



Mauro Barberis

Separación de poderes y justicia digital



Palestra Europa

SEPARACIÓN DE PODERES Y JUSTICIA DIGITAL

MAURO BARBERIS

SEPARACIÓN DE PODERES Y
JUSTICIA DIGITAL

Traducción de
Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui

PALESTRA EUROPA
MADRID – LIMA – 2024

340 B23	Barberis, Mauro Separación de poderes y justicia digital / Mauro Barberis; 1.ª ed. – Lima: Palestra Editores; 2024. 190 p.; 14.5 x 20.5 cm. D. L.: 2024-06703 ISBN: 978-612-325-483-4 1. Separación de poderes; 2. Administración de justicia; 3. Tecnología y derecho; 4. Inteligencia artificial; 5. Aspectos jurídicos.
-------------------	---

SEPARACIÓN DE PODERES Y JUSTICIA DIGITAL

Mauro Barberis

Primera edición, julio 2024

Traducción de la obra original del autor:

Separazione dei poteri e giustizia digitale, Milán: Mimesis Edizioni, 2023.

© 2024: MAURO BARBERIS

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Príncipe de Vergara 33 / 5º IZDA. 28001, Madrid, España

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© De la traducción: MAYTÉ CHUMBERIZA TUPAC YUPANQUI

Impresión y encuadernación:

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Julio, 2024

Cuidado de estilo y edición:

JESÉ DAVID ARIAS AGUILA

Diagramación:

RAÚL MORALES HERRERA

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-06703

ISBN: 978-612-325-483-4

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

Prólogo

¿FIN DE LA DEMOCRACIA LIBERAL?	7
--------------------------------------	---

Capítulo I

LA “ANTIGUA” SEPARACIÓN DE PODERES Y LA PRIMACÍA DEL LEGISLATIVO	13
--	----

1.1. Separación de poderes y ciencias sociales	18
1.2. Antigua separación de poderes: desde Montesquieu... ..	27
1.3. ... a los Federalistas.....	36

Capítulo II

“NUEVA” SEPARACIÓN DE PODERES Y PRIMACÍA DEL EJECUTIVO	47
--	----

2.1. Entre parlamentarismo y presidencialismo	52
2.2. Parlamentarismo restringido: Bruce Ackerman	62
2.3. Estado constitucional: Luigi Ferrajoli	71

Capítulo III

“NUEVA” SEPARACIÓN DE PODERES: ¿PRIMACÍA DEL PODER JUDICIAL?	83
--	----

3.1. Justicia y <i>judicial review</i>	86
3.2. Justicia constitucional centralizada	95
3.3. Justicia internacional y control digital	104

Capítulo IV

JUSTICIA DIGITAL: AUXILIAR Y SUSTITUTIVA	117
4.1. Inteligencia artificial y justicia auxiliar	119
4.2. ¿Es apropiada la justicia sustitutiva?	131
4.3. ¿Es constitucional la justicia sustitutiva?	140

Capítulo V

JUEZ AUTOMÁTICO Y PRINCIPIO DE HUMANIDAD	149
5.1. Concepciones de la relación hombre-máquina	152
5.2. Especificaciones del principio de humanidad	163
5.3. Aplicaciones del principio a diferentes áreas del derecho	173

Epílogo

REGRESO A LA DEMOCRACIA LIBERAL	183
---------------------------------------	-----

PRÓLOGO

¿FIN DE LA DEMOCRACIA LIBERAL?

Podríamos encontrarnos solamente a una crisis económica de distancia del fin de la democracia.

Tim Wu, *La maledizione dei giganti*, 2020.

El declive de las democracias liberales occidentales —así llamadas para distinguirlas de las democracias no liberales, o demodictaduras, que las desafían desde el Oriente— ya había comenzado en el siglo XX, justo cuando se las consideraba triunfantes. Era 1989: el Muro de Berlín había caído, la Guerra Fría había terminado, los antiguos satélites de la Unión Soviética competían para conseguir financiación occidental y entrar en la Unión Europea (UE), que era muy popular en ese momento, especialmente en Italia. Era bastante compartida la idea de que la economía de mercado y las democracias liberales acabarían dominando el mundo.

Sin embargo, fue ahí cuando las democracias liberales comenzaron su declive. Entonces se llamó recesión democrática. Países occidentales, gobernados por la derecha o la izquierda, pensaron que eran capaces de trasladar su producción al Oriente, desde las cercanías de Serbia hasta la lejana China, ahorrando en salarios y derechos de los empleados. Comenzó el proceso llamado globaliza-

ción: los occidentales exportaron las producciones más contaminantes y sus formas de vida a otros lugares. El significado del proceso quizá se aclare mejor por su nombre en francés: occidentalización (*occidentalisation*) del mundo.

El Medio Oriente islámico fue el primero en reaccionar, en sus dos variantes, el fundamentalismo chiíta y la ortodoxia sunita. La década del 2000 comenzó con una fiesta arruinada, el G8 en Génova, el atentado terrorista a las Torres Gemelas y la reacción occidental más temeraria imaginable: la invasión de Irak, Estado localizado entre chiitas y suníes, cuyo colapso desestabilizó todo Oriente Medio. Luego vinieron la crisis de las hipotecas de alto riesgo, las grandes migraciones de 2015, las victorias populistas en las dos cunas históricas de la democracia —Estados Unidos y el Reino Unido— finalmente la pandemia y el comienzo de la desglobalización.

Cuando las diversas emergencias parecieron superadas, comenzó el ataque al gran objetivo: la propia democracia liberal. Ataque externo, primero: la invasión rusa de Ucrania, por loca que fuera, no solo demostró que Europa era un gigante comercial con pies de barro, dependiente de Oriente para obtener energía. Incluso antes, reveló que la dependencia de las autocracias asiáticas de la ciencia y la tecnología occidentales no había conducido en absoluto a su democratización, como se había creído. De hecho: los autócratas rusos, chinos e islámicos eran ahora un polo de atracción alternativo al Occidente, para África y otros lugares.

El ataque interno se produjo después. La globalización entrañaba, como condición propia, una apertura de Occidente a la migración, aunque solo fuera para compensar el déficit demográfico y el creciente rechazo de los jóvenes occidentales a trabajos mal remunerados. Pero incluso los países tradicionalmente protagonistas de esta apertura —Estados Unidos, que siempre ha sido tierra de inmigración, y el Reino Unido, todavía vinculado a sus antiguas

colonias— se cerraron dentro de sus fronteras, a raíz de movimientos xenófobos. Como Italia hoy, gobernada por la derecha, que al mismo tiempo que rechaza a los refugiados, ha visto triplicarse el desembarco de gente desesperada.

Finalmente, incluso más que el resto del planeta, las democracias liberales occidentales están expuestas a otra emergencia y a un riesgo sistémico. La emergencia es el calentamiento global, la tropicalización del clima incluso en países como Italia, que no han experimentado todavía la alternancia actual de sequías y huracanes. El riesgo sistémico es la digitalización de la vida, que empezó con el tiempo libre y continuó con el trabajo, la sanidad, la política... Problemas que solo en apariencia eran opuestos, porque no se anulan en absoluto, como algunos afirman, sino que se suman, conspirando contra la calidad de vida de generaciones.

Ante este asedio, Occidente creyó que podía salvar su alma ondeando la bandera de los derechos: los derechos humanos, contra las deportaciones de niños ucranianos en Rusia por parte de los mercenarios de Putin, o contra las masacres de inmigrantes, llevadas a cabo directamente mediante rechazos en el mar o indirectamente mediante la persecución de las ONG; los derechos sociales, o más bien su extensión y condición previa adicional que son los derechos al medio ambiente, incluido el medio digital. Los derechos son una bandera sacrosanta pero desgastada si ya no se corresponden con una mejora efectiva de las condiciones de vida, de trabajo y de salud...

En cambio, una mezcla de realismo político, pluralismo ético y sabiduría institucional debieron haber señalado el peligro para el otro aspecto distintivo, junto con los derechos, de las democracias liberales: la separación de poderes (en adelante SP). Las instituciones de garantía, la independencia del poder judicial, la libertad de información, en el resto de Occidente han resistido el primer asalto populista. En cambio, en Italia, el talón de Aquiles de Europa, se

están proponiendo reformas constitucionales como la elección directa del primer ministro y la autonomía regional diferenciada, e incluso los juristas parecen fascinados por el sueño/pesadilla de la justicia digital.

Se hace urgente decirlo hoy, antes de que todo esté consumado y los plazos se hayan vencido. La SP no es, como muchos creen, una vieja herramienta del constitucionalismo del siglo XVIII y XIX, una institución en crisis incluso en el corazón de las democracias liberales occidentales. Al contrario: no es casualidad que a partir de los años 1990, y luego durante todo el período de la globalización, la SP volviera al centro de las discusiones de comparatistas, filósofos políticos y científicos sociales. En el siglo XX, cuando Occidente jugaba a la ofensiva, se propusieron nuevas SP para las democracias emergentes.

Hoy, en cambio, cuando Occidente juega a la defensiva, hablar de ello parece aún más esencial, si es posible. De hecho, la SP, es decir, una institución centenaria, ha resistido el ataque lanzado desde dentro a la democracia liberal por dichos movimientos populistas, soberanistas o nativistas. Pero el destino de las democracias liberales fuera de Occidente está en juego también, así como SP e instituciones supranacionales de garantía, orientadas a proteger los derechos al medio ambiente. Solo nuevos modelos globales de SP, basados en instituciones de garantía igualmente globales, pueden gestionar el futuro del planeta, involucrando necesariamente en los tratados a las autocracias orientales.

Más aún para lo digital: este poder impersonal, omnipresente y ubicuo, que plantea dos desafíos a la SP y democracia liberal, uno externo y otro interno. Ya se ha aludido al desafío externo a la SP: el ataque que las grandes plataformas digitales internacionales, que alimentan el populismo en determinados países, y las autocracias orientales, que utilizan lo digital para controlar la sociedad y reprimir

la disidencia. Un desafío externo que, como se ha dicho, muchas veces resulta mucho más atractivo para los países en desarrollo, comprados por China o tentados a recorrer el camino chino de un desarrollo sin democracia.

Más insidioso aún, al menos para los juristas, es el desafío interno a la SP actual y a su poder emergente, el poder judicial, planteado por el desarrollo digital. Estamos hablando de la justicia normalmente llamada predictiva, aquí más exactamente llamada digital por sus múltiples aplicaciones no predictivas. Un tema sobre el que existe actualmente una enorme literatura más o menos especializada, a la que podemos añadir aquí, como contribución original, solo algunas distinciones indispensables, como la que se plantea entre justicia digital auxiliar y sustitutiva, y algunas redefiniciones, como la redenominación del principio llamado de no-exclusividad en términos de principio de humanidad.

No tenemos más que decir: los contenidos del libro se presentan solos, basta leer el índice. Los tres primeros capítulos están dedicados a tres fases de la evolución de la SP: la SP antigua, la nueva y la actual, distintas en relación al poder dominante en cada fase. En la vieja SP el poder dominante es el legislativo, el parlamento; en la nueva, es el ejecutivo, el gobierno; en la actual, el poder judicial, las instituciones de garantía. Los dos últimos capítulos, entonces, abordan el desafío interno a la SP planteado por el desarrollo de lo digital, distinguiendo justicia auxiliar y sustitutiva, y proponiendo el principio de humanidad.

Una última advertencia. El borrador final del libro coincidió con el resurgimiento de una vieja tentación no solo italiana: las reformas constitucionales. Bueno, la evolución de la SP se reconstruye aquí de manera perfectamente opuesta al proyecto de los “reformadores” italianos. Mientras que estos proyectan el fortalecimiento del ejecutivo, el libro muestra que esto ya se ha logrado

desde hace un siglo, con la nueva SP. Más bien, en una perspectiva ecológica y global, sería necesario fortalecer los poderes judiciales y de garantía propios de la SP actual: poderes a los que habría que añadir lo que queda del viejo legislativo.

Génova-Trieste, julio de 2023

CAPÍTULO I

LA “ANTIGUA” SEPARACIÓN DE PODERES Y LA PRIMACÍA DEL LEGISLATIVO

L'uomo vuole la concordia, ma la natura sa
meglio di lui ciò che è buono per la sua specie:
preferisce la discordia.

Immanuel Kant, *Idea di una storia universale
dal punto di vista cosmopolitico*, 1784.

La separación de poderes (SP) es central en la historia del constitucionalismo, en los tres sentidos de la palabra¹. En el *primer* sentido de “constitucionalismo”, como una serie de documentos constitu-

¹ A veces, en Italia, se observa que la expresión “separación de poderes” es reemplazada por “división de poderes”, pero no creo que sea así, con notables excepciones como la de Giovanni Bognetti (aquí, segundo capítulo). En la literatura internacional, una distinción preliminar la establece J. Waldron, “Separation of Powers or Division of Power?”, *New York University School of Law. Public Law and legal Theory Research Series*, Working Paper N.º 12-20 (2012): *division of power*, en singular, indica el principio según el cual el poder no debe concentrarse en las mismas manos; *separation of powers*, en plural, lo que aquí se llamará separación de poderes en sentido estricto; *checks and balances*, finalmente, corresponden a lo que aquí llamaremos equilibrio de poderes. Por ahora, el texto solo habla de separación de poderes en un sentido amplio, incluyendo las tres nociones.

cionales, que desde el siglo XVIII se han dividido típicamente en dos partes: (i) la declaración de derechos, que establece el propósito de la constitución, la protección de los derechos; y (ii) la forma de gobierno, que establece los medios de dicha protección, es decir, la separación de poderes. Como dice el art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789: “Toda sociedad en la que no está asegurada la protección de los derechos, ni establecida la separación de poderes, no tiene Constitución”.

En el *segundo* sentido del “constitucionalismo” —la doctrina del derecho constitucional— la separación de poderes ha sido quizás el objeto central del estudio de los constitucionalistas, aunque con importantes diferencias entre épocas. Los constitucionalistas del siglo XIX tomaron expresiones como “separación” o “división de poderes” demasiado literalmente. Los constitucionalistas del siglo XX, sin embargo, se dieron cuenta de que los creadores de la separación de poderes —Montesquieu y los federalistas estadounidenses— no separaron completamente los poderes, sino que los distinguieron y balancearon, en un equilibrio de poderes y contrapoderes².

Finalmente, en el *tercer* y más importante sentido del “constitucionalismo” —el ideal de la primacía del derecho sobre la política, de la subordinación de la política al derecho—, es solo con *El espíritu de las leyes* de Montesquieu (1748) que se descubre una SP en la

² Entre los pocos textos realmente esenciales *cf.*: C. Eisenmann, “L’Esprit des lois et la séparation des pouvoirs”, en *Mélanges Carré de Malberg*, Duchemin-Topos Verlag, París 1933, pp. 165-192; M. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (1967), Liberty Fund, Indianápolis 1998; M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française* (1973), LGDJ, París 1980; E. Barendt, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Routledge, Londres 2005; C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford 2012; Id., “Separation of Powers”, en *Comparative Constitutional Law*, a cargo de R. Masterman, C. Schütze, Cambridge University Press, Cambridge 2019, pp. 230-257.

Constitución inglesa, y es solo con los padres fundadores de los Estados Unidos que esta idea se desarrolla. En resumen, solo en el siglo XVIII, la "Constitución" perdió su significado original de estructura de un organismo y adquirió el significado jurídico-político actual: un documento que declara derechos y protege su respeto a través de una forma de gobierno inspirada en la separación de poderes³.

Sin embargo, a pesar del énfasis en los derechos, hoy nos damos cuenta de que es sobre todo la SP la que distingue a las democracias liberales, o sin ninguna otra calificación, de las democracias no liberales; basta pensar en las sanciones de la Unión Europea contra Hungría y Polonia, acusadas de violar la SP al atacar la independencia del poder judicial y de los medios de comunicación⁴. De hecho, las democracias liberales no se distinguen de las democracias no liberales y autocracias como Rusia y China ni por un documento llamado Constitución, ni por las elecciones, que son bien controlables por el régimen, sino precisamente por la separación de poderes.

Que las democracias liberales estén hoy bajo ataque, tanto en la versión parlamentaria como en la presidencial (ver 2.1), también depende del mal funcionamiento o la mala comprensión de los mecanismos de la separación de poderes. Basta pensar en las reformas constitucionales italianas, que desde hace veinte años apuntan a fortalecer al Ejecutivo sin pensar primero en el equilibrio entre poderes en su conjunto. Lo único cierto es que en los últimos treinta años la idea

³ En ese sentido, N. Luhmann, "Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft", en *Rechtshistorisches Journal*, N.º 9 (1990), tr. it. "La costituzione come acquisizione evolutiva", en *Il futuro della costituzione*, a cargo de G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Turín 1996, pp. 83-128.

⁴ La autoría de la expresión es atribuida al líder populista Viktor Orban, pero en realidad es del politólogo húngaro Takis Pappas, autor de *Populism and Liberal Democracy: a Comparative and Theoretical Analysis*, Oxford University Press, Oxford 2019.

misma de SP ha vuelto al centro de la discusión, aunque más por parte de filósofos políticos y científicos sociales que de constitucionalistas⁵.

¿En qué sentido hablamos hoy de SP? Todo este libro está lleno de distinciones: desde los tres sentidos en los que Montesquieu habla de la SP (en sentido amplio) —distinción de poderes, equilibrio de poderes y SP en sentido estricto— hasta las tres etapas de la SP, antigua, nueva y actual, que desde el siglo XVIII han evolucionado y se han acogido en todo Occidente, incluidas las instituciones comunitarias e internacionales. Usándola por ahora solo en un sentido amplio, incluyendo todos los demás sentidos, la expresión “SP” no indica tanto una doctrina, cuyos autores y predecesores deben ser estudiados, sino más bien: 1) un dispositivo, 2) evolutivo, 3) institucional.

Un *dispositivo*, en el sentido muy genérico de cualquier red de discursos, prácticas y técnicas, que cumple una función social⁶: en este caso, organizar y limitar el poder. Un dispositivo *evolutivo*, como la selección natural, el mercado o la división del trabajo, que surgió espontáneamente (la Constitución inglesa) y luego fue rediseñado por todos los constituyentes posteriores. Con un límite evolutivo también: incluso la separación de poderes mejor diseñada produce

⁵ Por mencionar solo algunos autores no tan citados D. J. Samuels, M. S. Shugart, *Presidents Parties and Prime Ministers. How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behaviour*, Cambridge University Press, Cambridge 2011; J. von Achenbach, “Separation of Powers and the Role of Political Theory in Contemporary Democracies”, en *I-CON* 15 (2017): 861-865; A. Kavanagh, “The Constitutional Separation of Powers”, en *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, a cargo de D. Dyzenhaus, M. Thorburn, Oxford University Press, Nueva York 2016, pp. 221-240; S. B. Jakobs, “The Statutory Separation of Powers”, *Yale Law Journal*, N.º 129 (2019): 379-399.

⁶ A este estadio preliminar del análisis, la extrema generalidad del término “dispositivo” —acuñado por Michael Foucault y originalmente dado en una entrevista titulada “Le jeu de Michel Foucault”, en, *Dits et écrits 1954-1988*, vol. III, Gallimard, París 2004, pp. 298-329— constituye una ventaja, no un defecto.

efectos no intencionados, ni previstos por los diseñadores, efectos que requieren correcciones sujetas a otros efectos no intencionados, y así hasta el infinito.

Finalmente, un dispositivo evolutivo específicamente *institucional*: una organización de poder principalmente normativo, para producir, implementar y aplicar normas, a su vez establecidas por normas. Una institución surge así: de una masa indistinta de hábitos, como los que aprendemos de niños jugando, se forman primero microjuegos, microsistemas de reglas (juegos), llamados por los juristas institutos, como la propiedad, la donación y similares; y finalmente macrojuegos o instituciones, como el mercado, el Estado, el derecho, capaces de autorregularse conscientemente⁷.

Un ejemplo sencillo de este tipo de dispositivos es el apretón de manos⁸. Parece que, entre las muchas formas de saludar, el apretón de manos surgió por motivos seguridad, palpando el antebrazo de los demás para asegurarse de que las mangas no escondieran armas. De un juego conflictivo, que expresa desconfianza, el apretón de manos evolucionó a un juego cooperativo, que transmite confianza: como veremos también en el caso de la SP. Otros saludos, como el saludo romano o los gestos COVID-19, apoyados respectivamente por el régimen fascista y las autoridades sanitarias, no pasaron la selección cultural.

En el primer apartado de este capítulo reflexionaremos en primer lugar sobre la cosa misma, la SP en un sentido amplio, centrándonos en sus principales funciones evolutivas: incluso antes de limitar

⁷ Sobre el carácter evolutivo ver M. Barberis, A. Sardo, *Separation of Powers: Old, New and Newest in Research Handbook in Legal Evolution*, a cargo de W. Zahuski, S. Bourgeois-Gironde, A. Dyrda, Elgar, Cheltenham 2024, pp. 365-383; para el carácter institucional ver M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milán 2020, pp. 124-134, tr. esp. *Cómo Internet está matando la democracia*, Palestra Editores, Lima 2024.

⁸ M. Arcangeli, *Avventurosa storia della stretta di mano*, Castelveccchi, Roma 2020.

el poder, remediar los límites de la racionalidad humana. Luego hablaremos de la antigua SP: la doctrina formulada por primera vez por Montesquieu entre la Gran Bretaña posrevolucionaria y la Francia prerrevolucionaria. Finalmente, examinaremos la doctrina constitucional de los federalistas estadounidenses, en particular de James Madison, de donde la SP recibe su nombre actual, aunque se concibe sobre todo como un equilibrio de poderes.

1.1. SEPARACIÓN DE PODERES Y CIENCIAS SOCIALES

Un examen teórico de la SP requiere algo más que el análisis lingüístico de las doctrinas de los constitucionalistas y comparatistas⁹: después de todo, cuando apareció el concepto, aún no existían ni el derecho constitucional ni el derecho constitucional comparado. Este examen requiere ante todo el uso de esa ciencia social que es la historia: sin ella, se dice, la teoría está vacía, mientras que sin teoría la historia es ciega. En las siguientes tres subsecciones, por otro lado, nos ocuparemos de las posibles contribuciones al tema de otras tres ciencias sociales: la economía, la sociología y las ciencias políticas.

1.1.1. En cuanto a la economía (originalmente, economía política), esta nació oficialmente en el siglo XVIII, con la obra del escocés Adam Smith: *La riqueza de las naciones* (1776). La idea central, que fundamenta la Ilustración escocesa y el evolucionismo cultural, es la mano invisible económica: persiguiendo su propio interés, los individuos producen, sin preverlo ni quererlo, su propia riqueza y la de toda la sociedad¹⁰. Idea probablemente inspirada

⁹ Un buen ejemplo introductorio de análisis estrictamente jurídico, completo con referencias a autores y precursores, se pueden encontrar en A. Vignudelli, "Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente", en *Law & Public Question*, N.º 7 (2007): 201-232.

¹⁰ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Strahan, Londres 1776, tr. it. *La ricchezza delle nazioni*, Newton Compton, Roma 1995, p. 391.

en el equilibrio de poderes de Montesquieu (ver 1.2.2), que por analogía podría denominarse una mano invisible *institucional*¹¹.

Ambas ideas típicamente modernas. Los antiguos concebían al hombre como un animal social: como las hormigas y las abejas. La modernidad —los descubrimientos geográficos, la Reforma protestante, las guerras religiosas, la revolución científica y tecnológica— ha derribado este cliché. Tras el encuentro con los “salvajes” americanos, los modernos comenzaron a pensar que el estado natural del hombre era la guerra (*homo homini lupus*), y que las sociedades humanas más desarrolladas, para escapar de ella, crearon instituciones como el Estado (precisamente llamado moderno)¹².

De hecho, bajo el amparo del Estado, que protege los dos intereses humanos esenciales —la vida/seguridad interna, a través de la policía y la justicia, y la vida/seguridad externa, a través de los ejércitos—, se han desarrollado el comercio y la industria. Al menos, esto sucedió en el Reino Unido: después de las dos revoluciones inglesas del siglo XVII, en el siglo XVIII se afanzaron la democracia parlamentaria y —como consecuencia económica de este cambio político¹³— el capitalismo y el colonialismo. De una remota isla en el mar del Norte, Gran Bretaña se transformó en el centro de un imperio mundial, que no tenía nada que envidiar a los imperios antiguos.

¹¹ M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, il Mulino, Bologna 1988.

¹² Cuya clásica definición —monopolio del poder legítimo— se encuentra en M. Weber, *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Duncker & Humblot, Berlín 1919, tr. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Turín 1948, p. 48.

¹³ Cfr. K. Polanyi, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Farrar & Rinehart, Nueva York 1944, tr. it. *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Turín 2010 (se nota la inversión de “político” y “económico” entre las dos versiones).

La idea de que todo deriva del *self-interest* de cada uno, erigida por Jeremy Bentham como primer principio del utilitarismo, se convirtió en una visión del mundo, llamada *homo economicus*: cada acción e institución humana podía explicarse, si no justificarse, por la maximización de utilidad de todos y cada uno. La razón misma, el elemento distintivo de los humanos de (otros) animales según los antiguos, fue reducida por los economistas a la racionalidad instrumental: la idoneidad de ciertos medios para obtener ciertos fines. La economía pretendía constituir el modelo de todas las ciencias sociales.

El problema del *homo economicus*, sin embargo, es que además de no justificar nada, ni siquiera lo explica todo, sino solo la parte racional de la conducta humana. Como lo han entendido psicólogos, sociólogos, politólogos, pero también estudiosos de la economía como los teóricos de la decisión racional y de los juegos¹⁴, la conducta humana depende menos de la parte racional que de la parte no racional, intuitiva y emocional de la inteligencia. Las instituciones también sirven, y sobre todo, a este propósito: corregir la irracionalidad de la conducta humana, que de otro modo prevalece.

La economía, la maximización de la utilidad, la decisión racional, los diversos juegos contruidos por la teoría de juegos, son solo un modelo cero (*Zero Model*): una herramienta para calcular las infinitas desviaciones de la conducta real respecto del ideal de racionalidad instrumental¹⁵. Pensemos en la mano invisible institucional y lo mismo en la SP. Todo actor político busca maximizar su poder, pero como todos los demás también hacen lo mismo,

¹⁴ Ver en una amplia literatura tres trabajos diversos: D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Farrar, Straus & Giroux, Nueva York 2011, tr. it. *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milán 2012; V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, il Mulino, Bolonia 2007; R. Festa, "Teoria dei giochi ed evoluzione delle norme morali", *Etica & Politica* IX, N.º 2 (2007): 148-181.

¹⁵ K. R. Popper, *The Poverty of Historicism*, Routledge, Londres 1944-1945, tr. it. *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, Milán 1975, pp. 125-127.

como efecto no intencionado, ni previsto ni deseado por nadie, se produce la autolimitación del poder en su conjunto.

En este caso el conflicto por el poder, juego originalmente competitivo, que autoriza la desconfianza de todos hacia los demás, si se repite indefinidamente, como ocurre en las instituciones reales, acaba convirtiéndose en un juego de coordinación, en el que cada uno sabe qué esperar de los demás. Sin embargo, así como la contaminación, los oligopolios o los monopolios reales pueden generarse a partir de la libre competencia económica, nada excluye la posibilidad de que la competencia por el poder pueda generar anarquía, por un lado, y autoritarismo, democracias antiliberales y dictaduras, por el otro.

1.1.2. En cuanto a la sociología, nació en el siglo XIX con la ambición de sustituir los pseudoconocimientos previos, incluida la doctrina jurídica, por un estudio científico de la sociedad. Autores como Montesquieu son recuperados como precursores de la sociología para teorías como la del espíritu de las leyes, según la cual el derecho depende de una variedad de factores como la economía, el clima, la religión y, lo más importante de todo, las instituciones políticas. En realidad, los sociólogos del siglo XIX tendieron a descuidar la SP; hoy, sin embargo, es posible una contribución sociológica al tema.

De hecho, corresponde preguntarse cuáles son las funciones sociales que cumple la SP, siempre en un sentido amplio: el dispositivo evolutivo e institucional descubierto por juristas como Montesquieu y luego rediseñado por políticos como los federalistas estadounidenses. La SP cumple una función evolutiva muy general y tres funciones institucionales más específicas. La función evolutiva muy general, captada aún mejor por los psicólogos que por los sociólogos contemporáneos, y común a otros dispositivos

como el mercado y la división del trabajo, es remediar los límites de la racionalidad humana.

Veremos a su debido tiempo, hablando de inteligencia, tanto humana como artificial (cuarto capítulo), que ambas pueden definirse en términos evolutivos, como la capacidad de adaptarse al medio ambiente: si se mira más de cerca, la racionalidad instrumental misma se reduce a esto, medios y fines. Sin embargo, a diferencia de los economistas, que sobreestiman la capacidad de los seres humanos para perseguir conscientemente su propio interés, los psicólogos y sociólogos han demostrado que para perseguir cualquier objetivo primero hay que conocerlo y luego adoptar los medios adecuados para alcanzarlo: habilidades que no son nada comunes¹⁶.

Para eso están las instituciones: remediar los límites de la racionalidad individual dictando reglas que deberían ayudar a todos, incluso en contra de sus propias opiniones, a lograr sus objetivos. Desde este punto de vista, las democracias liberales occidentales han demostrado ser uno de los mayores logros jamás alcanzados en la historia universal. Ya a finales del siglo XVII se afirmaba que un jefe tribal norteamericano vivía peor, con menos comodidades, que un trabajador inglés¹⁷. La SP contribuyó a este resultado en tres aspectos, como lo distingue Ackerman (aquí, 2.2).

Mientras tanto, la SP contribuye a la legitimación democrática de las instituciones: gracias al Legislativo, el parlamento elegido por los ciudadanos, pueden creer que están al mando y culparse a sí mismos si eligen representantes incapaces. Entonces, la SP produce eficiencia: a través de un segundo poder, el Ejecutivo, es decir, el gobierno y la Administración pública (AP), los problemas

¹⁶ H. A. Simon, *The Reason in Human Affairs*, Stanford University Press, Stanford (Cal.) 1983, tr. it. *La ragione nelle vicende umane*, il Mulino, Bologna 1984.

¹⁷ J. Locke, *Two Treatises of Government* (1690), Dent & Sons, Londres 1988, p. 136 (II, 5).

son gestionados por personas que son más capaces o competentes, en promedio, que otros ciudadanos. Finalmente, la SP protege los derechos individuales: los ciudadanos siempre pueden recurrir para este fin a un poder judicial independiente.

1.1.3. Finalmente, en cuanto a la *ciencia política*, también nació en el siglo XIX, pero solo se ocupó de la SP en el siglo XX e indirectamente, aplicando las herramientas de la economía a la democracia¹⁸. Gran parte del redescubrimiento actual de la SP, en realidad, no se debe a los politólogos sino a los filósofos políticos, que también son capaces de utilizar herramientas económicas. Podemos remontarnos a Robert Nozick, un filósofo político que, en la segunda mitad del siglo XX, formuló la siguiente teoría evolutiva del origen del Estado, que podría extenderse a la SP.

Contra los partidarios anarcocapitalistas de la abolición del Estado, Nozick sostiene que este podría surgir, sin violar los derechos individuales, de la libre competencia entre agencias de protección privadas: bastaría con que una de ellas, prevaleciendo sobre todas las demás, adquiriera el monopolio de la fuerza necesaria para proteger a los individuos¹⁹. Para los historiadores, de hecho, el Estado (moderno) nació precisamente así: de la guerra entre señores feudales que se dividieron territorios como Inglaterra, Francia o España, cuando uno de ellos prevaleció sobre los demás, proclamándose monarca absoluto.

¹⁸ A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Harper & Row, Nueva York 1958, tr. it. *Teoria economica della democrazia*, il Mulino, Bolonia 1988; J. M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, Ann Harbor (Mich.) 1962, tr. it. *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, il Mulino, Bolonia 1998.

¹⁹ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York 1973, tr. it. *Anarchia, Stato e utopia*, Il Saggiatore, Milán 2000.

La SP surge del mismo mecanismo; de hecho, después de la formación del Estado, el conflicto continuó entre los poderes estatales que son el rey y el Parlamento. Después de las dos revoluciones del siglo XVII, en las que prevaleció el Parlamento, en el siglo XVIII el conflicto produjo la Constitución consuetudinaria británica: una especie de juego de autoimposición. Es decir, el rey y el Parlamento se vieron obligados a cooperar; la SP, nacida como un juego de una sola partida (*one shot game*) —la revolución—, se ha convertido en un juego repetido, originalmente conflictivo, ahora cooperativo²⁰.

La función principal, la elaboración de normas, fue primero compartida entre el rey y el Parlamento, y luego adquirida por este último, como soberanía del Parlamento. Pero entre los poderes que Montesquieu llamaría Ejecutivo y Legislativo se jugaron muchos juegos además de la legislación, cada uno de los cuales merecería un análisis por sí solo. En particular, el Parlamento no nació, en la Inglaterra medieval, para dictar leyes, sino para aprobar el presu-

²⁰ J. A. Segal, "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts", *The American Political Science Review* 91, N.º 1 (1997): 28-44; T. Persson, G. Roland, G. Tabellini, "Separation of Powers and Political Accountability", *The Quarterly Journal of Economics* 112, N.º 4 (1997): 1163-1202; R. Kirstein, S. Voigt, "Constitutions as Equilibria. A Game-Theoretic Approach to Positive Constitutional Economics", *Center for the Study of Law and Economics*, Discussion Paper 9904, (8 de julio de 1999); R. J. P. de Figueiredo Jr., B. R. Weingast, "Self-Enforcing Federalism", *The Journal of Law, Economics, and Organization* 21, N.º 1 (2005): 103-135; J. R. Rogers, "Democracy and Necessity. Rightly Dividing Political Power. Using Simple Game Theory to Identify When Policy Decisions Should be Centralized and When Decisions Should be Decentralized", *L'Europe en Formation* 363, N.º 1 (2012): 73-93; G. K. Hadfield, B. R. Weingast, "Constitutions as Coordinating Devices", en *Institutions, Property Rights and Economic Growth*, a cargo de S. Galiani, Cambridge University Press, Cambridge 2013, pp. 121-150; R. G. Holcombe, *Checks and Balances: Enforcing Constitutional Constraints* (2018), <https://www.mdpi.com/2227-7099/6/4/57>; T. Apolte, *A Theory of Autocratic Transition. Prerequisites to Self-enforcing Democracy*, University of Münster, Münster 2018.

puesto, es decir, los impuestos de los súbditos; en el siglo XVIII se empezó a votar la confianza y censura al gobierno; hoy puede formar un tribunal que juzgue los crímenes de los poderes supremos...

Si hay una dirección evolutiva para todos estos procesos, no es el progreso, ni nunca el aumento del orden, sino la entropía, el aumento de la complejidad. Incluso la SP evoluciona solo en el sentido en que se adapta a las nuevas condiciones en las que las democracias liberales deben sobrevivir: como veremos, la nueva SP es más compleja que la antigua, y la actual mucho más compleja que la nueva²¹. Contra cualquier ilusión progresista, siempre existe la posibilidad de que las democracias liberales occidentales no resistan el conflicto con las autocracias orientales o se conviertan ellas mismas en democracias no liberales.

Hay muchos signos de este último riesgo en los primeros años del siglo XXI. En Occidente, la confianza en la SP y sus elementos constituyentes (organismos intermedios, prensa libre, poder judicial independiente, pluralismo político, económico y cultural) parece desgastada. En las redes sociales, la confianza en los curanderos, las criptomonedas y las leyendas urbanas está muy extendida, por un lado, y la desconfianza en las instituciones, por el otro. Y no hablemos de las elecciones democráticas en sí: en el mercado electoral siempre se ofrecen nuevos líderes, de los que el elector se

²¹ B. A. Thayer, "Bringing in Darwin. Evolutionary Theory, Realism, and International Politics", en *International Security* 25, N.º 2 (2000): 124-151; J. D. Michaels, "An Enduring, Evolving Separation of Powers", en *Columbia Law Review* 115, N.º 3 (2015): 115-197; *The Evolution of Separation of Powers. Between the Global North and the Global South*, a cargo de D. Bilchiz, D. Landau, Elgar, Cheltenham 2018. El enfoque evolutivo adoptado aquí se inspira del liberalismo clásico, véase J. Maynard Smith, "Evolution and the Theory of Games", en *American Scientist* 64, N.º 1 (1976): 41-45, e Id., *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge University Press, Cambridge 1982.

aburre rápidamente para apostar por personajes que todavía son más desconocidos.

Los politólogos hablan de recesión democrática: la disminución, a escala global, de los países gobernados por sistemas democráticos y el empeoramiento de los índices de democracia en estos mismos países²². Quizás el diagnóstico más profundo de este fenómeno, que combina factores económicos, sociales y políticos, lo propuso Tim Wu, uno de los principales expertos jurídicos de Internet. Tres procesos similares estarían en marcha: la concentración de poderes económicos en cárteles (*trusts*), oligopolios y monopolios, de poderes sociales y comunicativos en las *big tech*, y de poderes políticos en regímenes no liberales²³.

Pero si estos son diagnósticos y pronósticos (nos estamos moviendo hacia monopolios de riqueza, comunicación, poder), entonces la cura también podría ser la misma. Es necesario combatir los monopolios económicos recuperando la libre competencia regulada por el Estado, los monopolios informativos rehabilitando el pluralismo informativo y los monopolios de poder defendiendo la SP. Volveremos sobre ello en el epílogo. Aquí basta añadir la SP, o más bien las distintas etapas de la SP, constituyen quizás el único compromiso aceptable entre la tendencia muy general hacia la entropía y la deriva actual hacia los monopolios.

En resumen, el Estado y la SP constituyen un progreso frente a las guerras feudales y las revoluciones modernas, pero la evolu-

²² L. Diamond, "Facing Up the Democratic Recession", *Journal of Democracy* 26, N.º 1 (2015): 141-155 y M. Naím, *The Revenge of Power*, Saint Martin's, Nueva York 2022, tr. it. *Il tempo dei tiranni*, Feltrinelli, Milán 2022. Según las estimaciones más actuales, hoy solo el 20 % de la población mundial vive en regímenes democráticos.

²³ T. Wu, *The Curse of Bigness. How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, Londres 2020, tr. it. *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, il Mulino, Bolonia 2021.

ción es adaptación al entorno, no necesariamente progreso. Este libro intenta reconstruir la evolución de la SP: desde la primacía del legislativo (la “vieja” SP, en este primer capítulo) hasta la prevalencia del ejecutivo (la “nueva” SP, segundo capítulo); desde la entrada en el juego político del poder judicial (“actual” SP, tercer capítulo) hasta los proyectos actuales de sustituir jueces humanos con la inteligencia artificial (capítulos cuarto y quinto).

1.2. ANTIGUA SEPARACIÓN DE PODERES: DESDE MONTESQUIEU...

La SP “vieja” o clásica, diseñada para el Estado moderno pero con nostalgia del feudalismo, aparece por primera vez en *El espíritu de las leyes* (1748) de Montesquieu: esta obra “amplia y ambigua”²⁴, que se presenta a la vez como original —su epígrafe es *prolem sine matre creatim*— y como una especie de enciclopedia del conocimiento jurídico y político de su tiempo. El autor, un barón más atraído por los salones parisinos que por sus deberes de juez provincial, es hostil a la forma de absolutismo monárquico instaurado en Francia, pero demasiado moderado para oponerse frontalmente.

La idea que le permite defender tanto a la monarquía como a la libertad individual, es el descubrimiento de la Constitución inglesa: la conoció cuando aún estaba en gestación, antes de la afirmación definitiva de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento, durante su estancia de un año en Inglaterra, en 1730. En realidad, el sistema constitucional inglés, nacido de las dos revoluciones del siglo XVII, se fue estabilizando en el siglo siguiente en las formas de aquella monarquía constitucional a la

²⁴ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bolonia 1976, p. 262.

que Hans Kelsen, en el siglo XX, todavía reduciría sin generosidad toda la SP²⁵.

De hecho, la propuesta de Constitución inglesa permitió a Montesquieu reformular sus ideas —contrarias al absolutismo, pero lejos de ser revolucionarias, incluso sospechosas de nostalgia por la monarquía feudal anterior a Luis XIV— en términos de una doctrina progresista. Así lo utilizarán los diseñadores de las constituciones norteamericanas: consagrarán la SP como primer requisito de un Estado libre para que sea respetuoso de la libertad/seguridad de los ciudadanos, y sea capaz de ese autogobierno llamado república en la época de Montesquieu, pero que luego se llamaría democracia.

El lugar clásico de la doctrina es la sección 6 del libro XI de *El espíritu de las leyes*, quizás el texto más citado, pero también el más incomprendido del constitucionalismo mundial. El artículo 6 acoge a la Constitución inglesa como modelo de gobierno moderado, funcional para la libertad/seguridad de los ciudadanos frente a otros ciudadanos. Expresiones como “SP” o “división de poderes” no aparecen allí: salvo para ser utilizadas y luego tomadas literalmente por generaciones de intérpretes. En Montesquieu, la antigua SP consta de tres subteorías, que llamaré distinción de poderes, equilibrio de poderes y SP en sentido estricto²⁶.

1.2.1. La *distinción* de poderes es una tripartición de las funciones normativas, de producción de normas, que serían llevadas a cabo por las instituciones políticas en todo tiempo y lugar: legislación (hacer leyes), ejecución o administración (implementarlas), jurisdicción (aplicarlas). Es una nueva tripartición debido, especialmente,

²⁵ H. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de droit public et de science politique*, N.º 35 (1928): 197-257, tr. it. en Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán 1981, p. 173.

²⁶ Sobre esta distinción M. Barberis, *Séparation des pouvoirs, voce in Traité international de droit constitutionnel*, a cargo de M. Troper.

a la separación del poder judicial del ejecutivo: para encontrar precedentes hay que remontarse a Aristóteles²⁷. Una tripartición lo suficientemente clara como para garantizar que aún hoy las tres funciones principales del Estado reciban el mismo nombre y se definan en el mismo sentido que sostuvo Montesquieu.

Quienes se oponen a esta distinción no captan, quizás nunca han captado, las numerosas funciones de los poderes estatales, pasan por alto el carácter no empírico sino más bien definitorio de la distinción: en estos términos siempre podrían redefinirse, más o menos plausiblemente, todas las demás funciones²⁸. Tomemos simplemente el ejemplo más reciente: la Unión Europea actual. Al parecer, esta no solo desempeña funciones adicionales a las de los 27 Estados nacionales que lo componen, sino que desde los Tratados de Roma de 1957 tiene una estructura —una constitución— muy distinta a estas.

Sin embargo, la forma más común de indicar las funciones de organismos nuevos y anómalos en comparación con la antigua SP, como la Comisión Europea, es precisamente presentarlos como una mezcla de legislación (la iniciativa de los reglamentos), ejecución

²⁷ Aristóteles, *Política*, IV (D), 13-14, 1297b-1298a: "Hay tres partes en toda constitución [...]. De estas tres, una es el que decide sobre los asuntos comunes, la segunda concierne a los ministerios [...], la tercera es la judicial". De nuevo, dos precursores casi directos de Montesquieu como John Locke: *Two Treatises on Government* (1689), y Henry Bolingbroke: *The Idea of a Patriot King* (1738), distinguen únicamente, en cada caso, los poderes legislativo, ejecutivo y federativo. (el ejecutivo en las relaciones internacionales), y los tres poderes políticos, el rey, la Cámara de los comunes y la Cámara de los Lores.

²⁸ Esta observación se acerca a J. Waldron, *Separation of Powers or Division of Powers?*, cit., p. 1, cuando observa que las distinciones de los autores del siglo XVIII son solo tautologías. En realidad son definiciones: Montesquieu y Madison, en particular, están estipulando las definiciones de términos que entonces eran relativamente nuevos.

(su implementación) y jurisdicción (su aplicación)²⁹. Si se mira más de cerca, la mayor innovación introducida por Montesquieu es precisamente esta tripartición, aparentemente solo definitoria, de los organismos públicos y de las funciones que desempeñan: una tripartición que, a pesar de las críticas que ha sufrido durante casi trescientos años, sigue siendo la nuestra.

Comprender esto nos permite dar un paso más, que tampoco es nada común en la literatura, para interpretar tanto la doctrina de Montesquieu como sus evoluciones posteriores: distinguir entre este primer sentido de “SP”, la tripartición de funciones, de los otros dos sentidos, equilibrio de poder y SP en sentido estricto. En realidad, como veremos enseguida, estas expresiones no indican otras definiciones, sino propuestas de distribución de las tres funciones que acabamos de distinguir entre distintos órganos o grupos de órganos: el equilibrio de poderes entre el legislativo y el ejecutivo, la SP en sentido estricto entre estos mismos órganos y el poder judicial...

1.2.2. Montesquieu propone el equilibrio de poderes solo para las relaciones entre legislativo y ejecutivo, tanto poderes gubernamentales como políticos. El historiador griego Polibio ya había sostenido que la república romana era una forma de gobierno mixto, en el que la monarquía (cónsules), la aristocracia (senado) y la democracia (*comitia*) se controlaban y equilibraban entre sí³⁰. La misma interpretación había reaparecido en Gran Bretaña para la Constitución inglesa: mezcla de monarquía (rey en el Parlamento), aristocracia (Cámara de los Lores) y democracia (Cámara de los Comunes).

Mientras que en las constituciones romana e inglesa el equilibrio de poder era producto de una evolución de siglos de antigüedad,

²⁹ G. Conway, “Recovering a Separation of Powers in the European Union”, *European Law Journal* 17, N.º 3 (2011): 304-322.

³⁰ Polibio, *Storie*, tr. it. Mondadori, Milán 1970, vol. II, pp. 100-105 (VI.11.18.).

en las constituciones estadounidenses los mismos mecanismos — llamados *checks and balances*— se diseñarán cuidadosamente, como veremos. En Montesquieu, sin embargo, el equilibrio queda implícito en la famosa sección XI.6, donde el Parlamento y el monarca inglés se equilibran entre sí, pero se hace explícito en la sección XI.4, posteriormente tomado por los federalistas. El pasaje es lo suficientemente esclarecedor como para merecer una cita completa.

La libertad política se encuentra [solo] en gobiernos moderados. Pero [solo se conserva] cuando no hay abuso de poder. Sin embargo, es una experiencia eterna que todo hombre que tiene el poder en sus manos se ve llevado a abusar de él, procediendo hasta encontrar límites. [...] Para que no se abuse del poder, por la disposición de las cosas, el poder debe frenar al poder³¹.

Precisamente esto sucedería en la Constitución inglesa, que tendría como finalidad directa la libertad política, definida por el ultramoderado y preliberal Montesquieu como “el derecho a hacer todo lo que las leyes permitan”. Una libertad, esta, en el Estado, de tal modo que ningún ciudadano debería temer a otro ciudadano, y menos a la libertad del Estado, como en la concepción liberal de libertad, que apareció solo después de la Revolución Francesa y el Terror³². Pero veamos cómo opera el equilibrio de poderes —un

³¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Garnier Flammarion, París 1979, tr. it. *Lo spirito delle leggi*, Utet, Turín 1952, vol. I, p. 274 (XI.4). Es posible, como sugiere M. Goldoni, “Montesquieu and the French Model of Separation of Powers”, *Jurisprudence* 4, N.º 1 (2013): 20-47, que aquí el autor no pensaba tanto en Inglaterra sino en la monarquía francesa preabsolutista, a la que se refiere extensamente en los libros II a VIII del *Esprit des lois*, antes de centrarse en el modelo inglés.

³² Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. cit., vol. I, p. 273 (XI.3); más adelante se lee “La libertad política, en un ciudadano, consiste en esa tranquilidad de espíritu que proviene de la creencia que cada uno tiene en su propia seguridad; y para que exista esta libertad, el gobierno debe estar organizado de tal manera que impida que un ciudadano tema a otro ciudadano”. Si por “otro ciudadano”

mecanismo evolutivo, recordemos, efecto involuntario de acciones humanas encaminadas a otros fines— en la Constitución inglesa.

He aquí entonces la constitución fundamental del gobierno del que estamos hablando. Al existir un cuerpo legislativo dividido en dos partes, una mantendrá a la otra bajo control gracias al poder mutuo de impedimento. Ambas estarán vinculadas por el poder ejecutivo, el cual a su vez estará vinculado por el poder legislativo. Estos tres [órganos] deberían [entrar en una especie de quietud o] inacción. Pero como el movimiento necesario de las cosas los obliga a funcionar, se verán obligados a hacerlo concertadamente³³.

El equilibrio de poder —más antiguo y generalizado que la separación en sentido estricto— ejemplifica mejor lo que se ha dicho sobre la SP como dispositivo evolutivo: en este caso, un juego cooperativo nacido de un juego competitivo. Como juego repetido entre sujetos institucionales como los reyes, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, el equilibrio de poder se ha estabilizado después de siglos de relaciones conflictivas que dieron lugar a dos revoluciones. Como resultado de estos conflictos centenarios, se formó un equilibrio institucional que era lo suficientemente estable como para ser trasplantado a todas las democracias occidentales.

Es este equilibrio institucional lo que Bernard Manin, refiriéndose específicamente a Montesquieu, llamó liberalismo de los contrapoderes, contrastándolo con el liberalismo de las reglas como formas alternativas de limitar el poder³⁴. Ambos apuntan a limitar el poder:

nos refiriéramos a los propios gobernantes, aquí ya tendríamos la concepción estrictamente liberal de la libertad. Sobre los dos conceptos, ver M. Barberis, *Libertà* (1999), Società Aperta, Milán 2021, pp. 77-80 y 97-103.

³³ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. cit., vol. I, p. 288 (XI.6).

³⁴ B. Manin, “Les deux libéralismes: la règle et la balance”, en *La famille, la loi, l'état de la Révolution au code civil*, a cargo de I. Théry, C. Biet, Imprimerie Nationale / Centre Pompidou, París 1989, pp. 372-389; Id., “Montesquieu”, en *Dictionnaire critique de la Révolution française*, a cargo de F. Furet. M. Ozouf,

pero el liberalismo de las reglas lo hace externamente, oponiéndose a normas como las declaraciones de derechos; el liberalismo de los contrapoderes lo hace internamente, oponiendo poder al poder en la forma de gobierno. Como muestran estos ejemplos, por otra parte, no se trata de limitaciones alternativas sino complementarias³⁵.

1.2.3. Por último, Montesquieu no propone la SP en sentido estricto —a veces también llamada “pura”, como especialización de un grupo de órganos en el ejercicio de una sola de las tres funciones— para las relaciones entre los dos poderes de gobierno, el ejecutivo y legislativo, sino más bien para las relaciones entre estos y el poder de garantía: el poder judicial. Cuando Montesquieu habla de equilibrio de poderes, en realidad nunca menciona al poder judicial, y solo cuando se refiere a este último utiliza el adjetivo “separado”: “No hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo”³⁶.

La SP en sentido estricto, en Montesquieu, significa precisamente que los poderes políticos no pueden ejercer funciones judiciales, mientras que el poder judicial no puede ejercer funciones políticas. Con el debido respeto a los intérpretes de Montesquieu del siglo XIX, especialmente a los franceses, este es el único caso en el que el autor utiliza el término “separación”, en sentido estricto

Flammarion, París 1988, pp. 710-722; B. Manin, “Checks, Balances and Boundaries. The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1797”, en *The Invention of Modern Republic*, a cargo de B. Fontana, Cambridge University Press, Cambridge 1994, pp. 27-62.

³⁵ Ver S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari 2014: que privilegia el liberalismo de las reglas.

³⁶ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. cit., vol. I, p. 276 (XI.6). La oposición a las instituciones gubernamentales/de garantía se debe a Ferrajoli: ver. aquí, 2.3.3. El uso del concepto de separación para caracterizar el liberalismo o quizás, aún más, el pluralismo, es obra de M. Walzer, “Liberalism and the Art of Separation”, *Political Theory* 12, N.º 3 (1984): 315-330.

y propio; en todos los demás casos podríamos hablar, como mucho, de (co)división de poderes. Con una aclaración importante, sin embargo: que en Montesquieu “poder judicial” no indica un organismo estable, como nuestro poder judicial.

Es cierto que en Inglaterra siempre ha habido un poder judicial estable y autoritario, también porque se ha ido concentrando progresivamente en Westminster, en las tres cortes reales, cuyas decisiones actúan como derecho común, antes que el derecho estatutario parlamentario. De la autoridad de este poder judicial también ha dependido siempre el carácter moderado de la Constitución inglesa: en la que, al menos desde el *Act of Settlement* (1701), los jueces son independientes ya que son nombrados por el rey, pero vitalicios, *quamdiu se bene gesserint*, es decir, siempre que se porten bien³⁷.

Montesquieu, que había heredado el título de magistrado y luego lo vendió para cubrir deudas, como era costumbre en la época, no debió tener en alta estima a sus antiguos colegas, ni franceses ni ingleses, y claramente no apoyaba la tesis que se les atribuía durante siglos: es decir, que debe haber un poder judicial estable e independiente, como los poderes judiciales nombrados en todo Occidente después de la Revolución Francesa. Al contrario: piensa en un sistema de jurados, aclarando también por qué, en su opinión, los jurados no profesionales garantizarían la seguridad jurídica mejor que los jueces profesionales.

El poder judicial no debe recaer en un [órgano] permanente, sino que debe ser ejercido por personas elegidas entre el pueblo, en determinados períodos del año, en la forma prescrita por la ley, para formar un tribunal que subsista únicamente para el plazo que la necesidad requiera. De esta manera el poder judicial, tan terrible entre los hombres, al no estar

³⁷ D. M. Klerman, P. G. Mahoney, “The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England”, en *American Law and Economics Review* 7, N.º 1 (2005): 1-27.

vinculado ni a una condición específica ni a una profesión específica, se vuelve, por así decirlo, invisible y nulo³⁸.

Una opinión aparentemente revolucionaria de Montesquieu: distintas de las castas judiciales encargadas de la administración de justicia; sobre todo, distinta del formalismo interpretativo, la idea de que las leyes expresan un único sentido. Para Montesquieu, si la justicia fuera administrada por un cuerpo de magistrados profesionales, sería fatalmente incierta; solo los jurados guiados por el derecho podían aplicar las leyes al pie de la letra. Sin embargo, esta opinión tampoco es nada revolucionaria: para él, en una sociedad todavía dividida en clases, los jurados deberían pertenecer a la misma clase que los acusados.

Pero, si los tribunales no han de ser fijos, las sentencias deben ser fijadas de modo que no sean otra cosa que el texto preciso de la ley. Si fueran fruto de las opiniones particulares de los jueces, viviríamos en una sociedad sin saber con precisión qué compromisos contraemos en ella. Los jueces deben entonces tener el mismo estatus que el acusado, o sus iguales, para que este no pueda sospechar que ha caído en manos de personas propensas a utilizar la violencia contra él³⁹.

En resumen, después de la Revolución, y durante casi dos siglos, los constituyentes y constitucionalistas europeos y latinoamericanos (los ingleses, como siempre, creían saber más) creían que los jueces fijos podían hacer lo que Montesquieu proponía solo para los jurados: ejercer un poder "nulo", convertirse en "la boca que pronuncia las palabras de la ley". Peor aún, se creía que la SP en sentido estricto podía aplicarse a todo el sistema constitucional: tal vez encontrando en esta opinión, nunca apoyada por Montesquieu y en cualquier caso insostenible, un motivo para criticar la separación de poderes⁴⁰.

³⁸ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. cit., vol. I, p. 278 (XI.6).

³⁹ *Ivi*, p. 279 (XI.6).

⁴⁰ L. Claus, "Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation", *Oxford Journal of Legal Studies* 25, N.º 3 (2005): 419-451.

1.3. ... A LOS FEDERALISTAS

La adopción de la SP en Occidente, por el contrario, no deriva tanto del *espíritu de las leyes* —acogidas con desdén por los ingleses, como si pretendiera explicarles su propia Constitución— sino más bien de los usos estadounidenses, primero, y de los franceses, después: todos bastante alejados del modelo original. Como confirmación adicional de la ambigüedad de la doctrina de Montesquieu, en Estados Unidos, con el apoyo de los federalistas y en contra de la opinión de los antifederalistas, prevaleció el equilibrio de poderes; en Francia, la separación de poderes en sentido estricto.

A continuación examinamos el sistema federal estadounidense que surgió de la Convención de Filadelfia (1787), seguida de la Declaración de Independencia del Reino Unido (1776): Declaración seguida a su vez por un período de inestabilidad, acentuado por el conflicto militar con la madre patria, en las entonces únicas relaciones confederales entre las trece colonias secesionistas. En Filadelfia se enfrentaron los federalistas, partidarios de una unión más estrecha entre los Estados, y por tanto de la federación que más tarde se convertiría en los Estados Unidos de América (EE. UU.), y los antifederalistas, que preferían una mera confederación de estados independientes⁴¹.

Mientras que los escritos de los antifederalistas se recopilaron solo más tarde, la Constitución federal (1787) fue defendida por *El federalista*: una colección de ochenta y cinco ensayos, todos firmados por Publius, el más importante de los cuales es atribuido

⁴¹ Sobre este debate, a fines del siglo XIX, la literatura internacional continental emplea la distinción entre federación y confederación: ver J. B. Westerkamp, *Staatenbund und Bundesstaat. Untersuchungen über die Praxis und das Recht der mordenden Bunde*, Brockhaus, Lipsia 1892; L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, Marchanal et Billard, París 1896.

a Madison y Alexander Hamilton⁴², todavía hoy considerado el mejor comentario sobre la Constitución. Esta última, formada originalmente por una forma única de gobierno y sin declaración de derechos, a la que posteriormente se le han añadido enmiendas a partir de la Declaración de Derechos (1791), no solo sigue vigente, sino que la lucha aún gira en torno a su interpretación en EE. UU.

Confirmando la observación de Tocqueville de que no hay cuestión política en los Estados Unidos que tarde o temprano no sea decidida por un juez⁴³, el texto de la Constitución de los Estados Unidos se ha invocado para todas las cuestiones más divisivas, recurriendo a dos amplios tipos de interpretación. La primera es la interpretación evolucionista común: cuanto más antiguo es el texto, más debe adaptar su interpretación a los tiempos. El segundo tipo, peculiar de Estados Unidos y dominante durante cincuenta años, se llama originalismo: se debe dar al texto el significado original que le atribuyen los padres fundadores⁴⁴.

El mismo desacuerdo original entre antifederalistas y federalistas, de hecho, se ha repetido en momentos cruciales de la historia estadounidense: desde la guerra de Secesión entre confederados y unionistas (1861-1865)⁴⁵, hasta la cancelación (anulación) de la

⁴² *The Complete Anti-Federalist*, a cargo de H. J. Storing, Chicago University Press, Chicago 1981, vol. 7, trad. it. *Gli antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, a cargo de L. M. Bassani, IBL Libri, Milán 2011, y A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Federalist: a Collection of Essays Written in Favour of the New Constitution*, Mc Lean, Nueva York 1788, tr. it. *Il federalista*, a cargo de M. D'Addio, G. Negri, il Mulino, Bolonia 1980.

⁴³ A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique (1835)*, Garnier-Flammarion, París 1981, vol. I, p. 177.

⁴⁴ Busca vanamente de defender las variantes menos irrazonables de este tipo de interpretación A. Sardo, *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Marcial Pons, Madrid 2018.

⁴⁵ Sobre las diversas estaciones de la historia constitucional estadounidense B. A. Ackerman, *We the People*: "Foundations", vol. I; "Transformations", vol. II; "The

histórica sentencia sobre el aborto, *Roe v. Wade* (1973): anulación obtenida por la mayoría republicana en el Tribunal Supremo, en *Dobbs v. Jackson* (2022), atribuyendo a los estados la competencia en la materia. El objeto de la disputa sigue siendo la elección entre equilibrio y SP en sentido estricto: por eso conviene partir de nuevo de los tres sentidos de “SP” de Montesquieu.

1.3.1. La distinción de poderes trazada en el *Esprit des lois* quedó definitivamente establecida con las constituciones de los distintos estados norteamericanos, a partir de la Constitución de Virginia (1776), y fue canonizada por la Constitución federal. Esta, de hecho, originalmente consta de solo siete artículos, de los cuales los tres primeros están dedicados al poder legislativo, ejecutivo y judicial: donde cabe señalar la primacía original del legislativo (el Congreso) sobre el ejecutivo (el presidente), posteriormente superada en el devenir del siglo XX, y la consagración definitiva del poder judicial como poder diferenciado.

Dicho en nuestros términos, ya había consenso entre antifederalistas y federalistas sobre las tres funciones normativas principales del Estado, o más bien de los estados: legislar, implementar y hacer cumplir las leyes. En este sentido, la tripartición de Montesquieu, pocos años después de su aparición, adquirió no solo una función definitoria sino también gramatical: quien habla de constituciones está obligado a utilizar esta terminología. Según otra de las intuiciones de Tocqueville, una tendencia prevaeciente en la joven América, tarde o temprano, estaba destinada a imponerse también en la vieja Europa.

El desacuerdo entre federalistas y antifederalistas sobre la aplicación de la doctrina de Montesquieu suponía, por tanto, el acuerdo sobre la tripartición de poderes, y se refería solo a las relaciones que debían conectarlos o separarlos mutuamente. Sim-

Civil Rights Revolution”, vol. III, Belknap Press, Harvard 1991-2014.

plificando mucho: los antifederalistas favorecían al SP en sentido estricto, los federalistas al equilibrio de poderes, ambos extendidos a todos los poderes. Y esto se debe también a la gran novedad de la SP estadounidense: la adición de un nivel vertical, federal, al nivel horizontal, estatal, con las consiguientes dificultades de reparto de funciones entre los estados y la federación⁴⁶.

1.3.2. El equilibrio de poder fue propuesto por Madison y Hamilton en las secciones 47 a 51 de *El federalista*, en los dos niveles posteriormente llamados horizontal y vertical. Mientras tanto, se propuso en el nivel horizontal de las relaciones entre los poderes dentro de los estados individuales y la propia federación, incluido el poder judicial: lo que alimentará la discusión secular sobre el control judicial, estrictamente excluido de la SP en sentido estricto⁴⁷. Luego, y sobre todo, se propuso el equilibrio a nivel vertical de las relaciones entre los estados y la federación: propuesta que desencadenó la discusión con los antifederalistas, como veremos.

Sin embargo, lo que hace que la concepción del equilibrio de poder de Madison y Hamilton sea clásica son los términos realistas —en el sentido de realismo político— y cuasieconómicos con los que explican el juego de contrapoderes, formulados por Montesquieu solo en la sección XI. 4 del *Esprit des lois*. De hecho, si hay un pasaje que expresa, en términos que no podrían ser más claros, el dispositivo evolutivo del equilibrio de poder, este se encuentra precisamente en el ensayo 51 de *El federalista*: ensayo que no se

⁴⁶ Sobre esta terminología ver G. Bognetti, *La divisione dei poteri* (1994), Giuffrè, Milán 2001.

⁴⁷ También el mayor crítico vivo del *judicial review* J. Waldron, "Separation of Powers in Thought and Practice", *Boston College Law Review* 54, N.º 2 (2013): 433-468, que ordena funciones y órganos en una secuencia entre legislación, implementación y aplicación (aquí 2.2.3).

sabe si se debe a Hamilton o Madison, pero que aun así merece una cita larga.

Pero la mayor garantía contra la posibilidad de que el poder acabe, poco a poco, concentrando todo en un mismo sector (departamento), es dar a los responsables de cada sector los medios y el interés personal para resistir los abusos y los abusos en otros sectores [...]. La ambición debe utilizarse como antídoto contra la ambición. Los intereses personales del hombre deberían posiblemente coincidir con los derechos constitucionales del cargo que desempeña. El uso de tales sistemas para controlar los abusos gubernamentales puede parecer el resultado de un análisis pesimista de [la naturaleza humana]. Pero ¿qué es el gobierno mismo sino el análisis más poderoso de [la naturaleza humana]? Si los hombres fueran ángeles no habría necesidad de ningún gobierno. Si los ángeles gobernarán a los hombres, cualquier control externo o interno sobre el gobierno sería superfluo. Pero al organizar un gobierno de hombres que tendrán que gobernar a otros hombres, surge aquí la gran dificultad: primero se debe permitir al gobierno controlar a sus propios gobernantes y luego obligarlo a controlarse a sí mismo⁴⁸.

A la misma limitación del poder por el poder, efectiva en el nivel horizontal de los estados individuales y de la federación, tomados por separado, los federalistas confían también las relaciones verticales entre la federación y los estados, concluyendo con optimismo que “cuanto más grande sea la sociedad [...] más podrá gobernarse a sí mismo”⁴⁹. A argumentos de este tipo responderán no solo los antifederalistas, como veremos en un momento, sino también Benjamin Constant, partidario del liberalismo de reglas:

⁴⁸ Entonces A. Hamilton, J. Madison, J. Jay. *Il federalista*, tr. it. cit., p. 396; en resumen, “al organizar un gobierno de hombres [hay que recurrir a la] medida de remediar la falta de ideales superiores con el contraste y la rivalidad de intereses”.

⁴⁹ *Idem*, p. 400.

se pueden dividir bien los poderes, siempre que la suma total de poderes sea ilimitada⁵⁰.

En realidad, como ya se dijo y como veremos nuevamente, hablando del flamante SP (ver tercer capítulo), las dos estrategias de limitación de potencia no son alternativas en absoluto, sino complementarias. El constituyente fija los límites del poder declarando los derechos de los ciudadanos, luego asegura su respeto equilibrando los poderes en la forma de gobierno: de tal manera que ningún poder puede violar estos derechos sin chocar con algún otro poder. Además, en el equilibrio de poder, los federalistas también involucraron al poder judicial, al que Montesquieu aplicó solo SP en sentido estricto.

Incluso los tribunales, los tribunales de apelación y, sobre todo, el Tribunal Supremo, desempeñan de hecho un papel político en Estados Unidos, actuando como frenos y contrapesos a los poderes gubernamentales. No es casualidad que en muchos estados americanos los jueces sean elegidos por los mismos ciudadanos que ya los eligen. Surgen poderes políticos: con el riesgo de que todos se conviertan en expresión de una misma mayoría. Por no hablar del nombramiento por parte del presidente de los jueces del Tribunal Supremo, con un control cada vez más débil del Senado: un nombramiento que, con Donald Trump, supuso una mayoría de 6 a 3 para los republicanos y el descrédito del Tribunal.

⁵⁰ B. Constant, "Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France (1802)", en Id., *Écrits politiques*, a cargo de M. Gauchet, Gallimard, París 1997, p. 317: "Vous avez beau diviser les pouvoirs: si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former une coalition et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs".

1.3.3. La SP en sentido estricto tuvo un papel menor en la Constitución federal estadounidense que en las constituciones continentales, aparentemente más fiel a Montesquieu. Mientras tanto, el rechazo de los antifederalistas a la extensión del equilibrio a las relaciones entre los estados y la federación, motivado por el temor a un Estado único centralizado, no fue aprobado. Incluso hoy, de hecho, los republicanos se oponen al papel más activo que tradicionalmente desempeña en la escena internacional los Estados Unidos liderados democráticamente, inclinándose más bien hacia un papel limitado a las relaciones semicoloniales con América Latina.

Entonces, y sobre todo, incluso el poder judicial, supuesto poder nulo al que Montesquieu aplicó el SP en sentido estricto, acabó siendo atraído al juego de poderes y contrapoderes. Hamilton, en el ensayo 78 de *El federalista*, cita el único pasaje de Montesquieu en el que habla de la separación del poder judicial de otros poderes. Por otro lado, también cree que su predecesor pensaba en un poder judicial estable y no en simples jurados. Además, supone que la independencia del poder judicial es requerida por una constitución rígida, precisamente para poner límites a la propia legislación⁵¹.

Así, ya en Hamilton, se arraiga la idea de que la tarea del poder judicial es aplicar la propia Constitución federal, si es necesario anulando y en cualquier caso dejando de aplicar la legislación ordinaria. Esta idea es formulada por él como consecuencia necesaria de las relaciones entre la delegación de poderes constitucionales, atribuidos a las mismas personas que en realidad solo habían ratificado la

⁵¹ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *El federalista*, tr. it. cit., pp. 582-583. La definición estándar de “constitución rígida”, que exige, para modificar las constituciones, condiciones agravadas en comparación con las requeridas para reformar las leyes ordinarias, solo se fijará un siglo después A. Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions” (1884), en Id., *Studies in History and Jurisprudence*, Clarendon, Oxford 1901, pp. 145-252, trad. it. *Costituzioni flessibili e rigide*, Giuffrè, Milán 1998.

Constitución, y la delegación de poderes legislativos, como tales sujetos a los poderes constitucionales delegantes. Esta distinción es similar a la continental entre poder constituyente, atribuido al pueblo, y poderes constituidos, atribuidos a sus representantes.

Si hubiera una discrepancia irreconciliable entre el derecho constitucional y el derecho común, debemos, naturalmente, dar preferencia a aquel al que tenemos mayores obligaciones; en otras palabras, se debe preferir la Constitución al derecho común, y a los deseos de los delegados del pueblo a los del propio pueblo⁵².

Lo que Hamilton presenta como obvio —que la voluntad de una Constitución que ya tiene siglos de antigüedad se impone a la voluntad de un legislador recién elegido— está en el origen de la revisión judicial de la legislación: el control de la legitimidad constitucional de las leyes, generalizado entre todos los jueces ordinarios, pero destinados a concentrarse en la Corte Suprema. Control no mencionado en la Constitución federal, pero inaugurado poco después, con el consentimiento de los padres fundadores, por decisión del mismo Tribunal presidido por John Marshall en el caso *Marbury v. Madison* (1803)⁵³.

Volveremos en el tercer capítulo al antiguo debate sobre la revisión judicial, reavivado por la práctica de los presidentes estadounidenses de nombrar jueces lo suficientemente jóvenes como para

⁵² A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *El federalista*, tr. it. cit., p. 585.

⁵³ Véase *Marbury v. Madison 1803-2003*, editado por E. Zoller, Dalloz, París, 2003 y, para una crítica muy común entre los constitucionalistas franceses, M. Troper, “Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Falacy”, *J-CON* 3, N.º 1 (2005): 24-38. Sin embargo, diversos autores consideran que muchos tribunales de última instancia terminan estableciendo su propia jurisdicción y tal vez sea fatal (aquí, 3.2): cfr. D. Krytsis, *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford University Press, Oxford 2017; M. Klatt, “Judicial Review and Institutional Balance. Comments on Dimitrios Krytsis”, *Revus* 38 (2019): 21-38.

permanecer en el cargo durante muchos años y lo suficientemente alineados con la mayoría para superar los controles del Senado. Aquí basta señalar dos cosas. Mientras tanto, la principal crítica dirigida a la institución —su carácter antidemocrático: nueve jueces nombrados por el presidente pueden invalidar, incluso con una estrecha mayoría, las leyes de un Congreso elegido por el pueblo⁵⁴— fue rechazada por Hamilton al atribuir la Constitución a el propio pueblo soberano.

Luego, y sobre todo, a través del control judicial, el poder judicial también abandona los mecanismos de la SP en sentido estricto para entrar en los del equilibrio de poderes: también él se convierte en un contrapoder respecto de los demás poderes, politizándose. No es casualidad, desde este punto de vista, que el Tribunal Supremo, como lo harán otros jueces supremos del mundo, se haya atribuido un control sobre las leyes que no le estaba expresamente atribuido por la Constitución: incluso el juez constitucional tiene un interés en ampliar sus competencias hasta encontrar límites, a la manera de Montesquieu.

Incluso hoy, entre los constitucionalistas y científicos sociales estadounidenses, se discute la Constitución federal, “petrificada” por las condiciones casi imposibles de su revisión, basada en tres teorías. Dos son endógenas, basadas respectivamente en la SP en sentido estricto, formalmente derivado del texto de los tres primeros artículos, y en el equilibrio de poder, deducido más bien de las intenciones de los padres fundadores. La tercera, más prometedora desde un punto de vista científico, es exógena, se basa en factores ajenos al texto y siempre está tentada por una relectura de la segunda en términos económicos (ver aquí 1.1.3)⁵⁵.

⁵⁴ Paradigmáticamente J. Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406.

⁵⁵ A. Z. Huq, “Separation of Powers Metatheory”, *Columbia Law Review*, N.º 117 (2018): 1517-1582, especialmente las páginas 1526-1539, referenciando

Lo único cierto es que el aumento de la complejidad de las instituciones constitucionales, para adaptarlas al aumento de la complejidad del entorno social en el que operan, produce siempre nuevas variantes de la antigua SP: como la nueva, la que se trata en el próximo capítulo, y la flamante, a la que está dedicado el siguiente. De hecho, muchas de las subestimaciones actuales de la SP se deben a dos razones principales: la asunción de la antigua SP como única SP, y en particular de la SP en sentido estricto, y el desconocimiento del papel decisivo de todas las SP en la democracia liberal.

J. Chafetz, *Congress Constitution: Legislative Authority and Separation of Powers*, Yale University Press, New Haven (Conn.) 2017. Sobre la metateoría de la SP —la reflexión sobre las teorías de la SP— ver al menos P. Sandro, *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Hart, Oxford 2021, especialmente cap. 7, y por último “Separazione dei poteri”, número monográfico de *Rivista quarterly di storia Pubblico* 73, N.º 1 (2023).

CAPÍTULO II

“NUEVA” SEPARACIÓN DE PODERES Y PRIMACÍA DEL EJECUTIVO

Podría pararme en medio de la Quinta Avenida,
dispararle a cualquiera y no perder ningún voto.

D. Trump, acto de campaña en la
ciudad de Sioux Center—Iowa, 2020.

Durante casi dos siglos, la división tripartita de poderes y los dos modelos de distribución de funciones entre órganos —equilibrio de poderes y separación de poderes en sentido estricto— han sido elevados por los constitucionalistas a dogmas del derecho público occidental. En Estados Unidos, se ha desarrollado principalmente el equilibrio de poderes, pero el equilibrio se ha inclinado a favor del ejecutivo: un cambio acentuado por el aumento de las funciones estatales y los crecientes compromisos internacionales del país. En Europa, sin embargo, especialmente en Francia, la SP en sentido estricto ha sido un fetiche, dejándose de lado las dinámicas del equilibrio de poderes⁵⁶.

⁵⁶ M. Goldoni, *Montesquieu and the French Model of Separation of Powers*, como ejemplo del resurgimiento de la vieja interpretación separatista ya criticada

Luego, en la transición entre el siglo XX y el siglo XXI, comenzaron a circular entre los estudiosos del derecho constitucional comparado expresiones como “la nueva SP” (*new separation of powers*) y “nueva división de poderes”⁵⁷. Como siempre, los nombres aparecen cuando las cosas ya llevan tiempo: en este caso, al menos un siglo. El sufragio universal, dos guerras mundiales, con la movilización total de países enteros, crisis financieras recurrentes, que exigen intervenciones públicas inmediatas, han producido un aumento exponencial de las tareas del Estado, y del ejecutivo en particular.

Cada proponente de la nueva SP ha señalado diferentes aspectos de este proceso. Bognetti insistió en la anomalía de la SP italiana respecto a otros sistemas occidentales, todos los cuales asignarían un papel mayor al ejecutivo. Ackerman, por su parte, propuso un modelo de parlamentarismo vinculado al europeo, alejado de las tendencias involucionarias del presidencialismo estadounidense y latinoamericano. Finalmente, Eoin Carolan insistió en el crecimiento global de la Administración, estudiando el llamado Estado administrativo.

Sin embargo, todos los partidarios de la evolución del antiguo modelo al nuevo parecen estar de acuerdo en al menos tres aspectos, que se supone que definen la expresión. El primer aspecto es el traspaso de la función de dirección política del parlamento al gobierno —el establecimiento de la agenda gubernamental, la indicación de lo que se debe hacer en una legislatura, incluida la iniciativa de las leyes mismas—. El Parlamento, corazón de la antigua SP, se ha

por Eisenmann y Troper, indica O. Beaud, “Michel Troper et la séparation des pouvoirs”, *Droits* 37 (2003): 149-171.

⁵⁷ G. Bognetti, *La divisione dei poteri* (1994), Giuffrè, Milán 2001, tr. ingl. *Dividing Powers: a Theory of Separation of Powers*, Wolters Kluwer / CEDAM, Milán 2017; B. Ackerman, “The New Separation of Powers”, en *Harvard Law Review* 113, N.º 3 (2000): 633-725, tr. it. *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Carocci, Roma 2003; E. Carolan, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford 2009.

transformado así de una institución gubernamental a una especie de institución de garantía, llamada a controlar, si no a ratificar, las iniciativas del gobierno.

Por poner solo un ejemplo, mientras en Francia, Reino Unido, Alemania y España las leyes de iniciativa parlamentaria suponen el 20 % del total, lo que ya es poco, en Italia, en los primeros meses de la decimonovena legislatura, eran el 2 %: el resto fueron decretos del gobierno. El 66 % de las 315 leyes aprobadas en la legislatura anterior, de 2018 a 2022, están representadas en realidad por decretos gubernamentales —de los tres gobiernos que se sucedieron en el período, incluidos 104 decretos-ley— que deberían emitirse solo en caso de necesidad y urgencia, y 164 decretos legislativos, muchos de los cuales son de adecuación a las disposiciones de la UE⁵⁸.

El segundo aspecto distintivo de la nueva SP, vinculado al anterior y a un crecimiento general de la necesidad de regulación, aún exacerbado por las emergencias del nuevo milenio, es la formación de lo que en Estados Unidos se ha llamado, con cierta desconfianza, el estado administrativo⁵⁹. Es decir, junto a los tres poderes tradicionales, se ha ido conformando progresivamente un cuarto poder, la todavía llamada Administración pública (AP), aunque cada vez

⁵⁸ Los datos, que no son definitivos ni unívocos, por el título del enlace, proceden del observatorio del parlamento, actualizado al 28 de septiembre de 2022, en https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_la_produzione_normativa_nella_xvii_legislatura.html, y comentarios de M. Ainis, "Parlamento senza voce", *la Repubblica* (2023): 27.

R. Hardin, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 276-320, sostiene que las cuestiones sobre las que las instituciones deciden democráticamente son, en general, marginales.

⁵⁹ D. Waldo, *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration*, Ronald Press, Nueva York 1948; A. Somma, *Soft law y hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Turín 2009; A. Roberts, "Should We Defend the Administrative State?", *Public Administration Review* 80, N.º 3 (2020): 391-401.

más extendida a las empresas privadas encargadas de los servicios públicos. La Administración desempeña una serie de funciones denominadas de *governance*, además de las del *government* tradicional⁶⁰.

Es a este cuarto poder, tan omnipresente que solo nos damos cuenta de su presencia cuando se convierte en ausencia, a quien los Estados de hoy deben la indispensabilidad de sus funciones. Una sociedad desarrollada podría prescindir de todos los demás poderes, durante períodos más o menos largos, pero no sobreviviría ni un solo día sin Administración. Esto no solo responde a las necesidades de aplicar las normas y en parte de sancionar las infracciones, sino que proporciona todos los servicios esenciales para la vida diaria: desde el suministro de energía hasta el transporte, pasando por la asistencia sanitaria, la escuela, el trabajo... A este segundo aspecto quizás se le podría añadir un tercero. Como si no fuera suficiente la división tripartita de funciones y órganos, ya sean estatales, federales o regionales, cada poder de la Administración se ha dotado de órganos que desempeñan funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, y que solo por su independencia del resto de la Administración puede considerarse evoluciones y no violaciones flagrantes de la (antigua) SP. Se llaman comisiones, agencias, garantes y similares: pero tal vez el mejor nombre sea autoridades (administrativas) independientes⁶¹.

Nombradas por el ejecutivo pero autónomas de él, también porque deberían estar compuestas por técnicos y no por políticos, las autoridades independientes han proliferado a ambos lados del

⁶⁰ M. R. Ferrarese, *La governance fra politica e diritto*, il Mulino, Bolonia 2010; M. Bevir, *Governance. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2012.

⁶¹ Fundados inicialmente en Estados Unidos y Francia, no aparecieron en Italia hasta los años 1990: véase *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, a cargo de V. Pepe, L. Colella, C. Saggiomo, Editoriale Scientifica Italiana, Nápoles 2011.

Atlántico, tanto dentro de las distintas ramas de la Administración (ministerios, departamentos) como fuera de ellas. También como consecuencia de la especialización del conocimiento, y como reacción a la creciente incompetencia de la clase política, cada sector de la administración que requiere competencias técnicas —ahora prácticamente todos— tiene su propia autoridad independiente: a favor de la privacidad, contra la corrupción, contra los monopolios (*antitrust*), y similares.

Veamos un ejemplo, que será útil a la hora de aplicar la SP a la limitación de poderes digitales (3.3). Cuando estalló el caso de ChatGPT —el *software* generativo de inteligencia artificial capaz de “dialogar” con los humanos— la Autoridad de Privacidad italiana intervino prohibiendo su uso, al igual que autocracias como Rusia, China, Irán y Corea del Norte⁶². Luego se revocó la prohibición, pero la Autoridad llevó a cabo actividades legislativas (que regulan la IA generativa), ejecutivo-administrativas (implementando reglas de privacidad) y judiciales (aplicando estas reglas).

Los tres aspectos de la nueva SP que acabamos de enumerar son lo suficientemente distintivos en comparación con la antigua SP, y están muy extendidos en todas las democracias liberales occidentales como para adoptarlos como si fueran características definitorias del nuevo modelo. A continuación, mostraremos cómo los tres aspectos se encuentran en las dos principales formas democráticas de gobierno, el parlamentarismo y el presidencialismo; luego, cómo estos aspectos constituyen el trasfondo tanto de la propuesta de Ackerman de una nueva SP extendida al Estado administrativo, como de la reflexión de Ferrajoli y muchos otros sobre el Estado constitucional.

⁶² B. Pagliaro, “Se si vieta il futuro. Lo stop del garante a ChatGPT”, *la Repubblica* (2023): 26.

2.1. ENTRE PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO

Las dos cunas del constitucionalismo occidental, el Reino Unido y los Estados Unidos, han producido dos (proto)tipos de forma de gobierno y, por tanto, de SP: el parlamentarismo británico y el presidencialismo estadounidense. De hecho, excepto la Confederación Suiza y la Ciudad del Vaticano, la última monarquía absoluta occidental⁶³, todos los regímenes democráticos liberales se sitúan en un continuo que sitúa al parlamentarismo inglés y al presidencialismo estadounidense en los extremos, y a otras formas de gobierno, como la cancillería alemana o el semipresidencialismo francés, en el centro.

Hasta ahora, el debate sobre estas cuestiones en Italia ha involucrado más a politólogos y comparatistas que a constitucionalistas: estos últimos se comprometieron a estudiar una forma de gobierno que —como reacción al fascismo más que al auténtico liberalismo— siempre ha excluido las formas de gobiernos presidenciales⁶⁴. En los mismos años en que se “descubrió” la nueva SP, se multiplicaron, además, las propuestas de reformas constitucionales, orientadas en dos direcciones complementarias solo en EE. UU.: el fortalecimiento conjunto del ejecutivo y del regionalismo o federalismo⁶⁵.

Hasta el momento, solo se ha aprobado la reforma del Título V de la Constitución, propuesta por el gobierno Prodi, aprobada por referéndum popular en 2001, y criticada desde entonces por

⁶³ El art. 1/1 de la Ley Fundamental Vaticana establece: “El Sumo Pontífice, Soberano del Estado de la Ciudad del Vaticano, tiene la plenitud de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial”.

⁶⁴ Véase C. Mortati, *Le Forme di Governo*, CEDAM, Padua 1973. Otros han subestimado el tema al afirmar que, después de todo, en Occidente solo hay dos formas presidenciales de gobierno, la estadounidense y la francesa, olvidando al menos todas las latinoamericanas. En realidad, sería útil reducir el tema a las diferentes articulaciones de la nueva SP.

⁶⁵ A. Carrino, *Nuova repubblica. Quale presidenzialismo per l'Italia*, Mucchi, Módena 2023 (que en realidad propone el llamado primer ministro).

el excesivo espacio dejado a las regiones: espacio que el actual gobierno quisiera aplicar bajo el lema de autonomía “diferenciada”. En cambio, las propuestas posteriores de Berlusconi (2006) y Renzi (2016) fueron rechazadas mediante referendos, más por la hostilidad hacia sus proponentes que por el fortalecimiento del Ejecutivo, siempre muy popular en las encuestas. Sin embargo, en 2023 las condiciones parecen haber cambiado.

Esta vez, de hecho, es un gobierno de derecha el que utiliza el tema de las reformas constitucionales: no tanto para fortalecer aún más al ejecutivo, que ya es muy fuerte, sino para deshacerse de la Constitución de 1948, ya que la derecha no participó en su redacción. Por otra parte, al carecer de la mayoría de dos tercios necesaria para aprobar directamente la reforma en el Parlamento, es probable que se vaya al referéndum. El esquema esbozado en este apartado, desde este punto de vista, también puede servir como mapa de alternativas⁶⁶.

2.1.1. El *parlamentarismo* británico, “modelo de Westminster” o incluso el *premierato*, es el más antiguo de los modelos parlamentarios: ha permanecido fijo, también gracias a un mecanismo que podría denominarse retraso provocado por la anticipación a su forma consuetudinaria. En particular, se trata del equilibrio de poderes que se estableció en el siglo XVIII, después de las dos revoluciones del siglo XVII: más el cambio de dinastía y la adopción de la *Bill of Right* (1689) que, aunque declarativa de las antiguas libertades de los ingleses, sigue siendo reformable por el Parlamento como una simple ley ordinaria.

Paradójicamente, el parlamentarismo británico, que también inspiró a Montesquieu, es la forma de gobierno que menos se presta

⁶⁶ El esquema actualiza el de G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, pp. 103-126 (el capítulo completo titulado “Algunos ejemplos de formas de gobierno que incorporan la nueva división de poderes”).

a ser caracterizada como SP en sentido estricto. A lo sumo, puede concebirse como un equilibrio de sus tres principales órganos políticos: un monarca que ahora ha perdido el derecho a vetar las leyes (*statutes*), una Cámara de los Lores que ya ni siquiera revisa la mayoría de estas, y una Cámara de los Comunes, donde se concentra el poder efectivo. El nombre de la doctrina que califica al parlamentarismo británico, de hecho, nunca ha sido “separación de poderes”, sino, por el contrario, “soberanía del Parlamento”⁶⁷.

De hecho, en relación con la forma de gobierno británica, solo recientemente se ha vuelto a hablar de SP⁶⁸. Los laboristas propusieron redactar la Constitución por escrito; el Reino Unido aplicó el Convenio Europeo de 1950 en forma de Ley de Derechos Humanos (1998), incluido un proyecto de revisión constitucional; se introdujo una Corte Suprema para reemplazar a la Cámara de los Lores. Este último desplegaba anteriormente funciones tanto legislativas como judiciales: en violación de esa SP en el sentido estricto de la que Montesquieu hablaba sobre todo en relación a los jurados.

El parlamentarismo inglés se basa en la elección directa de parlamentarios en circunscripciones uninominales, lo que ya excluye significativamente a posibles candidatos, y en la formación de mayorías parlamentarias capaces de nombrar directamente a un primer ministro, el líder del partido victorioso. Mientras controle el partido, será una especie de monarca republicano que dictará la dirección política; sin embargo, cuando ya no lo controla, el partido

⁶⁷ Cuyo teórico es A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, MacMillan, Londres 1885, tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, il Mulino, Bolonia 2003.

⁶⁸ N. W. Barber, “Prelude to the Separation of Powers”, *The Cambridge Law Journal* 60, N.º 1 (2001): 59-88; R. Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

puede cambiarlo por otro líder, como ha ocurrido tres veces en pocos meses entre los conservadores (*tories*) ahora en el gobierno, tras la triste conclusión de la aventura de Boris Johnson.

La soberanía del Parlamento, o más bien del primer ministro que ejerce la dirección política, significa ante todo flexibilidad de la Constitución: no hay leyes, ni siquiera declaraciones de derechos, que no puedan ser reformadas por los parlamentarios con las mismas mayorías preestablecidas en la ley ordinaria. La dirección liberal y garantista de la política británica depende de tradiciones que ninguna ley contempla. Las brutales leyes antiterroristas de décadas pasadas y la actual persecución de Julian Assange, un periodista detestado por los servicios secretos⁶⁹, son, por tanto, excepciones que podrían extenderse.

Más aún después del asunto Brexit, que culminó con el referéndum de 2016 que llevó al Reino Unido a abandonar la UE en 2020: eliminando así los contrapesos continentales a la soberanía del Parlamento británico. Este último había decidido unirse a la CEE en 1973, ratificando posteriormente su membresía en un referéndum en 1975. En simetría inversa, el referéndum de 2016, ganado por la opción del Brexit por una estrecha mayoría, llevó al Parlamento a confirmar el Brexit: aunque en aquel momento la mayoría de los parlamentarios, y hoy parece que también los ciudadanos, estaban en realidad a favor de *Remain*⁷⁰.

En Italia, por las razones mencionadas anteriormente —a las que se podría añadir la cercanía del líder de derecha a los conservadores en general—, el sistema inglés es denominado *premiership*. Proponemos una versión inédita de esta figura: la elección directa del premier o “alcalde de Italia”, presentado en la papeleta de vota-

⁶⁹ S. Maurizi, *Il potere segreto. Perché vogliono distruggere Julian Assange e Wikileaks*, Chiarelettere, Milán 2021.

⁷⁰ M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, cit., pp. 51-57.

ción. Sistema realmente desconocido en Gran Bretaña y probado solo en Israel, de 1996 a 2003, sin resultados satisfactorios. Una confirmación más del hecho de que en Italia solo se intentan deshacer de la Constitución de 1948, con el pretexto de fortalecer el ejecutivo, naturalmente a expensas de la SP.

2.1.2. Como otro modelo parlamentario de la nueva SP, siempre caracterizado por el traspaso de poder del parlamento al jefe de gobierno, la izquierda italiana se opone al cargo de primer ministro, propuesto por la derecha, con la figura de la *cancillería* alemana. De hecho, el sistema alemán se acerca más al italiano desde al menos tres puntos de vista. Ello en tanto, se llegó a un acuerdo con el nazismo mucho más claramente de lo que el sistema italiano rechazó el fascismo. Entonces, Alemania, incluso después de la reunificación de 1989, es un Estado federal similar a nuestro Estado regional, pero con una cámara alta, el *Bundesrat*, que representa a los *Länder*.

Sobre todo, la República Federal de Alemania ha experimentado con éxito con al menos dos instituciones que fortalecen la gobernabilidad y que también podrían importarse sin demasiados cambios a nuestro sistema constitucional: a diferencia de otras que, en cambio, requieren una reforma total y no parcial de la Constitución. La primera institución es la moción de censura constructiva: la misma mayoría parlamentaria, u otra formada entretanto, puede dar una moción de censura al gobierno en ejercicio, pero solo a condición de tener otro candidato preparado, que también será elegido por una mayoría absoluta. La segunda institución es la cláusula de barrera, que prohíbe a los partidos que no alcancen el 5 % de los votos electorales ingresar a la cámara baja, el *Bundestag*. Esta simplificación del marco político se consigue en Gran Bretaña con circunscripciones uninominales, que premian a los dos partidos principales, los conservadores y los laboristas: mientras que terceros partidos, como los demócratas liberales, a menudo no logran ganar

una circunscripción a pesar de alcanzar el 20 % a escala nacional. La cancillería funciona mejor: a pesar del sistema electoral proporcional, de 1949 a 2001 Alemania solo tuvo siete cancilleres⁷¹.

Ni siquiera la cancillería alemana, como el primer ministro británico, exige que se indique el nombre del candidato en la papeleta de votación: el canciller es nombrado por el presidente de la República, al igual que el primer ministro lo es por el monarca. Lo que demuestra que ninguno de los dos sistemas parlamentarios es perfecto, por otra parte, es el hecho de que cada vez más, como en Gran Bretaña, ha sido necesario recurrir a gobiernos de coalición. Incluso en Alemania se han formado gobiernos de *Grosse Koalition* (en Italia se llamarían acuerdos amplios) que incluyen a los dos partidos principales, el popular y el socialdemócrata.

Dos instituciones alemanas también muy admiradas, a las que volveremos cuando hablemos de la nueva SP, son el Tribunal Constitucional, quizás el más autorizado del mundo, típico del Estado constitucional, y el Banco Federal, el más independiente de poder político y delegado para mantener la estabilidad de los precios: es decir, luchar contra la vieja obsesión alemana por la inflación. Hoy las funciones del Banco Federal las cubre el Banco Central Europeo: recordándonos que, mucho más que Francia, Alemania es la auténtica locomotora económica e institucional de la UE y el modelo a imitar, al menos para los europeístas.

2.1.3. Una versión europea del presidencialismo de la nueva SP, en el que la dirección política pasa del primer ministro al presidente de la República, es el semipresidencialismo de la Quinta

⁷¹ Entre los defensores italianos de la cancillería, ver en particular L. Violante, *La democrazia non è gratis. I costi per restare liberi*, Marsilio, Venecia 2023, especialmente las páginas 85-93: donde se añade a las instituciones antes mencionadas el voto de las cámaras reunidas para la confianza y el presupuesto, y la prohibición de la confianza para las leyes electorales y constitucionales.

República Francesa (1958)⁷². Aquí el presidente es elegido directamente por el pueblo, como en los sistemas presidenciales, pero luego debe nombrar un primer ministro que goce de la confianza de un Parlamento elegido independientemente, como en los sistemas parlamentarios. El mandato del presidente, especialmente cuando duraba siete años, ya entrañaba el riesgo de mayorías de distinto color entre la Presidencia y el Parlamento.

La posterior reducción del mandato a cinco años, la misma duración que el Parlamento, no redujo el riesgo: la convivencia entre presidentes de la República y del Consejo apoyados por mayorías diferentes, y que dividen la política exterior y la política interior, se ha vuelto común en la política francesa. Además, un fenómeno similar también ocurre en el presidencialismo estadounidense: donde el hombre más poderoso del planeta, el presidente, a menudo se encuentra en la posición de un pato cojo (*lame duck*), al no tener una mayoría en una o ambas ramas del Congreso.

El hecho de que Francia, hasta ahora, no se haya visto abrumada por las oleadas populistas que han arrasado Estados Unidos y el Reino Unido se debe sobre todo al mecanismo electoral de doble vuelta, que ha dificultado la elección de candidatos extremistas en la carrera. La fragmentación y polarización del electorado, que afecta a Francia como a todos los países fuertemente mediatizados, hasta ahora se ha expresado sobre todo en formas extraparlamentarias y extrainstitucionales. Basta pensar en los disturbios periódicos: por parte de los *gilet jaunes*, contra el aumento de la edad de jubilación, contra la violencia racista de la policía...

A pesar de todo esto, incluso se ha planteado la hipótesis de que el semipresidencialismo —denominado para la ocasión actual SP, a fin de oponerlo a la nueva SP de Ackerman, pero en

⁷² M. Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", en *European Journal of Political Research* 8, N.º 2 (1980): 165-187.

un sentido muy diferente al título del próximo capítulo— sea el sistema constitucional del futuro⁷³. Sin embargo, la predicción se basa únicamente en desastres auténticos como los de la República de Weimar anterior a Hitler, algunos regímenes poscomunistas y prepopulistas de Europa del Este y la propia Federación Rusa anterior a Putin. Todas las experiencias pretendían fortalecer el poder ejecutivo y terminaron en autocracias o demodictaduras (dictaduras legitimadas por el voto).

2.1.4. El presidencialismo estadounidense, exportado durante el siglo XIX a gran parte de América Latina, prevé la elección directa por el pueblo tanto del presidente como del Parlamento, este último llevado a cabo en parte a mitad del mandato presidencial (*midterm*). Los padres fundadores, como sabemos, consideraban al Congreso el primero de los poderes (ramas), pero también el más peligroso para la libertad, siguiendo el modelo del odiado Parlamento inglés. En este último los colonos americanos no estuvieron representados: razón o pretexto para la secesión de las trece colonias de la patria.

También hemos visto, hablando de *El federalista*, cuál era el proyecto original de los padres fundadores: un régimen que se sustentaba en el equilibrio de poderes, en un triple nivel. Mientras tanto, el equilibrio horizontal entre los poderes supremos de cada uno de los estados individuales; luego otro equilibrio horizontal, esta vez entre poderes supremos de una misma federación; finalmente, el más ambicioso de todos: el equilibrio vertical entre los poderes federales desde arriba y los poderes de los estados individuales desde abajo. Un sistema muy delicado pero que en esencia ha durado casi tres siglos, por dos razones principales, una formal y otra sustancial.

⁷³ C. Skach, "The Newest Separation of Powers: Semipresidentialism", *I-CON* 5, N.º 1 (2007): 93-121; Id., *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 2010.

La razón formal es la “petrificación” de la forma de gobierno, cuya reforma es tan complicada que deja fijo el modelo de 1787: mientras que las enmiendas, especie de declaraciones de derechos, intentaron adaptar la Constitución a los cambios. Hasta el punto de que la principal innovación con respecto al documento constitucional —el control judicial— tuvo que imponerse, por así decirlo: de conformidad con las opiniones de los padres fundadores, por supuesto, pero también suscitando un debate sobre la legitimidad de la institución que dura hasta hoy y que los nombramientos de Trump no han hecho más que exacerbar (ver 3.1).

Sin embargo, la razón sustancial de la estabilidad de la Constitución original es precisamente el sistema de *checks and balances* ideado por sus diseñadores. Hasta ahora, este ha superado pruebas como la Guerra Civil, la Gran Depresión de la década de 1930 y, por último, la ola subversiva, más que populista, de la presidencia de Trump. No hace falta decir que, como todos los sistemas autorregulados, este también ha sobrevivido solo a costa de cambios en el equilibrio interno: un cambio que ejemplifica paradigmáticamente la nueva SP, y solo parcialmente a la actual (tercer capítulo)⁷⁴.

De hecho, los tres aspectos del nuevo modelo son tan evidentes en el actual presidencialismo estadounidense que aclaran por qué ha comenzado a utilizarse el término “nueva SP” precisamente para este propósito. El primer y decisivo aspecto es sin duda el paso del poder político del Congreso al presidente⁷⁵, aunque el primero sigue

⁷⁴ B. A. Ackerman, *We the People*, cit., así como S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 1996, tr. it. *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, il Mulino, Bolonia 2003. El principal manual del derecho constitucional estadounidense sigue siendo L. Tribe, *American Constitutional Law* (1978-2000), Foundation Press, Mineola (N. Y.) 2000.

⁷⁵ E. Posner, A. Vermeulen, *Executive Unbound: after the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Nueva York 2011: quienes, también neoliberales,

siendo uno de los parlamentos occidentales más fuertes. Solo un ejemplo: en todas las guerras libradas en el siglo XX y en la década de 2000 por Estados Unidos, surgió inevitablemente el papel de comandante en jefe del ejército, amenazando las libertades individuales externas e internas.

El segundo aspecto es la ampliación de la Administración, o Estado administrativo, nominalmente sujeto al ejecutivo pero que acaba ejerciendo funciones no solo de gobierno, sino también de garantía. De hecho, las infinitas comisiones, comités y agencias federales estadounidenses se dividen en dos grandes tipos. El primero está representado por los ministerios, cuyos titulares y altos funcionarios son nombrados por el presidente y le reportan directamente. El segundo tipo está formado por autoridades administrativas independientes, con jefes también nombrados por el presidente pero que no dependen directamente de él.

El tercer aspecto es que especialmente las autoridades del segundo tipo tienden a autoorganizarse, desempeñando juntas funciones legislativas, administrativas y judiciales. La SP estadounidense, presentado a veces como una forma de SP en sentido estricto, muestra definitivamente su verdadera cara: el equilibrio de poder, incluso dentro de los mismos órganos. Sea como fuere, algunas de las ramas más importantes de la sociedad y la economía estadounidenses están gestionadas en los tres aspectos por comisiones como la todopoderosa National Security Agency (NSA), dependiente de Defensa, o la influyente Federal Trade Commission (FTC).

Volviendo a las reformas constitucionales italianas, el modelo estadounidense, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, ha influido en aspectos como la rigidez y el control

aclararon más tarde que la suya solo pretendía ser una observación no evaluativa de las tendencias del constitucionalismo global.

de la constitucionalidad de las leyes, hasta el actual sistema de autoridades independientes.

En cambio, en cuanto al presidencialismo en sí, alguna vez idolatrado por la derecha europea, se ha exportado con resultados dudosos, especialmente a América Latina, como veremos. Por último, sin embargo, está resultando ser el más expuesto a los peligros del populismo: mediatización, personalización, polarización⁷⁶.

Mediatización: hoy la política se hace en la televisión y en Internet, y allí el popular es el que manda. Personalización: el presidencialismo es el mejor régimen si se tiene a mano un presidente-filósofo; en todos los demás casos el gobierno de las leyes es mejor. Polarización: en Estados Unidos, los partidos eran comités electorales, necesarios solo para elegir candidatos para las elecciones; la ideología tuvo tan poco que ver, de tal forma que hubo republicanos antiesclavistas y demócratas racistas. Hoy, sin embargo, Estados Unidos está partido por la mitad, como una manzana, y las dos mitades ya no se hablan.

2.2. PARLAMENTARISMO RESTRINGIDO: BRUCE ACKERMAN

La principal propuesta para la construcción de una nueva SP, destinada a conciliar los dos o más bien cuatro modelos que acabamos de examinar, es el parlamentarismo restringido de Ackerman: un comparatista como tal se concentra no solo en la evolución secular de la Constitución estadounidense, a la que también ha dedicado obras fundamentales⁷⁷, pero sobre todo en

⁷⁶ M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, cit., y M. Naím, *Il tempo dei tiranni*, tr. it. cit.

⁷⁷ En su producción, que le valió, entre otras cosas, un título honorífico en Derecho de la Universidad de Trieste, lo que más se acerca a un manual de derecho constitucional estadounidense es la trilogía *We, the People*, cit., una suerte de genealogía de la evolución (o involución) de la Constitución federal.

experiencias constitucionales extranjeras. Así, el autor escapó de las trampas del excepcionalismo americano: la tendencia, siempre a riesgo de desembocar en provincianismo, de situarse en el centro del mundo⁷⁸.

Una vez más, Ackerman adopta un enfoque del tema ya caracterizado aquí como exógeno, interdisciplinario, en resumen abierto a las ciencias sociales (ver 1.3, al final), alejado de los enfoques endógenos predominantes, demasiado concentrados en el texto constitucional. Finalmente, no se hace demasiadas ilusiones sobre la aplicabilidad de su propuesta a los presidencialismos estadounidense y latinoamericanos, ahora arraigados en sus respectivas tradiciones constitucionales. En la práctica, se contenta con racionalizarlas, como ocurrió en Europa con el parlamentarismo inglés, introduciendo instituciones de origen europeo.

Releída hoy, esta propuesta suya formulada en 2001, cuando las ilusiones suscitadas por la globalización también eran compartidas por progresistas (liberales) como él, parece dirigida sobre todo a las democracias emergentes de la época. Por otra parte, no podemos ocultar que en los veinte años siguientes, a partir del pico de democracias alcanzado en 2005, se desarrolló la debacle democrática (ver 1.1.3): no solo los países fronterizos de Occidente, como Rusia, Turquía e Irán se han vuelto cada vez más autoritarios, incluso la

⁷⁸ B. Ackerman, *La nuova separazione dei poteri*, trad. it. cit., p. 11, comienza distanciándose de un pasaje centrado en Estados Unidos de Steven Calabresi, que dice: "La Constitución federalista estadounidense ha demostrado ser un éxito brillante, que los estados unitarios y las democracias parlamentarias de todo el mundo harían bien en copiar... Gracias a ello, la nuestra es la sociedad más rica, tecnológicamente avanzada y *socialmente más justa de toda la historia de la humanidad*" (cursiva nuestra). Véase B. Ackerman, "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia Law Review* 83, N.º 4 (1997): 771-797 y el profético *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.

nueva SP corre el riesgo de evolucionar hacia una democracia no liberal también en Occidente⁷⁹.

En este marco, la democracia podría convertirse en un fenómeno estrictamente occidental —por lo tanto regional, ya no global— expuesto a la competencia, especialmente en los países en desarrollo, de las autocracias orientales económicamente más eficientes, como China⁸⁰. Volviendo a la propuesta de Ackerman, aquí se examinan tres aspectos: la crítica al presidencialismo y la propuesta del parlamentarismo obligado; la clarificación de las tres funciones de la SP, en el sentido más amplio de división tripartita de poderes; el sistema de autoridades independientes y, más en general, de garantías, que también encontraremos en Ferrajoli.

2.2.1. La crítica al presidencialismo es notable porque, el 2001, precede, más que sigue, a las numerosas distorsiones de la institución presidencial provocadas, durante ese periodo, por las diversas emergencias del milenio. No solo la emergencia terrorista tras el atentado a las Torres Gemelas, aprovechada por presidentes como George W. Bush⁸¹, y el aumento de las desigualdades económicas y sociales producidas por la globalización y acrecentadas por la pandemia y la crisis energética. Aquí también hablamos de mediati-

⁷⁹ L. Diamond, *Facing Up the Democratic Recession*, cit.; T. Ginsburg, A. Z. Huk, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, Chicago 2019; M. Naím, *Il tempo dei tiranni*, tr. it. cit. Puede leerse un índice actualizado de los niveles de democracia en cada país en M. Taddei, F. Testi, *Democrazia in ribasso*, en: <https://lavoce.info/archives/93214/democrazia-in-ribasso/>

⁸⁰ En realidad, el éxito de China no refuta la hipótesis que prevalece actualmente en Occidente: la riqueza de las naciones depende de sus instituciones, y no al revés. Cfr. D. Acemoglu, J. A. Robinson, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Profile Books, Londres 2013, tr. it. *Perché le nazioni falliscono. Le origini di prosperità, potenza e povertà*, Il Saggiatore, Milán 2013.

⁸¹ B. Ackerman, "The Emergency Constitution", *Yale Law Journal* 113, N.º 5 (2004): 1029-1091, tr. it. *La costituzione di emergenza, Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, Milán 2005.

zación, personalización y polarización (2.1.1): en crecimiento desde antes, pero explotaron definitivamente con el fenómeno Trump⁸².

Los padres fundadores, a pesar de su realismo político, ciertamente no podían prever que algún día un presidente de los Estados Unidos declararía lo que leemos en el epígrafe de este capítulo. Peor aún, no podían imaginar que una persona verdaderamente analfabeta pudiera encantar a millones de analfabetos⁸³. De hecho, la personalización de la política impulsada por los medios de comunicación ha desencadenado la identificación con figuras como Trump por parte de las clases menos cultas del Sur y el Medio Oeste, polarizándolas contra las clases urbanas más cultas, concentradas en las dos costas de un país enorme.

Lo que ya estaba muy claro antes del populismo mediático, por otro lado, es que el presidencialismo exportado a toda América Latina había producido efectos similares. Con la ayuda de la Doctrina Monroe (1823) —una forma de colonialismo específicamente americano (en jerga, *yankee*), que considera a todo el continente americano como la “puerta de entrada” de los EE. UU.—, el presidencialismo latinoamericano ha estado marcado por una larga serie de autoritarismos, golpes de Estado y dictaduras militares. Fenómeno denominado por Ackerman la pesadilla de (Juan) Linz (*Linzian nightmare*), por el nombre del estudioso que lo denunció⁸⁴.

⁸² S. Gardbaum, “The Counter-Playbook: Resisting the Populist Assault on Separation of Powers”, *Columbia Journal of Transnational Law* 59, N.º 1 (2021): 1-64.

⁸³ M. Naím, *Il tempo dei tiranni*, tr. it. cit., p. 20: “Una persona verdaderamente ignorante es capaz de obtener cosas [...] que una persona falsamente ignorante nunca obtendrá”.

⁸⁴ B. Ackerman, *La nuova separazione dei poteri*, tr. it. cit., p. 22; *The Failure of Presidential Democracy*, a cargo de J. Linz, A. Valenzuela, John Hopkins University Press, Baltimore 1994.

El remedio propuesto por el autor para todos los riesgos del presidencialismo es el parlamentarismo, por limitado que sea: el Parlamento ya no es soberano, como en el Reino Unido, sino que está regulado por una Constitución escrita y rígida aplicada por un Tribunal Constitucional. En realidad, el parlamentarismo restringido nació después de la Segunda Guerra Mundial: impuesto a Japón por los ocupantes estadounidenses, luego fue adoptado libremente por Italia, Alemania y España, también como reacción a dictaduras anteriores, aunque finalmente se extendió parcialmente a las colonias británicas como India, Sudáfrica y Canadá⁸⁵.

Incluso en esta forma de parlamentarismo europeo-continental, que coincide parcialmente con el Estado constitucional, el presidente del Consejo es elegido directamente por el Parlamento, e indirectamente por el electorado, y formula la dirección política de la mayoría parlamentaria. El presidente de la República, sin embargo, conserva funciones representativas y de garantía, como en el parlamentarismo europeo: sumándose así, como veremos, a otras instituciones de garantía, como los tribunales ordinarios, supremos y constitucionales, así como a las distintas autoridades independientes.

2.2.2. El segundo aspecto destacable de la teoría de Ackerman es la clarificación de las tres funciones principales que desempeña la SP en todas sus versiones, antigua, nueva y actual (ver ya 1.1.3). De hecho, ningún macrojuego o institución sobrevive a los procesos de selección cultural solo porque ejerce una única función; normalmente ejercita más de una, y estas cambian con el tiempo. La SP, en sus tres versiones y con sus tres funciones principales, ejemplifica este tipo de ley evolutiva: como veremos inmediatamente al combinar las observaciones de Ackerman con las de Jeremy Waldron.

⁸⁵ Ackerman, *La nuova separazione dei poteri*, tr. it. cit., especialmente las páginas 14-15.

La primera función de la SP —típica del legislativo, que es el poder principal de la antigua SP— es la legitimación democrática: garantizar el consentimiento de los gobernados hacia los gobernantes. Esta legitimación, que sustentaba al Parlamento inglés en las relaciones con el monarca, es aún más esencial en las constituciones democráticas, donde la soberanía se atribuye al pueblo. Por lo tanto, no solo las formas de gobierno parlamentarias sino también las presidenciales se llaman democráticas, excluyendo los regímenes autocráticos denominados democracias populares, como China.

La segunda función de la SP —típica del ejecutivo, principal poder en la nueva SP— es la eficiencia, que Ackerman llama competencia profesional⁸⁶. Aquí SP muestra similitudes con otro mecanismo autorregulador de la sociedad y las instituciones: la división del trabajo. Teorizada por Smith por las mismas razones que el mercado (la capacidad de producir riqueza), la división del trabajo fue uno de los ingredientes del capitalismo industrial. Hoy, más que nunca, es un factor del capitalismo de plataformas, del cual el Estado chino se presenta como una réplica⁸⁷.

La eficiencia, especialmente la eficiencia económica, es quizás el ideal más alejado de la antigua SP, al menos en la versión aristocrática-conservadora de Montesquieu. Es más bien la función típica de la máquina administrativa y de la nueva SP en general: una función a la que, bajo el nombre de especialización funcional, Ackerman dedica el capítulo más largo del libro. En realidad, aquí las necesidades de la democracia chocan con las de la tecnocracia: ninguna empresa privada toleraría los niveles de incompetencia de

⁸⁶ Cita anterior, ver especialmente la página 14.

⁸⁷ J. Chevallier, "The State as a Platform Strategy?", *Revue française d'administration publique* 167, N.º 3 (2018): 627-637. Sobre la plataforma estatal china y su potencial liberticida, véase S. Pieranni, *Red Mirror. Il nostro futuro si scrive in Cina*, Laterza, Roma-Bari 2020.

la clase política democrática, legitimada ayer por las elecciones, hoy por los medios de comunicación.

Es cierto que hoy en Italia las elecciones se celebran mediante listas bloqueadas, lo que permite excepcionalmente a los partidos elegir a algunos técnicos que nunca triunfarían por sí solos. También es cierto, por otro lado, que la eficiencia y la competencia profesional deberían ser requisitos esenciales no del legislativo sino del ejecutivo, especialmente de la Administración pública: esta es la única rama del Estado que debería funcionar como una empresa. Por esta razón, al fin y al cabo, a los puestos políticos se accede por elección, mientras que a los puestos técnicos se accede por competencia, o como mucho por cooptación, como ocurre realmente en la universidad.

La tercera función de la SP —típica de la actual SP y de sus órganos exponenciales, judiciales y autoridades independientes— es la protección y también, insiste el liberal Ackerman, la ampliación de los derechos: la protección garantizada a los derechos de libertad debe extenderse a todos los demás derechos, en particular los políticos y sociales. Mientras que la libertad o los derechos civiles, como se dice en Estados Unidos, están garantizados sobre todo por la magistratura —aunque en algunos Estados los miembros de este cuerpo sean elegidos a menudo por las mismas mayorías que deberían controlar—, los derechos políticos y sociales son promovidos por autoridades independientes, legitimadas sobre todo por competencia.

Volvamos inmediatamente a las Comisiones, Agencias o Autoridades, el tercer aspecto importante de la propuesta de Ackerman. Primero es necesario comparar esta articulación “equilibrada” de su propuesta con la “separatista” de Waldron. Este filósofo político, gran crítico del *judicial review* y principal defensor de la dignidad y soberanía de la legislación⁸⁸, concibe cada SP como un procedimien-

⁸⁸ Volveremos en el tercer capítulo a su crítica de la *judicial review*; en la otra cara de la misma moneda, la exaltación de la legislación, *cfr.* J. Waldron, *The Dignity*

to de producción normativa en tres etapas —legislación, ejecución, aplicación— a cada una de las cuales atribuye las mismas funciones que Ackerman: democracia, eficiencia, protección de derechos⁸⁹. Kelsen y sus seguidores modernos van más allá, reduciendo las etapas de dos a tres, llamadas creación y aplicación de la ley: el Parlamento legitimado por las elecciones hace y deshace las leyes, luego los funcionarios y jueces se limitan a implementarlas/aplicarlas⁹⁰. Más allá del riesgo de volver a la ausencia de distinción entre administración y jurisdicción anterior a Montesquieu, la concepción que Waldron tiene de la SP, como siempre deslumbrada por los valores democráticos, ignora el punto de inflexión producido por la nueva SP: el ejecutivo y el judicial también producen derecho, pero no necesariamente después de la actuación legislativa.

Hoy, y de hecho durante al menos un siglo, ya no es cierto —como lo fue en la “antigua” SP y en la soberanía del Parlamento idolatrado por Waldron— que el derecho se produce en secuencia: primero legislación, luego ejecución, finalmente jurisdicción. Al contrario: el rasgo distintivo de la nueva SP es precisamente el paso de la mayoría de las funciones legislativas al ejecutivo, que las ejerce por decreto. Y es precisamente la necesidad de equilibrar un ejecutivo casi omnipotente lo que ha producido el desarrollo de la “actual” SP, con funciones de control atribuidas a jueces y autoridades independientes.

of Legislation, Cambridge University Press, Cambridge 1999, tr. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milán 2001.

⁸⁹ J. Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice*, cit., que defiende una concepción “separatista” o “pura” de SP frente al equilibrio de poderes, por las razones sustentadas en *Separation of Powers or Division of Power?*, cit.

⁹⁰ Para Kelsen basta citar, además de los escritos sobre la democracia, los textos recogidos en *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milán 1982. En cuanto a sus seguidores más recientes, de nuevo, desde el (sub)título, P. Sandro, *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, cit.

2.2.3. El tercer aspecto notable de la propuesta de Ackerman, el más estrictamente reformista, consiste en la adición de agencias adicionales a los tres órganos o brazos de la antigua SP, y a las diversas comisiones que ya funcionan en los EE. UU., en parte reelaboradas por él inspirándose en ejemplos estadounidenses, en parte tomadas de experiencias institucionales extranjeras. Estas instituciones —contribución del autor a una improbable reforma de la Constitución estadounidense, pero sobre todo un modelo para las nuevas democracias en desarrollo— se agrupan en base a las tres funciones que atribuyó a la SP⁹¹.

Para la legitimación democrática del sistema, Ackerman propone referendos populares según el modelo suizo: instituciones de democracia directa capaces de compensar los límites de la democracia representativa. Menos obvia es la propuesta de un tribunal constitucional distinto del Tribunal Supremo, capaz de remediar las acusaciones formuladas contra el *judicial review* por antidemocrático, mediante la promoción de los derechos políticos de las minorías. Un Senado elegido ya no para representar a los estados individuales por igual, sino proporcionalmente a toda la nación, también podría contribuir a la democratización del sistema.

La eficacia de la ejecución y de la administración, en los EE. UU., se ve viciada por el *spoils system*: cada nuevo presidente nombra una media de cuatro mil funcionarios, frente a los cien del primer ministro británico, que permanecen en el cargo durante una media de dos años, justo a tiempo para pasar a empleos privados mejor remunerados. Como remedio, Ackerman propone una autoridad anticorrupción (*integrity branch*), que controle las relaciones entre la Administración pública y el sector privado, y una autoridad reguladora (*regulatory*

⁹¹ B. Ackerman, *La nuova separazione dei poteri*, tr. it. cit., pp. 111-113, resume apropiadamente las propuestas, dispersas en los capítulos anteriores, en el capítulo cuarto, titulado “La forma del nuevo separatismo”.

branch), que supervise sobre la base de criterios técnico-científicos la calidad y la pertinencia de disposiciones administrativas.

En cuanto a los derechos, el liberal Ackerman no piensa solo en su protección, normalmente reservada al poder judicial, sino también en su promoción, confiada a tres comisiones especiales, encargadas de remediar otros tantos problemas estadounidenses. Para remediar la exclusión de negros y latinos del ejercicio de los derechos políticos, se propone una agencia democrática (*democracy branch*); para garantizar los derechos sociales, un organismo de justicia distributiva, competente para gastar una parte fija del presupuesto; para la protección de los derechos fundamentales o humanos de todas las personas, ciudadanos o no, la propia Corte constitucional.

En este punto, el propio Ackerman da cuenta de la objeción ya planteada por un liberal de reglas, Constant, al liberal de contrapoderes, Montesquieu (ver 1.2): ¿la multiplicación de poderes no aumentará, en lugar de disminuir, la suma total de poderes⁹²? Y aquí el autor sigue los pasos de Madison, apostando por los contrapoderes. Sin embargo, una respuesta más compleja a la misma objeción podría ser esta. La SP sí admite revoluciones constitucionales, como teoriza el propio Ackerman; entre una y otra, sin embargo, funciona gradualmente, solucionando los problemas a medida que surgen, mediante prueba y error.

2.3. ESTADO CONSTITUCIONAL: LUIGI FERRAJOLI

La expresión "Estado constitucional", propia de los juristas continentales⁹³, es frecuentemente utilizada por los constitucionalistas italianos para indicar, genéricamente, un Estado con una

⁹² Cita anterior, p. 113.

⁹³ De hecho, el "Estado constitucional", en el ambiente anglosajón, casi aparece solo en el título de N. W. Barber, *The Constitutional State*, Oxford University Press, Oxford 2010.

constitución escrita; excepto que casi todos los Estados, incluidos Rusia y China, hoy tienen una, incluso “de papel” o ficticia. Los teóricos del derecho, más rigurosamente, restringen la noción al indicar varias condiciones necesarias para hablar de un Estado constitucional, en particular la rigidez de la constitución y la justicia constitucional⁹⁴. Finalmente, los historiadores utilizan la expresión para una tercera fase de la historia del derecho moderno, tras el Estado jurisdiccional y el Estado legislativo⁹⁵.

Aunque no se puede decir que las teorías del Estado constitucional digan mucho sobre la SP, estas también —al igual que la teoría de Ackerman, con la que se superponen parcialmente, como veremos en un momento— se centran en la nueva SP. Por otra parte, he añadido a las dos condiciones necesarias para el Estado de derecho, la rigidez y la justicia constitucional, una tercera condición necesaria y, junto con las demás, suficiente: la interpretación o argumentación constitucional, caracterizada por argumentos propios como la interpretación conforme, la proporcionalidad y el equilibrio de poderes⁹⁶.

Aquí solo añadiría que las teorías del Estado constitucional —a menudo conocidas como (neo)constitucionalismo o pospositivismo— insisten en la protección específicamente judicial de los derechos, no solo a nivel nacional, para los derechos constitucionales fundamentales, sino también a nivel internacional y a nivel europeo para los derechos humanos. Así, estas teorías se refieren a la actual SP, a la que nos referimos en el próximo capítulo, que también se centra en el poder judicial. Más allá del léxico cambiante, sobre las relaciones entre el parlamentarismo ackermaniano y el Estado constitucional, se podría decir lo siguiente.

⁹⁴ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Turín 2010, pp. 195-223.

⁹⁵ M. Fioravanti, *Stato costituzionale in trasformazione*, Mucchi, Módena 2021.

⁹⁶ M. Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Módena 2012; Id., *Lo stato costituzionale e le sue alternative*, Mucchi, Módena 2020.

En cuanto a la *denotación* (a los que los términos se refieren) "parlamentarismo restringido", esta excluye los sistemas presidenciales, mientras que "Estado constitucional" los incluye, siempre que estén equipados con un sistema de justicia constitucional. En cuanto a la *connotación* (cuánto dicen los términos de aquello a lo que se refieren), "parlamentarismo restringido" todavía privilegia la regulación estatal, independientemente de cómo se produzca, mientras que "Estado constitucional" la subordina no solo a la constitución nacional, sino también a los tratados internacionales. Para decirlo de esta manera: la internacionalización continúa la constitucionalización.

Por lo tanto, el aspecto distintivo del Estado constitucional continental, al menos en comparación con el parlamentarismo restringido de Ackerman, parece ser su apertura al derecho internacional, en particular a organizaciones supranacionales como el Consejo de Europa y la Unión Europea. Sobre todo la apertura jurisdiccional, es decir, operada a través de la interpretación judicial, llevada a cabo no solo por tribunales internacionales y constitucionales, sino ahora también por tribunales ordinarios. Esto implica una tendencia hacia la integración de la legislación nacional: todos igualmente vinculados a los tratados y constituciones a través de derechos y principios en gran medida comunes⁹⁷.

Si se quisiera señalar al teórico más representativo del Estado constitucional, muchos dirían Robert Alexy, que sin embargo no se ocupa de la SP. Aquí prefiero señalar la teoría de Ferrajoli como representativa de la nueva SP, que en cambio trata específicamente el tema. En una larga serie de obras traducidas a las principales lenguas romances pero no al inglés, también por el excepcionalismo mencionado anteriormente, avanza al menos tres tesis relevantes

⁹⁷ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), Suhrkamp, Berlín, 2010, tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bolonia 2012; Id., *The Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, Oxford 2021.

para el tema: el garantismo, distinguiendo instituciones de gobierno e instituciones de garantía; una cuatripartición de la SP; una propuesta de constitución para la Tierra.

2.3.1. El nombre que Ferrajoli da a su teoría es garantismo: un nombre que esencialmente inventó pero que originalmente se refería solo al derecho penal. Solo más tarde, en los veinte años de Berlusconi, se difundió el uso del “garantismo”, en oposición a otro término periodístico, el “justicialismo”: expresiones que todavía se utilizan a diario en el debate político para indicar posiciones a la vez favorables y hostiles a los derechos del acusado⁹⁸. El garantismo específicamente penal de Ferrajoli depende de su adhesión a la antigua SP, especialmente a la SP en sentido estricto.

Es decir, Ferrajoli reiteró las relaciones entre legislativo y judicial tradicionalmente atribuidas a Montesquieu: aunque ahora sabemos que no habló de un poder judicial estable, parece difícil incluso atribuirle tesis interpretativas formalistas⁹⁹. A este malentendido se debe también la autocalificación de Ferrajoli de positivista jurídico, que aún hoy reitera contra las yuxtaposiciones de su teoría al (neo) constitucionalismo. Sin embargo, en sentido estricto, el “positivismo jurídico” indica la teoría del derecho del Estado legislativo, una de cuyas piedras angulares era la antigua SP, ambos hoy obsoletos.

Con la extensión explícita de su garantismo al ámbito constitucional e internacional¹⁰⁰, la calificación de positivista jurídico es

⁹⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989.

⁹⁹ La crítica al escepticismo interpretativo formulada por Ferrajoli en el folleto *Contra el creacionismo judicial*, Mucchi, Módena 2018, nació de un malentendido similar: un título doblemente desafortunado, porque el “creacionismo” indica, en todo caso, una posición positivista, y en cualquier caso no se adaptan al escepticismo interpretativo maduro.

¹⁰⁰ L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2021.

evidentemente cercana al último Ferrajoli. Más allá de las etiquetas teóricas, siempre cuestionables, el aspecto más relevante de su garantismo para la SP es la distinción entre funciones, poderes o instituciones de gobierno y garantía respectivamente. Esa distinción —que ya ha aparecido varias veces en este libro, porque es esencial calificar los sujetos institucionales de cada etapa de SP— la formula Ferrajoli en los siguientes términos.

[Una] separación, no menos importante, es la que existe entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía [...] Las funciones de gobierno, tanto legislativas como ejecutivas, están ambas justificadas, en democracia, por la representación popular y por lo tanto son hoy, sobre todo en las democracias parlamentarias, mucho más compartidas que separadas [equilibrio de poderes, nota de redacción]. Las funciones de garantía, no solo las jurisdiccionales o secundarias, sino también las administrativas o primarias como la escuela, la salud y la seguridad social, están en cambio legitimadas por su sujeción a la ley, y en particular a los derechos fundamentales¹⁰¹ [SP en sentido estricto sentido, nota de redacción].

Como reitera el propio Ferrajoli, en una perspectiva similar a la de Ackerman, el ejecutivo y el legislativo son instituciones mayoritarias, democráticamente legitimadas por la mayoría del voto popular. Sin embargo, el poder judicial y la administración, pero también las instituciones internacionales y comunitarias, son normalmente contramayoritarias (ver 3.3): es decir, su legitimidad no depende del voto sino de los derechos establecidos en las leyes, constituciones y tratados internacionales. El Estado constitucional de Ferrajoli, al igual que los Estados europeos y la propia UE, es una democracia liberal o constitucional pura¹⁰².

Ferrajoli también persigue la eficiencia, pero en la protección tanto de la libertad como de los derechos sociales, con el mismo

¹⁰¹ L. Ferrajoli, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, Módena 2017, pp. 58-59.

¹⁰² *La democrazia costituzionale*, il Mulino, Bolonia 2016.

instrumento que Ackerman: la multiplicación de autoridades independientes, que él distingue como primarias, o administrativas, competentes para implementar derechos sociales como la salud, la educación, el trabajo, y secundarias, o judiciales, llamadas a reaccionar ante la falta implementación de derechos por parte de las autoridades primarias¹⁰³. A nivel estatal esto se traduce en la recalificación de hospitales, escuelas y agencias de empleo como instituciones de garantía. A nivel internacional, como veremos, Ferrajoli también propone nuevas instituciones.

2.3.2. En la perspectiva garantista, que combina el liberalismo de las reglas con el liberalismo de los contrapoderes bajo el lema “garantizar derechos, separar los poderes”¹⁰⁴, la SP es un tema central. En sus últimos trabajos, en particular, Ferrajoli distingue no menos de cuatro SP: dos llamados extrainstitucionales y dos intrainstitucionales¹⁰⁵. Ya aquí, como sucederá en la continuación internacionalista de su teoría, examinada en la siguiente sección, el garantismo amplía la atención de los poderes públicos, estatales o supraestatales, a los privados, extraestatales: otra tendencia común en la “actual” SP, al que se hace referencia en el próximo capítulo.

De hecho, Ferrajoli distingue las dos separaciones intrainstitucionales clásicas, entre poderes públicos únicamente, de dos nuevas separaciones extrainstitucionales, y entre poderes públicos y privados. Comencemos con los dos modelos intrainstitucionales, el primero es evidentemente la antigua SP de Montesquieu, entre los dos poderes políticos o de gobierno, legislativo y ejecutivo, y un poder jurídico o de garantía, el poder judicial. Respecto al equilibrio entre los dos primeros poderes, Ferrajoli habla ocasionalmente de

¹⁰³ *La costruzione della democrazia*, cit., pp. 163-168 y 251-260.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 247.

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 246-263.

reparto de poder, mientras que respecto al tercero se expresa en términos atribuibles a la SP en sentido estricto.

Tomando como modelo el primero, del que constituye una extensión, está el segundo modelo de SP intrainstitucional, el referido a los poderes de gobierno y poderes de garantía. La legitimación de estos últimos, sin embargo, no proviene únicamente de los derechos que deben protegerse o ampliarse; si no, sobre todo, de la eficacia de estos para lograr su protección, para lo cual se requieren competencias técnicas (jurídicas, económicas, informáticas...). Aquí Ferrajoli apenas menciona a las distintas autoridades italianas independientes: para la protección de la competencia y del mercado (*antitrust*), anticorrupción, garantes de prisioneros o de datos personales, en cierto modo, el propio Banco de Italia...

Los dos modelos de SP extrainstitucionales, más interesantes desde la perspectiva de la actual SP, son ejemplos de SP en sentido estricto, basados en la incompatibilidad de cargos. La primera, la separación de los partidos de las instituciones, conduciría en sentido estricto a una incompatibilidad entre las posiciones partidistas y las posiciones públicas: una incompatibilidad que quizás hoy sea contraproducente, tanto porque agravaría la crisis de los partidos como porque estos, para bien o para mal, sirven para seleccionar a la clase política. Aquí, quizás, sería más útil una especie de *cursus honorum* como el caso romano antiguamente o el actual modelo chino, desde cargos locales hasta nacionales e internacionales.

La segunda separación extrainstitucional, entre poderes políticos públicos y poderes económicos privados, con relativa incompatibilidad entre los cargos, ya está parcialmente prevista por la Constitución y las leyes italianas. Sin embargo, no se aplicó precisamente en el caso más sensacional de conflicto de intereses, al que evidentemente se refiere Ferrajoli: la elección de Silvio Berlusconi, propietario de televisiones privadas. Así, como primer ministro,

también pudo controlar la televisión pública: con la excusa de que la incompatibilidad no se aplicaba a los propietarios reales de las empresas, sino solo a los titulares nominales¹⁰⁶.

2.3.3. Finalmente, el último Ferrajoli propone una constitución para la Tierra: un Estado que no solo sea constitucional, sino global, que adopta una nueva SP¹⁰⁷. Entre el universalismo o el cosmopolitismo de la Ilustración, hacia el que se inclinaría, y las regurgitaciones nacionalistas y soberanistas de los Estados y potencias regionales contemporáneos, el último Ferrajoli llega al siguiente compromiso, en definitiva realista. Los poderes de gobierno se dejan a los Estados más cercanos a los intereses de sus respectivos ciudadanos; una Federación de la Tierra, que reemplaza a la impotente ONU, recibe los penetrantes poderes de garantía.

El texto de la Constitución de la Tierra, publicado como apéndice del último libro homónimo de Ferrajoli, está redactado en cien artículos y corresponde a la división tradicional entre declaración de derechos y forma de gobierno. Lo que interesa aquí es precisamente la segunda parte, basada en una SP global que debería reemplazar lentamente el actual equilibrio de poder militar, más que económico. Por supuesto, la más reciente invasión rusa de Ucrania y el regreso a las esferas de influencia de las potencias regionales nos recuerdan que hoy en día una constitución para la Tierra es necesaria e imposible.

¹⁰⁶ Basado en los artículos 65 y 66 de la Constitución, la cuestión fue remitida al Comité Electoral de la Cámara en 1994, que sin embargo se apresuró a declarar la elección plenamente legítima. Véase al menos S. Rizzo, *La cricca. Perché la Repubblica italiana è fondata sul conflitto d'interessi*, Rizzoli, Milán 2010.

¹⁰⁷ L. Ferrajoli, *Per una costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milán 2022, también A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford 2014, y A. D'Atorre, *Metamorfosi della globalizzazione. Il ruolo del diritto nel nuovo conflitto geopolitico*, Laterza, Roma-Bari 2023.

Constitución necesaria, porque solo las instituciones globales pueden abordar problemas igualmente globales, como el calentamiento global y la gobernanza de Internet; y desde este punto de vista la agitación de los distintos movimientos populistas, nacionalistas y soberanistas parece simplemente una locura, como los bailes a bordo del Titanic. Constitución imposible, por razones que también se encuentran en el libro de Ferrajoli: la propia globalización liberal, un proceso colonial pero productivo de instituciones globales, ha dado paso a conflictos políticos, económicos e incluso militares entre potencias regionales como Estados Unidos, Rusia y China.

Volviendo al texto de Ferrajoli, después del primer título, sobre los derechos, y el segundo, sobre las instituciones gubernamentales inspiradas en la ONU, el tercer título está dedicado a las instituciones de garantía, divididas en primarias y secundarias pero todas proclamadas "separadas e independientes" de las instituciones de gobierno (art. 72), respetando siempre la SP en sentido estricto. Las principales instituciones de garantía que se suman a las de la ONU, como la OMS, la FAO, la UNESCO, son muchas y a menudo utópicas: el Comité del Estado mayor y de seguridad debería gestionar el ejército de la Federación, dado que "los ejércitos nacionales están suprimidos" (artículo 77).

Las nuevas instituciones de garantía primaria, alimentadas con cuotas fijas específicas del presupuesto mundial, a su vez producidas por la tributación global, abordan problemas cada vez más urgentes como el medio ambiente, el agua y la pobreza. No falta tampoco un Comité Mundial para las Comunicaciones Digitales, que protegería también el derecho a no "ser sometido a decisiones automáticas basadas únicamente en algoritmos"¹⁰⁸: lo que en los próximos capítulos cuarto y quinto se llamará el principio de hu-

¹⁰⁸ L. Ferrajoli, *Per una costituzione della Terra*, cit., p. 189 (art. 85), en relación con el artículo 19 (p. 159), titulado "Inmunidad frente a imposiciones tecnológicas".

manidad. No hace falta decir que mientras la red no sea un bien común, en lugar de un bien estadounidense como lo es hoy, estas seguirán siendo solo esperanzas.

Las instituciones globales de garantía secundaria —el poder judicial internacional— están representadas por tribunales que deberían remediar las limitaciones de los actuales: especialmente la imposibilidad de juzgar a ciudadanos de países que no se adhieren a los tratados fundacionales. Un tribunal constitucional internacional debe ser competente para controlar la conformidad de las fuentes nacionales con la Constitución de la Tierra; Ferrajoli añade así un tribunal contra los crímenes sistémicos cometidos en países no adherentes. Tribunal incluso encargado de emitir “juicios de verdad”, destinados a determinar las causas sistémicas y la responsabilidad política de tales crímenes¹⁰⁹.

Sería poco generoso insistir en los utopismos de la propuesta de Ferrajoli: quien, aunque consciente de la dificultad llamada *domestic fallacy* —la extensión mecánica a la esfera internacional de remedios que han funcionado en la esfera nacional¹¹⁰— tiende a volver a proponer a escala global las instituciones fatalmente experimentadas, especialmente, a escala estatal. Sin embargo, ahora estamos observando la insistencia de instituciones de garantía como el poder judicial y las autoridades independientes: ambas cruciales, como veremos en el próximo capítulo, para la actual SP.

Si quisiéramos dejar claro el punto al que hemos llegado con la nueva SP, en cambio, podríamos decir lo siguiente. La pérdida de centralidad de los parlamentos y la concentración de las decisiones en los ejecutivos y en la Administración, ha producido un cambio

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 193 (art. 90).

¹¹⁰ H. Bull, *The Anarchical Society*, MacMillan, Nueva York 1977, también tomado de D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milán 1995.

tan enorme en el equilibrio institucional que genera nuevas necesidades de garantías. No solo el Parlamento ha acabado cambiando de funciones —cuando no se ha convertido en el escenario de un espectáculo político— sino que instituciones antiguas, como el poder judicial, y otras nuevas, como las autoridades independientes, han adquirido una importancia cada vez mayor.

CAPÍTULO III

“NUEVA” SEPARACIÓN DE PODERES: ¿PRIMACÍA DEL PODER JUDICIAL?

La parte del derecho de un país producida por los jueces es mucho mejor que la parte producida por la legislatura.

John Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, 1832, p. 235.

Como todo fenómeno institucional, la SP también evoluciona, aunque no necesariamente hacia lo mejor: cada cambio en las funciones de un órgano produce consecuencias en las funciones de todos los demás. En particular, el desplazamiento de las funciones de dirección política hacia el ejecutivo y la administración, característico de la nueva SP, ha producido inevitablemente repercusiones en los otros dos poderes. Las primeras consecuencias fueron para el legislativo; incluso en los regímenes parlamentarios, es decir, el Parlamento ha terminado (re)asumiendo funciones de garantía: asegurando el control de los poderes ejecutivos que de otro modo serían casi omnipotentes¹¹¹.

¹¹¹ M. Barberis, “Ma il Parlamento non sarà l’ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine vita?”, en *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto*

Esto, además, constituye un retorno del Parlamento a sus funciones originales: que no son legislativas, como creía Montesquieu y como todavía cree Ferrajoli. Elaborar leyes nunca ha sido la función principal del Parlamento; incluso en el Estado legislativo las leyes más importantes, los códigos, fueron elaborados por comisiones de juristas¹¹². La función original del Parlamento era aprobar el presupuesto: los impuestos con los que los ciudadanos financian los gastos del Estado. Solo a partir del siglo XVIII su función principal pasó a ser votar la confianza en el gobierno y aprobar sus decretos.

Si se mira más de cerca, hoy el Parlamento comparte funciones de garantía con el otro poder sobre el que reaccionó la primacía del ejecutivo: el poder judicial, institución de garantía por excelencia. No es casualidad que, al menos desde los años 1990, haya habido numerosos informes sobre fenómenos como la “expansión global del poder judicial”, el “gobierno de los jueces”, la “juristocracia”, la “judicialización”¹¹³. Las quejas rara vez se ven contrarrestadas por exaltaciones de los mismos procesos como un “nuevo orden

interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani, a cargo de G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Giappichelli, Turín 2020, pp. 21-38.

¹¹² John Austin adoptaba excepcionalmente distancia de su maestro Bentham: *cfr.* J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), a cargo de H. L. A. Hart, *Weidenfeld and Nicolson*, Londres 1954, tr. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, il Mulino, Bolonia 1995 p. 235.

¹¹³ *The Global Expansion of Judicial Power*, a cargo de C. N. Tate, T. Vallinder, New York University Press, Nueva York 1995; A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Nueva York 2000; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2004; Id., “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, N.º 75 (2006): 721-754; Id., “The Origins of the New Constitutionalism”, en *New Constitutionalism and the World Order*, a cargo de S. Gill, C. Cutler, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

mundial"¹¹⁴: exaltaciones que a veces son sospechosas, porque generalmente provienen de los partidarios de la globalización liberal.

Al parecer una revolución, pensando en el "poder nulo" de Montesquieu. Pero tal vez hablar de la primacía del poder judicial como carácter definitorio de la actual SP, aunque con un signo de interrogación, no sea necesario tanto por el cambio horizontal en el equilibrio de poderes, típico de la nueva SP, sino por un cambio vertical. En un mundo cada vez más pequeño donde, como se suele decir, el aleteo de una mariposa en China puede producir un huracán en Nueva York¹¹⁵, la internacionalización de los problemas es la verdadera novedad, que solo los organismos supranacionales pueden abordar.

Las instituciones de garantía, señala Ferrajoli:

[N]o solo pueden, sino que en muchos casos deben introducirse a nivel internacional. La mayoría de estas funciones —relativas al medio ambiente, la delincuencia transnacional, la gestión de bienes comunes y la reducción de las desigualdades— se refieren de hecho a problemas globales, como la defensa de los ecosistemas, el hambre, las enfermedades no tratadas y la seguridad, que requieren respuestas globales¹¹⁶.

En esta lista solo falta el control de Internet: una institución gubernamental global para la cual, como veremos en 3.3, solo son concebibles instituciones de garantía igualmente globales.

Así es la evolución: parafraseando a Ludwig Wittgenstein, se podría decir que la SP no es algo fijo, dado de una vez por todas,

¹¹⁴ A. M. Slaughter, "Judicial Globalization", *Virginia Journal of International Law* 40, N.º 4 (2000): 1103-1124; también, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 2004.

¹¹⁵ El efecto mariposa, teorizado posteriormente por los científicos sociales, tiene su origen en una frase de una película, *The Sum of All Fears* (2002), traducida al italiano como *En la cima de la tensió Al vertice della tensione*. La propagación del COVID-19 desde un mercado de Wuhan llegó más tarde.

¹¹⁶ L. Ferrajoli, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 50.

sino que en cada época nacen nuevas SP y otras envejecen y quedan olvidadas. Así, de la antigua SP queda poco más que la terminología: el equilibrio entre poderes ya se estaba inclinando hacia el ejecutivo mientras Montesquieu escribía el *Esprit des lois*; luego, en el siglo XX, dos guerras mundiales y el Estado intervencionista hizo el resto. En ese momento, sin embargo, se necesitaban instituciones de garantía para contrarrestar el poder excesivo de los gobiernos.

A continuación mostramos, en primer lugar, que el más influyente de los poderes judiciales, el control de la constitucionalidad de las leyes, se desarrolló casi espontáneamente, en el silencio de los documentos constitucionales. Luego, vemos que incluso los tribunales constitucionales continentales, aunque meticulosamente diseñados por los constituyentes, no escapan a la dinámica evolutiva, apropiándose de competencias que sus diseñadores nunca les atribuyeron. Finalmente, se considera la principal aplicación posible de la actual SP: el control de las grandes plataformas digitales, nuevos poderes privados globales, por parte de tribunales constitucionales e internacionales y autoridades independientes.

3.1. JUSTICIA Y JUDICIAL REVIEW

Desde la SP de Montesquieu, primer autor que consideró al poder judicial como un poder en sí mismo, siempre ha existido una asimetría entre los poderes políticos, o gubernamentales, y el poder judicial como poder jurídico o de garantía. Especialmente en el ámbito penal, teóricos anteriores a la Ilustración, como Montesquieu, como Cesare Beccaria y neoilustrados como Ferrajoli, han insistido —rompiendo con una tradición milenaria viva tanto en el *civil law* como en el *common law*— que solo el legislador puede crear derecho, especialmente en el ámbito penal, mientras que el juez solo puede aplicarlo de forma más o menos mecánica.

Esta SP en sentido estricto —el poder judicial no puede ejercer funciones políticas, los poderes políticos no pueden administrar justicia— ha prevalecido durante al menos un siglo en el continente europeo, mientras que en los Estados Unidos, un país de *common law*, incluso el poder judicial se sintió atraído a la órbita del equilibrio de poderes. Aquí examinaremos tres casos, muy diferentes entre sí, y transversales al *common law* y al *civil law*, de apropiación “espontánea” de funciones de control judicial por parte de tribunales establecidos para otras funciones: los casos americano, israelí y de la Unión Europea¹¹⁷.

La apropiación de estas funciones viola también el llamado principio de atribución, vigente en el derecho constitucional e internacional: no se pueden inventar poderes implícitos, no atribuidos explícitamente por constituciones o tratados. En realidad, como veremos a continuación, los tres casos examinados van aún más lejos. En el caso de Estados Unidos, por supuesto, la Corte Suprema se otorga a sí misma el *judicial review*; en el caso israelí, por otra parte, la Corte Suprema elige la constitución israelí; en el caso europeo, el Tribunal de Justicia inventa la propia Comunidad, hoy la Unión Europea.

3.1.1. El caso estadounidense —el más discutido de todos, debido al papel global que desempeñan los EE. UU., pero también debido al habitual excepcionalismo estadounidense— se refiere a la autoatribución por parte de la Corte Suprema y, a través de esta, de todo el poder judicial federal, del *judicial review of legislation*. Como se ha dicho, esto sucede con el caso *Marbury v. Madison* —donde Madison es el mismo coautor del *El federalista*, más tarde cuarto

¹¹⁷ M. Troper, Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutional Fallacy, cit., han llamado la atención sobre dos de estos tres casos, a los que podría añadirse la decisión del Consejo constitucional francés de 1973, considerada aquí en la siguiente sección.

presidente de los Estados Unidos— donde la decisión adoptada por la Corte Suprema presidida por el juez Marshall se da en los siguientes términos, que más tarde se convirtieron, especialmente en el siglo XX, en el objeto de intensas discusiones.

Ciertamente, todos aquellos que han redactado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la nación, de modo que la teoría de todo gobierno debe ser que un acto de la legislatura repugnante a la constitución es nulo. Esta teoría es esencialmente inherente a una constitución escrita y, por lo tanto, debe ser considerada por este tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.¹¹⁸

El pasaje citado, y en particular la necesaria conexión establecida entre una constitución rígida y un control judicial, es tan claro que hace que las discusiones de hoy sean casi inexplicables. En contra de esto se han esgrimido varios argumentos: la falacia constitucionalista (no habría una conexión necesaria entre rigidez y control constitucional)¹¹⁹; la dificultad contra mayoritaria (la mayoría de la Corte no necesariamente refleja la mayoría del país)¹²⁰; y de manera más general, el argumento antidemocrático (la Corte es designada por el presidente bajo el control del Senado, no elegido por el pueblo)¹²¹.

Contra estos argumentos, el liberal Ronald Dworkin esgrimió este argumento, que consideraba democrático: si los órganos gubernamentales como el presidente y el Congreso protegen los derechos de la mayoría (democracia), entonces se necesitan órganos de garantía, como el poder judicial, que protejan los derechos de

¹¹⁸ Ver: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>, también las páginas 138-139; traducción de quién escribe.

¹¹⁹ M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, Oxford University Press, Oxford 2005.

¹²⁰ A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianápolis (Ind.) 1962; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1980

¹²¹ J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, cit.

las minorías (liberalismo)¹²². Aquí, sin embargo, nos limitaremos a explicar tres lugares comunes de *Marbury v. Madison*, aunque criticables como todos los demás: la superioridad del *common law* sobre la ley; la democracia de la institución; y el texto mismo de la Constitución federal de Estados Unidos.

El *primer* lugar común deriva del caso inglés *Bonham* (1610) decidido por el Court of Common Pleas, presidido por Sir Edward Coke, uno de los oráculos del *common law*: “cuando una ley del Parlamento va contra el sentido común de la justicia (*common right*) y la razón, o repugnantes (*repugnant*), o imposibles de realizar, se le aplicará el derecho común, que lo considerará nulo” (*void*)¹²³. Cabe señalar que los adjetivos *repugnante* y *nulo* también están presentes en *Marbury v. Madison*; hay que recordar, sin embargo, que hoy el *common law* está jerárquicamente sujeto a la ley, y no al revés.

El *segundo* lugar común, quizás el más desgastado, porque se basa únicamente en la autoridad de los autores de *El federalista*, ya sea Hamilton o Madison, fue citado íntegramente en su momento (1.3 al final): la mayor naturaleza democrática es de la Constitución, aprobada por el propio pueblo, frente a la legislación, aprobada únicamente por los representantes del pueblo¹²⁴. Aquí, sin embargo, el cliché es fácil de refutar; basta reformular, con Ackerman, la dificultad de la contra mayoría como una dificultad intertemporal: ¿a quién preferimos respetar la mayoría, a la gente de hoy o a la de hace dos siglos¹²⁵?

¹²² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978. Traducido al italiano como *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bolonia 2010.

¹²³ E. Coke, “Dr. Bonham Case” (1610), en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, a cargo de S. Sheppard, Liberty Fund, Indianápolis (Ind.) 2003.

¹²⁴ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il federalista*, tr. it. cit., § 78, p. 585.

¹²⁵ M. Tushnet, “Judicial Review of Legislation”, en *The Oxford Handbook of Legal Studies*, a cargo de P. Cane, M. Tushnet, Oxford University Press, Oxford 2005,

El *tercer* lugar común —pero quizás algo más— es una interpretación casi literal, o *a fortiori*, del art. 6/2 de la Constitución federal estadounidense: la llamada cláusula de supremacía, que hace prevalecer la decisión de las instituciones federales sobre la de las estatales, obligando a los jueces de cada estado a respetarla. Por supuesto, la cláusula de supremacía habla de la Constitución y las leyes federales, que estrictamente hablando solo obligan a los jueces estatales; pero ¿por qué no, más aún, a los jueces federales, como la propia Corte Suprema? El texto del art. 6/2 es el siguiente.

Esta constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se dictarán para darle efecto, y todos los tratados celebrados o por celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados por ello, quedando excluido cualquier disposición en contrario contenida en la constitución o en las leyes de cualquier Estado.

3.1.2. El caso israelí es, en algunos aspectos, incluso más sensacionalista que el de Estados Unidos. El Estado de Israel, que se independizó a partir de 1948, y luego se expandió a expensas del pueblo palestino, asentado en esas tierras durante milenios, es uno de los seis Estados del mundo —junto con el Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda, Arabia Saudita y San Marino— que no tiene una constitución escrita. El Parlamento israelí, la Knesset, en cierto modo soberana como el Parlamento británico, ha promulgado trece leyes fundamentales (*Basic Laws*) desde 1950, otras tantas partes de una (futura) constitución escrita.

Sin embargo, como legado del protectorado británico, Israel también cuenta con una Corte Suprema, capaz de utilizar las dos

tr. esp. *Constitucionalismo y Judicial Review*, Palestra Editores, Lima 2013, pp. 92-93. La reformulación propuesta por Ackerman también hace aún más impre-sentable la teoría de la interpretación originalista, que favorece la interpretación original del texto.

primeras *Basic Laws* —sobre *Human Dignity and Liberty* y *Freedom of Occupation*, ambas de 1992— no solo para proteger los derechos fundamentales, sino también para llevar a cabo, entre 1992 y 1995, una auténtica revolución constitucional. En un país ya entonces dividido políticamente entre una izquierda laica y una derecha religiosa, y culturalmente dividido entre influencias anglosajonas y de Europa del Este, la revolución constitucional acabó teniendo un protagonista: el constitucionalista liberal y juez Aharon Barak¹²⁶.

Nacido en Lituania, después de estudiar y enseñar en Estados Unidos e Israel, Barak llegó a la cima de la Corte Suprema y, tras una inspección más cercana, logró no una sino dos revoluciones constitucionales. La primera, que completó una tendencia anterior, y es análoga a *Marbury v. Madison*: revocando su jurisprudencia anterior, la Corte se atribuyó un poder de control judicial no previsto por ningún texto constitucional. La segunda, descrita como una revolución constitucional por el propio Barak, se logró en 1995, con la histórica decisión *United Mizrahi Bank v. Migdal-Cooperative Village*¹²⁷.

Aquí, rompiendo con el parlamentarismo británico, Barak sostiene que la Knesset combina su función legislativa ordinaria con una función constituyente. Esto se ejercería aprobando las *Basic Laws* que, especialmente cuando requerían mayorías reforzadas para su reforma, debían ser consideradas la auténtica constitución rígida, aunque incompleta, del país. Con la deriva reaccionaria producida entonces por las victorias electorales de Benjamín Netanyahu, la

¹²⁶ A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton 2005; Id., *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; Id., *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

¹²⁷ Consultar: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>

decisión de la Corte Suprema, al atribuir un papel constituyente al Parlamento, expone a la democracia israelí a enormes riesgos.

De hecho, la política judicial de Barak ejemplifica los méritos y los límites de lo que, especialmente en el mundo de habla inglesa, se llama activismo judicial (*judicial activism*), en oposición al originalísimo estadounidense y al propio autocontrol judicial (*self-restraint*). Richard Posner, juez estadounidense y fundador de *Law and Economics*, acusó a Barak de ser un “déspota ilustrado”¹²⁸. El actual ascenso al gobierno de la ultraderecha judía, entonces, lleva a temer por el destino de su revolución constitucional, siempre expuesta a un vuelco en una reacción constitucional.

3.1.3. En el caso europeo, relacionado con la antigua Comunidad Económica Europea (CEE), ahora UE, nos referimos a un proceso más discreto, pero en algunos aspectos no menos radical: una suerte de construcción judicial de Europa¹²⁹. Y así fue. Los Tratados de Roma (1957), que establecieron un mercado único común de los siete países fundadores, como muchos otros tratados internacionales, también establecieron un Tribunal de Justicia competente sobre todo para interpretar los Tratados. La institución específica se denomina cuestión prejudicial: un tribunal nacional puede solicitar al Tribunal de Justicia una especie de interpretación auténtica de los Tratados. Hasta ahora, nada nuevo en comparación con los tratados internacionales comunes; sin embargo, especialmente en sectores de gran importancia económica, donde las partes eran grandes empresas interesadas en realizar una especie de *forum shopping* —la

¹²⁸ R. A. Posner, “Enlightened Despot”, *New Republic* (2007), donde se cita A. Barak, *The Judge in A Democracy*, Princeton University Press, Princeton (N. J.) 2005.

¹²⁹ A. Stone Sweet., *The Judicial Constructon of Europe*, Oxford University Press, Nueva York 2004; hoy, en cambio se habla de “La (de-)costruzione giuridica dell’Europa”, a cargo de G. Bisogni, A. D’Attorre, parte monografica de *Ragion pratica* 60, N.º (2023): 85-184.

elección de la legislación y jurisdicción más convenientes—, se recurrieron en gran medida a las cuestiones prejudiciales. Cualquiera que tuviera interés en eludir una ley nacional menos conveniente y percibiera que la regulación europea era más conveniente, hizo uso de la institución¹³⁰; por otro lado, también sirvió para brindar una mayor protección de los derechos individuales.

Sea como fuere, en una época en la que los gobiernos nacionales estaban ocupados con asuntos completamente diferentes y, de hecho, algunos, como el gobierno francés, se mostraban hostiles a ampliar las competencias de la Comunidad en sectores cruciales como la Defensa, el Tribunal de Justicia suplió la inercia de los gobiernos con decisiones que le extendieron esas competencias. No es casualidad que hablemos de sustitución judicial: en un período de protestas y luchas sociales, como los años 1960 y 1970, incluso los jueces nacionales ordinarios comenzaron a reclamar funciones similares en comparación con las legislaturas retrasadas.

De hecho, fue gracias a las cuestiones prejudiciales que el Tribunal, con gobiernos distraídos y tratados que decían lo contrario, se atribuyó la competencia de la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) sobre la interpretación del derecho comunitario. La expresión tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y explica un mecanismo no intencionado que ya hemos visto en funcionamiento en los casos de Estados Unidos e Israel, y que también encontraremos en el caso francés (3.2.3): un tribunal de última instancia acaba teniendo la facultad de establecer sus propias competencias¹³¹.

¹³⁰ R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milán 2021, p. 142.

¹³¹ T. C. Hartley, *Constitutional Problems of European Union*, Hart, Oxford-Portland (Or.) 1999, especialmente las páginas 152-153. Sobre el carácter eminentemente evolutivo del derecho constitucional ver M. Jovanovic, “Grasping International

Con las sentencias históricas *Van Gend y Loos* (1962) y *Costa* (1964), en particular, el Tribunal de Justicia sentó las bases del derecho comunitario posterior. De hecho, lo distinguió del derecho internacional tradicional, que solo regulaba las relaciones entre Estados, por dos cualidades peculiares: el efecto directo sobre las relaciones entre la Comunidad y los ciudadanos de los Estados (la ciudadanía europea se introdujo más tarde); y la primacía (*primauté*) del derecho comunitario sobre el derecho interno. En *Van Gend y Loos*, de hecho, fueron más allá: construyeron, siempre a través de la interpretación y sin bases textuales, la Comunidad como un nuevo tipo de sujeto en el derecho internacional.

[Con los Tratados] los Estados han reconocido una autoridad en el derecho comunitario que pueden hacer valer sus ciudadanos ante dichos jueces [internos]. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, hay que concluir que la Comunidad constituye un ordenamiento jurídico de nuevo tipo en Derecho internacional, en favor del cual los Estados han renunciado, aunque sea en sectores limitados, a sus poderes soberanos: un sistema que reconoce como súbditos no solo a los Estados miembros sino también a sus ciudadanos¹³².

Marbury v. Madison se había limitado a inventar la revisión judicial; las decisiones del Tribunal de Barak la constitución israelí; *Van Gend y Loos*, la misma institución —la Comunidad Económica Europea, ahora la UE— de la que depende el Tribunal de Justicia. Basta señalar la falta de bases textuales de las que parte la última decisión: antes de *Van Gend y Loos* y *Costa*, en particular, nada distinguía los Tratados de Roma de otros tratados internacionales. Este mecanismo evolutivo, por otra parte, se llama interpretación,

Law. An Evolutionary Paradigm”, en *Research Handbook on Legal Evolution*, cit., pp. 237-262.

¹³² *Van Gend y Loos v. Administración tributaria holandesa*, c 26/62. El otro fallo histórico es *Costa v. Enel*, c 6/64.

y está ejemplificado por un antiguo lema rabínico: "Dos cosas dijo Dios, tres entendí, este es el poder de Dios".

3.2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL CENTRALIZADA

Se dirá: la expansión global del poder judicial también habrá tenido orígenes no intencionales, a través de interpretaciones de tribunales diseñados para otros fines. Sin embargo, en el siglo XX parece haberse vuelto intencional, a partir del establecimiento de la Corte Constitucional de Austria (1920), prototipo de control constitucional concentrado. Sin embargo, para confirmar el carácter evolutivo de estos procesos, el Tribunal austriaco no solo deriva de un tribunal anterior, como todos los demás, sino que en su exportación de posguerra a países como Alemania, Italia y Francia, encontró evoluciones impensadas por sus diseñadores.

A continuación, examinaremos tres ejemplos claros de la evolución involuntaria de la justicia constitucional centralizada y planificada. El primero es el prototipo mismo: la Corte Constitucional de Austria. El segundo no es tanto el Tribunal Constitucional alemán, que se ha convertido en el oráculo del nuevo constitucionalismo de posguerra, sino la propia Corte Constitucional italiana, emancipada del modelo original. El tercer ejemplo es el Consejo Constitucional francés, que se desarrolló precisamente en el entorno más hostil a la justicia constitucional, a través de sus propias atribuciones y reformas más recientes.

3.2.1. El primer ejemplo, el prototipo, de justicia constitucional centralizada en un solo órgano, el Tribunal o Corte Constitucional, es la Corte Constitucional de Austria: diseñada por Kelsen, entonces profesor de derecho constitucional en Viena, para el primer gobierno socialdemócrata después del colapso del Imperio Austrohúngaro, tras la derrota en la Primera Guerra Mundial¹³³. Para ilustrar lo

¹³³ Estas controversias son abordadas en detalle en S. Lagi, "Hans Kelsen e la giustizia costituzionale: una prospettiva storico-politica", en 1920-2020. *Un secolo di*

poco que esta “creación” corresponde a las intenciones del autor, debemos recordar al menos dos circunstancias: su origen en otro tribunal y su carácter de compromiso político.

Mientras tanto, la función principal de la Corte, que a este respecto retomó el legado del Tribunal Imperial (*Reichgerichtshof*), era arbitrar las relaciones entre el Estado central, de mayoría socialdemócrata, especialmente en la Viena “roja”, y las regiones (*Länder*), en cambio con una mayoría popular-cristiana. La discusión se da precisamente en torno a esto: los socialdemócratas presionaban para que solo el gobierno central pudiera pedir la inconstitucionalidad de las leyes de los *Länder*, mientras que los demócratas populares presionaban en la dirección opuesta, para que los *Länder* también pudieran pedirla, en relación con las leyes parlamentarias.

El canciller socialdemócrata Karl Renner pidió a Kelsen, que ya se había pronunciado a favor de la solución centralista, que formulara proyectos, al final seis, que tuvieran en cuenta ambas posibilidades, la centralista y la federalista. Entonces se llegó a un compromiso: un control constitucional centralizado, pero no centralista, que ponía al Estado y a los *Länder* al mismo nivel. Posteriormente, promoviendo su propia creación en el país europeo más reacio a adoptarla, Francia, Kelsen insistió en sus funciones políticas, incluso antes que legales.

Mientras tanto, concebía la democracia como un compromiso parlamentario entre mayoría y minoría: la única solución, entre las dos guerras, para unir fuerzas políticas cada vez más polarizadas. Luego diseñó una Corte Constitucional centralizada para garantizar una constitución que de otro modo, aunque rígida, terminaría

giustizia costituzionale, a cargo de G. P. Dolso, D. Rossi, Editoriale Scientifica, Nápoles 2023, pp. 57-80. Cf. también A. Carrino, *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella costituzione austriaca del 1920*, Mimesis, Milán 2022.

siendo violada con impunidad. Kelsen, de hecho, también asoció rigidez y justicia constitucional, como los federalistas y también los teóricos del Estado constitucional de posguerra: un Estado del que, sin embargo, lo separa una concepción democrática sin ninguna otra calificación que la centralidad del Parlamento.

Aquí, por otra parte, debemos entender el papel de la justicia constitucional centralizada. “Justicia” (lat. *iustitia*) proviene de *ius*, no al revés, e indica conformidad con la ley, pero con una ley aún no positivizada, como lo era el derecho romano clásico. Hoy, sin embargo, “justicia” tiene dos significados principales: uno moral o ético y otro estrictamente legal. El sentido moral de “justicia” tiene que ver con el derecho solo por la antigua discusión sobre la relación entre derecho y moralidad¹³⁴, pero es objeto de esa filosofía moral o política que, a partir de John Rawls, ha sido llamada la teoría de la justicia¹³⁵.

El sentido estrictamente jurídico, en expresiones como “ministerio de justicia”, “la máquina de justicia” y la propia “justicia constitucional”, indica en cambio la institución también denominada magistratura, poder judicial y similares. Es una institución central del fenómeno del derecho, tal como se concibe en Occidente, en todas las fases de su evolución: desde el derecho antiguo y medieval hasta esas tres fases del Estado y del derecho moderno llamadas Estado jurisdiccional, legislativo y constitucional. Donde el Estado constitucional o internacional, para algunos, es una especie de retorno al Estado jurisdiccional.

Paradójicamente, sin embargo, sucedió precisamente que el valor ético de la justicia, el más cercano al derecho, aunque solo

¹³⁴ S. L. Paulson, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, a cargo de N. Bersier Ladavac, P. Chiassoni y A. Sardo, Mimesis, Milán 2023.

¹³⁵ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1971, tr. it. *Una teoria della giustizia*, Einaudi, Turín 1982.

sea por su etimología, no fue positivizado: no se convirtió de un valor ético en un principio jurídico a través de su formulación en leyes, constituciones o tratados internacionales, como en cambio sucedió con valores típicamente morales como la solidaridad y la dignidad humana¹³⁶. Kelsen ilustra así, para el público francés, las razones de la no positivización del valor de la justicia: desaconseja también la formulación de textos constitucionales en términos de justicia y, de hecho, de cualquier otro principio igualmente genérico.

No es [...] imposible que un tribunal constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule por ser injusta, [si] la justicia [está codificada como] un principio constitucional que en consecuencia se debe aplicar. En ese caso, sin embargo, el poder del tribunal debería considerarse simplemente intolerable. La concepción [de la justicia] de la mayoría de los jueces de este tribunal [de hecho] podría entrar completamente en conflicto con la de la mayoría de la población, y evidentemente entraría en conflicto con la del parlamento que ha querido la ley.

La conclusión de Kelsen, consistente con su doctrina de la primacía del Parlamento, es: “la Constitución debe, especialmente cuando crea un tribunal constitucional, abstenerse de esta fraseología y, si pretende establecer principios relativos al contenido de las leyes, debe formularlos de la manera más precisa posible”¹³⁷. No hace falta decir que el consejo de Kelsen no fue seguido por los electores de la posguerra, incluidos aquellos que creían que estaban adoptando

¹³⁶ Por ejemplo, la palabra “justicia” aparece doce veces en la Constitución italiana, pero solo en un caso indica el valor moral de la justicia, que también es absorbido en la endíadis (dos palabras para un solo concepto) “paz y justicia” (art. 11 Constitución): Ver M. Luciani, “La decisione giudiziaria robotica”, *Rivista A. I. C.*, N.º 3 (2018): 877.

¹³⁷ H. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de droit public et de science juridique*, N.º 35 (1928): 197-257, tr. it. en Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán 1981, pp. 143-206, especialmente la página 190.

su creación. No solo las declaraciones de derechos actuales están repletas de principios genéricos, sino que entre ellos también se encuentra el núcleo del concepto ético de justicia: la igualdad¹³⁸.

3.2.2. El segundo ejemplo de justicia constitucional centralizada y planificada es el constitucionalismo europeo de posguerra, correspondiente al llamado Estado constitucional, pero que por sus evoluciones supranacionales también podría denominarse internacional. En una década, partiendo de países que habían experimentado de cerca la barbarie nazifascista (Alemania e Italia, luego España), la justicia constitucional se extendió a la justicia internacional. En particular, esto ocurrió en el Consejo de Europa y en la CEE-UE, con desarrollos que también fueron mucho más allá de las intenciones de los diseñadores.

El modelo de justicia constitucional fue el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de Karlsruhe, establecido por la ley fundamental alemana (*Grundgesetz*, 1949). Un modelo tanto por su exportación a otras naciones (España) y al orden supranacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o TEDH, Tribunal de Justicia de la UE...), como por sus propias capacidades. La principal competencia sigue siendo siempre el control de la legitimidad constitucional de las leyes; junto a esto, sin embargo, hay muchos otros, que prácticamente agotan las competencias de estos tribunales.

De hecho, como en Italia, estas funciones adicionales incluyen conflictos de jurisdicción entre poderes estatales y regionales, y sen-

¹³⁸ Al menos desde Chaïm Perelman, la justicia moral o política se concibe como formada por un núcleo genérico, la igualdad ("trata los casos iguales por igual y los casos diferentes de manera diferente"), concretado de manera diferente indicando con base en qué criterio debe considerarse un caso. iguales o diferentes de otro, a través de distintas fórmulas de justicia ("a cada uno según su rango", o "según sus méritos", o "según sus necesidades"...), ver al menos A. Ross, *On Law and Justice* (1952), Stevens, Londres 1958, tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Turín 1965, pp. 253-272.

tencias contra el presidente de la República. Además, en comparación con Italia, existe también el recurso directo (*Verfassungsbeschwerde*), con el que el ciudadano protege sus derechos fundamentales frente a violaciones cometidas por los poderes públicos: recurso que luego se extendió, en forma de recurso de amparo, a España y algunos países latinoamericanos. Esta acumulación de funciones legislativas —de legislación negativa, al estilo de Kelsen— y funciones judiciales, comunes a las autoridades independientes, es típica de la actual SP.

El Tribunal Constitucional italiano es anterior al Tribunal alemán, previsto por la Constitución de 1948 y su evolución es aún más instructiva. En el clima de posguerra, con los dos principales partidos italianos, la Democracia Cristiana y el Partido Comunista, divididos por alianzas internacionales, se adoptó una SP más antigua que nueva, basada en el legislativo más que en el ejecutivo, lo que entonces no era una coincidencia. Cambio sesenta y ocho veces en setenta y cinco años. En medio de la desconfianza de los partidos principales, se introdujo un Tribunal Constitucional, que moderó el control centralizado con juicios incidentales.

Para el control de constitucionalidad, conocido en Alemania como abstracto, sobre la conformidad de las leyes generales y abstractas con la Constitución, se utilizó de hecho un mecanismo mediante el cual el juez ordinario remite a la Corte solo las cuestiones que ha seleccionado como relevantes y no manifiestamente infundadas... A partir de su entrada en funcionamiento en 1956, la Corte reclamó competencia para aplicar toda la Constitución. Sin embargo, un síntoma de la desconfianza que lo rodea es el artículo 28 de la ley constitutiva, 87/1953, que prohíbe “cualquier evaluación de carácter político y cualquier control del uso del poder discrecional por parte del Parlamento”.

Sin embargo, evitando inmediatamente la alternativa prevista por la Constitución entre el rechazo y la aceptación de la cuestión

de constitucionalidad, la Corte comenzó a dictar sentencias de un tercer tipo, denominadas interpretativas porque hacían depender el rechazo o la aceptación de la interpretación de la disposición controlada¹³⁹. Así, el Tribunal, todavía percibido como una novedad peligrosa por los juristas de más edad, comenzó a despertar esperanzas en los juristas más jóvenes: esperanzas marcadas por la moción final del Congreso de la Asociación Nacional de Magistrados celebrado en Gardone en 1965. El juez ordinario habría debido:

1. Aplicar directamente las disposiciones de la Constitución cuando sea técnicamente posible en relación con el hecho controvertido. 2. Remitir al examen del Tribunal Constitucional, incluso de oficio, las leyes que no se prestan a ser reconducidas, en el momento de su interpretación, a las disposiciones constitucionales. 3. Interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que representan los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal¹⁴⁰.

Aparte de la aplicación directa, que seguía siendo rara, estos deseos contribuyeron a la satisfacción de la tercera condición para el paso del Estado legislativo al Estado constitucional (2.3.3): la afirmación de una interpretación o argumento constitucional, también llamada irradiación de los principios constitucionales o la constitucionalización del ordenamiento jurídico¹⁴¹. El siguiente paso fue la adición por parte del Tribunal de una tercera condición

¹³⁹ A. Cerri, "Una prima fase della giurisprudenza costituzionale in Italia", en *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, cit., pp. 125-156.

¹⁴⁰ Associazione Nazionale magistrati, *Atti e commenti-XII Congresso nazionale Brescia-Gardone*, 25-28 de setiembre de 1965, Arti Grafiche, Roma 1966, pp. 309-310. La parte final es dedicada en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bolonia 1974, especialmente las páginas 494 y ss.

¹⁴¹ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, tr. it. cit., pp. 555-559, y R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento* (1998), ahora en Id., *Filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Turín 2017, pp. 213-240.

de admisibilidad de la cuestión de constitucionalidad, además de la pertinencia y la manifiesta falta de fundamento en el mérito: el vano recurso a la interpretación conforme.

“En principio, el Tribunal supone en la sentencia 356/1996 que las leyes no se declaran constitucionalmente ilegítimas porque sea posible darles interpretaciones inconstitucionales [...] sino porque es imposible dar interpretaciones constitucionales”, es decir, adecuada o conforme a la constitución. De este modo, parcialmente corregida recientemente, el proceso de constitucionalidad italiano se ha tornado todavía más difuso, acercándose cada vez más al *judicial review*: los jueces ordinarios, ya partícipes del recurso incidental, deben aplicar sistemáticamente la interpretación conforme¹⁴².

3.2.3. El tercer ejemplo de justicia constitucional concentrada, el más anómalo porque fue adoptada por el país más hostil a la justicia constitucional, es el *Conseil constitutionnel* francés. Si no se tratara de un control constitucional centralizado, de hecho, se podría haber considerado en el párrafo anterior: las competencias del Consejo, de hecho, se han ampliado con respecto a la Constitución de 1958 —que lo instituyó por primera vez—, gracias a una decisión de los años setenta. Le siguieron reformas constitucionales que ampliaron aún más estos poderes, acercándolos a los de otros tribunales europeos.

Incluso más que la fetichización de la SP en sentido estricto, en Francia fue la memoria del *Parlement d'ancien régime* —tribunales que registraban los decretos del rey en defensa de las razones del clero y de la aristocracia— lo que impidió a todos los constitu-

¹⁴² M. Fioravanti, *Il cerchio e l'ellisse. Il fondamento dello Stato costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2020; Id., *Stato costituzionale in trasformazione*, cit., pp. 33-68; S. Panizza, “Alcune linee di sviluppo del sistema italiano di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell’arretrato”, en *1920-2020. Cent’anni di giustizia costituzionale*, cit., pp. 157-180.

yentes hasta 1958 tomar en consideración la posibilidad de una Corte Constitucional. La Constitución de la Cuarta República (1946) aún lo ignora; la propia Constitución semipresidencialista de la Quinta República lo establece solo a condición de atribuirle características peculiares.

En particular, el *Conseil* ejercitaba un control de constitucionalidad sobre las leyes no posteriores sino anteriores, entre la aprobación parlamentaria de la ley y su promulgación por el presidente. Además, el control se llevó a cabo solo a petición de los órganos constitucionales supremos, y con el número de la decisión seguido del acrónimo DC (*déclaration de conformité* con la constitución): casi como si se tratara de una formalidad burocrática. Todo esto cambia con la Decisión 71-44 (DC), habitualmente citada como *Liberté d'association* (1971).

En una escasa página, el Consejo demuestra que también considera el preámbulo de la Constitución de 1958 como parámetro de control de constitucionalidad, incluidas las referencias al preámbulo de la Constitución de 1946, y de aquí a la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Todos textos políticos cuya legalidad siempre había sido cuestionada, hasta entonces: como si no fuera obvio, desde un punto de vista evolutivo, que en un país donde la Constitución cambia cada treinta años por término medio, no puede sino formarse una tradición constitucional, conocida desde entonces como *bloc de constitucionalité*¹⁴³.

El poder de recurrir (*saisine*) se ha ampliado más recientemente a una cuota de parlamentarios; sobre todo, la reforma constitucional

¹⁴³ La etiqueta, casi nunca utilizada por el Consejo ni por los jueces ordinarios, se debe a L. Favoreu, "Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, París 1975, p. 33. Cfr. C. Denizeau-Lahaye, *L'origine du bloc de constitutionnalité*, en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-genese-du-bloc-de-constitutionnalite>

de 2008 introdujo la llamada *question prioritaire de constitutionnalité*, más propiamente llamada *a posteriori*. Al control de constitucionalidad anterior se suma un control posterior, introducido incidentalmente como el italiano, y que hoy representa el ochenta por ciento de las cuestiones decididas por el Consejo. También aquí se podría decir: obviamente. Al menos para quienes creen que una disposición adquiere significado sobre todo en su interpretación/aplicación.

Con el regreso del control francés a la tradición continental —caracterizada a su vez por un acercamiento al *judicial review* que refleja el enfoque de este último hacia el control concentrado— pierden importancia las distinciones entre control europeo abstracto sobre normas generales y abstractas, y el control concreto estadounidense¹⁴⁴. En los dos procesos, en realidad, están presentes en ambos controles: siempre hay un caso concreto que desencadena la cuestión y una regla abstracta que la resuelve. Esto se aplica a cualquier control judicial o administrativo: como los que ahora consideramos.

3.3. JUSTICIA INTERNACIONAL Y CONTROL DIGITAL

La justicia internacional es una continuación de la justicia constitucional: continuación directa en el caso del Tribunal de Justicia de la UE, una especie de tribunal constitucional de la Unión; continuación indirecta en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano del Consejo de Europa. La actividad de estos tribunales también fue decisiva para el reconocimiento de la legalidad del derecho internacional, que anteriormente no se aplicaba

¹⁴⁴ Distinción desarrollada por T. A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal* 96 (1987): 943-1005, en relación con los dos tipos de control, y apropiadamente criticado por G. Pino, “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi”, *Etica & Diritto* 7 (2006): 1-57, especialmente las páginas 36-39.

a los individuos sino solo a los Estados, y que incluso para estos últimos era infinitamente menos eficaz que los remedios políticos o incluso bélicos, como el equilibrio del terror nuclear.

De hecho, para el poder judicial más que para otros poderes, la advertencia contra la *domestic analogy* (2.3) sería aún más válida: los recursos que han funcionado dentro del Estado no necesariamente funcionan también fuera, en la esfera internacional¹⁴⁵. Sin embargo, en un planeta cada vez más pequeño y en riesgo de implosión desde Hiroshima (1945), solo instituciones igualmente globales pueden responder a problemas globales como la paz, la ecología, las desigualdades e Internet. Aquí, por el contrario, solo podremos abordar —pero como parte representativa del todo— soluciones legales al problema del control de Internet.

Sin embargo, antes de hablar de los remedios, es necesario decir cuál es el problema. Internet, nacida como un fenómeno tecnológico, aunque rodeada de un aura mesiánica de información, progreso y democracia, se desarrolló espontáneamente, como un salvaje oeste en el que inevitablemente surgieron las potencias más fuertes: las multinacionales digitales. Aunque se trata de empresas comerciales privadas, nacidas en Estados Unidos pero a menudo domiciliadas en paraísos fiscales europeos, las grandes plataformas estadounidenses son ahora empresas más ricas y poderosas que muchos Estados juntos. El problema es: ¿cómo controlarlas legalmente?¹⁴⁶.

El monopolio u oligopolio de facto que ejercen estas empresas en sectores específicos o en todo el mercado digital, de hecho,

¹⁴⁵ H. Bull, "Society and Anarchy in International Relations", en *Diplomatic Investigations*, a cargo de H. Butterfield, M. Wight, Allen & Unwin, Londres 1966, pp. 35-60, y D. Zolo, *Il tramonto della democrazia nell'era della globalizzazione* (2010), <https://serenoregis.org/2010/12/30/il-tramonto-della-democrazia> [...].

¹⁴⁶ Sobre las dinámicas de concentración/dispersión de las empresas es indispensable ver a M. Naím, *Il tempo dei tiranni*, tr. it. cit., pp. 157 y ss.

produce enormes problemas en la protección de los derechos individuales en al menos cuatro sectores: privacidad, protección del consumidor, libertad de expresión y —el más importante de todos, desde el punto de vista de la SP— *antitrust* (es decir, garantizar la competencia, luchar contra los monopolios). Son sectores con un enorme impacto en la estructura misma de las democracias liberales; hay algo más que la sospecha de que las redes sociales han sido decisivas para la ola populista que lleva una década en marcha¹⁴⁷. Aquí solo nos ocuparemos de remedios legales, legislativos, judiciales, administrativos, alternativas a remedios privados como la autorregulación por parte de las propias plataformas. Entre estos remedios no aparecen los puramente éticos, sobre los cuales son posibles dos opiniones diferentes. Una favorable: la ética digital puede/debe contribuir al desarrollo de los principios adoptados luego por el legislador¹⁴⁸. El otro desfavorable: surge la sospecha de que el gran discurso sobre ética (digital) también depende del apoyo de las plataformas, que en realidad temen una regulación legal¹⁴⁹.

¹⁴⁷ B. C. Han, *Infokratie*, Msb Matthesz & Seitz, Berlín 2021, tr. it. *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Einaudi, Turín 2023, y *La politica nel mondo digitale. Prospettive teoriche*, a cargo de G. Giacomini, L. Taddio, Mimesis, Milán 2023.

¹⁴⁸ El representante típico de esta opinión es L. Floridi, *The Ethics of Artificial Intelligence: Principle, Challenges, and Opportunities*, Oxford University Press, Oxford 2022, tr. it. *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milán 2022.

¹⁴⁹ Particularmente claro en este segundo sentido es D. Tafani, "Intelligenza artificiale e impostura", *Filosofia politica* 37, N.º 1 (2023): 129-148, especialmente la página 130; también *cfr.* sistemáticamente K. Crawford, *Atlas of AI. Power, Politics and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, Yale University Press, New Haven-Londres 2021, tr. it. *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, il Mulino, Bolonia 2023, especialmente las páginas 243 y ss. sobre el aura "mágica" o "alienígena" que todavía rodea a la IA, y que produce tanto las utopías como las distopías que la rodean.

3.3.1. La legislación sobre la red pasó por dos fases. La primera, neoliberal y sobre todo norteamericana, favoreció abiertamente a la industria digital, todavía hoy mayoritariamente estadounidense. La disposición simbólica de esta fase es el artículo 230 de la *Decency Act* (1996), todavía incluido en el Código Federal, cuyo primer párrafo —llamado “las veintiséis palabras que crearon Internet”¹⁵⁰— dice: “Ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratado como el editor o autor de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenido de información”.

En otras palabras, los motores de búsqueda y las futuras plataformas quedaron exentas de la responsabilidad de publicar información procedente de los usuarios: una responsabilidad que, en cambio, recae en los editores y periodistas. A este párrafo, en cambio, se le añadió otro que invitaba a los proveedores a actuar como “buenos samaritanos”, sin obligación ni sanción legal, asegurándoles la moderación de los contenidos colocados en línea. Los dos párrafos expresaban necesidades contrastantes pero compatibles con la Primera Enmienda de la Constitución federal: que prohíbe la censura por parte de las autoridades públicas, pero no de las privadas.

De hecho, el artículo 230 ha resistido el escrutinio de la Corte Suprema, que se ha referido a otras partes de la *Decency Act*. Las plataformas desarrolladas en el año 2000 estaban equipadas con un servicio de moderación, como funciona Facebook. Mientras tanto, se han desarrollado reglas de moderación, desde las más genéricas —como la famosa frase de un juez de la Corte Suprema: “No puedo definir la obscenidad, pero cuando la veo la reconozco”¹⁵¹— hasta

¹⁵⁰ Así, J. Kosseff, *The Twenty-Six Words Which Created the Internet*, Cornell University Press, Ithaca (N. Y.) 2019.

¹⁵¹ Es la decisión *Jacobellis v. Ohio*, 378 EE. UU. (1964), en 197 (J. Stewart, concurrente).

las más precisas. Luego, un algoritmo identifica las publicaciones sospechosas y las envía a los moderadores, en Estados Unidos pero también en India.

Los moderadores intervienen en tres niveles: en un primer nivel se reduce el material que será analizado; los expertos toman las decisiones más desafiantes; los juristas intervienen en las cuestiones más delicadas. Dicho así, parece fácil: pero ¿qué pasa con la posible obscenidad de la foto de la niña vietnamita huyendo desnuda delante de una nube de napalm? El algoritmo lo señala, los moderadores no lo recuerdan y la foto es censurada: solo para darse cuenta del error más tarde y disculparse. Todos ellos son problemas de la *governance* privada de las plataformas que, incluso en materias sensibles como estas, acaban sustituyendo cualquier control público¹⁵².

La segunda fase de la legislación de Internet, especialmente europea y, por tanto, no obstaculizada por el proteccionismo estadounidense hacia sus empresas, incluye una larga serie de disposiciones de la UE: en primer lugar, el Reglamento para la protección de datos personales (GDPR, 2016, que entró en vigor en los Estados miembros en 2018); luego la Ley de Servicios Digitales (DSA) y la Ley de Mercados Digitales (DMA, ambas de 2021); finalmente, en junio de 2023, el Parlamento Europeo aprobó la Ley de IA, primera y más ambiciosa regulación global de la IA, que luego pasará al Consejo de la UE, es decir, para ser examinada por los 27 Estados¹⁵³ (aquí, 5.2).

¹⁵² K. Klonick, "The New Governors. The People, Rules and Processes Governing Online Speech", *Harvard Law Review* 138, N.º 4 (2018): 1598-1670.

¹⁵³ La propuesta, que consta de 152 páginas, denominada *Proposal for a Artificial Intelligence Act*, fue consultado el 31 de mayo de 2023 en: <https://eur-lex.europa.eu/>

El aspecto innovador de todas estas disposiciones, en relación con las cuales los estudiosos más jóvenes utilizan la calificación de constitucionalismo digital¹⁵⁴, es el siguiente. Aunque se negocian con todas las partes interesadas, y por tanto también entre las autoridades europeas y las plataformas estadounidenses, extienden la protección de los ciudadanos europeos a cualquiera que produzca beneficios en la UE, independientemente del domicilio de las plataformas. Como veremos en breve, antes de convertirse en un principio de la legislación europea, esta extensión fue efecto del activismo de los tribunales europeos.

Meta, el *holding* de Facebook, tuvo que pagar recientemente 1200 millones de euros por la transferencia de datos de usuarios de la UE a EE. UU.: una multa insostenible para cualquier empresa que no sea una *big tech* con beneficios estelares. La eficacia de medidas como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), no siempre apreciada por los usuarios¹⁵⁵, depende también, por tanto, de las autoridades que las implementan y de los jueces que las aplican, pero no solo eso. De hecho, es más efectivo que la regulación vaya aguas arriba (*by design*, sobre proyectos¹⁵⁶) de tal forma, no espera a reaccionar ante los abusos solo después de que han generado miles de millones de fortunas.

¹⁵⁴ Así, por último, G. de Gregorio, "The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union", *I-CON* 19, N.º 1 (2021): 41-70.

¹⁵⁵ Sobre las percepciones de los usuarios, ver G. Giacomini, A. Burianni, *Il governo delle piattaforme. I media digitali visti dagli italiani*, Meltemi, Milán 2022, que también documenta una actitud ambivalente. Por un lado, los usuarios parecen conscientes de los riesgos que corren; por otro lado, prefieren el autocontrol ("moderación") por parte de plataformas privadas al control público.

¹⁵⁶ Ver clásicamente L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, Nueva York 1999, con *l'aggiornamento Code. Version 2.0*, Basic Book, Nueva York 2006. Sobre ambos, ver M. Goldoni, *Politiche del codice. Architettura e diritto nella teoria di Lessig* (2007), en <https://archiviomarini.sp.unipi.it/350/1/lessig.pdf>

Solo un ejemplo, que probablemente ya será viejo cuando se lean estas páginas. Neuralink, otra de las empresas experimentales de Elon Musk, ha obtenido autorización para implantar chips en el cerebro humano, prometiendo curar enfermedades graves, pero también arriesgándose, por citar solo una, a aumentar la agresividad de los soldados. Es el sueño/pesadilla de muchos de los padres de la IA, ya parcialmente creados con otros dispositivos: el hombre ciborg, el humano con cerebro artificial o el robot con cerebro humano¹⁵⁷. Bueno, la Ley de IA de la UE prohibirá los dispositivos electrónicos que alteren los estados emocionales.

En resumen, la legislación, especialmente en asuntos que cambian de una hora a otra, es importante y, en cierto modo, bien recibida por los propios emprendedores digitales. Quienes, salvo excepciones como Musk, prefieren conocer los límites legales dentro de los cuales moverse, o transgredir, si eso les hace más rentables. Hasta aquí, sin embargo, solo nos encontramos con el liberalismo de la regla; el liberalismo de los contrapoderes nos enseña que la Ley IA también tendrá que ser implementada/aplicada: y para ello la administración (agencias independientes) y la jurisdicción (aún más jueces independientes) son decisivos¹⁵⁸.

3.3.2. La administración, incluida la burocracia, es una condición para la implementación de las leyes. La instalación de chips en el cerebro, por ejemplo, ha sido autorizada por la Food and Drug Administration (FDA), la agencia estadounidense para la alimen-

¹⁵⁷ El más profético e inquietante de ellos es R. Kurzweil, *The Singularity is Near*, Viking, Nueva York 2005, tr. it. *La singolarità è vicina*, Maggioli, Santarcangelo (RN) 2008.

¹⁵⁸ Véase G. Giacomini, *The Arduous Road to Revolution. Resisting Authoritarian Regimes in the Digital Communication Age*, Mimesis International, Milán 2022, pp. 80-85, e Id., “Una nuova frontiera per la democrazia. Rinnovare gli assetti per difendere gli ideali”, en *La politica nel mondo digitale*, cit., especialmente las páginas 128-129.

tación y la salud. Al parecer, esto demuestra cómo se pueden eludir los controles: basta con presentar una cuestión como puramente sanitaria —devolver la vista a los ciegos, decirle a Lázaro de turno “levántate y anda”— luego proponérselo a la autoridad independiente adecuada, y hecho. En este caso, sin embargo, se concedió la autorización al quinto intento; por lo tanto, no fue una formalidad.

Estamos hablando, por supuesto, de agencias administrativas, pero cuyas decisiones —regulatorias, de ejecución y judiciales, mucho más allá de la antigua SP— acaban teniendo efectos más allá de las fronteras nacionales. Se trata de autoridades estadounidenses independientes, como la Federal Trade Commission (FTA, autoridad antimonopolio), originalmente las únicas competentes sobre Gafam (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft). Pero ahora se trata aún más de comisiones de la UE, como el Consejo Europeo de Protección de Datos o la Dirección General de Competencia, que también son competentes para sancionar a las *big tech* norteamericanas.

En el caso europeo, las comisiones pueden así negociar en pie de igualdad con las plataformas, cooperando con ellas tanto para aplicar la legislación de la Unión como para proponer su adaptación a los continuos cambios tecnológicos. En el caso estadounidense, que tradicionalmente permite la influencia directa de las empresas (*lobbying*) sobre los legisladores, parece más difícil pensar en reformas radicales. Pensemos en la FTC, cuyo principal objetivo hasta ahora ha sido la disolución de oligopolios como Meta, nacido de la adquisición de WhatsApp e Instagram por parte de Facebook¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Para una posición escéptica, ver S. Aral, *Hype Machine. How Social Media Disrupt Our Elections, Our Economy and Our Health – and How We Must Adapt*, HarperCollins, Nueva York 2020, tr. it. *Hype-Machine. Come i social media sconvolgono le elezioni, l'economia e la salute, e come dobbiamo adattarci*, Guerini, Milán 2021, pp. 299-303.

Más amenazadoras hoy parecen ser las prácticas comerciales de Amazon, el monopolista del comercio electrónico que mantiene artificialmente los precios bajos (*dumping*) para expulsar a los competidores del mercado. Sin embargo, hoy el tradicional argumento de Robert Bork a favor de este tipo de prácticas (siempre que las plataformas proporcionen sus servicios de forma gratuita, los consumidores no pueden quejarse) parece doblemente obsoleto. Mientras tanto, los usuarios de las plataformas no pagan en dinero sino en datos: aunque algunas plataformas (Meta, Twitter...), y *software* como ChatGPT, hoy planean cobrar algunos servicios en dinero.

En efecto: el pago de datos y su posterior uso con fines publicitarios se ha convertido en un hecho tan evidente que en junio de 2023 la Agencia Tributaria italiana pidió a Meta que pagara el IVA acumulado durante todos estos años. La solicitud desencadenó una delicada cuestión de la legislación fiscal italiana, que puede resumirse rápidamente de la siguiente manera: ¿deben o no las plataformas pagar el IVA sobre los enormes ingresos que también generan en Italia?¹⁶⁰.

Luego, el argumento de Bork fue revocado por Lina Khan: el *dumping* es también una práctica oligopólica, un abuso de posición dominante en el mercado¹⁶¹. En 2022, Khan ha sido convocada por el presidente Biden para presidir la FTC (Amazon y Facebook presentaron inmediatamente una solicitud de recusación), por lo que la agencia podría experimentar un nuevo activismo. Otro acontecimiento reciente —la solución dual al llamado escándalo

¹⁶⁰ Véase P. Bionani, G. Riva, “Internet gratis? Un trucco che va tassato”, *L'Espresso* (11 de junio de 2023): 76-81.

¹⁶¹ Véase respectivamente R. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, Nueva York 1978, especialmente las páginas 118 y ss., y L. Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”, en *The Yale Law Journal* 126, N.º 3 (2017): 710-805.

del siglo de Cambridge Analytica (2016)— muestra que los contrapoderes administrativos y judiciales pueden combinarse para lograr el mismo resultado: frenar el poder excesivo de las *big tech*.

Facebook le vendió a Cambridge Analytica, una consultora electoral, los datos de 87 millones de usuarios, lo que ayudó a decidir los resultados, de otro modo fluctuantes, de los dos principales acontecimientos políticos de 2016: el referéndum sobre el Brexit y la elección de Trump. Transferencia de datos sancionada en 2019 por la FTC con 5 mil millones de dólares: sanción que inició el declive de Facebook¹⁶². A finales de 2022, Meta, heredera de Facebook, tuvo que acordar una indemnización de 725 millones de dólares, sujeta a la confirmación de un juez de San Francisco, por una demanda colectiva interpuesta por usuarios.

3.3.3. En comparación con la administración, la jurisdicción ha desempeñado hasta ahora un papel menor: en los EE. UU. debido a la tradicional interpretación liberal de la Primera Enmienda; en la UE, al menos en la primera fase legislativa, debido a la igualmente tradicional política promercado. Por otra parte, en ambos lados del Atlántico, aunque con ciertas diferencias¹⁶³, la misma sensibilidad antimonopolista y proderechos también ha llegado a los tribunales más autorizados: que aquí son también el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Europeo de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶² Sobre la historia completa, B. Kaiser, *Targeted*, HarperCollins, Nueva York 2019, tr. it. *La dittatura dei dati* (2019), HarperCollins, Milán 2021, y S. Frenkel, C. Kang, *An Ugly Truth: Inside Facebook's Battle for Domination*, Harper, Nueva York 2021.

¹⁶³ Véase, por ejemplo, G. J. Werden, L. M. Froeb, "Antitrust and Tech: Europe and United States Differ, and It Matters", en *CPI Antitrust Chronicles* (2019), con las aclaraciones de M. Coppola, R. Nazzini, "The European and U.S Approaches to Anti-Trust and Tech: Setting the Records Straight", *CPI Europe Column*.

Los tribunales, especialmente los europeos, desempeñan principalmente dos papeles, que llamaré, en un sentido no técnico, de primerísima y ultimísima instancia. En primera instancia, establecen principios o más bien normas que luego utilizan los legisladores y autoridades independientes. Un ejemplo de ello es la disputa que se produjo a principios del año 2000 entre un activista judío francés y Yahoo!, un motor de búsqueda californiano. El activista, navegando por el sitio web de Yahoo! descubrió un próspero comercio de recuerdos nazis, prohibidos por la ley francesa. Yahoo! quedó asombrado: la red no tenía fronteras, la ley francesa no se podía aplicar a un sitio estadounidense.

En contra de la opinión común, el Tribunal de París consideró que Yahoo! estaba equivocado y lo invitó a eliminar recuerdos nazis de su sitio francés; la empresa apeló en Estados Unidos, alegando imposibilidad de cumplimiento, pero también tenía otros servicios en Francia, que podrían ser objeto de embargo por parte de los franceses, y tuvo que negociar. Al final, la empresa se rindió desastrosamente; de hecho, poco después, para entrar en el mercado chino, permitió a las autoridades comunistas identificar a un disidente que utilizaba un correo electrónico de Yahoo! Si se quiere hacer negocios en un país hay que respetar sus leyes, admitieron los ejecutivos¹⁶⁴.

Luego, especialmente después de que el Tratado de Lisboa (2007) atribuyera a la Carta de Niza (2000) el mismo valor que los tratados fundacionales, los tribunales europeos entraron en escena. La Carta establece que todo individuo tiene derecho “al respeto de su vida privada y familiar [...] y de sus comunicaciones” (art. 7); “a la protección de datos personales”, para ser tratados sobre la base de su consentimiento, pudiendo acceder a ellos y obtener

¹⁶⁴ Esta historia, incluida la moral, se cuenta en la introducción de J. Goldsmith, T. Wu, *Who Controls the internet? Illusions of a Borderless World* (2006), Oxford University Press, Nueva York 2008, pp. 1-10.

su rectificación, bajo el control de una autoridad independiente específica (art. 8). Además, debe entenderse que estos derechos no solo corresponden a los protegidos por la Convención de 1950, si no son más amplios (art. 52).

Como en la sentencia francesa de 2000, los jueces intentaron controlar a las *big tech* partiendo principalmente de cuestiones de competencia para intervenir en el asunto: allanando así el camino a una normativa europea, que sin duda se lo habría concedido¹⁶⁵. Es decir, los tribunales europeos reclamaron a las empresas estadounidenses la competencia para aplicar las normas europeas, incluidas sanciones: normas que, a su vez, como la Ley IA actualmente en discusión, otorgaron el poder de decidir también contra empresas estadounidenses. A partir de aquí, evidentemente, comienza otra historia.

Las empresas norteamericanas, al igual que las chinas, comenzaron a negociar con las autoridades europeas, aceptando la jurisdicción de la UE. Por lo tanto, hoy los tribunales europeos ejercen una jurisdicción de último recurso para sancionar las violaciones del derecho europeo. De último recurso en dos sentidos: mientras tanto, los principios/estándares ya están establecidos, y ahora los jueces solo tienen que aplicar las normas de la UE que los especifican; luego, la mayor parte de la actividad regulatoria, en los países de derecho civil, recae en legisladores y autoridades independientes, en comparación con los cuales los tribunales desempeñan un papel regulatorio comparativamente menor.

¹⁶⁵ Basta pensar en los diversos procesos interpuestos ante el Tribunal de Justicia por el activista austriaco Max Schrems, contra la transferencia de datos personales de la UE a los EE. UU.: los llamados Schrems I (C 362-14) y Schrems II (C 311-18). Sobre las cuestiones de competencia judicial para regular Internet, ver al menos U. Kohl, *Jurisdicción e Internet. Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, así como por supuesto G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, quinta edición, il Mulino, Bolonia 2020.

De hecho, mientras las decisiones judiciales sean solo de principio, como en el caso de los tribunales europeos, o impongan multas multimillonarias, pero aun así ridículas, en comparación con los beneficios de las *big tech*, el camino judicial hacia el control digital tendrá los mismos límites que la antigua y nueva SP: protegerá mucho más los fuertes y concentrados poderes de las plataformas digitales, y mucho menos a sujetos individuales como los usuarios¹⁶⁶. Más prometedor, en todo caso, parece ser el camino de las autoridades independientes, que ya operan en la nueva SP pero aún más necesarias para el modelo actual, en particular para la protección de los consumidores globales.

En el camino hacia la digitalización, por otro lado, el poder judicial se enfrenta a otro desafío que le concierne directamente y que se abordará en los dos próximos capítulos. Hasta ahora hemos considerado la justicia como uno de los tres elementos de la SP, que también puede utilizarse para limitar los poderes de las *big tech*. El proceso de digitalización, además, tiende a afectar al propio poder judicial: por ahora solo ofrece servicios auxiliares, pero amenaza, tarde o temprano, con sustituir a la justicia humana. El juez automático, que se está diseñando en todo el mundo, es el nuevo desafío interno de la SP que ahora debemos afrontar.

¹⁶⁶ Más optimistas son los partidarios del constitucionalismo digital como O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on Internet. A Road to Digital Constitutionalism?*, Hart, Londres y Portland (O.) 2021.

CAPÍTULO IV

JUSTICIA DIGITAL: AUXILIAR Y SUSTITUTIVA*

Imaginé el futuro frigorífico inteligente colocado en mi cocina [...] para evaluar la posibilidad de que yo fuera un delincuente.

Edward Snowden, *Errore di sistema*, 2019.

Uno de los factores que, en la década de 2020, más contribuyó a la recesión democrática y a la barbarie generalizada a nivel global fue la digitalización. El término “digitalización” indica el siguiente proceso, extrañamente similar a las colonizaciones de milenios pasados¹⁶⁷. Las herramientas digitales (*devices*), en particular el

* El capítulo se inspira en un *webinar* realizado en español en diciembre de 2021 para el Poder Judicial del Perú, por invitación de mi amigo, el profesor Pedro Grández, cuyo texto sirvió luego de base para una serie de lecciones de la Maestría en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (XI ed., Génova, enero de 2022). Un primer borrador, infinitamente menos actualizado, es el de M. Barberis, “Justicia predictiva: auxiliar y sustitutiva. Un enfoque evolutivo”, *Milan Law Review* 2 (2022): 1-18.

¹⁶⁷ El proceso se describe detalladamente, en relación con las colonizaciones antiguas y en particular con la colonización cultural griega de Roma, condensado en el verso de Horacio “Graecia capta ferum victorem cepit”, por A. Toynbee, *A Study*

smartphone multifuncional (*multitasking*), se adueñaron de nuestro tiempo libre y luego ocuparon progresivamente, controlándolos cada vez con más atención, todos los sectores cruciales de nuestra vida, incluida la política y el derecho.

Desde la socialización primaria, antaño confiada a la familia, la Iglesia y la escuela, hasta la educación sexual y el propio sexo, cada vez menos *offline* porque ha sido sustituido por la pornografía *online*, hasta la información, la escuela y la asistencia sanitaria, todas las formas de han sido progresivamente colonizadas por lo digital. Basta comparar a dos personas, como un hombre de noventa años y su cuidador, que obtienen información respectivamente a través de la televisión y de Internet, para darse cuenta de que la comunicación entre ellos se vuelve cada vez más difícil, como si vivieran en mundos diferentes.

Este proceso de digitalización, acelerado por la pandemia y a menudo justificado apelando a objetivos ecológicos infundados —en realidad, Internet consume energía y recursos ambientales poco menos que cualquier otra actividad económica¹⁶⁸— no podía dejar de aterrizar en el mundo legal. Lo hizo con la justicia digital,

in History, Oxford University Press, Oxford 1934-1961, vol. VIII (1954). Para un estudio actualizado E. Paniagua, *Error 404. ¿Preparados para un mundo sin internet?*, Debate, Madrid 2021, tr. it., *Error 404. Siete pronti per un mondo senza internet?*, Einaudi, Turín 2022.

¹⁶⁸ G. Pitron, *L'enfer numérique. Voyage au bout d'un Like*, Les gravámenes qui libèrent, París 2021. En italiano: *Inferno digitale, Perché internet, smartphone e social network stanno distruggendo il nostro pianeta*, Luiss University Press, Roma 2022. Todavía más preocupante, J. Crary, *Scorched Heart*, Verso, Londres 2022, tr. it. *Terra bruciata. Oltre l'era digitale verso un mondo postcapitalista*, Meltemi, Milán 2023. J. Bruder, D. Maharidge, *Snowden's Box. Trust in the Age of Surveillance*, Verso, Nueva York 2020, tr. it. *Snowden's Box. La fiducia nell'era del controllo*, Edizioni Clichy, Firenze 2022, p. 38, recordemos solo un ejemplo: el colosal y supercontaminante centro de datos de la Agencia de Seguridad de Estados Unidos (NSA), construido en el desierto de Utah.

habitualmente llamada predictiva porque su parte central apunta a predecir decisiones judiciales. Como hemos visto, la justicia es un factor decisivo de la SP, especialmente de la actual; Aquí nos preguntamos si la digitalización puede contribuir a resolver los problemas de justicia y en qué medida.

En el primer apartado se aportarán algunas nociones y distinciones mínimas sobre la IA, los algoritmos y la justicia predictiva o digital, distinguiendo en particular dos funciones de la justicia digital: auxiliar y sustitutiva. En el segundo abordaremos la cuestión de la posibilidad de introducir —ciertamente no una justicia digital auxiliar, que ahora se utiliza y que de hecho se ha vuelto indispensable, sino— una justicia sustitutiva: el juez que aquí llamaremos automático, por analogía con el piloto automático. Finalmente, en la tercera sección, discutiremos la legitimidad constitucional de una posible justicia digital sustitutiva.

4.1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA AUXILIAR

La digitalidad importa a la SP desde dos aspectos: como objeto y como herramienta de control. Como objeto, la actual SP extiende su regulación a los poderes digitales, intentando limitarlos laboriosamente¹⁶⁹ (3.3). Como instrumento de control, la antigua SP en sentido estricto, como poder independiente, pero “nulo”, funcional a la certeza de la ley y los derechos, parece haber encontrado su encarnación ideal en la justicia digital. Esta, de hecho, delega la decisión judicial, en parte o en su totalidad, a un juez automático, aparentemente más imparcial y predecible que el juez humano.

Juez automático: la justicia digital funciona a partir del aprendizaje automático (*machine learning*) de datos compuestos por

¹⁶⁹ Así F. Donati, “Intelligenza artificiale e giustizia”, *Rivista A. I. C.*, N.º 1 (2020): 415-436, lo que distingue este perfil de la informática jurídica, del abordado en el capítulo anterior, del control judicial en Internet.

decisiones judiciales pasadas. Juez imparcial: a una máquina no le afecta la sospecha de parcialidad que siempre pesa sobre los jueces humanos. Pero, sobre todo, un juez predecible: la justicia digital predictiva parece más segura que la justicia puramente humana¹⁷⁰. ¿Pero es realmente así? Para disipar esta duda, o confirmarla, es necesario hacer algunas distinciones preliminares, respectivamente, sobre inteligencia artificial, algoritmos y justicia auxiliar y sustitutiva.

4.1.1. En cuanto a la inteligencia artificial (*artificial intelligence*), esta utiliza herramientas informáticas (máquinas [*hardware*] y programas [*software*]) para integrar o incluso sustituir la inteligencia humana. La IA normalmente se concibe y define de manera antropocéntrica, como un intento de replicar la inteligencia humana¹⁷¹; también por esta razón comúnmente se divide en IA restringida (*narrow*) o débil (*weak, soft*), limitada a funciones específicas como el cálculo, y la IA general (*general*) o dura (*hard*), tan extensa como toda la inteligencia humana¹⁷².

Sin embargo, estas definiciones y clasificaciones comunes de la IA son engañosas precisamente porque son antropocéntricas. El hombre y su inteligencia no son el propósito y la culminación de la creación, como postula el antropocentrismo: son simplemente productos aleatorios de la evolución. La inteligencia humana es

¹⁷⁰ Véase del título G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Turín 2005, y la trilogía completa, editada por Alessandra Carleo, *Calcolabilità giuridica*, il Mulino, Bolonia 2017; *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, il Mulino, Bolonia 2018; *Decisione robotica*, il Mulino, Bolonia 2019.

¹⁷¹ Véase, paradigmáticamente, M. A. Boden, *Intelligenza Artificiale. Una introducción muy breve*, Oxford University Press, Oxford 2018, p. 1: “IA” se refiere a la tecnología que “make the computers do sorts of things that [human] minds do”.

¹⁷² Para esta distinción, también muy antigua, P. Benanti, *Human in the Loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Mondadori Education, Milán 2022, especialmente la página 66.

solo la forma en que el *homo sapiens* ha logrado adaptarse de vez en cuando a los cambios de su entorno. Podemos entonces ofrecer una definición no antropocéntrica de inteligencia como la capacidad de adaptarse al entorno: una definición a partir de la cual se dan muchas inteligencias, biológicas, humanas e incluso digitales¹⁷³.

Una definición de este tipo, que también se ha vuelto relativamente común, al menos entre los científicos, la proporcionó hace unos treinta años el ingeniero estadounidense James Albus. El término “inteligencia” designa “la capacidad de un sistema para actuar apropiadamente en un entorno incierto, donde las acciones apropiadas son aquellas que aumentan la probabilidad de éxito”: la supervivencia de la selección natural y la capacidad de alcanzar los propios objetivos en el entorno¹⁷⁴. Definición evidentemente ligada a la de racionalidad instrumental, como capacidad de alcanzar los propios objetivos, cualesquiera que sean.

Por tanto, no hay una inteligencia, sino muchas. Como leemos en uno de los libros más estimulantes sobre el tema, no solo existen diversas formas de inteligencia y/o racionalidad biológica y animal, sino también diferentes tipos de inteligencia artificial¹⁷⁵. La misma inteligencia del *homo sapiens*, nos recuerda el adjetivo, puede considerarse artificial a su manera: de hecho se ha servido de

¹⁷³ Véase L. Alexandre, *La guerre des intelligences. Comment l'intelligence artificielle va révolutionner l'éducation*, Lattès, París 2017. En italiano, *La guerra delle intelligenze. Intelligenza artificiale contro intelligenza umana*, EDT, Turín 2018, p. IX: “La inteligencia es el medio que la evolución darwiniana ha proporcionado a la humanidad para sobrevivir en un entorno salvaje”. Para la crítica del antropocentrismo, es esclarecedor N. Cristianini, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, il Mulino, Bolonia 2023, especialmente la página 25.

¹⁷⁴ J. S. Albus, “Outline for a Theory of Intelligence”, en *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics* 21, N.º 3 (1991): 473-509.

¹⁷⁵ P. Benanti, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, cit.

tecnologías de primer orden (el garrote), de segundo (las máquinas), de tercero (las propias IA, en plural *machinae*, a su vez sapientes), para sobrevivir en condiciones hostiles y en la lucha contra animales más fuertes¹⁷⁶.

Esta definición no antropocéntrica de “inteligencia” tiene implicaciones tanto en concepciones muy generales de lo digital como en la justicia digital misma. Mientras tanto, supera la falacia, común según la cual el único aspecto interesante de la IA, tanto en la práctica como en la teoría, sería su similitud con la inteligencia humana. Por el contrario, una definición no antropocéntrica de “inteligencia” admite la posibilidad de “otras” inteligencias no humanas, que también pueden servir para comprender mejor, por contraste, la inteligencia humana.

Pensemos en el modelo cero de Karl Popper, ya utilizado para comprender el *homo economicus* (1.1). Los seres humanos, recordemos, no pensamos únicamente maximizando la utilidad esperada, según los modelos de los economistas. Por el contrario, observan los psicólogos cognitivos, también razonan basándose en emociones como el miedo: emociones que les han permitido sobrevivir y reproducirse a lo largo de la evolución. En el caso de la justicia digital, en particular, el Modelo Cero sirve para mostrar que existen suficientes diferencias entre el razonamiento humano y el digital como para que no sean en absoluto fungibles, es decir, intersustituibles. Una definición no antropocéntrica de “inteligencia”, en particular, nos libera del mito de la IA general, como inteligencia capaz de reemplazar a la inteligencia humana. La cuestión, sobre la que hoy existe un amplio consenso entre los informáticos e incluso entre los juristas, es que las máquinas tienen efectivamente un poder de cálculo y de acumulación de datos incomparable al de las humanas, pero no razonan como los humanos:

¹⁷⁶ Esta división tripartita, que retomaremos más adelante, se encuentra en L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale*, p. 31.

acumulan y procesan datos cuyo significado en realidad no entienden¹⁷⁷. Esto también se aplica a diversos *software* como ChatGPT y el resto de las llamadas IA generativas: que efectivamente imitan textos humanos, pero sin entender su significado.

La revolución de la IA se reduce, pues, a esto: gracias al aprendizaje automático, ordenadores cada vez más potentes acumulan cada vez más datos (*big data*), de los que extraen predicciones cada vez más precisas, pero sin comprender ni a unos ni otros. Lo mismo se aplica también al llamado aprendizaje automático profundo (*deep machine learning*), basado en redes neuronales similares a las del cerebro humano y capaces de reelaborar los algoritmos de forma autónoma de los diseñadores¹⁷⁸. Se corre así el riesgo de convertirse en una caja negra, de la que se conocen sus entradas y salidas, pero no su funcionamiento interno¹⁷⁹.

4.1.2. Todo esto es posible gracias a los algoritmos: cualquier proceso de cálculo que, en una secuencia finita de pasos, nos permite pasar de los datos, la entrada, a las conclusiones, la salida. Proceso diseñado por el programador, aunque la máquina puede modificarlo en aprendizaje profundo, basado en procedimientos puramente

¹⁷⁷ Entre muchos, ver E. J. Larson, *The Myth of Artificial Intelligence. Why Computers Can't Think the Way We Do*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2022, tr. it. *Il mito dell'intelligenza artificiale. Perché i computer non possono pensare come noi*, Franco Angeli, Milán 2022, y G. Gigerenzer, *How to Stay Smart in a Smart World. Why Human Intelligence Still Beat Algorithms*, MIT Press, Boston (Mass.) 2022, tr. it. *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, Raffaello Cortina, Milán 2023.

¹⁷⁸ Véase el ensayo fundamental de Y. Le Cun, Y. Bengio, G. Hinton, "Deep Learning", *Nature* 521 (2015): 436-444, ocho pequeñas páginas que, consultadas, en junio de 2023, alcanzaron 65 758 citas. También se ha hablado mucho de Hinton en Italia porque —lejos de ser "el padre" de la IA— ha hecho saltar las alarmas sobre la posibilidad de que la IA acabe sustituyendo a la humanidad.

¹⁷⁹ Véase F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

asociativos: se insertan determinadas palabras y a partir de la frecuencia estadística de sus asociaciones el algoritmo llega ciegamente a determinadas conclusiones, sin comprender su significado y relevancia. Existen analogías cuantitativas con el funcionamiento del cerebro humano, pero con una diferencia cualitativa fundamental.

Incluso el cerebro humano, nos han explicado los psicólogos cognitivos, funciona así a diario: también adopta una especie de algoritmos, llamados heurísticos, es decir, atajos cognitivos. Sin embargo, en situaciones críticas, cuando es necesaria una reflexión, las heurísticas corren el riesgo de convertirse en sesgos igualmente: prejuicios como el conformismo, el sexismo, el nacionalismo o el racismo¹⁸⁰. Similarmente, el procesamiento de *big data* mediante algoritmos puede ciertamente sustituir a las teorías científicas en sus funciones meramente prácticas, pero no en sus funciones propiamente teóricas, es decir, explicativas o integrales.

El culto casi religioso a la *big data* y a los algoritmos ha producido incluso una filosofía —llamada dataísmo— que propone una racionalidad puramente digital, inexorablemente destinada a suplantar las filosofías y racionalidades actuales, y con ellas no solo la justicia humana, como veremos, sino la propia democracia política¹⁸¹. No son ideas nuevas, de hecho, se remontan a teorías

¹⁸⁰ Para esta distinción entre heurística y sesgo, y para la que conecta entre el Sistema 1, intuitivo, y el Sistema 2, reflexivo, del cerebro humano, ya es clásico D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, edición que también contiene los ensayos, escritos con el otro psicólogo israelí Amos Tversky, que constituyen los fundamentos de la psicología cognitiva. Para ver una montaña de ejemplos tomados del razonamiento corporativo y gerencial, consulte O. Sibony, *Vous allez commettre une terrible erreur! Combattre les biais cognitifs pour prendre des meilleures décisions*, Flammarion, París 2019, tr. it. *Stai per commettere un terribile errore! Come evitare le trappole del pensiero*, Raffaello Cortina, Milán 2022.

¹⁸¹ De ahí el famoso ensayo de Chris Anderson, “The End of Theory. The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete”, *Wired* (2008), también legible en <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>, luego ampliado por autores como A. Pent-

tecnocráticas del siglo XIX. Su principal crítico contemporáneo, Byung-Chul Han, rebautizó como infocracia: es decir, dictadura de la información¹⁸². Ideas que también se pueden replicar, de forma más sencilla, de la siguiente manera.

Cuantitativamente, la IA funciona bien para la mayoría de las reacciones semiautomáticas para las cuales la mente humana utiliza heurísticas y sesgos. Cualitativamente, sin embargo, la IA aún no ha dado, y quizás nunca dé, el salto del procesamiento de datos al uso humano: consciente, reflexivo y responsable. Por supuesto, quienes utilizan las versiones más actualizadas de ChatGPT quedan hechizados por esta imitación de la inteligencia humana. Conviene reflexionar, sin embargo, sobre el hecho de que los resultados de este *software* se obtienen a partir de meras asociaciones de palabras, obtenidas mediante un algoritmo inconsciente de su significado o relevancia.

4.1.3. Todas estas consideraciones y distinciones —especialmente entre la IA restringida, limitada a la realización de tareas específicas, y la IA general, que pretende sustituir por completo a la inteligencia humana—, tienen profundas implicaciones para la justicia digital. Esta, con todas las aclaraciones que a continuación se brindan, puede ejercer dos funciones principales: una *auxiliar*, el apoyo que se brinda al juez y demás operadores jurídicos humanos, para el mejor ejercicio de funciones jurisdiccionales específicas; y una *sustitutiva* del juez humano en todas sus funciones¹⁸³.

land, *Social Physics. How Food Ideas Spread. The Lessons from a New Science*, Penguin, Nueva York 2014, traducido al italiano como *Fisica sociale. Come si propagano le buone idee*, Università Bocconi, Milán 2015, y difundidas por el habitual Y. N. Harari, *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*, Penguin, Londres 2017, traducido al italiano como *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, Milán 2018.

¹⁸² B. C. Han, *Infocrazia*, especialmente pp. 47-59.

¹⁸³ La oposición auxiliar/sustitutivo aparece a menudo en la literatura; para un ejemplo literal, ver G. Legnini, *Introduzione a La decisione robotica*, cit., p. 13:

Entre las funciones auxiliares, correspondientes a la IA restringida y también desempeñadas en Italia por herramientas digitales, tenemos el *Processo Civile Telematico* (PCT)¹⁸⁴. La función sustitutiva, correspondiente a la IA general y, por lo tanto, hasta ahora puramente hipotética, estaría la justicia predictiva: la predicción de decisiones futuras de los jueces sobre la base de datos (decisiones pasadas) y mediante procedimientos estadísticos/probabilísticos (algoritmos)¹⁸⁵. De hecho, la justicia predictiva es la tarea más ambiciosa que lleva a cabo la justicia digital auxiliar, y el paso necesario para una eventual justicia sustitutiva.

En sí misma, la función de la justicia predictiva sería solo auxiliar; predecir decisiones judiciales, de hecho, es útil para todos los trabajadores de la justicia¹⁸⁶. Es útil para los abogados: quienes, basándose en el progreso de juicios pasados, pueden predecir el resultado de juicios futuros. Así, pueden aconsejar a sus clientes que se abstengan de demandas imprudentes y costosas: lo que dañaría sus intereses, obstruiría aún más la máquina judicial, pero aumentaría los honorarios de los abogados. La justicia predictiva, además, sirve

“El uso del robot marca [...] un potencial salto de calidad, precisamente porque postula un efecto sustitutivo y no solo un aporte auxiliar [en] la tecnología disponible para el juez”. Para la misma distinción conceptual, pero usando términos diferentes, ver M. Luciani, “La decisione giudiziale robotica”, *Revista A. I. C.*, N.º 3 (2018): 873.

¹⁸⁴ El juicio civil electrónico, después de décadas de experimentos, fue establecido con el decreto legislativo del 18 de octubre de 2012, N.º 179, a partir de junio de 2014. Véase L. Sileni, N. Gargano, *Codice commentato del processo civile*, Giuffrè, Milán 2017.

¹⁸⁵ Véase S. Shalev-Schwartz, S. Ben-David, *Understanding Machine-Learning. From Theory to Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

¹⁸⁶ Así, *Predictive Justice*, voce in *Digital Dictionary*, editada por M. Cauli, L. Favier, J.-Y. Jeannas, Wiley, Hoboken (N. J.) 2022, pp. 247-250.

a los propios jueces: ayudándoles en la tarea cada vez más esencial de buscar precedentes¹⁸⁷.

Pero, sobre todo, la justicia predictiva, aunque en sí misma meramente auxiliar, contribuye a uno de los objetivos últimos del derecho, la certeza o la previsibilidad. Sin este ni siquiera habríamos tenido el derecho occidental moderno, sino esa forma de arbitrio judicial que Max Weber llamó la justicia del Cadi. El propio Weber, como se sabe, planteó la hipótesis de que el capitalismo nació en Occidente, y no en otro lugar, precisamente porque este derecho proporcionaba a los comerciantes y empresarios un marco regulatorio más racional, predecible y calculable que cualquier otra institución diseminada por el planeta¹⁸⁸.

Hipótesis que, de hecho, no se contradice con la exportación del capitalismo a la China comunista, en forma de capitalismo de Estado. Mientras los chinos participaron en el proceso de globalización y occidentalización del mundo, antes de retirarse de él como Rusia, copiaron diligentemente el capitalismo occidental, incluido el derecho. Derecho cuya previsibilidad/calculabilidad ha sido condensada por juristas del *common law* como el juez Oliver W. Holmes Jr. en una (supuesta) definición de derecho, formulada en términos de “predicciones sobre lo que los tribunales realmente harán”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Véase F. Viganò, “Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, en *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, editado por P. Ivaldi, M. Pelissero, Genova University Press, Génova 2021, pp. 5-26, y también M. Barberis, *Diritto in evoluzione*, cit., especialmente las páginas 228-229.

¹⁸⁸ Véase M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922, traducido al italiano como: *Economía y sociedad*, Comunità, Milán 1981, respectivamente vol. II, *Economía y tipos de comunidad*, especialmente las páginas 135-136 y 30, y vol. III, *Sociología del derecho*, especialmente p. 30, también P. Rossi, “Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica”, en *Calcolabilità giuridica*, cit., pp. 29-36.

¹⁸⁹ Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, N.º 10 (1897): 461, y más en general, sobre esta entre las muchas líneas de

Holmes, más tarde juez de la Corte Suprema y precursor del realismo jurídico estadounidense, habló ante una audiencia de abogados en Boston en 1897, y su supuesta definición probablemente captó su concepto de derecho: los abogados deben prever las decisiones de los jueces, para servir a los intereses de los clientes, así como los suyos propios. Sin embargo, la de Holmes sigue siendo una supuesta definición del derecho porque confunde predicción con prescripción, derecho con predicciones de los abogados. Confusión casi natural y casi inevitable; sin embargo, confusión.

Como explicaba el habitual Popper llamándolo “efecto Edipo”, la propia emisión de una predicción produce en el oyente una expectativa, que puede llevar a comportarse como si la predicción fuera cierta, contribuyendo a que se haga realidad¹⁹⁰. Lo mismo ocurre con las decisiones judiciales, incluso cuando no existe ningún vínculo con un precedente. Por tanto, una predicción puede influir en una prescripción, pero sigue siendo lógicamente distinta de ella; de hecho, la prescripción no puede deducirse de la predicción sin incurrir en la guillotina de Hume: las reglas no pueden deducirse de meras proposiciones.

Precisamente este error tan común, por otra parte, ilustra la ausencia de coincidencia entre los conceptos de justicia predictiva, auxiliar y sustitutiva. Mientras siga siendo auxiliar, la justicia predictiva se limita a predecir lo que harán los jueces, especialmente si son jueces de derecho común. Los propios jueces anglosajones, sin embargo, cuentan con varias herramientas para eludir los precedentes: *distinguishing* (asumiendo que el caso a decidir tiene características relevantes y diferentes a los casos ya decididos); *ove-*

investigación inauguradas por el realismo americano, G. Alpa, “Note sulla calcolabilità nel diritto nordamericano”, en *Calcolabilità giuridica*, pp. 83-99, en *Intelligenza artificiale. El contesto jurídico*, Mucchi, Módena 2021.

¹⁹⁰ K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, p. 27.

rruling (establecer que la decisión anterior fue incorrecta y decidir lo contrario). Más aún, es posible que los jueces de *civil law* no sigan los precedentes.

Entonces, la diferencia entre justicia predictiva auxiliar y justicia predictiva sustitutiva consiste en lo siguiente: mientras que la predictiva auxiliar se limita a ayudar al juez humano a tomar una decisión que puede adaptarse o no a las predicciones, la predictiva sustituta ciertamente transforma la predicción en una decisión, tomada por un juez algorítmico basado en los datos/precedentes. Diferencia aparentemente sutil pero enorme: en el primer caso sigue siendo un juez humano quien decide, motiva y asume la responsabilidad; en el segundo, una máquina decide, basándose en datos y algoritmos¹⁹¹.

De hecho, la diferencia entre los dos tipos de justicia es tan abismal como la distancia entre el juez humano y la máquina: aunque los jueces humanos más conformistas o más sobrecargados de trabajo pueden adaptarse a las predicciones, configurándose el efecto de rebaño¹⁹². Sin embargo, la diferencia es lo suficientemente enorme como para explicar por qué nadie, ni siquiera los juristas más avanzados, cuestionan la introducción de formas auxiliares de justicia digital, como el PCT. La justicia sustitutiva, sin embargo, generalmente está excluida: a menos que discutamos hasta el agotamiento por qué no se puede distinguir de la justicia auxiliar.

El hecho es que ya hoy los juristas, pero también antes muchos otros profesionales, desde aseguradores hasta especuladores financieros, no podían prescindir de bases de datos electrónicas

¹⁹¹ Véase Zaccaria, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Mucchi, Módena 2023.

¹⁹² Véase F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 432, y más en general A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale*, Presses Universitaires de France, París 2018, tr. it. *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* (2018), tr. it. il Mulino, Bolonia 2021.

y de *software*, que rápidamente se están extendiendo también a la Administración pública. Incluso sin mencionar los casos de automatización de la Administración estonia o el caso más inquietante del Estado chino, basta recordar que la maquinaria judicial de países como Brasil, India e Italia adolece de un retraso alarmante: que se está solucionando en parte precisamente mediante la automatización de los servicios.

Basta pensar en la informatización de las decisiones judiciales en archivos o bases de datos para facilitar la búsqueda de precedentes por parte de todos los operadores de justicia, ya desbordados por la legislación y la jurisprudencia misma. Pensemos, de nuevo, en todas las valoraciones técnicas, matemáticas o probabilísticas, como el cálculo de la indemnización por despido, la cuantificación de la pensión alimenticia del hijo o del cónyuge, la fijación de indemnizaciones por daños personales¹⁹³. Por lo tanto, es fácil imaginar que esta justicia digital encontrará una aplicación cada vez más amplia también en Italia.

Si fuera solo por la justicia auxiliar, en resumen, la discusión también podría terminar aquí: dejando la palabra a los informáticos, con sus sorprendentes innovaciones, y tal vez a los filósofos, con sus reflexiones sobre la tecnología. En realidad, todos los problemas que alimentan el debate surgen solo porque —especialmente cuando se habla de ella en términos de justicia predictiva, que puede participar en ambas funciones— todavía se confunde con la justicia sustitutiva. Es esto lo que plantea problemas insalvables, no solo

¹⁹³ Estudia estas actividades sobre todo Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, Oxford 2008; Id., *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2019. Sobre ello, ver a D. Canale, “The Opacity of Law. On the Hidden Impact of Experts Opinion on Legal Decision-Making”, *Law and Philosophy* 40, N.º 5 (2021): 549-563.

técnicos, sino también de oportunidad y constitucionales: como veremos en los siguientes apartados.

4.2. ¿ES APROPIADA LA JUSTICIA SUSTITUTIVA?

Al problematizar la noción de inteligencia y admitir que la IA es irreductiblemente diferente de la inteligencia humana, hay que admitir que una de las diferencias consiste precisamente en la capacidad de juzgar, distintiva de los humanos y particularmente de los jueces¹⁹⁴. Desde este punto de vista, la justicia sustitutiva podría descartarse como una curiosidad que puede interesar exclusivamente a los especialistas en informática jurídica: académicamente divididos, en Italia, entre filósofos del derecho que especulan sobre el tema para darse un aire de modernidad, y expertos privados en derecho informático¹⁹⁵.

Más bien, es un fenómeno crucial también para las teorías del derecho y la interpretación, capaz de obligarnos a repensar las nociones mismas de derecho y justicia. Por ejemplo, ¿podría decirse que un derecho elaborado no por los constituyentes, legisladores o jueces, sino por máquinas, es positivo? ¿Podría seguir llamándose justicia a un procedimiento judicial puramente algorítmico, que excluye la interpretación, la argumentación y la responsabilidad del juez, no en el sentido moral del término,¹ sino en el sentido estrictamente jurídico de competencia?

¹⁹⁴ Sobre la facultad de juzgar, de Kant a Franz Kafka, A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Milán 2023.

¹⁹⁵ Para limitarnos a lo primero, “La sfida della giustizia predittiva. Riflessioni a partire da una ricerca empirica in materia di protezione internazionale”, a cargo de Di Donato, *Rivista di filosofia del diritto* 12, N.º 1 (2023): 85-168, que intenta importar a Italia perspectivas como la *legal analytics* propuesta por K. D. Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Legal Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

Más específicamente, si adoptamos la noción no antropocéntrica de IA y nos centramos en la justicia predictiva sustitutiva, como modelo cero de justicia humana, nos vemos obligados a abordar muchos aspectos problemáticos. Mientras tanto, con problemas estrictamente comparativos: un sistema de justicia sustitutiva acercaría el *civil law* aún más al *common law* de lo que ya está ocurriendo (4.2.1). Como consecuencia, la justicia continental tal vez se volvería más segura/predecible, pero también más conservadora (4.2.2), y la expondría a sesgos como la llamada discriminación estadística (4.2.3).

4.2.1. En cuanto al *civil law* y al *common law*, el Modelo Cero de justicia sustitutiva nos permite darnos cuenta, si alguna vez lo habíamos pasado por alto, del papel central que desempeñan en ambos sistemas las decisiones judiciales: ya sean individuales (precedente) o colectivas (jurisprudencia)¹⁹⁶. De hecho, la principal diferencia entre el *civil law* y el *common law* no reside en el carácter respectivamente persuasivo y obligatorio del precedente. Más bien, en el *common law* el juez también puede decidir sobre la base de un único precedente, incluida la aplicación de una ley; en el *civil law*, sin embargo, siempre debe justificarse sobre la base de una ley¹⁹⁷.

De ahí el papel diferente que desempeña en ambos sistemas la interpretación, como atribución de significado a los textos. Poco relevante para los precedentes, que carecen de una formulación canónica a la que atribuir significado¹⁹⁸, la interpretación es, en cambio, importante para la legislación, aunque también aquí muy

¹⁹⁶ Para la distinción, ver desde el título M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Nápoles 2007; para la aplicación al tema de la justicia digital, sin embargo, ver *Il vincolo giuridiziale del passato*.

¹⁹⁷ Así M. Troper, "La forza del precedente e gli effetti perversi nel diritto", *Ragion pratica*, N.º 6 (1996): 65 y 73.

¹⁹⁸ R. Cross, *Precedent in English Law* (1968), Clarendon, Oxford 1977, p. 33.

sobrestimada. La teoría analítica continental, especialmente el realismo jurídico “genovés”¹⁹⁹, considera que la atribución de significado a los textos es crucial para las decisiones judiciales. Sin embargo, como sabe cualquier jurista práctico, esta decisión depende al menos en la misma medida de la reconstrucción de hechos y precedentes.

Basta pensar en el art. 118 del Código de Procedimiento Civil (1940): “La motivación de la sentencia [...] consiste en la exposición sucinta de los hechos del caso y de los fundamentos jurídicos de la decisión, con referencia también a los precedentes conformes [...]. En todo caso deberá omitirse la cita de autores juristas”. Aquí —con el debido respeto a los “realistas” genoveses, que descuidan precisamente las actividades actuales más descritas que prescritas por el art. 118— la reconstrucción de los hechos precede a la interpretación de la ley, se recomienda el uso de precedentes, y se prohíbe la cita de la doctrina.

Ahora bien, la decisión judicial robótica o algorítmica se basa en textos: pero solo en el sentido de trozos de papel. De hecho, parte de meras asociaciones de palabras, no de significados, asociaciones presentes directamente en los precedentes, y solo indirectamente en las leyes. El *civil law* y el *common law* exorcizan la discrecionalidad del juez: pero el primero lo obliga a la inducción, de lo particular a lo general, el segundo a la deducción, de lo general a lo particular. Bueno: la justicia predictiva favorece la inducción sobre la deducción. La diferencia es clara, sobre todo a nivel lógico: como nos recuerdan desde hace siglos David Hume y el propio Popper, la inducción, a diferencia de la deducción, no presenta ninguna necesidad lógica. Del hecho de que hasta ahora, cada mañana de nuestras

¹⁹⁹ Expresión con la que, tras la muerte prematura de Tarello, se entiende sobre todo la teoría de Riccardo Guastini y sus alumnos: ver *El arte de la distinción. Escrito para Riccardo Guastini*, editado por P. Chiassoni, P. Comanducci, G. B. Ratti, Marcial Pons, Madrid 2018, 2 volúmenes.

vidas, siempre ha salido el sol, no se puede inferir que saldrá hasta el fin de los tiempos. Un día, habiendo agotado su ciclo vital, el sol se convertirá en uno de los muchos agujeros negros que pueblan el universo. Por lo tanto, el pavo inductivista de Bertrand Russell se equivoca al confiar en sus amos; hasta ahora solo lo han engordado, pero para él también llegará el día de Acción de gracias²⁰⁰.

Es cierto que la deducción, y más generalmente la lógica, no son irrelevantes ni en el *common law* ni en la justicia digital: los lenguajes occidentales de los que aprenden los algoritmos, de hecho, están estructurados por géneros y especies, a su vez vinculados por relaciones silogístico-deductivas. Muchos juristas continentales, sin embargo, todavía analizan la justicia digital, aunque nació en el mundo anglosajón, creyendo que una máquina puede, en abstracto, funcionar deduciendo la decisión del caso directamente de la ley, tal como debería haberlo hecho, pero nunca lo hizo, el juez *machine-à-syllogismes* de Beccaria.

Sin embargo, en este punto los juristas continentales están doblemente equivocados. Mientras tanto, la justicia predictiva es precisamente inductiva, no deductiva; el algoritmo aprende automáticamente de los textos, pero no de las leyes, sino de las sentencias que las aplican. Entonces, los juristas continentales se equivocan porque la mayor certeza/previsibilidad de la justicia predictiva no depende de la lógica sino del vínculo con el pasado propio del *common law*. De hecho, mientras que el juez de *civil law* está sujeto a la ley, pero siempre puede reinterpretarla, el juez del *common law* está vinculado a los precedentes en la aplicación tanto del *case law* como del *statute law*.

²⁰⁰ Citado en A. F. Chalmers, *What Is This Thing Called Science?*, Queensland University Press, Brisbane (Au) 1976, traducido al italiano como *Che cos'è questa scienza?*, Mondadori, Milán 1979, p. 24.

Nos encontramos lejos del gobierno de los jueces: una fórmula polémica que se repite en el continente desde hace un siglo contra el *judicial review* estadounidense, olvidando que los jueces no pueden actuar por sí solos, como gobernadores y legisladores, sino solo a petición de una parte²⁰¹. La sustitución de jueces humanos por jueces mecánicos aumentaría la seguridad jurídica no por razones lógicas sino por razones estadístico-probabilísticas. Cuanto más aumentan el *big data* (los casos anteriores) del que aprende el algoritmo, más probable y predecible estadísticamente se vuelve la decisión que toma la máquina en base a ellos.

Parte de la fascinación que ejerce el juez automático, tanto en el *civil law* como en el *common law*, depende quizá del lado oscuro de la concepción antropocéntrica de la propia IA: de la sospecha, común entre sus padres conductistas, de que los humanos no somos más que máquinas imperfectas, que la IA finalmente perfeccionaría. La justicia digital de reemplazo, por ejemplo, ya no debería ni siquiera interpretar y argumentar; el juez automático funcionaría como una *black box*: por un lado se insertan los datos (*input*), por el otro salen los resultados (*output*), y listo.

En este punto, el contenido de la caja negra, es decir, cómo del algoritmo derivan esos resultados a partir de esos datos, se vuelve irrelevante. El pleno conocimiento del algoritmo, incluso si no está sujeto a los derechos de autor de empresas privadas, se vuelve imposible para el común de los mortales: con el debido respeto al principio de transparencia, establecido por el RGPD y aplicado

²⁰¹ Ver É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux fitats-Unis* (1921), Dalloz, París 2005, y hoy S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari 2022. En contra, siempre, M. Barberis, “Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione”, en *Analisi e diritto*, editado por P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Turín 2005, pp. 1-21.

por nuestro Consejo de Estado²⁰². Hoy en día, solo los diseñadores pueden conocer por completo los algoritmos de aprendizaje automático; cuando se trata de algoritmos de aprendizaje profundo, reelaborados de forma autónoma por la máquina, ni siquiera ellos mismos los pueden conocer²⁰³.

4.2.2. En cuanto a las *fortalezas y debilidades* de la justicia sustitutiva predictiva, son las mismas que las del *common law*, especialmente el inglés. Sobre las fortalezas, ciertamente debemos destacar la mayor certeza o previsibilidad con respecto a la legislación y sus interpretaciones judiciales. No es coincidencia, dicen los actuales reevaluadores liberales del *common law*, que el capitalismo se haya desarrollado, no genéricamente en Occidente, sino específicamente en los países anglosajones. Si los comerciantes y empresarios necesitan certeza/previsibilidad para invertir, entonces dicho sistema garantiza estas condiciones.

Mientras que la legislación continental, de hecho, solo garantiza seguridad jurídica a corto plazo (sabemos lo que dicen las leyes hoy, pero no sabemos lo que dirán mañana), el *common law* garantiza seguridad jurídica a largo plazo. Los precedentes, en efecto, cambian muy lentamente, *distinguishing* y *overruling* solo permiten los ajustes indispensables, mientras que la estructura general del sistema, sus principios fundamentales, siguen siendo los mismos²⁰⁴. Por lo tanto,

²⁰² Véase RGPD, art. 5/1a (“Los datos personales se procesan de manera legal, correcta y transparente en relación con la persona interesada”) y Consejo de Estado, art. VI, 2270/2019, § 205 (en términos de cognoscibilidad del algoritmo).

²⁰³ Así A. Simoncini, S. Suweis, “Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale”, *Rivista di filosofia del diritto* 1, N.º 8 (2019): 87-106, especialmente la página 98. Pero véase ahora, por el contrario, G. Gigerenzer, *Perché l’intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, pp. 167-198, todo el capítulo titulado “Transparencia”: nada nos impediría simplificar la formulación verbal de los algoritmos para hacerlos cognoscibles (casi) por todos.

²⁰⁴ Así, en particular, B. Leoni, *Freedom and the Law* (1961), Liberty Fund, Indianápolis 1991, traducido al italiano como *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata

en la medida en que la justicia predictiva imita el sistema de *common law*, es más segura que la legislación, por supuesto en el largo plazo.

La otra cara de la moneda del sistema de precedentes, por el contrario, es su carácter inevitablemente más conservador, en comparación con un sistema basado en la legislación: no es casualidad que el lema del *common law*, en su formulación ampliada, diga *stare decisis et quia non movere*. Esta es la formulación latina del principio de inercia²⁰⁵, que en el caso del *common law* exige no desviarse de los precedentes sin motivar tal desviación. De hecho, frente a las revalorizaciones liberales de los precedentes, no se puede dejar de observar que la legislación se impone cada vez con más fuerza incluso en los países anglosajones.

Partiendo del principio inglés de la soberanía del Parlamento, el derecho anglosajón también se basa esencialmente en la ley, a la que están formalmente subordinados los precedentes. Y esto por razones evolutivas propias de un mundo moderno en transformación cada vez más vertiginoso: solo la ley, pero aún más los decretos y los reglamentos, permiten gestionar los cambios. De hecho, la demanda de regulación está creciendo hasta el punto de que también debe ser satisfecha por la administración y la jurisdicción: como hemos visto en relación con el SP, respectivamente.

1994, pp. 87-107; para una historia menos elogiosa del *common law* solo puedo referirme a dos de mis antiguas obras: M. Barberis, "Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N.º 44 (2015): 67-101; Id., "Un'altra legalità esiste. Breve storia del precedente giudiziale", en *Le legalità e la crisi della legalità*, editado por E. Storch, Turín, Giappichelli 2016, pp. 201-226.

²⁰⁵ Véase L. Olbrechts-Tyteca, C. Perelman, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, París 1958, traducido al italiano como *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Einaudi, Turín 1966, vol. I, pp. 112-114.

Por lo tanto, a menos que sustituyamos también al legislador por un algoritmo —una idea que, afortunadamente, a nadie todavía se le ha ocurrido—, el juez automático se encontraría en la misma situación que el juez humano: arrojado entre necesidades de certeza que solo pueden ser satisfechas apoyándose en datos/precedentes, y necesidades de cambio satisfechas, hoy, más por el gobierno y la administración que por la legislación. El lema de una justicia digital sustitutiva correría así el riesgo de convertirse en el del *Gattopardo* (1958): cambiar todo para cambiar nada.

4.2.3. Otro aspecto conservador del *common law* que se ve aún más acentuado por su digitalización predictiva, y que resultaría intolerable si este se convirtiera en un sustitutiva, es lo que los estudios contra la discriminación llaman discriminación estadística²⁰⁶. Si un sujeto pertenece a una clase discriminada en el pasado —mujer, negro, homosexual— seguirá siendo discriminado en el futuro. La decisión algorítmica se satura con todos los prejuicios, vicios cognitivos, sesgos de los que ya estaban afectados los datos y el algoritmo: racismo, sexismo, homofobia, clasismo, nacionalismo.

Los datos, en primer lugar: si durante siglos las mujeres, los negros y los homosexuales se han visto afectados por prejuicios, estos también mancharán fatalmente el *big data* (decisiones judiciales pasadas) del que el algoritmo derivaría decisiones futuras. Peor aún, los algoritmos en sí todavía están diseñados por verdaderos científicos informáticos, no necesariamente más ilustrados que otros humanos, con quienes comparten sesgos que inevitablemente transmiten a los algoritmos, con la gran diferencia que si bien los legisladores han sido elegidos, los jueces han ganado un concurso, y ambos son responsables de sus actos, los diseñadores informáticos no.

²⁰⁶ Véase E. Consiglio, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto anti-discriminatorio*, Giappichelli, Turín 2020, pp. 215-222, en referencia a B. Eidelson, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford 2015.

Esta es la moraleja que comúnmente se extrae del infame caso Loomis (2016)²⁰⁷, que llegó a la Corte Suprema de Wisconsin. Estrictamente hablando, en términos de nuestra distinción entre justicia digital auxiliar y sustitutiva respectivamente, se trataba solo de justicia auxiliar, como toda la justicia digital hasta ahora. De hecho, la única parte automatizada de la sentencia fue el cálculo de la probabilidad de reincidencia, confiada a un algoritmo predictivo muy utilizado en Estados Unidos, llamado Compas: algoritmo que también fue decisivo para condenar a Eric Loomis a una pena desproporcionada, en comparación con el delito, de seis años de prisión.

De hecho, Loomis conducía un coche que había estado implicado en un tiroteo en el pasado y admitió que había intentado escapar del control policial porque lo utilizaba sin el permiso del propietario. Pero el acusado era negro y el juez de primera instancia, utilizando a Compas, lo condenó a seis años, lo que luego fue confirmado en apelación y por la Corte Suprema de Wisconsin. La empresa, como es habitual, se negó a revelar el código fuente del algoritmo, alegando motivos de derechos de autor. A la Corte le bastó para confirmar la condena de seis años establecer que no dependía únicamente del algoritmo²⁰⁸.

²⁰⁷ Se puede leer la decisión en: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/04/Supreme-Court-of-Wisconsin.pdf>, comúnmente citada especialmente por juristas. Véase más recientemente M. Brenneret *et al.*, "Constitutional Dimensions of Predictive Algorithms in Criminal Justice", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, N.º 55 (2020): 267-310, y G. Gigerenzer, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, pp. 167-172.

²⁰⁸ Sobre los sesgos que sistemáticamente afectan a las decisiones algorítmicas en general, por otra parte, véase C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction, How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown, Nueva York 2016, traducido al italiano como *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Giunti, Firenze 2017; para los sesgos jurídicos, ver especialmente R. Richardson, J. M. Schultz, K.

La suposición de la Corte Suprema de Wisconsin —no puede ser una decisión íntegramente tomada por el algoritmo— expresa el principio habitualmente llamado de no exclusividad y rebautizado en este libro como principio de humanidad. Según él, la justicia digital predictiva solo puede ser auxiliar, no sustitutiva: el juicio predictivo realizado por la máquina siempre debe ser adoptado por un juez humano, libre de adecuarse o no a dicho juicio. Como veremos, las partes también deberían tener la libertad de no aceptarlo y de solicitar un juicio tradicional, exclusivamente humano.

En resumen, las objeciones de conveniencia a la justicia digital predictiva examinadas en esta sección pueden superarse excluyendo un uso sustitutivo y admitiendo solo uno auxiliar, lo que deja la decisión final a los humanos²⁰⁹. Además, el uso del principio de humanidad ya muestra que las objeciones a la justicia predictiva no son solo de mera conveniencia. También hay objeciones de legitimidad mucho más serias, de las cuales la discriminación algorítmica es solo el primer ejemplo: objeciones que son especialmente relevantes para los sistemas legales que han evolucionado hacia el Estado constitucional y/o internacional.

4.3. ¿ES CONSTITUCIONAL LA JUSTICIA SUSTITUTIVA?

En la evolución de los sistemas jurídicos occidentales, incluido el italiano, hasta la etapa constitucional y/o internacional, se han estratificado diferentes principios, implícitos, pero también explícitos, que legitiman (4.3.1) o deslegitiman (4.3.2) el recurso a la justicia predictiva, al menos en una función sustitutiva. Estos principios,

Crawford, “Dirty data, Bad Predictions. How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice”, en *New York University Law Review Online*, N.º 94 (2019): 15-55.

²⁰⁹ Véase M. Maugeri, “I robot e la possibile “prognosi” delle decisioni giudiziali”, en *La decisione robotica*, 159-164.

atribuibles respectivamente a los principios implícitos de certeza y de no exclusividad/humanidad, son de tal importancia que su conflicto, como siempre, solo puede resolverse mediante la ponderación: por supuesto en el sentido principal del término (4.3.3).

4.3.1. Adoptamos, como ejemplo de los principios aducidos a favor de la legitimidad de la justicia digital, la entrada *Giustizia predittiva* (2018) en la *Enciclopedia Treccani online*: aunque ni siquiera menciona los principios constitucionales e internacionales en sentido contrario. Mientras tanto, la búsqueda de justicia predictiva adopta la habitual concepción antropocéntrica de la IA; finalmente, no distingue entre IA restringida y general, justicia auxiliar y sustitutiva, ni entre el Estado jurisdiccional y legislativo, por un lado, y el Estado constitucional e internacional, por el otro.

Para empezar, el término de la búsqueda supone apodícticamente que si la ley se dice objetiva, “entonces debe ser cierta para permitir su control”: obviando que el derecho objetivo (*law*) se llama así sobre todo para distinguirlo del derecho subjetivo (*right*). Que el objetivo principal del derecho sea la certeza, y no, por ejemplo, la justicia, nos permite afirmar que “el derecho puede construirse como una ciencia”²¹⁰: mostrando ignorancia, como el juez Holmes, pero sin las mismas justificaciones: la banal distinción entre derecho (lenguaje-objeto) y ciencias jurídicas (metalenguaje).

En realidad, ni siquiera en materia de seguridad jurídica —el valor privilegiado del positivismo jurídico, frente al valor de la justicia propio del derecho natural— las cosas son tan obvias como

²¹⁰ L. Viola, *Justicia predictiva* (2018), p. 1, disponible en: <https://www.treccani.it/enciclopedia/giustizia-predictiva>, que añade, p. 2: “la justicia predictiva [...] es esencialmente consecuencia de la seguridad jurídica”. Se pueden encontrar consideraciones más detalladas en otras dos publicaciones del abogado. Viola: *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, Edizioni Centro Studi Diritto Avanzato, Roma 2018, y *Overruling e giustizia predittiva*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán 2020.

afirma el resultado de la búsqueda realizada. Mientras tanto, es un principio implícito, no expresado por una disposición específica como significado propio, sino derivado de otras, ya dotadas de significados diferentes. Se podría decir que no hay daño: la seguridad jurídica estaría en buena compañía, junto con los principios de la dignidad humana, el respeto de la vida y la laicidad del Estado, expresados únicamente en documentos internacionales como la Carta de Niza y la Convención sobre Derechos Humanos.

El problema, por otra parte, no es que el principio de seguridad jurídica esté implícito, mientras que el principio de no exclusividad, o de humanidad, es ahora explícito, formulado por muchos documentos normativos actuales (ver 5.1.3). En realidad, también hay quienes, como Bognetti, el principal defensor italiano de la nueva SP, en una larga diatriba de su libro *La división de poderes* (2001) cuestiona el carácter supremo, hoy en día, de la seguridad jurídica. Hoy en día, las leyes, decretos y reglamentos apuntan sobre todo a gestionar sistemas sociales que cambian rápidamente: esto no puede dejar de ocurrir a espaldas de la seguridad jurídica²¹¹.

Sin embargo, a favor de la justicia digital, la voz de Treccani no invoca solo la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia, sino también principios constitucionales y normas legislativas. Entre los principios que invoca se encuentra el art. 3/1 de la Constitución, que prohíbe la discriminación y exige que casos similares sean tratados con igualdad, y el art. 101 de la Constitución, sobre la sujeción de los jueces a la ley, que en realidad también podría invocarse en sentido contrario. La seguridad jurídica es, por otra parte, un valor

²¹¹ Así G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, cit., 99-102, que contradice el favor positivista por el instrumento legislativo: no se puede, al mismo tiempo, reducir el derecho a la ley y favorecer el valor de la seguridad jurídica. El mayor defensor italiano de la “democracia decisiva” suele ser considerado Gianfranco Miglio, líder del “Grupo de Milán”: *Una Repubblica migliore per gli italiani*, Giuffrè, Milán 1983.

tan omnipresente que se podría mencionar también el art. 24 de la Constitución, sobre el derecho de defensa, y el art. 97, sobre la legalidad de la administración²¹².

Más numerosas aún son las normas legislativas, que se remontan al Estado legislativo para contrastarlo con el Estado constitucional actual. Partimos del art. 65 de la Ley del Sistema Judicial (1941), sobre la función nomofiláctica de la casación (asegurar la uniformidad de la jurisprudencia), hasta el art. 12 Prel. (1942), que prohibiría al juez interpretar la ley de forma arbitraria: por no hablar de disposiciones aún más detalladas²¹³. Mientras que la voz ignora valores como el *Rule of law*, *Rechtsstaat*, la legalidad, el constitucionalismo, todos entrelazados con la seguridad jurídica²¹⁴.

Hemos insistido en los argumentos a favor de la seguridad jurídica esgrimidos por la voz citada no porque sean convincentes, sino por lo contrario: porque en su ingenuidad muestran las razones, tanto superficiales como profundas, de la preferencia de juristas positivistas por la justicia digital. Para deshacerse de tales argumentos, tal vez, bastaría con preguntar: pero entonces, ¿por qué la opinión casi unánime de los juristas italianos es diametralmente opuesta? En particular: “La sustitución del juez por sistemas de IA no puede [...] admitirse porque es contraria a nuestros principios constitucionales”²¹⁵.

²¹² M. R. Covelli, “Dall’informatizzazione della giustizia alla ‘decisione robotica’? Il giudice del merito”, en *Decisione robotica*, cit., p. 126.

²¹³ Nuevamente L. Viola, *Predictive Justice*, cit., pp. 2-5, invoca también el art. 348bis del c. p. c., en materia de apelaciones, y el art. 56 c. p., sobre la tentativa de delito.

²¹⁴ Véase al menos M. Barberis, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006, especialmente las páginas 119-156.

²¹⁵ Así F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., p. 429. En la misma dirección, M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., pp. 885 y ss. y A. Simoncini, “L’algoritmo incostituzionale. Intelligenza artificiale e il futuro delle

4.3.2. De hecho, tanto los principios constitucionales como los internacionales son contrarios a la justicia digital sustitutiva. Partiendo de los principios constitucionales, el art. 102 de la Constitución atribuye la función judicial a los magistrados: humanos, por supuesto. El art. 25/1 de la Constitución habla de un juez natural preestablecido por la ley: donde a “natural” no parece exagerado atribuirle el significado de humano. Los artículos 25/2 y el mismo art. 101 de la Constitución establece el principio de legalidad: el juez está sujeto únicamente a la ley. Pero, por el contrario, no está sujeto a los precedentes y la jurisprudencia de los que aprenden las máquinas.

Por último, pero no menos importante, el derecho a la defensa, “inviolable en todas las fases y niveles del proceso” (art. 24/2 de la Constitución), acaba sembrando dudas sobre la constitucionalidad de la propia justicia auxiliar. De hecho, la Corte Constitucional italiana, en las sentencias 194/2018, 150/2020 y 183/2022, consideró inconstitucionales los automatismos previstos por el *Jobs Act* (Decreto Legislativo 23/2015) para calcular la indemnización por despido improcedente: automatismos muy similares a los algoritmos, que permiten a las pequeñas empresas despedir a un trabajador con la única condición de pagarle una indemnización²¹⁶.

Pero pasemos al derecho europeo, tanto internacional como comunitario: el único, recordemos, que se presta a regular un fenómeno global como el digital. Partiendo del derecho internacional, el Convenio Europeo de 1950, en el art. 6/1, confirma el derecho

libertà”, *Bio-Law Journal*, N.º 1 (2019): 63-89, de donde deduzco la mayoría de los principios constitucionales aquí invocados.

²¹⁶ “Indiferente” es el adjetivo utilizado en el comunicado de prensa emitido por el Tribunal con motivo de la última de las tres sentencias citadas en el texto, comunicado que puede leerse en https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220722130527.pdf, referente a la exigencia de reformar la *Jobs Act*.

de todo ciudadano a un juez (humano) independiente e imparcial. Un derecho que bien puede ser vulnerado por la justicia digital, no solo por la dependencia del juez automático de los diseñadores de los algoritmos, sino también por la opacidad —la falta de transparencia— de estos últimos, ni conocibles ni impugnables como las motivaciones del juez humano.

El Convenio, aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede considerarse una forma de *soft law*²¹⁷. La sospecha de que los principios contrarios a la justicia digital, en cambio, son mero *soft law*, no más que ética aplicada a lo digital, podría surgir para otros documentos internacionales del mismo tipo, como la carta ética sobre justicia digital que examinaremos en el próximo capítulo (5.2). Contra este argumento, sin embargo, basta recordar que no estamos hablando del Estado legislativo, cuyo derecho estaba delimitado por una rígida doctrina de fuentes²¹⁸, sino de los Estados constitucional e internacional.

De hecho, la mayoría de los principios limitantes o incluso prohibitivos de las formas de justicia digital se encuentran en el derecho de la UE, hoy un auténtico modelo global de regulación de Internet. Lo que distingue la regulación europea de la estadounidense, frenada por el temor de dañar la industria digital nacional²¹⁹, es la protección de los ciudadanos de la UE incluso frente a plataformas privadas domiciliadas en el extranjero. Además, la regulación de la UE está dirigida a la fuente misma de las ganancias estelares de

²¹⁷ Sobre la diferencia entre *hard law* y *soft law*, y sobre la clasificación de este último en *pre-law*, *para-law* y *post-law*, cfr. el clásico L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford 2004, pp. 219 y ss.

²¹⁸ Véase al menos G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Mucchi, Módena 2014.

²¹⁹ Véase G. Alpa, *Artificial Intelligence*: “La brecha entre los dos modelos [americano y europeo, nota del editor] es enorme”.

las *big tech* estadounidenses: los datos personales, el auténtico “oro negro” del capitalismo digital.

En relación con la justicia digital, en particular, el derecho de la UE, tanto primario (tratados) como secundario (reglamentos, directivas), contiene muchos principios limitantes o prohibitivos. En la Carta de Niza (2000) de la Unión Europea, en particular, el art. 7 protege el derecho a la privacidad de las comunicaciones, y el art. 8 el derecho a la protección de datos personales. La privacidad y la protección de datos podrían verse vulnerados también por la digitalización de la justicia, si esta pusiera en línea no solo los procedimientos judiciales, sino también los nombres de las partes implicadas, que suele ser sustituidos por seudónimos.

Lo prevé el artículo 17 del RGPD antes mencionado, reglamento 679/2016 que entró en vigor en 2018 en los distintos Estados de la Unión, que también se extiende a los datos personales utilizados en la justicia digital: entre los datos que deben eliminarse, de hecho, se hace mención específica a aquellos “para el establecimiento, ejercicio o defensa de un derecho ante los tribunales”. El art. 22, sin embargo, como veremos ampliamente en el próximo capítulo, formula el principio de no exclusividad, rebautizado en este libro de humanidad, que prohíbe decisiones judiciales y administrativas basadas “únicamente” en procesos automatizados.

Los principios de la UE en materia digital, por último, fueron aplicados y sistematizados por el Consejo de Estado italiano en la reciente sentencia 8472/2020, que aceptó el recurso de los profesores de secundaria contra un algoritmo para su distribución en el territorio que enviaba profesores del Sur hacia el Norte, y viceversa, de forma completamente irracional. Con la decisión, a la que volveremos, la Corte formuló tres principios limitantes de estas prácticas: conocidos respectivamente como *cognosci-*

bilidad o transparencia del algoritmo, de no exclusividad y de no discriminación²²⁰.

4.3.3. Resumiendo los principios favorables u hostiles a la justicia digital sustitutiva, se pueden agrupar respectivamente en dos valores éticos o principios jurídicos, uno implícito, la seguridad jurídica, el otro ahora explícito, la no exclusividad o la humanidad. A menudo, como en el caso de los artículos 3/1 y 101 de la Constitución, las disposiciones pueden interpretarse a favor o en contra de la justicia digital: convirtiéndose en especificaciones del principio implícito muy general de seguridad jurídica, o del principio explícito relativo al derecho de internet, llamado no exclusividad o humanidad.

En el caso Loomis, en el art. 22 del RGPD y en varios otros documentos europeos aparece precisamente este segundo principio: las decisiones que afectan a los humanos no pueden ser tomadas solo por máquinas, sino también por humanos. El principio de humanidad, explícito pero limitado al derecho de internet, ya podría prevalecer sobre el principio implícito y muy general de certeza, como *lex specialis* que deroga la ley general. Sin embargo, en aras del argumento, admitamos que la certeza y la humanidad deben equilibrarse, en el sentido de reconciliarse, como todos los principios fundamentales o humanos en conflicto.

Un equilibrio razonable podría entonces ser el siguiente. Al menos en los casos menores (*smart claims*) —que ya limitan la solución a la ley y al derecho de propiedad, que especifican valores cuantificables— el juez, con el consentimiento de las partes, podría delegar la decisión en el juez automático: cuya decisión, a su vez, puede o no satisfacerlo a él y a las partes. Si les satisface, la deci-

²²⁰ E. Daly, “AlphaZero battte Stockfish 28 a 0. Intelligenza artificiale, gioco degli scacchi e decisioni strategiche”, *Rivista di filosofia del diritto* 1, N.º 12 (2023): 204-206.

sión automática concluye el caso, haciendo prevalecer la seguridad jurídica o más bien la eficiencia de la justicia. Sin embargo, si no los satisface, volvemos al juicio humano.

Veremos con más detalle en el próximo capítulo cómo se puede formular y especificar el principio de humanidad, particularmente en relación con diferentes sectores del derecho. Aquí, sin embargo, ya se pueden sacar dos conclusiones, desde el punto de vista de la IA y de la separación de poderes respectivamente. Desde el punto de vista de la IA, tal vez podamos concluir que incluso la solución que acabamos de ofrecer al problema de la justicia digital confirma que una IA general y, en el caso judicial, sustitutiva, tal vez sea concebible pero —incluso si alguna vez fuera técnicamente realizable²²¹— sería conservadora y/o inconstitucional.

Sin embargo, desde el punto de vista de la SP, a veces invocado por los juristas en apoyo de una concepción de seguridad jurídica ya ajena a Montesquieu y hoy obsoleta, me limitaría a esto. Como demócrata liberal, que desconfía aún más de los poderes digitales que de los poderes humanos, suscribo lo que escribe Massimo Luciani: “nosotros, los juristas, podemos controlar (y criticar) la cultura de un juez mucho más fácilmente [que] la cultura de un ingeniero, de un matemático, de un programador. [Entonces] si [realmente] tengo que elegir a alguien en quien no confiar, elijo personalmente al juez [de carne y hueso]”²²².

²²¹ La sustitución del hombre por el ordenador, en general, la prevén pacíficamente personas como R. Kurzweil, *La singolarità è vicina*, también J. Lovelock, B. Appleyard, *Novacene. The Coming Age of Hyperintelligence*, Penguin, Londres 2019, traducido al italiano como *Letà dell'iperintelligenza*, Bollati Boringhieri, Turín 2020. Hoy en día, para esta sustitución se dan fechas que van desde 2030 hasta el final del milenio.

²²² Así M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., p. 893.

CAPÍTULO V

JUEZ AUTOMÁTICO Y PRINCIPIO DE HUMANIDAD

¿Los jueces son humanos?

Jerome Frank, 1931.

La admisibilidad de formas de justicia digital, como hemos visto, depende del equilibrio de dos principios: seguridad jurídica y humanidad. El primero está doblemente relacionada con la SP, en las dos formas principales que ya distinguió Montesquieu. Está conectado con la SP en sentido estricto, que prohíbe al juez ejercer la función legislativa, obligándole a limitarse a aplicar las leyes. Al menos en los sistemas jurídicos del *common law*, en los Estados constitucionales e internacionales, y en la actual SP, dicho principio está relacionado con el papel del poder judicial en el equilibrio de poderes.

Más importante, y en cualquier caso lo suficientemente nuevo como para merecer un capítulo aparte, es el segundo principio, aquí llamado de humanidad, que exige no confiar toda la decisión judicial a las máquinas: por lo tanto, prohíbe la justicia digital aquí llamada sustitutiva, permitiendo solo formas aquí llamadas auxiliares. En realidad, no habría necesidad de hacer explícita la prohibición de

la justicia sustitutiva si abandonáramos, como lo hacen los científicos pero no los juristas, la concepción antropocéntrica de la IA: admitir que una IA general, capaz de reemplazar completamente a los humanos, simplemente no existe²²³.

De hecho, en sentido estricto, la justicia digital sustitutiva presupone la existencia de una IA general. En otras palabras, algoritmos capaces de aprender no solo de asociaciones de palabras elegidas en función de su frecuencia estadística sin comprenderlas —como lo hacen los *software* de IA generativa como ChatGPT—, sino también de la experiencia humana, como lo hacen los jueces reales. Intentemos también imaginar, nuevamente para la discusión, jueces automáticos capaces de replicar todas las funciones jurisdiccionales, desde la valoración del hecho hasta la decisión del caso.

Los “jueces” de este tipo tal vez pasarían la prueba propuesta por Alan Turing —el juego de imitación (*imitation game*)— para establecer si las máquinas pueden pensar; sus respuestas, como mínimo, serían indistinguibles de las respuestas humanas²²⁴. Los jueces automáticos, sin embargo, no pasarían pruebas más exigentes, como la Sala China, propuesta por John Searle. Si alguien que no sabe chino está encerrado en una habitación con un manual de traducción al chino, probablemente pueda traducir como si supiera chino, pasando así el test de Turing: pero esto todavía no prueba que sepa chino²²⁵.

²²³ Como escribe D. Tafani, “Parola di robot”, entrevista de S. Minardi, *L'Espresso*, 9 de abril de 2023, pp. 88-89: “Una ética digital tendría sentido si existiera una inteligencia artificial general [...] similar a la inteligencia humana. [Pero] no existe”.

²²⁴ A. Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, N.º 59 (1950): 433-460, trad. it. “Macchine calcolatrici e intelligenza” en AA. VV., *La filosofia degli automi. Origine dell'intelligenza artificiale*, Mimesis, Milán 2022, pp. 111-137.

²²⁵ J. Searle, “Minds, Brains and Programs”, *Behavioral and Mind Sciences* 3, N.º 3 (1980): 417-457. El tema de la Sala China, que en realidad es mucho más

De manera similar, una máquina podría aprender las decisiones de jueces humanos (*machine learning*) y quizás incluso tomar decisiones autónomas (*deep learning*). Sin embargo, esto todavía no demostraría su humanidad y, en particular, su capacidad de pensar y juzgar. Quizás el hecho de que el juez automático no sea humano llevaría a algunos fanáticos de la certeza a preferirlo por su mayor previsibilidad. Incluso si una IA de sustitución general fuera indistinguible de la inteligencia humana, por otro lado²²⁶, el principio de humanidad equilibraría la mayor seguridad jurídica así obtenida.

El principio de humanidad se propone aquí como matriz y norma de cierre del derecho de Internet, comparable a la dignidad humana en el derecho constitucional e internacional. Al igual que la dignidad humana, de la que podría considerarse una aplicación a la esfera digital, el principio de humanidad puede ceder en la balanza contra la seguridad jurídica: por ejemplo, para los derechos de propiedad menores (aquí, 4.3 y 5.3). Pero normalmente la eficacia asegurada por el juez automático debe ceder en el conflicto con la defensa de ese producto evolutivo en parte aleatorio, pero precisamente por eso irrepetible, que es el *homo sapiens*²²⁷.

Así es como procederemos en este último capítulo. En primer lugar, se analizarán tres posibles concepciones de la relación hom-

antiguo, ha generado un amplio debate: *Views into the Chinese Room. New Essays on Searle and Artificial Intelligence*, editado por J. M. Preston, M. A. Bishop, Oxford University Press, Oxford 2002.

²²⁶ N. Mastrolia, *Esiste davvero un confine tra ciò che è umano e ciò che è artificiale?*, en https://stronculture.substack.com/p/esiste-davvero-un-confine-tra-cio?utm_source=substack&utm_medium=email

²²⁷ Así en Sadin, *L'intelligence artificielle ou l'enjeu du siècle. Anatomie d'un antihumanisme radical*, L'Échappée, París 2018, tr. it. *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell'umanità*, Luiss University Press, Roma 2019; P. Benanti, *Human in the Loop*; sobre justicia digital, ver más concretamente el conjunto A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit.

bre-máquina, cada una de las cuales ilumina diferentes aspectos: los principios de convergencia, complementariedad y humanidad. Luego, examinaremos cinco manifestaciones del principio de humanidad que recoge la citada Carta Ética (2018): hasta la fecha, el principal documento oficial dedicado específicamente a la justicia digital. Finalmente, analizaremos la aplicabilidad o no de la justicia digital a diferentes sectores del derecho: civil, administrativo, penal, constitucional e internacional.

5.1. CONCEPCIONES DE LA RELACIÓN HOMBRE-MÁQUINA

Consideremos tres posibles concepciones de la relación hombre-máquina, que llamaremos —eligiendo entre los muchos nombres actuales en la literatura— principios de convergencia, complementariedad y humanidad. La primera es solo una predicción, aunque en gran medida cumplida, sobre el desarrollo de los medios en dirección digital; el segundo puede considerarse algo intermedio entre la predicción y la prescripción débil sobre el proceso de digitalización; solo el tercero se presenta abiertamente como un principio normativo sobre la dirección que debe atribuirse, mediante regulación, a todo el proceso.

5.1.1. El primer principio —en realidad, una predicción autocumplida sobre la dirección de los procesos de comunicación en la era de la información— podría denominarse hibridación o, mejor dicho, convergencia. Hibridación (*hybridization*), en el léxico de los teóricos de la comunicación, significa la sinergia entre los medios tradicionales, llamados analógicos, y los medios digitales, del inglés *digit*, que codifican la información mediante un sistema numérico universal de dos dígitos, 0 y 1²²⁸. El término, sin embargo, no solo

²²⁸ Véase A. Chadwick, *The Hybrid Media System. Politics and Power*, Oxford University Press, Oxford 2014. Sobre la distinción, que no coincide con la analógica/digital, entre real y virtual, véase ya P. Lévy, *Qu'est-ce que le virtuel?*, La Décou-

indica la creciente adopción de tecnologías digitales también por los medios tradicionales.

Más bien, la “hibridación” indica el fenómeno por el cual los medios analógicos, como los periódicos y la televisión, trabajan en sinergia con los medios digitales: es decir, ambos refuerzan sus respectivos mensajes. La mera convergencia tecnológica, por la que la radio y la televisión de última generación son digitales, no significa que el mensaje radiofónico y televisivo vaya a desaparecer. Al contrario: seguirá siendo decisivo confirmar o no los flujos de noticias en línea (*news feeds*). Esta es también la razón por la que el actual gobierno italiano ha dividido a Rai²²⁹ para obtener el monopolio de la información pública y privada.

Desde el punto de vista de la SP, este monopolio constituye un grave peligro, comparable al control del tercer poder, el poder judicial, logrado por democracias como Hungría. El pluralismo informativo, al igual que la independencia del poder judicial, es de hecho una de las condiciones previas mínimas para la existencia misma de la democracia liberal. Asegura la selección de la información (*gatekeeping*): garantizando que solo lleguen al público en general noticias verificadas, alejándose del sensacionalismo de los medios digitales²³⁰.

Sin embargo, ya a finales del siglo XX, teóricos digitales como Nicholas Negroponte profetizaron la transferencia de todos los medios a Internet, con consecuencias aún menos tranquilizadoras para

verte, París 1995, tr. it. *Il virtuale. La rivoluzione digitale e l'umano*, Meltemi, Milán 2023.

²²⁹ Se trata de la compañía de radiodifusión pública de Italia (N. de E.).

²³⁰ Para la expresión, D. M. White, “The Gatekeeper. A Case Study in the Selection of News”, *Journalism Quarterly* 27, N.º 4 (1950): 383-390; sobre el sensacionalismo que ya caracterizó a los primeros medios analógicos, como los periódicos americanos del siglo XIX, un clásico es T. Wu, *The Attention Merchants. The Epic Struggle to Get Inside our Heads*, Knopf, Nueva York 2016.

las relaciones hombre-máquina. Todos los servicios de información, en un sentido amplio, inevitablemente terminarían convergiendo en una única interfaz digital —una especie de secretaria o sustituto nuestro— que se ocuparía de ello en nuestro lugar. Como tener una Alexa, la asistente digital de Amazon, para realizar nuestras funciones, además de las de secretaria, cuidadora, esposa, amante y mujer angelical. Pensemos, más simplemente, en el *smartphone* (teléfono inteligente) *multitasking* (multifunción), capaz de actuar como teléfono, radio, vídeo, podómetro, cámara... Ya aquí surge el peligro de que el coche ocupe nuestro lugar, transformándose en una tecnología de tercer orden, que funciona sin nosotros. En este caso, podría ser que Alexa pasara de ser controlada a convertirse en controladora: como ocurre no solo en las relaciones entre culturas, sino también entre humanos. Peligro atenuado por otra profecía, que también ocurrió inexorablemente.

El propio Negroponte, de hecho, predijo la personalización de la información, con la recepción de esta en función de nuestros intereses, gustos y capacidades tecnológicas, de un *daily me*: una especie de periódico electrónico individualizado que selecciona por nosotros la información que nos interesa²³¹. Una predicción que se hizo realidad en la década de 2000, pero no a través de elecciones individuales: a través de mecanismos de elaboración de perfiles. Es decir, el algoritmo elige en función de los datos de nuestras preferencias pasadas: hasta que la información se personaliza hasta el punto de hacernos vivir en diferentes burbujas, sin comunicarnos más entre nosotros²³².

²³¹ N. Negroponte, *Being Digital*, Knopf, Nueva York 1995, tr. it. *Essere digitali*, Sperling & Kupfer, Milán 1999, p. 153.

²³² La queja, que luego fue refutada basándose en investigaciones empíricas, proviene del ya clásico E. Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin, Londres 2011, tr. it. *Il Filtro. Quello che internet ci nasconde*, Il Saggiatore, Milán 2012.

En realidad, en el mundo humano las predicciones también pueden hacerse realidad de maneras imprevistas e impredecibles, contribuyendo incluso a que se produzcan como profecías autocumplidas. Cuando hablamos de fenómenos de masa como el digital, por otro lado, las predicciones tienden no solo a autocumplirse, sino a transformarse en prescripciones. Algo similar les ocurre a los teóricos de la convergencia posteriores a Negroponte, que eran más conscientes de los riesgos que conlleva²³³. De hecho, hoy en día la convergencia se da por sentada y la atención se centra más bien en la complementariedad entre el hombre y la máquina.

5.1.2. La concepción más extendida hoy en día de la relación hombre-máquina podría calificarse como complementariedad: expresión que, sin embargo, puede utilizarse en dos sentidos diferentes. En un sentido más específico, correspondiente a procedimientos ya seguidos, nos referimos a una cooperación hombre-máquina en la que el hombre hace el trabajo sucio, que no está garantizado por la máquina. Este es el caso de servicios como *Mechanical Turk* de Amazon: trabajadores humanos mal pagados acaban respondiendo en secreto a las solicitudes de los clientes.

En un sentido opuesto, que se amplía hasta formar una concepción ahora de sentido común de la relación hombre-máquina, la “complementariedad” indica un camino favorable para la siguiente división del trabajo. La parte más repetitiva y mecánica de una actividad humana —incluso una legal, como la justicia digital auxiliar²³⁴— sería llevada a cabo por máquinas. Los humanos, por el

²³³ H. Jenkins, “The Cultural Logic of Media Convergence”, *International Journal of Cultural Studies* 33, N.º 7 (2004): 33-43, y *Convergence Culture Where Old and New Media Collide* (2006), New York University Press, Nueva York 2008, tr. it. *Cultura convergente*, Apogeo Education, Milán 2014.

²³⁴ S. Tan *et al.*, *Investigating Human + Machine Complementarity for Recidivism Predictions* (2018), en: <https://arxiv.org/abs/1808.09123>, dedicado a los problemas planteados por el caso Loomis (ver aquí, 4.2).

contrario, conservarían el control y el desarrollo de todo el proceso: en una especie de círculo virtuoso en el que las máquinas aportan datos y algoritmos, y los humanos su propia inteligencia.

Se trata de una concepción demasiado atractiva de la relación hombre-máquina, llena de implicaciones como la siguiente, discutida nuevamente en 2019 por el habitual Musk, ahora propietario de Twitter, rebautizado como X. Este hombre, haciendo referencia a las profecías de Marx sobre el advenimiento del comunismo, parece haber dicho que confiando a la IA los trabajos más repetitivos “la gente podrá trabajar cuatro horas al día, tres días a la semana y disfrutar de la vida”²³⁵. Una profecía que sería más convincente si no viniera de un obsesivo que dice trabajar 18 horas al día y despierta a quien no está dispuesto a hacer lo mismo.

Esta concepción, además, subestima el potencial de lo digital, concibiéndolo aún como una mera tecnología al servicio del hombre para alcanzar los fines decididos por él. Ahora bien, lo digital ciertamente también es una tecnología: ¿pero cuál? Ya hemos distinguido tecnologías de primer orden, que se encuentran entre nosotros y la naturaleza (un hombre sostiene un garrote), de segundo orden, presente entre nosotros y una tecnología (un conductor que cambia el neumático de un automóvil), y de tercer orden, que podemos hallar entre diferentes tecnologías (el internet de las cosas o la domótica, como el encendido automático de las luces y la calefacción del hogar).

Por lo tanto, si lo digital en su conjunto siguiera siendo una tecnología, ya sería una tecnología de tercer orden, ahora inde-

²³⁵ Cit. en A. Longo, G. Scorza, *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Mondadori Education, Milán 2020, p. 65. Esta concepción, hoy no solo mayoritaria sino casi oficial, también es compartida por estudiosos serios como A. McAfee, E. Brynjolfsson, *Machine, Platform, Crowd. Harnessing Our Digital Future*, Norton, Nueva York 2017, tr. it. *La macchina e la folla. Come dominare il nostro futuro digitale*, Feltrinelli, Milán 2020.

pendiente de los humanos. Pero tal vez sea incluso algo más: es el entorno humano distintivo del tercer milenio. La concepción común de la relación hombre-máquina en términos de complementariedad pasa por alto precisamente la relación más común, generalizada y amenazante que se ha establecido ahora entre los humanos, lo digital y la IA. De meras tecnologías, estas se han convertido en el entorno al que el *homo sapiens* debe adaptarse para sobrevivir²³⁶.

En general, las relaciones con el medio ambiente siguen siendo unívocas pero asimétricas: los seres humanos siguen estando moldeados por su entorno mucho más que al revés. Esta es la principal enseñanza del evolucionismo, tanto natural como cultural: el hombre no puede conservar una naturaleza humana siempre igual a sí misma, ni planificar libremente su propio futuro²³⁷. En el segundo caso, el solucionismo tecnológico —la idea de que Internet puede resolver cualquier problema, sin causar otros igualmente graves²³⁸— es tan tranquilizador y consolador como la complementariedad hombre-máquina.

Los primeros teóricos de la IA, como Turing, pero también muchos estudiosos actuales de la neurociencia y las ciencias cognitivas, estaban realmente fascinados por la posibilidad de que el hombre, después de todo, sea una máquina. Intentar replicarlo mecánicamente —en base al principio de Giovambattista Vico de

²³⁶ Esta idea, actualmente bastante común, se sustenta desde el título en M. Barberis, *Ecologia della rete*, cit., y desarrollado en Id., “Sostenibilità digitale e separazione dei poteri”, en *La politica nel mondo digitale*, cit., pp. 25-40.

²³⁷ K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, tr. it. cit., p. 78

²³⁸ E. Morozov, *To Save Everything, Click Her.: The Folly of Technological Solutionism*, Public Affairs, Nueva York 2013, tr. it. *Internet non salverà il mondo. Perché non dobbiamo credere che la rete possa risolvere qualsiasi problema*, Mondadori, Milán 2014; I. Tucker, *Evgeny Morozov: We Are Abandoning any Check and Balances*, <https://www.theguardian.com/technology/2013/mar/09/evgeny-morozov-technology-solutionism-interview>

verum/factum, según el cual uno realmente comprende algo solo cuando es capaz de reproducirlo— era también una manera de explicar el funcionamiento del hombre-máquina. Sin embargo, en comparación con ese entonces, la situación parece haberse invertido: la inteligencia humana y la IA parecen diferentes y, siempre potencialmente, conflictivas²³⁹.

Basta pensar en máquinas que aprenden de los datos hasta el punto de poder tomar decisiones autónomas: el *deep learning*, incomprensible para los propios diseñadores. Tomemos como ejemplo el propio ChatGPT, un chatbot (*software* capaz de “conversar” con humanos), lanzado en noviembre de 2022 e inmediatamente se convirtió en un modelo de la llamada IA generativa, capaz de producir artefactos, como textos, ensayos, fotografías y obras de arte, indistinguibles de los humanos. Si está debidamente capacitado, ChatGPT también podría imitar los discursos de los jueces, incluidas las sentencias, pero sin entenderlas y sin ser responsable de ellas.

Vista desde este punto de vista, la complementariedad hombre-máquina muestra otra cara: ya no la idea tranquilizadora de una máquina al servicio del hombre, sino la de un poder extraño que, introducido en los asuntos humanos, los regula según una lógica que se nos escapa. Admitamos, una vez más, que no es así, que la complementariedad en sí misma siempre favorece a los humanos. ¿Excluye esto quizás el uso de la máquina por parte del hombre contra el hombre? ¿No se convierte el aumento de las capacidades humanas que proporciona la IA en una tentación irresistible para quienes la aprovechan?

5.1.3. El principio de humanidad evita muchos de los malentendidos propios de concepciones anteriores al presentarse inequívoco-

²³⁹ Por razones culturales fácilmente explicables, esta idea se estableció, antes que en otras partes, en la cultura francesa: véase, empezando por el título, L. Alexandre, *La guerra delle intelligenze*.

camente como una norma, encaminada a resolver el posible conflicto hombre-máquina a favor del hombre. En particular, mientras que el principio de hibridación/convergencia parece poco más que una hipótesis científica confirmada, con implicaciones normativas solo indirectamente, y el principio de complementariedad un ideal edificante sobre la cooperación hombre-máquina, el principio de humanidad protege explícitamente al hombre también contra las máquinas, desde la perspectiva de la SP.

La expresión “Principio de humanidad”, propuesta aquí como sustituta del más común “Principio de no exclusividad”, tiene al menos tres significados. En un primer sentido, típico de la filosofía del lenguaje, indica una versión del principio de caridad interpretativa: toda interpretación debe esforzarse por atribuir el significado más razonable a una expresión. En un segundo sentido, indica el primero de los siete principios de la Cruz/Media Luna Roja, una organización filantrópica internacional. En un tercer sentido, indica el principio de la ética de Kant que exige tratar siempre al hombre como un fin, nunca como un medio²⁴⁰.

Aplicada a las relaciones hombre-máquina, esta tercera versión del principio de humanidad exige considerar al hombre como un fin y a la máquina como un medio. Sin embargo, lejos de ser obtenible *a priori* como los principios de la ética kantiana, el principio de humanidad surgió, bajo el nombre de principio de no exclusividad, precisamente para resolver conflictos hombre-máquina. Una primera formulación se produjo en el caso Loomis, antes mencionado: la Corte Suprema de Wisconsin admitió que el algoritmo Compas, utilizado para calcular la reincidencia, no podía ser la única base para condenar y fijar la pena (aquí, 4.3.3).

²⁴⁰ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hartknoch, Riga 1785, tr. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Bari 1980, p. 61: “actúa de manera que trates a la humanidad, tanto en tu propia persona como en la de los demás, siempre también como un fin y nunca simplemente como un medio”.

Una segunda formulación, la más autorizada, se encontró en el art. 22 del RGPD, titulado “Proceso automatizado de toma de decisiones relativas a personas físicas, incluida la elaboración de perfiles”, que establece: “El interesado tiene derecho a no ser sometido a una decisión basada *únicamente* en un procesamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos que le conciernen o que le afecten significativamente de forma similar”²⁴¹. El caso más delicado es precisamente el perfilado (*profiling, targeting*)²⁴², del que derivan los enormes ingresos publicitarios de las grandes plataformas.

Al no poder recuperar los servicios gratuitos prestados, las *big tech* hacen pagar no en dinero sino en datos: cada dato que proporcionamos, incluso simplemente conectándonos a Internet, sirve para construir un perfil individualizado de nosotros al que se puede dirigir la publicidad. Prohibir completamente la elaboración de perfiles, como se ha hecho con los menores y los sujetos vulnerables²⁴³, equivaldría a abolir la industria digital. El art. 7 del RGPD subordina así la elaboración de perfiles al consentimiento informado de los interesados: consentimiento que normalmente

²⁴¹ De ahí el RGPD (énfasis añadido). Todo el mundo, informáticos y juristas, se ha dado cuenta del papel crucial de esta disposición. Para informáticos, consulte G. Gigerenzer, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, tr. it. cit., p. 198; para juristas, ver G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in European Union*, cit., 64-66, y literatura allí citada.

²⁴² Perfil definido de manera muy amplia por el art. 4 GDPR: “A los efectos de este reglamento [...] ‘elaboración de perfiles’ significa cualquier forma de procesamiento automatizado de datos personales” de una “persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el desempeño profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, confiabilidad, comportamiento, ubicación o viajes”.

²⁴³ Prohibición prevista por la Directiva UE 2018/1808 y hoy reiterada por el art. 24 de la Ley de Servicios Digitales (DSA) de la UE, prevista para entrar en vigor a partir de febrero de 2024.

prestamos cada uno de nosotros sin reflexión, al aceptar *cookies* o firmar documentos.

Una tercera formulación del principio de humanidad se encuentra en la Carta Ética sobre Justicia Digital del Consejo de Europa: “Todas las personas tienen derecho a no estar sujetas a decisiones que las afecten significativamente [y que se] tomen *exclusivamente* sobre la base de la base de datos procesados automáticamente, sin que previamente se haya tenido en cuenta su opinión”²⁴⁴. Una cuarta formulación, esta vez legislativa, la encontramos en el art. 8 del decreto legislativo, 51/2018, que desarrolla la directiva UE 680/2016 en materia penal: “quedan prohibidas las decisiones basadas *únicamente* en el tratamiento automatizado”²⁴⁵.

Una quinta formulación se encuentra en la decisión del Consejo de Estado ya mencionada (4.3.3 al final), relativa a los profesores distribuidos territorialmente por el algoritmo del Ministerio de Educación de Italia. En el considerando 14.2 de la decisión se asume que la participación humana responde a la necesidad de identificar “un centro de atribución y de responsabilidad”: dicho de otro modo, jurídicamente sigue siendo necesario que un ser humano asuma la responsabilidad de la solución dictada por el algoritmo. Luego, el Consejo afirma lo siguiente, que merece una cita más extensa.

[Debe] haber una contribución humana en el proceso de toma de decisiones capaz de controlar, validar o negar la decisión automática. En el campo matemático e informativo el modelo viene definido como Hitl (*human in the loop*), [modelo en el cual], para producir el [...] resultado, es necesario que la máquina interactúe con el ser humano²⁴⁶.

²⁴⁴ Así, *Ethical Charter*, cit., p. 40 (§ 8.138, énfasis añadido).

²⁴⁵ M. R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla decisione robotica?*, cit., p. 135.

²⁴⁶ Véase nuevamente Consejo de Estado, sección. VI, 8472/2019, § 15.2, cursiva agregada.

Una sexta formulación la encontramos en juristas que han abordado el problema del conflicto hombre-máquina, como Ferrajoli. Su proyecto de constitución para la Tierra, en el art. 19, titulado “Inmunidad frente a imposiciones tecnológicas”, establece: “Nadie puede ser sometido a decisiones automatizadas basadas *únicamente* en algoritmos, [decisiones] que le conciernen o que en cualquier caso afecten a su vida”²⁴⁷. Finalmente, una séptima formulación se encuentra en filósofos de la tecnología como el teólogo franciscano Paolo Benanti, que dedica al tema toda la segunda parte de su libro “Human in the Loop”.

Como también recordó el Consejo de Estado recién mencionado, en la jerga matemática y teórica de la información, la expresión *human in the loop* (Hitl, traducible literalmente como “el humano en el ciclo”) es sinónimo de factor humano. Aún más claramente, en el intento de Benanti de construir una ética de los algoritmos, a la que llama algorética, la expresión indica el mismo requisito ético y legal rebautizado en este libro como principio de humanidad; mantener al ser humano en el circuito, en particular, significa “mantener (salvar, preservar) el factor humano dentro del mecanismo”²⁴⁸.

Especialmente en esta última formulación, el principio de humanidad presenta varias similitudes con el principio de dignidad humana, del que efectivamente puede considerarse una especificación en el ámbito digital. El principio de dignidad, formulado solo después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, desde el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) hasta la Carta de Niza (2000), afirma: “La dignidad humana es inviolable”. El principio de humanidad comparte la siguiente

²⁴⁷ Así también L. Ferrajoli, *Por una constitución de la tierra*, cit., p. 158, cursiva agregada.

²⁴⁸ P. Benanti, *Human in the Loop*, cit., toda la segunda parte, pp. 89-153, titulada “Keeping man in the loop”.

característica con el principio de dignidad y con todos los demás principios fundamentales/humanos.

Ambos no necesariamente prevalecen en conflicto con otros principios supremos, con los que más bien deben equilibrarse. Mientras más genérico es un principio, más fácil es quebrantarlo, cuando prevalecen principios más específicos pero más urgentes a satisfacer. El equilibrio consiste precisamente en esto: en la elección, a veces trágica, entre dos valores, uno de los cuales acaba siendo parcialmente sacrificado²⁴⁹. Al igual que el principio de dignidad humana con respecto a otros derechos humanos o fundamentales, el principio de humanidad puede considerarse tanto como fundante como una regla de cierre del derecho de Internet²⁵⁰.

Como principio fundante: es de hecho el principio más genérico, relativo a la propia relación hombre-máquina, a partir del cual se pueden especificar todos los demás principios y sus respectivas reglas; en el siguiente apartado consideraremos sus cinco especificaciones relativas a la justicia digital formuladas por la citada Carta de Ética. Como regla de cierre: a invocar en casos de lagunas. Lagunas que en el caso de la regulación digital no son la excepción, sino la regla: esta ley se ve de hecho obligada a perseguir la innovación tecnológica que siempre plantea nuevos problemas.

5.2. ESPECIFICACIONES DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Al hablar de la actual SP, se han enumerado algunas de las intervenciones regulatorias con las que la Unión Europea se ha

²⁴⁹ Así, B. Williams, "Liberalism and Loss, en *The Legacy of Isaiah Berlin*", editado por M. Lilla *et al.*, *New York Review Books*, Nueva York 2001, pp. 91-103.

²⁵⁰ Por otra parte, no hace falta recordar que en numerosos manuales jurídicos informáticos, el más importante de los cuales sigue siendo G. Pascuzzi, *El derecho en la era digital*, cit., se trata cualquier detalle, como suele ocurrir sobre todo con juristas positivistas, mientras que principios como los de no exclusividad/humanidad rara vez se mencionan.

puesto a la vanguardia de la regulación digital global. Entre ellas, se ha mencionado la *AI Act*, aún en proceso de aprobación y que, desde su título, resultar ser la más ambiciosa de las regulaciones en la materia, que también establece algunos principios sobre justicia digital. Como parte de lo que llama un “enfoque equilibrado” del tema, que sin embargo subraya los riesgos incluso más que las oportunidades (*risk-based approach*), la *AI Act* divide las actividades de IA en tres categorías: prohibidas, altamente riesgosas y de bajo riesgo²⁵¹.

Como se anticipó, están prohibidas las actividades que alteren las emociones de los sujetos y, como veremos más adelante (5.3.3), las de vigilancia policial predictiva, destinadas a prevenir delitos, así como, de manera más general, la vigilancia masiva. Actividades que son especialmente características de las autocracias asiáticas, pero que ahora también están ampliamente difundidas en Occidente, tras la obsesión por la seguridad desatada por el 11 de septiembre y explotada por los movimientos populistas²⁵². Por otro lado, la justicia y la administración digitales están permitidas, pero consideradas de alto riesgo, obviamente en formas auxiliares y no sustitutivas²⁵³.

La *AI Act*, por otro lado, solo se ocupa incidentalmente de la justicia digital. Del tema se ocupa específicamente la *Carta Ética*

²⁵¹ Así, UE, *Proposal for an Artificial Intelligence Act*, cit. *Explanatory Memorandum*, §§ 1 y 2.3.

²⁵² También aquí me tomo la libertad de referirme a Mauro Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, il Mulino, Bolonia 2017.

²⁵³ UE, *Proposal for an Artificial Intelligence Act*, cit., art. 40: “Certain AI systems intended for the administration of justice and democratic processes should be classified as high-risk, considering their potentially significant impact on democracy, rule of law, individual freedoms as well as the right to an effective remedy and to a fair trial. In particular, to address the risks of potential biases, errors and opacity, it is appropriate to qualify as high-risk AI systems intended to assist judicial authorities in researching and interpreting facts and the law” (cursiva agregada).

Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno (en adelante CE), emitida en 2018, el mismo año de la entrada en vigor del RGPD, elaborado por la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (Cepej)²⁵⁴. Se trata de un órgano del Consejo de Europa, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que en la división internacional de la labor judicial, se ha labrado el rol de juez final en materia de derechos fundamentales.

La propia Carta de Ética, con respecto a la desgastada división tripartita *hard law/soft law*/mera ética, oscila desde el título entre la ética aplicada a la justicia digital y un conjunto de principios de *soft law*, que luego tendrán relevancia en el *hard law*, especialmente nacional. De hecho, la Carta proporciona sobre todo normas para “aplicar, monitorear y evaluar” herramientas y prácticas de justicia digital (CE, p. 4). En particular, se trata de cinco principios, reinterpretados a continuación como subprincipios, es decir, especificaciones, del principio de humanidad.

5.2.1. El primer (sub)principio del principio de humanidad se refiere al *respeto de los derechos fundamentales* (llamados humanos en el ámbito internacional)²⁵⁵: “garantizar que el diseño y la aplica-

²⁵⁴ Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (Cepej), *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, Estrasburgo, 3 y 4 de diciembre de 2018: documento poco citado, hasta el momento, en la ahora copiosa literatura sobre la sujeto. La excepción es M. R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica"*, cit., pp. 136-137, y especialmente C. Barbaro, “Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?”, *Questione giustizia*, N.º 4 (2018), https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/uso-dell-intelligenzaartificiale-nei-sistemi-giud_591.php

²⁵⁵ Para la asimilación de las dos expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, véase. E. Pariotti, *I diritti umani. Fra giustizia e ordinamento giuridico*, Utet, Milán 2008, p. 5: ambos se referirían a los mismos derechos, pero el primero se utilizaría en el derecho internacional, el segundo en el derecho constitucional nacional.

ción de las herramientas y servicios de IA sean compatibles con los derechos fundamentales” (CE, p. 6). Entre los derechos citados se hace referencia a los derechos fundamentales contemplados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y el Convenio Europeo 108/1981 sobre protección de datos personales, también del Consejo de Europa, al que se han adherido los distintos Estados de la Unión Europea y la propia UE.

El primer subprincipio exige privilegiar, en el diseño de las herramientas digitales utilizadas, un enfoque digital *by design*: las decisiones deben tomarse en una fase anterior, desde el diseño del algoritmo, y no en una fase posterior, por parte de sus distintos usuarios. Este enfoque que se remonta al pionero del derecho de redes, el jurista norteamericano Lawrence Lessig, con su lema infinitamente repetido “El código es la ley”: la ley, y en este caso los derechos, deben ser tomados en cuenta en la arquitectura del algoritmo, en lugar de luego verse obligados a procesar las vulneraciones que generen²⁵⁶.

También en este punto, por otra parte, la legislación europea parece más avanzada que la estadounidense, y por la razón habitual: “no existe ningún gigante digital de origen europeo”²⁵⁷. Precisamente quienes notan esta diferencia, sin embargo, argumentan luego que no existe un gigante digital en Europa precisamente por el exceso de regulación europea. Pero así se cambia el efecto por la causa. Por supuesto, el desarrollo digital ha tenido su auge en el lejano oeste californiano: pero la UE ciertamente no puede revertir un proceso que ahora es irreversible (*path dependant*). A lo sumo puede intentar regularlo.

²⁵⁶ Véase nuevamente L. Lessig, *Code and Other Laws of the Cyberspace*, cit.; “arquitectura” es un término tomado de la psicología cognitiva: *cfr.* Don Norman, *The Design of Everyday Things*, Doubleday, Nueva York 1990.

²⁵⁷ L. Alexandre, *La guerra de las inteligencias*, cit., p. 23.

Por ejemplo, la limitada regulación estadounidense, como muestra el habitual caso Loomis, tiende a proteger los derechos de propiedad intelectual de las empresas de algoritmos, como Compas: y esto también va en contra del derecho fundamental a la defensa del acusado, derecho que requiere transparencia del algoritmo para cerciorarse sobre la ausencia de sesgo. En cambio, la ahora copiosa regulación europea, que también se ha convertido en un modelo global, no subordina derechos humanos como la defensa a derechos de propiedad como el copyright: en la ponderación entre uno y otro, prevalecen los derechos humanos²⁵⁸.

En particular, el primer subprincipio debe considerarse esencial para el derecho penal (aquí 5.3.3). El algoritmo utilizado por el juez penal “no debe debilitar las garantías del derecho de acceso a la justicia y del derecho a un juicio justo (igualdad de armas y respeto al contrainterrogatorio)”. Además, las mismas herramientas digitales “deben utilizarse también con el debido respeto a los principios del Estado de Derecho y de la independencia de los jueces” (CE, p. 6). Si se mira más de cerca, también se ven otras tantas especificaciones del principio de humanidad: la máquina debe estar al servicio de los humanos, no al revés.

5.2.2. El segundo (sub)principio, llamado de *no discriminación*, prevé la prevención “del desarrollo o intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos” (CE, p. 7). En cuanto al desarrollo de la discriminación, las clasificaciones realizadas por los algoritmos distinguen grupos cada vez más pequeños, que hasta hace poco eran ignorados o desatendidos. Puede

²⁵⁸ Para una distinción, debatida y discutible, entre derechos fundamentales y patrimoniales, ver al menos L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (2001), editado por E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2008. Para tener en cuenta las necesidades de las empresas, la AI Act establece autoridades de garantía especiales, que pueden acceder a los algoritmos sin revelarlos.

pensarse en el universo LGBTQ+. Etiquetas como “homosexual” en Internet se prestan a convertirse en marcas discriminatorias, estigmas que todos corren el riesgo de llevar consigo en la vida diaria.

En cuanto a la intensificación de la discriminación, incluso clasificaciones aparentemente neutrales como hombre/mujer están cargadas de connotaciones positivas o negativas por su uso digital. Como también señalan los psicólogos cognitivos, toda clasificación produce discriminación estadística; si el algoritmo ha sido diseñado o entrenado sobre la base de datos que ya contienen sesgos cognitivos —correspondientes a la inclinación humana natural a favorecer al grupo al que uno pertenece y desconfiar de los demás—, terminará fatalmente perpetuándolos e incrementándolos²⁵⁹.

Por esta razón, insiste el segundo subprincipio, se debe monitorear cuidadosamente el diseño inicial y el uso diario posterior de las herramientas digitales, como los algoritmos que emplean clasificaciones. Especialmente si se trata de datos sensibles de los interesados tales como “presunto origen racial o étnico, contexto socioeconómico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, afiliación a sindicatos, y todos los datos genéticos, biométricos, de salud, vida u orientación sexual” (CE, p. 7). Discriminación, como se ve, incluso más allá de la ya prohibida por el art. 3/1 de la Constitución italiana.

Además, el hecho de que este derecho antidiscriminatorio, como todos los demás, se fije objetivos ciclópeos y quizás inalcanzables, se desprende de dos consideraciones. No solo lo digital corre el riesgo de alimentar los prejuicios, sino también el lenguaje mismo, dividiendo sus propios sujetos en clases: y es siempre del lenguaje, a través de las asociaciones de palabras, de donde aprenden los algoritmos. Además,

²⁵⁹ Se pueden encontrar ejemplos numéricamente impresionantes de tales discriminaciones en G. Gigerenzer, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, cit., pp. 79-193.

como lo muestra la ambigüedad entre igualitarismo y política de la diferencia²⁶⁰, las clasificaciones permiten un doble uso: pueden servir para ocultar diferencias, pero también para reivindicarlas.

5.2.3. El tercer (sub)principio se denomina de *calidad y seguridad*. Este principio impone o más bien espera, por ser todavía *soft law*, que “en relación con la tramitación informática (*processing*) de las decisiones judiciales, se utilicen fuentes certificadas y datos intangibles, con modelos concebidos de forma multidisciplinar, en un entorno tecnológico seguro” (CE, p. 8). El tercer (sub)principio, en realidad, yuxtapone dos (sub-sub) principios muy diferentes, si no potencialmente en conflicto entre sí: precisamente, los principios de calidad y seguridad.

Por “calidad”, el primer párrafo del tercer subprincipio entiende que

[...] los diseñadores de modelos de aprendizaje automático deben aprovechar las habilidades (experiencia) de los profesionales de los sistemas de justicia relevantes de vez en cuando (jueces, fiscales, abogados, etc.), e investigadores/docentes en los campos del derecho y las ciencias social (por ejemplo, economistas, sociólogos y filósofos). (CE, p. 8)

La multidisciplinariedad de los diseñadores (mezcla de habilidades informáticas, jurídicas y culturales) también debería evitar la opacidad del algoritmo producido por los tecnicismos informáticos²⁶¹.

²⁶⁰ Véase respectivamente G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at the Century's End*, New York University, Nueva York 1995, traducido al italiano como *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bolonia 2001; I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton (NJ) 1990, traducido al italiano como *Le politiche della differenza*, Feltrinelli, Milán 1996; para obtener una descripción general actualizada de la ley contra la discriminación, consulte nuevamente E. Consiglio, *Che cos'è la discriminazione?*, cit.

²⁶¹ Un tecnicismo especialmente embarazoso cuando el sistema informático solicita a los usuarios el llamado consentimiento informado utilizando fórmulas que les resultan ininteligibles. Para ejemplos de sugerencias simplificadas, consulte

Por “seguridad”, sin embargo, los párrafos siguientes entienden que:

[...] los datos basados en decisiones judiciales ingresados en un *software* que crea un algoritmo de aprendizaje automático deben provenir de fuentes certificadas y no deben modificarse hasta que hayan sido realmente utilizados por el mecanismo de aprendizaje. Todo el procedimiento, por tanto, debe ser trazable. (CE, p. 8)

La seguridad de los datos, aquí, desempeña una función similar a las formalidades para la producción de leyes: establecer las *fuentes* de las que puede extraerse la justicia digital, es decir, directamente, los precedentes y la jurisprudencia, y solo indirectamente las leyes.

En el caso italiano, por ejemplo, sería necesario establecer qué fuentes podría utilizar la justicia digital: por ejemplo, cuánta jurisprudencia antigua y nueva cuenta respectivamente. Por supuesto, diferentes algoritmos podrían inducir diferentes decisiones a partir de las mismas fuentes certificadas: por eso es importante establecer no solo de qué fuentes se derivan las decisiones sino también la trazabilidad de las operaciones del algoritmo. La “calidad”, por otro lado, cumple una función similar a otro elemento del que casi nunca se habla cuando se trata de justicia digital: la interpretación.

Esta última no solo juega un papel reducido en la aplicación de precedentes²⁶², sino que está como absorbida por la justicia digital. En la etapa actual de la IA, de hecho, se limita a asociar las palabras de los precedentes judiciales sin interpretarlas: sin atribuirles significado. Es decir, las interpretaciones constituyen solo una fuente

de nuevo G. Gigerenzer, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, cit., pp. 184-190 (toda la sección completa titulada provocativamente “Contra el consentimiento informado”).

²⁶² Contrariamente R. Guastini, “Respuesta a Álvaro Núñez”, en *La Escuela genovesa en Chile. Un diálogo a través de Riccardo Guastini*, editado por S. Agüero-San Juan y G. B. Ratti, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 201-205.

indirecta para el procesamiento de datos, como la ley, destinada a volverse cada vez más remota a medida que la justicia digital reemplaza a la justicia humana. En este caso, llegaría el momento en el que la máquina ya no aprendería de sentencias humanas, sino solo de sentencias automáticas.

5.2.4. El cuarto (sub)principio se denomina “transparencia, imparcialidad y corrección (*fairness*)”, y nos insta a “hacer accesibles y comprensibles los métodos de procesamiento de datos, autorizando controles externos (auditorías)” (CE, p. 9). Aquí la Carta ética establece el primero de los tres principios —cognoscibilidad o transparencia, no exclusividad o humanidad, no discriminación— posteriormente hecho explícito por nuestro Consejo de Estado, anteponiendo la transparencia a la no exclusividad/humanidad misma. La propia Carta reconoce que tampoco en este caso se trate un principio absoluto, sino que puede ponderarse con otros.

De hecho, el documento aborda explícitamente uno de los problemas que, desde mucho antes del caso Loomis, ha distinguido la regulación estadounidense y europea: los derechos de autor de los algoritmos (aquí, 5.2.2 al final). Incluso la Carta Ética acaba reconociendo el interés del diseñador y de la empresa propietaria, frecuente en Estados Unidos, en garantizar que el algoritmo no sea divulgado primero y luego copiado, eliminando su valor comercial. Sin embargo, en rigor se puede observar que se trata de un derecho puramente patrimonial, que debería ceder cuando se pondera con derechos fundamentales como el de la transparencia.

El primer párrafo del cuarto (sub)principio sugiere “equilibrar la propiedad intelectual de ciertos métodos de procesamiento de datos” con la tríada transparencia-imparcialidad-corrección. Transparencia, ante todo: todo el proceso debe ser accesible y al menos trazable. Imparcialidad, entonces: ausencia de favor o perjuicio para algunas clases de partes interesadas. Finalmente, el principio

de corrección e integridad intelectual: es decir, prioridad asignada a los intereses de la justicia, no como un valor moral abstracto sino para el funcionamiento concreto de la jurisdicción (3.1).

Por lo tanto, se podría garantizar el equilibrio de todos estos principios, según el segundo párrafo, sustituyendo la transparencia total, que haría que el algoritmo sea de dominio público, por explicaciones, en el lenguaje menos técnico posible, sobre los servicios ofrecidos, el funcionamiento y los posibles riesgos y errores²⁶³. En definitiva, ni siquiera la Carta Ética puede evitar dejar el análisis del caso en manos de autoridades independientes, competentes para comprobar y certificar el algoritmo, evitando su divulgación: contrapoderes humanos frente al poder de la máquina, como siempre.

5.2.5. El quinto y último subprincipio del principio de humanidad establece que todo debe ocurrir “bajo el control del usuario (*user control*)”: al final, el interesado (*stakeholder*), es decir, el ser humano de carne y hueso, aparece. Sin embargo, solo un vistazo: en la oscura explicación del quinto (sub)principio, de hecho, se afirma que debe “excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y controlen sus propias elecciones” (CE, p. 10). Precisamente de esta formulación, oscurecida en particular por el adjetivo “prescriptivo”, emerge finalmente el principio de humanidad.

“Prescriptivo”, aquí, de hecho no significa normativo, sino precisamente prescriptivo en contraposición a predictivo: la justicia digital predictiva debe seguir siendo mera predicción, auxiliar, no transformarse en prescripción, sustitutiva y definitiva. Los trabajadores de la justicia no solo no pueden asumirla como definitiva porque la decisión individual puede depender, como siempre, de

²⁶³ CE, p. 9, núm. 3, suscribe la siguiente consideración de un documento del Consejo de Europa: “The provision of entire algorithms or the underlying software code to the public is an unlikely solution in this context, as private companies regard their algorithm as key proprietary software that is protected”.

alguna particularidad del caso, sino que el usuario debe ser informado sobre el carácter no vinculante de la decisión algorítmica y sus alternativas: en particular el derecho de acceder a un juez humano.

Aquí el (sub)principio quinto no puede evitar referirse al art. 6 de la Convención Europea de 1950: “Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, dentro de un plazo razonable, ante un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, a fin de determinar tanto sus derechos y obligaciones civiles, como la validez de cualquier actuación penal que se le formule”. Más que una especificación del principio de humanidad, por lo tanto, el quinto (sub)principio parece ser una formulación más específica del mismo, que se suma al elenco señalado anteriormente (5.1.3).

Sin embargo, ya sea una cuestión de especificación o de formulación adicional, el principio de humanidad aquí parece caer dentro del ámbito de los derechos humanos fundamentales o muy generales, es decir, no previsto solo para la justicia digital. De hecho, entre el principio y el derecho objetivo —especialmente penal, pero también civil o de otro tipo, como veremos en el siguiente apartado— existen relaciones evolutivas similares a las que existen entre el hombre y lo digital. Así como el hombre ha evolucionado durante milenios, también lo ha hecho el proceso y sus garantías; ni lo uno ni lo otro pueden ser reemplazados enteramente por máquinas.

5.3. APLICACIONES DEL PRINCIPIO A DIFERENTES ÁREAS DEL DERECHO

La Carta de Ética dedica menos espacio a los cinco subprincipios considerados en el apartado anterior que a las diferentes aplicaciones del principio de humanidad en las distintas ramas del derecho, consideradas a continuación. El derecho, como todos los fenómenos evolutivos e institucionales, surge de la agregación y estratificación de costumbres, reglas y principios bastante heterogé-

neos. Esto también es cierto si nos limitamos al derecho moderno occidental: el único caso paradigmático, es decir, indiscutible²⁶⁴. Este se ha desarrollado en diferentes ámbitos, de los cuales no todos pueden digitalizarse y, en cualquier caso, no de la misma manera.

Curiosamente, este hecho tan obvio (no todas las áreas del derecho pueden digitalizarse de la misma manera) no se explora mucho en la literatura sobre el tema. A lo sumo, se plantea la hipótesis de que la IA “podría ser de ayuda en el tratamiento de casos muy simples, seriales, repetitivos y enteramente documentales”: derecho de seguridad social, accidentes de tráfico, cuantificación de daños en responsabilidad civil, y cotizaciones y pagos de alimentos en separaciones y procedimientos de divorcio²⁶⁵. Pero tal vez deberíamos empezar de nuevo por la definición misma del derecho.

De hecho, se pueden dar diferentes definiciones de la palabra “derecho”, en función de los objetivos fijados²⁶⁶. La mayoría de las definiciones actuales están orientadas a distinguir el derecho de la moralidad y otros sistemas normativos: un problema sobrevalorado que, sin embargo, puede superarse al menos de dos maneras. Por un lado, hablar del derecho simplemente como un sistema social que se diferenciaba de otros, bajo el nombre de derecho, en el Occidente moderno²⁶⁷. Por otro, limitándonos a una definición

²⁶⁴ Ese “derecho”, en sentido estricto y propio, solo puede designar el derecho occidental, y distinguirse del derecho primitivo (“ctónico”, “no derecho”) y de los sistemas normativos extraoccidentales que cumplen funciones similares (“pre-diritto”), se sostiene en M. Barberis, *Diritto in evoluzione*, cit., pp. 9-15.

²⁶⁵ Ver de nuevo M. R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla “decisione robotica”*, cit., p. 137.

²⁶⁶ C. S. Nino, *Derecho, moral y política, Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona 1994, traducido al italiano como *Il diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milán 1999, p. 27.

²⁶⁷ N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt-a-M. 1981, traducido al italiano como *La*

denotativa de “derecho”, que se limita a enumerar las principales funciones que se desprenden del fenómeno jurídico.

Una definición de este tipo se encuentra implícitamente en Giovanni Tarello: un teórico extremadamente hostil a las definiciones tradicionales explícitas y connotativas. Tarello define (las funciones de) el derecho así:

Existe una opinión generalizada de que el derecho, en cada sociedad, tiende a funcionar en una o más de las siguientes direcciones: (I) la represión de la conducta; (II) la creación y distribución del poder; (III) la distribución (y en ocasiones la creación) de bienes²⁶⁸.

Se trata de una definición denotativa implícita que capta la heterogeneidad de las funciones desempeñadas por el fenómeno jurídico durante su evolución milenaria.

Situando las funciones del derecho en el orden cronológico/evolutivo de su surgimiento histórico, la definición podría reformularse de la siguiente manera: “derecho” indica la distribución de bienes (derecho privado y luego administrativo), la represión de los delitos (derecho penal), la institución y el control del poder (derecho constitucional e internacional). Sin embargo, al adoptar esta definición y rastrear los cinco sectores mencionados, nos damos cuenta de un hecho casi paradójico: cuanto más moderno o contemporáneo parece un sector del derecho, menos factible parece su digitalización.

differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto, il Mulino, Bologna 1990.

²⁶⁸ G. Tarello, *Il diritto la funzione di distribuzione dei beni* (1978), ahora en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, editado por R. Guastini y G. Rebuffa, il Mulino, Bologna 1988, p. 219; ver M. Barberis, “La cosa-diritto. Tarello e la definizione di “diritto””, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* 27, N.º 2 (1997): 271-292.

5.3.1. Si hay un sector del derecho en el que la digitalización podría conducir a formas casi sustitutivas de justicia digital —casi, por supuesto, con la condición de respetar el principio de humanidad—, ese es el derecho privado, civil y comercial: al menos en los sectores que protegen intereses y distribuyen bienes puramente patrimoniales. Son precisamente estos sectores, que se remontan al núcleo histórico tanto del *ius romano* como del *common law* —sucesiones, contratos, responsabilidad civil...— en los que se han centrado desde el principio los juristas más interesados en la justicia digital.

Es precisamente en estas áreas, al menos, que los abogados civilistas italianos, especialmente los académicos contractuales, han inaugurado una reflexión sobre la calculabilidad jurídica dirigida precisamente al problema de la justicia digital²⁶⁹. También en este caso los experimentos comenzaron desde la justicia predictiva, orientada a la mera predicción de decisiones judiciales. De hecho, solo si las computadoras fueran capaces de predecir los resultados de los juicios mejor que sus homólogos humanos se podría dar el siguiente paso: avanzar hacia una sustitución parcial de los jueces humanos por máquinas.

La carta ética, si bien se muestra favorable a tales experimentos, destaca los límites, incluso meramente predictivos, de la justicia digital en los ámbitos civil y comercial: límites revelados, entre otras cosas, por experimentos realizados en Francia en 2017²⁷⁰. El mismo documento establece el objetivo que estos experimentos pueden

²⁶⁹ En particular con N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Turin 2016, y luego la trilogía editada por Carleo, especialmente *Decisione robotica*, cit., pp. 179-315: toda la tercera parte, titulada “Giustizia digitale negoziale”.

²⁷⁰ Véase CE, p. 31: “The state of development of machine learning techniques does not allow today to reach reliable results regarding the ‘prediction’ of judicial decisions”.

alcanzar de manera realista por ahora: el mismo que se ha logrado hasta ahora utilizando precedentes y jurisprudencia registrados en bases de datos digitales. Se trata de poner a los abogados en condiciones de poder asesorar a sus clientes sobre si emprender o no un pleito, en función de la probabilidad de ganarlo.

Al parecer, en estas cuestiones no hay dificultad en ir más allá, experimentando con herramientas no solo predictivas sino prescriptivas. De hecho, en los procedimientos civiles o administrativos normalmente se trata de bienes, intereses y derechos patrimoniales, que están disponibles y son negociables, a diferencia de los derechos fundamentales o humanos. En cuanto a los derechos de propiedad, de hecho, la misma Carta Ética nos permite perseguir el objetivo de “la estandarización de las decisiones judiciales, no basándose ya en un razonamiento caso por caso por parte de los tribunales sino en un cálculo puramente estadístico” (CE, p. 12).

Sin embargo, incluso en estos casos hay al menos dos excepciones. Por un lado, para cierto umbral de los derechos de propiedad, que se fija en función del tema, los particulares y las empresas prefieren cada vez más formas alternativas de resolución de conflictos: conciliaciones, mediaciones y arbitrajes, que son naturalmente humanos²⁷¹. Entonces, incluso en cuestiones como la responsabilidad por un daño, en la que debe cuantificarse la indemnización por daños, el juez a menudo se ve obligado a equilibrar los intereses del causante y del perjudicado²⁷²: el razonamiento típicamente humano, la ponderación, que no puede delegarse a una máquina.

²⁷¹ Véase *Forme alternative di risoluzione delle controversie e giustizia riparativa*, editado por E. Silvestri, Giappichelli, Turín 2011, y actualizaciones posteriores.

²⁷² P. Trimarchi, “Illecito” (Diritto privato), entrada en la *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1998, p. 98: “el problema del daño civil consiste principalmente [en el equilibrio, es decir] en la evaluación comparativa de dos intereses opuestos”.

Al parecer, la ponderación es considerada por su principal teórico, el citado Alexy, como un método cuantitativo para resolver conflictos entre principios, sujeto a reglas cuasi matemáticas como la llamada fórmula del peso, en principio aplicable mediante una máquina²⁷³. En realidad, sin embargo, el caso típico de *bilanciamento* sigue siendo la ponderación entre derechos fundamentales o humanos, caso que parece requerir facultades típicamente humanas, como la sensibilidad, la prudencia, el discernimiento, en definitiva, el juicio: facultades hoy, y tal vez para la eternidad, que no pueden ser replicadas por las formas más desarrolladas de IA.

5.3.2. Aunque pertenece al derecho público y tiene un origen mucho más reciente, remontándose al siglo XIX, un segundo sector al que se aplican consideraciones similares a las que se hacen para el derecho privado es el derecho administrativo. Para simplificar, se podría decir que en ambos casos, expresamente asimilados por la Carta Ética, la función principal es la distribución de bienes, esta vez no privados sino públicos. En consecuencia, desde el punto de vista de la digitalización, nos encontramos en una situación similar, salvo que en el derecho administrativo la ponderación es mucho más común.

En particular, el Tribunal Administrativo Regional (TAR) y el Consejo de Estado juzgan los recursos contra actos discrecionales de la Administración pública, promovidos por un ciudadano que cree que sus intereses legítimos están siendo perjudicados por la búsqueda del interés público. Si el recurso se produce por violación de la ley o falta de competencia, los tribunales administrativos se

²⁷³ Véase más recientemente R. Alexy, *The Weight's Formula* (2002), ahora en Id., *Law's Ideal Dimension*, cit., pp. 154-174; para la aplicabilidad de fórmulas similares a la justicia digital, ver M. Susi, "The Internet Balancing Formula", *European Law Journal. Special Issue: Internet and Human Rights Law* 25, N.º 2 (2019): 198-212, y la respuesta R. Alexy, "Mart Susi's Internet Balancing Formula", *European Law Journal* 25, N.º 2 (2019): 213-220.

limitan a aplicar normas. Sin embargo, en caso de exceso de poder, el juez vuelve a analizar el equilibrio entre los intereses públicos y privados, análisis que ya ha sido llevado a cabo por la Administración, pero que puede ser reemplazado por el análisis del juez²⁷⁴: este ejercicio tampoco puede delegarse a una máquina.

Un problema similar es la digitalización de la AP: un objetivo que ciertamente puede lograrse delegando servicios que no impliquen decisiones discrecionales, que requieran equilibrar los intereses del ciudadano y de la AP, a algoritmos administrativos auxiliares. Además, incluso para servicios de este tipo, como el destino de los profesores de secundaria mencionado varias veces, primero el TAR y luego el Consejo de Estado tuvieron que intervenir para corregir los sesgos del algoritmo. Confirmando el hecho de que incluso las actividades digitales meramente auxiliares pueden requerir control humano.

5.3.3. El sector del derecho para el que la justicia digital ha comenzado a plantear problemas insuperables, no solo sobre la base del principio de humanidad, es el derecho penal: incluidas sus extensiones administrativas llamadas policía digital. Nacido de una rama del derecho civil, el derecho penal se ha ido independizando progresivamente de él, pasando a ser derecho público con el surgimiento del Estado moderno. Este último, al abolir la venganza privada y concederse el monopolio de la fuerza, también ha monopolizado la administración de la justicia penal.

Fue precisamente para el derecho penal que Beccaria propuso el silogismo judicial, como herramienta para sustraer a los jueces de cualquier discrecionalidad en cuestiones relativas a la libertad

²⁷⁴ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán 1970, vol. 1, p. 481, utiliza al respecto la expresión “ponderación comparativa”; ver también F. Patroni Griffi, “La decisione robotica e il giudice amministrativo”, en *Decisione robotica*, cit., p. 172.

y seguridad de los ciudadanos. Precisamente aquí, por tanto, la digitalización de la justicia podría convertirse en una tentación especialmente fuerte²⁷⁵. En cambio, precisamente por razones penales, todos los documentos europeos mencionados hasta ahora desaconsejan la adopción de la IA. La Carta Ética, en particular, desaconseja encarecidamente una digitalización de la justicia penal que socavaría el principio de “la individualización de las sanciones” (CE, p. 36).

De hecho, en materia penal no solo la justicia sustitutiva, en este caso la aplicación silogística de la ley, sino también formas de justicia meramente auxiliares, como el habitual *software Compas*, utilizado para el cálculo de la probabilidad de reincidencia, parecen impensables pues conllevarían muchas amenazas a los derechos y garantías individuales. Pero también podemos pensar en razonamientos no silogísticos como la ponderación de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad) y el llamado cálculo entre agravantes y atenuantes a efectos de fijar la pena²⁷⁶.

Aún más peligrosas para la igualdad y los derechos de los ciudadanos son las medidas policiales digitales, como el uso sistemático de algoritmos de vigilancia que indican a la policía qué barrios patrullar y en qué puntos instalar cámaras de seguridad. Seguro encontrarán algún microdelincuente, posiblemente negro, para aumentar las

²⁷⁵ Véase S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, Cham (Sw.) 2020, e *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cargo de G. Di Paolo, L. Pressacco, Università di Trento, Trento 2022, que debo a Jacopo Della Torre.

²⁷⁶ En cuanto al equilibrio entre factores agravantes y atenuantes, véase el comunicado de prensa emitido el 18 de abril de 2023 por el Tribunal Constitucional italiano sobre el llamado caso Cospito, en: https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/04/CC_CS_20230418185109.pdf

estadísticas de eficiencia²⁷⁷. Se podría decir: afortunadamente, estos sistemas automáticos se probaron por primera vez en los Estados Unidos, lo que ayudó a desviar a los europeos de un uso político y, en última instancia, bárbaro de la seguridad²⁷⁸.

5.3.4. En aquellos sectores del derecho que son relativamente nuevos, en comparación con los analizados hasta ahora, que son el derecho *constitucional* y *el internacional*, nadie propone la digitalización de los respectivos sistemas de justicia. La razón es bastante obvia y todavía tiene que ver con la ponderación: un método explicado por los tribunales constitucionales e internacionales antes y más que por los jueces civiles, administrativos y penales. El hecho no es solo que las decisiones de los tribunales constitucionales e internacionales se refieren respectivamente a derechos fundamentales y humanos: derechos cuya protección nadie imaginaría delegar a una máquina.

La cuestión es precisamente el equilibrio, en ambas formas ahora casi tradicionalmente distintas: general y abstracta, o *definitional*, particular y concreta, o *ad hoc*. En muchas de las funciones desempeñadas por los tribunales constitucionales e internacionales, incluida la apelación directa, los dos tipos de ponderación pueden distinguirse conceptualmente, pero son aspectos inseparables de la misma decisión. El uno, una actividad cuasilegislativa (de legislación negativa, al estilo de Kelsen), que ciertamente no puede delegarse en una máquina; la otra, una actividad típicamente jurisdiccional, pero no pasible de automatizar.

²⁷⁷ Sobre las políticas de detención y cacheo en las ciudades estadounidenses, el clásico es C. O'Neill, *Weapons of Mathematical Destruction*, cit., pp. 125-153.

²⁷⁸ Vea los trabajos del principal experto mundial en seguridad y vigilancia, el escocés David Lyon, a partir del último *The Culture of Surveillance: Watching as a Way of Life*, Polity, Cambridge (Reino Unido) 2018, traducido al italiano como *La cultura della sorveglianza. Come la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Luiss University Press, Roma 2020.

En resumen, en materias en las que el juez se limita a aplicar reglas de forma silogística, como en el derecho civil y administrativo, son concebibles tipos de justicia digital para los pequeños derechos de propiedad. Sin embargo, ya para el derecho penal, las formas auxiliares de justicia digital parecen impensables, aunque contribuyan a la determinación discrecional de la pena. En materias que protegen derechos fundamentales o humanos, como el derecho constitucional y el internacional, y que recurren a ese razonamiento inevitablemente discrecional que es la ponderación, la justicia digital es inconcebible.

Resumiendo, entonces, podríamos concluir así. En la evolución del derecho, hasta ahora, la resolución judicial de conflictos —el recurso típicamente jurídico— se ha extendido de lo privado a lo público: de la justicia civil a la justicia administrativa, penal, constitucional e internacional. Esta dirección de desarrollo, dictada no por alguna necesidad histórica sino por la necesidad de ampliar las garantías de los sujetos, corresponde también al grado de calculabilidad/previsibilidad de la decisión judicial: máxima en el sector privado, mínima en el sector público.

El mismo metaequilibrio —equilibrio de equilibrios— entre seguridad jurídica y principio de humanidad no parece poder resolverse de otra manera que la siguiente. El principio de seguridad jurídica está llamado a prevalecer con normalidad —por supuesto, siempre que la sentencia sea revisable, por el juez o a petición de las partes— en los conflictos jurídicos relativos a intereses menores o derechos patrimoniales. A medida que crece el alcance de los intereses o los derechos patrimoniales se vuelven fundamentales o humanos, prevalece el principio de humanidad y la justicia digital queda excluida.

EPÍLOGO

REGRESO A LA DEMOCRACIA LIBERAL

El problema no es el auge de las máquinas inteligentes sino la estupidez de la humanidad

Astra Taylor, 2022.

El verano de 2023, en Italia y en todo el mundo, marca un momento de espera. Los plazos de las distintas agendas internacionales aún no se han vencido, pero se tiende a extenderlos hacia 2050, cuando los glaciares quedarán definitivamente disueltos y la tropicalización del clima será irreversible. La recesión democrática se está extendiendo dentro y fuera de Occidente, y también en Italia: donde, para ocultar muchos otros retrasos, estamos hablando nuevamente de reformas constitucionales. Es extraño: ¿acaso no tenemos ya un gobierno muy eficiente, salvo que no logra resolver problemas menos complicados y más urgentes?

La IA también se ha convertido en un problema. Después de las ilusiones del Metaverso y el auge de ChatGPT, los propios científicos y emprendedores digitales están haciendo sonar alarmas alternadas con garantías. Pero no sobre los riesgos de la justicia digital: incluso sobre la extinción de la humanidad, una perspectiva que los padres de la IA habían contemplado sin pestañear. Es

decir, algunos expertos nos han dado cinco años más de desarrollo de la IA, advirtiéndolo que después realmente podría llegar lo que los padres llamaron la Singularidad: el momento más allá del cual ya no es posible hacer predicciones sobre quién prevalecerá, el hombre o la máquina.

Esta vez, sin embargo, han saltado las alarmas: parece que el secretario de Estado estadounidense y el comisario europeo de Competencia han acordado trabajar en un código que anticiparía la *AI Act* europea (3.3 y 5.2). Esto también, visto más de cerca, hace referencia a la SP: competencia-cooperación entre potencias globales. Sin embargo, para salvar al planeta del calentamiento global y a la humanidad del reemplazo de los robots, sería necesario involucrar en los tratados a las autocracias orientales, aunque ellas, lamentablemente, ni siquiera saben qué es la SP: no conocen la antigua ni la actual, sino solo la nueva, la dictadura del ejecutivo.

Incluso los siete grandes que se reunieron en Hiroshima, para recordar el shock nuclear que ha vuelto a ser actual con las amenazas rusas de utilizar la bomba en Ucrania, deberían trabajar en programas de desarrollo para el Sur, fascinados por el desarrollo chino. En primer lugar, sin embargo, los propios grandes deberían comprender que sus democracias también resistirán mientras mantengan las instituciones examinadas en este libro: libre competencia contra los monopolios económicos, pluralismo informativo contra los oligopolios digitales... En resumen: otra vez y siempre separación de poderes, contra todas las posibles concentraciones de poder.

Este libro, a su manera, concluye una trilogía sobre lo digital que comenzó con *Cómo Internet está matando a la democracia* (2020) y continuó con *Ecología de la red* (2021): aunque nunca se puede descartar que la trilogía se convierta en una tetralogía, como la del anillo del Nibelungo. En el primer libro, frente a la elección de Trump y a la Brexit, acusé a los *social media* de funcionar como

catalizadores de problemas políticos, económicos y sociales globales, en contra de la democracia liberal; en el segundo, propuse una ecología de la red como remedio a esta crisis, considerando a la misma red como el entorno de *homo sapiens* en el tercer milenio.

Este tercer trabajo da un paso más, tanto en el diagnóstico como en el pronóstico. El diagnóstico insiste en la importancia de la condición institucional contra-mayoritaria de la democracia liberal, si no de la propia forma de vida occidental: la SP. En particular, se muestra que la evolución de esta va en dirección opuesta a las narrativas populistas actuales, en particular a la italiana de las reformas constitucionales. Los “reformadores” italianos, naturalmente, no quieren más que fortalecer el ejecutivo, el poder que ya poseen: ignorando que este fortalecimiento ya se logró con la nueva SP, y no hoy, ni hace treinta años, sino desde hace un siglo.

Los mismos “reformadores”, entonces, querrían separar las carreras de los magistrados: “reforma” compatible con la SP, por una vez, si no fuera por un detalle. No solo se debilitaría el poder judicial, que ya está siendo atacado, sino que el debilitamiento se extendería a otros poderes de garantía propios de la actual SP. Sobre todo, el juez encargado de la investigación —lo que en Italia se llama PM (*Pubblico ministero*)— inevitablemente volvería a estar bajo el control del ministro de Justicia: es decir, siempre del mismo gobierno. Y entonces el pronóstico sería solo uno: la llegada —en el caso italiano, el retorno— a la democracia iliberal.

Tanto para el diagnóstico como para el pronóstico, con todas las limitaciones de ambos, fue determinante leer, cuando gran parte del libro ya estaba escrito y era imposible reescribirlo, *La maldición de los gigantes* (2020) de Tim Wu: jurista estadounidense de origen oriental quién, junto a Lessig, es uno de los fundadores del derecho de Internet. El libro de Wu, publicado en medio de esa ola populista de 2016 que aún continúa en otras formas, traza un paralelo entre

el período que vivimos y la incubación de los grandes totalitarismos del siglo XX, nazismo y comunismo.

El nazismo, en particular, fue consecuencia de dos monopolios: el económico, de los grandes grupos industriales alemanes, y el político, de la concentración del poder en manos de Hitler. Las dos cosas también hoy van juntas, pero esta vez a nivel global. Los cárteles, los oligopolios y los monopolios industriales, de los cuales las grandes empresas tecnológicas son solo la punta del iceberg, van acompañados de grandes concentraciones de poder político. Las pequeñas democracias iliberales de Europa del Este y las grandes autocracias asiáticas se contentan con compartir el control del mundo con las democracias liberales occidentales: por ahora.

Para responder a este desafío, Wu se limita a indicar una política económica antimonopolista: una receta que este libro —con todas las diferencias obvias entre competencia y SP— propone extender a los ámbitos político e institucional tanto nacional como regional, pero sobre todo global. En pocas palabras, hay dos formas alternativas de salir del control actual de las autocracias y las *big tech*. La *primera* respuesta, racionalista y ecuménica, es un gobierno mundial: como la Federación de la Tierra imaginada por Ferrajoli (2.3), capaz de coordinar los esfuerzos de todos los humanos de buena voluntad.

Objetivo muy noble, como ideal a largo plazo. Sin embargo, en primer lugar, los occidentales deberían comprender que su actual superioridad científica, tecnológica, económica e incluso militar depende del pluralismo cultural (los derechos) e institucional (la SP): no al revés. La *segunda* respuesta al desafío populista, respuesta empirista y evolucionista, se basa justamente en el pluralismo: desarrollar, a partir del ejemplo occidental, pero a través de negociaciones y compromisos con las autocracias orientales, una SP global, que permita a diferentes culturas y regímenes políticos contribuir a la salvación del planeta.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
por encargo de Palestra Editores S. A. C.

Se utilizó la fuente Adobe Garamond Pro
en 12 puntos para el cuerpo del texto.
Julio 2024.