta Martí Guarch, de 23 años, acusado de un delito de agresión sexual continuada durante dos años contra un menor que en la actualidad cuenta con 15 años (González Bernet, 2023).

Pero no siempre son los adultos quienes agreden sexualmente, pues a este panorama tan dañino para los/as menores hemos de añadir un tipo de agresiones sexuales que tiene un carácter muy peculiar y especialmente crudo, que es aquel que se comete de forma grupal entre menores. Se trata de casos en los que los/as menores acuerdan verse para concertar un encuentro sexual a través de la creciente panoplia de redes sociales y, cuando llega el momento del encuentro, aparecen varios sujetos que agreden a una o varias menores.

El día 9 de marzo de 2023 se publicó en el diario *El País* el siguiente titular: «La Generalitat investiga el entorno de los chicos de menos de 14 años que violaron a una niña en Badalona». La Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (DGAIA) de la Generalitat de Catalunya abrió un expediente de riesgo para llevar a cabo una investigación sobre cuatro menores de 14 años que, presuntamente, el 5 de noviembre de 2022 violaron grupalmente a una niña de 11 años junto a dos adolescentes más en el centro comercial Màgic de Badalona.

Los hechos que motivaron la intervención de la DGAIA fueron los siguientes: cuatro menores de 14 años, inimputables penalmente, y dos menores adolescentes abordaron a una niña de 11 años con un cuchillo. Los presuntos autores del ilícito condujeron a la víctima a los lavabos, donde fue violada. A pesar de la extrema gravedad de los hechos, la niña no presentó denuncia hasta que transcurrió un mes. Al parecer, tenía miedo, ya que los agresores eran del barrio de Sant Roc de Badalona, el mismo donde reside la menor agredida.

De los seis agresores menores de edad solo fueron detenidos dos, pues al tener 14 años o más ya eran responsables penalmente. Estos dos menores, que fueron puestos a disposición de la Fiscalía de Menores de Barcelona, negaron todos los hechos por los que fueron detenidos. Finalmente, solo uno de ellos fue ingresado en un centro de internamiento en régimen cerrado, puesto que ya tenía antecedentes. Los otros cinco agresores fueron puestos en libertad.

Según datos de la DGAIA, en 2022 se abrieron 1023 expedientes a menores de 14 años, inimputables. Estos expedientes fueron incoados a instancia de los Mossos d'Esquadra o por la Fiscalía de Menores, y el 10 % de los casos eran por delitos contra la libertad y/o indemnidad sexual. Este departamento de la Generalitat ha implementado el programa «Educando en la responsabilidad», que tiene como principal objetivo atender aquellos casos en los que están implicados menores de 14 años inimputables penalmente (EFE, 2023).

Según este organismo, el programa citado se centra en la prevención, la justicia restaurativa, la detección de factores de riesgo, la responsabilización, la reparación del daño a la víctima y el restablecimiento de las relaciones sociales que han quedado rotas por la comisión del delito. Asimismo, si es preciso, se cita a los padres y madres y se valora si hay una posible situación de desprotección que deba ser abordada desde la Administración para que puedan implementarse las medidas de acompañamiento terapéutico y educativas adecuadas en cada caso.

Otro caso acaeció en junio de 2023 en Badalona, cuando una adolescente de 16 años fue agredida sexualmente y de forma grupal por menores de origen marroquí. El juzgado

de menores n.º 6 de Barcelona acordó el internamiento en régimen cerrado durante 6 meses para uno de los agresores investigados en la causa, incoada por seis delitos de agresión sexual (*La Razón*, 2023).

Por otra parte, la policía autonómica de Cataluña detuvo en septiembre del mismo año a dos menores de edad presuntamente implicados en una agresión sexual múltiple a una menor que tuvo lugar el 3 de junio de 2023. El mismo día en el que sucedieron los hechos, se inició una investigación a raíz del aviso de un testigo que presencié las agresiones (*ARA*, 2023).

El Grupo de Atención a la Víctima de la Unidad Central de Agresiones Sexuales activó desde el primer momento el protocolo de protección y acompañamiento de la víctima, y los menores pasaron a disposición de la Fiscalía de Menores.

Presuntamente, en junio de 2023 uno de los investigados envió un mensaje a la víctima en el que le pedía que no interpusiera ninguna denuncia. La menor agredida denunció el caso y en una segunda declaración explicó todo lo que había sucedido.

En esta causa son sospechosos ocho menores. Cinco de ellos, entre los que se encuentra el que envió el mensaje, eran menores de 14 años e inimputables penalmente. Dos de los agresores fueron ingresados en régimen cerrado de forma cautelar y, en el caso de uno de ellos, la Fiscalía decretó una orden de búsqueda con orden de detención.

La menor denunciante reconoció a los investigados mediante fotografías y durante la investigación pudieron recabarse vídeos grabados con un móvil que captó las agresiones. Los investigadores señalaron que el relato de la víctima fue detallado y que la prueba del vídeo fue decisiva, pues en él podía verse cómo los sospechosos participaban en la agresión grupal. Además, cabe destacar que la víctima no solo estaba en situación de vulnerabilidad por ser menor de edad, sino también porque padecía una discapacidad.

En 2023, los Mossos identificaron a un total de 20 menores de edad que participaron en ocho violaciones grupales en el municipio de Badalona. En su mayoría se trataba de menores de 14 de edad y, por tanto, eran inimputables.

Otro caso que ha salido a la luz es el de cuatro menores que en mayo de 2022 violaron a dos niñas de 12 años en la localidad de Burjassot (Valencia). En esta ocasión, se llegó a una conformidad antes del comienzo de la vista oral y dos de los acusados aceptaron penas de tres y cuatro años de internamiento, mientras que los otros dos aceptaron cumplir cinco años de libertad vigilada. En los hechos también estaba implicado un quinto menor inimputable penalmente —dado que cuando se cometieron los hechos tenía menos de catorce años—, razón por la cual no se le ha aplicado medida penal alguna (*La Razón*, 2024).

Los cuatro menores acusados por delito de violación agravado *ex art.* 180 CP por haberse cometido por más de dos personas y por la edad de las víctimas tendrán que abonar la cantidad de 10 000 euros cada uno para hacer frente a la responsabilidad civil. En la fecha en la que escribimos el presente artículo, esta cantidad ya ha sido depositada por todos los agresores, excepción hecha de una cantidad mínima que todavía debe depositar uno de ellos. A esta condena, a la que se ha llegado por conformidad, se suma la orden de

prohibición de acercarse a las víctimas durante cinco y tres años y la obligación de recibir un programa de formación en educación sexual e igualdad.

La Fiscalía de Menores solicitaba cinco años de internamiento en régimen cerrado para tres de los cuatro menores acusados y seis para el cuarto. Además, reclamaba que estos menores recibiesen un programa de educación sexual e igualdad con prohibición de aproximación y/o comunicación con las víctimas durante el periodo de dos años.

Puede, por tanto, apreciarse que el acuerdo al que se ha llegado sanciona de forma sensiblemente indulgente a acusados de esta «manada» o «jauría» perpetrada por menores y contra menores.

Concretando los hechos de los que deriva el acuerdo, en las alegaciones provisionales que evacuó, la Fiscalía de Menores hizo constar que el 16 de mayo de 2022 dos de los acusados se encontraron con las víctimas en la estación de metro de Burjassot-Godella después de concertar previamente el encuentro. Tras dar una vuelta por la localidad de Burjassot, los agresores propusieron a las dos niñas ir a un parque público donde había una casa abandonada. Una vez allí, se trasladaron a un piso inferior del inmueble donde había dos colchones separados por una cortina.

Según el relato de la Fiscalía, los dos menores mantuvieron relaciones sexuales con consentimiento hasta que llegó un momento en el que las víctimas solicitaron que terminaran. Los dos menores hicieron caso omiso de esa petición y las violaron. Al escuchar ruidos, los menores agresores cesaron en su actuación, se vistieron y salieron del inmueble. Al salir, se encontraron con tres menores más, que eran amigos de los dos agresores. Uno de los agresores tenía menos de catorce años. En el ínterin, las víctimas volvieron a entrar en la casa abandonada y, cuando una de ellas vio que los agresores corrían tras ella, se escondió. La otra víctima, fue alcanzada por los cinco menores y fue violada por turnos después de ser inmovilizada atando sus extremidades superiores e inferiores.

Las menores víctimas sufrieron las lesiones físicas propias de la violación grupal, que han derivado en daños psicológicos postraumáticos y que han requerido tratamiento terapéutico especializado.

Uno de los abogados de los menores acusados sostuvo que se había tratado de un «episodio traumático para todos/as». Por su parte, la abogada de la acusación afirmó que los acuerdos a los que se había llegado eran satisfactorios para las víctimas y los/las progenitores. Esta letrada destacó que el castigo era muy importante para que la víctima sea conocedora de este, además de remarcar la importancia de la indemnización económica para hacer efectivo el resarcimiento y de la imposición a los acusados de la obligación de cursar un programa educativo en materia sexual. Asimismo, la abogada afirmó que las víctimas de este tipo de agresiones, cometidas a edades tan tempranas y con este grado de brutalidad, deben recibir una indemnización porque los tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos para paliar los efectos del trauma tienen un coste muy elevado. Al respecto, indicó que la mayoría de las víctimas de agresión sexual necesitan tratamientos psicológicos largos y costosos, por lo que, a su juicio, para que se sientan resarcidas no solo es necesaria la aplicación de la pena-medida, sino también el reconocimiento de una indemnización económica.

3. INVESTIGACIONES E INFORMES SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

3.1. INVESTIGACIONES NACIONALES

En España, un estudio elaborado por el Ministerio del Interior (2018) sobre las agresiones sexuales cometidas por grupos reveló que la mayoría de las víctimas eran desconocidas por parte de los agresores y que en gran parte de las ocasiones eran muy jóvenes

No existe una única explicación de las razones para cometer agresiones sexuales, y menos aún aquellas que se cometen en grupo. No obstante, hay gran cantidad de matices que suscitan un interés creciente en la doctrina científica a la hora de estudiar este fenómeno delictivo para, como mínimo, tratar de hallar una serie de factores subyacentes comunes (De la Torre Laso, 2020).

Según ANAR (2020), las nuevas tecnologías¹⁴ son un medio muy utilizado en la comisión de las agresiones sexuales —el 43,9 % de los casos, porcentaje que representa un incremento del 21,6 % desde el año 2008—. Estas tecnologías se utilizan con frecuencia para la comisión de las agresiones sexuales y de delitos como el embaucamiento u *online child grooming*¹⁵ (3,1 %), y el *sexting* sin consentimiento (2,2 %).

En nuestro país, las agresiones sexuales grupales constituyen una tipología delictiva investigada por autores como Andrés Pueyo, Martínez Catena y Redondo Illescas (2022), si bien faltan estudios sobre aquellas que son cometidas por menores y/o adolescentes.

Es importante traer a colación el estudio del Centro de Estudios e Investigación ANAR (2023) titulado *Agresión sexual en niñas y adolescentes, según su testimonio. Evolución en España (2019-2023)*.

Este estudio es la continuación de una edición anterior que plasmó las conclusiones de la investigación realizada entre los años 2008 y 2019, y se llevó a cabo con una metodología mixta participativa con enfoque interseccional basado en el modelo ecológico. La elección de este modelo responde a la necesidad de analizar la violencia como un fenómeno altamente complejo que interactúa con una multiplicidad de factores: biológicos, sociales, culturales, económicos y políticos, entre otros, un enfoque que permite comprender con mayor precisión su influencia en el desarrollo del/la niño/a y/o adolescente.

ANAR ha elaborado este estudio tomando como base testimonios de los/las propios/as menores de edad que han sido atendidos en las líneas de ayuda de esta organización durante los últimos cinco años.

El universo de análisis consta de un total de 4522 casos de niños/as y adolescentes, 959 varones y 3 menores no binarios que han sido atendidos a través del chat y/o el teléfono, medios a través de los cuales se ha dado respuesta a un total de 81 252 consultas y peticiones de ayuda. La muestra de control es de 3560 menores que no son víctimas de violencia sexual, con un error muestral de 1,6 % y un nivel de confianza del 95 %.

Por lo que respecta a las personas que denuncian las agresiones sexuales, un 70,3 % son adultos que proceden fundamentalmente del entorno de las familias de las víctimas. De entre los adultos denunciadores, un 68,3 % son madres.

Los resultados del estudio revelan que existe una tendencia al alza en las agresiones sexuales perpetradas contra los/las menores, dado que las agresiones detectadas por el Tfno./ Chat ANAR han aumentado un 55,1 % en los últimos 5 años y un 353 % en los últimos quince años. Además, es destacable que, por cada caso registrado en 2008, se registraron 4,5 en 2023.

En relación con el perfil del agresor, el 94,3 % son hombres y el 4,8 % mujeres. En un 78,6% de las consultas, las personas agresoras eran mayores de edad, mientras que en un 21,4% el/la agresor/a era menor de edad.

Si nos centramos en la relación con la víctima, se aprecia que hay una escasa percepción de la situación de riesgo, pues casi 8 de cada 10 agresores (el 79,5 %) son personas conocidas por la víctima, a lo que hay que añadir que un 50,3 % son familiares. Esta cifra se incrementa hasta llegar al 85,9 % en aquellos casos en que víctimas cuentan entre 0 y 9 años, en los que el sujeto activo es el padre biológico o la pareja de la madre en un 27,9 % de los casos objeto de análisis.

Nótese que, según el estudio citado realizado por ANAR (2023), el porcentaje de las agresiones sexuales grupales (o en manada) han pasado de un 2,1 % en 2008 a un 10,9 % en 2023. El porcentaje asciende al 11,2 % cuando las víctimas son mujeres menores de edad.

No existe un consenso en la literatura especializada en torno a la denominación de las agresiones sexuales en grupo, fenómeno criminal conocido en nuestro país como agresiones o ataques en «Manada». De hecho, se utilizan diversas expresiones para designarlas, entre ellas *multiple perpetrator rape (MPR)*, *multiple perpetrator sexual assault (MPSA)*, *sexual offending in groups*, *multiple perpetrator sex offending*, *collective rape* (Green, 2004), *sexual offending in groups* (Lindsay *et al.*, 2006), *gang rape* (Horvath & Kelly, 2009) y «violaciones de pandillas».

Analizaremos ahora las líneas esenciales del estudio realizado por López Ossorio, Santos Hermoso, Cendoya Pérez, Sánchez Camaño *et al.* (2023), titulado *Violencia Sexual ejercida en grupo. Análisis epidemiológico y aspectos criminológicos en España* y promovido por la Dirección General de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad. Del examen de esta investigación podemos extraer una serie de datos muy clarificadores sobre las agresiones sexuales grupales.

Se analizaron 525 delitos sexuales grupales como muestra del estudio. Las principales víctimas principales de este tipo de delitos fueron mujeres (92,18 %), mientras que los casos en los que las víctimas eran hombres apenas alcanzaban un 7,1 %.

Por lo que respecta a la edad, 172 de las víctimas (32,8 %) eran menores de edad en el momento de los hechos y 341 eran mayores de edad (65 %). En 12 casos (12,3 %) se desconoce la edad. La edad media de las víctimas de las que se disponía esa información fue de 23,4 años.

Si analizamos la edad del sujeto activo de estos delitos y su origen, observamos que hubo 168 menores de edad españoles (18,7 % de los casos) y 105 casos (11,7 %) en los que el menor agresor era de procedencia extranjera.

Entre los autores mayores de edad, la media de los extranjeros era de 25,1 años, y la de los españoles de 22,2 años. El grupo más numeroso de agresores era el de los extranjeros mayores de edad (390 casos; 43,4 %), seguido de españoles mayores de edad (235 casos; 26,2 %).

También en relación con la autoría, cabe destacar que constan 310 menores infractores, cifra que representa el 31,4 % del total de los que pudo conocerse su edad. Es un dato de especial interés que, en la mitad de los casos, los agresores tenían 21 años o menos.

El hecho de ser agresor y joven influye en los datos que constan en la carrera delictiva, que es normalmente breve. De todos los autores de los que se disponía información, un total de 252 tenían antecedentes penales (35,8 %) y solo 20 tenían antecedentes por delitos de naturaleza sexual.

Por lo que hace a la relación entre la víctima y el agresor, es importante conocer si existía relación previa a la agresión o no. En el 37,2 % de los casos el agresor y la víctima se conocían, mientras que no se conocían en un porcentaje del 54,1 %. En un 8,7 % no pudo acreditarse este extremo.

En los casos en los que había una relación previa de conocimiento, es muy significativa la situación «conocido de vista o similar», circunstancia importante porque se da en un 19,1 % de casos y porque, además, es una figura destacada por los estudios más recientes sobre delincuencia sexual, especialmente la de «conocido reciente».

Sobre el lugar de comisión de los hechos, se observa que en su mayoría las agresiones se cometieron en domicilios y hoteles y en vía pública. Destacan, por otra parte, los 9 casos que se perpetraron en centros escolares.

Si analizamos la época del año en la que se cometen estos hechos delictivos, podemos ver que existe un porcentaje del 32,2 % en los meses de verano, un 27 % en primavera, un 24,8 % en invierno y finalmente un 15,6 % en otoño, la estación con menor incidencia.

En relación con el periodo temporal de comisión de las agresiones sexuales grupales, hay una mayor incidencia en las etapas vacacionales (verano) y en momentos de la semana en los que se suele disponer de más tiempo de ocio (fines de semana), dato del que puede inferirse que tiene una especial relevancia la gestión del tiempo de ocio.

Sobre las horas en las que se cometen estos delitos, cabe destacar que hay una franja crítica o de especial incidencia: la madrugada (00:00-05:59). Por otra parte, los horarios de mañana (06:00-11:59), tarde (12:00-17:59) y noche (18:00-23:59) de los fines de semana también son momentos de especial peligrosidad.

Es también un dato destacable el hecho de que en 212 casos (43,2 %) algunas de las partes implicadas han consumido drogas y/o alcohol. En 87 casos (17,7 %) no consta el consumo de tóxicos y en 192 de los episodios (39,1 %) no pudo determinarse.

En el informe de Save the Children (2023) titulado *Por una justicia a la altura de la infancia. Análisis de sentencias sobre abusos sexuales a niños y niñas en España* puede leerse la siguiente consideración: «En 8 de cada 10 casos de abusos sexuales contra la infancia, el agresor es una persona del entorno familiar o conocida del niño o niña, y el 96 % de los abusadores no tiene antecedentes penales relacionados con violencia sexual»¹⁶.

Por lo tanto, el entorno familiar constituye un lugar de riesgo, a pesar de que, en principio y de forma connatural, debería ser seguro.

Para ilustrar lo que acabamos de afirmar, recordaremos un caso de agresión sexual particularmente cruel que tuvo lugar en Málaga y que saltó a la luz pública el 14 de abril de 2024. En esta ocasión, un hombre fue detenido por la Guardia Civil por agredir sexualmente y grabar a su hijastra con cámaras ocultas que se encontraban en un peluche del dormitorio de la víctima y en el baño.

Además, la conducta del agresor tiene un especial desvalor penal, dado que, según las informaciones de la Guardia Civil, este agredía a su hijastra en el domicilio de la localidad de Mijas después de haberle suministrado unos fármacos para adormecerla y asegurar una situación que propiciaba abuso de superioridad del agresor y la indefensión y la vulnerabilidad de la chica. La menor, víctima de los hechos que narramos, explicó que cada noche el padrastro le preparaba lo que él decía que era un té y que después de la ingesta se sentía siempre muy cansada.

En el registro que llevó a cabo el instituto armado, se encontraron varios dispositivos de almacenamiento USB cuyo análisis reveló la existencia de imágenes íntimas de la menor. Además de los dispositivos de grabación y almacenamiento de imágenes, en el registro se encontraron una serie de fármacos inductores del sueño a los que previamente había hecho referencia la víctima.

Se da la circunstancia de que el agresor convivía con la madre de la víctima hacía ya unos siete años. Las agresiones se prolongaron desde que la menor tenía 16 años hasta los 18.

La investigación se inició porque el novio de la víctima avisó a la madre de que había encontrado una cámara escondida en un peluche, y esta denunció los hechos.

El presunto autor de los hechos está acusado de delitos de agresión sexual, contra la intimidad y tenencia de pornografía infantil. Este se enteró de la denuncia que había sido interpuesta contra él a través de la familia y huyó de la localidad de Mijas. A partir de ahí, y sirviéndose de una conocida página web, cambió de domicilio en varias ocasiones hasta que fue hallado y detenido en la estación de autobuses de Málaga. En la consigna de dicha estación se encontró un ordenador y se está trabajando en el volcado de los contenidos del dispositivo para comprobar si existe más material pornográfico.

El detenido fue puesto a disposición judicial y se decretó su ingreso en prisión provisional (EFE, 2024).

Siguiendo con el estudio de Save the Children (2023), de este se desprende que, en la mayoría de las ocasiones, las agresiones se producen en el entorno cercano de la víctima.

Los datos son ciertamente reveladores, pues en un 44 % de los casos las agresiones se perpetraron en la casa de la/el niño/a y/o adolescente. En el 19,1 % de los casos, estas agresiones se producen en domicilios del entorno de la víctima y en el 9,2 % en el ámbito escolar. Así pues, la cercanía familiar y social entre la víctima y sus agresores es un factor a tener en cuenta, sobre todo en el ámbito de la prevención.

La violencia de género también aparece en el estudio como un hecho que tiene lugar en el entorno de la víctima en un 11,1 % de los casos. En la mayoría de las ocasiones (68,9 %), el agresor es el padre o el padrastro.

Por lo que respecta a la forma que adopta la agresión sexual, del estudio se desprende que los tocamientos de zonas del cuerpo están presentes en un 50,9 % de casos, la penetración en un 19,5 %, los besos en un 11,2 %, la masturbación en un 10,1 % y, por último, el hecho de obligar a realizar o presenciar actos de exhibición sexuales aparece en un 8,4 % de las ocasiones (Save the Children, 2023).

En relación con la frecuencia de las agresiones sexuales, es realmente preocupante que en un 27,9 % de los casos sean diarias, y en un 10 % semanales. Las agresiones ocasionales se producen en el 19,4% de los y los ataques puntuales en el 42,6 %.

Además, cabe destacar que, de acuerdo con el estudio de Save the Children (2023), a medida que aumenta la edad de las víctimas crecen las consultas en las que está presente la tecnología como medio de comisión (un 52,8 % en el grupo de edad de 13 a 17 años).

Lo más habitual es que los/las menores y/o adolescentes inicien una conversación con una nula y/o escasa percepción del riesgo que corren de convertirse en víctimas de amenazas y/o de chantaje.

Normalmente, cuando siente que la situación le desborda y se ve atenazado/a, el sujeto pasivo de estas conductas procede al bloqueo del contacto, y es entonces cuando se inicia un acoso y/o extorsión persistente a través de diversas redes sociales¹⁷ y perfiles distintos.

En el estudio, la pornografía aparece con un 1,3 %, la explotación sexual y/o prostitución, con un 1,9 % y la sumisión química tiene una prevalencia de 1 de cada 100 víctimas de agresiones sexuales.

Hay que señalar que en el 13,4 % de los casos las víctimas se encontraban bajo el efecto de sustancias estupefacientes y, por ende, en una situación de mayor indefensión.

En relación con el perfil de las víctimas, puede observarse que existe una prevalencia del sexo femenino, constituyendo un 78,7 %, (índice de feminidad: 401,5 %), por lo que se trata claramente del colectivo más vulnerable. En relación con estos datos, se aprecia una tasa de crecimiento de las mujeres víctimas de un +54,9 % entre 2019 y 2022 y de un +316,9 % en el periodo comprendido entre 2013 y 2022.

Si comparamos a las niñas y adolescentes con los niños, podemos observar, que el sexo femenino sufre en mayor medida la violencia sexual por parte de sus «amistades» (mujeres: 23,8 %, y varones: 19,5 %) y de sus parejas o exparejas (mujeres: 7 %, y varones: 0,9 %).

Al analizar la edad de las víctimas, vemos que la media es de 12,5 años, edad que ha aumentado respecto al anterior estudio, que arrojaba una media de 11,6 años entre 2008

y 2019. A mayor abudamiento, seis de cada diez menores de edad víctimas de violencia sexual (60,8 %) tiene entre 13 y 17 años.

En el caso de los niños, es destacable que hay una prevalencia de edades comprendidas entre 0 y 9 años.

Sobre el contexto de las víctimas, el 40,7 % de estas convive con sus progenitores y un 36,1% lo hace en familias monoparentales y convive principalmente con la madre.

Más de la mitad de las víctimas (50,5 %) tiene 1 hermano/a.

Si nos centramos en el entorno familiar, observamos que prácticamente la mitad de las agresiones sexuales, (41,5 %) tienen lugar en un escenario caracterizado por la negligencia, es decir, por la falta de atención suficiente por parte de los familiares de la víctima y por la ausencia de de formación y sensibilización respecto a las agresiones sexuales. En definitiva, se trata de familias que no saben cómo actuar ante una situación tan traumática —como la que constituye, precisamente, una agresión sexual—, un déficit que, sin duda alguna, impacta negativamente en el/la menor y/o adolescente que ha sufrido el ataque.

Asimismo, el temor a una posible revictimización que pueda sufrir el/la menor y/o adolescente aparece en el 21,8 % de los casos estudiados. Por esta razón —la existencia de un concepto de protección equivocado—, no se revela o denuncia la agresión, y estos casos pasan a engrosar la «cifra negra» u «oculta» que escapa a la investigación, la persecución penal y el estudio orientado a adoptar medidas preventivas.

Esta doble victimización ha sido contemplada en varias sentencias de nuestro más alto tribunal, entre ellas la STS de 3 de octubre de 2018 (Sala Segunda), cuyo ponente fue Vicente Magro Servet¹⁸. La sentencia hace hincapié en la evitación de la «doble victimización» de los menores en los delitos contra la indemnidad sexual. El menor es víctima al «vivir» el delito cometido por la persona que debía protegerlo y se convierte nuevamente en víctima al «revivirlo» con la contemplación interna del relato que necesariamente acompaña a su transmisión a terceros. El sujeto titular del bien jurídico protegido que sufre su despojo resulta obligado, por exigencias del proceso, a recordar el ataque a su indemnidad sexual. Parece evidente que, cuando esa víctima es un menor o persona con discapacidad, deben extremarse las cautelas normativas para no provocar un daño psicológico mayor (Cadena Serrano, 2018: 2).

Según Save the Children (2023), el entorno familiar genera un 36,7 % de los casos problemáticos, que van a tener un impacto muy negativo en las víctimas porque no se ha revelado el trauma ni se ha sabido gestionar correctamente.

En cuanto a la procedencia de las víctimas, el 58,7 % son de familia española y el 41,3 % de familias extranjeras. Este dato es especialmente relevante si tenemos en cuenta que, en España, la población infantil asciende a un 12,8 % del total de la población.

Por otra parte, un 2,5 % de las víctimas padece algún tipo de discapacidad y 7 de cada diez presenta un rendimiento escolar bajo, dato, este último, que invita a la reflexión, especialmente porque una buena formación y un rendimiento escolar óptimo constituyen

factores protectores clave. Lamentablemente, según el último informe PISA, en España los índices no son precisamente positivos.

Claro está que las víctimas de estas agresiones sexuales sufren una serie de consecuencias, entre ellas los cambios bruscos de la conducta, que alcanzan cotas del 23,5 %, los trastornos psicológicos como la ansiedad (28,7 %), los miedos (18,8 %), la vergüenza (13,9 %), el sentimiento de culpa (11,9 %), los trastornos de alimentación (6,9 %), la depresión (5,9 %), los problemas de sueño (5 %), la tristeza (5 %) y otros (10,9 %). En los casos más graves (9,1 %) aparecen la ideación y la conducta autolítica y/o suicida.

Por lo que respecta al tratamiento que han recibido las víctimas, niños/as y adolescentes que han sufrido una agresión sexual, es preciso enfatizar que un 70,3 % no recibe tratamiento psicológico tras la agresión, y que esta cifra aumenta hasta el 79,5 % en los casos de niños/as en edades comprendidas entre 0 y 9 años. A estos datos hay que añadir que, según el estudio, en 2 de cada 10 casos los profesionales no reaccionaron de forma correcta.

Los principales errores detectados en la atención profesional que deben recibir los/las menores y/o adolescentes que han sufrido violencia sexual son los siguientes. En primer lugar, la no revelación (35,5% de casos). El segundo lugar, la falta de recursos adecuados para la atención óptima de las víctimas (21 %), hecho que queda reflejado en el estudio de Save the Children (2017) dedicado a analizar de qué dotaciones dispone cada comunidad autónoma para poder ayudar en el tratamiento de un colectivo tan sensible. De este mismo estudio se desprende que, en un 16,1 % de casos, la causa se archiva o se produce una demora judicial —este tipo de procedimientos judiciales puede llegar a durar hasta cuatro años de media—, un hecho que, entendemos, revictimiza e impide superar el trauma sufrido en un tiempo que debería ser lo más breve posible. El tercer error estriba en el hecho de que los profesionales de la intervención no identifiquen correctamente el daño sufrido por la víctima (17,7 % de los casos) (Save the Children, 2023). Nos referimos a aquellas situaciones en las que los/las profesionales no llegan a detectar la auténtica magnitud y la gravedad de los hechos que han acaecido ni el impacto que ha sufrido la víctima, y/o cuando las intervenciones que se han implementado son inadecuadas o negativas para el/la niño/a y/o adolescente. A esta realidad se suman aquellos casos en los que incluso se llega a poner en tela de juicio la revelación de la vivencia de las agresiones sexuales sufridas.

Así las cosas, de estos datos puede colegirse que hay una preocupante situación de posible desatención y/o de atención incorrecta del/la menor y/o adolescente que ha sufrido una agresión sexual.

Por otra parte, la investigación realizada por Save the Children (2024) sobre las agresiones sexuales a los adolescentes en nuestro país (*Silenciadas*), que fue presentada el Día Internacional de la Mujer, recoge una serie de datos como mínimo impactantes. En el 82 % de casos de agresiones sexuales que se perpetran durante el periodo de la infancia y la adolescencia, la víctima es una niña o adolescente. Además, se ha encontrado un incremento del 64 % en las agresiones sexuales perpetradas por más de una persona.

Save the Children (2024) afirma que, si bien las agresiones grupales alcanzan un 4,2 % del total de las denuncias interpuestas por violencia sexual en el año 2022, la extrema gravedad de estas y su continuidad constituyen una preocupación de primer orden.

En otro orden de cosas, en el trabajo de ANAR (2024: 26) da cuenta de numerosos casos de violencia vicaria, es decir, de las agresiones a niñas/os y/adolescentes que el padre o padrastro perpetra para ejercer una forma específica de violencia contra la madre. Así, una de las entrevistas del estudio refleja de forma muy gráfica esta modalidad de agresión: «Su padre ha encontrado una manera de hacerme daño a través de mi hija» o «Tengo miedo de entregar hoy a mi hija a su padre. Me da mucho miedo que la vuelva a agredir sexualmente y la maltrate, además, mi hija no quiere ir».

No podemos dejar de hacer referencia al polémico informe del Defensor del Pueblo intitulado *Informe sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia católica y el papel de los poderes públicos. Una respuesta necesaria* (Defensor del Pueblo, 2023).

El 27 de octubre de 2023, el Defensor del Pueblo, Ángel Gabilondo, entregó a la presidenta del Congreso de los Diputados, Francina Armengol, el informe citado, que daba cumplimiento a la encomienda recibida del Congreso de los Diputados tras la aprobación de una proposición no de ley de 10 de marzo de 2022 que contó con el voto favorable de la gran mayoría de los grupos de la Cámara Baja.

Se trata de un prolijo informe de 777 páginas estructurado en diversos apartados: la presentación del titular de la institución, la introducción general, la exposición de los ámbitos de actuación, los objetivos, la metodología y las fuentes empleadas. Además, el informe incorpora una encuesta encargada a la empresa GAD3, un análisis del marco jurídico y una serie de conclusiones y recomendaciones elevadas a las Cortes Generales y al Gobierno de España a fin de que se adopten las medidas necesarias para evitar que se produzcan abusos en el seno de la Iglesia católica y compensar los ya producidos.

El informe critica que la Iglesia católica haya minimizado la problemática o incluso la haya silenciado y que algunas víctimas hayan tenido que sufrir los ataques a su libertad sexual en la más absoluta soledad e incompreensión. No obstante, también reconoce que la Iglesia católica es una institución plural y que, como tal, y con la ayuda de la Comisión Asesora, tuvo ocasión de detectar buenas y malas prácticas.

Por otra parte, el informe del Defensor del Pueblo reconoce de forma explícita el coraje institucional de aquellos que han optado por asumir la responsabilidad que corresponde a la institución por la victimización que ha generado. Asimismo, explicita que los poderes públicos no disponían de procedimientos adecuados para prevenir, detectar y reaccionar ante los abusos sexuales de menores cometidos en los centros escolares regidos por la Iglesia católica y que solo desde el año 2021 se introdujeron mecanismos y procedimientos de prevención y detección en todos los centros de titularidad pública o privada.

El citado informe propone 20 recomendaciones muy concretas, entre las que destacan las siguientes: la celebración de un acto público de reconocimiento y reparación a las víctimas que han sido objeto de abusos, la detección de casos, la creación de un fondo estatal para el pago de compensaciones económicas y la implementación de un procedimiento de

reconocimiento y reparación de las víctimas de agresiones y/o abusos sexuales infantiles perpetrados en este ámbito eclesial del que conozca un órgano administrativo especial creado *ad hoc*. También plantea una serie de reformas normativas orientadas a esclarecer los hechos sucedidos y prevenir situaciones parecidas y a conminar a la Iglesia católica para que ponga los medios necesarios para ayudar a las víctimas y a sus familiares en su proceso de recuperación. Asimismo, propone que las diócesis y los institutos de vida consagrada faciliten las investigaciones con la apertura de sus archivos para que las pesquisas puedan progresar con normalidad, eficacia y eficiencia.

Según el Defensor del Pueblo, el informe se sustenta en testimonios auténticos de las víctimas, que aportan sus vivencias traumáticas durante años.

La Unidad de Atención a las Víctimas, creada para el abordaje de los trabajos de este informe, recopiló información sobre 487 víctimas de Madrid y de fuera de la capital. Un 84 % eran hombres y las víctimas remarcaron las secuelas emocionales y conductuales que padecieron y padecen como consecuencia de los abusos. Una tercera parte de las víctimas señaló que había tenido síntomas de estrés postraumático, síntomas depresivos, sentimientos de vergüenza, estigmatización e incluso instintos suicidas¹⁹.

Para la atención a las víctimas, se ha contado con el apoyo del trabajo realizado por especialistas en psicología, trabajo social, criminología, y con un abogado psicólogo y sanitario, así como con el soporte administrativo de dos personas.

La información que contiene el documento procede de las entrevistas realizadas a las víctimas y también de los medios de comunicación.

La institución que ha elaborado el informe ha contado con la colaboración especial del diario *El País*, que desde octubre de 2018 llevó a cabo investigaciones periodísticas y las puso a disposición del Defensor del Pueblo, que elaboró hasta cuatro informes con base en ellas.

Después de recibir el encargo del Congreso de los Diputados, se trabajó con la colaboración de la Unidad de Atención a las Víctimas con el propósito de constituir un foro de asociaciones.

Así, se creó una comisión asesora compuesta por 17 expertos externos de los ámbitos profesional y académico versados en la atención a las víctimas y con conocimientos jurídicos que han dedicado su vida a la docencia o han realizado investigaciones sobre las consecuencias de los traumas infantiles que generan serias secuelas en la vida adulta.

El Defensor del Pueblo mantuvo reuniones con asociaciones de víctimas, celebró más de 80 encuentros con el presidente y los secretarios generales de la Conferencia Episcopal Española, con religiosos y superiores y miembros de esta institución, así como con el decano del Tribunal de la Rota, con representantes de institutos de vida consagrada, con la comisión asesora y con el Foro de Asociaciones de Víctimas.

Del informe se desprende, entre otros aspectos, que el 11,7 % de las personas entrevistadas afirmaron haber sufrido abusos sexuales antes de la mayoría de edad y que un 3,36 % manifestó que ese abuso se produjo en el ámbito familiar.

La encuesta realizada por la empresa privada GAD3 concluyó que el 0,6 % de la muestra estudiada encuestada declaró que fue agredida sexualmente por un sacerdote o religioso católico y que un 1,13 % indicó que la agresión tuvo lugar en el ámbito religioso.

El 72 % de las personas encuestadas manifestaron que el abuso infantil constituye una problemática social muy grave y un 24,4 % afirmaron que se trataba de una cuestión de bastante gravedad.

La institución del Defensor del Pueblo hizo el encargo de esta encuesta a la empresa privada arriba citada mediante un procedimiento de licitación y se contempló una muestra metodológica y numérica de 8013 personas a partir de datos anónimos que se recogieron por la Unidad de Atención a las Víctimas y fueron objeto de tratamiento estadístico y de análisis.

Ya en 1994, el Ministerio de Asuntos Sociales realizó una encuesta similar, aunque incluía menos preguntas relacionadas con esta problemática concreta.

De acuerdo con el informe, más que poner punto final a un problema, lo que se pretende es visibilizar y estimular la toma de conciencia del problema en la sociedad española, toda vez que es necesaria la intervención de la Iglesia católica y los poderes públicos para dar una respuesta concreta a las víctimas.

El 17 de noviembre de 2023, el despacho de abogados Cremades y Calvo-Sotelo entregó a la Conferencia Episcopal Española un informe titulado *Informe de auditoría sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia Católica en España*. Este documento consta de 956 páginas (Cremades y Calvo-Sotelo, 2023).

La auditoría del despacho de abogados concluyó que los abusos son un problema grave y que han dejado secuelas como mínimo a 2056 personas. Por su parte, los obispos afirmaron que se trata de menos de 1000 casos.

Una vez hecha pública la auditoría externa encargada en febrero de 2022 al despacho de abogados Cremades y Calvo-Sotelo, la Conferencia Episcopal Española publicó su informe de 964 páginas titulado *Para dar luz*. En la auditoría de Cremades y Calvo-Sotelo participaron un gran número de expertos que realizaron una exhaustiva investigación sobre los abusos sexuales que supuestamente habrían sido cometidos en el seno de la Iglesia y fue entregada a la Iglesia el 16 de diciembre de 2023.

Según el informe que publicó la Conferencia Episcopal Española, habría unas 1300 denuncias de abusadores.

El informe de Cremades y Calvo-Sotelo indica que hay 1383, denuncias, es decir, 81 más que las que reconoce la Iglesia, y 2056 víctimas con un número indeterminado de personas.

Según los obispos, el número total de denuncias, con arreglo a la metodología indicada, sería de 1302. Asimismo, se añadirían 350 denuncias recibidas desde el Dicasterio para la Doctrina de la Fe a las ya comunicadas por las diócesis y congregaciones. Esto puede ser debido a una duplicidad, ya que desde 2001 las denuncias recibidas en las diócesis y las congregaciones se comunican a este Dicasterio.

El informe *Para dar luz* (Conferencia Episcopal Española, 2023) confirmó que hay abiertos procesos penales a 68 acusados de varias confesiones, también de la católica. La Iglesia Católica indicó que los casos que acontecieron en su ámbito son muy escasos en relación con los registrados en el conjunto de la sociedad, si bien esto no implica desconocer el grave daño que hayan podido causar quienes han cometido tan graves delitos ni ignorar la necesidad de tomar las medidas necesarias para la sanación y la reconciliación con las víctimas. Este documento también señala que la mitad de los abusos sexuales que se cometen en España se perpetran contra menores de 17 años y que la cifra ha crecido un 75 % en los últimos seis años. La Fiscalía habría abierto diligencias en 15 600 casos de abusos sexuales a menores en los últimos tres años, 68 de los cuales se habrían cometido dentro de la esfera religiosa en general.

El despacho de abogados consultado recomendó a la Iglesia la creación de un fondo de 50 millones de euros para compensar a las víctimas y el presidente de la Conferencia Episcopal Española manifestó que se abonarían compensaciones, pero no con carácter general, sino caso por caso.

Realmente, existe un auténtico baile de cifras, ya que en el informe *Para dar luz* los obispos reconocen que los números no coinciden. Basta el ejemplo siguiente: según las fuentes judiciales disponibles, en la actualidad existen 67 condenas en distintas instancias por abusos sexuales a menores en el seno de la Iglesia católica. Si solo se toma en consideración esta cifra, se deja fuera a las víctimas cuyos victimarios ya han fallecido y no pueden ser sometidos a un proceso judicial.

Las oficinas que se abrieron en las diócesis de protección de menores hasta diciembre de 2023 contabilizaron testimonios sobre 722 abusadores que habrían sido señalados al menos por 927 víctimas, indicando que podría haber una duplicidad y que algunos testimonios provenían de los datos del periódico *El País*.

Vemos, pues, que los últimos informes que hemos relacionado aportan datos dispares que en nada contribuyen a arrojar luz sobre esta problemática.

Por razones de economía expositiva, no referenciaremos más estudios e informes realizados en los últimos años sobre la temática que tratamos, aunque los mencionaremos en nota aparte²⁰.

3.2. INVESTIGACIONES INTERNACIONALES

De los estudios realizados en otros países puede extraerse una primera conclusión general, a saber, que estamos ante un tipo de agresiones que representa un porcentaje considerable del total de los delitos sexuales (Woodhams, Gillett y Grant, 2007).

La cuantificación rigurosa y fidedigna de la magnitud de esta realidad delictiva es muy compleja, pues existen varios obstáculos como la vergüenza a denunciar, el estado de alteración que sufren las víctimas cuando tienen que identificar a los presuntos agresores o la ausencia de registros *ad hoc*, entre otros, que impiden aquella cuantificación y que podrían aportar luz para determinar la dimensión del fenómeno (Quarshie *et al.*, 2018).

Sobre el impacto de las agresiones sexuales grupales en relación con el total de delitos sexuales, en Estados Unidos existen referencias que oscilan entre el 2 % y el 26 % (Horvath y Kelly, 2009), mientras que en el Reino Unido las cifras se sitúan en una horquilla entre el 11 % y el 19 % de la totalidad de ataques sexuales (Harkins y Dixon, 2013). Según el estudio de Park y Kim (2016), en Corea el porcentaje se sitúa en el 7,7 %.

Como hemos señalado, son numerosos los estudios que han intentado aportar una explicación sobre el fenómeno de las agresiones sexuales grupales. Uno de los trabajos más completos que evidencian que estamos ante una realidad heteróclita es el de Harkins y Dixon (2010, 2013), que fue revisado años más tarde por Da Silva *et al.* (2018). Estos investigadores han desarrollado la teoría multifactorial de agresores en grupo (MPSO) que explica la fenomenología tomando como base la existencia de factores decisivos como el individual, el contexto sociocultural y la situación.

Con respecto a las agresiones sexuales grupales, Carvalho y Nobre (2019) ponen en entredicho que los autores actúen por la influencia de rasgos patológicos de la personalidad y/o trastornos mentales, pues la composición grupal y los roles de los miembros adquieren un cariz relevante a la hora de tomar la decisión del ataque.

Del análisis de estudios como el de Edimburg, Pape-Blabolil, Harpin y Saewyc (2015) podemos concluir que, en la mayoría de las ocasiones, este tipo de agresiones carecen de una planificación previa y son fruto de una ocasión que se convierte en el escenario ideal para cometerlas. Momentos oportunos y propicios son, por ejemplo, las fiestas²¹, en las que se suele consumir alcohol y sustancias tóxicas en grandes cantidades y en un breve lapso temporal.

De otros trabajos de investigación como el de Bijleveld, Weerman, Looije y Hendriks (2007) se desprende que, en muchos casos, la agresión grupal se perpetra como una forma de entretenimiento.

En esta línea, Da Silva *et al.* (2018) también ponen de manifiesto que este tipo de agresiones comienzan no por intereses sexuales, sino como una diversión más que prácticamente no está planificada.

Es de interés resaltar del estudio de Hauffe y Porter (2009), en el que los autores señalan que incluso interviene el factor de la búsqueda del incremento de la autoestima de los miembros del grupo de agresores, que se retroalimenta y refuerza al actuar en conjunto.

La edad de los agresores grupales es un dato que se ha estudiado empíricamente. Ha podido determinarse que en la mayoría de los casos se trata de autores adolescentes y/o que son adultos jóvenes. Bijleveld y Soudijn (2008) realizaron un estudio del que se extrae que, en su mayoría, los agresores tenían menos de 27 años.

Los estudios realizados por Lloyd y Walmsey en 1989 (citados en Porter y Alison, 2006) revelaron que el 57 % de los agresores sexuales que actuaban de forma grupal tenían menos de 21 años.

El hecho de que de delitos de tamaña gravedad sean cometidos por individuos de franjas etarias tan tempranas sin duda reclama la implementación de políticas de prevención, educación, y concienciación en el respeto y el autocontrol.

En relación con la revictimización, según Dupret y Unda (2013) esta tiene su origen en la excesiva duración del tránsito de las víctimas por diversas instituciones donde se han de enfrentar a problemáticas como la gran cantidad de actores intervinientes, la posible ausencia de atención y/o seguimiento y el hecho de haber estado expuesto/a diversas figuras de carácter anónimo. A ello hemos de añadir las entrevistas y/o interrogatorios que en ocasiones son invasivos y hacen revivir de forma muy dolorosa todo lo sufrido en el pasado.

Según Sorensen y Snow (1991), la primera reacción que se produce cuando existe una agresión sexual es la de la negación de los hechos, que, según su estudio, tiene lugar en el 17,9 % de los casos.

El sentimiento de culpa también aflora en un 9,8 % de estos episodios y la justificación de los hechos sufridos arroja un porcentaje del 9 %.

Grubb y Turner (2012) encontraron en sus trabajos que la culpabilización de las víctimas es un factor que aparece de forma recurrente en las violaciones. Asimismo, el trabajo de investigación de Morgan *et al.* (2012) muestra que la victimización que deriva en el sentimiento de culpa tiene su origen en factores estáticos como la personalidad y el comportamiento de las víctimas en relación con la forma de interacción y respuesta frente a un episodio tan traumático.

En un estudio que realizaron con una población de condenados por agresiones sexuales grupales, Da Silva *et al.* (2018) concluyeron que el 48 % de los actores culpaba a las víctimas de los hechos acaecidos. Por su parte, Weis (2009) llegó a identificar que el sentimiento de culpa va *in crescendo* cuando la resistencia de las víctimas es menor al ser atacadas, dado que la escasa resistencia podría denotar que realmente sí querían mantener una relación sexual.

Como señalan Harkins y Dixon (2010, 2013), existen factores socioculturales que promueven distintas formas de desigualdad partiendo de una serie de estereotipos negativos que se asocian con un incremento del riesgo de comportamientos violentos.

Ciertos factores socioculturales están anudados a factores personales. Así, en la revisión de Grubb y Turner (2012) puede verse que la atribución de culpa a un agresor o al grupo atacante guarda relación con algunas creencias y mitos que orbitan en torno a la sexualidad.

Del trabajo de Foubert, Clark-Taylor y Wall (2019) se desprende que algunos sujetos agresores entienden que las mujeres ofrecen tan solo una resistencia simbólica ante ciertos ofrecimientos de relación sexual y que, cuando manifiestan su negativa, en realidad, lo que desean es una mayor insistencia de los atacantes. También en relación con la resistencia, Smallbone y Milne (2000: 606-617) y Hunter, Hazelwood y Slesinger (2000: 81-93) encontraron en sus trabajos que este tipo de violencia es instrumental y se orienta a vencer la natural resistencia que opone la víctima para evitar que se consume el acto. Por el contrario, del estudio de Hazelwood, Reboussin y Warren (1989: 65-78) puede extraerse la

conclusión de que en estas agresiones existe un componente de carácter más expresivo que no está relacionado con la resistencia que pueda ofrecer la víctima.

Es importante destacar que entre las explicaciones de las causas de las agresiones sexuales está presente el mito. Entendemos por mitos una serie de creencias falsas, prejuicios y estereotipos que pivotan sobre las violaciones y que incluso llegan a exonerar a los agresores, toda vez que se condena a la víctima. Esto es algo que ya explicaba Burt (1980, citado en Adolffson, Strömwall y Landström, 2017).

A mediados de la década de los noventa, Lonsway y Fitzgerald (1995: 134) precisaron la definición de Burt y caracterizaron los mitos como esas actitudes y creencias que, aunque normalmente son falsas, persisten y están teleológicamente destinadas a justificar e incluso a negar la agresión cometida por parte del sexo masculino.

Los factores sociales y culturales son decisivos para explicar la etiología de las agresiones sexuales y en ocasiones tienen su sustento legitimador en determinados grupos aceptados por la sociedad como las fraternidades universitarias o las sociedades deportivas. En estos contextos, se llegan a aceptar las conductas de agresión grupal, por abominables que sean.

En sus investigaciones, Foubert, Newberry y Tatum (2007) encontraron que algunas agrupaciones estudiantiles de carácter tradicional de los Estados Unidos, así como algunas comunidades deportivas, eran ámbitos más proclives para la coacción sobre el sexo femenino y que en estos colectivos la probabilidad de comisión delictiva era tres veces más alta que cuando sus miembros no pertenecían a estas agrupaciones sociales.

Según Foubert, Clark-Taylor y Wall (2019), en estos núcleos sociales hay una presión hacia el sexo masculino para que actúe de forma violenta y asuma la cosificación de la mujer como algo normalizado.

Asimismo, esta justificación llega al extremo insoportable en situaciones de conflictos bélicos, donde las violaciones se justifican como un arma más para subyugar al enemigo, que, de acuerdo con la lógica de la guerra, merece un extremo e impiedoso castigo (Harkins y Dixon, 2010).

El factor de la masculinidad correlacionado con una posición de dominio alimentada por actitudes patriarcales derivadas de creencias inveteradas que consideran al hombre como el sujeto que ejerce el poder y a la mujer como el ser sumiso es una realidad que ha sido estudiada por Henry, Ward y Hirshberg (2004). En este sentido Jewkes, Sikweyiya, Dunkle y Morrell (2015) pusieron de manifiesto que, en una cultura en la que impera el patriarcado²² y existe un claro dominio de la masculinidad, mayor es el riesgo de que se cometan agresiones sexuales, que serán asimismo justificadas.

Una parte de la doctrina indica que los lugares con mayor incidencia en episodios de agresiones sexuales grupales son los exteriores —la vía pública, los parques y zonas ajardinadas, los descampados y los lugares apartados— y no los espacios interiores (Horvath y Kelly, 2009; y Morgan *et al.*, 2012). Esta conclusión coincide con los hallazgos de la investigación realizada por Giménez-Salinas Framis *et al.* (2018) en España.

En los trabajos de Hauffe y Porter (2009) y Morgan *et al.* (2012) se aprecia que el consumo de alcohol (por los agresores y/o por la víctima) está muy presente en las agresiones sexuales grupales. Cuanto más numeroso es el grupo de agresores, el alcohol aparece con mayor incidencia como elemento para atraer a la víctima (Park y Kim, 2016). Además, es un dato muy significativo que en el estudio de Horvarth y Kelly (2009) se haya encontrado que el 42,9 % de los agresores habían consumido alcohol antes de la agresión. Este dato está en la línea del metaanálisis llevado a cabo por Bamford, Chou y Browne (2016), que encontraron que el consumo de alcohol aparecía en el 49,6 % de las agresiones sexuales, mientras que otras drogas tenían una incidencia del 31,01 %.

En el estudio de Quarshie *et al.* (2018), que se llevó a cabo con una muestra de 184 personas, se encontró que, entre las técnicas de sometimiento de la víctima, la utilización de las armas y el abuso físico constaba en el 43,9 % de las agresiones grupales. Morgan *et al.* (2012) hallaron que, en un porcentaje cercano al 20 % de los casos, las víctimas habían sido sometidas con un arma y que la más utilizada había sido un cuchillo. De la investigación de Petrella, Harkins y Eastwood (2018) se desprende que las víctimas de agresiones sexuales grupales fueron, en su gran mayoría, sometidas mediante el uso de un arma.

Para hacer referencia a los grupos de agresores, se han diferenciado los conceptos²³ de «grupo» y «banda» (Bijleveld y Hendriks, 2003).

El primer concepto hace referencia a un conjunto de personas que no está organizado mediante una estructura definida de poder, mientras que el segundo designa un grupo cerrado cuyos miembros comparten una identidad común y se rigen por una serie de normas más o menos rígidas.

La eventual existencia de un líder en las agresiones sexuales grupales también ha sido una cuestión estudiada por varios investigadores. El líder es la figura que cataliza y que, de alguna forma, toma la decisión inicial que influye en los demás componentes para llevar a cabo el ataque. Se ha señalado que el líder es el que toma la iniciativa para cometer el ataque, dado que dispone del suficiente carisma para dirigir a los demás agresores, es el que tiene la capacidad de atraer a la víctima y suele ser el que inicia la agresión e instiga a los demás miembros para que lo secunden (Porter y Alisson, 2001).

En ocasiones, es una tarea harto compleja identificar la existencia del líder del grupo agresor para dirimir la correspondiente responsabilidad por los hechos. Woodhams *et al.* (2007) encontraron que, a pesar de que no es fácil conocer el grado de implicación de cada uno de los agresores en este tipo de ataques, sí es posible llegar a conocer quién es el líder, quién toma la iniciativa en la agresión y, a la vez, modula la actuación de los demás miembros.

En Holanda, los investigadores Wijkman, Weerman, Bijleveld y Hendriks (2015) lograron identificar la existencia de un líder en una tercera parte de los grupos atacantes. También en la línea de la identificación de un líder, Porter y Alison (2019) llevaron a cabo un estudio sobre 216 casos de violaciones grupales y hallaron que en el 97 % de los casos fue posible conocer quién era el líder.

El liderazgo en las agresiones grupales comporta la pérdida del sentido de la responsabilidad individual y propicia una actuación de carácter gregario. Esta desindividualización es el factor que Goldstein (2002: 30) define como el proceso de pérdida del sentido de la individualidad y de inmersión en el grupo de agresores. Harkins y Dixon (2010, 2013) concluyen que este proceso de transición de lo individual a lo grupal explica la pérdida de la capacidad de responsabilización por la comisión del delito.

En estos actos delictivos de extrema brutalidad y gravedad, la participación grupal provoca situaciones que jamás se producirían si el agresor actuara de forma individual, dado que, como bien han señalado Woodhams *et al.* (2007), la responsabilidad queda diluida entre todos los autores.

Hay que añadir que las agresiones sexuales cometidas en grupo constituyen un fenómeno que cada vez tiene mayor visibilidad social y que en los últimos años ha generado un relevante impacto mediático. El rol de los medios de comunicación y el posible efecto de emulación o «contagio» de conductas perversas de carácter violento que se exponen forma explícita en los medios ha sido analizados en los estudios sobre los asesinatos en masa (Lankford y Madfis, 2018) o el terrorismo (Farnham y Liem, 2017).

En nuestro país, De la Torre Laso (2020) encontró que, durante el periodo comprendido entre los años 2014 y 2018, el incremento de casos y de las noticias referidas a agresiones sexuales que han aparecido en los medios de comunicación tienen una relación directa, pues se han multiplicado por 6 el número de agresiones sexuales y por 2,5 el número de noticias. El autor concluye indicando que el aumento de noticias de esta índole que aparecen en los medios de comunicación puede relacionarse con el aumento de las agresiones sexuales grupales.

4. ¿LIBERTAD O INDEMNIDAD SEXUAL?: CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO EN VÍCTIMAS MENORES DE EDAD. UNA PANORÁMICA TEMPORAL

En relación con su teléfono móvil, un/a menor y/o adolescente, por ejemplo, tiene muy claro que dispone de su propiedad y/o posesión, además del derecho a la intimidad²⁴ que nadie puede ni debe conculcar porque son bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Por contra, tendemos a pensar que la esfera vital de la sexualidad es un ámbito que, en nuestra era de la «inmediatez» y la velocidad a toda costa —realidad que ya hemos caracterizado—, es la gran desconocida por los/as menores y/o adolescentes. O al menos pensamos que existe una especie de «nebulosa» que impide ver con claridad dónde están los límites y, sobre todo, el incalculable valor del conocimiento de la sexualidad y de su adecuada gestión en edades cruciales y decisivas para el correcto desarrollo del ser humano, pues como hemos podido inferir de varios estudios y hechos reales, una lesión y/o una mala experiencia en ese ámbito en edades tempranas puede comportar una serie de secuelas funestas que perdurarán en el tiempo —como le sucedió a James Rhodes²⁵— y que pre-

cisarán de atenciones terapéuticas que no siempre son fácilmente accesibles, al menos en un sistema sanitario público en el que los servicios de salud mental están lamentablemente colapsados.

La gestión de la sexualidad es una tarea muy sensible que, en el caso de las niñas, se convierte en un quehacer todavía más complejo y multifactorial en un contexto caracterizado por la hipersexualización social y por una comprensión de la libertad muchas veces errónea. La hipersexualización también es tolerada por algunos/as padres y madres a través, por ejemplo, del fenómeno del *sharenting*, práctica de las personas adultas que consiste en compartir fotos de sus hijas e hijos de la más diversa índole en Internet y las redes sociales.

A mayores, decimos esto porque la liberación sexual de las chicas es evidente, un fenómeno social que constituye una realidad imparable, pero que también ha conllevado una apertura no exenta de riesgos que en algunos casos puede perjudicar el correcto desarrollo vital (Save the Children, 2024: 7).

Sobre el desconocimiento de la gestión de la sexualidad de los/las menores de edad y/o adolescentes, es muy significativo que, según el precitado estudio de Save the Children (2024: 10), al preguntar a las menores de edad sobre si conocían la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la identificaban con el concepto de «Ley del contrato», como si consideraran que la nueva regulación prevé la firma de un contrato a fin de acreditar el consentimiento de forma indubitada para mantener relaciones sexuales dentro de la legalidad. Las chicas preguntadas afirmaban incluso que algunos chicos ya habían hecho circular un «modelo» de contrato a través de las redes, pues la preocupación se había extendido de forma infundada. Nada más lejos de la realidad, pues por todos es sabido que el consentimiento²⁶ ya existía antes de la última reforma del Código Penal y no es nada nuevo.

Para arrojar luz sobre la cuestión, hemos de acudir al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011), concretamente a su art. 36.2, que dispone: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». Pero ¿de qué condiciones circundantes hablamos? En primer lugar, para que el consentimiento pueda considerarse válido ha de surgir de una situación de libertad e igualdad entre las personas implicadas en una relación sexual. En segundo término, ha de existir una clara voluntad de que la relación se desarrolle en un contexto de libertad. Por último, es preciso tomar en consideración las circunstancias, la situación en la que tiene lugar la actividad sexual, pues si esta cambia, el consentimiento también puede cambiar.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, adapta nuestra legislación al Convenio de Estambul y regula el consentimiento en el artículo 178.1 del Código penal, cuyo tenor literal tras la reforma es el siguiente: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la

persona». Así pues, el consentimiento²⁷ se ha convertido en el frontispicio de la polémica y tan debatida «Ley del solo sí es sí».

Ya en la década de los noventa, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (1993: 175) afirmaron que el pernio de la cuestión en los delitos contra la libertad sexual es la voluntad que ha de poseer el sujeto para poder gestionar esta esfera vital:

«[...] lo decisivo es que la ley acude en defensa del individuo tan solo cuando la voluntad de este es contraria a la realización de los actos impúdicos y en razón precisamente a que se trata de actos inmorales desde el punto de vista sexual. Queda pues, un margen del sujeto para implantar su propio orden sexual. El Código, más que imponerla, da una orientación cuando ofrece tutela a aquellas personas que no consienten en los actos que castiga».

Algunos términos de esta visión de hace más de tres décadas, por ejemplo, actos «impúdicos» e «inmorales», han sido más que superados en la nueva realidad que vivimos. Asimismo, entendemos que el concepto de «orientación» al que aluden estos insignes autores no es la función *per se* de nuestra actual ley penal, que no debe orientar, sino prever y sancionar las conductas tipificadas como delito bajo los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima del Derecho penal.

Ya en 2010 y, concretamente en el apartado XIII del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el legislador expresó la necesidad de regular una serie de conductas que ponían en peligro la sexualidad de los/las menores y que ya estaban previstas en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Menores contra la Explotación y el Abuso Sexual, también conocido como Convenio de Lanzarote, de 25 de octubre de 2007 (ratificado por España el 12 de marzo de 2009).

El preámbulo de la LO 5/2010 menciona el consentimiento y, con respecto a la protección del bien jurídico de la indemnidad sexual de los/as menores y/o adolescentes, afirma que este consiste en «[...] el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor [...]». Nótese que aquí hay una especial referencia al consentimiento y al desarrollo de la persona y de su sexualidad, que puede verse menoscabado por la comisión de diversas conductas delictivas no ejecutadas de manera presencial, sino también a través las potentes y cambiantes tecnologías de la información, que tienen, si cabe, una mayor fuerza expansiva y potencian la sensación de impunidad de los agresores (Flores Prada, 2012).

A tenor de lo dicho, no podemos soslayar la necesidad de que exista una protección de los/las niños/as y/o adolescentes frente a los ataques que puedan producirse en el ámbito digital. En este sentido, la Observación General del Comité de los Derechos del Niño N.º 25, de 2 de marzo del 2021, relativa a los derechos de los niños en el ámbito digital, señala en su párrafo 23 que esta protección tiene como objetivo garantizar la existencia de un entorno digital compatible con los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño (ONU, 1989) y en sus protocolos facultativos.

El párrafo 44 de la Observación General arriba citada apunta a la necesidad de que existan mecanismos judiciales de reparación y marcos legales orientados a proteger a los/as menores y/o adolescentes frente las diversas modalidades de violencia sexual en el entorno digital.

Entrando ya en la cuestión trascendental del bien jurídico protegido, cabe afirmar que se trata de una cuestión no pacífica en la doctrina más autorizada de nuestro país y que ha ido cambiando con el paso del tiempo.

Sin pretensión de exhaustividad, señalaremos que sobre el concepto de bien jurídico protegido es de obligada referencia la obra de Claus Roxin (2008: 62-63), autor que sostiene que en ocasiones el objeto de la acción y el bien jurídico parecen coincidir, como sucede en los delitos de homicidio, en los que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Sin embargo, esta identificación es solo aparente, ya que el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida es objeto de la agresión y el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. El bien jurídico es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque por parte del sujeto activo y solo es lesionado mediante el daño a los respectivos objetos individuales de la acción.

El concepto de bien jurídico utilizado por la doctrina penal es bifronte. Por una parte, el bien jurídico es tal en sentido político criminal (o *de lege ferenda*), en la medida en que hace referencia a lo único que merece ser protegido por el Derecho penal en contraposición con los valores morales. Por otra, lo es en el sentido dogmático (o *de lege lata*), en la medida en que se trata del objeto efectivamente tutelado por la norma penal transgredida. Esta dimensión dogmática del bien jurídico tiene como núcleo el objeto de la tutela jurídica, por ejemplo, la sexualidad, el honor o la vida, entre otros. La proximidad entre ambas concepciones depende del grado de realización del ideal político criminal que se sostenga por parte del Derecho positivo.

El contenido del concepto político criminal de bien jurídico se aproximará al del concepto dogmático si el autor en cuestión sostiene la misma concepción político criminal que inspira al Derecho penal vigente. En definitiva, nuestra legislación penal supone la concreción más o menos acertada de un programa de política criminal²⁸ que, entre sus puntos esenciales, determina los bienes jurídicos que son dignos de protección mediante la amenaza de la aplicación una sanción negativa en caso de su vulneración.

La concreción de los bienes que han de ser protegidos penalmente depende de aquellos intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico ostenta el poder político. La legislación penal no protege intereses ajenos a la coyuntura histórica en la que debe ser aplicada ni valores eternos desvinculados de una estructura social situada en un contexto espacio-temporal específico (Mir Puig, 2006: 160-161).

De hecho, en la doctrina alemana tampoco hay unanimidad sobre la cuestión del bien jurídico a proteger en los delitos sexuales, tal y como indican, entre otros, Heinrich (2011: 135) y Fischer (2013: 1262).

Si antaño se discutía sobre conceptos como la pureza, la honra, la moralidad, la honestidad, más recientemente el bien jurídico que es objeto del análisis y la discusión doctrinal es la sexualidad y/o la indemnidad sexual.

En los albores del siglo pasado, Karl Binding (1902, 83 ss.) utilizó el concepto de «honor sexual» para delimitar el bien jurídico protegido, que, a su juicio era la regulación de la misma vida sexual, y que tenía que estar comprendido entre los límites de la moral y la ley.

Por su parte, Jäger (1957: 44) ya hablaba de la «libertad sexual» como concepto sostenido por la doctrina mayoritaria y que era definido como la indisponibilidad e intangibilidad del cuerpo.

En España se protegía la honestidad, concretamente en el título «Delitos contra la honestidad» del Código penal de 1973)²⁹. El bien jurídico, la honestidad, era tributario de una pética costumbre social hondamente arraigada en el marco sociopolítico de la dictadura que estuvo vigente en nuestro país durante décadas. En este sentido, Figueroa Navarro, García Valdés, y Mestre Delgado (2011: 80) aseveran que el título que hemos indicado era ya una rúbrica tradicional que se mantuvo inercialmente en el Código Penal hasta la reforma sustancial operada en 1989, que fue el resultado de las críticas formuladas la mayoría de la doctrina y que puso de manifiesto que la «honestidad» era, ciertamente, insostenible en los tiempos que corrían (Monge Fernández, 2011). Lamarca Pérez (2007: 1) señala que «[...] quizás sea en el ámbito que afecta a la sexualidad donde el legislador penal se ha venido mostrando más atento a las transformaciones que se han producido en nuestra sociedad y, en este sentido, hay que destacar especialmente la reforma introducida por la Ley 3/1989, de 12 de junio», que puso fin a una tradición tuitiva cuya teleología era el refuerzo del poder del Estado del que emanaban una serie de prescripciones de concretos códigos morales referidos a la esfera privada de las personas, aspecto ya superado por nuestro modelo constitucional, que se sustenta en el respeto absoluto de la libertad y la aconfesionalidad.

Asimismo, Díaz y García Conlledo (2006) señalan que, al asumir un modelo que castigaba los delitos contra la honestidad, el Código Penal anterior, particularmente en sus primeras versiones, defendía claramente una concreta moral sexual conservadora y católica, sustentada por el nacionalcatolicismo que imperó durante el régimen franquista. Además, la protección de la honestidad guarda relación con la moral sexual vigente en un contexto temporal muy concreto. A este respecto, Gimbernat Ordeig (2007) subraya que los inveterados delitos contra la honestidad protegían un sentimiento moral preponderante ligado a los principios cristianos —y, más específicamente, católicos— que generaba reacciones escandalosas, sinceras o hipócritas, que realmente encubrían una doble moral frente a ciertos comportamientos sexuales supuestamente «desviados» que, en cualquier caso, no se ajustaban a la relación genital-genital practicada dentro del matrimonio heterosexual. Realmente, la protección de la honestidad trataba de proteger a aquellas personas que cumplían los férreos cánones que les marcaba la sociedad, o más, concretamente, un colectivo muy específico de la misma (Caruso Fontán, 2006).

Díez Ripollés (1982,10-11), representante de la doctrina más autorizada en este ámbito, sostiene:

«[...] merecerá el calificativo de honesta toda conducta sexual acorde con los valores culturales propios de la sociedad en que se vive, o se catalogará como honestidad al conjunto de abstenciones y restricciones referidas al orden sexual que, a través de sanciones morales o penales, pretenden salvaguardar las relaciones sociales, disimulando, el fondo animal de los instintos y dignificando los caracteres de la especie humana en su evolución, ascendente de naturaleza y costumbres».

Imbricado con el de la honestidad, aparece también el concepto de «buena reputación» en una sociedad dominada por unos valores morales religiosos cuya observancia o inobservancia determinada que los ciudadanos estuvieran vistos o fueran denostados.

El Tribunal Supremo³⁰ no era ajeno a esta realidad y en algunas de sus sentencias declaró que los tipos protectores de la honestidad tenían como finalidad la tutela de sentimientos de pudor, decencia, e incluso el recato de la persona ofendida, y que, además, protegían la moralidad pública e individual en el ámbito sexual.

En cualquier caso, los argumentos que acabamos de exponer sobre la honestidad denotan que, entendido como bien jurídico integrado por diversos elementos aceptados durante muchos años, se trata de un concepto de carácter subjetivo y abstracto que actualmente no es apto para definir bienes jurídicos penales, más allá de que puedan ser protegidos en el orden jurisdiccional civil.

La honestidad es un concepto penalmente impreciso, vago y ambiguo³¹, puesto propicia una interpretación demasiado amplia y es intrínsecamente mutable. Por ello, resulta insostenible a la luz de los principios que establece la Constitución española y en un Estado social y democrático de Derecho moderno a la altura de las exigencias del siglo XXI (Bauer Bronstrup, 2018: 119).

Como bien indican García Albero y Morales Prats (2004: 948), en la década de los 80 ya existía un consenso en la doctrina en torno a la necesidad de que nuestro código punitivo abandonara conceptos como la honestidad como bien jurídico a proteger dentro de la esfera de la sexualidad. La mayoría de la doctrina abogaba por la implementación de una serie de reformas del Derecho penal sexual orientadas que el bien jurídico protegido fuera la libertad sexual de la persona.

Estamos de acuerdo en que el título del epígrafe del Código Penal que castiga las agresiones sexuales debe expresar de forma más diáfana y precisa el bien jurídico que ha de protegerse en un elenco de conductas típicas. En el Proyecto de 1980 ya aparece «La protección de la libertad sexual», en el capítulo donde se prevé la punición de las conductas «[...] en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, por lo que, como bien jurídico protegido, destaca la libertad sexual». Luzón Cuesta (2023: 129) se refiere a Díez Ripollés cuando señala que esta idea ya supera el concepto de moral sexual que, de forma más completa y compleja, tiene una vinculación con la protección de los intereses de la familia y el matrimonio, abriendo camino a la libertad sexual como elemento fundamental de la libertad del ser humano. El concepto de moralidad no es pacífico y es cambiante e impreciso. El autor precitado entiende que la noción de moral está fundamentada en planteamientos éticos y que la sociedad aprueba o desaprueba determinadas conductas porque las considera ética y socialmente positivas o negativas. El

sentimiento moral exige que los hechos y las acciones de los hombres y mujeres no disten en su exteriorización del respeto debido a las normas y costumbres de nuestra colectividad en relación con la fenomenología sexual. Así pues, al proteger la moral sexual el legislador pretende prohibir ciertas formas de exteriorización del instinto sexual que se oponen a la pacífica convivencia que se pretende asegurar, de ahí que en muchas ocasiones haga alusión al concepto de moral, que garantiza el respeto de una serie de principios de conservación para la solidaridad y convivencia en sociedad (Díez Ripollés, 1982: 10-11).

Puede afirmarse que ya es una tradición que el Derecho proteja la moralidad sexual a través de los delitos relativos a este ámbito y que esta tendencia se ha manifestado en diversas reformas de nuestro código punitivo. La mayoría de los autores que han investigado sobre la materia no han tenido a bien considerar que este concepto constituye un bien jurídico protegido como mínimo esencial, si bien lo han relacionado de forma indirecta con conceptos como la honestidad, el pudor o incluso la decencia pública (Caruso Fontán, 2006: 89).

Para superar las contundentes críticas que se esgrimieron contra la opción de proteger la moral sexual y la honestidad como bienes jurídicos intrínsecos a los delitos sexuales, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual reafirmó el concepto de libertad sexual.

Entendemos que, de esta forma, se produce una laicización de nuestro Código Penal, ya que se abandona la tutela de la honestidad, la moralidad, la honra, e incluso la reputación, es decir, se supera la concepción de acuerdo con la cual los delitos de naturaleza sexual tutelan una serie de sentimientos muy arraigados de nuestra colectividad que imperaron en un periodo concreto de la historia.

Si ahondamos en el significado del bien jurídico de la libertad sexual, apreciamos su relación con el derecho para gestionar la esfera sexual con absoluta libertad y sin ningún tipo de interferencia, facultad que ha de permitir su ejercicio sin ningún tipo de condicionante que pueda cercenar este ámbito vital. Además, se tutela el derecho a no verse involucrado en ninguna situación sexual en la que no se haya prestado el consentimiento (Subijana Zunzunegui, 1999: 30). Lo que se pretende asegurar es que las relaciones sexuales se desarrollen en un marco de total libertad individual de la persona para poder gestionar y desarrollar su sexualidad.

En este sentido, Díez Ripollés (1985: 24) afirma:

«[...] los atentados a la libertad sexual poseen para el individuo un claro matiz diferenciador frente a otros atentados a la libertad en esferas vitales no tan vinculadas a la autorrealización personal: el forzar a una determinada relación sexual, o prohibir su ejercicio, merece un peculiar enfoque valorativo, derivado del hecho de que supone privar a la víctima de la libre disposición de una de las dimensiones de su personalidad y de su existencia dotada de una mayor aportación personal en cuanto a su sentido, y consiguiente ejercicio».

La Constitución española de 1978 reconoce y protege la libertad como derecho fundamental y, por ende, también tutela la libertad sexual como una parte intrínseca de la libertad. Esta proclamación supone el rechazo del concepto de moral sexual dominante hasta la

aprobación del texto constitucional y de la protección mediata de la libertad sexual, en la mayoría de las ocasiones condicionada por intereses familiares o matrimoniales o incluso por expectativas matrimoniales (Quintero Olivares, 2001: 875-876)

Se ha intentado, así, eliminar cualquier tipo de moralización de la ciudadanía y limitar el castigo a aquellas conductas que conculquen el libre ejercicio de la sexualidad en función del concepto que de esta tenga cada individuo (Díez Ripollés, 1985: 20-21).

De acuerdo con Orts Berenguer (1995: 24), la libertad sexual consta de dos aspectos relevantes: uno de carácter dinámico-positivo, que hace referencia a la facultad de disponer del propio cuerpo, y otro, estático-pasivo, que se relaciona con la posibilidad de repeler los ataques contra la indemnidad sexual. Así pues, el contenido de la libertad sexual consiste en el derecho a escoger y practicar en cada momento la opción sexual que se quiera y se desee sirviéndose del propio cuerpo. Además, existe también el derecho a elegir la persona con quien se compartirán las relaciones sexuales y el derecho a rechazar las proposiciones de esta naturaleza que no se deseen.

La libertad sexual permite incluso aceptar o rechazar proposiciones de forma violenta en aquellos casos en los que el proponente pretende imponer un comportamiento no deseado. Por ello, lo que persigue la protección penal es garantizar que la persona pueda determinarse de forma autónoma en su ámbito sexual y elegir la opción que quiera libremente, disponiendo de su cuerpo conforme a sus deseos (González Cussac y Orts Berenguer, 2004: 457).

Muñoz Conde (2023: 192) afirma que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como una esfera que está en vías de concretarse en un futuro no muy lejano. En la misma línea, Barja de Quiroga (2021:156) sostiene que el bien jurídico, la libertad sexual, dimana del derecho de todas las personas a autodeterminarse en este ámbito, si bien matiza que, en el caso de los/las menores y/o adolescentes, la cuestión es discutible porque lo que en realidad se está protegiendo es la libre formación de la sexualidad hasta que llegue el momento idóneo en el que pueda ejercerse con plena capacidad de decisión.

En el caso de los/las menores y adolescentes, la libertad sexual se enfrenta a un escollo, pues ha de existir una plena capacidad de disposición y decisión, capacidad que, según autoras como Monge Fernández (2011: 56), no tienen. El/la menor y/o adolescente carece de plena capacidad de decidir sobre su propia libertad y, por ende, sobre su libertad sexual, de forma que no podría ser este el bien jurídico protegido. Según Carmona Salgado (1981), la falta de libertad sexual de los/las menores y/o adolescentes por incapacidad de decidir sobre una esfera vital tan relevante y decisiva determina que el concepto relevante sea el de intangibilidad sexual. Gómez Tomillo (2015) también aboga por el concepto de intangibilidad sexual, dado que, a su juicio, encaja con sujetos pasivos de corta edad que, en realidad, no tienen una clara conciencia de lo que están viviendo en su ámbito vital de la sexualidad y, de forma más amplia, el Derecho incorpora una presunción *iuris tantum* sobre la capacidad de decisión fijando la edad de 16 años, que, entendemos, es una cuestión de política criminal y seguridad jurídica que cambia con los tiempos. El autor citado entiende que la indemnidad sexual es un concepto más preciso y, a la vez, más concreto que incluso el

de intangibilidad sexual, pues parece cerrar el paso a un contacto con la esfera sexual vital de cualquier menor y/o adolescente e incluso con las personas necesitadas de una especial protección por el hecho de pertenecer a un colectivo vulnerable.

El Tribunal Supremo³² también se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha afirmado que los/las menores y/o adolescentes que no han alcanzado la edad de consentimiento sexual no son capaces de consentir en este ámbito «[...] por faltarles los resortes adecuados de su personalidad, debido a su temprana edad, para comprender el significado sexual de su comportamiento». Y aquí radicaría el acmé de la cuestión, según nuestro modo de ver, pues se trata de comprender lo que verdaderamente supone el ejercicio y la gestión de la sexualidad en el presente, pero también con una afectación proyectada hacia el futuro.

Estamos de acuerdo con Díez Ripollés (1999:236) cuando afirma que nuestra legislación positiva reconoce de forma parcial el ejercicio de la libertad sexual a los/las menores y/o adolescentes cuando atribuye una especial relevancia punitiva al vencimiento de su voluntad contraria a mantener ciertas relaciones sexuales o al otorgamiento de un consentimiento que puede estar viciado para llevarlas a cabo, hecho que resulta del todo incongruente si se rechaza la libertad como punto de referencia del comportamiento de estos sujetos.

Caruso Fontán (2006: 164) parte de la premisa de que la libertad es la facultad de cada individuo inherente a su condición de persona y sostiene que no resulta coherente que algunos autores quieran negársela a ciertos individuos por la particular situación en la que se encuentran. Según esta autora, no se trata de un bien creado y atribuido de forma legal a la persona, un atributo natural, una cualidad consustancial a la persona que le acompañará durante toda su vida. Consiguientemente, propone diferenciar la titularidad de la libertad, de la cual gozan todas las personas, y el ejercicio de esta.

La voluntad o consentimiento libre y expreso queda alzaprimado por Ragués i Vallés (2023: 132) cuando asevera que la libertad sexual consiste en el derecho que tiene toda persona para poder autodeterminarse en el ámbito de su esfera sexual, y añade que en el caso de los/las menores y/o adolescentes existe una distinción entre la libertad y la indemnidad sexual como objeto de tutela penal, una realidad muy sensible, pues en el hemos de tener en cuenta que los/las menores y/o adolescentes no tienen poder de disposición, especialmente si están por debajo de los 16 años, dado que no tienen el poder de discernir y, por ende, de consentir.

De la Mata Barranco (2017: 19) afirma que la ausencia de un consentimiento eficaz puede generar el riesgo de puesta en peligro de la libertad sexual de los/las menores y/o adolescentes, y añade que incluso podemos hablar de lesión cuando existe un proceso hacia la madurez quebrado porque la evidente relación de asimetría entre el adulto y el/la menor y/o adolescente

Compartimos la observación de Blanco Lozano (2005: 234) de acuerdo con la cual la libertad no ha de estar condicionada de ninguna forma, y añadiremos que cualesquiera condicionamientos cercenarían *a radice* este concepto, inherente a la propia existencia del ser humano.

Esquinas Valverde (2023:196) indica que nuestra legislación penal trata de garantizar a todos y todas el ejercicio efectivo de la capacidad de autodeterminarse sexualmente y, en general, el ejercicio de la actividad sexual en situación de total libertad. Por consiguiente, se tutela también la libertad sexual de los/la menores y/o adolescentes o discapacitados/as, aunque estos/as no se encuentren en plenas condiciones de ejercerla, ya sea de una forma transitoria o definitiva. Efectivamente, se prohíbe penalmente y *a priori* cualquier conducta de carácter sexual que se lleve a cabo con ellos/as cuando se materialice sin una voluntad válida, clara y sin vicio por su parte.

El legislador de 2022, mediante la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que modifica en este sentido la regulación anterior, parece haber acogido la primera de las opciones doctrinales, dado que la rúbrica del título VIII del Código penal hace referencia exclusivamente a la libertad sexual.

Llegados a este punto, se impone analizar la distinción entre la libertad y la indemnidad sexual como un debate que parte del Derecho italiano en la década de los 70, entendiéndose como un bien jurídico intermedio, un concepto de carácter abstracto que tiene sustento en una ausencia de capacidad del/la menor y/o adolescente para poder decidir sobre su sexualidad. Por el contrario, González Agudelo (2021: 98) lleva a cabo una reflexión que, entendemos, es de sumo interés:

«[...] resulta llamativo que construcciones parecidas no se produzcan en relación con otros derechos de libertad, que se les reconoce a los niños y jóvenes sin mayores inconvenientes, por ejemplo, la libertad de pensamiento o religiosa, que se aceptan como bienes jurídicos protegidos en los delitos que los protegen sin recurrir a construcciones abstractas, aunque no puedan ejercerlos por sí mismos en algunas etapas de su desarrollo».

Es cierto que no pueden decidir sobre su sexualidad, pero sí pueden hacerlo claramente en esferas vitales como el pensamiento y la religión. Si bien entendemos que puede resultar algo «llamativo», también es cierto que es preciso que exista una protección penal de la sexualidad en edades en las que hay muchos bienes en juego, entre ellos una salud y una vida sexual futuras en situación de normalidad.

El concepto de indemnidad sexual fue introducido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, y ha sido asumido por diversos autores y autoras, pero todavía no existe consenso en relación con su contenido y alcance y, entendemos, tampoco sobre su incardinación en el ordenamiento jurídico penal español. Así, Monge Fernández (2011: 63) vuelve sobre la polémica en torno a la moralidad, que parecía ya superada, cuando afirma que se objetó que la locución «indemnidad sexual» estaba revestido de tintes moralizantes y que, de un modo subrepticio, reintroducía en el Código Penal el obsoleto concepto de la moral sexual, orientado a proteger una moral muy determinada en detrimento de otras opciones que, consideramos, han de permanecer en el fuero interno de cada persona.

Según Muñoz Conde (2013:191), al introducir el concepto de indemnidad en 1999 el legislador no solo pretendió realzar la libertad sexual como único bien jurídico protegido en todos los delitos sexuales, sino también encontrar una justificación de la ampliación y/o

creación de algunos tipos penales que no tenían encaje en ninguno de los bienes jurídicos contemplados anteriormente.

De forma algo más radical, Díez Ripollés (1999: 234-235) sostiene que la necesidad del concepto de indemnidad sexual y otros equivalentes no está justificada para poder identificar el auténtico objeto de tutela de determinados delitos sexuales que no serían reducibles hacia el bien jurídico de la libertad sexual, dado que el concepto del que se parte, estrictamente limitado a los casos en los que la víctima está en condiciones fácticas y jurídicas para poder ejercer tal libertad, no resulta conceptualmente obligado ni es el más adecuado para expresar la verdadera dimensión del libre ejercicio de la sexualidad en nuestra sociedad. El mismo autor añade que una formulación como esta aúna al debido respeto por su capacidad para explicar de un modo conceptual y sistemático coherente la práctica totalidad de las conductas incriminatorias y también que en la regulación vigente se aprecia con claridad que existe un amplio reconocimiento del ejercicio de la libertad sexual por parte de menores e incapaces.

La interpretación según la cual el bien jurídico protegido por nuestra legislación penal es la indemnidad sexual supone partir de la identificación del concepto con el desarrollo de la sexualidad, que ha de evolucionar y desenvolverse de forma completamente libre y sin injerencias que puedan ser contrarias a los intereses del/la menor y/o adolescente para que, llegado el momento, pueda gozar de un proceso de socialización en situación de total normalidad (Orts Berenguer, 2019). En este punto, entendemos que la indemnidad sexual como bien jurídico cobra una especial importancia cuando se pretende que la víctima pueda vivir una sexualidad en un marco de seguridad y normalidad que evite daños en una edad que podría comportar perjuicios futuros muy graves.

El auténtico contenido de la indemnidad sexual tiende a tutelar el proceso de formación del/la menor y/o adolescente para evitar que pueda ser sometido/a a una serie de prácticas que impidan su adecuada educación sexual e incluso puedan anular y/o limitar su capacidad de decidir libremente en relación con sus preferencias sexuales (Dolz Lago, 2010).

Sin embargo, Díaz Cortés (2012: 2-24), considera que se protegen dos bienes jurídicos: la libertad y la indemnidad sexuales.

La jurisprudencia ha declarado que la indemnidad sexual persigue la protección de la formación de la personalidad y el normal desarrollo sexual de los menores y/o adolescentes³³. O sea, que la finalidad intrínseca del concepto es la protección de una serie de intereses para que «[...] los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral, sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor, a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad»³⁴.

Lato sensu —y, pensamos, de forma muy atinada—, Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2021: 142) amplían miras y expresan que al bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual habría de añadir ámbitos que correlacionan con la dignidad y

la salud de las víctimas, aspecto, este último, especialmente sensible en personas que están en plena fase de crecimiento y formación hacia la adultez.

El camino hacia un futuro sexual en condiciones de normalidad ha de prepararse desde edades tempranas, pero no todos/as los/las menores y/o adolescentes tienen la misma capacidad de decidir lo que les conviene, lo que es correcto y lo que no, pues sobre todo en la etapa adolescente los cambios físicos se producen de forma rauda y no existe el tiempo ni la capacidad intelectual suficiente para proceder a un análisis mesurado que pueda aquilatar la situación. *A fortiori*, buena parte de la vida sexual de este colectivo tan vulnerable se encuentra inmersa en la soledad, el desconcierto, y la vergüenza que genera el hecho de que se anatemicen algunos aspectos que deberían formar parte de la normalidad, entre ellos los cambios hormonales que alteran su devenir diario. En esta línea, García Albero y Morales Prats (2016: 299 ss.) consideran que los/las menores y/o adolescentes no disponen de la suficiente capacidad de análisis para tomar decisiones responsables en el ámbito de la sexualidad y que los tipos penales están orientados a la preservación de una serie de condiciones fundamentales que han de permitir su desarrollo futuro de forma sana y alejada de posibles traumas y rémoras generadas por terceros. En esta línea, y entrando en la cuestión de una posible instrumentalización, Subijana Zunzunegui (1999: 30) afirma que:

«[...] por ello, es necesario precisar los presupuestos que permiten afirmar que la sexualidad del menor se ejerce en condiciones de libertad. La línea matriz es proscribir toda instrumentalización del menor al servicio de las necesidades sexuales del adulto. Ello es fácilmente atisbable cuando la implicación del menor en un contexto sexual se realiza acudiendo a la violencia, intimidación, engaño o precio, pero presenta contornos espinosos en los supuestos específicos de abuso de superioridad».

De forma más amplia, Ontiveros Alonso (2006) defiende la necesidad de incorporar como bien jurídicamente protegido el libre desarrollo de la personalidad con fundamento en la dignidad humana, dado que así se protege también a colectivos especialmente vulnerables como ser los/las menores y/o adolescentes.

A esto hemos de añadir que, en muchas ocasiones, este colectivo de menores y/o adolescentes no denuncia que ha sufrido agresiones sexuales hasta que han pasado muchos años porque cuando las sufrieron no eran plenamente conscientes de que eran víctimas de una acción delictiva de gravedad que lastraría su vida en un futuro y que tendría consecuencias de diversa índole.

Esta carencia de capacidad y madurez para discernir el alcance de la esfera sexual que permita conducirse de forma consciente coherente y consecuente también es apuntada por Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto y Piñol Rodríguez (2020: 256), que, además, afirman que, aunque un/a menor y/o adolescente tuviera la suficiente capacidad de comprensión, buscarse y aceptase una relación sexual con una/a adulto, seguiría siendo considerada una persona incapaz para prestar su consentimiento, que en ningún caso podría tenerse por válido y eficaz. En relación con la polémica cuestión de la edad para la prestación válida del consentimiento, estos autores entienden que la fijación de los 16 años solo es un tema de política criminal.

La integridad moral y la vida de los/las menores y/adolescentes también se erigen *ex art.* 15 CE en bienes jurídicos de primerísimo orden que, a nuestro juicio, deben ser protegidos como parte de la indemnidad sexual, tesis también sostenida por Monge Fernández (2011).

Además, en un contexto en el que las tecnologías forman parte de la cotidianeidad de los/las menores y/o adolescentes —en ocasiones en demasía—, no podemos soslayar que al socaire de estas puede generarse un embaucamiento conducente a una subyugación moral y de la libertad con una intensidad determinante de vivencias turbias e innobles que no han podido gestionarse por la falta de madurez natural (Cugat Mauri, 2010) en una situación de indefensión. Esto puede suceder en una tesitura en la que el contacto sexual a través de las redes es equiparable al físico, e incluso puede convertirse en más pernicioso, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias recientes³⁵.

La subyugación que puede provocar un adulto mediante las nuevas tecnologías ha sido estudiada de forma detallada por Save the Children (2010). La ONG indica que las perversas injerencias de los adultos que se producen a base de insistencia y presión en la esfera sexual de los/las menores y/o adolescentes pueden llegar a condicionar el comportamiento, generando incluso aversión al sexo en un futuro.

Estamos de acuerdo con Dolz Lago (2011), González Tascón (2011) y Gómez Tomillo (2015) cuando sostienen que el bien jurídico protegido por el CP en los delitos sexuales que se cometen contra los/las menores y/o adolescentes también es la infancia, periodo fundamental de la existencia que ha de estar anudada al derecho a vivirla con total normalidad. Se trata de un derecho constitucional recogido en nuestra carta magna en su artículo 39.4³⁶: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», precepto comprendido en el capítulo tercero («Principios rectores de la política social y económica») que, a nuestro modo de entender, contiene una serie de factores hermenéuticos de primer orden que delimitan el alcance y el contenido de derechos de gran calado³⁷. Así pues, este bien jurídico adquiere una dimensión protectora supraindividual que es un baluarte fundamental para que la ciudadanía de nuestra sociedad presente y futura pueda vivir en situación de seguridad y salud.

No podemos terminar sin señalar que han sido varias las reformas que se han llevado a cabo en los últimos años en relación con los delitos que protegen la esfera sexual de nuestra ciudadanía y que no siempre se han llevado a cabo con el suficiente tino y tras la realización de estudios criminológicos rigurosos. Por el contrario, se han aprobado bajo la presión del populismo punitivo y en contextos de crispación política. En este sentido, Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019) señalan que mediante las sucesivas reformas del Código Penal en materia de delitos sexuales el legislador ha generado una evidente inseguridad jurídica.

En el mismo sentido, Queralt Jiménez (2015: 264) apunta que se modificó una ley en 2015 sin evaluar siquiera su necesidad y pertinencia, y afirma gráficamente que, en estas circunstancias, no es muy diferente del «efecto de la lluvia en el mar», es decir, que este «trasiego legislativo» prácticamente no sirvió para nada, aunque generó enconados debates parlamentarios.

En relación con los delitos sexuales cometidos contra menores, estamos de acuerdo con Cuerda Arnau (2017: 44-45) cuando indica que las reformas³⁸ legislativas que se han llevado a cabo son ciertamente irracionales porque, por una parte, no se han realizado partiendo de análisis rigurosos basados en datos empíricos que evidencien su necesidad real y, por otra, tampoco se han realizado estudios comparados sobre posibles alternativas a la vía penal antes de su implementación.

Tal y como hemos indicado, existen indicios más que fundados de que, una vez más, la actividad legislativa se ha visto influenciada por el populismo punitivo. Como señala la autora precitada de forma muy clara y certera, estas reformas no son la respuesta a necesidades de tutela que se sustenten en criterios científicos, tampoco se ajustan a los límites del *ius puniendi*³⁹ del Estado, concretamente a los principios de ofensividad y prohibición de exceso⁴⁰; además, insiste en la existencia una concepción «atávica» mayoritaria sobre la sexualidad de los/las menores y/o adolescentes que provoca inevitable una sobrevaloración de la protección. Por último, Cuerda Arnau (*ibid.*) habla incluso de una «esquizofrenia legislativa» que ha derivado en el endurecimiento de la legislación penal de los/las menores en reformas de la LORPM, modificaciones que han sido implementadas sin la suficiente reflexión y que con demasiada frecuencia fueron aprobadas tras la comisión de crímenes que tuvieron gran eco mediático e hicieron mella en la población española.

Entendemos que la reforma de la legislación penal se ha de llevar a cabo solamente cuando sea estrictamente necesario, atendiendo a las auténticas demandas de la ciudadanía y haciendo caso omiso al clamor popular y la crispación, que provocan el surgimiento de intereses políticos adulterados e innobles que en nada favorecen el verdadero cometido de la ley penal, que ha de ser la prevención y, en su caso, la punición solo de aquellas conductas más graves merecedoras de especial protección.

5. CONCLUSIONES

i) Vivimos en unos tiempos en los que muchos principios y pilares que han sustentado y han dado consistencia a nuestra existencia han mutado, se han diluido o incluso «gasificado» en un contexto en el que se intenta buscar explicaciones adecuadas de los cambios bruscos y repentinos que se suceden y que poco o nada nos dejan para el tan necesario tiempo de sosiego y adaptación que necesita la humanidad.

ii) Inmersos/as en la postmodernidad, nos encontramos frente a retos de gran importancia ya muy presentes y que afectarán a las generaciones venideras de forma ineluctable. Y es que tenemos que hacer muy bien lo que nos corresponde hacer como generación para no comprometer más aún a aquellos/as que vendrán y al mundo, a los que legamos una realidad de control postpanóptico de antinomias extremas caracterizada por el primado de la individualidad, lo efímero, la cultura del consumismo y la inmediatez.

iii) Hemos mostrado que la casuística de los abusos y agresiones sexuales a menores y/o adolescentes es una realidad que podemos ver y palpar a nuestro alrededor cuando nos es-

candalizan continuamente las noticias de crímenes abominables que superan cualesquiera ficciones y que luego incluso se trasladan a los *True crime* sin ningún tipo de premisa ética, pues lo que importa es batir índices de audiencia, con la suculenta facturación que esto genera. En este punto, consideramos necesario que se legisle de forma decidida para evitar el aprovechamiento mediático a toda costa que compromete la intimidad, el honor y la estabilidad de los menores, los adolescentes y las familias que son víctimas.

iv) Nuestros/as menores y/o adolescentes sufren ataques en su sexualidad desde entornos tan cercanos como la familia, las amistades y los conocidos, sin olvidar que también son presa de estos embates en contextos deportivos, religiosos e incluso en las instituciones de protección de menores, ámbitos en los que debería primar un absoluto clima de confianza y seguridad. Pensamos que es preciso que nuestras administraciones trabajen en red desde diversos servicios públicos interdisciplinares para conseguir tanto una verdadera y eficaz visibilización del problema como la prevención general y especial.

v) Existe una auténtica sobreexposición de la sexualidad de nuestros/as menores y/o adolescentes que genera situaciones de riesgo cuya evitación debe pasar por una formación permanente llevada a cabo por las familias. Entendemos que los poderes públicos deben contribuir a formar a los padres y las madres como primer núcleo formativo y de protección del que han de disponer los/as menores y/o adolescentes.

En este punto, consideramos necesario que se recuperen muchas escuelas de padres y madres que se cerraron en 2008 debido a la crisis económica y que nunca se han vuelto a reabrir.

vi) Creemos que la educación y la gestión de la sexualidad pasa por enseñar a decidir con criterios sólidos y fundamentados científicamente desde edades muy tempranas y a trabajar el autocontrol para que la inmediatez y la irreflexividad no penetre en las vidas de los y las menores y/o adolescentes como si se tratara de un simple juego.

vii) Es preciso dotar a nuestro sistema de enseñanza de los recursos necesarios para que transmitan una adecuada educación en la prevención y gestión de la sexualidad. En relación con esta última aseveración, entendemos que deberá fomentarse desde los poderes públicos la recuperación de la *auctoritas* de los/las educadores/as, su ascendiente moral basado en el reconocimiento y prestigio social, pues esta se ha perdido en las últimas décadas a pasos agigantados en perjuicio de la base de nuestra sociedad: los/as menores y/o adolescentes.

viii) Los/las menores y/o adolescentes son colectivos extremadamente vulnerables y que en demasiadas ocasiones sufren situaciones de indefensión porque transitan por un periodo de sus vidas de pleno crecimiento y formación, y son incluso atacados por otros menores y/o adolescentes que se aprovechan de su confianza y falta de capacidad de discernimiento para agredirlos de forma individual y/o grupal, en «Manadas» o «Minimanadas», hecho, este último, recurrente en los últimos tiempos, concretado en casos cuya brutalidad y crudeza superan cualquier límite imaginable⁴¹.

Esta «nueva tipología» de agresiones cometidas en grupo por menores es una realidad que debe ser estudiada para definir sus contornos, aquilatar la problemática cuantitativa y cualitativamente y tomar las medidas necesarias de prevención e intervención.

ix) Como hemos podido comprobar, las agresiones sexuales que sufren los y las menores y/o adolescentes generan un gran interés en la comunidad científica nacional e internacional, las organizaciones no gubernamentales, las diferentes administraciones y los poderes públicos. Este interés que ha provocado que se hayan realizado múltiples estudios e investigaciones que evidencian que existe una parte de nuestra sociedad altamente sensible que sufre o ha sufrido abusos y agresiones en una esfera vital de gran importancia la sexualidad, y que dejará máculas indelebles a lo largo del tiempo y generarán un elevado coste para la propia víctima y, por ende, para nuestra sociedad.

x) Se han realizado estudios e investigaciones por nuestros poderes públicos orientados a conocer una lamentable realidad que se esconde tras una cifra oscura, opaca o «negra» que se deja entrever a través de los medios de comunicación de una forma a veces amarillista que emponzoña lo que ha de constituir una verdadera y rigurosa información objetiva.

xi) Nuestro legislador también se ha preocupado por la cuestión e incluso ha encargado un informe al Defensor del Pueblo de España sobre la materia. Pero ¿cómo ha sido elaborado este prolijo y controvertido documento? Hemos podido apreciar que se nutre fundamentalmente de datos que provienen de un medio periodístico, de entrevistas realizadas a las propias víctimas y de una empresa privada con el fin de suministrar al legislador la información y las conclusiones necesarias para que diseñe e implemente medidas concretas de prevención, lucha y reparación a los y las menores y/o adolescentes que son o han sido víctimas de abusos y/o agresiones.

No podemos olvidar que los bienes jurídicos que han sido analizados en el presente trabajo han ido evolucionando con el paso del tiempo y que son de gran relevancia para la vida de las víctimas de abusos y agresiones sexuales.

xii) La relevancia de bienes jurídicos como la sexualidad, la indemnidad sexual, la salud y, en definitiva, la infancia protegidos por el *ius puniendi* del Estado *ex officio*, debería comportar que el legislador y nuestros poderes públicos llevasen a cabo estudios, sí, pero desde la imparcialidad y objetividad que ha de caracteriza a la *res publica*.

xiii) Es preciso que desde las administraciones públicas se tomen medidas decididas y específicas para que las distintas fiscalías territoriales, las diferentes fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y las comunidades autónomas proporcionen datos homogéneos y periódicos sobre las agresiones y abusos sexuales con el sustento de criterios científicos que procedan de equipos de investigadores interdisciplinares de la máxima solvencia.

Es el momento de alejarse de esta amalgama que hemos podido relatar, concretada en la realización de informes por servidores públicos con el apoyo de la empresa privada, con datos que, en definitiva, generan duplicidades y desconcierto.

xiv) A mayor abundamiento, la Iglesia católica también encargó su informe, y otro con más enjundia si cabe, a un despacho de abogados privado que ha evidenciado discrepancias y desvíos cuantitativos que no pueden obviarse. Pero hay más, pues la propia Conferencia Episcopal Española realizó un nuevo informe, *Para dar luz*, que ha vuelto a poner de manifiesto que lo que realmente existe es una divergencia en las cifras que amaga una realidad

conformada, no lo olvidemos, por personas que han sufrido y sufren porque han sido víctimas de crímenes de enorme gravedad.

Hemos podido ver que en los últimos años se han realizado informes, estudios y más informes y «contrainformes», pero ha llegado el momento de tomar decisiones públicas de apoyo a las víctimas con presupuestos definidos y suficientes para paliar el dolor sufrido durante demasiado tiempo.

Entendemos que estos informes y estudios tienen su parte positiva, pues han servido como mínimo para poner de manifiesto problemáticas que nos afectan a todos/as y sobre las que es preciso concienciar a la sociedad.

En definitiva, ha llegado el momento de olvidar las diatribas políticas continuas y el populismo punitivo y de legislar desde una conciencia de verdadero servicio público, eficaz y eficiente, que pueda prevenir, tutelar y combatir los abusos y agresiones de los que son víctimas, aquellos y aquellas menores y/o adolescentes que son el basamento de nuestra futura sociedad.

NOTAS

1. La expresión *cuarta revolución industrial* acostumbra a referirse a la integración o unión de la IA con lo físico, digital y biológico en el ámbito fabril. Tal es, precisamente, la semántica a la que alude en la conspicua obra de Klaus Schwab *La cuarta revolución industrial*.

2. Jeremy Bentham, escribió en 1780, *Le Panoptique*. La obra, de 56 páginas, fue traducida del inglés e impresa por orden de la Asamblea Legislativa del año 1791. Se cita por la versión en lengua española.

3. *Un mundo feliz (Brave New World)* es la novela más famosa del escritor británico Aldous Huxley y fue publicada por primera vez en 1932. Incorporamos al elenco bibliográfico la versión española.

4. *1984 (Nineteen Eighty-Four)* es una novela política de ficción distópica escrita por George Orwell entre 1947 y 1948 y publicada el 8 de junio de 1949. Aportamos al elenco bibliográfico la edición española. El «ojo que todo lo ve» tiene antecedentes en el símbolo usado por el cristianismo a partir del siglo XVII, si bien el ejemplo más temprano es el de Pontormo (Jacomo Carrucci) del año 1525 de la cena en Emaús. El símbolo fue dibujado después en el siglo XVII.

5. Este término fue acuñado por vez primera en el año 1996 por Alfons Cornellà con la finalidad de definir una situación de exceso de información en la que las personas reciben mucha más información de la que son capaces de comprender y procesar. En la actualidad, se trata de un término asociado a la digitalización que crea una serie de inconvenientes como, por ejemplo, el tiempo que se precisa para poder distinguir todo aquello que es interesante y verdadero de lo que no lo es. Además, el exceso de información genera una ansiedad insana y a veces provocada para poder estar siempre actualizado informativamente. Como consecuencia, aparece la necesidad de aprender a gestionar la gran cantidad de información que recibimos por múltiples canales.

6. Aportamos a la bibliografía, la traducción a la lengua española de Alfredo Crespo López. Entre las adaptaciones de la obra se incluyen una película de 1966 dirigida por François Truffaut y una dramatización de 1982 emitida por BBC Radio. Bradbury publicó una versión teatral en 1979 y contribuyó a

desarrollar en 1984 un videojuego de ficción interactiva titulado Fahrenheit 451. HBO estrenó en 2018 una película homónima basada en la novela y sus personajes.

7. *Vid.*, al respecto, Cuerda Arnau (2014).

8. Incluimos en la bibliografía la edición de ediciones Orbis, de 1983, una de las más cuidadosas.

9. *Las edades de Lulú* (1989) es una novela erótica de la escritora española Almudena Grandes, que fue incluida en la lista de las 100 mejores novelas en español del siglo XX del periódico *El Mundo*. La novela tuvo un gran éxito y ha sido traducida a más de 19 idiomas. Además, ganó el XI Premio La Sonrisa Vertical concedido por la editorial Tusquets. El director Bigas Luna dirigió en 1990 una película con el mismo título, basada en la novela homónima, cuyos intérpretes principales fueron Francesca Neri, Óscar Ladoire, María Barranco y Javier Bardem.

10. Dato extractado de la Asociación de Enfermería Familiar y Comunitaria de Cataluña (AIFiCC, 2021).

11. Sobre este caso puede verse el documental *Shootball*, de 2017, dirigido por Fèlix Colomer Vallès y realizado por Forest Film Studio.

12. STS 3593/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3593. Ponente: Eduardo De Porres Ortiz De Urbina

13. *Vid.* Iustel (2024).

14. Sobre delitos tecnológicos, *Vid.* Cuerda Arnau (2020).

15. Sobre *Child grooming*, entre las obras más recientes puede verse Lloria García (2023); Campaña Torres (2024); y Abadías Selma (2024).

16. A mayor abundamiento, sobre un análisis de perfilación tomando como base la jurisprudencia, *vid.* Cazorla González (2021).

17. Sobre redes sociales y delitos, *vid.* Lloria García (2013).

18. STS 439/2018. 03/10/2018. Ponente: Vicente Magro Servet.

19. En relación con este tipo de vivencias de abusos sufridos en la infancia y que conducen a ideas suicidas, puede verse Palomas (2022). En 2022, el autor denunció los abusos sexuales de que fue víctima a los ocho años por parte de un religioso y profesor de un colegio de La Salle y motivó que salieran a la luz decenas de casos perpetrados por el mismo sujeto en Premiá de Mar y Montcada y Reixach. El caso llevó al autor entrevistarse con el presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, y el de la Generalitat de Cataluña, Pere Aragonès, e impulsó una investigación sobre la pederastia en la Iglesia encargada por el Gobierno central al Defensor del Pueblo, a la que nos hemos referido.

20. *Ad exemplum*, López Sánchez (1994); Pereda Beltrán, Segura Montagut y Sicilia Matas (2021); Educo (2018); Save the Children (2021); Varona Martínez y Martínez (2015); y Lizarraga Rada (2022).

21. Según un estudio sobre una muestra de 2645 personas a partir de los 16 años realizado por la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, el espacio identificado como el más frecuente para que ocurran episodios de violencia sexual es el de fiesta y festivales, *vid.* Delegación del Gobierno para la Violencia de Género (2018). Según el Ministerio del Interior, la categoría que ha descendido en relación con las agresiones sexuales son los espacios abiertos y las viviendas y anexos representan más del 50 % en 2022 (Ministerio del Interior, 2022); En este sentido, Pereda Beltrán, Segura Montagut y Sicilia Matas (2021); y Sáez Martínez (2015).

22. En nuestro país y en relación con la posición dominante derivada de un patriarcalismo llevado al extremo, Álvarez Buján (2024: 22) sostiene que se está soslayando la realidad consistente en que la violencia de género y sexual, como lacra social que es, obedece a una serie de patrones culturales que precisan de un verdadero cambio cultural y, por ende, de mentalidad. Los procesos restaurativos son un recurso que puede favorecer estos cambios. La autora señala, sin embargo, que, de forma paradójica, se priva a las víctimas de delitos sexuales de la facultad de decisión sobre si acceden o no a participar en estos procesos, toda vez que son el eje sobre el que se ha construido toda una nueva reforma legislativa con la ley del «Solo sí es sí».

23. En relación con la actuación grupal de menores, puede verse Cuerda Arnau (2007).

24. En relación con el derecho a la intimidad *vs.* redes sociales y menores y/o adolescentes, puede verse Lloria García (2015).

25. James Edward Rhodes nació en una familia judía de clase alta en St. John's Wood, en el norte de Londres. Estudió en el Arnold House School, un colegio privado para chicos donde sufrió abusos sexuales por parte de su profesor de educación física, que falleció antes del juicio. En esta situación, Rhodes sufrió mental y físicamente, lo que le provocó un desorden alimenticio, daños en su columna vertebral y un trastorno por estrés postraumático (TEPT). Sobre este caso, puede leerse Rhodes (2015).

26. Sobre la controvertida cuestión del consentimiento, *vid.* Cuerda Arnau (2018).

27. Sobre la cuestión fundamental del consentimiento y su relevancia penal, *vid.* Guisasaola Lerma (2020; y 2021).

28. Sobre cuestiones de política criminal en relación con menores infractores, *vid.* Cuerda Arnau (2007).

29. *Vid.* Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

30. STS 343/1982, de 15 de marzo, ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez. *Vlex-76688211*; y STS 1835/1985, de 16 de diciembre, ponente: Benjamín Gil Sáez. *Vlex-77571049*.

31. El Código ha sido objeto de múltiples reformas, aunque no puede negarse que el perfil autoritario y la prevalencia de cierta identidad aún se mantiene presente, particularmente mediante la presencia de elementos normativos cuyo contenido solo puede determinarse a partir de un reenvío a la cultura y a los valores italianos, *vid.* Caterini y Maldonado (2021).

32. Sentencia del Tribunal Supremo 1455/2001, de 20 de julio, ponente: Julián Sánchez Melgar *Vlex-15212907*. En el mismo sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 961/2011, de 20 de septiembre, ponente: Alberto Jorge Barreiro. *Vlex-326852727*. También *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 737/2008, de 14 de noviembre, ponente Miguel Hidalgo Habia. *Vlex-53885773*.

33. *Vid.* Sentencia Audiencia Provincial de Valencia 705/2003 de 31 de diciembre, ponente: José Andrés Escribano Parreño. *Vlex-54623590*.

34. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 229/2013, de 13 de mayo, ponente: María Félix, Tena, Aragón. *Vlex-442 331 158*.

35. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 376/2023 de 18 May. 2023, Rec. 10566/2022. ECLI: ES:TS:2023:2275. Ponente: Manuel Marchena Gómez, cuyo FJ 1 declara: «[...] una vez entablado el contacto digital con el menor de edad, implica llevar a cabo "...actos materiales encaminados al acercamiento", pues el acercamiento y la misma realidad de ese encuentro no exigen necesariamente el contacto físico entre agresor y víctima. Las redes sociales convierten la distancia física en presencia telemática. Y una vez aceptado el ofrecimiento de interactuar sexualmente, el encuentro es ya

una realidad, por más que se desarrolle en un espacio digital en el que las repercusiones y efectos pueden llegar a ser incluso más perturbadores, ofensivos y duraderos para el menor».

36. El artículo 39.4 de la CE establece el deber de protección a la infancia de acuerdo con los tratados internacionales que velan por sus derechos (fundamentalmente, la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989). El Tribunal Constitucional ha señalado que los poderes públicos podrán adoptar medidas que introduzcan tratamientos desiguales para proteger la infancia sin atentar contra el artículo 14 de la CE (STC 55/94) y que la protección a la infancia se constituye como un límite a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.4 de la CE (SSTC 49/84 y 62/82). Finalmente, y en relación con la responsabilidad penal de los menores, el TC ha señalado que queda a disposición del legislador el momento en el que entran dentro de la jurisdicción penal, pero también en el Auto 289/91 aceptó como constitucional un tratamiento procesal distinto para aquellos que tenían más de dieciséis años y menos de dieciocho (doctrina reiterada en sentencias posteriores como la STC 160/2012, de 20 de septiembre). Actualmente, la responsabilidad penal de las personas comprendidas entre catorce años y dieciocho se deduce, según lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, modificada por Ley Orgánica 8/2006.

37. *Vid. por todas las SSTC:95/2000, de 10 de abril. ECLI:ES:TC:2000:95 y 154/2006, de 22 de mayo. ECLI:ES:TC:2006:154.*

38. Sobre las reformas de nuestra legislación penal de menores, *vid. Cuerda Arnau (2008).*

39. Sobre el *ius puniendi* del Estado desde la perspectiva de género, *vid. Lloria García (2020).*

40. Sobre la prohibición del exceso, *vid. Cuerda Arnau y Fernández Hernández (2023).*

41. En las memorias de los últimos años, la Fiscalía General de Estado ya ha reflejado de forma clara su preocupación por la violencia sexual perpetrada por menores y señala que se trata de un fenómeno complejo derivado de una falta de educación ético-sexual, en una mezcolanza con el fácil acceso que tienen estos a contenidos pornográficos conducentes a «[...] una trivialización de su concepto de las relaciones sexuales normales». En este sentido, también se han pronunciado las fiscalías territoriales de menores de Murcia, Badajoz, Barcelona, Huelva, Huesca, Ourense, Illes Balears, Cáceres, Madrid y Sevilla (Fiscalía General del Estado, 2023: 782-783). Y es que la criminalidad que se perpetra en la franja etaria infanto-juvenil es un fenómeno muy complejo y distinto del de los adultos y en el que intervienen muchos factores que deben ser analizados en detalle (Colás Turégano, 2011). Se trata de un periodo vital caracterizado por una serie de cambios físicos y psicológicos muy rápidos que rompen con la infancia, pasan por la adolescencia y que se dirigen a la adultez (Comité de los Derechos del Niño, 2016). Es un tiempo en el que para el/la menor el grupo de iguales es una referencia de primer orden hasta que alcanza una mayor autonomía y una independencia de la familia, que cada vez es más tardía, sobre todo en los países desarrollados.

BIBLIOGRAFÍA

ABADÍAS SELMA, Alfredo (2022): *Justicia Juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura Touch*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2024): *Child Grooming: el embaucamiento de menores en la era del Metaverso y la Inteligencia Artificial*, Madrid: Tecnos.

ABC (2022): «Archivada la causa contra Albert Benaiges por prescripción de los presuntos abusos» [en línea] <https://www.abc.es/espana/catalunya/abci-archivada-causa-contra-albert-benaiges-prescripcion-presuntos-abusos-202201281808_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc

- es%2Fespana%2Fcatalunya%2Fabi-archivada-causa-contra-albert-benaiges-prescripcion-presuntos-abusos-202201281808_noticia.html>. [Consulta: 3/04/2024.]
- ADOLFSSON, Kerstin, Leif A. STRÖMWALL y Sara LANDSTRÖM (2017): «Blame attributions in multiple perpetrator rape cases: The impact of sympathy, consent, force, and beliefs», *Journal of Interpersonal Violence*. *Advance online publication* [en línea] <<https://doi.org/10.1177/0886260517721171>>. [Consulta: 29/04/2024.]
- AIFICC (2024): «Documentació» [en línea] <<https://www.aificc.cat/documentacio/>>. [Consulta: 5/04/2024.]
- ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria (2024): «Acercas de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales», *Revista Penal México*, (24) 22 [en línea] <<https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/717>>. [Consulta: 03/05/2024.]
- ANAR CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN (2020): «Abuso Sexual en la Infancia y la Adolescencia según los Afectados y su Evolución en España (2008-2019)» [en línea] <<https://www.anar.org/wp-content/uploads/2021/12/Estudio-ANAR-abuso-sexual-infancia-adolescencia-240221-1.pdf>>. [Consulta: 16/04/2024.]
- (2023): «Agresión sexual en niñas y adolescentes, según su testimonio. Evolución en España (2019-2023)» [en línea] <<https://www.anar.org/fundacion-anar-presenta-su-ultimo-estudio-agresion-sexual-en-ninas-y-adolescentes-segun-su-testimonio-evolucion-en-espana-2019-2023/>>. [Consulta: 10/04/2024.]
- ANDRÉS PUEYO, Antonio, Ana MARTÍNEZ CATENA, y Santiago REDONDO ILLESCAS (2022): «Prevención y tratamiento de las agresiones sexuales grupales», en De la Torre Laso, Jesús (Coord.), *Violencia sexual en grupo: un estudio multidisciplinar*, Barcelona: Bosch, 255-281.
- ARA (2023): «Dos menores detenidos por la violación en grupo de una adolescente en Badalona en junio» [en línea] <https://es.ara.cat/sociedad/sucesos/menores-detenidos-violacion-grupo-adolescente-badalona-junio_1_4808148.html>. [Consulta: 17/05/2024.]
- ARISO SALGADO, José M.^a (2018): «Pretender ser uno mismo, sin saber cómo se es realmente: el problema del imperativo de autenticidad en Ortega y Wittgenstein», en J.M.^a Ariso Salgado, y J. De Salas Ortueta (auts.), *Ortega y Wittgenstein. Ensayos de filosofía práctica*, Madrid: Tecnos.
- BAMFORD, Jan, Shihning CHOU, y Kevin D. BROWNE (2016): «A systematic review and meta-analysis of the characteristics of multiple perpetrator sexual offences», *Aggression and Violent Behavior*, (28) [en línea] <<https://doi.org/10.1016/j.avb.2016.04.001>>. [Consulta: 10/04/2024.]
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2021): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en J. Barja de Quiroga, y C. Granados Pérez, *Manual de derecho penal parte especial*, Tomo II, Pamplona: Aranzadi.
- BAUER BRONSTRUP, Felipe (2018): *Los delitos de pornografía infantil: Análisis del artículo 189 del Código Penal*, Bosch: Barcelona.
- BAUMAN, Zygmunt (2022): *Modernidad líquida*, Madrid: Fondo de cultura económica de España.
- BECK, Ulrich (2000): «The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity», *The British Journal of Sociology*, (51) [en línea] <<https://doi.org/10.1111/j.1468-4446.2000.00079.x>>. [Consulta: 10/04/2024.]
- (2006): *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Ediciones Paidós.
- BENTHAM, Jeremy (2011): *Panóptico*, Barcelona: Círculo de bellas artes.
- BIJLEVELD, Catrien y Jan HENDRIKS (2003): «Juvenile sex offenders: Differences between group and solo offenders», *Psychology, Crime & Law*, (9) [en línea] <<https://doi.org/10.1080/1068316021000030568>>. [Consulta: 3/04/2024.]
- BINDING, Karl (1902): *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Tomo I, Leipzig: W. Engelmann.
- BLANCO LOZANO, Carlos (2005): *Tratado de derecho penal español*. Tomo II. El sistema de la parte especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales, Barcelona: Bosch.
- BRADBURY, Ray (2016): *Fahrenheit 451*, Barcelona: Debolsillo.

- BIJLEVELD, Catrien, Frank M. WEERMAN, Daphne LOOIJ, y Jan HENDRIKS, (2007): «Group sex offending by juveniles: Coercive sex as a group activity», *European Journal of Criminology*, (4) [en línea] <<https://doi.org/10.1177/1477370807071728>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- BIJLEVELD, Catrien y Melvin SOUDIJJN (2008): «Verdachten van een groepszedendelict», *Tijdschrift Voor Seksuologie*, 32, 80-89.
- CADENA SERRANO, Fidel (2018): «Interés superior del menor en los delitos contra la indemnidad sexual», *Diario La Ley*, n.º 9309, Sección Comentarios de jurisprudencia, Editorial Wolters Kluwer.
- CAMPAÑA TORRES, Juan Luis (2024): *Acercamiento y embaucamiento sexuales por medio virtual a menor de 16 años (art. 183 CP — Child Grooming)*, Madrid: Sepin.
- CARMONA SALGADO, Concepción (1981): *Los delitos de abusos deshonestos en el Código penal español*, Barcelona: Bosch.
- CARUSO FONTÁN, Viviana (2006): *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CATERINI, Mario y Mario Eduardo MALDONADO SMITH (2021): «Argentina e Italia ante la diversidad cultural: valoración en sede penal del factor culturalmente relevante», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, 51, 611-649.
- CAZORLA GONZÁLEZ, Cristina (2021): «Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial», *EGUZZILORE*, 6 [en línea] <<https://ojs.ehu.es/index.php/eguzkilore/article/view/22672/20243>>. [Consulta: 08/05/2024.]
- COLÁS TURÉGANO, Asunción (2011): *Derecho Penal de Menores*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016): «Observación general nº 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia» [en línea] <<https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2016-implementation-rights>>. [Consulta: 3/04/2024.]
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (2024): *Para dar luz. Informe sobre los abusos sexuales cometidos en el ámbito de la Iglesia Católica (1945-2022)* [en línea] <[https://www.conferenciaepiscopal.es/wp-content/uploads/2023/12/Para-dar-luz-2-\(dic2023\).pdf](https://www.conferenciaepiscopal.es/wp-content/uploads/2023/12/Para-dar-luz-2-(dic2023).pdf)>. [Consulta: 07/05/2024.]
- CORNELLA SOLANS, Alfons (1999): «Ignorancia profunda, ignorancia concedora e Internet», *El profesional de la información*, 8, 4, 37.
- CREMADES & CALVO SOTELO (2023): *Informe de auditoría sobre los abusos sexuales en el ámbito de la iglesia católica en España* [en línea] <<https://static.infolibre.es/infolibre/public/content/file/original/2023/1221/19/231219-informe-cremades-calvo-sotelo-pdf.pdf>>. [Consulta: 07/05/2024.]
- CUERDA ARNAU, M.ª Luisa (2007) «Delincuencia juvenil y actuación en grupo: acoso escolar y bandas juveniles», *Revista galega de seguridade pública: REGASP*, 9 (Ejemplar dedicado a: Retos de la política criminal actual), 143-172.
- (2007): «La política criminal del siglo XXI frente a los menores delincuentes», *Estudios jurídicos*.
- (2008): «Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del menor», *Revista penal*, 22, 22-32.
- (2014): «Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital» *Cuadernos de política criminal*, 112, 5-46.
- (2017): «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19.
- (2018): «Agresión y abuso sexual: Violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», en S. Rodríguez-López (Coord.), M.A. Fuentes-Loureiro, y P. Faraldo-Cabana y M. Acale Sánchez (dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020): «Algunas reflexiones sobre el concepto de delito tecnológico y sus características» en León Alapont, José y González Cussac, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- CUERDA ARNAU, M.^a Luisa y Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, (2023): «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en J. Muñoz Sánchez, O. García Pérez, A. I. Cerezo Domínguez, E. García España (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUGAT MAURI, Míriam (2010): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DA SILVA, Teresa, Jessica WOODHAMS y Leigh HARKINS (2018): «An adventure that went wrong: Reasons given by convicted perpetrators of multiple perpetrator sexual offending for their involvement in the offense», *Archives of Sexual Behavior*, 47, 150-158.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2023): *Informe sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia católica y el papel de los poderes públicos. Una respuesta necesaria* [en línea] <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/10/INFORME_abusos_Iglesia_catolica.pdf>. [Consulta: 07/05/2023.]
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (2017): «El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 1-28.
- DE LA TORRE LASO, Jesús (2020): «¿Por qué se Cometan Agresiones Sexuales en Grupo? Una Revisión de las Investigaciones y Propuestas Teóricas», *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 73-81.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2018): *Percepción social de la violencia sexual*, [en línea] <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/coleccion/pdf/Libro_25_Violencia_Sexual.pdf>. [Consulta: 06/05/2024.]
- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (2012): «El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio», *Boletín Ministerio de Justicia*, 2138, Madrid: B.O.E.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2006): «Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?», en V. Gómez Martín, (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal de 1995*, Madrid: Reus.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1982): *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del derecho penal sexual*, Barcelona: Bosch.
- (1985): *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch.
- (1999): «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», *Estudios de derecho judicial*, 21, 215-260.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús (2010): «Los delitos de pederastia», *Diario La Ley*, 7534, Editorial La Ley.
- (2011): «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*: entre los delitos de pederastia», *Diario La Ley*, 7575.
- DUPRET, Marie-Astrid y Nathalia UNDA (2013): «Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual», *Universitas*, 19 (11), 101-128.
- EDINBURGH, Laurel, Julie PAPE-BLABOLIL, Scott B. HARPIN y Elizabeth SAEWYC (2014): «Multiple perpetrator rape among girls evaluated at a hospital-based Child Advocacy Center: Seven years of reviewed cases», *Child Abuse and Neglect*, (38), 1540-1551 [en línea] <<https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2014.05.008>>. [Consulta: 3/04/2024.]
- EDUCO (2018): *Los costes de la violencia (sexual) a la infancia. Impacto económico y social*, Santander: Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Facultad de Derecho.
- EFE (2023): «Detenido un profesor en Reus acusado de abusos sexuales a 22 menores» [en línea] <<https://elpais.com/espana/catalunya/2023-02-15/detenido-un-profesor-en-reus-por-presuntos-abusos-sexuales-de-22-menores.html>>. [Consulta: 3/04/2024.]
- (2023): «Detenido en Málaga por agredir sexualmente y grabar a su hijastra con cámaras ocultas» [en línea] <<https://efe.com/andalucia/2024-04-14/detenido-en-malaga-por-agredir-sexualmente-y-grabar-a-su-hijastra-con-camaras-ocultas/>>. [Consulta: 15/04/2024.]

- El País* (2023): «La Generalitat investiga el entorno de los chicos de menos de 14 años que violaron a una niña en Badalona» [en línea] <<https://elpais.com/espana/catalunya/2023-03-09/la-generalitat-investiga-el-entorno-de-los-chicos-de-menos-de-14-anos-que-violaron-a-una-nina-en-badalona.html>>. [Consulta: 3/04/2024.]
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia (2023): «Delitos contra la libertad sexual I», en E. Marín de Espinosa Ceballos (dir.), *Lecciones de derecho penal parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- EUROPA PRESS (2023): «La Dgaia abrió expediente en 2022 a 1.023 menores inimputables, un 10% por delitos sexuales» [en línea] <<https://www.europapress.es/catalunya/noticia-dgaia-abrio-expediente-2022-1023-menores-inimputables-10-delitos-sexuales-20230309163203.html>>. [Consulta: 8/04/2024.]
- FARNHAM, Nicholas y Marieke LIEM (2017): «Can a copycat effect be observed in terrorist suicide attacks?», *The International Centre for Counter-Terrorism The Hague*, 8.
- FIGUEROA NAVARRO, Carmen, Carlos GARCÍA VALDÉS y Esteban MESTRE DELGADO (2011): *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Madrid: Edisofer.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2023): «Memoria 2023» [en línea] <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html>. [Consulta: 3/04/2024.]
- FISCHER, Thomas (2013): *Strafgesetzbuch:StGB mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, C.H. München: Beck.
- FLORES PRADA, Ignacio (2012): *Criminalidad informática aspectos sustantivos y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FMI (2000): «La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?» [en línea] <<https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>>. [Consulta: 28/03/2024.]
- FOUBERT, John D., Johnathan NEWBERRY y Jerry L. TATUM (2007): «Behavior differences seven months later: Effects of a rape prevention program on first-year men who join fraternities», *Journal of Student Affairs Research and Practice*, 44, 728-749 [en línea] <<https://doi.org/10.2202/1949-6605.18666>>. [Consulta: 29/04/2024.]
- FOUBERT, John D., CLARK-TAYLOR, Angela y Andrew F. WALL (2019): «Is campus rape primarily a serial or one-time problem? Evidence from a multicampus study», *Violence against women*, 0, 1-16 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/1077801219833820>>. [Consulta: 29/04/2024.]
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel y Fermín MORALES PRATS (2004): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 4.ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- (2016): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 10ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2007): «Presentación», en R. Hefendehl, A. Von Hirsch y W. Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios, dogmático?*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea (2020): «Agresiones sexuales múltiples e individuales entre desconocidos», en A.M. Huesca González, J.A. López Ruiz y M.P. Quicios García, (coords.), *Seguridad ciudadana, desviación social y sistema judicial* [en línea] <<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/53379/restricted-resource?bitstreamId=432202>>. [Consulta: 08/05/2024.]
- GOLDSTEIN, Arnold P. (2002): *The psychology of group aggression*. Chichester: John Wiley.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2015): «Artículos 183 a 183 quater: de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Pamplona: Aranzadi.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (2021): «La sexualidad de los jóvenes y el bien jurídico penalmente protegido», en *La sexualidad de los jóvenes. Criminalización y consentimiento (art 183 Quater CP)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ BERNET, Germán (2023): «Prisión para el director de cine Martí Guarch por agredir sexualmente a una menor durante dos años» [en línea] <<https://www.elmundo.es/cataluna/2023/03/11/640bc937e4d4d8ac508b458e.html>>. [Consulta: 3/04/2024.]

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y Enrique ORTS BERENGUER (2004): *Compendio de derecho penal: parte general y parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2011): «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», *Estudios Penales y Criminológicos*, 31, 207-258.
- GRANDES HERNÁNDEZ, María Almudena (1989): *Las edades de Lulú*, Barcelona: Tusquets.
- GREEN, Jennifer L. (2004): «Uncovering collective rape: A comparative study of political sexual violence», *International Journal of Sociology*, 34, 97-116 [en línea] <<https://doi.org/10.1080/00207659.2004.11043123>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- GRUBB, Amy y Emily TURNER (2012): «Attribution of blame in rape cases: A review of the impact of rape myth acceptance, gender role conformity and substance use on victim blaming», *Aggression and Violent Behavior*, 17, 443-452 [en línea] <<https://doi.org/10.1016/j.avb.2012.06.002>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- GUISASOLA LERMA, Cristina (2020): «Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación», *Revista penal*, 45, 56-74.
- (2021): «Acerca del movimiento de reforma de los delitos sexuales: el papel del consentimiento de la víctima», en *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, 755-769.
- HARKINS, Leigh y Louise DIXON (2010): «Sexual offending in groups: An evaluation», *Aggression and Violent Behavior*, 15, 87-99 [en línea] <<https://doi.org/10.1016/j.avb.2009.08.006>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- (2013): «A multi-factorial approach to understanding multiple perpetrator sexual offending», en WOOD Jane L. y Theresa A. GANNON, (eds.), *Crime and crime reduction*, East Sussex, UK: Routledge.
- HAUFFE, Sarah y Louise PORTER (2009): «An interpersonal comparison of lone and group rape offences», *Psychology, Crime y Law*, 15, 469-491 [en línea] <<https://doi.org/10.1080/10683160802409339>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- HAZELWOOD, Robert R., Roland REBOUSSIN y Janet I. WARREN (1989): «Serial rape: Correlates of increased aggression and the relationship of offender pleasure to victim resistance», *Journal of Interpersonal Violence*, 4, 65-78.
- HEINRICH, Manfred (2011): «Strafrecht als Rechtsgüterschutz -ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas», *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. De Gruyter Inc*.
- HENRY, Nicola, Tony WARD y Matt HIRSHBERG, (2004): «A multifactorial model of wartime rape», *Aggression and Violent Behavior*, 9, 535-562 [en línea] <[https://doi.org/10.1016/S1359-1789\(03\)00048-X](https://doi.org/10.1016/S1359-1789(03)00048-X)>. [Consulta: 27/04/2024.]
- HORVATH, Miranda y Liz KELLY (2009): «Multiple perpetrator rape: Naming an offence and initial research findings», *Journal of Sexual Aggression*, 151 83-96. [en línea] <<https://doi.org/10.1080/13552600802653818>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- HUNTER, John A., Robert R. HAZELWOOD, y David SLESINGER (2000): «Juvenile perpetrated sex crimes: Patterns of offending and predictors of violence», *Journal of Family Violence*, 15, 81-93.
- HUXLEY, Aldous (2003): *Un Mundo Feliz*, Barcelona: Debolsillo.
- IUSTEL (2024): [en línea] <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1188133> [Consulta: 25/05/2024.]
- JÄGER, Herbert (1957): *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, Stuttgart: Enke.
- JEWKES, Rachel, Yandisa SIKWEYIYA, Kristin DUNKLE y Robert MORRELL (2015): «Relationship between single and multiple perpetrator rape perpetration in South Africa: A comparison of risk factors in a population-based sample», *BMC Public Health*, 15 (1), 616 [en línea] <<https://doi.org/10.1186/s12889-015-1889-9>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- KYKTA, Martin (2021): «The Mystery of the Centennial Bulb: an Incandescent Light Bulb©» [en línea] <<https://www.centennialbulb.org/docs/centennial%20bulb%20report.pdf>>. [Consulta: 28/03/2024.]

- LAMARCA PÉREZ, Carmen (2007): «El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual», *La Ley Penal*, 35, 5-26.
- LANKFORD, Adam y Eric MADFIS (2018): «Media coverage of mass killers: Content, consequences, and solutions», *American Behavioral Scientist*, 62, [en línea] <<https://doi.org/10.1177/0002764218763476>>. [Consulta: 29/03/2024.]
- La Razón* (2024): «Dos acusados de una violación grupal en Burjassot aceptan 3 y 4 años de internamiento» [en línea] <https://www.larazon.es/comunidad-valenciana/dos-acusados-violacion-grupal-burjassot-aceptan-3-4-anos-internamiento_20240422662671788e66020001fa7aa2.html>. [Consulta: 8/04/2024.]
- (2023): «Decretan seis meses de internamiento para una mena marroquí por una violación múltiple a una menor en Badalona» [en línea] <https://www.larazon.es/cataluna/decretan-seis-meses-internamiento-mena-marroqui-violacion-multiple-menor-badalona_2023112765647a17533bd20001f8ff08.html>. [Consulta: 8/04/2024.]
- LINDSAY, William R., Amanda M. MICHIE, Elaine WHITEFIELD, Victoria MARTIN, Alan GRIEVE y Derek CARSON (2006): «Response patterns on the questionnaire on attitudes consistent with sexual offending in groups of sex offenders with intellectual disabilities», *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 19, 47-53 [en línea] <<https://doi.org/10.1111/j.1468-3148.2005.00288.x>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- LIPOVETSKY, Gilles (2006): *La era del vacío*, Barcelona: Anagrama.
- LIZARRAGA RADA, Mikel (2022): *Abusos sexuales a menores por miembros de la Iglesia Católica en Navarra (1948-2022)*, Pamplona: Aranzadi.
- LONSWAY, Kimberly. A y Louise F. FITZGERALD (1995): «Attitudinal antecedents of rape myth acceptance: A theoretical and empirical reexamination», *Journal of Personality and Social Psychology*, 68, 704-711 [en línea] <<https://doi.org/10.1037/0022-3514.68.4.704>>. [Consulta: 29/04/2024.]
- LÓPEZ OSSORIO, Juan José, Jorge SANTOS HERMOSO, Natalia CENDOYA PÉREZ y Alicia SÁNCHEZ CAMAÑ (Coords.) (2023): *Violencia Sexual ejercida en grupo. Análisis epidemiológico y aspectos criminológicos en España*, Madrid: Gobierno de España.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix (1994): *Los abusos sexuales de menores. Lo que recuerdan de mayores*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales.
- LUZÓN CUESTA, José María (2023): *Compendio de Derecho penal: parte especial*, Madrid: Dykinson.
- LLORIA GARCÍA, Paz (2013): «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al «sexting»)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 105, 3.
- (2015): «Menores, redes sociales e intimidad: consentimiento y tutela. Algunas consideraciones», en E. Anarte Borrallo, F. Moreno Moreno y C. García Ruiz (coords.), *Nuevos conflictos sociales: el papel de la privacidad*, Madrid: Iustel.
- (2020): «Algunas reflexiones sobre el concepto de delito tecnológico y sus características», en J. León Alapont y J.L. González Cussac, (dirs.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Madrid: Iustel.
- (2020): «Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado», *Estudios penales y criminológicos*, 40, 309-357 [en línea] <<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/6503>>. [Consulta: 24/04/2024.]
- (2023): «El delito de Child Grooming y el consentimiento de menores de 16 años (arts. 183 y 183 bis del CP)», en G. Martínez Galindo (coord.), *La reforma de los delitos sexuales*, Barcelona: Bosch.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (2018): *Agresores sexuales con víctima desconocida: implicaciones para la investigación criminal* [en línea] <www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/Informe+sobre+agresores+sexuales+con+victimas+desconocidas.pdf>. [Consulta: 27/04/2024.]
- (2022): *Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España* [en línea] <<https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2022/INFORME-DELITOS-CONTRA-LA-LIBERTAD-SEXUAL-2022.pdf>>. [Consulta: 24/04/2024.]

- (2023): *Violencia sexual ejercida en grupo. Análisis epidemiológico y aspectos criminológicos en España* [en línea] <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Violencia_sexual_ejercida_en_grupo_Analisis..._126231214.pdf>. [Consulta: 24/04/2024.]
- MIR PUIG, Santiago (2006): *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (2011): *De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años: análisis de los artículos 183 y 183 bis. CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona: Bosch.
- MORGAN, Louise, Bernadette BRITTAIN y Jan WELCH (2012): «Multiple perpetrator sexual assault: How does it differ from assault by a single perpetrator?», *Journal of Interpersonal Violence*, 27 [en línea] <2415-2436. <https://doi.org/10.1177/0886260511433514>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2013): *Derecho Penal Parte Especial*, 19ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2023): *Derecho Penal Parte Especial*, 25ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS (2021): «Observación General del Comité de los Derechos del Niño n.º 25 de 2 de marzo del 2021, relativa a los derechos de los niños en el ámbito digital» [en línea] <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNx0mYCaUsrDC%2F0d3UDPTV4y05%2B9GME0qMzvh9UPKTXcO12#:~:text=Los%20derechos%20de%20todos%20los,no%20tienen%20acceso%20a%20Internet>>. [Consulta: 17/04/2024.]
- ORTEGA Y GASSET, José (1983): *La rebelión de las masas*, Madrid: Ediciones Orbis.
- (2012): «Meditaciones del Quijote», en *Obras completas*, (I), Madrid: Taurus/Fundación Ortega.
- ORTS BERENGUER, Enrique (1995): *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en J.L. González Cussac (coord.), *Derecho Penal Parte Especial, 8.ª Edición*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORWELL, George (2023): *1984*, Barcelona: Nova.
- PALOMAS, Alejandro (2022): *Esto no se dice*, Barcelona: Destino.
- PARK, Jisun y Seunghee KIM (2016): «Group size does matter: differences among sexual assaults committed by lone, double, and groups of three or more perpetrators», *Journal of Sexual Aggression*, 22, 342-354 [en línea] <<https://doi.org/10.1080/13552600.2016.1144801>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- PEREDA BELTRÁN, Noemí, Anna SEGURA MONTAGUT y Laura SICILIA MATAS (2021): «Abuso sexual infantil por parte de representantes de la Iglesia Católica en España: características, consecuencias en la fe y salud mental de sus víctimas», en J.M. Tamarit Sumalla (coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia católica: análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional*, Pamplona: Aranzadi, 29-69.
- PEREDA BELTRÁN, Noemí, Judit ABAD I GIL, Georgina GUILERA FERRÉ, Georgina y Mila ARCH MARÍN (2015): «Victimización sexual autorreportada en adolescentes españoles comunitarios y en colectivos de riesgo», *Gaceta Sanitaria*, 29, 328-334 [en línea] <<https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2015.05.003>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- PETRELLA, Alessia, Leigh HARKINS y Joseph EASTWOOD (2018): *Considering the role of leadership and dominance in multiple perpetrator sexual assault* [en línea] <<https://doi.org/10.2139/ssrn.3238125>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- PORTER, Louise E. y Laurence J. ALISON (2001): «A partially ordered scale of influence in violent group behavior: An example from gang rape», *Small Group Research*, 32, 475-497 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/104649640103200405>>. [Consulta: 29/04/2024.]
- (2006): «Examining group rape: A descriptive analysis of offender and victim behaviour», *European Journal of Criminology*, 3, 357-381 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/1477370806065586>>. [Consulta: 27/04/2024.]
- (2019): «Participative leadership and hierarchical structures in multiple perpetrator rape: Replicating and extending a scale of influence among offenders», *Journal of Sexual Aggression*, 25, 226-243 [en línea] <<https://doi.org/10.1080/13552600.2019.1617903>>. [Consulta: 27/04/2024.]

- QUARSHIE, EMMANUEL Nii-Boye, Priscilia Ayebea DAVIES, Mawuena Ivanna Adzoa BADASU, Theop TAGOE, Pearl Ama OTOO y Patricia Opoku AFRIYIE (2018): «Multiple perpetrator rape in Ghana: Offenders, victims and offence characteristics», *Journal of Sexual Aggression*, 24, 125-141 [en línea] <<https://doi.org/10.1080/13552600.2017.1378024>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (2015): *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2001): *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: Aranzadi.
- RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón (2023): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en J. Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de derecho penal parte especial*, Barcelona: Atelier.
- RHODES, James (2015): *Instrumental: memorias de música, medicina y locura memorias de música, medicina y locura*, Barcelona: Blackie Books.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José M.^a y Alfonso SERRANO GÓMEZ (1993): *Derecho penal español parte especial*, Madrid: Dykinson.
- ROXIN, Claus (2008): *Derecho penal parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conllado y J. De Vicente Remesal, Pamplona: Aranzadi.
- RUIZ-REPULLO, Carmen (2021): *Nuestros cuerpos, nuestras vidas. Un acercamiento a la violencia sexual en la juventud*, Palma de Mallorca: Ediciones UIB.
- SÁEZ MARTÍNEZ, Gil José (2015): «Aproximación histórica a los abusos sexuales a menores», *EGUZ-KILORE*, 29, 137-170 [en línea] <<https://www.ehu.es/documents/1736829/5274977/07+Saez>>. [Consulta: 08/05/2024.]
- SAVE THE CHILDREN (2010): *La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas* [en línea] <http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_estudio_riesgos.pdf>. [Consulta: 22/04/2024.]
- (2017): «Ojos que no quieren ver. Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema» [en línea] <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/ojos_que_no_quieren_ver_27092017.pdf>. [Consulta: 3/04/2024.]
- (2021): *Los abusos sexuales hacia la infancia en España. Principales características, incidencia, análisis de los fallos del sistema y propuestas para la especialización de los Juzgados y la Fiscalía* [en línea] <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2021-11/Los_abusos_sexuales_hacia_la_infancia_en_ESP.pdf>. [Consulta: 8/05/2024.]
- (2023): *Por una justicia a la altura de la infancia. Análisis de sentencias sobre abusos sexuales a niños y niñas en España* [en línea] <<https://www.savethechildren.es/actualidad/informe-por-una-justicia-la-altura-de-la-infancia>>. [Consulta: 22/04/2024.]
- (2024): *Silenciadas. Un análisis sobre agresiones sexuales en la adolescencia* [en línea] <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2024-03/Silenciadas_informe_STC.pdf>. [Consulta: 3/04/2024.]
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y Alfonso SERRANO MAÍLLO (2019): «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)», en *Curso de Derecho Penal parte especial*, Madrid: Dykinson.
- SMALLBONE, Stephen W. y Lynley MILNE (2000): «Associations between trait anger and aggression used in the commission of sexual offenses», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 44 (5), 606-617 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/0306624X00445007>>. [Consulta: 3/04/2024.]
- SORENSEN, Teena y Barbara SNOW (1991): «How children tell: The process of disclosure in child sexual Abuse», *Child Welfare*, 70 (1), 3-15.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (dir.) (2020): «Abusos sexuales», en *Manual de derecho penal parte especial*, Tomo II, Pamplona: Civitas.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José (1999): «La inmigración ilegal y el Código penal. En especial, el artículo 188 del Código penal: tráfico de personas para su explotación sexual», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 13, 25-38.

- VARONA MARTÍNEZ, Gema y Aitor MARTÍNEZ (2015): «Estudio exploratorio sobre los abusos sexuales en la Iglesia española y otros contextos institucionales: Marco teórico y metodológico de una investigación victimológica abierta», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, 29, 7-76 [en línea] <<https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/24346/01%20Gema.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. [Consulta: 08/05/2024.]
- WEISS, Karen G. (2009): «Boys will be boys and other gendered accounts: An exploration of victims excuses and justifications for unwanted sexual contact and coercion», *Violence against Women*, 15, 810-834 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/1077801209333611>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- WIJJKMAN, Miriam, Frank WEERMAN, Catrien BIJLEVELD y Jan HENDRIKS (2015): «Group sexual offending by juvenile females», *Sexual Abuse*, 27, 335-356 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/1079063214561685>>. [Consulta: 29/04/2024.]
- WOODHAMS, Jessica, Raphael GILLET y Tim GRANT (2007): «Understanding the factors that affect the severity of juvenile stranger sex offenses: The effect of victim characteristics and number of suspects», *Journal of Interpersonal Violence*, 22, 218-237 [en línea] <<https://doi.org/10.1177/0886260506295349>>. [Consulta: 26/04/2024.]
- ZABALGOITIA HERRERA, Mauricio (2022): «Retóricas del meme masculinista. Universidad digital y antifeminismo en tiempos de pandemia», *Mitologías hoy*, 25, 68-90.
- ZACARÉS PAMBLANCO, Amparo (2023): «Pornosocialización», *El Periódico* [en línea] <https://amparozacares.com/storage/2023/09/El-Periodico-de-Espana-12_septiembre_2023.pdf>. [Consulta: 02/05/2024.]

Fecha de recepción: 15 de abril de 2024.

Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2024.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en n partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta n ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta n , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antitildas y con punto después de la antitilda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writing-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS
ÉTICAS Y
DECLARACIÓN
DE BUENAS
PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/