

DERECHO Y ARTE V

Dirección

Cristina Alonso Salgado
Ana Rodríguez Álvarez
Almudena Valiño Ces

Coordinación

Margarida Santos Oliveira
Lara Morquecho
Paloma Arrabal Platero





¡Gracias por confiar en Nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica.

Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo con
conexión a internet**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



DERECHO Y ARTE V



«VIII Axudas para a realización de actividades científicas e académicas na Facultade de Dereito»



Red académica internacional para el estudio del Derecho a través de las Artes

Copyright © 2025

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Cristina Alonso Salgado, © Ana Rodríguez Álvarez, © Almudena Valiño Ces,
© Margarida Santos Oliveira, © Lara Morquecho, © Paloma Arrabal Platero

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

DERECHO Y ARTE V

Dirección

Cristina Alonso Salgado

Ana Rodríguez Álvarez

Almudena Valiño Ces

Coordinación

Margarida Santos Oliveira

Lara Morquecho

Paloma Arrabal Platero

COLEX 2025

AUTORAS Y AUTORES

ANA VÁZQUEZ LEMOS

Doctora en Derecho Romano y abogada ejerciente en el ICA de Vigo Universidade de Vigo

ANA VICO BELMONTE

Universidad Rey Juan Carlos

CAMILO ARANCIBIA HURTADO

Profesor del Departamento de Ciencias Generales del Derecho Universidad de Valparaíso

DIEGO GONZÁLEZ CAMEJO

Asistente Universidad de la República (Uruguay)

ELIZABETH MENDOZA MORALES

Abogada y Profesora Investigadora Titular en Licenciatura y Postgrado Universidad Autónoma de Querétaro

EMILIO FERRERO GARCÍA

Personal docente e investigador en formación de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ

Catedrática de Derecho Civil Universitat Politècnica de València

GONZALO ANA DOBRATINICH

Profesor Doctor de Filosofía del Derecho - Investigador CONICET Universidad de Buenos Aires

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ

Profesor investigador Universidad Nacional Autónoma de México

KATHARINA NOTHNAGEL VIVAS

Investigadora Predoctoral Proyecto DECOPE, Universidad Rey Juan Carlos

LORENZO AGOSTINO

Investigador Postdoctoral de Derecho Procesal Penal Università di Pisa

LUIS JAVIER CAPOTE PÉREZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil Universidad de La Laguna

MANUEL DE PERALTA CARRASCO

Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Extremadura

MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO

Catedrático de Filosofía del Derecho Universidad de Cádiz

MARIAGISA LANDOLFI

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale Università di Bologna

NATALIA TORRES CADAVID

Profesora Permanente Laboral de Derecho Penal Universidade de Vigo

NICOLÒ DI PACO

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale Università di Torino

PALOMA VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA

UDIMA-Universidad a Distancia de Madrid

PATRICIA LABRADOR BALLESTERO

Universidad Rey Juan Carlos

PAULA DE LA FUENTE POLO

Conservadora de Museos del Cuerpo Facultativo de Museos

PAULA MARÍA GONZÁLEZ CHORÉN

Delegada de Protección de Datos Investigadora Predoctoral Programa de Doctorado en Derecho
Universidade da Coruña

VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

Profesor Titular de Derecho Penal Universidade de Vigo

Sumario

1

La perspectiva renacentista y el origen del sistema jurídico

MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO

1. Afinidades.....	17
2. La perspectiva.....	17
3. El sistema en la pintura y el Derecho.....	22
4. Paralelismos jurídicos.....	23
5. La ciencia romanista y el orden.....	24
6. Bibliografía.....	30

2

Un pulso al estado español: el caso Picasso-Botín

PALOMA VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA

PATRICIA LABRADOR BALLESTERO

ANA VICO BELMONTE

1. Introducción y antecedentes del caso Picasso-Botín.....	33
2. El procedimiento en España ante la jurisdicción penal.....	36
3. El procedimiento en España ante la jurisdicción contencioso-administrativa.....	39
4. El procedimiento en Francia ante la jurisdicción penal.....	42
5. Conclusiones.....	43
6. Bibliografía.....	45

3

La dogmática y la interdisciplina en derecho y literatura

CAMILO ARANCIBIA HURTADO

1. Esto no es una ilusión.....	48
2. Una dogmática que se mira a sí misma.....	50

3. Una conversación interdisciplinar.....	53
4. Conclusión.....	55
5. Bibliografía.....	55

4

Jorge Luis Borges y el Derecho. La ley de la ficción

GONZALO ANA DOBRATINICH

1. Introducción.....	59
2. Crear (en) el lenguaje.....	60
3. La ficción de la ley.....	62
4. Imaginar la realidad jurídica.....	64
5. Mecanismo del discurso.....	66
5.1. Metáfora y ciencia.....	66
5.2. Ficción y verdad.....	67
6. Conclusiones.....	68
7. Bibliografía.....	69

5

***Etwas Morsches in Recht*: algo podrido en la ley. Violencia mítica y ficcionalización del poder legal**

DIEGO GONZÁLEZ CAMEJO

1. Presentación.....	71
2. Violencia mítica y ficcionalización.....	73
2.1. La categoría filosófica.....	73
2.2. La crítica de la violencia mítico-legal.....	75
2.3. El discurso del orden.....	77
3. Obsesiones del Estado y gestualidad.....	79
3.1. Algo podrido en la ley.....	79
3.2. La medialidad pura del gesto.....	81
3.3. Gestos literarios de suspensión.....	82
4. Consideraciones finales.....	83
5. Bibliografía.....	85

6

El crimen a través de la novela negra

VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

1. Definición de novela negra.....	87
2. Algunos ejemplos de novela negra.....	90

3. La relación entre novela negra y Derecho Penal.....	93
4. Rasgos distintivos de la novela negra desde la óptica penal.....	97
5. Conclusiones.....	99
6. Bibliografía.....	99

7

Aprendizaje jurídico penal a través del podcast

NATALIA TORRES CADAVID

1. Introducción: del arte como recurso pedagógico a la dramaturgia sonora.....	101
2. El uso del podcast como metodología complementaria a las clases magistrales.....	104
3. Diseño e implementación de « <i>o podcast de Dereito Penal I</i> ».....	106
4. El podcast como espacio de aprendizaje transversal.....	109
5. Conclusiones.....	111
6. Bibliografía.....	112

8

Alcune riflessioni sul rapporto tra magistrature requirente e giudicante a partire da un romanzo di Leonardo Sciascia

LORENZO AGOSTINO

1. La condizione dei magistrati durante il fascismo nel romanzo "Porte aperte" di Leonardo Sciascia.....	115
2. Qualche considerazione sul rapporto tra magistrature requirente e giudicante in epoca liberale e fascista.....	118
3. Il ravvicinamento del pubblico ministero al giudice quale reazione alle derive del fascismo e i riflessi sul processo penale.....	120
4. Le proposte di revisione costituzionale in cantiere: quali pericoli per i giudici?.....	123
5. Bibliografia.....	128

9

C'era(no) una volta... la presunzione di innocenza e la rieducazione: da Pinocchio a una discutibile sentenza della Corte Costituzionale italiana

NICOLÒ DI PACO

MARIAGISA LANDOLFI

1. Una giustizia "al contrario".....	133
--------------------------------------	-----

2. La valenza extraprocessuale della presunzione.....	135
3. Il divieto di automatismi e la finalità rieducativa della pena.....	138
4. "Domando scusa (...) sono un malandrino anch'io".....	141
5. Bibliografia.....	144

10

Crear conocimiento para proteger el patrimonio: los procedimientos legales y administrativos en la exportación de bienes culturales

KATHARINA NOTHNAGEL VIVAS

PAULA DE LA FUENTE POLO

ANA VICO BELMONTE

1. Introducción.....	147
2. La protección de los bienes culturales.....	149
3. La internacionalización del mercado del arte.....	151
4. El tráfico ilícito de bienes culturales.....	152
5. Database of regulatory documentation of exports and imports.....	154
5.1. Toma de datos.....	156
5.2. Primeros resultados.....	157
6. Conclusiones.....	158
7. Bibliografía.....	159

11

El derecho político a través de «Tosca»: revolución, represión y derechos fundamentales al son de la ópera de Giacomo Puccini

EMILIO FERRERO GARCÍA

1. Introducción.....	161
2. Revolución y contrarrevolución operística.....	162
3. Trama y argumento de <i>Tosca</i> (1900).....	163
4. Contexto histórico y constitucional.....	164
5. Constitucionalismo republicano romano del 1800.....	166
6. Lecturas jurídicas e interpretaciones políticas.....	168
6.1. Anticlericalismo.....	168
6.2. Antiautoritarismo, derechos fundamentales y poder...	170
6.3. Fascismo y principio de autoridad del <i>Duce</i>	172

6.4. Resistencia antifascista y clamor contra la tiranía.....	173
6.5. Flexibilidad y ambigüedad interpretativa.....	174
7. Reflexiones finales a modo de conclusiones.....	175
8. Bibliografía.....	176

12

Bob Marley: el profeta musical de la justicia social y la democracia participativa

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ

1. Introducción.....	179
2. La construcción musical de un discurso sobre la justicia...	180
2.1. La música como narrativa sobre la justicia.....	180
2.2. <i>Rastafarianism</i> y derecho natural.....	184
2.3. Panafricanismo y justicia transnacional.....	187
3. Democracia participativa y empoderamiento popular.....	189
3.1. La música como espacio democrático.....	189
3.2. Educación popular y conciencia jurídica.....	190
4. Conclusiones.....	192
5. Bibliografía.....	193

13

Honor, difamación y venganza: la injuria en el Derecho Romano y su representación en la serie *Roma*

ANA VÁZQUEZ LEMOS

1. Introducción.....	197
2. La difamación y la injuria.....	198
2.1. Atia contra servilia.....	198
2.2. Cicerón contra Marco Antonio.....	202
3. Conclusiones.....	206
4. Bibliografía.....	207

14

***Ben-Hur* en el cine para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Romano**

ELIZABETH MENDOZA MORALES

1. Acerca de las metodologías activas en el Derecho.....	209
2. Emplear MA's en el aprendizaje y la enseñanza del Derecho ¿para qué?.....	211

3. <i>Ben-Hur</i> y el cine como metodología activa para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Romano.....	213
3.1. La propuesta de implementación: momentos.....	215
4. Reflexiones para el aprendizaje del Derecho Romano a partir de una enseñanza centrada en el estudiantado a través del cine y derecho. A modo de conclusión.....	222
5. Bibliografía.....	223

15

La razón y el Derecho. «Don erre que erre» y la humildad del cine patrio como ejemplo y guía en el aprendizaje del Derecho

MANUEL DE PERALTA CARRASCO

1. Introito. Breves reflexiones previas.....	225
2. La razón como guía.....	226
3. La película «su intrahistoria» y su utilidad en la impartición del Derecho.....	227
4. Valores sociales y morales como parte de la formación jurídica.....	231
5. Conclusión.....	233
6. Bibliografía.....	233

16

El derecho alimentario a través del cine

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ

1. Una alimentación de cine.....	235
2. Conceptos relacionados con el derecho alimentario y protección del consumidor y su conexión cinematográfica.....	238
3. Resultados de la introducción del cine relacionado con la alimentación en el aula.....	240
4. Conclusiones.....	244
5. Bibliografía.....	244

17

Tratamiento y protección de datos en las plataformas de *streaming*

PAULA MARÍA GONZÁLEZ CHORÉN

1. Introducción.....	247
----------------------	-----

2. Normativa y conceptos generales.....	248
2.1. Marco jurídico.....	248
2.2. Dato de carácter personal.....	251
3. El deber de información.....	252
3.1. El deber de información en la LSSICE.....	252
3.2. El deber de información en el RGPD y LOPDGDD.....	252
4. Base legitimadora para el tratamiento de los datos.....	253
5. Transferencias de datos internacionales.....	256
6. Conclusión.....	258
7. Bibliografía.....	258

18

Arte, creatividad y derechos de propiedad intelectual: la pretendida autoría de las mal llamadas inteligencias artificiales

LUIS JAVIER CAPOTE PÉREZ

1. Introducción.....	261
2. ¿Qué es esa cosa llamada arte?.....	263
3. Autoría, creatividad y máquinas.....	264
3.1. Sobre el concepto de autoría.....	264
3.2. El caso de la fotografía.....	265
3.3. El caso de las aplicaciones generativas de contenido....	267
4. Más allá del ámbito jurídico.....	268
5. Bibliografía.....	270

1

LA PERSPECTIVA RENACENTISTA Y EL ORIGEN DEL SISTEMA JURÍDICO

MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Cádiz*

1. Afinidades

Establecer relaciones entre los diferentes aspectos de la cultura es arriesgado, porque la Historia no se mueve de la misma manera en los varios campos de actividad humana. De ahí que los ritmos del Arte, por ejemplo, no vayan necesariamente acompasados al discurrir de otros ámbitos, como la ciencia o el Derecho. Sin embargo, a veces aparecen afinidades que llaman la atención. Una de ellas tiene lugar con el nacimiento de la perspectiva geométrica o lineal durante el Renacimiento, acontecimiento de suma importancia en la Historia del arte occidental que presenta algunas semejanzas curiosas con planteamientos que tienen lugar, al mismo tiempo, dentro de la ciencia jurídica.

2. La perspectiva

Expuesto de forma muy sucinta, la perspectiva es un modelo para representar objetos tridimensionales en una superficie plana, pretensión que ha estado presente siempre que ha preocupado la reproducción de la percepción real.

Entre esas propuestas, la más influyente en la cultura visual moderna es la perspectiva denominada lineal o geométrica que, gracias a determinados artificios, intenta plasmar en el plano la manera en la que el ojo ve. Se trata, no obstante, de una construcción, una pirámide visual que parte de un centro y se expande desde ahí abarcando un sector de realidad; el corte de un plano de esa pirámide es el cuadro. De ese modo, todos los objetos del cuadro están situados desde un punto de vista unitario, ordenados a una escala interrelacionada jerárquicamente. A pesar de las apariencias, la visión humana no funciona al modo de esta perspectiva, que no tiene en cuenta aspectos esenciales como la bifocalidad, los movimientos oculares, o los del propio sujeto¹. En cualquier caso, no es preciso recordar el éxito de esta forma de perspectiva.

No ha sido la única y la pintura romana ya puso en práctica algunas formas de inserción de los elementos en el espacio basadas en alineamientos perspectivos. A partir de la Antigüedad tardía esos modos son sustituidos por una representación puramente simbólica, que tras varios siglos cambiará hacia nuevos ensayos de perspectiva. Aunque en obras del siglo XIV como las de GIOTTO ya aparecen trazas iniciales de ordenaciones que conducirán a esa perspectiva geométrica, no será hasta el Quattrocento cuando ésta aparezca claramente establecida. Los frescos de MASACCIO en la Capilla Brancacci de Santa Maria del Carmine y la Trinidad en Santa María Novella, las segundas puertas del Baptisterio de Florencia de Lorenzo GHIRBERTI, son ejemplos destacados en las que la perspectiva es usada ya de manera rigurosa.

Pero no se trataba sólo de una mera cuestión de habilidad técnica para conseguir un efecto visual de ordenación en profundidad, sino que estaban implicados fundamentos más hondos. Erwin PANOFKY, en un ensayo famoso, no sólo ha expuesto la ruptura que implicó la nueva forma de representación, sino también las implicaciones filosóficas que esa irrupción supuso. Señala que esta nueva perspectiva es una «forma simbólica», porque tras la pretensión de una represen-

1 DOMÍNGUEZ PERELA, Enrique, «¿La perspectiva en la pintura española del primer Renacimiento? Un problema sobre la percepción en profundidad», *Arte, Individuo y Sociedad*, 4, 1991-1992; pp. 195-197; PASCUAL PÉREZ, José Pedro, «Ilusiones de realidad: de la perspectiva del Renacimiento a la realidad virtual», *Bellas Artes*, 2, 2004; pp. 191 y ss.

tación realista existía todo un conjunto de implicaciones teóricas que daban un sustrato situado más allá de lo empírico. Requería la construcción de un espacio racional, homogéneo infinito u constante. La perspectiva, mantiene PANOFKY, presupone dos hipótesis: que miramos con un solo ojo inmóvil y que la intersección de la pirámide visual es reproducción de la imagen visual humana; una sección de esa pirámide sería el cuadro, como ya he indicado. Es preciso subrayar que, según este historiador, se trata de una construcción: esta perspectiva no es completamente real, sino que supone un conjunto de abstracciones, porque la percepción psicofisiológica no funciona exactamente así (recordemos, por ejemplo, la bifocalidad de la visión humana). Él destaca que el espacio perspectivístico es sistemático, al no estar formado por agregados, y requiere un principio de unidad superior que otorga homogeneidad al espacio². El mundo antiguo intuyó el espacio de manera figurativa, pero no lo hizo de manera sistemática. Lo que quiere decir, según PANOFKY, que los cuerpos en el espacio pictórico entendido al modo antiguo no están situados en un sistema de relaciones homogéneo e ilimitado. Al contrario, cada cuerpo está situado en un contorno propio y limitado; un modo relacionado con la filosofía aristotélica³. Lo que esto implica es que cada cuerpo tiene su lugar propio, con su dimensión exclusiva, sin que exista un campo de dimensiones que las homogeneicen y sitúen a los cuerpos en dicho campo.

El cambio hacia el espacio moderno la conformación de un espacio sistemático unificado y mensurable. Aunque las tendencias iniciales aparecen con pintores como GIOTTO y Duccio en el siglo XIV, el nuevo sistema pictórico se consolida en el Renacimiento; a partir del siglo XV esa unidad fue construida mediante leyes matemáticamente fundadas que encontrarán un paralelo filosófico en la posterior racionalización de DESCARTES y KANT⁴. En efecto, la relación entre la matemática y la perspectiva ya en el siglo XV es interesante para el desarrollo de la ciencia moderna. En algunos pinto-

2 PANOFKY, Erwin, *La perspectiva como forma simbólica*, Tusquets, Barcelona, 2008, pp. 12, 13 y 26.

3 PANOFKY, Erwin, *La perspectiva como forma simbólica*, op. cit., pp. 27 y 28.

4 PANOFKY, Erwin, *La perspectiva como forma simbólica*, op. cit., pp. 31, 46 y 47.

res, como Piero DELLA FRANCESCA, muestra un nivel que va más allá de la mera habilidad artesanal, aunque se presente en tratados (como los de Piero) que primariamente tienen una intención práctica, aunque en realidad indiquen una actitud que podría caracterizarse como científica⁵.

Más allá de estas cuestiones relacionadas con la filosofía moderna, la causa más determinante en este desarrollo de la perspectiva quizá sea una característica de la cultura humanista, quizá algo difusa, pero no menos relevante: la exigencia de orden y claridad, presente en el arte renacentista y, como ahora indicaré en la ciencia jurídica influida por el Humanismo.

Muestra de ello es que Giorgio VASARI, cuando en sus famosas *Vidas* dedique una breve introducción a la arquitectura, criticará de manera particularmente acerba los edificios contruidos por los alemanes que siguen el estilo inventado por los godos (tal y como entonces se creía) y carecen de las proporciones de los órdenes antiguos y modernos. Estos edificios son «*monstruosos*», «*bárbaros*» y «*carentes de armonía*», porque en vez de orden tienen confusión y desorden. A causa de su decoración abundante e inútil estos arquitectos «*desproporcionaban todo lo que construían*» y corrompieron al mundo con sus edificios⁶. Y al tratar introductoramente de la pintura señala la importancia de la perspectiva, al igual que en las vidas de pintores como Paolo UCCELLO o Piero DELLA FRANCESCA. Es preciso tener en cuenta que VASARI escribe desde el desprecio por toda la cultura que no esté imbuida del Humanismo y su descripción de la arquitectura calificada de gótica no debe hacernos olvidar que el arte medieval también estaba preocupado por las ideas de orden y proporción derivadas muchas veces de doctrinas de autores antiguos transmitidos por la Antigüedad tardía: pensemos en las ideas pla-

5 FIELD, Judith Veronica, «Mathematics and the craft of painting: Piero della Francesca», en FIELD, Judith Veronica; JAMES, Frank A. J. L. (Eds.), *Renaissance and Revolution. Humanist, scholars, craftsmen and natural philosophers in early modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 73 y ss.

6 VASARI, Giorgio, *Las vidas de los más excelentes arquitectos, pintores y escultores italianos desde Cimabue a nuestros tiempos*, Cátedra, Madrid, 2004, p. 55.

tónicas en la Escuela de Chartres, en el siglo XII⁷. Por otra parte, PANOFKY ha llamado la atención sobre las relaciones entre la Escolástica como forma de razonar y los modos de ordenación y organización del arte en el siglo XIII⁸.

En cualquier caso, frente al arte de la época anterior, VASARI destaca que una de las características del arte de los modernos (es decir, los artistas de la nueva manera desplegada desde el siglo XV) es la imitación de la naturaleza, el realismo; entre los instrumentos para esa imitación está la perspectiva, que no aparece en el planteamiento vasariano con un trasfondo filosófico explícito. No es fácil conocer ese trasfondo que une la querencia hacia lo real y el empleo de la perspectiva. Reparemos en los ecos neoplatónicos en el desarrollo de la perspectiva al que aluden algunos historiadores⁹ y que no tiene mucho que ver con un acercamiento empírico a lo real.

Por otra parte, es preciso recordar que el arte renacentista no consistió en una toma de postura científica al modo moderno. Una de sus características importantes fue el uso amplio de símbolos, que incluían no sólo alegorías y emblemas, sino también el empleo de medidas geométricas con intención simbólica y religiosa: el triángulo equilátero como símbolo de la Trinidad fue empleado por Filippo BRUNELLESCHI en la iglesia florentina de San Lorenzo para las proporciones de la planta; esta manera de emplear la geometría estaba ya presente desde la Edad Media¹⁰.

7 Eco, Umberto, *Arte y belleza en la estética medieval*, Penguin, Barcelona, 1997, pp. 55 y ss.

8 PANOFKY, Erwin, *La arquitectura gótica y la escolástica*, Siruela, Madrid, 2007, pp. 29 y ss.

9 BUENO CAMEJO, Francisco Carlos, «La *imitatio*, la perspectiva y el Neoplatonismo en el Renacimiento italiano: a la sombra del Timeo y la nueva configuración del cosmos infinito», en VV. AA., *XIII Congrès Valencià de Filosofia*, Universidad de Valencia/ Universidad Jaime I/ Diputación de Valencia, Valencia, 2001, pp. 83 y ss.

10 ESTEBAN LORENTE, Juan Francisco, «El recurso a lo simbólico en el Renacimiento: sistemas simbólicos», en LOMBA SERRANO, Concha; LOZANO LÓPEZ, Juan Carlos; ARCE OLIVA, Ernesto Carlos; CASTÁN CHOCARRO, Alberto (Coords.), *El recurso a lo simbólico: reflexiones sobre el gusto II*, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2014, pp. 47-49.

3. El sistema en la pintura y el Derecho

En su reflexión PANOFKY, historiador del arte interesado y versado en Humanidades y Filosofía, introduce el concepto (ya mencionado) de sistema, que es concepto esencial de la filosofía moderna. Desde luego, PANOFKY no explicita las bases teóricas que llevan a esa matematización del espacio, pero la referencia a la sistematización y a pensadores como DESCARTES indican que la vincula con la filosofía moderna. No es posible ahora exponer siquiera mínimamente esas relaciones complejas, pero sí es preciso resaltar que la perspectiva renacentista fue una de las primeras manifestaciones del espíritu de sistema, tal y como lo denominó PASCAL.

El concepto de sistema está vinculado con el de método, que también encuentra acomodo en el pensamiento de algunos humanistas. Aunque no sea posible trazar ahora el desarrollo epistemológico de la idea de sistema, sí quiero indicar algunos aspectos de ese proceso. Porque en ese momento hay cierta pluralidad de métodos que se incluyen bajo la etiqueta de sistematismo.

A veces, aparece como método geométrico, tanto referido al analítico de DESCARTES, a la combinación de análisis y síntesis que triunfará en la Física o al axiomático deductivo extraído de la geometría de EUCLIDES; este último sería el auténtico método geométrico, porque parte de unos axiomas evidentes, exentos de toda discusión, y desde los que descienden conclusiones deductivas rigurosas. En la Física triunfó el método resolutivo-compositivo o analítico-sintético, combinación de métodos que había expuesto ya GALENO; este último método desmonta una realidad hasta sus componentes más simples para luego construir a partir de ellos una doctrina racionalmente coherente desde un punto de vista deductivo. El ideal de estos procedimientos es la matemática, de manera que todas estas formas de pensar son calificadas ya en el siglo XVII de geométricas¹¹. En cualquier caso, el espíritu sistemático tenía como característica esencial el establecer un punto de partida unitario desde el que extraer todos los elementos de una construcción racional.

11 OTTE, Gerhard, «Der sogennante Mos Geometricus in der Jurisprudenz», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 8, 1979, per totum.

En el Humanismo del Renacimiento encontramos la que-
rencia hacia el orden y la claridad, también la presencia de
un método o arte capaz de garantizar esas características,
tal y como aparece en tratados jurídicos del siglo XVI. Sin
embargo, los juristas no llegaron a elaborar un concepto
de sistema estricto a causa de un conjunto de motivos que
expondré más adelante.

4. Paralelismos jurídicos

A partir de las características de la cultura humanista no
es casualidad que los primeros intentos de introducir el sis-
tema en el derecho tuvieran lugar en la época renacentista.
Es necesario tener presente que uno de los conceptos más
destacados de la ciencia jurídica moderna (la desplegada
desde el siglo XVII) es el de sistema, aunque sea un concepto
que se despliega en un abanico relativamente de acepcio-
nes. Hace ya varias décadas, Claus-Wilhelm CANARIS dedicó
un estudio a esas diferentes nociones; en él se mostraba par-
tidario de una concepción abierta de lo sistemático, consis-
tente en la derivación valorativa de los preceptos y normas
de un orden jurídico desde valores y principios superiores;
esa relación no consiste en deducciones rígidas, sino en la
conexión valorativa con unos fundamentos racionales; por
otra parte, el sistema jurídico ha de ser lo suficientemente
flexible para adaptar sus normas a las circunstancias cam-
biantes¹². Sin embargo, en el momento en el que se origina
la noción de sistema jurídico éste tiene una acepción mucho
más estricta, y su característica esencial es: la existencia de
un punto de partida (un concepto, una idea) desde la que
derivar de manera estricta todo el contenido de un determi-
nado sector de la realidad, tal y como ha señalado Helmut
COING¹³. Pero la llegada al Derecho de este concepto de sis-
tema tuvo diferentes etapas.

12 CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, 1969.

13 COING, Helmut, «Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft», en *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1962, *per totum*.

5. La ciencia romanista y el orden

El redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* justiniano a fines del siglo XI y el posterior desarrollo de las Escuelas de glosadores y comentadores que dedicaron sus afanes a interpretar esos textos conformaron la mentalidad jurídica europea de los siglos posteriores. Esa mentalidad romanista, entre otras cosas, carecía de un carácter sistemático en el sentido moderno; la *iurisprudencia* romana era fuertemente casuística y tenía poco aprecio por los conceptos generales y sus continuadores medievales adoptaron la misma actitud. Aunque algunas partes de la Compilación de Justiniano, como las *Instituciones*, ofrecían un esquema clasificatorio para el material jurídico, la división entre personas, cosas y acciones, el denominado *ius commune*, erigido sobre el Derecho Romano, era una acumulación de casos prácticos irreductibles a esquemas generales.

A la altura del siglo XV esa casuística había llegado a ser un tanto excesiva y desde algunos sectores del saber romanista surgieron quejas ante esa situación. Esos sectores estaban influidos por la nueva tendencia de los *studia humanitatis*. Y es que desde el siglo XV, los humanistas, preocupados por la situación de los diferentes saberes y disciplinas, que ellos consideraban lamentable, dirigieron su atención también hacia el Derecho. No era extraño, porque ellos buscaban la pureza de las fuentes griegas y romanas frente a las doctrinas e interpretaciones introducidas por los juristas universitarios y entendían que toda la tradición de los glosadores y comentadores había tergiversado las fuentes romanas.

Entre las diferentes inquietudes que tenían los humanistas a la hora de estudiar el Derecho estaba la de presentar el Derecho según las exigencias, de claridad, orden y método, aunque esas exigencias se plasmaran de manera diferente¹⁴. En esta línea, Lorenzo VALLA, Guillaume BUDÉ o Juan Luis VIVES abogaron por la simplificación del Derecho Romano, que los juristas medievales habrían convertido en una masa enrevesada¹⁵. Ninguno de estos tres humanistas estaba pre-

14 GILBERT, Neal Ward, *Renaissance Concepts of Method*, Columbia University Press, Nueva York, 1960.

15 VALLA, Lorenzo, *Elegantiarum Latinae Linguae libri sex*, Amberes, 1557, p. 89; BUDÉ, Guillaume, *Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros*, Basilea, 1534, pp. 83 y ss.; VIVES, Juan Luis, «Las Disciplinas», en *Obras completas*, Madrid, 1947, pp. 554 y ss.

ocupado por el saber jurídico en su vertiente más práctica (la ocupación de BUDÉ con el Derecho era filológica) y lo cierto es que Andrea ALCIATO, el primero que aúna el interés humanístico con la preocupación más específicamente jurídica de los romanistas, no mostró esa intención incipientemente sistematizadora. Sin embargo, dentro de ese grupo de juristas formados tanto en el *ius commune* como en las disciplinas humanistas surgió pronto el interés por el método y el orden y ese interés produjo una cantidad amplia de libros que pretendían estructurar todo el derecho de base romana a partir de nociones generales. A pesar de ese evidente interés por el método, no está claro el origen de esa tendencia en el ámbito jurídico. Son varias las posibles fuentes teóricas. Una de ellas es el nuevo concepto de razón defendido por los humanistas, que los lleva a separarse del sometimiento a la ordenación de los textos justinianeos¹⁶. Otra podría ser la influencia en el Humanismo en general y en el Humanismo jurídico en particular de la filosofía platónica y su defensa del orden, la armonía y la proporción¹⁷. No obstante, esta relación presenta algunas dificultades. En primer lugar, porque en la obra platónica no hay ningún sistema jurídico. Además, la presencia del Platonismo en el Humanismo renacentista es una más de las influencias filosóficas; el Neoplatonismo florentino, por ejemplo, defendido por Marsilio FICINO o Giovanni PICO DELLA MIRANDOLA, no tiene relevancia en el desarrollo de la *iurisprudentia* humanista del XVI.

Más fecunda fue la influencia en el *ars iuris* de Cicerón y otros modelos procedentes de la dialéctica y la tópica. Al fin y al cabo, CICERÓN se había propuesto *ius in artem redigere*, lo que traducido libremente querría decir conformar el Derecho a la manera de una técnica o método, es decir, un saber compuesto de reglas razonables que pueden ser enseñadas. Conviene recordar que la cultura humanista estuvo particu-

16 PIANO, Vincenzo, *Diritto Romano e Diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Giuffrè, Milán, 1962, p. 140; CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, «“*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y Humanismo racionalista», *Ius Commune*, 6, 1977.

17 WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttinga, 1967, p. 91; PIANO, Vincenzo, «Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI», en *Diritto, logica, método nel secolo XVI*, Jovene, Nápoles, 1978, p. 285; DESAN, Philippe, *Naissance de la Methode*, Librairie A.G. Nizet, París, 1987, pp. 74 y ss.

larmente interesada por la elocuencia, la retórica y la dialéctica, pero esta última no la entendió al modo de la lógica escolástica con su rigor abstracto, sino como una disciplina encargada de la discusión práctica mediante el empleo de tópicos o lugares comunes, procedentes de autores como ARISTÓTELES, CICERÓN o QUINTILIANO. Tópicos tales como la definición o el género sirvieron para ordenar el material del *ius commune* a partir de conceptos jurídicos generales desde los que se derivaban definiciones y clasificaciones más específicas¹⁸.

Este empleo de la dialéctica y de los tópicos para ordenar el Derecho fue causa de ambigüedad. Para la tradición antigua y medieval, la dialéctica y la tópica eran instrumentos de un saber argumentativo, que trataba con lo probable y no con lo exacto; los asuntos humanos (entre los que está el Derecho) pertenecen al ámbito de lo probable, de lo circunstanciado, de forma que los argumentos intervienen en función de las características del problema; de ahí la imposibilidad de un sistema en el Derecho, ya que no existe ningún concepto supremo desde el que derivar las soluciones de todo el espectro de posibles problemas comprendidos en la realidad jurídica. Esta era la mentalidad dominante en el *ius commune* durante siglos¹⁹.

Aparentemente, esa mentalidad cambia con el Humanismo jurídico, en la medida en que ahora los tópicos son empleados para una ordenación general. Así lo vio Walter ONG cuando señaló que la tópica de los humanistas hizo desaparecer los razonamientos dialógicos propios de la Edad Media y los sustituyó por una «lógica de lugares (tópicos)» que desarrolló conclusiones rigurosas a partir de conceptos fundamentales. Un aspecto de la reflexión de ONG es particularmente interesante para el tema que me ocupa aquí, porque este autor escribe que la lógica de los humanistas estaba influida por una concepción visual de lo real, de forma que todo razonamiento parte de unos «lugares» para ir a otros ya fijados; de esa forma se pierde la argumentación oral abierta

18 RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., *La Modernidad discutida*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1998, pp. 240 y ss.

19 CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, «En torno al método de los juristas medievales», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982; CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, «Historia y justicia en los juristas de formación prudencial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 1992, *per totum*.

y flexible, pensada para un auditorio y que había caracterizado a la Edad Media. Walter ONG relacionó ese carácter visual de la nueva lógica con la invención de la imprenta de tipos móviles que introdujo en la cultura europea un carácter visual, al acostumbrarla a seguir los textos fijados mediante la impresión; la cultura medieval, en cambio, era más argumentativa al estar basada en la oralidad carente de la certeza del texto impreso²⁰. Marshal MACLUHAN adoptó expresamente esta tesis de ONG en su libro *La Galaxia Gutenberg*.

Este triunfo de la visualización de la argumentación que afirman estos autores podría ser puesto en conexión con la expansión de la perspectiva, que también sitúa un punto de vista centralizado como clave a partir de la cual ha de construirse el cuadro como sistema; el mismo papel representarían las definiciones iniciales desde las cuales se construye el orden jurídico. No obstante, la explicación de ONG es discutible.

Efectivamente, las exposiciones generales de los autores del Humanismo jurídico pretendían ofrecer una panorámica de todo el Derecho a partir de los conceptos más básicos. Sin embargo, su actitud no fue auténticamente sistemática, porque faltaba el carácter auténticamente deductivo. No era una carencia que tuvieran estos juristas, sino una conciencia clara de las características de lo jurídico, conciencia procedente del Derecho Romano y continuada en el *ius commune* medieval. Esta conciencia comprendía que el Derecho (*ius*) se manifestaba en su manera más propia en el momento de la concreción, de la determinación de la solución a un problema; esa solución, para eludir la arbitrariedad, debía estar basada en una regla general, la ley, pero era habitual que desde la ley no fuera posible obtener la solución completa, a causa de la variación en las circunstancias que podía presentar un caso. Una noción que podemos calificar de prudencial, ya que corresponde con las características de la prudencia aristotélica, aunque los juristas romanistas desarrollaran su concepto de Derecho de manera independiente de Aristóteles. La postura sobre la concreción del Derecho que tenían los juristas influidos por el Humanismo siguió la misma vía de sus antecesores medievales. En consecuencia, los tratados sobre método jurídico contenían tanto una

20 ONG, Walter J., *Ramus, Method and the Decay of the Dialogue*, Harvard University Press, Cambridge, 1958, pp. 104-112.

exposición del material normativo, diseñada mediante definiciones generales, como una reflexión sobre la interpretación del Derecho concebida como inevitablemente abierta a la argumentación y escasamente sistemática; en la parte dedicada a la *interpretatio* dentro de los tratados sobre *ars iuris*, no había una diferencia sustancial entre el proceder del *ius commune* medieval y lo enseñado por los juristas del Humanismo. En esta línea, las obras de juristas del siglo XVI como François CONNAN, Pierre DE LA GREGOIRE o Jean CORAS son significativas: aunque redacten tratados destinados a ordenar el Derecho de acuerdo con los criterios de la dialéctica humanista, su concepto de Derecho es el prudencial propio de toda la tradición romanista²¹.

Una clave de esa falta de sistematicidad la ofrece PANOFKY, aunque no tuviera en mente el Derecho. Recordemos que él destaca la necesidad de una homogeneización del espacio para el triunfo de la perspectiva lineal, porque así es posible esa estructura geométrica calculable; precisamente esa misma homogeneización es necesaria para el triunfo de la sistemática en el Derecho. El problema reside en que para los romanistas (medievales y humanistas) el Derecho, compuesto por problemas y necesidades sociales que obedecen a fines y principios diferentes, no es homogeneizable; por ese motivo el Derecho Romano y su derivación medieval eran fuertemente casuistas: los conceptos generales eran siempre insuficientes para captar toda la complejidad de lo real. Cuando los humanistas, dentro de un cambio cultural favorable a lo sistemático, se lanzaron a la redacción de sus compendios fueron conscientes, gracias a su formación romanista, de la incapacidad de lo general en el derecho para captar la peculiaridad de lo real. No es casual que el triunfo del sistema en el derecho se produzca a partir del siglo XVII a causa de un cambio en el concepto de Derecho hacia la noción de derecho como facultad, lo que la dogmática alemana del siglo XIX denominó derecho subjetivo. El origen de esa concepción está en la Escolástica bajomedieval de raíz escotista, de la mano de autores como Jean DE GERSON, y luego fue desarrollada por los escolásticos españoles de

21 CONNAN, F., *Commentariorum iuris civilis libri decem*, Basilea, 1562; Gregoire, Pierre de, *De iuris arte, methodo et preceptis*. Lyon, 1580; CORAS, Jean, «De iuris arte liber», en *Tractatus Universi Iuris*, vol. I, Venecia, 1584.

los siglos XVI y XVII; pero estos escolásticos modulaban las facultades según las exigencias del bien común y del Derecho natural. El triunfo del concepto de Derecho como un poder radicalmente individual, sin intermediaciones objetivas externas, se produjo a partir de la Escuela de Derecho Natural Moderno, que situó el origen del Derecho en el poder o libertad individual (no hay espacio ahora para entrar en las diferencias) existente en el estado de naturaleza. Al ser el Derecho un poder residente en el individuo expandido en la realidad, primordialmente mediante la propiedad privada, es una magnitud calculable y organizable de manera homogénea en un verdadero sistema, en una estructura de derecho o poderes subjetivos²². Aunque esos sistemas triunfantes en la Modernidad acabaran desflecados en el momento de la aplicación de las normas, su configuración externa aparentaba rigor, a diferencia de las ordenaciones humanistas, cuyos autores admitían la insuficiencia de esas generalizaciones.

La analogía de estos sistemas jurídicos plenamente modernos con la perspectiva es, no obstante, difícil de establecer. Tengamos en cuenta que, como admite PANOFSKY, tras el invento de la perspectiva en el Renacimiento, las diferentes épocas del arte europeo han desarrollado diferentes formas de perspectiva lineal, y los analistas de este método pictórico, a veces, la han considerado una muestra de objetivismo geométrico y otras, manifestación del subjetivismo propio de la mirada del artista²³.

La verdad es que no existe una conexión directa entre la invención de la perspectiva lineal y el incipiente desarrollo de los sistemas jurídicos en el siglo XVI. Las fuentes no muestran conocimiento recíproco, porque los juristas no citaban a los pintores, y es difícil saber si éstos tenían conocimiento de las inquietudes nacidas dentro de la jurisprudencia. Los tratados dedicados al arte pictórico (como los de Piero DELLA FRANCESCA) están centrados en cuestiones geométricas y técnicas y no citan fuentes jurídicas.

22 RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., «Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26, 2004; RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., «El inicio de los sistemas jurídicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21, 2004, per totum.

23 PANOFSKY, Erwin, *La perspectiva como forma simbólica*, op. cit., pp. 52 y 53.

Sin embargo, no puede ser casualidad que en esta época tanto en el arte como en la ciencia jurídica influida por el Humanismo surgieran esas manifestaciones relacionadas con el concepto de sistema moderno. El ambiente intelectual del Humanismo, favorable al orden y la claridad, debió de ser decisivo para esos cambios. También debió de serlo para evitar el desarrollo de un sistema en sentido estricto, porque los juristas formados en las disciplinas humanistas aceptaron la complejidad de la realidad del Derecho y la imposibilidad del razonamiento unidireccional típico de los sistemas de modo geométrico. Por otra parte, la pintura derivada del Renacimiento y de su incipiente sistematismo optó en ocasiones por rechazar la unidireccionalidad: la obra de VELÁZQUEZ o REMBRANDT, por ejemplo, es una manifestación espléndida de la multiplicidad y riqueza variada de lo humano.

6. Bibliografía

BUDE, Guillaume, *Annotationes in quattuor et viginti Pandectarum libros*, Basilea, 1534.

BUENO CAMEJO, Francisco Carlos, «La *imitatio*, la perspectiva y el Neoplatonismo en el Renacimiento italiano: a la sombra del Timeo y la nueva configuración del cosmos infinito», en VV. AA., *XIII Congrès Valencià de Filosofia*, Universidad de Valencia/ Universidad Jaime I/ Diputación de Valencia, Valencia, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, 1969.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, «“*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y Humanismo racionalista», *Ius Commune*, 6, 1977.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, «En torno al método de los juristas medievales», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, «Historia y justicia en los juristas de formación prudencial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 1992.

- COING, Helmut**, «Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft», en *Zur Geschichte des Privatrechtssystem*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1962.
- CONNAN, F.**, *Commentariorum iuris civilis libri decem*, Basilea, 1562.
- CORAS, Jean**, «De iuris arte liber», en *Tractatus Universi iuris*, vol. I, Venecia, 1584.
- DESAN, Philippe**, *Naissance de la Methode*, Librairie A.G. Nizet, París, 1987.
- DOMÍNGUEZ PERELA, Enrique**, «¿La perspectiva en la pintura española del primer Renacimiento? Un problema sobre la percepción en profundidad», *Arte, Individuo y Sociedad*, 4, 1991-1992.
- Eco, Umberto**, *Arte y belleza en la estética medieval*, Penguin, Barcelona, 1997.
- ESTEBAN LORENTE, Juan Francisco**, «El recurso a lo simbólico en el Renacimiento: sistemas simbólicos», en LOMBA SERRANO, Concha; LOZANO LÓPEZ, Juan Carlos; ARCE OLIVA, Ernesto Carlos; CASTÁN CHOCARRO, Alberto (Coords.), *El recurso a lo simbólico: reflexiones sobre el gusto II*, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2014.
- FIELD, Judith Veronica**, «Mathematics and the craft of painting: Piero della Francesca», en FIELD, Judith Veronica; JAMES, Frank A. J. L. (Eds.), *Renaissance and Revolution. Humanist, scholars, craftsmen and natural philosophers in early modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- GILBERT, Neal Ward**, *Renaissance Concepts of Method*, Columbia University Press, Nueva York, 1960.
- GREGOIRE, Pierre de**, *De iuris arte, methodo et preceptis*. Lyon, 1580.
- ONG, Walter J.**, *Ramus, Method and the Decay of the Dialogue*, Harvard University Press, Cambridge, 1958.
- OTTE, Gerhard**, «Der sogenannte Mos Geometricus in der Jurisprudenz», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 8, 1979.

PANOFSKY, Erwin, *La arquitectura gótica y la escolástica*, Si-ruela, Madrid, 2007.

PANOFSKY, Erwin, *La perspectiva como forma simbólica*, Tusquets, Barcelona, 2008.

PASCUAL PÉREZ, José Pedro, «Ilusiones de realidad: de la perspectiva del Renacimiento a la realidad virtual», *Bellas Artes*, 2, 2004.

PIANO, Vincenzo, *Diritto Romano e Diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Giuffrè, Milán, 1962.

PIANO, Vincenzo, «Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI», en *Diritto, logica, método nel secolo XVI*, Jovene, Nápoles, 1978.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., *La Modernidad discutida*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1998.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., «Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26, 2004.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., «El inicio de los sistemas jurídicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21, 2004.

VALLA, Lorenzo, *Elegantiarum Latinae Linguae libri sex*, Am-beres, 1557.

VASARI, Giorgio, *Las vidas de los más excelentes arquitectos, pintores y escultores italianos desde Cimabue a nuestros tiempos*, Cátedra, Madrid, 2004.

VIVES, Juan Luis, «Las Disciplinas», en *Obras completas*, Madrid, 1947.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Van-denhoek & Ruprecht, Gotinga, 1967.

2

UN PULSO AL ESTADO ESPAÑOL: EL CASO PICASSO-BOTÍN

PALOMA VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA

UDIMA-Universidad a Distancia de Madrid

PATRICIA LABRADOR BALLESTERO

Universidad Rey Juan Carlos

ANA VICO BELMONTE

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción y antecedentes del caso Picasso-Botín

La legislación española sanciona con dureza la exportación irregular de determinadas obras de arte con el fin de preservar su rico patrimonio histórico-artístico. En el artículo 2.2 a) de la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando se dispone que *«cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000€, los que realicen (...) exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito»*.

Cuando en 1977, Jaime Botín, conocido financiero español, adquiere en una galería londinense el cuadro *Cabeza de mujer joven* de Pablo Picasso no podía imaginar que en 2020

sería incautado por el Estado. Y es que, en 2012 Jaime Botín (en adelante, el propietario)¹ decide subastar el mencionado Picasso en la sala Christie's de Londres, que acepta el encargo, si bien le informa de que al tratarse de una pieza de más de cien años de antigüedad debe cumplir con un requisito ineludible: solicitar un permiso de exportación al Ministerio de Cultura². Efectivamente, el cuadro fue pintado en el verano de 1906 en Gósol, Lérida, cuando Picasso se alejaba de la pintura más académica para centrarse en formas más esquemáticas³. La protagonista de la obra es Fernande Olivier, su pareja, a la que retrató en numerosas ocasiones, transformando en este caso su fisonomía en una representación hierática con tonos terrosos propios de este periodo. Se trata, pues, de un momento de cambio que supone un paso fundamental hacia el cubismo fraguado definitivamente un año después con *Las señoritas de Avignon*, y del que no se tienen ejemplares en los museos españoles. La obra es, además, excepcional dentro del mercado del arte que subasta pocas pinturas de este periodo, entre las que cabe destacar dos representaciones de Fernande, *Cabeza de mujer de perfil*, óleo sobre lienzo que quedó desierto en Christie's Londres en noviembre de 1987, aunque alcanzaba estimaciones máximas de 1.463.967 €, y *Cabeza de Fernande*, óleo sobre

1 * Este artículo se ha realizado dentro de las investigaciones desarrolladas en el proyecto MOACIS, «Sinergias culturales: Análisis de la oferta en el mercado del arte y su influencia en las colecciones museísticas» de la URJC, de las que todas las autoras forman parte. Las profesoras Patricia LABRADOR BALLESTERO y Ana VICO BELMONTE forman parte del Grupo de Investigación HIEART de la URJC.

El cuadro es formalmente propiedad de la sociedad Euroshipping Charter Company Inc. que, a su vez, la cede en préstamo a la sociedad Cherokee Bay Ltd., propietaria de la goleta cuyo interior adornaba. De ambas sociedades es socio mayoritario Jaime BOTÍN quien actúa en todo momento como dueño de pleno dominio del cuadro y así es reconocido por todos los órganos tanto administrativos como judiciales que intervienen en el caso.

2 *Vid.* art.5.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español. Sobre las consecuencias de la prohibición de exportación, *vid.* VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, Paloma, «Conflicto judicial sobre "Fin de Jornada" de Joaquín Sorolla», *Studia Humanitatis Journal*, vol. 3, núm. 1, 2023.

3 CIRLOT, Lourdes, «Picasso en los años del Fauvismo», *Materia*, núm. 5, 2005, pp. 91-103.

lienzo con *gouache* que se vendió en Sotheby's Nueva York en 2007 por 4.410.000 €⁴.

El propietario encarga, pues, a Christie's la gestión de la solicitud en la que se van a especificar los detalles de la obra, su autoría y un precio estimado de 26.200.000€, así como la ruta prevista: salida por la aduana de Madrid con destino a Londres.

La petición llega al Ministerio que, tras los trámites administrativos pertinentes, deniega el permiso de exportación y requiere a la comunidad autónoma competente la incoación de expediente de declaración de Bien de Interés Cultural (en adelante, BIC), máxima categoría de protección posible dentro del ordenamiento jurídico español⁵. Aun antes de que esta decisión le fuera notificada, el propietario trata de dar marcha atrás a lo actuado presentando escrito de desistimiento de la petición ante el Ministerio alegando que se presentó por error ya que el cuadro no se encontraba en España. Ante esta maniobra, que se sospecha fraudulenta, se dicta orden ministerial declarando la obra inexportable como medida cautelar hasta la declaración formal de su calidad de BIC.

A partir de este momento un trámite rutinario se convirtió en un pulso entre el propietario y el Estado español. Mientras los procedimientos judiciales iniciaban su curso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el propietario, burlando la acción de las autoridades españolas, trasladó el Picasso en su goleta desde Valencia a Córcega donde fue interceptado y requisado por las autoridades aduaneras francesas. A partir de este momento la acción pasa a los órganos judiciales españoles y franceses que se ocuparán del caso a través de varios procedimientos⁶ que se exponen, en sus líneas

4 Datos obtenidos de la base de datos www.artprice.com, consultada el 22 de mayo de 2025.

5 El procedimiento de declaración de BIC es asumido por las Comunidades autónomas tras la STC 17/1991, de 31 de enero, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad promovidos por la Generalitat de Cataluña, la Xunta de Galicia y el Gobierno Vasco contra la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español y el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, que la desarrolla.

6 En España se dictan dos sentencias y dos autos en la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque duplicados por ejercitar acciones tanto el propietario último como el propietario formal, Euroshipping

generales, a continuación, haciendo especial énfasis en los argumentos de defensa de los que el procesado y su defensa jurídica se valieron con poco éxito.

2. El procedimiento en España ante la jurisdicción penal

El propietario, acusado de delito de contrabando, plantea su defensa ante el Juzgado de lo penal⁷ como una enmienda a la totalidad de todas las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades españolas.

En primer lugar, se discute la legalidad de la actuación de la Guardia Civil al solicitar la incautación del cuadro a los servicios aduaneros franceses sin mandato judicial ni expediente administrativo en curso, argumento que, como los que siguen a continuación, no va a prosperar, dado que el juez considera que la comisión del delito flagrante de contrabando con la salida del cuadro de España legitima tal petición. Intenta el acusado defender que la cuestión debe dirimirse en el ámbito civil, y no penal, argumento que tampoco convence al tribunal dado el principio de preferencia del orden penal sobre el civil que, además, ya había abierto diligencias previas. Defiende el acusado que el cuadro no iba a ser vendido sino custodiado en Ginebra, lo cual es considerado irrelevante pues la intención que subyace a la exportación ilegal no forma parte del tipo delictivo.

En cuanto al intento de convencer al órgano judicial de que el cuadro no pertenece al Patrimonio histórico español resultó infructuoso dada la relevancia de la pintura pericialmente demostrada en el procedimiento administrativo que se siguió tras la petición del permiso de exportación. Si el Patrimonio histórico español está constituido por todos los bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal este cuadro, a juicio del juez, forma parte de él indiscutiblemente:

Charter Company Inc; en la jurisdicción penal se dictan dos sentencias y un auto, mientras que en Francia se dictan cuatro sentencias en la jurisdicción penal y se resuelve una cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional.

7 SJP 3/2020, de 14 de enero.

cualquier vínculo o proximidad a la españolidad basta para que se considere que el bien integra el Patrimonio histórico español sin necesidad de declaración administrativa de ningún tipo. Insiste el acusado en que la obra no se encontraba en España, como ya refirió en el escrito de desistimiento ante el Ministerio, por lo que difícilmente puede salir del país, ya que al ubicarse en un barco con bandera británica la obra se encontraba en el extranjero, argumento que tampoco va a prosperar dada la soberanía española sobre sus aguas interiores y mar territorial. Un buque con bandera extranjera, salvo que se trate de naves militares, se ha de someter a las normas del estado ribereño, en este caso las normas administrativas españolas, sin que pueda considerarse inmune a ellas. La defensa intentó hacer valer el argumento de que el cuadro estaba en «tránsito» dentro de la Unión Europea, como lo había estado tantas otras veces en las que había salido de Valencia, pero este argumento tampoco prosperó porque, a juicio del juzgado, el régimen aduanero en el que se pudiera encontrar el bien resulta irrelevante a los efectos de la comisión del delito que se consuma en el momento en que la obra sale del territorio español estando vigente la prohibición administrativa de exportación, lo cual, efectivamente, no se dio en las salidas anteriores a la mencionada prohibición.

En conclusión y a juicio del órgano judicial, Jaime Botín, en tanto que tenía el dominio funcional del cuadro como propietario, aunque lo fuera a través de una sociedad panameña, al trasladar el cuadro sin permiso a un país extranjero es autor de un delito de contrabando por el que se le condena a la pena de prisión de tres años y un día y a una multa de 91.700.000 €⁸. Procede, además, el comiso del cuadro, aunque no de la goleta, ya que la Abogacía del Estado no proporciona al juez su valoración, frustrándose así esta opción.

La sentencia de instancia fue confirmada por la Audiencia Provincial⁹ que atendió, entre los motivos de impugnación alegados por el propietario, una posible nulidad de actuaciones, así como la infracción de normas del ordenamiento jurídico, un error en la apreciación de la prueba, la indebida

8 En la sentencia resolutoria del Juzgado de lo Penal se comete un error formal en la determinación de la pena que se corrige a través de auto aclaratorio AAJP 1/2020, 30 de enero.

9 SAP M 9138/2020, de 1 de septiembre.

inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, y hasta una posible cuestión prejudicial sobre el Derecho de la Unión Europea. Se discutieron todos y cada uno de los medios de prueba que el Juzgado de lo penal inadmitió sin que la Audiencia considerara que esta decisión hubiere generado indefensión alguna. Defendía el recurrente que la jurisdicción penal debía esperar a que la contencioso-administrativa resolviera el recurso ante ella planteado para determinar si la denegación del permiso de exportación se ajustó a Derecho. La Audiencia no comparte esta tesis dado que el Juzgado ya había dispuesto de todos los elementos de juicio para poder tomar esta decisión, teniendo en cuenta además que el propio Tribunal Supremo había suspendido el procedimiento contencioso para dar preferencia al penal. Se discutió si el propietario pudo incurrir en error de prohibición al considerar que la salida del barco hacia Córcega era una más de tantas otras, lo cual tampoco se admite una vez que se ha prohibido hasta por orden ministerial la salida del cuadro de España, hecho del que tuvo pleno conocimiento. Insiste el propietario en que no se ha acreditado que el cuadro estuviera en Madrid, ni que se hubiera trasladado al barco, ni que se hubieran dado instrucciones a su capitán para ocultarlo, todo lo cual quedó vencido en juicio con medios de prueba suficientes que no despiertan ninguna duda en la sala de apelación. De nuevo, se trata de defender que no puede haber contrabando por el mero hecho de que una obra salga del territorio nacional «en tránsito», es decir, si no es de forma definitiva, condición que no contiene el tipo delictivo y procede, por tanto, descartar. Se vuelve a alegar que la medida cautelar de inexportabilidad del bien había decaído dado que ninguna comunidad autónoma incoó el debido procedimiento de declaración de BIC, pero lo cierto es que, a juicio del tribunal, la orden ministerial que la establece no fue derogada ni suspendida. Por último, manifiesta el propietario haber desistido del traslado del cuadro a Ginebra lo que tampoco convence al tribunal que considera que el desistimiento se produjo cuando *«por información del agente de aduanas en Bastia, el acusado supo que las autoridades francesas le reclamaban la autorización de salida de las autoridades españolas. Fue entonces cuando el recurrente hizo de la necesidad, virtud, y canceló el vuelo a Ginebra»*. Se introducen en este recurso ante la Audiencia como cuestiones nuevas, entre otras, una posible atenuante por dilaciones indebidas que, razonadamente y en aplicación de criterios objetivos, no se admite, y un error en la deter-

minación del importe de la multa ya que, a juicio del recurrente, el valor de la obra declarada ya inexportable se reduce a 2.500.000 €, lo cual tampoco se admite pues esta cuestión no se planteó en la instancia.

En conclusión, el procedimiento penal prueba la ubicación del cuadro en España a través de los correos electrónicos cruzados entre el propietario y Christie's, diversas declaraciones testificales y el resultado de los registros del barco, por lo que su salida hacia Córcega se produjo contraviniendo la prohibición de exportación lo cual consumó el delito de contrabando. Los argumentos desplegados por la defensa, muchos y variados, algunos groseros y otros más sutiles, no pudieron contrarrestar las numerosas pruebas que vencían la presunción de inocencia. Aun así, todavía se intentó la recusación del magistrado ponente y se planteó un precipitado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por no haberse resuelto la mencionada recusación. El caso, en esta vía penal, quedó cerrado.

3. El procedimiento en España ante la jurisdicción contencioso-administrativa

Agotados los recursos administrativos contra la denegación del permiso de exportación del cuadro y la declaración de su inexportabilidad como medida cautelar, el propietario, ya en vía contencioso-administrativa, solicita a la Audiencia Nacional la anulación de ambas decisiones alegando, en primer lugar, la validez del desistimiento sobre la petición del permiso de exportación; en segundo lugar, la ubicación del cuadro en territorio británico y no español por lo que las autoridades españolas serían incompetentes para ejercitar sus potestades; y, en tercer lugar, el error en la determinación del propietario del cuadro, que no podía ser Jaime Botín sino la empresa panameña Euroshipping Charter Company, Inc., por lo que el mandato de aquel a Christie's de que presentara permiso de exportación estaría viciado de nulidad por carecer de facultades dominicales sobre la obra. Todas estas alegaciones fueron rechazadas por la Audiencia¹⁰ con argumentos bien conocidos y fuertemente arraigados en el

10 Como advertido, se dictan sentencias duplicadas y similares, SAN 945/2015, de 26 de marzo y SAN 1893/2015, de 20 de mayo.

ámbito del Derecho Administrativo, por ejemplo, que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dicten aunque precisen de su notificación de cara a su eficacia frente al administrado, o que las normas protectoras de la Ley de Patrimonio histórico español, en tanto que normas de policía, están sujetas a un principio de territorialidad, por lo que un buque extranjero atracado en puerto español, salvo que se trate de naves militares, está sometido a las normas administrativas del Estado ribereño. Tampoco resulta novedosa la tesis de que no hay necesidad alguna de declarar un bien como BIC para denegar su exportación lo cual se deduce de la literalidad de la ya mencionada Ley de Patrimonio histórico español.

Tampoco lo es la afirmación de que la declaración de inexportabilidad como medida cautelar puede y debe adoptarse por la Administración cuando un bien no se haya declarado todavía BIC y deba serlo, en tanto se tramita el expediente correspondiente. Esta medida cautelar, así concebida, se puede adoptar para la protección de cualquier bien, se haya o no pedido permiso alguno de exportación, pues basta tener noticia de su existencia y de sus características como bien cultural para justificarla. Esta medida cautelar se adopta previo informe favorable de la Junta de calificación, valoración y exportación de bienes del Patrimonio histórico español en el que se tiene en cuenta el informe emitido por la jefe de Conservación de Pintura del Museo Reina Sofía, y en el que se recogen los valores culturales del cuadro. Este informe desvirtúa, a juicio del tribunal, cualquier afirmación que se haga sobre falta de proporcionalidad o de arbitrariedad en la decisión adoptada.

No conforme con la sentencia, el propietario presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo¹¹, que resolverá declarando que la denegación del permiso de exportación cumplió con la legalidad y las decisiones judiciales adoptadas se dictaron conforme a Derecho¹². El Tribunal advierte de una premisa fundamental: el hecho probado en

11 Presentado recurso de casación cuando ya estaba en curso el procedimiento penal, se solicita su suspensión lo cual se concede a través de ATS 251/2017, de 24 de enero y ATS 757/2017, de 24 de enero. Firme la sentencia penal se levanta la suspensión y se prosigue con el procedimiento.

12 STS 755/2021, de 4 de marzo y STS 756/2021, de 4 de marzo.

el procedimiento penal de que el cuadro se encontraba en Madrid cuando se gestionó el permiso de exportación y que, más tarde, *«pese a ser plenamente consciente de la prohibición administrativa, el acusado trasladó el cuadro a la goleta de su propiedad, atracada en el mes de junio en el puerto de Valencia, con la finalidad de sacarlo de España»*. Aunque el propietario informa de que, a su juicio, las sentencias penales no afectan al recurso de casación y de que la causa penal no ha terminado, el Tribunal manifiesta no tener constancia de esta circunstancia y deja claro que los hechos objeto de la controversia vienen dados por la sentencia recurrida y no se pueden alterar. La sentencia de la Audiencia Nacional considera que el cuadro estaba en Madrid, aunque no de forma tajante sino indiciaria, teniendo en cuenta que el cuadro se compró para la colección de arte que tiene el propietario en esa ciudad; siendo Christie's una de las principales casas de subastas del mundo resulta anormal que desconociera dónde se encontraba el cuadro cuando incluso en la documentación presentada para solicitar permiso de exportación aparecía Madrid como aduana de salida. A esto hay que añadir que el propietario, a juicio del Supremo, tampoco ha hecho el más mínimo esfuerzo probatorio para acreditar que el cuadro estuvo fuera de España desde que lo adquirió, tesis que ahora trata de defender.

El Tribunal Supremo deniega la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al no considerarse procedente, además de que se suscita una cuestión nueva en recurso de casación que resulta inadmisibile. En la misma línea considera el Tribunal que el recurrente es incongruente en sus peticiones, siendo incomprensible la alegación que hace de considerar mermado su derecho a la defensa cuando los procedimientos administrativos se han desarrollado con todas las garantías.

Resueltas estas cuestiones previas, el Tribunal descarta a continuación los seis motivos de impugnación alegados contra la sentencia de la Audiencia Nacional. Probado que el cuadro se encontraba en España, se rechaza toda la argumentación del recurrente sobre normas de Derecho Internacional Privado supuestamente aplicables a este caso, irrelevantes, sin embargo, a juicio del tribunal que sostiene que los puertos y el mar territorial son espacios plenamente sometidos a la soberanía del Estado, y las obras de arte situadas en un buque de bandera extranjera que esté de paso en un puerto español no

quedan sometidas a la exigencia de autorización de exportación, siempre que concurren dos condiciones: que la obra de arte estuviera ya en el buque en el momento en que entró en un puerto español, sin que fuera introducida en el mismo una vez atracado en España; y que el buque efectivamente esté de paso. Ninguna de estas dos condiciones concurre en este caso.

Insiste el Tribunal sobre el principio de que los actos administrativos son válidos desde la fecha en que se dictan por lo que el desistimiento de la solicitud sobre la que ya ha recaído un acto administrativo no es posible, añadiendo en este caso concreto, que el desistimiento no era algo que afectase únicamente a los intereses de su propietario, sino que afectaba al posible interés general en mantener una obra de arte especialmente valiosa dentro de España.

El recurrente alegó la nulidad de la orden ministerial en la que se adoptó la medida cautelar de inexportabilidad al no incoarse a continuación el correspondiente procedimiento declaratorio de BIC, argumento que no es acogido por el Tribunal Supremo que considera ambas acciones como independientes: *«si después de que una obra de arte sea declarada inexportable no se siguen los trámites pertinentes, dicha declaración podrá dejar de surtir efectos; pero en ningún caso podrá ser tachada de inválida ab initio»*. Por último, el recurrente refiere deficiencias procesales, como incongruencia omisiva, que el Tribunal no acoge. El recurso de casación es, en conclusión, desestimado. El cierre de la vía contencioso-administrativa agota el caso en España.

4. El procedimiento en Francia ante la jurisdicción penal

Francia juega un papel muy importante en este caso. Son los servicios aduaneros franceses los que, al conocer que el propietario estaba tramitando un permiso de salida para un cuadro por vía aérea con destino a Ginebra, lo localizaron tras una inspección del barco recién atracado en Córcega. Las autoridades francesas reclamaron la documentación de salida del cuadro de España para comprobar su situación legal lo cual desencadena, dada su inexistencia, la acción judicial. El Juzgado de instrucción de Pozuelo de Alarcón acordó emitir inmediatamente el instrumento previsto en la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resolu-

ciones penales en la Unión Europea, solicitando su aseguramiento como medida cautelar y posterior traslado del bien a España, lo cual fue admitido y ejecutado por su homónimo, el *Juge d'instruction* de Bastia en Córcega. Se ordena, pues, el embargo y su posterior levantamiento para hacer entrega del objeto a las autoridades españolas, decisiones todas que serán impugnadas por el propietario y las sociedades formalmente propietarias y prestatarias del objeto en la jurisdicción francesa. En primer lugar, la *Cour d'Appel* de Bastia¹³ niega a todos ellos el derecho a recurrir sin entrar en el fondo del asunto al considerar que los actuantes no tienen legitimidad para hacerlo dado que no queda claro que sean titulares de derechos sobre el cuadro. Contra esta interpretación de la normativa procesal se interpone cuestión de inconstitucionalidad ante el *Conseil constitutionnel* francés, que es rechazada por considerar que no se han violado derechos fundamentales¹⁴.

Se recurre, entonces, ante la *Cour de cassation* francesa, sala de lo penal, que devuelve el caso a la *Cour d'Appel* d'Aix-en-Provence para que entre en el fondo del asunto y valore la actuación del *juge d'instruction*¹⁵. La sentencia de este Tribunal vuelve a ser desfavorable a los intereses de los recurrentes que acuden, ya en última instancia y de nuevo, a la *Cour de cassation* que casa parcialmente la sentencia al entender que efectivamente debía haberse anulado el auto por el que se declaró levantado el embargo manteniendo la eficacia de todas las demás decisiones¹⁶. Sin embargo, esta decisión resulta ya intrascendente dado que el bien se encuentra en España donde se siguen los procedimientos judiciales pertinentes para la resolución del conflicto.

5. Conclusiones

La posibilidad de contemplar hoy el cuadro *Cabeza de mujer joven* de Picasso en el Museo Reina Sofía es el resul-

13 *Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bastia, du 14 octobre 2015.*

14 *Décision n° 2016-541 QPC du 18 mai 2016.*

15 *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 19 mai 2016, 15-86.375.*

16 *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 10 octobre 2017, 17-80.118.*

tado de dos elementos clave: por un lado, la particular sucesión de aciertos y errores ocurridos en torno a la solicitud del permiso de exportación, y por otro, la impecable actuación coordinada de las autoridades judiciales y administrativas tanto francesas como españolas. Este caso se erige como ejemplo paradigmático de la eficacia de los mecanismos de protección del patrimonio cultural cuando existe voluntad institucional y aplicación rigurosa del marco jurídico.

Christie's, si bien informó correctamente sobre la necesidad de obtener el permiso de exportación, parece haber omitido advertir sobre la alta probabilidad de su denegación y las graves consecuencias jurídicas que ello acarrearía. Cuando la situación devino irreversible, los intentos por eludir los controles administrativos revelaron un ánimo defraudador que fue adecuadamente interpretado por las autoridades españolas. Tanto el Ministerio de Cultura como los cuerpos policiales competentes actuaron con prontitud y eficacia, ejerciendo todas sus facultades para impedir la consumación del delito. Paradójicamente, hicieron todo lo posible para evitar la salida ilegal del cuadro del territorio nacional, que no consiguieron, pero fueron capaces de reaccionar ante el hecho consumado activando con éxito el mecanismo europeo de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Las líneas de defensa esgrimidas en los distintos procedimientos judiciales resultaron infructuosas ante el peso de las pruebas testificales y documentales. Las declaraciones de Christie's sobre su desconocimiento de la ubicación real del cuadro se vieron contradichas por sus propios correos electrónicos, que evidenciaban su participación activa en el traslado de la obra desde la residencia del propietario hasta sus oficinas en Madrid, así como en la organización de sesiones fotográficas para el catálogo. Todos los argumentos jurídicos planteados por la defensa fueron desestimados mediante una interpretación literal de las normas, tanto penales como administrativas, confirmando principios jurisprudenciales bien establecidos: la relevancia histórico-artística intrínseca de un bien prevalece sobre formalismos administrativos como la declaración de BIC o su inclusión en inventarios; la soberanía española se extiende a los buques atracados en puertos nacionales; y no cabe introducir cuestiones novedosas en recursos que pretenden invalidar principios procesales básicos.

El dilatado proceso judicial (desde la salida del barco del puerto de Valencia hasta la última decisión judicial transcurren ocho años) pone de manifiesto la desesperación de una defensa que, comprensiblemente, recurrió a argumentos de difícil viabilidad.

El caso Botín-Picasso representa un ejemplo extraordinario de coordinación efectiva entre autoridades administrativas, policiales y judiciales de dos países en la protección del patrimonio histórico-artístico. Demuestra la potencia de nuestro ordenamiento jurídico para combatir conductas que vulneran las normas de protección patrimonial. Estas normas, concebidas para evitar el expolio de los bienes que conforman nuestra identidad cultural, no pueden actuar por sí solas sino que requieren de la intervención decidida de profesionales comprometidos como los que alertaron sobre la importancia de la obra desde el Ministerio de Cultura, que activó ágilmente los mecanismos de protección pertinentes, la Guardia Civil, o los jueces españoles y franceses que aplicaron diligentemente la normativa europea de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Esta actitud refleja cómo el Estado, a través de sus instituciones y funcionarios, asumió plenamente su papel de garante del patrimonio cultural común, actuando como verdadero propietario del bien desde el mismo momento en que se produjo su exportación ilícita.

En última instancia, el éxito de este caso no reside únicamente en la recuperación material de la obra, sino en la demostración de que el sistema de protección del patrimonio cultural, cuando se aplica con coherencia, determinación y coordinación internacional, es capaz de preservar eficazmente aquellos bienes que constituyen señas esenciales de nuestra identidad colectiva. El caso sienta un precedente valioso para futuras intervenciones en defensa de nuestro patrimonio cultural frente a intentos de elusión de los controles legales.

6. Bibliografía

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, «Estudio del delito de contrabando de bienes culturales a través del caso de la exportación ilegal del cuadro de Picasso *Cabeza de mujer joven*», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 58, 2020, pp. 71-94.

LAJUSTICIA Díez, Javier, «El caso Picasso-Botín: la especial protección de los BIC y el delito de contrabando», *Studia Humanitatis Journal*, vol. 4, núm. 2, 2024.

CIRLOT, Lourdes, «Picasso en los años del Fauvismo», *Materia*, núm. 5, 2005, pp. 91-103.

VICO BELMONTE, Ana; VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, Paloma (Coords.), «Estudios sobre el mercado del arte, presente y futuro en un contexto crítico», *La Albolafia. Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 20, 2020.

VILLARREAL SUÁREZ DE CEPEDA, Paloma, «Conflicto judicial sobre "Fin de Jornada" de Joaquín Sorolla», *Studia Humanitatis Journal*, vol. 3, núm. 1, 2023.

ZAMBRANA-TÉVAR, Nicolás, «Head of a Young Woman: The thrilling recovery of a flying Picasso», *International Journal of Cultural Property*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2021, pp. 175-190.

3

LA DOGMÁTICA Y LA INTERDISCIPLINA EN DERECHO Y LITERATURA¹

CAMILO ARANCIBIA HURTADO

*Profesor del Departamento de Ciencias Generales del Derecho
Universidad de Valparaíso*

Las preguntas que levanta el movimiento Derecho y Literatura son siempre varias y variadas. Un programa de investigación en esta área debería poder acometerlas hondamente, sin mayor miramiento que el apego a la reflexión crítica y a un pensamiento teórico sofisticado. En la cuna de este movimiento, Estados Unidos, DUNLOP expresaba en su «Literature Studies in Law Schools» a principios de los 90 que ya no era necesaria más teoría, sino que se requería más investigación descriptiva y contextual de las obras artísticas a analizar². Un poco antes, en 1989, Robert WEISBERG en «The Law-Literature Enterprise» argumentaba que una mirada como esa podía hacernos perder de vista lo que de ideológico posee también el discurso literario³. Hay siempre una tensión en punto a la

-
- 1 Este texto se origina en la conferencia que dicté para la Comisión de Capacitación de Jueces de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que tuvo lugar el 6 de marzo de 2025, a instancias del Dr. Jaime COÁGUILA.
 - 2 DUNLOP, C. R. B., «Literature Studies in Law Schools», *Law & Literature*, 3, 1991, p. 96. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/743502> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2025).
 - 3 WEISBERG, Robert, «The Law-Literature Enterprise», *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 1, núm. 1, 1989, p. 22. Disponible en: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/7238> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2025).

teoría y la práctica que, cuando se trata de dos disciplinas, el Derecho y la Literatura, complejiza el proceso de estudio. Pienso en un libro que acabo de terminar y que, entiendo, no podría ser leído en clave Derecho y Literatura, sin renunciar a un complemento virtuoso entre una y otra rama. ¿Por qué la novela *Vamos a comprar un poeta*, de Afonso CRUZ, pese a rascar allí donde se supone debería hacerlo el movimiento en comentario, esto es, la utilidad de lo inútil, no podría prestar un servicio eficaz en la materia? Porque en su intención dogmática, militante, destroza aquello que la Literatura posee en alto grado: la posibilidad de mostrar el espectáculo de lo múltiple. Al ahogarlo mediante una prosa plana, una poesía vacía y un jepílogo explicativo!, las preguntas y la reflexión no tienen lugar en el único lugar donde deberían tenerlo: en la mente, en el corazón, del lector. Esto nos lleva a preguntarnos por cuál podría ser una Literatura adecuada para el propósito trazado. Algo de eso he intentado responder en otros trabajos⁴. Pero ahora me interesa, incluso, una cosa ulterior. La pregunta sería: ¿puede la Literatura auxiliar a repensar, no el Derecho en abstracto, sino que la dogmática jurídica? Más preciso: ¿Cómo debe configurarse el esfuerzo de ambas disciplinas para que la relación Derecho y Literatura produzca frutos? En este texto plantearé una clarificación conceptual que puede servir como base para empezar a responder dicha pregunta. La primera pregunta sería: ¿Qué hay que clarificar?

1. Esto no es una ilusión

Existen algunos teóricos y teóricas que desalientan la promoción de puentes entre el Derecho y la Literatura. STONE en su muy sugestivo «Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion», de 2005, luego de describir los tres grandes campos en los que opera

4 ARANCIBIA, Camilo, «Por una literatura inhumana para el movimiento “derecho y literatura”», *Revista Oficial del Poder Judicial*, Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, vol. 13, núm. 16, 2021; ARANCIBIA, Camilo, «Derecho y literatura en Latinoamérica: la aparición imbunche», *Sur y Tiempo. Revista de Historia de América*, vol. 3, núm. 5, 2022; y ARANCIBIA, Camilo, «Hannah Arendt frente al Derecho y la literatura: redención narrativa», *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 20, enero de 2024.

el movimiento (humanismo, hermenéutica, narrativa), cuestiona lo interdisciplinario de la relación. Dice que el puente entre uno y otro se puede haber debido, por el lado de la Literatura, a una resistencia a las críticas que se le hacían de ser políticamente neutra, mientras que, en el caso del Derecho, la idea fue resistir, también, pero a quienes consideraban el Derecho como ciencia. Dice: «*La política y la estética, el derecho y la literatura, podían reunirse para otorgar poder al arte y significado al poder*»⁵. Algo de cierto hay en ello si pensamos contra qué se erige el movimiento: contra la consideración legalista, positivista *in extremis* del Derecho. «*Los estudios Derecho y Literatura nacen como una respuesta a las limitaciones del positivismo*»⁶, dice ROGGERO y no podemos sino estar de acuerdo. Pero STONE argumenta que el movimiento Derecho y Literatura reproduce la separación de las esferas a través de la división y transferencia del deseo disciplinario que consiste en que, si tenemos por humanista a la Literatura, entonces el Derecho no lo es y, al revés, si tenemos por político al Derecho, ello significa que la estética no ostenta dicha calidad. De esta manera cada uno se muestra satisfecho de su carencia y así puede prescindir de una autocrítica profunda, pues la Literatura y el Derecho, respectivamente, vendrían a su rescate. No puedo dejar de expresar que esta idea de STONE me parece interesante. Pensemos: ¿por qué el Derecho recurre a la Literatura? Una respuesta podría ser, para poder seguir siendo igual de normativistas y positivistas, pero sin culpa. Sin lugar a dudas esto es algo que se produce en el movimiento Derecho y Literatura. Pero avanzando en su crítica, señala que este movimiento buscó «*derribar las fronteras disciplinarias, pero, a través de la proyección imaginaria de las diferencias entre las otras, exageró las mismas fronteras disciplinarias que buscaba disolver*»⁷. Ello significaría un reforzamiento de las fronteras, un encuentro entre ciudades amuralladas, donde una es lo que la otra no puede ser, sin diálogo de por medio, sin influjo recíproco. O es eso,

5 STONE, Julie, «Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion», *PMLA*, vol. 120, núm. 2, 2005, p. 449. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/25486170> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2025).

6 ROGGERO, Jorge, «Derecho c/literatura», *Revista Filosofía del Derecho*, 1, 2012, p. 173.

7 STONE, Julie, *op. cit.*, p. 449.

o es al revés: un pueblo compartido donde no se aprecia con claridad donde se delinea un cuerpo y dónde el otro. No niego que me parece sugerente la crítica, pero hasta el momento (y en esto puedo pecar de ignorante) no he sabido de algún académico o académica que busque la disolución total de las fronteras entre Derecho y Literatura. Es posible que existan, pero no me los he topado, no los he frecuentado. Hasta donde mi curiosidad me permite apreciar, lo que sí he constatado es un esfuerzo exigente por hacer dialogar ambas disciplinas. He visto que se hace de manera más general que particular, es verdad, pero hay grandes textos de esta disciplina que han abordado el diálogo. Es posible, sí, que haga falta precisar algunas cosas. Por de pronto, ¿a qué nos referimos con dogmática jurídica?

2. Una dogmática que se mira a sí misma

La dogmática puede ser conceptualizada como «*el saber que se cultiva, difunde y renueva críticamente en las escuelas de derecho*»⁸. Es el saber científico de la ciencia del Derecho. La dogmática jurídica, entonces, tiene una pretensión científica frente a su objeto que es el Derecho. ¿Cuál es esa pretensión? Conceptualizar y clasificar lo establecido por el legislador, los jueces y los juristas. Estamos pensando en un ordenamiento jurídico de tradición continental como es el latinoamericano, con una fuerte impronta legalista. De ahí vienen las distintas categorías que conocemos de tipo contractual, la de acto jurídico, del tipo penal, etc, etc. En el caso de la dogmática civil (que es la que mejor manejo), podemos decir que el jurista dogmático parece realizar dos grandes tareas: la primera que es *describir* en términos sistemáticos el Derecho positivo vigente y una segunda que es la de *reformular* ese mismo Derecho salvando sus imperfecciones, tarea esta última que no consiste simplemente en emitir enunciados informativos acerca de lo que es el Derecho sino que proveer de prescripciones que no son inducidas en su totalidad desde el Derecho positivo. Dice PEÑA en un artículo que se denomina «Qué hacen los civilistas», que los juristas parecen poco dispuestos a reconocer la segunda de

8 SQUELLA, Agustín, *Introducción al derecho*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 24.

estas tareas, o sea, la de reformular el Derecho y suelen en realidad reclamar para sí una labor puramente descriptiva de las normas. Los juristas, en una palabra, describirían el Derecho, pero no lo reformularían⁹. Acá se produce un interesante debate entre lo que los juristas dicen que hacen (describir el Derecho) *versus* lo que realmente hacen (reformular el Derecho). Pero a nosotros este punto no nos interesará en esta exposición, sino que la diferencia que media entre describir el Derecho y reformularlo. Esto porque aquí se nuclea la contribución que la literatura puede hacer al Derecho. Pensemos: ¿Qué hacía la dogmática con el matrimonio igualitario antes de su legalización en Chile? Dos cosas: puede asimilarlo a las figuras más cercanas que se encuentren legalizadas (la comunidad de bienes, por ejemplo) o tomarlo como un acto jurídico inexistente o de nulidad absoluta. ¿Por qué se produce esto? Porque la pretensión de la dogmática es poder reglar, con su lenguaje, la realidad factual que se produce en la sociedad. De esta manera, frente al matrimonio igualitario, la dogmática dirá, por ejemplo, que se trata de un acto jurídico inexistente y procederá a describirlo de esa manera. Por cierto, que la dogmática puede también generar artículos académicos donde defienda la postura del matrimonio igualitario, pero, si tomamos un manual de Derecho de familia, lo que ocurrirá y lo que ocurría antes de la legalización, era una descripción de la institución en los términos que el ordenamiento jurídico preveía en ese momento. Si lo anterior es así, entonces eso quiere decir que la dogmática, al describir el Derecho, puede estar obviando determinadas instituciones, como lo es el matrimonio igualitario, porque no se encuentra debidamente legalizada, lo que lleva a la dogmática a meramente describir el fenómeno dentro de los cauces de su sistema. Se produciría un olvido que sólo podría ser restituido por la labor de la ley o de los jueces. La dogmática, que se vale del conocimiento humano para desarrollar sus teorías, olvidaría determinados fenómenos que ocurren en la sociedad, pues no entrarían en su sistema científico de regulación o, si se quiere, entraría en su sistema científico, pero de la manera ya establecida. Ello puede ser pernicioso en algún sentido y, por ende, me interesa saber si ello puede ser corregido por la literatura. Para ello me valdré de un breve cuento, del gran literato limeño, Luis LOAYZA,

9 PEÑA, Carlos, «¿Qué hacen los civilistas?», *Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 28, 1993, p. 11.

amigo de RIBEYRO, quien además estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Este relato se titula «Las abejas» y se encuentra en ese pequeño pero gran libro que es *El avaro y otros textos*, de 1974. Dice así: «*Las abejas tardaron millones de años en construir la colmena que ahora repiten. La constante búsqueda de esta solución exigió, indudablemente, la creación de un lenguaje y el profundo conocimiento de la arquitectura y la ciencia matemática; logrado su objeto, estos medios fueron olvidados por innecesarios*»¹⁰. Siempre me ha llamado la atención este texto por su brevedad, pero también por su precisión a la hora de dar cuenta de una idea que puede vincularse a la ciencia y específicamente a la ciencia del Derecho. Pensemos: en este caso las abejas forman un sistema muy establecido que les tomó millones de años. Se trata de una colmena, para lo cual desarrollaron un determinado lenguaje, adquirieron conocimientos específicos, los cuales, una vez que terminan su trabajo, se olvidan completamente. No son millones de años, pero sí dos mil, los que nuestra dogmática ha ido laboriosamente construyendo su colmena a partir del Derecho Romano. La dogmática construye un lenguaje que incluye determinados fenómenos y desecha otros. Sopesa algunos conocimientos y olvida otros. En su forma más exagerada de concebir el Derecho, encontramos el planteamiento de LUHMANN. Se trataría de una aproximación binaria, esto es: si el caso infringe o no la ley. Decimos binaria en el sentido de «código binario» que utiliza LUHMANN para referirse al sistema jurídico. Este autor señala que el Derecho es un sistema autónomo funcional de la sociedad «*que determina por sí mismo aquello que regula y que somete todos los supuestos de hecho sobre los que comunica al código binario conforme a Derecho / contrario a Derecho*»¹¹. En el caso del matrimonio igualitario la respuesta es: «contrario a Derecho». Esto determina que sólo existe lo que se encuentra legalizado y no lo que realmente tiene existencia en la realidad allende el Derecho. ¿Cómo podría aparecer lo que no está legalizado, lo que no entra en la dogmática jurídica? Aquí es necesario decir algo respecto a lo

10 LOAYZA, Luis, *Relatos*, Editorial universitaria de la Universidad Ricardo Palma, Lima, 2010, p. 65.

11 LUHMANN, Niklas, *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 38.

interdisciplinario. Esto nos dará la pauta para poder insertar la Literatura en los estudios de Derecho.

3. Una conversación interdisciplinar

En su *Elementos para una teoría crítica del derecho*, OST y VAN DE KERCHOVE señalan que, al igual que como caracterizábamos la dogmática del Derecho Civil, «*el positivista describe o analiza*»¹², y la ciencia del Derecho queda desprovista de explicaciones externas a su propia sistemática. Se encierra y, en términos de HABERMAS, permanece prisionera de su autopoiesis lo que redundará en la construcción de «*sus propias imágenes internas del mundo externo*»¹³. Siendo así, se impone una relación con otros saberes. Pero ¿cómo debería ser esa relación? Aquí señalaremos que debe ser interdisciplinaria. Para poder acotar el término, OST y VAN DE KERCHOVE, definen, primero, lo que entenderán por pluridisciplinariedad y lo transdisciplinario. En cuanto al primero, dicen que es la yuxtaposición de disciplinas en torno a un objeto común. En relación al segundo, «*se intentan abandonar los puntos de vista particulares de cada disciplina para producir un saber autónomo*»¹⁴. De esta manera, lo interdisciplinario se caracteriza porque se parte del campo teórico de una de las disciplinas convergentes para desarrollar «*problemáticas que coinciden parcialmente con las que elabora, por su lado, la otra disciplina*»¹⁵. Se trata de la conversación entre disciplinas que, en base a sus conocimientos y métodos, permite el mejor análisis de un problema, lo cual lleva a «*una transformación de los conceptos, las metodologías de investigación y de enseñanza*»¹⁶, situán-

12 OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Unibiblos, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 35.

13 HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 117.

14 OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel, *op. cit.* p. 36.

15 *Ibidem*.

16 POSADA ÁLVAREZ, Rodolfo, «Formación superior basada en competencias, interdisciplinariedad y trabajo autónomo del estudiante», *Revista Iberoamericana de Educación*, vol. 35, 2004, p. 20.

dose «*en los confines de la dogmática y las fronteras de los nuevos conocimientos*»¹⁷. Ni es una mera reunión de disciplinas, ni una disolución de las mismas (el temor de STONE), sino la búsqueda de soluciones en base a las herramientas teóricas de cada cual. En relación a la pluridisciplinariedad y lo transdisciplinario, los autores que venimos siguiendo señalan que funcionan más bien como utopías científicas, la primera porque no logra conformar un área teórica original y la segunda porque rebasa los campos disciplinares. Lo interdisciplinario, en cambio, mantiene esa tensión que le permite alejarse y acercarse al objeto de estudio. Esto parece relevante señalarlo pues, como decía BOBBIO, la forma sigue al Derecho, como la sombra al cuerpo, por ende, tampoco se puede caer en tentaciones antiformalistas que desfiguran por completo el Derecho. El prurito formal acá no es meramente conservador, sino en base a un criterio de Justicia. WEBER señalaba que tanto los económicamente poderosos (aquellos que podrían influir en el sistema de Justicia), como aquellos que ven impedimentos reales de poder concretar justicia material (los menos favorecidos), «*suelen ver una ventaja decisiva de la justicia formal, en tanto que en la no formal sólo ven, por el contrario, la probabilidad de un arbitrio absoluto y una inconsistencia subjetiva*»¹⁸. Por lo mismo, una relación disciplinar que proteja los logros de cada rama se hace imprescindible para una correcta conversación.

En el caso que citábamos del matrimonio igualitario, señalábamos que, en general, la propia dogmática no podía incluir este caso en sus aulas. Un medio para ello es la Literatura, siempre que ésta aguijonee la estructura de familia que se propone en el Derecho. Ese trabajo interdisciplinar, donde con las herramientas de uno y otro se busca una solución, puede generar un aprovechamiento para el Derecho que lo haga más atento a lo que ocurre en el mundo fuera de sus propias paredes.

17 COÁGUILA VALDIVIA, Jaime, «Derecho & Literatura: un Aleph, construido de complejidad e interdisciplinariedad», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 85, 2024, p. 352.

18 WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, pp. 606 y 607.

4. Conclusión

La profesora Agustina SANTOS se preguntaba en qué medida el Arte podría tener un significado en la actividad del jurista y concluía que «*en la medida en que (...) es la disciplina que permite fomentar en el jurista un sentimiento íntimo, activo, crítico y auténtico ante el fenómeno del Derecho*»¹⁹. No puedo sino estar de acuerdo con la académica y añadiría que es menester clarificar los conceptos que se encuentran a la base de tal afirmación, para que así el diálogo pueda ser provechoso. En ese sentido, un Derecho encerrado en sí mismo es necesario abrirlo a otras experiencias (todos podremos estar de acuerdo), pero se debe hacer con el cuidado que la ciencia jurídica merece. Por lo mismo, constatando esa cerrazón, debe instarse por una interdisciplina que, atenta a las particularidades de cada rama, pueda lograr esa reflexión mayor sobre el Derecho. Sólo de esa forma, pienso, estaremos rindiendo un justo tributo a esa conversación indispensable entre disciplinas.

5. Bibliografía

ARANCIBIA, Camilo, «Por una literatura inmoral para el movimiento “derecho y literatura”», *Revista Oficial del Poder Judicial*, Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, vol. 13, núm. 16, 2021.

ARANCIBIA, Camilo, «Derecho y literatura en Latinoamérica: la aparición imbunche», *Sur y Tiempo. Revista de Historia de América*, vol. 3, núm. 5, 2022.

ARANCIBIA, Camilo, «Hannah Arendt frente al Derecho y la literatura: redención narrativa», *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 20, enero de 2024.

19 SANTOS CURBELO, Agustina, «¿En qué medida el arte podría tener un significado en la actividad del jurista?», en ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana; VALIÑO CES, Almudena (Dirs.) *Derecho y Arte IV*, Colex, A Coruña, 2025, p. 365.

COÁGUILA VALDIVIA, Jaime, «Derecho & Literatura: un Aleph, construido de complejidad e interdisciplinariedad», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 85, 2024.

DUNLOP, C. R. B., «Literature Studies in Law Schools», *Law & Literature*, 3, 1991.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

LOAYZA, Luis, *Relatos*, Editorial universitaria de la Universidad Ricardo Palma, Lima, 2010.

LUHMANN, Niklas, *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Unibiblos, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

PEÑA, Carlos, «¿Qué hacen los civilistas?», *Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 28, 1993.

POSADA ÁLVAREZ, Rodolfo, «Formación superior basada en competencias, interdisciplinariedad y trabajo autónomo del estudiante», *Revista Iberoamericana de Educación*, vol. 35, 2004.

ROGGERO, Jorge, «Derecho c/literatura», *Revista Filosofía del Derecho*, 1, 2012.

SANTOS CURBELO, Agustina, «¿En qué medida el arte podría tener un significado en la actividad del jurista?», en ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana; VALIÑO CES, Almudena (Dirs.) *Derecho y Arte IV*, Colex, A Coruña, 2025.

STONE, Julie, «Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion», *PMLA*, vol. 120, núm. 2, 2005.

SQUELLA, Agustín, *Introducción al derecho*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

WEISBERG, Robert, «The Law-Literature Enterprise», *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 1, núm. 1, 1989.

4

JORGE LUIS BORGES Y EL DERECHO. LA LEY DE LA FICCIÓN

GONZALO ANA DOBRATINICH

*Profesor Doctor de Filosofía del Derecho - Investigador CONICET
Universidad de Buenos Aires*

1. Introducción

«Así como la barbarie es la era del hecho,
es por tanto necesario que
la era del orden sea el imperio de las ficciones,
pues no existe poder
alguno capaz de fundar el orden
únicamente sobre la coacción de los
cuerpos por los cuerpos.
Se requieren fuerzas ficticias».

Prólogo a las Cartas Persas de Montesquieu
(Paul Valéry)

En *Tema del traidor y del héroe*, BORGES plantea una disposición textual en donde una delgada línea divide los márgenes de la representación. Los entramados e indeterminaciones que proponen tanto su autor como sus personajes implican la formación de varias historias en simultáneo instituidas desde la articulación existente entre realidad y ficción.

En *Borges, un escritor en las orillas*, su autora Beatriz SARLO expone: «las ficciones de Borges son la puesta en forma de hipótesis filosóficas, del mismo modo que otras ficciones fan-

*tásticas lo son de hipótesis científicas o psicológicas»*¹. BORGES trabaja con la paradoja, espacio en el que su obra se escurre y mueve libremente. Esa idea de ser y no ser, el otro que se sienta silbando en la otra punta de un banco frente al río Charles y nos muestra y oculta, nos dice y nos calla.

El espacio por excelencia para las letras del autor argentino es el paradójico, aquel en donde no hay pretensiones de verdades, ni principios rectores autoevidentes. Solo hay letras, dispuestas a ser abandonadas en el mismo momento en que dejaron de ser propias, libradas al azar. BORGES utiliza este recurso para vehicular una ficción filosófica a través de una filosofía ficcional. Ello le permite poder romper con el límite endeble entre verdad y ficción a través de: «*atribuciones falsas, desplazamientos, citas abiertas y ocultas, desarrollos hiperbólicos, paradojas, mezcla de invención y conocimiento, falsa erudición*»².

La ficción permite la ruptura y la resignificación de los espacios de «lo real». Al mismo que tiempo que permite ese abismo inasible en tanto propone un espacio infinito dentro de una finitud conceptual, que implica la realidad. En este sentido BORGES escribe: «*las invenciones de la filosofía no son menos fantásticas que las del arte. Si los caracteres de una ficción pueden ser lectores o espectadores, nosotros, sus lectores o espectadores, podemos ser ficticios*»³.

2. Crear (en) el lenguaje

Lo ficcional intenta introducirse y participar en la red conceptual de la realidad, sin embargo, al mismo tiempo esa necesidad da cuentas de su libre discrecionalidad al poder moverse por fuera de todo sustrato empírico. Los cortes y límites ente ambos espacios distan de ser claros y racionalmente delimitados. En una de sus máximas formas de expresión *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius* exterioriza la ficción metafísica. MONDER escribe: «*podemos poner en pocas palabras la*

1 SARLO, Beatriz, *Borges, un escritor en las orillas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 112.

2 SARLO, Beatriz, *Borges, un escritor en las orillas*, op. cit., p. 113.

3 BORGES, Jorge Luis, *Obras completas 1923-1972*, Emecé, Buenos Aires, 1974, p. 669.

teoría de la ficción de Borges de la siguiente manera: la ficción es una suerte de magia que hace que lo contingente parezca necesario. Se trata de decir cosas (verdaderas o falsas, eso no importa) como si no pudiesen ser dichas de otra manera»⁴.

Aquí el papel que se le otorga al discurso. Realidad, lenguaje, Filosofía y Literatura. En dicho cuento BORGES extrema las consideraciones respecto de la filosofía idealista. Desde esta perspectiva nosotros no podríamos establecer una relación causal entre lo que conocemos y el espacio de los fenómenos que se nos representan. Todo orden, estructura y organización no es más que un acto arbitrario y segmentado que los individuos realizan: *«el mundo para ellos no es un concurso de objetos en el espacio; es una serie independiente de actos independientes. Es sucesivo, temporal, no espacial»⁵*. Situación que estará emparentada con la idea del determinismo y el azar, concepto muy presente en la obra de BORGES.

El lenguaje implica una concepción. Desde el discurso literario, los hechos (si es que pueden llamarse como tales) funcionan como un «como sí». Se concibe la realidad «como si» tuviera un determinado orden. La razón se ve superada por la imaginación de los sujetos intervinientes, produciéndose una meta-ficción. Esta herramienta no solo intenta permitirnos interpretar el mundo sino modificar las formas en que lo percibimos. SARLO indica que BORGES muestra cómo: *«la ficción puede constituirse con materiales que habitualmente no se definen como ficcionales»⁶*.

El lenguaje no constituye una realidad ejemplar, cerrada y apriorística separada de los individuos. La captación y reproducción de la 'realidad' a través de la ficción literaria permite juegos y discrecionalidades. Quizá la Literatura sea el discurso que más se emparente con el uso de la ficción, pero ella no cierra su aplicación en otras áreas, en la cuales la ficción será no solo estructurante sino también funcional.

4 MONDER, Samuel, *Ficciones filosóficas: narrativa y discurso teórico en la obra de Jorge Luis Borges y Macedonio Fernández*, Corregidor, Buenos Aires, 2007, p. 23.

5 BORGES, Jorge Luis, *Cuentos completos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2012, p. 81.

6 SARLO, *Borges, un escritor en las orillas*, op. cit., p. 131.

Los desencajados de los cuales se toma licencia BORGES a través de la libertad que la literatura le permite, nos permite indagar sobre la funcionalidad y propósito que tiene la idea de ficción. Disputa las ideas de representación o reproducción de la palabra, sumado a la posibilidad de un acercamiento a la verdad o un reconocimiento de la verosimilitud. Saer expone: «*la verdad no es necesariamente lo contrario de la ficción, y que cuando optamos por la práctica de la ficción no lo hacemos con el propósito turbio de tergiversar la verdad. (...) La masa fangosa de lo empírico y de lo imaginario, que otros tienen la ilusión de fraccionar a piacere en rebanadas de verdad y falsedad, no le deja, al autor de ficciones, más que una posibilidad: sumergirse en ella. Pero la ficción no solicita ser creída en tanto que verdad, sino en tanto que ficción*»⁷.

3. La ficción de la ley

En un interesante análisis en torno al aspecto ficcional en la obra de BORGES y Macedonio FERNÁNDEZ, MONDER expresa: «*no es que la filosofía sea para Borges simplemente, una cantera de inagotables paradojas y maravillas conceptuales; la filosofía es, ante todo, una ficción paradigmática, o quizá podríamos decir: la condición de posibilidad de toda ficción*»⁸.

Esta apertura del espacio ficcional-literario permite proponer su participación, relación y contraposición con otros discursos narrativos. Desde esta perspectiva, ello nos invita a pensar en una mirada estética sobre diferentes formas narrativas. En cuanto la lectura supera lo meramente fisonómico, permite experimentar la funcionalidad de sus elementos compositivos.

En torno al estudio de las poéticas que germinan en ese proceso, nos parece necesario analizar cómo los estatutos literarios son capaces de promover interesantes estudios del espacio iusfilosófico. Como hemos propuesto en líneas anteriores, podemos sostener que el discurso jurídico se construye sobre un punto ciego que posibilita su funcio-

7 SAER, Juan José, *El concepto de ficción*, Seix Barral, Buenos Aires, 2004, pp. 10-13.

8 MONDER, *Ficciones filosóficas, ..., op. cit.*, p. 11.

namiento más allá de un mero orden lingüístico. Se genera un silencio que será tematizado, estetizado y nombrado de diversas formas.

Pensar la estética literaria implica examinar su estatuto. Ese ruido que la literatura emite⁹, en su posibilidad de decirlo sin referencia concreta a un metalenguaje. El silencio jurídico se ve así confrontado por una narratividad que le propone otras formas de análisis y obliga a disputar su constitución en dos niveles. Un micronivel en tanto «*martilla sobre la materialidad del lenguaje teórico*» y un macronivel el cual «*opera sobre los puntos ciegos que genera el discurso absoluto*», es decir, en un nivel narrativo¹⁰. Movimiento dual de lo literario, en tanto de manera simultánea narra las contingencias metafísicas y se instala como presencia.

El Derecho restituye rápidamente su centro vacío. Para ello será necesario indagar sobre la poética literaria, que subvierte esa cerrazón conceptual del discurso ajeno y permite verlo como un desarrollo retórico. Espacio en el que se explota la figura de la metáfora y su inasible fundamento de existencia y desarrollo. Irreductibles, como la misma definición de una palabra del diccionario que nos conduce a otra y así de manera indefinida, las metáforas nos conducen a otras. Sin embargo, dicho proceso lleva consigo el regreso al centro metafísico del lenguaje: «*como señala Derrida, el juego de la significación no sólo consiste en diferenciar un término de otro dentro de una estructura dada, sino en diferir de este modo su significado. Para enfatizar este doble proceso, en lugar de usar la palabra francesa *différence*, Derrida crea un neologismo: *différance*, que es un juego de palabras que expresa, al mismo tiempo, la diferencia (sincrónica) de una cosa con otra y la diferencia (temporal) que no lleva de una cosa a la otra*»¹¹.

El espacio jurídico parece evitar estos vaivenes, en tanto sus enunciados eluden su retrospección. Sin embargo, el discurso jurídico articula la visión fragmentada de sus elementos conceptuales en una narratividad. Ello implica que una disección detallada exponga espacios como: ley, norma, pri-

9 MAUTHNER, Fritz, *Contribuciones a una crítica del lenguaje*, Juan Pablos Editor, Ciudad de México, 1976, p. 85.

10 MONDER, *Ficciones filosóficas*, ..., op. cit., p. 100.

11 MONDER, *Ficciones filosóficas*, ..., op. cit., p. 96.

sión, cárcel, violencia, juez, abogado, cliente, sociedad, justicia divina, derecho arbitrario, poder policial, burocracia. Conjunto conceptual que presenta de por sí una necesidad de movilizar su estabilidad indefinible y hermética. Ahora bien, en un macronivel, todos esos espacios encuentran una sistematización, una historicidad que los articula y presenta como un discurso que ha omitido los embates y engaños del lenguaje. Ello nos insta a un recorrido diferente por el estatuto de la narrativa, en donde la noción de ficción emerge como instrumento de análisis necesario.

El desorden, la arbitrariedad y la falta de linealidad de la ficción en la literatura, trasponen y modifican las ideas con total libertad: *«disfrutar tanto de lo real como de lo posible y poder mantener al tiempo la diferencia entre una cosa y otra es algo que se nos niega en la vida real; sólo puede ser representado en la forma del ‘como si’ de la ficcionalidad»*¹².

4. Imaginar la realidad jurídica

La libertad de la imaginación se contrapone así al universo del saber, de la ciencia, *«libros roídos por gusanos y cubiertos de polvo, que llegan hasta las altas bóvedas y están envueltos en papel ahumado»*¹³. La *fanciful imagination*¹⁴ no posee ningún vínculo con el desarrollo del conocimiento. Una fantasía que se contrapone al espacio de la razón. La textura de la ficción no se preocupa por un espacio de rigidez categórica sino por la composición de la atmósfera y el clima estético. Desplaza los signos, imposibilita una representación estable y estática. Marca una diferencia con el pensamiento científico que exige una conexión con la exterioridad directa de los referentes. SIERRA CAMARGO sostiene: *«esta es la forma en que se entienden las llamadas “Estéticas Legales”, como un acercamiento entre el arte y el derecho, que cuestiona la idea de que estas son áreas opuestas e irreconciliables»*¹⁵.

12 ISER, Wolfgang, «La ficcionalización: dimensión antropológica de las ficciones literarias», en GARIDO DOMÍNGUEZ, Antonio (Comp.), *Teorías de la ficción literaria*, Arco Libros, Madrid, 1997, p. 60.

13 GOETHE, Johann Wolfgang, *Fausto*, Grafico, Buenos Aires, 2007, p. 11.

14 MARÍ, Enrique, *La Teoría de las Ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 18.

15 SIERRA CAMARGO, Jimena, «¿Qué son las estéticas legales? Una apro-

El contacto de los estudios estéticos en el Derecho permitiría cuestionar la naturalización de sus conceptos y la racionalidad en sus preceptos y al mismo tiempo exponer su carácter ficcional. Un espacio cargado de espacios retóricos, metafóricos, imágenes, símbolos. La narratividad mantiene un estrecho vínculo en la manera de acercarse el mundo que lo rodea: *«el derecho es un espacio donde diversas posibilidades narrativas compiten por el derecho a ser consideradas la verdadera descripción del mundo»*¹⁶.

Esta interpelación estética en lo jurídico cuestiona su estatuto creativo, reproductivo o representacional. La intermediación del lenguaje en el proceso de su formación y despliegue, exigen pensar las formas de contacto con los fenómenos que sus enunciados postulan.

Como lo cartógrafos o la memoria de Funes que BORGES describe, toda distancia entre el fenómeno y su representación se presenta inaceptable. La identidad no tiene relación con la exactitud, en tanto que ésta no llega a ser la totalidad, en ese caso sería idéntico. Los embates sobre los diferentes tipos de lenguaje dan cuenta de la: *«unidad ficticia que imponen las ideas generales sobre la multiplicidad de nuestra experiencia»*¹⁷.

En *Funes el memorioso*, el lenguaje se presenta como una contrafigura del fenómeno, en tanto su acercamiento parece corromperlo. Nombrar implica una pérdida: *«su primer estímulo, creo, fue el desagrado de que los treinta y tres orientales requirieran dos signos y tres palabras, en lugar de una sola palabra y un solo signo. Aplicó luego ese disparatado principio a los otros números. (...) Cada palabra tenía un signo particular, una especie marca; las últimas muy complicadas»*¹⁸.

En términos jurídicos, la formación de sus enunciados teórico-prácticos implica también una incompletitud en su generalización. A pesar de constituirse como un espacio espe-

ximación a la noción de arte y derecho», *Revista Derecho Del Estado*, núm. 32, 2014, p. 63.

16 BUTLER, Brian, *Law as an aesthetic subject*, «American Society for Aesthetics», 2002. Disponible en: <https://aesthetics-online.org/page/ButlerLaw> (fecha de consulta: 7 de mayo de 2025).

17 MONDER, Samuel, «Del rigor del lenguaje: Borges y las cartografías de lo real», *Variaciones Borges*, núm. 27, 2009, p. 106.

18 BORGES, *Cuentos completos*, op. cit., p. 141.

cífico su lenguaje es demasiado general y ambiguo. Basta pensar en determinadas tipologías que la ley establece. Bien allí podemos pensar que ha limitado la realidad a un espacio específico. Sin embargo, la amplitud del enunciado que en principio hemos considerado reducido, nos deja frente al abismo de la indeterminación.

5. Mecanismo del discurso

5.1. Metáfora y ciencia

La participación de las ficciones en las múltiples disciplinas ha generado encuentros y desencuentros interesantes en torno a su consideración. En la investigación epistemológica de cada una, prorrumpen diferentes concepciones. MARÍ sostiene que: *«una de las propiedades básicas de las ficciones en general. A saber, su capacidad de ampliar teóricamente el terreno de las experiencias ante los límites o el carácter contingente del conocimiento; su virtud de garantizar la continuidad de la relación entre discurso y realidad, cuando obstáculos, necesidades o conveniencias de la praxis discursiva, de acuerdo con la disciplina en que nos encontremos, requieren esa ampliación»*¹⁹.

Estas características son pasibles de ser encontradas en el ámbito literario, las cuales participan como parte constitutiva de su formación y desarrollo. Sin embargo, la estructura ficcional plantea la posibilidad de pensar su despliegue y participación en otro tipo de narraciones discursivas.

El carácter ficcional del discurso científico da sentido a un mundo fabuloso que cada cultura llama realidad. Desde una perspectiva marcadamente crítica, LIZCANO intenta desacralizar el espacio de la ciencia: *«no hay cultura que no crea en la evidente eficacia de sus prácticas rituales ni en la rotunda realidad de sus metáforas constitutivas. Aquí es donde el mito científico pone en funcionamiento, como cualquier otro mito, toda una eficaz elaboración secundaria tendente a hacer olvi-*

19 MARÍ, Enrique, *La teoría de las ficciones*, op. cit., p. 36.

dar el 'como si' que está en el origen de su actividad metafórica y construir así sus propios efectos de realidad»²⁰.

Este ingreso en el terreno del espacio mitológico-ficcional le permite desdoblar los espacios que ingresan en la participación y construcción ideológica del relato científico. No implica meramente una exposición estética lúdica, sino su disección en tanto sistema semiológico, forma del lenguaje y artificio cultural. BARTHES expone: *«la mejor arma contra el mito es, quizá, mitificarlo a su vez, producir un mito artificial: y este mito reconstituido será una verdadera mitología. Puesto que el mito roba el lenguaje ¿por qué no robar el mito?»²¹.*

La verdad nuevamente se disputa en el terreno de la retoricidad, la poética. Las ciencias, como otros tipos de saberes, encuentran su punto de contacto en el mitema como punto irreducible, en donde expone su endeble estructura epistemológica y el marcado sesgo ideológico.

5.2. Ficción y verdad

Desde sus intereses epistemológicos, LACAN expone sus perspectivas en torno a las ideas de ficción y de ciencia. Analiza el contacto de las palabras con su entorno. Las marcas que dejan huella y perforan. El semblante de las cosas que circundan en el plano de lo imaginario y lo simbólico ante la incapacidad de acceso a lo real. La fuerza del signo, en tanto estructura el pensamiento, cuestiona la idea de la realidad posible, pensable y cognoscible: *«el lenguaje del hombre, ese instrumento de su mentira está atravesado de parte a parte por el problema de su verdad»²².* Concepto último sobre el cual dirá: *«la verdad tiene una estructura, por así decirlo, de ficción»²³.*

El concepto de ficción en la obra lacaniana tendrá interesantes puntos de contacto y reconocimientos con la obra de Jeremy BENTHAM: *«Fictitious no quiere decir ilusorio ni, en sí*

20 LIZCANO, Emmanuel, *Metáforas que nos piensan. Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones*, Bajo Cero, Madrid, 2006, p. 221.

21 BARTHES, Roland, *Mitologías*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003, p. 229.

22 LACAN, Jacques, *Escritos*, vol. I, Siglo XXI, Ciudad de México, 2009, p. 156.

23 LACAN, Jacques, *Seminario 4*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 253.

mismo, engañoso. Está lejos de poder ser traducido por ficticio, como no dejó de hacerlo quien fue el agente de su éxito en el continente, a saber, Étienne Dumont, que de algún modo vulgarizó la doctrina. Fictitious quiere decir ficticio, pero en el sentido en que ya articulé ante ustedes que toda verdad tiene una estructura de ficción. El esfuerzo de Bentham se instaura en la dialéctica de la relación del lenguaje con lo real para situar el bien (...) del lado de lo real»²⁴.

El mundo se nos presenta reducido y conducido por el lenguaje. Una amplitud retórica omnicomprensiva que expande los límites. En este sentido, la ficción no se examina desde la categoría de falsedad. Siempre implica una verdad específica, contrapuesta a otras formas que se debaten y cuestionan en términos discursivos. La existencia misma de la palabra justifica su verdad. Su fundamentación no implica un juicio, sino un pre-juicio, un acercamiento a las cosas desde el lenguaje. Esta propuesta engrandece la noción de ficción, en tanto se figura como un espejo que reproduce la imagen y refleja la realidad intervenida.

Examinar sobre el carácter ficcional en que se despliega y actúa el lenguaje nos invita a pensar en torno a la articulación que tiene en el ámbito jurídico. El reconocimiento de las ficciones legales no es suficiente para reconocer su funcionalidad, también requiere indagar los motivos de su existencia y su posible equiparación a otras ficciones, puntualmente, con la ficción literaria.

6. Conclusiones

Un interesante texto del profesor Ditlev TAMM reúne una entrevista realizada a Jorge Luis BORGES por el profesor Herencio MANZO de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El acto de lectura en todo momento se ve interrumpido por la densa información que nos proporciona las bifurcaciones temáticas del texto. La exposición emerge en un clima dialógico cargado de una gran fuerza conceptual signada por la biográfica del autor argentino: la figura de su padre, la crítica a la identidad del abogado y sus conocimientos sobre teoría jurídica. La escueta respuesta que se

24 LACAN, Jacques, *Seminario 7*, Paidós, Buenos Aires, 2006, p. 22.

resuelve en forma de interrogante: «¿cree que los juristas se han dado cuenta de que su forma de organizar el mundo también es una metafísica, una ficción?»²⁵.

El Derecho se convierte en una forma de Literatura, una narración que entra en contacto con los fenómenos. Taxonomía, clasificación, un catálogo que propone un orden.

BORGES formula puntos de contacto entre del derecho y la imaginación, la ilusión, lo fantástico, lo mágico, lo mitológico, lo real y lo ficcional. La conversación con MANSO circunda la estrecha cercanía entre el Derecho y la Literatura. El juego ingenuo y al mismo tiempo serio que cumple el lenguaje, vuelve a ser puesto en discusión: «quizá esos juristas a los que no les interesa la literatura tengan miedo de que sus alumnos lleguen a la conclusión que los libros que están leyendo son, en realidad, literatura fantástica»²⁶.

7. Bibliografía

BARTHES, ROLAND, *Mitologías*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

BENTHAM, JEREMY, *Teoría de las ficciones*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

BORGES, Jorge Luis, *Cuentos completos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

BORGES, Jorge Luis, *Obras completas 1923-1972*, Emecé, Buenos Aires, 1974.

BUTLER, BRIAN, *Law as an aesthetic subject*, «American Society for Aesthetics», 2002. Disponible en: <https://aesthetics-online.org/page/ButlerLaw> (fecha de consulta: 7 de mayo de 2025)

CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

25 CALVO GONZÁLEZ, José, *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 31.

26 CALVO GONZÁLEZ, *Borges en el espejo de los juristas*, op. cit., p. 31.

GOETHE, JOHANN WOLFGANG, *Fausto*, Grafico, Buenos Aires, 2007.

ISER, WOLFGANG, «La ficcionalización: dimensión antropológica de las ficciones literarias», en GARIDO DOMÍNGUEZ, Antonio (Comp.), *Teorías de la ficción literaria*, Arco Libros, Madrid, 1997, pp. 43-68.

LACAN, JACQUES, *Escritos*, vol. I y II, Siglo XXI, Ciudad de México, 2009.

LACAN, JACQUES, *Seminario 4*, Paidós, Buenos Aires, 2008.

LACAN, JACQUES, *Seminario 7*, Paidós, Buenos Aires, 2006.

LIZCANO, Emmanuel, *Metáforas que nos piensan. Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones*, Bajo Cero, Madrid, 2006.

MARÍ, ENRIQUE, *La Teoría de las Ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.

MAUTHNER, FRITZ, *Contribuciones a una crítica del lenguaje*, Juan Pablos Editor, Ciudad de México, 1976.

MONDER, Samuel, «Del rigor del lenguaje: Borges y las cartografías de lo real», *Variaciones Borges*, núm. 27, 2009, pp. 101-114.

MONDER, SAMUEL, *Ficciones filosóficas: narrativa y discurso teórico en la obra de Jorge Luis Borges y Macedonio Fernández*, Corregidor, Buenos Aires, 2007.

SAER, Juan José, *El concepto de ficción*, Seix Barral, Buenos Aires, 2004.

SARLO, Beatriz, *Borges, un escritor en las orillas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

SIERRA CAMARGO, JIMENA, «¿Qué son las estéticas legales? Una aproximación a la noción de arte y derecho», *Revista Derecho Del Estado*, núm. 32, 2014, pp. 57-76.

5

ETWAS MORSCHES IN RECHT: ALGO PODRIDO EN LA LEY. VIOLENCIA MÍTICA Y FICCIONALIZACIÓN DEL PODER LEGAL¹

DIEGO GONZÁLEZ CAMEJO

Asistente

Universidad de la República (Uruguay)

1. Presentación²

En la filosofía de Walter BENJAMIN, el Derecho es pensado desde la crítica de la violencia: una violencia mítica que funda y conserva el orden jurídico a través de mediaciones ritualizadas —ley, lenguaje, poder legal— y una violencia divina que irrumpe como fuerza pura e inmediata, inasimilable, sin medio ni fin, ajena a toda representación. Esta violencia mítica (fuerza) resulta ficcionalizada: se narra como

-
- 1 Agradezco especialmente a la Dra. Daniela DORFMAN por su lectura generosa y atenta de una versión previa de este trabajo. Sus observaciones fueron fundamentales para mejorar la claridad del texto, afinar su orientación conceptual y abrir nuevas líneas de pensamiento.
 - 2 Nota metodológica: este ensayo fue escrito en diálogo con una herramienta de asistencia conceptual basada en inteligencia artificial *ScholarGPT* (OpenAI). Las decisiones teóricas, la estructura argumentativa y los ejemplos fueron desarrollados por el autor. El uso de la herramienta se limitó al acompañamiento crítico y editorial, sin delegación de autoría ni generación automática de contenido.

necesidad (discurso del orden), se dramatiza como Justicia (imaginario social), y se reproduce como legitimidad (dispositivo de poder).

La hipótesis que guía este trabajo sostiene que la crítica de la violencia encuentra su posibilidad en gestos de suspensión que irrumpen en la legalidad. Al suspender momentáneamente su continuidad, estos gestos desnudan el carácter contingente del Derecho y permiten visibilizar su fundamento violento. Así, exponen lo que BENJAMIN llama ese «*algo putrefacto en la ley*»: el residuo de la violencia mítico-legal que persiste en la legalidad.

Este breve ensayo está articulado en dos momentos: 1. el examen de la categoría filosófica de violencia mítica y su inscripción ficcional en el dispositivo de poder; 2. el análisis de la potencialidad crítica de los gestos de suspensión (*epoché*), capaces de interrumpir la continuidad de la legalidad mítica.

Entiendo necesario adelantar desde ya una definición estipulativa de ficcionalización³ jurídico-política: una operación simbolizante⁴ en la que el dispositivo de poder del Derecho despliega su capacidad de inscribir sentido en lo social, instituyendo efectos normativos que se presentan como necesarios, naturales o justos, a través de narrativas, prácticas rituales y dispositivos performativos que ocultan su contingencia fundacional.

3 Esta definición estipulativa intenta superar la objeción realizada por BENENTE, Mauro, «Cartografías del pensamiento político de Thomas Hobbes», *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, núm. 4, 2009, p. 23. Disponible en: <https://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-gioja/revista4/04-cartografias-benente.pdf> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2025).

4 Utilizo aquí la expresión operación simbolizante para aludir a un proceso activo mediante el cual el dispositivo de poder produce e inscribe sentido en lo social. Este término busca enfatizar el carácter dinámico, no esencialista, de la ficción como práctica instituyente. No obstante, la categoría puede ser pensada también como función simbolizante, en tanto estructura productora de efectos de sentido desde una posición enunciativa relativamente estable (MARÍ, CASTORIADIS), o como algoritmo simbolizante, si se privilegia su dimensión técnica, repetitiva y procedimental, próxima a formas ritualizadas. La elección del término «operación» responde, así, a la intención de mantener abierta esta triple articulación conceptual.

2. Violencia mítica y ficcionalización

2.1. La categoría filosófica

«Hacia una crítica de la violencia», *Zur Kritik der Gewalt*, es un ensayo publicado en agosto de 1921⁵; obra temprana que BENJAMIN escribió después de su tesis doctoral pero antes de su estudio sobre *Las afinidades electivas*, de GOETHE⁶. En la recepción de la obra de Walter BENJAMIN, *Gewalt* ha sido traducido como «poder» y, en sentido enfático, como «violencia»⁷. KIA LINDROOS utiliza para el inglés la traducción «*power/violence*» que da cuenta de la ambigüedad y, además, de la condición anfibia del concepto⁸.

- 5 En LINDROOS, Kia, «Temporalities of Power: Re-Reading Walter Benjamin's Essay *Zur Kritik Der Gewalt*», en Ross, Nathan (Edit.) *The Palgrave Walter Benjamin Handbook*, Springer Nature Switzerland, 2024, p. 504. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-76688-6_25 (fecha de consulta: 12 de mayo de 2025), KIA LINDROOS ubica el ensayo de BENJAMIN en el peculiar contexto político europeo y en las reflexiones sobre la violencia estatal desde las propuestas de John DEWEY en 1916 y Max WEBER en 1919: «*In this specific political context, Benjamin noticed the lack of legitimation of Gewalt, in situation that the state does not make problematic the kind of "terrorism" used to achieve its own goals*» («*En este contexto político específico, Benjamin evidencia la ausencia de legitimación de la Gewalt, en situaciones en las que el Estado no problematiza el tipo de "terrorismo" utilizado para alcanzar sus propios fines*»). Salvo que se indique lo contrario, todas las traducciones de textos en lengua extranjera son propias.
- 6 FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin. Cambridge Introductions to Literature*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, p. 52.
- 7 Véanse las notas de los traductores a las siguientes ediciones de los textos de BENJAMIN y el ensayo de LINDROOS: BENJAMIN, Walter, *Obras. 2, 1: Primeros trabajos de crítica de la educación y de la cultura; Estudios metafísicos y de filosofía de la historia; Ensayos estéticos y literarios*, Abada, Madrid, 2016; BENJAMIN, Walter, *Crítica de la violencia*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2020; LINDROOS, Kia, «Temporalities of Power...», *op. cit.*
- 8 He optado por utilizar la expresión «violencia mítica» y no «poder mítico» porque la primera asume la tradición de recepción en lengua castellana. En algunos casos específicos utilizo el binomio poder/violencia, en otros prefiero enfatizar uno de los dos extremos de la relación.

El ensayo de BENJAMIN habilita una lectura del carácter consustancial de la violencia que el derecho exhibe en todas sus manifestaciones: «*Benjamin se inscribe en una tradición realista que indica la mutua implicación entre ambos, pero va más allá al afirmar la indistinción: la naturaleza misma del derecho es la violencia*»⁹. «*El único fin del derecho es afirmar su propia autonomía, afirmar el derecho mismo (...) El derecho es definido (...) como perpetua repetición de la violencia. No hay instancia jurídica que escape a esta violencia que le es esencial*»¹⁰. Entiendo que BENJAMIN presupone una identificación del derecho con el Estado¹¹, principalmente a partir de la vinculación con las reflexiones de algunos de sus contemporáneos, como DEWEY, WEBER y Kelsen¹².

Uno de los objetivos del ensayo de BENJAMIN es habilitar una crítica de la violencia que supere al dualismo teórico entre iusnaturalismo y positivismo. El primer momento de su tesis es la conceptualización del derecho «*como perpetua repetición de la violencia*»¹³. El segundo momento es la distinción entre violencia mítica y violencia divina como dos categorías que permitirían superar las dos visiones teóricas

9 ROGGERO, Jorge, «Derecho, violencia y lenguaje. Notas a partir de "Para una crítica de la violencia" de Walter Benjamin», *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, núm. 7, 2011, p. 138. Disponible en: <https://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-gioja/revista7/08-roggero.pdf> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2025).

10 *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

11 Esta presuposición se hace explícita en algunos pasajes del ensayo cuando BENJAMIN afirma: «*desde el punto de vista del Estado (o bien del derecho)*» (*op. cit.*, p. 187). Cuando describe la mítica instauración del Derecho: «*Esto último experimenta una aplicación de graves consecuencias en el Estado*» (*op. cit.*, p. 201). Me parece más plausible que la identificación del Derecho con el Estado se trate de una asimilación instrumental a las conclusiones que propone el filósofo, principalmente desde la tensión entre el Estado y los fines naturales que no son estatales pero que podrían ser reconducidos a lo jurídico ante la existencia de un esquema de fuerzas alternativo. En algún sentido la propia existencia de fines naturales es lo que justifica la función de exclusión que ejerce el Estado y que resulta teorizada en la tesis del permanente estado de excepción.

12 ROGGERO, Jorge, «Derecho, violencia y lenguaje...», *op. cit.*, pp. 138-140.

13 ROGGERO, Jorge, «Derecho, violencia y lenguaje...», *op. cit.*, p. 140.

del Derecho, mutuamente excluyentes¹⁴: 1. La valoración de los fines en términos de justicia (iusnaturalismo); 2. la valoración de los medios en términos de legalidad y validez (positivismo).

La violencia mítica, como categoría filosófica, es una manifestación existencial y no volitiva: *«es una mera manifestación de los dioses (...) no es un medio de sus fines»*¹⁵. La violencia mítica es identificada con el poder/violencia que instaura el Derecho¹⁶. Mientras la Justicia es el principio de toda instauración divina de un fin —violencia divina—, el poder/violencia es el principio de toda mítica instauración del Derecho¹⁷ —violencia mítica—. La violencia mítica no cumple una función de medio *«sino más bien una manifestación. Y tiene manifestaciones objetivas en las cuales sin duda puede ser sometida a la crítica»*¹⁸. BENJAMIN ofrece como ejemplo la ira de alguien que reacciona con un estallido de violencia pero que no lo hace como medio para un fin propuesto.

La categoría filosófica de violencia mítica¹⁹ permite: 1. comprender cómo el Derecho moderno se constituye como una forma de poder que se funda y se conserva a través de la violencia; 2. abordar la genealogía del derecho como un régimen de fuerza que se oculta bajo una apariencia de legalidad, racionalidad o necesidad.

2.2. La crítica de la violencia mítico-legal

La categoría filosófica de la violencia mítica exige un esfuerzo de mediación con el objetivo de habilitar su aplicación crítica al Derecho. En tal sentido, Tom MCCALL propone el análisis del ensayo de BENJAMIN a partir de tres términos intervinientes: mito, Derecho y crítica (*myth, law, critique*). Define por mito: *«any discourse that has the authority of myth*

14 *«Pues si el derecho positivo es ciego para el carácter incondicionado de los fines, el derecho natural lo es a su vez para el carácter condicionado de los medios»* (BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 185).

15 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 200.

16 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 201.

17 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 201.

18 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 200.

19 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., pp. 183-206.

to produce meaning and name "the real". In this sense, mythical violence is a property of texts not usually associated with myth, such as newspapers (...) the capability to generate fictive totalities from diverse thematic elements»²⁰.

Tom McCALL enlaza la categoría filosófica con la experiencia legal. Conceptualiza a la violencia mítica como «*a verbal force, hard or imposible to resist, that sutures experience seamlessly*». Esta violencia es comprensiva de los códigos legales²¹: «*The court order and legal sentence emulate the verbal force of mythical sentences such as the curse or the spell*»²². Las solemnidades de los juramentos, la fuerza realizativa del lenguaje legal, las palabras sacramentales que los agentes de la Justicia pronuncian, las transformaciones nominales derivadas del «efecto» de ciertos actos (inocente-imputado-acusado-culpable) son algunos ejemplos de la fuerza verbal de los enunciados mítico-legales²³.

-
- 20 «*cualquier discurso que posea la autoridad del mito para producir significado y nombrar "lo real". En este sentido, la violencia mítica es una propiedad de textos no usualmente asociados con el mito, como los periódicos (...) la capacidad de generar totalidades ficticias a partir de elementos temáticos diversos*», McCALL, Tom, «Momentary Violence», en FERRIS, David S. (Edit.), *Walter Benjamin: theoretical questions*, Stanford University Press, Stanford, 1996, p. 185.
- 21 «*una fuerza verbal, difícil o imposible de resistir, que sutura la experiencia sin fisuras*», McCALL, Tom, «Momentary Violence», *op. cit.*, p. 185.
- 22 «*La orden judicial y la sentencia legal emulan la fuerza verbal de los enunciados míticos como la maldición o el conjuro*», McCALL, Tom, «Momentary Violence», *op. cit.*, p. 186. Consideramos que la función realizativa del lenguaje, estudiado por el filósofo del lenguaje J.L. AUSTIN y el fundamento místico de la autoridad del derecho, analizado por Jacques DERRIDA, son aproximaciones al fenómeno que McCALL describe.
- 23 Desde el punto de vista metodológico, en cuanto a la vinculación de la categoría filosófica con las nociones de crítica jurídica, entiendo pertinente referir a la violencia en el contexto histórico post-mítico. Al respecto, siguiendo el análisis de Tom McCALL, la representación de la violencia en tiempos históricos postmíticos (*in the postmythical times of history*) supone un esfuerzo por recrear las condiciones de la clausura mítica: «*the means to guarantee the force of law through a forceful show of violence*» («*los medios para garantizar la fuerza del derecho mediante una demostración violenta de fuerza*»). McCALL problematiza el acceso crítico a la violencia ante la heterogeneidad de sus fuentes, representables y no representables, manifiestas e invisibles. No obstante, propone que no existe una relación directa entre «*the*

La crítica encuentra su posibilidad a través de la noción de violencia mítico-legal («*mythico-legal violence*»): «*Violence is the attempt to think power before and after its institutionalizations in the forms of culture: when power is (momentarily) lifted out of the power structure and caught unawares outside of its legitimating narratives, it may well appear as something singular and violent*»²⁴. La violencia mítica aporta el sustento filosófico para la noción de violencia mítico legal desde su articulación con el carácter consustancial del poder/violencia del derecho en la Modernidad²⁵.

La crítica de la violencia a partir de su propio ejercicio²⁶ exige ubicar en el centro del dispositivo de poder del Estado a la violencia como mera manifestación. En consecuencia, como estrategia crítica, asumir que la violencia estatal es la tendencia obsesiva, inmanente y no instrumental a la autopreservación del Estado frente a las amenazas violentas al Derecho.

2.3. El discurso del orden

En la teoría crítica del derecho argentina, Enrique MARÍ es uno de los filósofos que se ha encargado de mapear la ficcionalización del poder legal en el Estado moderno. Propone la articulación de la fuerza en un dispositivo de poder a partir de las nociones de «discurso del orden» e «imaginario social»²⁷.

phenomenal and non-phenomenalizable modes of violence (...) and theory must work out the complex economies through which divergent modalities of force come to circulate» («Los modos de violencia fenoménicos y no fenomenalizables (...) y la teoría debe elaborar las economías complejas a través de las cuales diferentes modalidades de la fuerza llegan a circular») McCALL, Tom, «Momentary Violence», op. cit., pp. 186 y 187.

- 24 «La violencia es un intento para pensar el poder antes y después de sus institucionalizaciones en las formas de la cultura: cuando el poder es (momentáneamente) sustraído de la estructura de poder y sorprendido fuera de sus narrativas legitimadoras, bien puede aparecer como algo singular y violento» McCALL, Tom, «Momentary Violence», op. cit., p. 188.
- 25 McCALL, Tom, «Momentary Violence», op. cit., p. 187.
- 26 FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin...*, op. cit., p. 55.
- 27 MARÍ, Enrique, «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 93 y ss.

El discurso del orden se encarga de normalizar y presentar como necesario el resultado contingente de las relaciones de fuerzas cuyo desenlace es un orden normativo, históricamente situado.

Por su parte, el imaginario social supone la inserción del discurso del orden en prácticas simbólicas «*que ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra*»²⁸. La autoridad del mito despliega su capacidad genética de narrativas (representaciones, alegorías, símbolos) que actualizan y preservan el poder/violencia del Derecho. En palabras de McCALL, aquello «*that sutures experience seamlessly*»²⁹. Esta propuesta habilita la necesaria mediación entre las categorías filosóficas diseñadas por BENJAMIN con las nociones presentadas desde la teoría crítica argentina para el análisis del fenómeno legal en la Modernidad. La vinculación entre la categoría de la violencia mítico-legal y la analítica del poder se potencia a partir de una crítica de los niveles del discurso jurídico³⁰ y del *insight* psicoanalítico de MARÍ³¹.

28 MARÍ, Enrique, «Racionalidad e imaginario social...», *op. cit.*, p. 93. El vínculo de la palabra con la solemnidad es trabajado por AGAMBEN en su ensayo sobre el juramento, ROGGERO lo toma como un punto de vista para analizar el ensayo de BENJAMIN («Derecho, violencia y lenguaje. Notas a partir de “Para una crítica de la violencia” de Walter Benjamin»).

29 «*que sutura la experiencia sin fisuras*».

30 Esta es una de las conclusiones que propone ROGGERO, Jorge, «Derecho, violencia y lenguaje...», *op. cit.*, p. 145. A su vez, entiendo que una lectura global de las grandes líneas de trabajo de la teoría crítica argentina brinda ejemplos y resultados de investigación que demostrarían la tesis de ROGGERO.

31 Una línea de trabajo que no desarrollo en este breve ensayo, pero que queda sugerida, es la incidencia de esta lectura en la metodología crítica del mito de la uniformidad semántica que propone MARÍ. De este modo, el poder y la violencia mítico-legal consustanciales al derecho moderno organizan, bajo un principio de control, la dispersión de discursos sobre los que el derecho construye su objeto y su especificidad: su condición de efecto de superficie. MARÍ, Enrique, «“Moi, Pierre Rivière...” y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales», en *El discurso político. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, pp. 253 y 254. Disponible en: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-buenos-aires/teoria-general-del-derecho/01-mari-enrique-moi-pierre-riviere-y-el-mito-de-la-uniformidad-semantica-de-las-ciencias-juridicas-y-sociales-mejorado/29261098>.

Propongo entender a la violencia mítico-legal como un mecanismo fundacional del derecho, cuya reproducción se sostiene en prácticas simbólicas y no simbólicas que configuran el imaginario social. Un ejemplo de este funcionamiento puede verse en la construcción jurídico-simbólica de la ciudadanía y la nacionalidad, donde el Derecho produce la figura del «ciudadano» como sujeto jurídico, normalizando un esquema de poder territorializado que excluye al migrante como un otro exterior, sin derecho pleno a la integración. Esta operación se sostiene tanto en lo simbólico —mediante discursos sobre pertenencia nacional y valores identitarios— como en lo no simbólico, a través de políticas y normativas concretas. En Argentina, la Ley Residencia de 1902 habilitaba la expulsión de extranjeros considerados «peligrosos» para el orden; más de un siglo después, nuevas restricciones migratorias fueron anunciadas tanto en Estados Unidos como en Argentina, reafirmando esa lógica de exclusión estatal que se reactualiza frente a lo extranjero.

3. Obsesiones del Estado y gestualidad

3.1. Algo podrido en la ley

Para la crítica de la violencia a partir de su ejercicio, BENJAMIN propone como caso de estudio a la pena capital. Según FERRIS, cuando el Estado reclama jurisdicción sobre la vida y la muerte, lo que está en juego no es la aplicación de penas justas, sino la autoconservación de la ley³²: «*Where the law decides cases of life and death, its violence takes on the character of fate (...) What preserves law is its ability to act as though it were fate*»³³. En la lectura de BENJAMIN que propone FERRIS: «*La ley se nos revela amenazante, al igual que el destino, del que depende que el criminal sea atrapado*»³⁴.

32 FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin...*, op. cit., p. 54.

33 «*Cuando el derecho decide casos de vida o muerte, su violencia adopta el carácter de destino (...) Lo que conserva el derecho es su habilidad para actuar como si fuera el destino*», FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin...*, op. cit., p. 55.

34 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 191. A partir de la vinculación

Por un lado, la violencia mítico-legal que condensa el carácter amenazante de la ley, sobre la vida y la muerte. Por otro lado, BENJAMIN sostiene el concepto de la violencia pura e inmediata o violencia divina. En la lectura de FERRIS: «*The violence Benjamin call "pure means" must relate to the law in a way that has nothing to do with the ends*»³⁵. Esta forma alternativa de vinculación entre la violencia pura e inmediata con el Derecho permanece como una aporía. Asimismo, FERRIS sugiere en el filósofo alemán una complicidad entre la violencia pura e inmediata y los fines de la violencia practicada por el Estado³⁶.

La violencia pura e inmediata es la categoría conceptual que nombra la exterioridad, el afuera inaprensible de la ley pero que irrumpe y destruye: «*from the perspective of discourse, at least, pure violence comes from nowhere, being irreducibly of the moment, incalculable, unpredictable (...) Because it admits no ownership, anyone can claim it (...) a kind of blank check, is power (Macht), which BENJAMIN calls "the principle of all mythical positions of law"*»³⁷.

Cuando el Estado parece convertirse en el protagonista absoluto del destino ante la activación de sus fuerzas más genuinas, aparecen los rastros de una sombra que lo persigue. El ejemplo de la pena capital invita a pensar al Estado como máquina de exterminio, de la misma forma que BENJAMIN relaciona a la huelga proletaria con la huelga general. La obsesión hacia su propio centro desnuda la violencia funda-

con el aparato crítico propuesto por MARÍ, entiendo que la capacidad del derecho de actuar ligado al destino puede ser rescatada mediante la crítica del discurso del orden.

- 35 «*La violencia que BENJAMIN denomina "medio puro" se debe vincular con el derecho de una forma que no tiene nada que ver con los fines*», FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin...*, op. cit., p. 55.
- 36 Véase FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin...*, op. cit., pp. 55 y 56. El esfuerzo filosófico de BENJAMIN es establecer la perspectiva crítica desde la cual realizar esta tarea.
- 37 «*desde la perspectiva del discurso, al menos, la violencia pura no tiene origen, siendo irreducible del momento, incalculable, impredecible (...) Como no admite apropiación, nadie puede reivindicarla (...) una especie de cheque en blanco es el poder (Macht), lo que BENJAMIN llama "el principio de toda la posición mítica del derecho"*», MCCALL, Tom, «*Momentary Violence*», op. cit., pp. 188 y 189.

cional y la actualiza frente al afuera de la violencia divina que es pura potencia sin acto.

Las operaciones simbólicas ficcionalizan el poder/violencia originaria del Derecho dándole una apariencia de necesidad y naturalidad³⁸. No obstante, subsiste un residuo que no es representado: la violencia fundacional, un espacio ocupado por un silencio encerrado que la ley no es capaz de nombrar. La suspensión ideológica de esta instancia violenta fundante es una de las obsesiones del Estado. Su condensación conceptual se verifica en el discurso del orden; su condensación simbólica, en el imaginario social. Su método: la ficcionalización.

3.2. La medialidad pura del gesto

Giorgio AGAMBEN analiza la crítica de BENJAMIN al finalismo que el iusnaturalismo y el positivismo comparten al presuponer, ambos, la posibilidad de conexión entre «*medios (legítimos) y fines (justos)*»³⁹. Presenta una lectura de la violencia pura o divina como el «*paradigma de una “medialidad pura” (...) una medialidad despojada de toda relación inmediata con un fin*»⁴⁰. Se trata de una medialidad sin fin que, a diferencia de la finalidad sin fin, se comporta desde la actividad «*porque en ella el medio se muestra como tan en el acto mismo en que interrumpe y suspende su relación con el fin*»⁴¹.

38 Por ejemplo, el sistema sexo-género produce operaciones simbólicas que configuran subjetividades binarias —hombre/mujer— como únicas formas posibles de existencia. En este marco, la institución jurídica del matrimonio heterosexual fue históricamente construida para presentar como natural y justo un modelo de familia que, en realidad, es contingente. Su legitimación se sostuvo tanto en el discurso jurídico como en una narrativa sexo-afectiva que excluía a las disidencias y subalternidades sexuales, reforzando así la normatividad heterosexual tanto en el deseo como en el derecho.

39 AGAMBEN, Giorgio, *Karman: breve tratado sobre la acción, la culpa y el gesto*, Adriana Hidalgo Editora, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 154.

40 AGAMBEN, Giorgio, *Karman: breve tratado sobre la acción, la culpa y el gesto*, op. cit., p. 155.

41 AGAMBEN, Giorgio, *Karman: breve tratado sobre la acción, la culpa y el gesto*, op. cit., p. 156.

El ejemplo presentado por AGAMBEN es la gesticulación de un mimo que repite y exhibe como medios los movimientos que generalmente «*miran a un cierto objetivo, sin que haya conexión con un fin previo (...) adquieren una nueva e inesperada eficacia*»⁴². También los gestos del bailarín suspenden su relación con el fin. AGAMBEN recurre a la figura del *Atman* arcano, un bailarín cuyas acciones son gestos: «*un gesto puro que como tal —en la medida en que sigue siendo un misterio y no se inscribe en el dispositivo de los medios y los fines— es injuzgable*»⁴³. Este gesto, si bien no es violencia divina, comparte con ella su carácter de interrupción sin función ni finalidad.

La suspensión de la inscripción simbólica en el dispositivo de poder es lo que vuelve injuzgable al gesto y, al mismo tiempo, señala su potencia para invocar formas de mediadad pura. Este gesto —que no representa, no significa y no sirve a un fin— interrumpe la continuidad mítico-legal del derecho, desactivando su economía de legitimación. Su eficacia no proviene de una función o destino, sino de una discontinuidad intempestiva, un corte que irrumpe en el discurso del orden y expone, en su desnudez, las ficciones operativas que la ley había erigido como fundamento. El gesto, así, no sólo se sustrae al juicio: descompone el aparato que hacía del juicio una necesidad.

3.3. Gestos literarios de suspensión⁴⁴

En el poder sobre la vida y la muerte, el Estado escucha los latidos de su corazón delator: «*Pues al ejercer ese poder sobre la vida y la muerte, el derecho se fortalece mucho más*

42 AGAMBEN, Giorgio, *Karman: breve tratado sobre la acción, la culpa y el gesto*, op. cit., p. 156.

43 AGAMBEN, Giorgio, *Karman: breve tratado sobre la acción, la culpa y el gesto*, op. cit., p. 158.

44 Prefiero hablar de suspensión antes que de interrupción. No se trata de una pausa débil ni de una dilación temporal, sino de un gesto más radical, en el sentido que la fenomenología ha dado al término *epoché*: una abstención activa del juicio, una forma de retirar el asentimiento a lo dado como necesario. En este caso, la suspensión no destruye el orden legal ni propone otro, sino que retira la mirada que lo sostiene como evidente.

que con cualquier otra práctica. Pero, al mismo tiempo, un sutil sentimiento nota ahí claramente algo putrefacto en el derecho, pues se sabe muy lejos de una situación en la que el destino se pudiera mostrar en su majestad. La inteligencia tiene que intentar acercarse a esa situación cuando pretende completar la crítica, tanto de la violencia que instaura el derecho como de la violencia que mantiene el derecho»⁴⁵.

La Literatura ha expresado esos sutiles sentimientos, tiene un acceso privilegiado a los síntomas de un destino abandonado en su triste majestad. Un ejemplo clásico es la mirada hacia el suelo de Antígona durante el enfrentamiento con Creonte (*Κρέων*: Ἄλλ' ἐς πρόσωπ' ἴθ', μηδὲ προσπύσσει πῆδῳ), esa obstinación muda que opera como discontinuidad silenciosa en la maquinaria estatal que no cesa de producir sentido. Es un rechazo visceral, es no ofrecer la mirada para que el poder se confirme en sus interlocutores. Otro momento de suspensión es la pausa antes de la ejecución de la pena capital. La suspensión del juicio sobre la vida y la muerte habilita la irrupción de una imagen de la infancia de Aureliano Buendía, en la novela *Cien años de soledad*, y recupera una temporalidad disidente en el corazón mismo de la escena luctuosa del Estado. Esa suspensión es inactividad sin afectos y rechazo inerte en *Bartleby*, el personaje de Melville. Así, lo que emerge no es un discurso alternativo, es un gesto que descoloca el relato jurídico desde su centro ficcionalizado⁴⁶.

4. Consideraciones finales

La violencia mítica, como categoría filosófica, abre el camino hacia una crítica profunda del Derecho y sus fundamentos. Entendida como una forma de mediación que legitima la violencia originaria bajo la apariencia de legalidad, permite identificar cómo ciertos relatos operan simbólicamente para naturalizar el poder. En este sentido, el Estado

45 BENJAMIN, Walter, *Obras...*, op. cit., p. 193.

46 Esta concepción del gesto como interrupción simbólica resuena con la figura del «ser-suspendido» que DERRIDA asocia a la Literatura: un simulacro eficaz que interrumpe sin representar ni fundar. Aunque no se desarrolla aquí, esta conexión puede enriquecer futuros desarrollos.

conserva la violencia mediante narrativas míticas que ocultan su origen violento y refuerzan su continuidad⁴⁷.

Pero ese relato encubre un resto: la violencia originaria que no desaparece, sino que se oculta tras los mecanismos simbólicos y performativos del derecho. Ese resto es lo que BENJAMIN llama «*algo putrefacto en la ley*». No es corrupción, sino una impureza fundacional que persiste en la forma. Frente a eso, ciertos gestos literarios —la obstinación muda de Antígona, la memoria circular de Aureliano Buendía, el rechazo inerte de Bartleby— no representan la violencia divina, pero interrumpen el relato de la legalidad. Son discontinuidades simbólicas que señalan ese silencio sin nombrarlo, sin redimirlo: hay un silencio encerrado en la ley; hay algo carcomido en su centro. La Literatura, al desarmar las ficciones del discurso jurídico, no capta la violencia pura, pero puede hacerle lugar como límite.

BENJAMIN está reclamando esos símbolos, esa potencia crítica contenida en los gestos que la Literatura convoca, como materia para una crítica de la violencia que no funda, no redime, pero suspende su curso mítico. Esos sentimientos sutiles que la Literatura activa son el reverso necesario de los gestos del asco frente a ese algo putrefacto que hay en la ley. El asco no emerge por exceso de violencia visible, sino por lo que permanece innombrado: una violencia fundacional que la ley no puede contener ni justificar. Ese corazón delator no se muestra: desde la ansiedad que lo oculta, proyecta una sombra. Nadie llega a verla del todo, pero todos la sienten: produce una repugnancia que suspende el cuerpo y el juicio, una discontinuidad afectiva profunda —como el asco de la carroña—.

47 Algunos ejemplos son: la justificación del sistema penitenciario como instancia de rehabilitación, que oculta su función de castigo y exclusión; la apelación al «orden público» o al «interés general» para restringir derechos individuales y ampliar el control estatal sobre la vida; o la ficcionalización de conceptos abstractos como la «salud pública» para criminalizar el consumo de drogas y disciplinar cuerpos considerados desviados. También lo es el uso de expresiones de la jerga policial como «persona en situación de calle», que ficcionalizan la exclusión política extrema al nombrarla en términos neutros y administrativos, desactivando su dimensión estructural y relegando su causa al plano individual. Estos mecanismos simbólicos no solo legitiman el ejercicio del poder, sino que lo presentan como necesario, justo e inevitable.

5. Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio, *Karman: breve tratado sobre la acción, la culpa y el gesto*, Adriana Hidalgo Editora, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

BENENTE, Mauro, «Cartografías del pensamiento político de Thomas Hobbes», *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, núm. 4, 2009. Disponible en: <https://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-gioja/revista4/04-cartografias-benente.pdf> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2025).

BENJAMIN, Walter, *Crítica de la violencia*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2020.

BENJAMIN, Walter, *Obras. 2,1: Primeros trabajos de crítica de la educación y de la cultura; Estudios metafísicos y de filosofía de la historia; Ensayos estéticos y literarios*, Abada, Madrid, 2016.

FERRIS, David, *The Cambridge Introduction to Walter Benjamin. Cambridge Introductions to Literature*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008.

LINDROOS, Kia, «Temporalities of Power: Re-Reading Walter Benjamin's Essay Zur Kritik Der Gewalt», en Ross, Nathan (Edit.) *The Palgrave Walter Benjamin Handbook*, Springer Nature Switzerland, 2024. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-76688-6_25 (fecha de consulta: 12 de mayo de 2025).

MARÍ, Enrique, «“Moi, Pierre Rivière...” y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales», en *El discurso político. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

MARÍ, Enrique, «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986.

McCALL, Tom, «Momentary Violence», en FERRIS, David S. (Edit.), *Walter Benjamin: theoretical questions*, Stanford University Press, Stanford, 1996.

ROGGERO, Jorge, «Derecho, violencia y lenguaje. Notas a partir de “Para una crítica de la violencia” de Walter Benjamin», *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja*, núm. 7, 2011. Disponible en: <https://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-gioja/revista7/08-roggero.pdf> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2025).

6

EL CRIMEN A TRAVÉS DE LA NOVELA NEGRA

VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidade de Vigo*

1. Definición de novela negra

La novela negra se puede definir como aquella narración literaria cuyo hilo conductor es la investigación de un hecho criminal¹. Se trata de una definición tan simple como efectiva para lo que aquí nos interesa: justificar la elección de este género literario para abordar un análisis del texto narrativo desde el punto de vista jurídico penal. No obstante, podemos aprovechar la coyuntura para aproximarnos, aunque sea modestamente, a otras definiciones más elaboradas del género. Para empezar, podemos decir que en muchas ocasiones «novela policiaca» y «novela negra» se mezclan hasta llegar a confundirse. Sin embargo, como se expondrá a continuación, no son exactamente lo mismo.

Ambas presentan similitudes radicales, hasta el punto de poder ser consideradas especies de un mismo género. De hecho, la novela policiaca es considerada antecesora de la novela negra². Para empezar, en ambas, la narración versa

1 COLMEIRO, José F., *La novela policiaca española. Teoría e historia crítica*, Anthropos, Barcelona, 1994, p. 55.

2 En este sentido, SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Novela policiaca y novela negra: una tentativa de definición», *Puentes de Crítica Literaria y Cultural*, núm. 1, 2014, p. 5.

sobre la investigación y resolución de un hecho delictivo. Crimen e investigación son pues un binomio inseparable, pero es la forma en la que se presentan ambos elementos al lector lo que caracteriza a este género literario. La narrativa del crimen incluye generalmente la descripción de los hechos, los sujetos que intervienen, principalmente autor y víctima, los medios empleados y formas de ejecución, el móvil y el resultado; por su parte, la narrativa de la investigación se materializa en el seguimiento de la actividad investigadora a cargo de un investigador único o, en su caso, principal al que acompaña otro sujeto, y va desde personarse en la escena del crimen (generalmente se trata de homicidios o asesinatos, aunque no sólo), pasar revista a dicha escena, indagar en diversas pruebas, desde materiales, documentales hasta testificales, salpicando el proceso con interrogatorios, persecuciones, análisis periciales y forenses, para llegar finalmente a la resolución del caso, que lleva aparejada la captura o detención del culpable. Es importante señalar que estos dos elementos esenciales de la historia, crimen e investigación no tienen por qué presentarse así en el discurso narrativo, ya que el narrador puede (des)ordenarlos según le convenga, e incluso presentarlos simultáneamente. A esto hay que añadir la fragmentación, la inversión o la retardación, entre otras técnicas. En cualquier caso, el discurso de la historia se plantea al lector como un reto, en muchas ocasiones, desde las primeras páginas: se trata de llegar a descubrir quién es el culpable. Un reto que nos desafía a competir hasta con el mismísimo protagonista de la obra, pues hace surgir el deseo de ser el primero en resolver el misterio, incluso por delante del propio autor. Se puede entender también como un juego que busca interactuar con el lector, al que genera ansia de conocimiento, de saber que sucedió, lo que mantiene la tensión hasta el momento del desenlace, la resolución del caso, ya al final³. Eso sí, un juego en el que el escritor maneja el tempo del discurso, ocultando o revelando a su antojo la historia y, por tanto, dificultando o facilitando la posibilidad de que el lector desenrede la trama⁴.

3 SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Novela policíaca...», *op. cit.* pp. 5 y ss.

4 COLMEIRO, José F., «Códigos narrativos de la novela policíaca», En FERNÁNDEZ ROCA, José Ángel; GÓMEZ BLANCO, Carlos J.; PAZ-GAGO, José-María (Coords.), *Semiótica y modernidad: actas del V Congreso Internacional de la Asociación Española de Semiótica. La Coruña, 3-5 de diciembre de 1992*, Universidade da Coruña, A Coruña, pp. 117 y 118.

Frente a estas similitudes, las diferencias entre «novela policíaca» y «novela negra» tienen que ver con una cuestión de fondo relacionada con la pretensión última del escritor. En la primera, la principal pretensión es ni más (ni menos) que entretener. Desde este punto de vista cobra especial importancia diseñar una buena trama, en el sentido literal del término, para captar la atención del lector y mantenerla hasta que se termina de desenredar el hilo de la madeja. Bajo esa trama compleja se transmite al lector una cosmovisión tan simple como atractiva del mundo, interpretándolo en forma binaria, de dos elementos opuestos: el bien y el mal. Así, por ejemplo, en las novelas del escocés Arthur CONAN DOYLE comprobamos cómo el detective más famoso del mundo, Sherlock Holmes, resolvía enigmáticos crímenes casi sin salir de su habitación. Este mismo planteamiento se mantiene en las novelas policíacas del siglo XX, cuya figura más destacada es la escritora británica Agatha CHRISTIE, con la serie de novelas protagonizadas por el detective Poirot⁵.

Esta situación cambia a partir de la primera mitad del siglo XX, con autores norteamericanos como Raymond CHANDLER, creador del detective privado Philip Marlowe, dando comienzo a la novela negra. En ella, el realismo del mundo narrado aumenta en medida proporcional al abandono del juego lógico de causas y efectos. El entretenimiento es utilizado como vía para hacer llegar a un amplio espectro de público y de forma disimulada, mensajes críticos precisamente con el orden social establecido. El crimen, que se presenta ya en su total crudeza, y la correlativa investigación son un instrumento para aquel fin⁶. Se indaga en la razón del delito, en la persona y personalidad del autor, en el contexto social. El investigador no es una persona que vive sólo por y para el esclarecimiento del hecho, sino que a lo largo del texto vamos conociendo aspectos de su vida, presente y pasada, su pensamiento, sus gustos, sus miedos y deseos, en definitiva, hay una construcción psicológica del protagonista, y junto a éste, de otros sujetos que aparecen a lo largo del relato. Esa construcción hace necesario ubicar la narración en un marco espacio-temporal concreto, un lugar y un tiempo generalmente reales, lo que exige describir localizaciones, ambientes, rutinas, costumbres, etc. Así pues, hay

5 SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Novela policíaca...», *op. cit.*, p. 7.

6 SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Novela policíaca...», *op. cit.*, p. 8.

una observación (crítica) de la sociedad que no permite ser reducida a la dicotomía de «bueno» y «malo», porque es más compleja. A lo largo del texto vamos conociendo a los distintos personajes, evolucionando con ellos, y, por tanto, empatizando o, en su caso, tratando de comprender a quien ha cometido el crimen que da origen a todo el texto y a quien lo investiga. Y como la vida misma, en la novela negra no siempre se termina con el esclarecimiento del hecho y la detención del culpable, ni tampoco el investigador es una persona que no cometa errores o que sea moralmente intachable.

En resumen, la novela negra tiene como eje conductor del discurso narrativo la existencia de un crimen y, sobre todo, su investigación. Pero este binomio crimen-investigación tiene una naturaleza instrumental, usándose por el escritor para recorrer lugares, remitirnos a tiempos concretos, construir psicológicamente a los personajes, analizar el contexto social, económico, político, revisitar la historia, y hasta deslizar crítica social.

2. Algunos ejemplos de novela negra

La novela policíaca en general y la novela negra en particular han experimentado un extraordinario crecimiento durante el último tercio del siglo XX y ya, muy especialmente, en el presente siglo. Resulta inabarcable el elenco de escritores que cultivan el género. Así, a modo de ejemplo y lejos de cualquier afán de exhaustividad, me gustaría nombrar a Ian RANKIN, con la serie de novelas protagonizadas por el inspector Rebus y ambientadas fundamentalmente en la ciudad de Edimburgo⁷; Alan PARKS creador del agente de policía Harry MacCoy, en este caso ambientadas en la ciudad de

7 *Knots and Crosses* (1987), *Hide and Seek* (1991), *Tooth and Nail* (1992), *Strip Jack* (1992), *The Black Book* (1993), *Mortal Causes* (1994), *Let it Bleed* (1996), *Black and Blue* (1997), *The Hanging Garden* (1998), *Death is Not the End* (1998), *Dead Souls* (1999), *Set in Darkness* (2000), *The Falls* (2001), *Resurrection Men* (2002), *A Question of Blood* (2003), *Fleshmarket Close* (2004), *The Naming of the Dead* (2006), *Exit Music* (2007), *Standing in Another Man's Grave* (2012), *Saints of the Shadow Bible* (2013), *Even Dogs in the Wild* (2015), *Rather be the Devil* (2016), *In a House of Lies* (2018), *A Heart Full of Headstones* (2023).

Glasgow⁸, ambos autores escoceses a quienes se les ubica junto con otros en la corriente de novela negra escocesa denominada *Tartan Noir*; a Andrea CAMILLERI, autor italiano creador de la saga del comisario Salvo Montalbano⁹; a John CONNOLLY, irlandés de Dublín, pero que vive entre Irlanda y Estados Unidos, y autor de la serie del detective Charlie Parker¹⁰; Joel DICKER, escritor suizo que no ha creado un personaje protagonista al uso claramente identificable pero que ha publicado novelas que se mueven entre la novela negra y policiaca¹¹.

Si centramos el foco en nuestro entorno más cercano, en Galicia la entrada de este género es tardía, pero el fenómeno ha terminado por eclosionar en la última década. La publicación en 1984 de *Crimen en Compostela*, de Carlos G. REIGOSA, ha sido señalada como el punto de inflexión de la

-
- 8 *Bloody January* (2017), *February's Son* (2019), *Bobby March Will Live For Ever* (2020), *The April Dead* (2021), *May God Forgive* (2022), *To Die in June* (2023).
 - 9 *La forma dell'acqua* (1994), *Il cane di terracotta* (1996), *Il ladro di merendine* (1996), *La voce del violino* (1997), *Un mese con Montalbano* (1998), *Gli arancini di Montalbano* (1999), *La gita a Tindari* (2000), *L'odore della notte* (2001), *La paura di Montalbano* (2002), *Il giro di boa* (2003), *La pazienza del ragno* (2004), *La prima indagine di Montalbano* (2004), *La luna di carta* (2005), *La vampa d'agosto* (2006), *Le ali della Sfinge* (2006), *La pista di sabbia* (2007), *Il campo del vasaio* (2008), *L'età del dubbio* (2008), *La danza del gabbiano* (2009), *La caccia al tesoro* (2010), *Acqua in bocca* (2010), *Il sorriso di Angelica* (2010), *Il gioco degli specchi* (2011), *Una lama di luce* (2012), *Una voce di notte* (2012), *Un covo di vipere* (2013), *La piramide di fango* (2014), *Morte in mare aperto e altre indagini del giovane Montalbano* (2014), *La giostra degli scambi* (2015), *L'altro capo del filo* (2016), *La rete di protezione* (2017), *Il metodo Catalanotti* (2018), *Il cuoco dell'Alcyon* (2019), *Riccardino* (2020).
 - 10 *Every Dead Thing* (1999), *Dark Hollow* (2000), *The Killing Kind* (2001), *The White Road* (2002), *The Reflecting Eye* (2004), *The Black Angel* (2005), *The Unquiet* (2007), *The Reapers* (2008), *The Lovers* (2009), *The Whisperers* (2010), *The Burning Soul* (2011), *The Wrath of Angels* (2012), *The Wolf in Winter* (2014), *A Song of Shadows* (2015), *A Time of Torment* (2016), *A Game of Ghosts* (2017), *The Woman in the Woods* (2018), *A Book of Bones* (2019), *The Dirty South* (2020), *The Nameless Ones* (2021), *The Furies. Two Charlie Parker Novels* (2022), *The Instruments of Darkness: A Charlie Parker Thriller* (2024).
 - 11 *La vérité sur l'affaire Harry Quebert* (2012), *La disparition de Stéphanie Mailer* (2018), *L'énigme de la chambre 622* (2020).

novela negra en la literatura gallega¹². Entre los que primero cultivan el género se pueden señalar, entre otros, a Diego AMEIXEIRAS¹³, Miguel Anxo FERNÁNDEZ¹⁴, Agustín FERNÁNDEZ PAZ¹⁵, Manuel FORCADELA¹⁶, Aníbal MALVAR¹⁷, Suso DE TORO¹⁸, entre otros. En el año 2024 podemos hablar de cuarenta años de novela negra gallega, que goza además de una salud magnífica, con un elemento destacable y que como ya se habrá podido advertir en las enumeraciones anteriores, se echaba en falta: la incorporación de escritoras en un terreno que les parecía vetado. Basta ver la cantidad de escritores, publicaciones y editores que se ocupan y se preocupan de la novela negra hoy en Galicia para comprobarlo. Sobre todos, destacan dos nombres, Pedro FEIJOO¹⁹ y Ledicia COSTAS²⁰, a los que se pueden sumar, entre otros, Álex ALONSO²¹, Xabier P. DOCAMPO²², Manuel ESTEBAN²³, Elena GALLEGU ABAD²⁴,

-
- 12 Así, VENTURA, Joaquim, «Género negro en una ciudad patrimonio de la humanidad», en SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, MARTÍN ESCRIBÁ, Álex (Eds.). *El género negro: el fin de la frontera*, Andavira, A Coruña, 2012, pp. 135 ss.; SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Domingo Villar: novela negra con sabor gallego», *Revista Signa*, núm. 23, 2014, p. 810. Otras obras del autor, *A guerra do tabaco* (1996), *O misterio do barco perdido* (1988), *Narcos* (2001).3
 - 13 *Baixo mínimos* (2004), *O cidadán do mes* (2006), *Asesinato no Consello Nacional* (2010), *Conduce rápido* (2014), *A crueldade de abril* (2018).
 - 14 Entre sus obras, *Un nicho para Marilyn* (2002), *Luar no inferno* (2006), *Tres disparos e dous friames* (2008) y *Luna de cobiza* (2011).
 - 15 *Corredores de sombra* (2006), *Non hai noite tan longa* (2011).
 - 16 *Sangue sobre a neve* (1990), *Barato, barato* (1991), *Fóra de xogo* (1993), *A procura do falso Grial* (2006).
 - 17 *Un home xaceu aquí* (1993), *Unha noite con Carla* (1995), *Á de mosca* (1998).
 - 18 SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Domingo Villar...», *op. cit.*, p. 811.
 - 19 *Ninguén contará a verdade* (2023), *Un lume azul* (2019), *Os fillos do lume* (2017), *A memoria da choiva* (2013), *Os fillos do mar* (2012).
 - 20 *Golpes de Luz* (2021), *Infamia* (2019).
 - 21 *Granito* (2020).
 - 22 *A chave das noces* (2018).
 - 23 *A ira dos mansos* (2016), *A vinganza dos homes bos* (2020).
 - 24 *Sete Caveiras* (2014).

Beto LUACES²⁵, José MONDELO²⁶, Antonio PIÑEIRO²⁷, Arantza PORTABALES²⁸, María SOLAR²⁹, Antonio TIZÓN³⁰. Tanto es así que hasta un escritor consagrado como Manuel RIVAS, destacado poeta, autor de relatos cortos y novelas de otro género, se adentra con su último libro titulado *Tras do ceo*, en la novela negra.

En mi opinión, el desarrollo que está experimentado este género en la literatura gallega escrita en gallego en las últimas décadas, superando lugares comunes y tradicionales de nuestra narrativa, tiene mucho que ver con el hecho de que las dos editoriales más importantes y prestigiosas, Galaxia y Xerais, apostaran por abrir definitivamente las puertas a esta literatura. Y, naturalmente, hay que añadir la otra variable esencial de la ecuación del mercado del libro: los lectores.

3. La relación entre novela negra y Derecho Penal

Resulta bastante evidente que la novela negra es un instrumento útil para aproximarse a las Ciencias Penales, en particular a la Criminalística, a la Criminología y al Derecho Penal entendido este último en sentido estricto.

Muchas veces, las novelas negras comienzan precisamente describiéndonos la escena del (presunto) crimen (generalmente violento y que implica la muerte de una persona)³¹.

25 *Vicus. Un lugar común* (2017), *Vicus. Un lugar aquelado* (2019), *Vicus III. Un lugar afastado* (2020).

26 *Soamente unha vez* (2021).

27 *Celada* (2020), *Trávelin* (2021).

28 *Beleza Vermella* (2019), *A vida secreta de Úrsula Bas* (2021), *O home que matou a Antía Morgade* (2023).

29 *A culpa* (2022).

30 *Os incurábeis* (2020).

31 Así, por ejemplo, en la novela *El juez y su verdugo*, el autor suizo Friedrich DURRENMATT comienza: «Alphons Clenin, el agente de policía de Twann, encontró, la mañana del 3 de noviembre de 1948, un Mercedes azul aparcado en la cuneta de la carretera, allí donde el camino de Lamboing (una de las aldeas de Tessenberg) sale del bosque de la quebrada de Twannbach. Había niebla, algo muy frecuente en aquel otoño tardío,

Centrándonos en el Derecho Penal, las novelas que se

*y la verdad es que Clenin ya había pasado junto al coche cuando decidió volver sobre sus pasos. Tras haber lanzado, al pasar, una fugaz mirada por los cristales turbios del automóvil tuvo la impresión de que el conductor yacía sobre el volante. Creyó que el hombre estaba borracho, pues como persona amante del orden pensó en lo más inmediato. Por eso no quiso acercarse al forastero como funcionario, sino como hombre. Se aproximó al coche con la intención de despertar al durmiente, conducirlo a Twann y reanimarlo en el hotel Baren con un café bien cargado y una sopa de sémola, pues si bien estaba prohibido conducir en estado de embriaguez, no lo estaba dormir, borracho, en un automóvil aparcado en la cuneta de la carretera. Clein abrió la portezuela y puso paternalmente su mano sobre el hombro del forastero. Pero en ese mismo instante se dio cuenta de que el hombre estaba muerto. Un balazo le había atravesado las sienes. También advirtió Clenin que la portezuela derecha estaba abierta. En el coche había mucha sangre, y el abrigo gris oscuro del cadáver ni siquiera parecía manchado. Por el bolsillo asomaba, reluciente, el borde de una cartera amarilla. Clenin la sacó y pudo comprobar sin esfuerzo que el muerto era Ulrich Schmidt, teniente de policía de la ciudad de Berna». O en este diálogo que nos presenta el cubano Leonardo PADURA en la novela *Personas decentes*, protagonizada por el inspector Mario Conde: «—La mujer que limpiaba la casa, le cocinaba y le lavaba fue la que lo encontró —dijo el flamante teniente coronel Palacios. — ¿El camarada comisario tenía criada? — Déjame hablar, coño, y después metes la cuchareta... La mujer, Aurora se llama, lo encontró en la sala del apartamento —continuó y, desde el banco que ocupaban en el pequeño y desarbolado parque triangular de la calle Línea, Manolo indicó hacia el edificio, a la vera del Malecón, uno de los más apetecibles rascacielos de la ciudad. La revelación del sitio de privilegio donde había vivido (y ahora muerto) el Abominable estuvo a punto de provocar otro comentario del Conde—. Todo indica que lo mataron la noche anterior..., antenoche. La causa de la muerte fue un golpe contundente en la región occipital, al parecer producto de una caída, porque aparecieron cabellos y fragmentos de piel en la tapa de mármol de una mesa de centro. Pensamos que lo empujaron y... entonces vino lo complicado. Le cortaron el pene y las falanges de tres dedos de la mano derecha. El pene con un cuchillo de su propia cocina, los dedos con una tijera de podar o algo así que no hemos encontrado. Y dejaron allí todo lo trucidado. Y hasta ahora, ninguna huella útil...— Entonces el asesino o los asesinos no llevaban ese cuchillo... a lo mejor lo de mutilarlo fue una decisión de último momento. Y si lo dejaron todo, no tiene nada que ver con eso de llevarse un trofeo... —Eso pienso. Incluso pienso que la muerte pudo haber sido accidental. Hay una marca de sus zapatos en el piso, como si hubiera resbalado. —Ya. Eso sirvió para lo del «lamentable accidente» ... Pero también pudo ser por el empujón —matizó Conde-. ¿Y se llevaron algo? —Eso es importante y complica el caso... Se llevaron varios cuadros, pinturas. Así que pudo*

enmarcan en este género literario constituyen un medio apto para explicar cuestiones relativas a la teoría general del delito y la aplicación de las distintas categorías que la conforman en la resolución de casos prácticos. De este modo, la novela negra nos proporciona interesantes casos de laboratorio sobre los que proponer un análisis y resolución jurídica. Eso sí, la complejidad reside en que la totalidad de la novela constituye el caso en sí mismo, pues es a lo largo de la misma como se van desgranando los hechos probados, que a la postre se presentan a modo de resumen en el desenlace, y es sobre ellos sobre los que podemos hacer un estudio analítico y proceder a la calificación jurídica³².

Pero la novela negra también nos permite en muchos casos una reflexión sobre cuestiones que tienen que ver con el significado del Derecho Penal, la función de la pena, y el ejercicio del poder punitivo por el Estado. Y en general hemos de decir que lo que se infiere de la lectura de las obras enmarcadas en este género literario es una valoración profundamente crítica del uso que se hace por parte del Estado y del propio aparato de justicia o, en ocasiones, de cómo los caminos de crimen y poder públicos se cruzan en una

haber sido un robo que salió mal, un empujón o un resbalón, y luego un montaje con la mutilación para enredar la pita. O, todo lo contrario, un asesinato premeditado con toda la alevosía del mundo, incluida la de la mutilación, y con el robo como estrategia de distracción o beneficio adicional. Conde asintió, sacó un cigarro y, por costumbre, le brindó uno a Manolo. El policía dudó, y al fin aceptó el ofrecimiento y ambos encendieron los pitillos».

- 32 Por ejemplo, en la segunda novela de Domingo VILLAR, *A praia dos afogados*, publicada por Galaxia en el año 2009, nuevamente aparece un cadáver, en esta ocasión es encontrado en la playa de A Madorra, en la parroquia de Panxón, ayuntamiento de Nigrán, provincia de Pontevedra. De nuevo, a través de un diálogo, hacia el final de la novela se dice: «*Caldas continuaba mirando o mar –O Rubio estaba disposto a falar e vostede non lle ía permitir que arruinase a súa vida. Golpeouno na cabeza e lanzouno o mar coas mans atadas (...) –Como se atreven a vir á miña casa, a incriminarme nunhas moirtes sen una soa proba? –Quen dixo que non temos probas? –respondeu o inspector sen levantar a voz, consciente de que aquel falar quedo exasperaba a Valverde—. Temos o obxecto co que golpeou a Castelo. Unha chave de tubo das que se empregan para apertar as rodas dos coches. Apareceu entre as rochas, baixo un acantilado –afirmou, estendeo una man cara ao oeste—. Nin se preocupou de botala ao lonxe. Á fin e ao cabo, quen ía investigar un suicidio?».*

suerte de complejas relaciones. Esta línea discursiva es particularmente acusada en la novela negra latinoamericana en la que quien investiga el delito no logra restablecer el equilibrio social³³.

Y en este contexto, no es menor la crítica que se hace al binomio Derecho Penal (en sentido amplio) y medios de comunicación^{34 35}.

33 Así, por ejemplo, en una reflexión final el detective Mario Conde, de nuevo en la novela de *Personas decentes*, de Leonardo PADURA: «*Aunque el cansancio de tantos días intensos cobraba sus deudas en el físico de Conde, su mente no lograba reposar. Si al menos pudiera cargar con mucho ron su trago de mentiras, soñó. Para incordiarlo más, las revelaciones hechas por José José y Aurora que al fin habían permitido que el teniente coronel Palacios tuviera la información necesaria para poder entregar la instrucción cerrada a la fiscal, habían dejado en su ánimo una sensación de derrota más que de éxito, la evidencia de que la justicia es necesaria, pero no necesariamente justa. Más pesimismo, con una sola grieta: ¡había servido para salvar a alguien el sello napoleónico? Su estancia de diez días intensos en un gigantesco Imperio de la Mierda engendrado en el pasado y que había tenido una tardía y furiosa explosión en el presente, lo había conectado con uno de los lados más oscuros de su realidad y de los más sórdidos de la condición humana. La vida íntima de los verdugos y de los represores. Odio, crueldad, abusos, miedos, desesperaciones, venganzas, frustraciones, corrupción, depravaciones. Con tales ingredientes no podía esperarse nada con buen sabor: solo ese regusto amargo que él mismo cargaba (...)*».

34 En este sentido, en la obra de Domingo VILLAR, dicha crítica es una constante en todas y cada una de las novelas protagonizadas por Leo Caldas. De hecho, para dar pie a esa valoración negativa, el autor sitúa al protagonista directamente en la radio, donde participa regularmente en el programa «Patrulla nas Ondas». En la radio, aparece una relación tormentosa con Santiago Losada, el conductor del programa, con el que Leo Caldas no acaba de entenderse. En dicho programa, se reciben llamadas de los oyentes para quejarse de sucesos que han visto o de los que son víctimas, pero la mayoría de ellos son ajenos a las competencias de la Policía nacional, cuerpo al que pertenece el inspector Caldas, al tratarse de cuestiones de tráfico en el casco urbano, o de incidentes menores, que corresponden a la Policía local. Los pasajes que se desarrollan en la radio dan a entender una crítica severa a los medios de comunicación al respecto del tratamiento que dan del delito y del fenómeno criminal, presidida por el sensacionalismo más que por la idea de limitarse a informar.

35 Sobre esta cuestión, extensamente, MANES, Vittorio, *Justicia Mediática. Los efectos perversos sobre los derechos fundamentales y el pro-*

4. Rasgos distintivos de la novela negra desde la óptica penal

Por todo lo visto podemos extraer unos rasgos comunes y distintivos de la novela negra:

Crimen e investigación policial: el primer rasgo característico que hace que las novelas se encuadren en el género es el hecho de que todas ellas parten de un crimen o, al menos, de un hecho susceptible de investigación policial, a lo que sigue precisamente dicha investigación.

Del detective a la policía y viceversa: se ha señalado que la novela policíaca se caracterizaba por atribuir el papel protagonista a un agente de policía, generalmente un inspector de policía, que podía trabajar sólo o acompañado. En la evolución de la novela policíaca a la novela negra, ese perfil derivó hacia el investigador o detective privado, generalmente con más atribuciones en sistemas policiales y jurídicos anglosajones que en el sistema continental europeo. En todo caso, no se trata, como vimos, de un mero cambio formal. Se trata de perfiles distintos que responden también a una configuración del texto distinta. Mientras el policía, en las novelas policíacas, representa a un sujeto cuasi perfecto, sin dilemas morales, que aplica un método analítico y deductivo en la investigación, siempre apegado a la norma, que confía en el sistema, desde el Derecho positivo hasta todos los operadores jurídicos del sistema policial y judicial, podríamos decir, un autómatas, del que poco o nada conocemos de su vida privada, de sus sentimientos o de su personalidad, el detective privado o investigador, en la novela negra, es cuasi un antihéroe, un sujeto del común, en cuanto sufre de las mismas debilidades, flaquezas, dificultades, presenta dilemas morales, se aleja de la perfección, y resuelve los casos no necesariamente por un trabajo de investigación aséptico y de precisión quirúrgica, sino gracias a la intuición y, en no pocas ocasiones, un golpe de suerte. En los casos a los que me estoy refiriendo en particular, Domingo VILLAR y Leonardo PADURA optan por acudir a la figura del inspector de policía, preservando en buena medida muchas de las características de la novela policíaca, por ejemplo, el elevado grado de compromiso ético y escrupuloso cumplimiento de

la Ley, pero salpimentado con rasgos propios del protagonista de la novela negra. Esto es evidente en el caso de Leo Caldas. No tanto, desde luego, en el de Mario Conde. Pero también tiene que ver con la configuración psicológica de cada uno de estos personajes, un sujeto, el primero, al que le cuesta el trato social, con una marcada timidez, con dificultades en las relaciones afectuosas, mientras que todo lo contrario en el segundo, un tipo extrovertido, con capacidad de relación social.

Una pareja cervantina: un elemento característico de muchas de las novelas clásicas del género es el hecho de proporcionar al protagonista un escudero fiel. En el caso de Leo Caldas, el agente de policía Rafael Estévez, que da pie a diálogos constantes, frescos y, en muchas ocasiones, divertidos. Mientras que, en el caso de Mario Conde, el inspector de policía Duque.

El «espacio estable»: lugares que se repiten a lo largo de toda la obra donde el protagonista acaba siempre recalando. Los autores se recrean en su descripción realista, rayana en el naturalismo. En todo caso, son espacios estables que proporcionan seguridad al lector, que se familiariza rápidamente con ellos y, por lo tanto, pronto se siente uno más en su interior. Sirven también de descanso en la larga investigación, ayudando a descomprimir la tensión que no conviene mantener al mismo nivel a lo largo de cientos de páginas.

Costumbrismo: se trata de mostrar la idiosincrasia del territorio. Así, a través de diálogos y ciertas reflexiones de los protagonistas, conocemos la psicología de la población, su forma de ver e interpretar el mundo, su realidad. También nos permite conocer la gastronomía, el clima, la geografía, el idioma, el paisaje. Finalmente, las tradiciones y la forma de relacionarse de la población entre sí, y con el medio.

Procedimentalismo: es de destacar la precisión en el procedimiento de la investigación. Se pone de manifiesto un profundo conocimiento de los cuerpos de policía, su estructura y funcionamiento. En particular de la policía científica. También es especialmente detallista en la descripción del trabajo de los médicos forenses y su aportación a la investigación. La intervención policial es valorada, en general, positivamente. Y en la última de las novelas, se atribuye un papel preponderante a la judicatura, representada por una jueza que destaca por su sentido de la ponderación y la Justicia. En todo caso,

se parte de la recreación realista de la escena del crimen, en la identificación de todos los elementos circunstanciales y fundamentales que se consideran esenciales para poder exigir responsabilidad penal. En el proceso de obtención de prueba y cadena de custodia de la misma, etc.

5. Conclusiones

En conclusión, desde el punto de vista de la docencia universitaria, la novela negra ofrece posibilidades claras para la enseñanza de materias propias de las Ciencias Penales. Particularmente de interés en Criminalística, Criminología y Derecho Penal.

La «oferta» de títulos, con distintos niveles de complejidad, y planteamiento y solución de problemas, es numerosísima, lo que permite elegir, optando por la que más nos interese en función del contexto, el concreto elemento que queramos analizar, etc.

6. Bibliografía

COLMEIRO, José F., *La novela policíaca española. Teoría e historia crítica*, Anthropos, Barcelona, 1994.

COLMEIRO, José F., «Códigos narrativos de la novela policíaca», en FERNÁNDEZ ROCA, José Ángel; GÓMEZ BLANCO, Carlos J.; PAZ-GAGO, José-María (Coords.), *Semiótica y modernidad: actas del V Congreso Internacional de la Asociación Española de Semiótica. La Coruña, 3-5 de diciembre de 1992*, Universidade da Coruña, A Coruña, pp. 115-126.

MANES, Vittorio, *Justicia Mediática. Los efectos perversos sobre los derechos fundamentales y el proceso justo*, Dykinson, Madrid, 2022.

RIVERO GRANDOSO, Javier, «Crímenes y humor en las novelas de Domingo Villar», *Madrygal*, vol. 14, 2011, pp. 109-116.

SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Novela policíaca y novela negra: una tentativa de definición», *Puentes de Crítica Literaria y Cultural*, núm. 1, 2014, pp. 4-9.

SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, «Domingo Villar: novela negra con sabor gallego», *Revista Signa*, núm. 23, 2014, pp. 805-826.

VENTURA, Joaquim, «Género negro en una ciudad patrimonio de la humanidad», en SÁNCHEZ ZAPATERO, Javier, MARTÍN ESCRIBÁ, Álex (Eds.). *El género negro: el fin de la frontera*, Andavira, A Coruña, 2012, pp. 135-148.

7

APRENDIZAJE JURÍDICO PENAL A TRAVÉS DEL PODCAST

NATALIA TORRES CADAVID

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Penal
Universidade de Vigo*

1. Introducción: del arte como recurso pedagógico a la dramaturgia sonora

El vínculo entre el arte y el Derecho ha demostrado, en contextos docentes, ser una fuente fértil de metodologías activas que no solo enriquecen la transmisión de contenidos, sino que activan competencias fundamentales: análisis crítico, empatía, escucha activa, interpretación narrativa¹. Esta convergencia metodológica, cada vez más reconocida en el ámbito universitario², ha permitido experimentar con formas diversas de enseñar el Derecho desde el estímulo emocional y comunicativo que ofrece la obra artística.

En la enseñanza del Derecho penal, esta apertura metodológica se ha concretado a través del uso del cine, la música,

1 Por todos, *cfr.* CARNELUTTI, Francesco, *Arte del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 46 y ss.

2 Ejemplo de ello, las siguientes obras: OTERO CRESPO, Marta, *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte*, Dykinson, Madrid, 2022, *passim.*; VALIÑO CES, Almudena *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, *passim.*; ALONSO SALGADO, Cristina, *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte III*, Colex, A Coruña, 2023, *passim.*; ALONSO SALGADO, Cristina, *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte IV*, Colex, A Coruña, 2025, *passim.*

la literatura o las artes visuales como puntos de partida para el análisis doctrinal y la construcción de casos³. Estas herramientas no se han planteado como elementos decorativos o anecdóticos, sino como soportes narrativos que permiten situar al alumnado ante dilemas reales o hipotéticos con carga normativa. En otras palabras, el arte se ha utilizado como escenario y catalizador para activar el pensamiento jurídico desde una lógica distinta a la meramente expositiva.

En experiencias anteriores, hemos recurrido a películas disponibles en plataformas *streaming*⁴, a canciones con alto contenido social⁵, a fragmentos literarios complejos⁶, además del cine⁷, para desencadenar debates que ayudaran al estudiantado a identificar estructuras jurídicas, tensiones éticas y argumentos interpretativos relevantes. Estas actividades se integraron en las clases prácticas de Derecho penal y permitieron dinamizar el aula, abrir nuevas formas de atención y fomentar el trabajo colaborativo, sin renunciar al rigor conceptual.

Mientras que lo visual ha ocupado un lugar central en las experiencias previas, el uso del lenguaje oral y de la dramaturgia sonora ofrece un potencial aún poco explotado. La apuesta por esta vía parte de una pregunta básica: ¿qué pasa cuando, en lugar de analizar una narrativa artística externa, pedimos al alumnado que construya la suya propia, en clave penal, desde la palabra hablada?

-
- 3 Por su importancia e impacto, entre otras, la colección Cine y Derecho de Tirant lo Blanch, que tiene 74 números, a julio de 2025.
 - 4 TORRES CADAVID, Natalia, «*Streaming* el derecho penal: memoria de la experiencia de usar la visualización previa de una película para la resolución de un caso práctico», en VALIÑO CES, Almudena *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 145-153.
 - 5 TORRES CADAVID, Natalia y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, «Derecho penal y arte: una propuesta metodológica para la resolución de casos prácticos con base en la música», en MEMBIELA IGLESIA, Pedro *et al.* (Coords.), *Perspectivas docentes en la educación superior*, Educación Editora, Vigo, 2024, pp. 495-499.
 - 6 RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio y TORRES CADAVID, Natalia, «El crimen en la novela negra gallega: El caso de Domingo Villar», *Ius Fugit*, núm. 26-27, 2023-2024, pp. 273-288.
 - 7 RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, «El Derecho penal en la gran pantalla. Aplicaciones docentes de la proyección cinematográfica», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1, 2011, pp. 317 y ss.

La experiencia que aquí se presenta, la creación de un podcast colectivo por parte de estudiantes de Derecho Penal I, del PCEO en ADE y Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas e do Traballo e de Ciencias Económicas e Empresariais da Universidade de Vigo, propuso precisamente ese cambio de enfoque. Se trataba de pasar de la recepción a la producción, del análisis al diseño, y de la interpretación de materiales artísticos a la creación de piezas originales que, mediante la voz, explicaran los conceptos clave de la materia. Esta propuesta no pretendía profesionalizar al alumnado en técnicas radiofónicas, sino habilitar un espacio formativo donde pudiera reapropiarse activamente del conocimiento trabajado en clase.

Así, el contenido jurídico pasó a expresarse en estructuras narrativas breves, claras y sonoras. Cada estudiante o pareja de estudiantes debía escribir un guion, definir un tono, modular su voz, controlar los silencios, decidir un ritmo y construir una atmósfera adecuada. El foco ya no estaba únicamente en «*lo que se dice*», sino en «*cómo se dice*» y «*desde dónde se construye el decir*». Esta dimensión expresiva del Derecho fue puesta en el centro de la actividad.

Desde una perspectiva más amplia, esta experiencia se enmarca en las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior y en la lógica competencial que impulsa la autonomía, la comunicación oral y escrita, la alfabetización digital, la conciencia ética y la sensibilidad estética como dimensiones inseparables de la formación universitaria⁸. En un contexto en el que la inteligencia artificial generativa comienza a formar parte habitual de la vida académica, y en el que se multiplican los riesgos de automatización de los productos escritos⁹, resulta particularmente valioso trabajar con formatos expresivos que exigen presencia, tono, cuerpo y voz. La producción sonora, como práctica situada y creativa, nos devuelve al aula como espacio de encuentro humano.

8 Por todos, *cfr.* CARNELUTTI, Francesco, *Arte del Derecho...*, *op. cit.* pp. 46 y ss.

9 Entre muchos otros, con referencias ulteriores, MARTÍNEZ PÉREZ, María Dolores, «Inteligencia artificial y enseñanza del Derecho», en BAS-TANTE GRANELL, Víctor, *et al.* (Dirs.), *Derecho y competencias prácticas*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 465 y ss.; LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María (Dir.), *Cuestiones innovadoras de la actividad universitaria en ciencias jurídicas en la era de la inteligencia artificial*, Dykinson, Madrid, 2025, *passim*.

En este sentido, el arte no solo refuerza la comprensión de los contenidos, sino que permite cultivar aquellas habilidades que, precisamente por ser profundamente humanas, se vuelven irremplazables.

En las páginas que siguen, se describirá el diseño y la implementación de esta experiencia, se contextualizarán sus fundamentos pedagógicos, se analizarán sus resultados y se extraerán algunas conclusiones útiles para su reproducción o adaptación en otros contextos. Lejos de ofrecer una receta cerrada, este artículo busca abrir nuevas preguntas sobre cómo seguir enseñando Derecho desde estructuras expresivas que, como el sonido, siguen aún poco exploradas en nuestras aulas.

2. El uso del podcast como metodología complementaria a las clases magistrales

Lejos de ser una técnica obsoleta o incompatible con la innovación pedagógica, la clase magistral continúa siendo una herramienta fundamental en la enseñanza del Derecho, especialmente cuando se ejerce con planificación, estructura y conciencia expresiva. En ella, el profesorado no solo transmite contenidos de manera ordenada y sistemática, sino que también construye una narrativa didáctica que exige ritmo, progresión, énfasis y tono.

En nuestras aulas, la clase expositiva ha demostrado conservar una gran capacidad de activación cognitiva, siempre que se combine con ejemplos adecuados, pausas significativas, uso del «*galego*» y el español y una estructura clara del discurso. La experiencia acumulada confirma que no se trata de una práctica pasiva por defecto, sino de una herramienta que puede generar atención sostenida y participación si se gestiona con intención comunicativa.

Esa dimensión expresiva es, sin embargo, a menudo infravalorada. Se presupone que la docencia transmite solo información, cuando en realidad construye sentido, organiza el discurso jurídico y moldea la forma en que se apropia el conocimiento. En Derecho penal, esto resulta especialmente claro: cómo se explica una figura delictiva, qué ejemplos se eligen, qué tono se emplea, todo ello forma parte del aprendizaje.

Fue desde esta valoración de la clase magistral como acto narrativo que surgió la necesidad de diseñar una actividad que no la sustituyera, sino que la prolongara en otro registro. Se buscaba ofrecer al alumnado un espacio para reelaborar los contenidos trabajados en clase, mediante una propuesta técnica, creativa y comunicativa. Así nació la idea de un podcast colectivo, producido de forma voluntaria por quienes quisieran participar.

El objetivo era triple: consolidar el conocimiento a través de su reformulación oral; mejorar la competencia comunicativa; y experimentar con una herramienta narrativa que permitiera expresar contenido jurídico de manera clara, precisa y estructurada. La actividad se concibió, además, como una forma de reforzar el vínculo entre clase y evaluación, en tanto la entrega final serviría como material de repaso para el examen.

En este contexto, el uso del podcast también abría la posibilidad de trabajar habilidades poco visibilizadas en los formatos escritos tradicionales¹⁰. Planificar un guion sonoro exige claridad, orden lógico, sentido de la audiencia y dominio del lenguaje hablado. Al mismo tiempo, permite incorporar elementos de estilo y subjetividad que enriquecen el aprendizaje, como el tono personal, el humor, las metáforas o el uso estratégico de silencios.

Desde el punto de vista docente, la iniciativa pretendía responder a diversas preguntas: ¿Cómo crear experiencias formativas que promuevan autonomía sin delegar el juicio? ¿Cómo estimular la creatividad sin renunciar al rigor? ¿Cómo incorporar formatos culturales cotidianos, como el audio, en una estructura académica tradicional? La propuesta trató de responder a estas cuestiones de forma concreta.

10 Sobre el uso del Podcast en la enseñanza del Derecho penal, ver, entre otros, LEÓN ALAPONT, José, «La enseñanza del derecho penal a través de los blog *on line*, de los podcast y de Youtube», en CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, *et al.* (Dirs.), *Actualización de la docencia y metodologías activas del aprendizaje del derecho en el entorno digital*, Universidad de Valencia, Valencia, 2022, pp. 197-210; GONZÁLEZ QUINZÁN, Yago, «Nuevas tecnologías e innovación docente: aplicación del podcast para la enseñanza del Derecho penal», en BUELA CASAL, Gualberto (Coord.), *Avances en Educación Superior e Investigación*, vol. 3, 2023, pp. 115 y ss.

Además, el trabajo sonoro permitía integrar aprendizajes distintos. Quien grababa debía también editar, seleccionar entonaciones, escuchar repeticiones, corregir errores. Esa fase de posproducción, aunque mínima, implicaba una toma de conciencia sobre el propio discurso. Lo que se oía ya no era solo lo que se decía, sino cómo se decía y cómo se organizaba. Esta dimensión autocrítica del lenguaje oral suele estar ausente en la docencia jurídica convencional.

En paralelo, el podcast operaba como una respuesta indirecta a los desafíos que plantea la inteligencia artificial en el aula. Volviendo sobre el tema, esta propuesta recuperaba el cuerpo, la voz y la agencia comunicativa del estudiantado. Se trabaja la oralidad como competencia irremplazable, reforzando habilidades que, por su humanidad, son más difíciles de automatizar. De hecho, no me pareció casual que muchas de las mejores intervenciones orales del ejercicio hayan surgido de estudiantes que habitualmente no destacaban en los formatos tradicionales. En este sentido, el podcast actuó también como herramienta de democratización expresiva dentro del aula.

El proyecto, por tanto, no se propuso como sustituto de la docencia expositiva, sino como un complemento voluntario.

3. Diseño e implementación de «*o podcast de Derecho Penal I*»

La propuesta del podcast fue presentada al final de una clase teórica, como una actividad opcional y de participación libre. La convocatoria se realizó de forma oral, en el aula, y posteriormente a través de Moovi, la plataforma institucional de enseñanza de la Universidade de Vigo. Desde el inicio, se enfatizó su carácter colectivo: el objetivo era crear, entre todo el grupo, un recurso compartido de repaso para el examen final.

Se propuso que cada estudiante o pareja (si así lo preferían) elaborara un episodio de audio de tres minutos como máximo, sobre un tema concreto del programa de Derecho Penal I, asignado de manera aleatoria. El conjunto de grabaciones formaría una serie colaborativa, «*O podcast de Derecho Penal I*», que funcionaría como archivo de contenidos fundamentales de la asignatura, explicados con palabras propias por el alumnado.

La entrega de los audios se fijó para el 8 de mayo de 2023 a las 20:59 h, a través de la plataforma Moovi. Esta fecha se eligió estratégicamente: a mitad del cuatrimestre, con el contenido ya avanzado, pero aún con tiempo suficiente para procesar los materiales entregados antes del inicio del período de evaluación.

En Moovi se habilitó un espacio específico con toda la información necesaria: objetivos pedagógicos, condiciones de entrega, instrucciones técnicas y una plantilla de guion con recomendaciones para la redacción del texto. Entre los objetivos se incluía: mejorar la capacidad de síntesis, reforzar la expresión oral, familiarizarse con herramientas digitales básicas y consolidar los contenidos mediante su reformulación activa.

Los audios debían tener una duración comprendida entre 2 minutos y 45 segundos y 3 minutos y 15 segundos, y estar grabados exclusivamente en gallego, en coherencia con la lengua docente de la asignatura. Se prohibía expresamente el uso de música de fondo o contenidos visuales, aunque sí se permitían efectos de sonido siempre que fueran discretos y funcionales. Se requería además comenzar con una introducción reconocible *«Ola, este é o podcast de Dereito Penal e hoxe imos estudar a Lección XX relativa ao tema (...)»* y terminar con una despedida estructurada: *«Moitas grazas e ate a próxima»*.

Uno de los aspectos más valorados de la propuesta fue la claridad de los criterios y la sencillez técnica. Se recomendó grabar en un espacio silencioso, cuidar el tono de voz, evitar tecnicismos innecesarios y utilizar herramientas accesibles como *Audacity*, *Anchor* o *GarageBand*, tanto desde el ordenador como desde el teléfono móvil. La mayoría del grupo optó por grabarse directamente en sus casas, repitiendo varias veces el guion hasta obtener un resultado satisfactorio.

La asignación de temas se realizó mediante un formulario de inscripción: cada participante anotaba su nombre (y el de su pareja) y recibía una lección concreta del programa, correspondiente a un contenido ya trabajado en clase. Se permitía seleccionar un subtema dentro de la lección, lo que otorgaba un margen de decisión individual. Esta modalidad de asignación buscaba equidad, pero también autonomía en el enfoque.

El resultado fue muy positivo. Se entregaron 22 episodios, con un nivel general de calidad notable. La mayoría de los audios evidenciaban una buena preparación: guiones bien estructurados, tono adecuado, lenguaje claro, ejemplos pertinentes. Algunos destacaron por su originalidad narrativa, sin perder rigor jurídico. El episodio sobre legítima defensa, por ejemplo, utilizaba el incidente de Will Smith en los Óscar de 2022 para ilustrar sus diferentes elementos. Otro episodio simulaba una breve entrevista al profesor LUZÓN PEÑA autor del manual de referencia de la asignatura, como recurso para presentar el capítulo sobre el dolo eventual¹¹. En lugar de leer definiciones, el estudiante construía un diálogo con el profesor, en el que se exponían diferentes argumentos y ejemplos. Este formato, aunque sencillo, evidenciaba una apropiación creativa del contenido.

Tras la entrega, se dedicó una sesión presencial a escuchar algunos de los episodios en clase. Se comentaron tanto los aspectos penales como las decisiones comunicativas adoptadas. Esta sesión resultó especialmente rica: se compararon estilos, se evaluó el grado de claridad y se analizaron algunos errores de concepto. Lejos de avergonzar a nadie, la sesión fomentó la escucha crítica y la mejora colectiva. Posteriormente se creó un repositorio digital en Moovi, donde se pusieron a disposición todos los archivos entregados, ordenados por número de lección. Este repositorio quedó disponible para que el alumnado pudiera usarlo como material de repaso.

Desde el punto de vista docente, la propuesta permitió evaluar competencias que habitualmente no son visibles en las actividades escritas: dominio expresivo, capacidad de estructuración, sensibilidad comunicativa. También se evidenciaron habilidades técnicas que, sin ser centrales en la formación jurídica, se vuelven cada vez más relevantes en el ejercicio profesional contemporáneo.

La experiencia mostró además un alto grado de implicación emocional. Varios estudiantes expresaron su entusiasmo por haber participado, incluso aquellos que inicialmente dudaban de su capacidad para hablar en público. El

11 Cito aquí la edición más actualizada de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

hecho de grabarse, editarse y escucharse activó un proceso reflexivo sobre el propio aprendizaje y permitió a muchos tomar conciencia de sus fortalezas comunicativas.

Como cierre simbólico, se seleccionaron los tres episodios mejor valorados por su claridad, creatividad y calidad técnica, y se escucharon nuevamente en clase. Esta selección funcionó como reconocimiento público al esfuerzo invertido y como ejemplo de buenas prácticas para futuras ediciones del curso. Varios estudiantes sugirieron que esta iniciativa se mantuviera como parte regular de la asignatura.

Finalmente, cabe destacar que el material producido podría ser reutilizado, con los debidos ajustes, en años académicos posteriores. La posibilidad de construir un archivo sonoro vivo de contenidos jurídicos elaborados por el propio alumnado abre una vía de continuidad que enriquece la experiencia docente, refuerza la identidad del grupo y promueve una cultura de aprendizaje colaborativo.

4. El podcast como espacio de aprendizaje transversal

La actividad del podcast permitió trabajar un conjunto de competencias que, si bien no siempre figuran de manera explícita en los programas de Derecho, son fundamentales para el ejercicio profesional del jurista. Al transformar contenidos teóricos en una narración sonora, el alumnado tuvo que reorganizar ideas, sintetizar conceptos y desarrollar una capacidad expositiva que va más allá de la memorización o la reproducción literal.

Uno de los aprendizajes más significativos fue la toma de conciencia sobre la estructura del discurso. Para grabar un episodio claro y coherente, era necesario definir una introducción, un desarrollo y una conclusión; prever ejemplos; anticipar posibles dudas del oyente; y mantener un hilo conductor. Estas exigencias obligaron al estudiantado a salir de una lógica meramente repetitiva y a adoptar una actitud más activa y responsable frente al conocimiento.

Otro aspecto clave fue el trabajo con la voz. Muchos estudiantes reconocieron que era la primera vez que se grababan explicando un contenido académico. Esto los llevó a prestar atención al tono, al ritmo, a la entonación e, incluso, a la

respiración. En algunos casos, la preparación del episodio incluyó varios ensayos previos, lo cual permitió un proceso de revisión y mejora poco habitual en actividades más tradicionales.

El ejercicio implicó también una forma de alfabetización digital, en tanto se requirió el uso de herramientas básicas de grabación y edición de audio. Aunque no se trataba de un objetivo central de la actividad, esta dimensión técnica añadió un valor añadido: permitió explorar lenguajes distintos, ejercitar destrezas tecnológicas y conectar la práctica jurídica con otros formatos comunicativos que hoy forman parte del entorno profesional.

Desde el punto de vista metodológico, el podcast activó una lógica de aprendizaje cooperativo, pese a que los estudiantes podían elegir si elaborar el podcast individualmente o entre dos, sólo tres personas eligieron el formato individual y uno de ellos usó a su hermano para poder hacer la «*entrevista*» que mencionaba antes. Varias personas ensayaron sus textos con compañeros, compartieron recursos técnicos o pidieron opinión antes de subir el archivo final. Este tipo de colaboración espontánea refuerza los vínculos dentro del grupo y contribuye a una mejor comprensión colectiva.

Asimismo, la actividad tuvo un impacto emocional relevante. Para muchos, la posibilidad de que sus voces fueran escuchadas en clase y alojadas en un repositorio común generó un sentido de pertenencia y reconocimiento. Se percibía que el trabajo tenía valor real, que no era solo un ejercicio para ser calificado, sino una contribución útil al aprendizaje del grupo. Esta motivación intrínseca es difícil de lograr con actividades evaluativas tradicionales.

En la sesión dedicada a la escucha de algunos episodios, se generó un clima de atención y respeto muy notable. Se valoró el esfuerzo comunicativo, se discutieron las decisiones narrativas y se corrigieron colectivamente algunos errores conceptuales. Además, fue muy divertido. Esta instancia de escucha compartida permitió generar aprendizajes cruzados y fortalecer la competencia crítica, tanto en la producción como en la recepción del discurso jurídico.

Otra dimensión interesante fue el efecto que tuvo la actividad sobre quienes inicialmente no participaron, 4 personas del total de 40. Al escuchar los episodios en clase o acceder al repositorio, varios estudiantes mostraron interés por con-

tribuir en futuras ediciones. Alguno incluso entregó una grabación días después del cierre, lo que demuestra el potencial motivador de este tipo de propuestas.

Desde la perspectiva docente, la experiencia fue valiosa no solo por los resultados obtenidos, sino por lo que permitió observar. A través de los audios fue posible detectar errores, evaluar el grado de interiorización de ciertos conceptos y observar la capacidad de vincular los contenidos con ejemplos reales. Además, se hizo evidente la pluralidad de voces y estilos que conviven en el aula, lo cual enriquece la enseñanza y nos obliga a repensar nuestras estrategias de comunicación.

El podcast también sirvió como medio de inclusión. Algunas personas que habitualmente no intervenían en clase encontraron en este formato un espacio cómodo para expresarse. El trabajo en casa, el uso de la lengua propia, la posibilidad de editar y corregir y la libertad para escoger el tono del discurso favorecieron una participación más equitativa. Esta dimensión igualadora merece especial atención, sobre todo en grupos heterogéneos.

En términos de transferencia, la actividad abrió nuevas posibilidades. Varios compañeros docentes mostraron interés por replicarla en otras materias. Finalmente, el hecho de que el resultado final sea un archivo reutilizable, que puede integrarse en presentaciones, ejercicios prácticos o clases futuras, convierte la experiencia en un recurso pedagógico de largo recorrido.

5. Conclusiones

La experiencia desarrollada confirma que la incorporación de lenguajes artísticos y formatos expresivos como el podcast puede enriquecer de forma sustancial la enseñanza del Derecho penal. Lejos de ser un adorno metodológico, el arte (en este caso, la dramaturgia sonora) se convierte en una vía de aprendizaje que permite al estudiantado apropiarse activamente del conocimiento y explorar nuevas formas de relación con el contenido jurídico.

El podcast funcionó como una herramienta transversal que activó múltiples competencias: la capacidad de síntesis, la claridad expositiva, la escucha crítica, la autonomía técnica

y la creatividad comunicativa. Al tratarse de una producción sonora, la actividad recuperó dimensiones poco presentes en la enseñanza jurídica tradicional: la voz como instrumento expresivo, el silencio como recurso, el ritmo como estructura narrativa. Todo ello contribuyó a una comprensión más profunda y personalizada del Derecho penal.

Desde la perspectiva docente, la propuesta permitió ampliar los canales de interacción y observar con mayor nitidez los procesos de aprendizaje. Al mismo tiempo, generó un archivo reutilizable de contenidos elaborados por el propio alumnado, fortaleciendo el sentido de continuidad y comunidad en el aula. Esta dimensión colectiva y colaborativa refuerza una pedagogía más inclusiva, participativa y crítica.

Finalmente, en un contexto académico marcado por la irrupción de la inteligencia artificial y la automatización de los productos escritos, iniciativas como esta permiten recuperar el valor de la palabra hablada como construcción singular, situada y no replicable. Apostar por lo sonoro es también, en este caso, apostar por lo humano: por aquellas habilidades que nos permiten comunicar, interpretar, imaginar y enseñar con voz propia.

6. Bibliografía

ALONSO SALGADO, Cristina, et al. (Dirs.), *Derecho y Arte III*, Colex, A Coruña, 2023.

ALONSO SALGADO, Cristina, et al. (Dirs.), *Derecho y Arte IV*, Colex, A Coruña, 2025.

CARNELUTTI, Francesco, *Arte del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

GONZÁLEZ QUINZÁN, Yago, «Nuevas tecnologías e innovación docente: aplicación del podcast para la enseñanza del Derecho penal», en BUELA CASAL, Gualberto (Coord.), *Avances en Educación Superior e Investigación*, vol. 3, 2023, pp. 115 y ss.

LEÓN ALAPONT, José, «La enseñanza del derecho penal a través de los blogs on line, de los podcast y de YouTube», en CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, et al. (Dirs.), *Actualización de la docencia y metodologías activas del*

aprendizaje del derecho en el entorno digital, Universidad de Valencia, Valencia, 2022, pp. 197-210.

LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María (Dir.), *Cuestiones innovadoras de la actividad universitaria en ciencias jurídicas en la era de la inteligencia artificial*, Dykinson, Madrid, 2025.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

MARTÍNEZ PÉREZ, María Dolores, «Inteligencia artificial y enseñanza del Derecho», en BASTANTE GRANELL, Víctor, *et al.* (Dirs.), *Derecho y competencias prácticas*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 465-475.

OTERO CRESPO, Marta, *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte*, Dykinson, Madrid, 2022.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, «El Derecho penal en la gran pantalla. Aplicaciones docentes de la proyección cinematográfica», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1, 2011, pp. 317-330.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio y TORRES CADAVID, Natalia, «El crimen en la novela negra gallega: El caso de Domingo Villar», *Ius Fugit*, núm. 26-27, 2023-2024, pp. 273-288.

TORRES CADAVID, Natalia, «Streaming el derecho penal: memoria de la experiencia de usar la visualización previa de una película para la resolución de un caso práctico», en VALIÑO CES, Almudena *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 145-153.

TORRES CADAVID, Natalia y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, «Derecho penal y arte: una propuesta metodológica para la resolución de casos prácticos con base en la música», en MEMBIELA IGLESIA, Pedro *et al.* (Coords.), *Perspectivas docentes en la educación superior*, 2024, pp. 495-499.

VALIÑO CES, Almudena *et al.* (Dirs.), *Derecho y Arte II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

8

ALCUNE RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA MAGISTRATURE REQUIRENTE E GIUDICANTE A PARTIRE DA UN ROMANZO DI LEONARDO SCIASCIA

LORENZO AGOSTINO

*Investigador Postdoctoral de Derecho Procesal Penal
Università di Pisa*

1. La condizione dei magistrati durante il fascismo nel romanzo “Porte aperte” di Leonardo Sciascia

Nel celebre romanzo *Porte aperte* – titolo con cui si alludeva metaforicamente alla (apparente)¹ situazione di sicurezza in cui vivevano i cittadini italiani in epoca fascista, tanto da poter dormire, appunto, senza bisogno di serrare le

1 La conoscenza che il popolo aveva dei fatti di cronaca, dei delitti e dei processi penali, da celebrarsi – si raccomandava – a porte chiuse, era alterata dal regime fascista proprio al fine veicolare un messaggio di tranquillità. In proposito, v. COLAO, Floriana, “Processo penale e pubblica opinione”, in GARLATI, Loredana (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 257-260.

proprie case² – Leonardo SCIASCIA³ offre una nitida rappresentazione del “rapporto tra «Stato nuovo», giustizia penale, società”⁴ negli anni Trenta del ‘900 attraverso il racconto di una specifica vicenda processuale.

Il caso, riguardante un triplice omicidio commesso a Palermo nel 1937, aveva connotati politici – l’essere una delle vittime un gerarca fascista e il ritrovamento presso l’abitazione dell’imputato dell’immagine ritraente il più strenuo oppositore (e martire) di Benito Mussolini, il socialista Giacomo Matteotti⁵ – tali da rendere scontato, in quella fase storica, l’esito del giudizio: la condanna alla pena di morte, reintrodotta dal regime dopo essere stata abolita nel periodo liberale⁶.

A dispetto delle aspettative (*in primis* del procuratore generale), la Corte d’assise non comminò all’imputato la sanzione capitale per effetto dell’opera di convincimento sui giurati⁷ realizzata dal protagonista del libro, il “piccolo giudice”: giudice *a latere* non allineato al fascismo e contrario alla pena perpetua, il personaggio è stato così bat-

2 Cfr. SCIASCIA, Leonardo, *Porte aperte*, Adelphi, Milano, 1987, p. 28.

3 Sull’idea di giustizia dell’autore come risulta dall’analisi delle sue principali opere, v. AMODIO, Ennio, “La giustizia di Leonardo Sciascia tra primato della ragione e irrazionalità degli uomini di legge”, *Sociologia del diritto*, n. 1, 2021, p. 163.

4 Testualmente COLAO, Floriana, “I processi ai «maggiori esponenti di idee contrarie al governo nazionale» prima dell’istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato”, in LACCHÈ, Luigi (a cura di), *Il diritto del Duce*, Donzelli, Roma, 2015, p. 33.

5 Si noti che i fatti sono realmente accaduti: il processo era a carico di Giuseppe Ferruccio, mentre la vittima illustre era Giuseppe Bruno. Per una ricostruzione del caso, v. MITTONE, Alberto, “Sciascia e giustizia”, *discrimen.it*, 13 aprile 2022 (data di consultazione: 15 maggio 2025).

6 Detta pena fu ripristinata dalla legge 25 novembre 1926, n. 2008, emblematicamente intitolata “*Provvedimenti per la difesa dello Stato*”, e poi consacrata quale sanzione principale dall’art. 17 del nuovo codice penale adottato nel 1930.

7 ... o, meglio, sugli assessori, chiamati così dal r.d. 23 marzo 1931, n. 249, di riforma delle Corti d’assise, “*per distinguerli anche nominalmente dai vecchi giurati*” (così ORLANDI, Renzo, “La riforma fascista delle Corti d’assise”, in GARLATI, Loredana (a cura di), *L’inconscio inquisitorio*, cit., p. 230), ai quali, per il legame con il concetto di sovranità popolare, si era guardato con estrema circospezione.

tezzato dall'Autore *"non perché fosse notevolmente piccolo di statura"*, ma *"per le cose tanto più forti di lui che aveva serenamente affrontato"*⁸.

Tra i vari spunti forniti dal libro, v'è il colloquio privato tra il procuratore generale e il piccolo giudice con cui esordisce il romanzo, colloquio che dà conto della condizione dei magistrati e dei rapporti tra inquirenti e giudicanti in quegli anni.

Il procuratore, rigorosamente ossequioso della legge, non nutriva alcun dubbio circa il contenuto della sentenza⁹ ma temeva, avendone intuito l'orientamento, che il giudice potesse costituire un ostacolo verso la condanna a morte. Cosicché, tentò di persuaderlo: *"... desidero soltanto invitarla a una riflessione su questo processo che automaticamente viene alla Corte di cui lei è parte: e innanzitutto se non le convenga, ferme restando le sue opinioni sulla pena di morte, di rinunciarvi o, che so?, di trovare (...) il modo più opportuno, meno pregiudizievole, per stornarlo ad altra sezione... Meno pregiudizievole, intendo, per la sua carriera: finora brillante, direi..."*¹⁰.

Tali parole, che più di un invito suonavano come una minaccia, si rivelarono in effetti profetiche. Dopo la sentenza – che, come preconizzato dal procuratore¹¹, sarebbe stata

8 Così, SCIASCIA, Leonardo, *op. cit.*, pp. 78 e 79. Per utilizzare la nota classificazione di CALAMANDREI tra magistrati eroici, ligi alle leggi e indegni, il piccolo giudice apparteneva alla prima categoria, perché pronto *"a perdere il posto e magari ad affrontare il confino, pur di difendere la (sua) indipendenza"* (CALAMANDREI, Piero, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4ª ed., Le Monnier, Firenze, 1959, p. 220).

9 *"... bisogna considerare che non c'è fantasia di romanziere che possa conferire a questo caso il minimo dubbio, la minima ambiguità; né dargli la minima eco di pietà, di misericordia"* (SCIASCIA, Leonardo, *op. cit.*, p. 20). Il procuratore rientrava, per richiamare ancora CALAMANDREI, Piero, *op. cit.*, p. 220, tra quella *"gran massa di magistrati ligi alle leggi, e disposti, senza discutere il regime da cui erano emanate, ad applicarle con dignitosa imparzialità"*.

10 SCIASCIA, Leonardo, *op. cit.*, p. 18.

11 *"Posso dirle con precisione quello che accadrà"*, preannunciava il procuratore al piccolo giudice in un secondo dialogo svolto a processo concluso: *"la Cassazione annullerà la sua sentenza, assegnerà il processo all'Assise d'Appello di Agrigento, dove c'è un presidente che, mi duole dirlo, ha una certa affezione alla pena di morte"*. SCIASCIA, Leonardo, *op. cit.*, p. 89.

annullata dalla Corte di cassazione –, il piccolo giudice subì pesanti ripercussioni sul piano professionale.

2. Qualche considerazione sul rapporto tra magistrature requirente e giudicante in epoca liberale e fascista

I passaggi sopra riportati consentono di svolgere qualche breve considerazione attorno ai nessi tra magistratura requirente e magistratura giudicante nel periodo fascista e in quello immediatamente precedente.

È quasi superfluo ricordare come, per assicurarsi un controllo sulla giustizia, l'apparato facente capo a Mussolini non dovette sconvolgere il panorama preesistente¹², in quanto l'architettura istituzionale ereditata dallo Stato liberale era del tutto compatibile con gli scopi del regime perché funzionale ad evitare una *"seria opposizione da parte dell'ordine giudiziario"*¹³. In effetti, secondo l'ordinamento giudiziario del 1865¹⁴, non solo i pubblici ministeri agivano sotto la direzione del Ministro della giustizia, di cui dunque erano espressione¹⁵, ma anche i giudici, pur formalmente indipendenti dall'esecutivo, ne subivano l'influenza a causa del controllo esercitato su promozioni, trasferimenti e procedimenti disciplinari¹⁶.

12 Non è un caso che il regime scelse di mettere seriamente mano all'ordinamento giudiziario molto tardi con l'emanazione del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, le cui previsioni *"non importarono alcuna rivoluzione o, semplicemente, alcuna sostanziale innovazione nel tradizionale schema di rapporti tra potere esecutivo e magistratura"*. In questi termini, NEPPI MODONA, Guido, *"La magistratura e il fascismo"*, in AA. VV., *Fascismo e società italiana*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1973, p. 156.

13 Così, ancora, NEPPI MODONA, Guido, *op. cit.*, pp. 155 e 156.

14 R.d. 6 dicembre 1865, n. 2626.

15 Sul ruolo del pubblico ministero nell'impostazione dell'ordinamento giudiziario del 1865, v. MENICONI, Antonella, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 38.

16 Sul punto, v. GUARNIERI, Carlo, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 85. Sul tema, si legga anche MONACO, Giuseppe, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 40, secondo cui la 24 luglio 1908, n. 438, nel subordinare l'iniziativa disciplinare del

Questo tipo di controllo era reso possibile dalla *“latitudine delle competenze ministeriali”*, che *“determinava tutta una serie di collegamenti istituzionali tra gli organi del potere esecutivo e quelli giudiziari”*¹⁷. Nell’ambito di questi collegamenti, come anche traspare dalle pagine di SCIASCIA, v’era indubbiamente quello tra pubblico ministero e giudice¹⁸. Nei confronti di quest’ultimo, infatti, l’organo dell’accusa – *“longa manus dell’esecutivo presso l’autorità giudiziaria”*¹⁹ – poteva promuovere azioni disciplinari, acquisendo così *“una notevole ingerenza sui colleghi giudicanti”*²⁰. Inoltre, i pubblici ministeri, proprio per il loro legame con la politica, erano avvantaggiati rispetto ai giudicanti nel ricoprire i più alti incarichi della magistratura²¹, tanto è vero che, in epoca fascista, il passaggio dalla funzione requirente a quella giudicante e viceversa avveniva proprio in virtù della prospettiva di avanzamento di carriera²².

Era dunque inevitabile che, caduto il regime, le cui riforme avevano esasperato quella sorveglianza già incentivata dalla normativa anteriore²³, l’obiettivo fosse quello di tagliare il cor-

pubblico ministero all’ordine del Ministro della giustizia, il quale in precedenza doveva essere meramente notiziato in merito alle deliberazioni adottate, chiariva come *“il pubblico ministero operasse effettivamente come rappresentante dell’esecutivo presso il potere giudiziario”*.

- 17 Per queste parole, BARTOLE, Sergio, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964, pp. 211 e 212.
- 18 Come osservava AMATO, Giuliano, *Individuo e autorità nella disciplina della responsabilità personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 387, l’organo dell’accusa era *“l’anello di una catena che legava l’intero ordinamento giudiziario all’esecutivo”*.
- 19 L’espressione è di GAETA, Piero, *“La titolarità dell’azione disciplinare nei confronti dei magistrati: tracce storiche e normative di un potere ruvido”*, in www.sistemapenale.it, 17 aprile 2023, p. 3 (data di consultazione: 23 maggio 2025).
- 20 Testualmente NEPPI MODONA, Guido, *op. cit.*, p. 134. Nello stesso senso, MENICONI, Antonella, *op. cit.*, p. 64, ad avviso della quale il pubblico ministero *“in pratica decideva, in nome del governo, della carriera dei giudici”*.
- 21 In questo senso, D’ADDIO, Mario, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 188.
- 22 Al riguardo, MENICONI, Antonella, *op. cit.*, p. 183.
- 23 Come osserva NEPPI MODONA, Guido, *“Quali giudici per quale giustizia*

done ombelicale tra esecutivo e magistratura; cordone che, grazie alla peculiare posizione del pubblico ministero, permetteva *“al Governo non solo (...) di iniziare l’azione penale, ma anche di veicolare all’interno del processo i fini e i valori propri”*²⁴.

3. Il ravvicinamento del pubblico ministero al giudice quale reazione alle derive del fascismo e i riflessi sul processo penale

Figurandosi l’immagine di un pendolo, prima dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana il pubblico ministero risultava nettamente sbilanciato verso l’esecutivo e la sua funzione di polizia era alquanto accentuata²⁵, circostanza questa che, come visto, aveva messo in crisi anche l’indipendenza esterna della magistratura giudicante. Ed è anche e soprattutto per tutelare i giudici che si è scelto di spostare l’ideale pendolo *“all’altro estremo (...), dalla polizia alla giurisdizione”*²⁶.

Muovendo dal presupposto che la magistratura *“avrebbe potuto scrollarsi di dosso la dipendenza (...) verso il Governo solo a patto di trasformare quello che era stato il suo controllo o supervisore – il pubblico ministero – in un sodale, unito al giudice dal comune servizio prestato alla legge”*²⁷, il legislatore non si è fermato a riconoscere e preservare l’indipendenza del pubblico ministero dal governo, ma ha finito

nel ventennio fascista”, in GARLATI, Loredana (a cura di), *L’inconscio inquisitorio*, cit., p. 215, con la legge sull’ordinamento giudiziario del 1941 venne a essere rafforzato *“il diretto controllo del ministro sullo stato giuridico dei giudici e l’organizzazione gerarchica e piramidale all’interno della magistratura”*.

24 La citazione appartiene a MANETTI, Michela, “Funzioni e statuto del pubblico ministero”, in AA. VV., *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale. Padova 22-23 ottobre 2004*, Cedam, Padova, 2005, p. 178.

25 Sottolinea *“la forza d’attrazione”* che spingeva il pubblico ministero verso le funzioni di polizia, MANETTI, Michela, op. cit., p. 177.

26 Così, ancora, MANETTI, Michela, op. cit., p. 178.

27 Testualmente MANETTI, Michela, op. cit., p. 179.

per mantenerlo nel medesimo ordine del giudice allo stesso modo di come era avvenuto nell'epoca storica precedente.

Ma mentre durante il fascismo, in cui ogni potere promanava dal governo, l'unità delle carriere giudicanti e requirenti era stata funzionale ad assicurare al regime un controllo sul settore giudiziario²⁸, nell'innovato assetto politico-istituzionale, caratterizzato dall'indipendenza della magistratura tutta, ha avuto l'effetto opposto di allontanare in modo probabilmente eccessivo l'intera categoria dal resto delle istituzioni e della società²⁹.

La sostanziale equiparazione³⁰ dell'organo dell'accusa all'autorità giurisdizionale si è poi riverberata sul processo

28 Ad attestarlo è la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi)* di accompagnamento al già richiamato r.d. n. 12/1941, nella quale, a sostegno dell'unità, si adducevano anzitutto ragioni di ordine politico, nel senso che sotto il regime fascista "non sarebbe (stata) più concepibile (...) una netta separazione tra magistratura requirente, partecipe della funzione esecutiva, e magistratura giudicante, da quella nettamente distinta", netta separazione che avrebbe comportato "la formazione di veri e propri compartimenti stagni nell'organismo della Magistratura". In queste parole è stato ravvisato un legame tra unità delle carriere e carattere autoritativo dello Stato (cfr. DOMINIONI, Oreste, "Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della «separazione delle carriere»", in DOLCINI, Emilio, PALIERO, Carlo Enrico (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, Giuffré, 2006, p. 2762 e, più di recente, MAIELLO, Vincenzo, "Separazione delle carriere, così salviamo il giusto processo", *discrimen.it*, 22 gennaio 2025, p. 1 (data di consultazione: 26 maggio 2025)), forse sovrastimando il ruolo che detta unità ebbe nel periodo fascista: la storia sembra dimostrare che l'unità (e la separazione) è suscettibile di avere conseguenze diverse a seconda del grado di indipendenza della magistratura.

29 Cfr., sul punto, le riflessioni di PIZZORUSSO, Alessandro, "Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero", in CONSO, Giovanni (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 36, il quale, riflettendo sulla possibilità di collegare l'attività del pubblico ministero al circuito politico, sottolineava la necessità di evitare "situazioni di tale separatezza che si traducono in forme di totale irresponsabilità".

30 Come osservato da CHIAVARIO, Mario, "Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale", in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffré, Milano, 1977, p. 99, l'evoluzione della normativa

penale, specie se calata all'interno di un codice di rito a trazione tendenzialmente accusatoria quale è quello del 1988³¹ e se guardata alla luce dei principi scolpiti all'interno dell'art. 111 Cost. dopo la riforma del 1999³²: essa ha portato a considerare sostanzialmente *"identico il magistrato"* indipendentemente dal ruolo ricoperto, così *"compromette(ndo) la funzione del giudice qual è pretesa da una struttura processuale dialettica, cioè di parti"*³³.

Di qui l'auspicio per un cambio di passo... ma la storia e le pagine di SCIASCIA ci ricordano che, nel mettere mano

ordinamentale è andata nel senso dell'*"assimilazione (pressoché totale) dello status dei magistrati «requirenti» allo status dei magistrati «giudicanti»"*.

- 31 Il legame tra l'impostazione del processo penale e la posizione istituzionale del pubblico ministero, del resto, era chiaro già ai costituenti. Al riguardo, si rammenti che il rinvio operato dall'art. 107 comma 4 Cost. all'ordinamento giudiziario quale luogo più opportuno in cui stabilire le garanzie del pubblico ministero, escludendo l'introduzione in Costituzione del vincolo di dipendenza dell'organo dell'accusa dal Ministro della giustizia, si deve alle funzioni *"giurisdizionali"* svolte da tale soggetto all'epoca. Soltanto qualora il processo penale fosse stato organizzato *"sul tipo anglosassone"*, si sarebbe potuto parlare di una dipendenza dell'esecutivo. Di qui l'idea che la legge sull'ordinamento giudiziario avrebbe dovuto essere *"consegnata in perfetta armonia con la riforma (...) del processo penale"*: *"quella sarà la sede più opportuna perché, premessa la determinazione delle funzioni future del pubblico ministero, si possa stabilire se aumentare le garanzie o abolirle o ricorrere ad un sistema intermedio"*. I virgolettati appartengono all'On. Leone, intervenuto nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente il 26 novembre 1947, il resoconto stenografico della quale è reperibile all'indirizzo https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed307/sed307nc.pdf (data di consultazione: 26 maggio 2025). V., in particolare, pp. 2523 e 2524.
- 32 L'introduzione in Costituzione (art. 111 comma 2) dei principi di imparzialità e terzietà del giudice fu subito ricollegata al tema ordinamentale della separazione delle carriere. Cfr., tra gli altri, MARZADURI, Enrico, *"Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale"*, in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 449.
- 33 Così, DOMINIONI, Oreste, *op. cit.*, p. 2760. Per alcuni, significativi esempi di come l'unità accusatore-giudice abbia condizionato talune scelte legislative e certi orientamenti giurisprudenziali, si veda GALGANI, Benedetta, *"Prove di «carriere separate»: tra risalenti ambiguità normative, forzature ideologiche e... wishful thinking?"*, *Processo penale e giustizia*, 2024, p. 521 e 522.

alla collocazione istituzionale dei pubblici ministeri, occorre prestare particolare attenzione ai possibili riverberi sulla posizione dei giudicanti³⁴.

4. Le proposte di revisione costituzionale in cantiere: quali pericoli per i giudici?

Alla luce di quegli insegnamenti, volgiamo lo sguardo all'attualità domandandoci se, nella trama dei disegni di legge di revisione costituzionale in cantiere³⁵ – che com'è noto intendono separare le carriere di pubblici ministeri e giudici con l'obiettivo *“di eliminare i condizionamenti che rischiano di corrompere la «terzietà del giudice» e l'«imparzialità della decisione»*³⁶ – si annidi qualche pericolo per l'indipendenza esterna dei giudicanti, con inevitabili conseguenze processuali³⁷.

34 In questa direzione, ZANON, Nicolò, *Pubblico ministero e costituzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 212 e 213, riflettendo attorno a un'eventuale subordinazione del pubblico ministero all'esecutivo nel contesto odierno (contesto da tenere ben distinto, sul piano culturale e ideologico, da quello fascista, con la conseguenza che una riforma in questo senso dovrebbe essere auspicabilmente mossa da presupposti propri di uno Stato democratico), osserva che essa *“esigerebbe un rafforzamento dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura giudicante rispetto ad ogni altro potere”*.

35 Il riferimento è ai disegni di legge costituzionale S. 504, recante *“(m) odifica all'articolo 87 e al titolo IV della parte seconda della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura”*, e C. 1917-B, presentato dal Presidente del Consiglio Meloni e dal Guardasigilli Nordio e già approvato dalla Camera in entrambe le letture e dal Senato (S. 1353) in prima, recante *“(n)orme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare”*.

36 Cfr. la relazione illustrativa al disegno di legge costituzionale n. 504, p. 2, reperibile all'indirizzo <https://www.senato.it/leggi-e-documenti/disegni-di-legge/scheda-ddl?tab=testiEmendamenti&did=56513> (data di consultazione: 21 maggio 2025).

37 Infatti, come osservano ZANON, Nicolò, BIONDI, Francesca, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5^a ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 198, *“l'indipendenza del giudice è presupposto primo della sua imparzialità”*.

Lo strumento attraverso cui si intende raggiungere lo scopo è anzitutto costituito dalla creazione di un Consiglio superiore della magistratura requirente, che affiancherà quello a cui faranno riferimento i giudici.

La prospettiva di un siffatto sdoppiamento ha suscitato reazioni piuttosto dure. Vi si è intravisto il rischio di un'esaltazione delle procure, le quali salirebbero *"su un ascensore istituzionale che le port[erebbe] allo stesso piano in cui siedono i giudici"*³⁸. In questa direzione, si è osservato che i pubblici ministeri verrebbero a rivestire sempre più una posizione centrale: difesa dal proprio Consiglio, *"in una società nella quale cresce la domanda di pena, alimentata dai social network e dai media, la magistratura requirente potrà cavalcare questa istanza, cercando (e trovando) legittimazione e consenso popolare"*³⁹. I giudici (e i loro provvedimenti) ne sarebbero inevitabilmente condizionati.

Come arginare, dunque, questa *"inquietante Prokuratura, collocata in Costituzione, autoreferenziale e irresponsabile"*?⁴⁰

Tenendo ferma l'impostazione fondata sui due organi di governo autonomo (che peraltro secondo alcune voci sarebbe quella maggiormente praticabile)⁴¹ si potrebbe giocare su un elemento che, specie secondo la dottrina costitu-

38 Così, AMODIO, Ennio, "Modello accusatorio e separazione delle carriere", *discrimen.it*, 17 giugno 2024, p. 7 (data di consultazione: 22 maggio 2025).

39 Testualmente, GIALUZ, Mitja, "Otto proposizioni critiche sulle proposte di separazione delle magistrature requirente e giudicante", *Sistema penale*, n. 9, 2024, p. 84. Sul pericolo che, per effetto della separazione delle carriere, vi possa essere *"un ulteriore potenziamento del pubblico ministero a scapito della giurisdizione"*, v. anche le riflessioni di BARTOLI, Roberto, "Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo", www.sistemapenale.it, 3 ottobre 2024, pp. 17 e 28 (data di consultazione: 23 maggio 2025), secondo il quale già allo stato le procure godrebbero di uno strapotere rispetto ai giudici.

40 Così, ZANON, Nicolò, "Separare e sorteggiare?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, p. 1164.

41 Cfr. LORUSSO, Sergio, "Separazione delle magistrature giudicante e requirente e modello accusatorio", www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2025, p. 14 (data di consultazione: 22 maggio 2025).

zionalistica⁴², sarebbe idoneo a ledere l'indipendenza esterna della magistratura, vale a dire la composizione dei Consigli.

Al riguardo, il d.d.l.c. S. 504 stabilisce, per entrambi i Consigli, che la metà dei membri sia togata e l'altra laica. Lo stesso rapporto era previsto dai quattro disegni di legge costituzionale presentati alla Camera e poi assorbiti dal d. d.l.c. C. 1917 (ora C. 1917-B), il quale invece conferma l'impostazione (due terzi membri togati, un terzo membri laici) prescelta dai costituenti. Il cambio di rotta si deve verosimilmente ai *vulnera* paventati dai commentatori, dato che nella relazione illustrativa del d.d.l.c. C. 1917 si sottolinea la sovrapponibilità degli istituendi Consigli *"all'attuale Consiglio superiore, con una soluzione idonea a garantire appieno l'indipendenza di entrambe le magistrature anche nel nuovo assetto delle carriere separate"*.

Ebbene, se il ritorno alla proporzione prescelta dai costituenti⁴³ può essere condivisibile rispetto alla magistratura giudicante, da mantenere impermeabile a ogni influenza esterna, un discorso diverso potrebbe valere per quella requirente, in relazione alla quale la composizione paritaria potrebbe essere sinonimo di maggiore responsabilità e di *self-restraint*⁴⁴.

Se la (pur criticata) duplicazione degli organi di governo autonomo è funzionale al superamento dell'unità della

42 Sostanzialmente unanimi sono i punti di vista espressi, sul punto, dagli studiosi che hanno partecipato a *Il forum. Le proposte di revisione costituzionale d'iniziativa parlamentare in tema di giustizia*, La Rivista "Gruppo di Pisa", n. 1, 2024, pp. 352 e ss.

43 ... che pure si divisero sul punto, tanto che la scelta finale di attribuire la maggioranza alla componente togata, in controtendenza rispetto alla proposta iniziale di prevedere una formazione paritaria, è stata definita un vero e proprio *"colpo di mano"* operato dai conservatori. In questi termini, RIGANO, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, p. 125.

44 Al riguardo, si vedano le riflessioni di ZANON, Nicolò, *"Separare e sorteggiare?"*, cit., p. 1164, a parere del quale *"un CSM composto, come nel progetto, per due terzi da pubblici ministeri (e per un terzo da "laici"), pur presieduto dal Presidente della Repubblica, consacra la funzione d'accusa al più alto livello istituzionale, in una parificazione di elevato livello simbolico"*. Sul legame tra composizione paritetica dei Consigli e responsabilità dell'azione dei magistrati (anche giudicanti) che vi afferiscono, cfr. LORUSSO, Sergio, op. cit., pp. 15 e 16.

magistratura, in controtendenza⁴⁵ rispetto a questo obiettivo appare l'altra novità per così dire "istituzionale" che si propone di apportare il d.d.l.c. C. 1917-B⁴⁶: onde superare il "*lassismo corporativo*"⁴⁷ di cui è sovente tacciata la giurisdizione domestica, il procedimento disciplinare nei confronti di entrambe le categorie di magistrati viene sorprendentemente deferito a un'unica struttura – l'Alta Corte disciplinare –, in cui siederanno, tra gli altri, sei esponenti della magistratura giudicante e tre di quella requirente⁴⁸.

Ma v'è di più. L'esternalizzazione della competenza a giudicare (anche in sede di impugnazione)⁴⁹ sulla responsabilità disciplinare⁵⁰, di per sé suscettibile di indebolire ambedue i Consigli superiori⁵¹, potrebbe avere sensibili ripercussioni soprattutto sui giudici⁵² là dove la titolarità dell'azione

45 Pongono l'accento sull'incongruenza, CIARALLI, Carlo Alberto, MAZZOLA, Alessandra, "Oltre la separazione delle carriere", *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2024, p. 16, nonché GATTA, Gian Luigi, "Separazione delle carriere e riforma costituzionale della magistratura: 20 domande per un confronto e un dibattito aperto", *Sistema penale*, n. 2, 2025, p. 183.

46 ... che, in questo caso, differisce dal d.d.l.c. S. 504, il quale affida la competenza disciplinare ai due Consigli superiori (cfr. art. 4, che sostituisce l'art. 105 Cost.).

47 L'espressione è di GUARNIERI, Carlo, "Riformare la giustizia: il progetto Nordio", *Il Mulino*, n. 3, 2024, p. 81.

48 Cfr. art. 105 comma 3 Cost., come modificato dall'art. 4 d.d.l.c. S. 504.

49 Difatti, la competenza a giudicare sulle impugnazioni è affidata alla stessa Alta Corte in diversa composizione, con la concreta possibilità che, avverso le pronunce di secondo grado, non sia previsto il ricorso di legittimità, dato che la deroga all'art. 111 comma 7 Cost. sarebbe attuata con legge costituzionale. A rilevarlo è ORLANDI, Renzo, "Brevi note su una recente proposta di revisione costituzionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, p. 1159, nota 23.

50 ... esternalizzazione che potrebbe essere attuata in maniera più *soft* affidando all'Alta Corte, com'è stato proposto da VIOLANTE, Luciano, *Senza vendette. Dialogo con Stefano Folli*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 119, il compito di decidere sulle impugnazioni promosse avverso i provvedimenti disciplinari adottati, autonomamente, da ciascun Consiglio.

51 ... i quali, ad opinione di CIARALLI, Carlo Alberto, MAZZOLA, Alessandra, *op. cit.*, p. 14, diverrebbero "*una sorta di «consiglio di amministrazione» del potere giudiziario*".

52 In proposito, v. LORUSSO, Sergio, *op. cit.*, p. 17, il quale nota che "*l'at-*

– accanto al Ministro della giustizia – rimanesse in capo a un rappresentante della magistratura requirente quale il procuratore generale presso la Corte di cassazione⁵³.

Oltre alle perplessità suscitate dalle modifiche che si vorrebbero apportare alla magistratura, restano infine sullo sfondo le ombre relative all'altra novella costituzionale in discussione, quella concernente la forma di governo⁵⁴. Quest'ultima, nel sancire l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e il rafforzamento della stabilità dell'esecutivo assicurando un premio di maggioranza alle liste collegate al Primo Ministro, indebolisce considerevolmente il Parlamento e il Presidente della Repubblica e, dunque, indirettamente, pure la magistratura⁵⁵: infatti, a essi competeranno le nomine all'interno dei Consigli superiori⁵⁶ e dell'Alta Corte⁵⁷.

tuale preponderanza a livello rappresentativo, istituzionale e anche culturale dei magistrati dell'accusa nel nostro ordinamento dovrebbe essere un fattore da prendere in considerazione".

- 53 ... come prevede attualmente l'art. 14 comma 1 del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109.
- 54 Trattasi del d.d.l.c. C. 1921, recante *"Modifiche alla parte seconda della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica"*.
- 55 Come osserva GALGANI, Benedetta, *op. cit.*, p. 528, alla luce della riforma costituzionale in questione *"anche la tematica della separazione della carriere potrebbe assumere coloriture non del tutto tranquillizzanti"*.
- 56 Il d.d.l.c. S. 504 stabilisce che la metà dei membri dei due Consigli sia nominata dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio. Il d.d.l.c. C. 1917-B, che come anticipato non incide sui rapporti di forza interni ai Consigli, innova rispetto al quadro vigente nella misura in cui contempla l'estrazione a sorte dei membri laici all'interno di un elenco di professori e avvocati comunque predisposto dal Parlamento in seduta comune. Sul *"rischio che una maggioranza parlamentare (...) voglia eleggere componenti laici dei due ipotizzati Consigli Superiori della Magistratura, tutti appartenenti alla propria area politica"*, v. PASTORE, Fulvio, in AA. VV. *Il forum*, cit., p. 363.
- 57 Nello specifico, in base al d.d.l.c. C. 1917-B, in seno all'Alta Corte siederanno, oltre ai nove membri togati di cui già si è detto, tre giudici nominati dal Presidente della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno venti anni di esercizio; e tre giudici estratti a sorte da un elenco di soggetti in

Ebbene, in un contesto segnato da una profonda e tumultuosa stagione di riforme alla Carta fondamentale, in grado di alterare sensibilmente le dinamiche istituzionali, le riflessioni di Leonardo SCIASCIA devono costituire un monito imprescindibile per il legislatore: si eviti che il giudice possa tornare “piccolo” di fronte agli altri poteri statuali.

5. Bibliografia

AMATO, Giuliano, *Individuo e autorità nella disciplina della responsabilità personale*, Giuffré, Milano, 1967.

AMODIO, Ennio, “La giustizia di Leonardo Sciascia tra primato della ragione e irrazionalità degli uomini di legge”, *Sociologia del diritto*, n. 1, 2021.

AMODIO, Ennio, “Modello accusatorio e separazione delle carriere”, *discrimen.it*, 17 giugno 2024.

BARTOLE, Sergio, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964.

BARTOLI, Roberto, “Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo”, www.sistemapenale.it, 3 ottobre 2024.

CALAMANREI, Piero, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4^a ed., Le Monnier, Firenze, 1959.

CHIAVARIO, Mario, “Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale”, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffré, Milano, 1977.

CIARALLI, Carlo Alberto, MAZZOLA, Alessandra, “Oltre la separazione delle carriere”, *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2024.

possesso dei medesimi requisiti, che il Parlamento in seduta comune è chiamato a compilare.

- COLAO, Floriana**, "Processo penale e pubblica opinione", in GARLATI, Loredana (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana*, Giuffrè, Milano, 2010.
- COLAO, Floriana**, "I processi ai «maggiori esponenti di idee contrarie al governo nazionale» prima dell'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato", in LACCHÈ, Luigi (a cura di), *Il diritto del Duce*, Donzelli, Roma, 2015.
- D'ADDIO, Mario**, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966.
- DOMINIONI, Oreste**, "Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della «separazione delle carriere»", in DOLCINI, Emilio, PALIERO, Carlo Enrico (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006.
- GAETA, Piero**, "La titolarità dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati: tracce storiche e normative di un potere ruvido", in www.sistemapenale.it, 17 aprile 2023.
- GALGANI, Benedetta**, "Prove di «carriere separate»: tra risalenti ambiguità normative, forzature ideologiche e... *wishful thinking?*", *Processo penale e giustizia*, 2024.
- GATTA, Gian Luigi**, "Separazione delle carriere e riforma costituzionale della magistratura: 20 domande per un confronto e un dibattito aperto", *Sistema penale*, n. 2, 2025.
- GIALUZ, Mitja**, "Otto proposizioni critiche sulle proposte di separazione delle magistrature requirente e giudicante", *Sistema penale*, n. 9, 2024.
- GUARNIERI, Carlo**, *Magistratura e politica in Italia. Pesì senza contrappesi*, Il Mulino, Bologna, 1992.
- GUARNIERI, Carlo**, "Riformare la giustizia: il progetto Nordio", *Il Mulino*, n. 3, 2024.
- LORUSSO, Sergio**, "Separazione delle magistrature giudicante e requirente e modello accusatorio", www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2025.

MAIELLO, Vincenzo, "Separazione delle carriere, così salviamo il giusto processo", *discrimen.it*, 22 gennaio 2025.

MANETTI, Michela, "Funzioni e statuto del pubblico ministero", in AA. VV., *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale. Padova 22-23 ottobre 2004*, Cedam, Padova, 2005.

MARZADURI, Enrico, "Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale", in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Giappichelli, Torino, 2001.

MENICONI, Antonella, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2012.

MITTONE, Alberto, "Sciascia e giustizia", *discrimen.it*, 13 aprile 2022.

MONACO, Giuseppe, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

NEPPI MODONA, Guido, "La magistratura e il fascismo", in AA. VV., *Fascismo e società italiana*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1973.

NEPPI MODONA, Guido, "Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista", in GARLATI, Loredana (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana*, Giuffrè, Milano, 2010.

ORLANDI, Renzo, "La riforma fascista delle Corti d'assise", in GARLATI, Loredana (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processuale penalistica italiana*, Giuffrè, Milano, 2010.

ORLANDI, Renzo, "Brevi note su una recente proposta di revisione costituzionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024.

PASTORE, Fulvio, in AA. VV., *Il forum. Le proposte di revisione costituzionale d'iniziativa parlamentare in tema di giustizia*, *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 1, 2024.

PIZZORUSSO, Alessandro, "Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero", in CONSO,

Giovanni (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979.

RIGANO, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982.

SCIASCIA, Leonardo, *Porte aperte*, Adelphi, Milano, 1987.

VIOLANTE, Luciano, *Senza vendette. Dialogo con Stefano Folli*, Il Mulino, Bologna, 2022.

ZANON, Nicolò, *Pubblico ministero e costituzione*, Cedam, Padova, 1996.

ZANON, Nicolò, BIONDI, Francesca, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5^a ed., Zanichelli, Bologna, 2019.

ZANON, Nicolò, "Separare e sorteggiare?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024.

9

C'ERA(NO) UNA VOLTA... LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA E LA RIEDUCAZIONE: DA PINOCCHIO A UNA DISCUTIBILE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA¹

NICOLÒ DI PACO

*Investigador Postdoctoral de Derecho Procesal Penal
Università di Torino*

MARIAGISA LANDOLFI

*Investigadora Postdoctoral de Derecho Procesal Penal
Università di Bologna*

1. Una giustizia “al contrario”

Le avventure di Pinocchio di Carlo COLLODI è certamente fra i romanzi italiani più conosciuti e tradotti nel mondo. Le vicissitudini tragicomiche del celebre burattino creato da Geppetto appassionano da sempre i lettori di ogni età, che lo seguono affascinati e incuriositi nel suo viaggio verso la maturazione e una maggiore consapevolezza. Senz'altro, uno dei punti di forza dell'opera è la sua apparente semplicità: il piccolo protagonista, invero, si trova coinvolto in una serie di rocamboleschi eventi che fanno emozionare e sperare, nonostante tutte le avversità e gli imprevisti, in un epilogo

1 Pur essendo il lavoro frutto di una riflessione congiunta, Mariagisa LANDOLFI ha redatto i §§ 1 e 3 e Nicolò DI PACO i §§ 2 e 4.

positivo. Dietro le vesti di un giocoso e irriverente racconto per bambini, però, il romanzo cela un più profondo livello di lettura. Le dinamiche attraverso cui la trama si snoda, ricca di colpi di scena e di incontri con personaggi eccentrici, fanno emergere delle riflessioni di più ampio spettro sui valori e sulla condizione dell'uomo, con una potenza comunicativa con pochi pari. Numerose, dunque, sono le questioni su cui si è indotti a interrogarsi: basti pensare, tra tutte, a quelle ben note della responsabilità, della verità e della morale, a cui se ne affiancano ulteriori, forse non altrettanto immediate, come il tema della giustizia, che fa da sfondo al capitolo XIX, intitolato *Pinocchio è derubato delle sue monete d'oro e, per castigo, si busca quattro mesi di prigione*.

Dopo essere stato truffato dal Gatto e la Volpe – che lo avevano convinto a seminare quattro monete d'oro nel Campo de' Miracoli, per poi impossessarsene –, il protagonista decide di denunciare i due al tribunale della città di Acchiappa-citrulli. Al racconto di Pinocchio, il giudice – *“uno scimmione della razza dei Gorilla (...) rispettabile per la sua grave età, per la sua bianca barba e specialmente per i suoi occhiali d'oro, senza vetri”* – *“s'intener[isce], si comm[uove]”* e, sebbene convinto dalla versione narrata dal burattino, lo condanna alla prigione. Qui Pinocchio rimane per *“quattro lunghissimi mesi”*, fino a quando non viene scarcerato grazie a un'amnistia, ma soltanto dopo essersi proclamato *“malandrino”*. L'istituto, d'altronde, non avrebbe potuto operare nei confronti di un innocente, come pure il burattino si era inizialmente professato; sicché, per potersene giovare, non gli resta che affermare di essere anch'egli un delinquente. E, non a caso, immediatamente dopo la “confessione”, il carceriere gli apre le porte e lo lascia andare, levandosi finanche il berretto in segno di rispetto e salutandolo.

L'episodio di primo acchito può forse far sorridere, ma è evidente come la descrizione di questa vicenda processuale veicoli una critica, neanche troppo velata, a un sistema giudiziario “capovolto”, che non ascolta e non si cura ma che, per contro, condanna una persona che non ha commesso un reato e che, per di più, la induce a professarsi colpevole per poter essere liberata.

Ebbene, la contraddizione, qui chiaramente esasperata, stimola la riflessione su come simili problematicità possano riprodursi, quand'anche non con la stessa intensità, nei nostri ordinamenti, ingenerando delle storture che, benché ispirate dai più alti principi, si ripercuotono sull'effettività delle garanzie riconosciute ai singoli individui.

Si pensi a una recente sentenza della Corte costituzionale italiana – la n. 24 del 7 marzo 2025 – con cui è stato dichiarato illegittimo, in quanto contrario alla presunzione di non colpevolezza e al principio di rieducazione della pena², l'art. 30-ter, co. 5, della legge 26 luglio 1975, n. 354³ (di seguito, OP) che escludeva, per un periodo di due anni a decorrere dal fatto, l'accessibilità ai permessi premio per colui che fosse stato condannato o imputato per un delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale⁴.

Nonostante le conclusioni in apparenza condivisibili, nell'incedere argomentativo la Corte si addentra in considerazioni che paiono smentire l'ampiezza dei diritti in prima battuta affermati, inducendo a meditare, come per quanto occorso al povero burattino, sulle persistenti criticità sottese al sistema di giustizia. Procedendo con ordine e seguendo l'iter motivazionale della Corte, conviene dapprincipio ripercorrere le ragioni alla base della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30-ter, co. 5, OP.

2. La valenza extraprocessuale della presunzione

È innanzitutto noto che la presunzione di non colpevolezza⁵ debba essere intesa, in un tempo, quale regola di giu-

2 Sanciti, rispettivamente, dai commi 2 e 3 dell'art. 27 della Costituzione italiana (di seguito, Cost.). Ai sensi della prima previsione, “[l]’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”; in forza della seconda, “[l]e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

3 Si tratta della legge recante “[n]orme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”.

4 La questione sottoposta alla Corte costituzionale scaturiva dalla richiesta di accedere all’istituto premiale di cui all’art. 30-ter OP, avanzata da parte di un soggetto condannato alla pena della reclusione che, sebbene già avviatosi in un percorso trattamentale, era stato successivamente rinviato a giudizio per il tentativo di introdurre in carcere, al rientro da un permesso, un quantitativo di sostanza stupefacente da consegnare ad altro detenuto.

5 In proposito, MAZZA, Oliviero, “La presunzione d’innocenza messa alla prova”, in NEGRI, Daniele e ZILLETI, Lorenzo (a cura di), *Nei limiti*

dizio e quale regola di trattamento. Nella sua prima “configurazione”, essa concretizza il canone dell’*in dubio pro reo*, ponendo l’onere della prova della penale responsabilità dell’imputato a carico dell’organo dell’accusa. Nell’altra accezione, invece, comporta il divieto di considerare l’imputato colpevole e, pertanto, di punirlo prima di una condanna definitiva⁶. Ebbene, non si tarderà a comprendere come nel caso in esame rilevi soprattutto questa seconda chiave di lettura della presunzione: invero, ad avviso del giudice rimettente la disposizione censurata obbligava il magistrato di sorveglianza⁷ “a ritenere l’interessato”, imputato in altro procedimento, “alla stregua di un condannato in via definitiva”, senza però che la sua responsabilità fosse stata accertata con una pronuncia passata in giudicato⁸.

Messo a fuoco quanto sopra, vale altresì la pena ricordare come un’analoga questione di incostituzionalità fosse stata dichiarata infondata dalla stessa Corte con la sentenza n. 296 del 30 luglio 1997⁹. Ebbene, le conclusioni formulate al tempo appaiono oggi al giudice costituzionale “*distonic[he] rispetto*

della Costituzione: il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo, CEDAM, Milano, 2019, p. 68, osserva come la garanzia in parola – che definisce “*postulato fondamentale della scienza processuale e (...) presupposto di tutte le altre garanzie*” (p. 63) – abbia come “*principale valore (...) quello di garantire l’esigenza cognitiva*”, di talché “*prima di punire bisogna condannare, prima di condannare bisogna conoscere e per conoscere bisogna processare*”.

- 6 Per una ricostruzione più approfondita, si rinvia, su tutti, a PAULESU, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*.
- 7 Varie sono le funzioni che l’art. 69 OP attribuisce al magistrato di sorveglianza, il quale, fra le altre, “[p]rovvede, con decreto motivato, sui permessi, sulle licenze ai detenuti semiliberi ed agli internati, e sulle modifiche relative all’affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare”.
- 8 Cfr. pt. 1.2 della sentenza.
- 9 Al tempo, la Corte aveva, infatti, catalogato i dubbi di legittimità dei remittenti come “*esorbitant[i] rispetto alle finalità perseguite dall’art. 27, secondo comma, della Costituzione*”; in particolare, si affermava che la presunzione era da ritenersi “*coessenzialmente legata al fatto di reato*” in ragione del quale era stata esercitata l’azione penale e, quindi, non poteva, per contro, attorniare aspetti che riguardavano “*il trattamento penitenziario conseguente al delitto per cui [era] in corso l’esecuzione della pena*”.

alle declinazioni conferite medio tempore alla presunzione di non colpevolezza" dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dal diritto unionale, nonché dalla propria giurisprudenza¹⁰.

Sul primo versante, il richiamo corre alla sentenza *Allen c. Regno Unito*¹¹, nella quale il giudice alsaziano ha rilevato come la presunzione di innocenza, ex art. 6, § 2, CEDU, estenda la sua *vis* anche al di fuori del contesto strettamente processuale per impedire che le persone assolte dall'imputazione elevata a loro carico – o il cui procedimento penale si è, per qualche ragione, interrotto – siano trattate al pari di colpevoli dalle autorità pubbliche¹². Sul piano eurounitario, vengono in gioco l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹³ e l'art. 4, § 1, della direttiva (UE) 2016/343¹⁴; in particolare, quest'ultima disposizione ha posto l'obbligo per gli Stati di adottare *"le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole"*¹⁵. Infine, con riferimento alla sua giurisprudenza, la Corte ricorda, fra le

10 Cfr. pt. 4 della sentenza.

11 Corte EDU, GC, sent. 12 luglio 2013, *Allen c. Regno Unito*, in hudoc.echr.coe.int.

12 Cfr. pt. 94. In proposito, si veda ORLANDI, Renzo, "La duplice radice della presunzione di innocenza", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 638, secondo il quale la *"sentenza Allen. c. Regno Unito (...) ha affermato per via giurisprudenziale un nuovo concetto della presunzione di innocenza"*.

13 A mente del quale, *"[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata"*.

14 *"Sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali"*. La direttiva ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188. Per un commento alla normativa interna, si rinvia, *ex multis*, a CANESCHI, Gaia, "La presunzione d'innocenza negli atti del procedimento, tra affermazioni della Corte di Strasburgo e tentativi di codificazione interna", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, pp. 891 e ss.; e a RIVIEZZO, Antonio, "Il difetto della presunzione", *Giur. cost.*, 2022, pp. 1845 e ss.

15 Per alcune perplessità sulla lettera della disposizione, si veda PASCUCCI, Nicola, "Il *dies ad quem* della presunzione di innocenza in caso di condanna: «accertamento legale della colpevolezza» e «definitività della sentenza»", *LP*, 15 dicembre 2023, spec. pp. 10-15.

altre, la sentenza n. 163 del 17 ottobre 2024, ove – nel ritenere non fondate le questioni di legittimità in materia di revoca della sanzione sostitutiva dell'espulsione dello straniero nel caso di un suo rientro illegale nel territorio dello Stato – ha comunque precisato che il giudice dell'esecuzione¹⁶ non può *“procedere ad un accertamento incidentale dell'illecito penale sulla base della sola notizia di reato conseguente al riscontro della presenza dello straniero sul territorio nazionale da parte delle forze di polizia”*. Difatti, un simile accertamento comporterebbe un *vulnus* alla presunzione di non colpevolezza, che per essere superata *“esige”* non una sommaria ricognizione, quanto piuttosto *“lo svolgimento di un giudizio in cui l'imputato sia posto in condizione di difendersi adeguatamente”*¹⁷.

Insomma, la presunzione di innocenza, *“lungi dal limitare i propri effetti all'interno del singolo procedimento o processo penale avente ad oggetto la possibile responsabilità penale dell'individuo”*, comporta, ad avviso della Corte, un più *“generale divieto di considerare quello stesso individuo colpevole del reato a lui ascritto dal pubblico ministero”*¹⁸. Date queste premesse, non deve sorprendere – e anzi appare doverosa – la dichiarazione di illegittimità dell'art. 30-ter, co. 5, OP, che obbligava il magistrato di sorveglianza all'adozione di un provvedimento negativo a carico dell'interessato per il solo fatto che questi avesse la qualifica di imputato.

3. Il divieto di automatismi e la finalità rieducativa della pena

Accanto a questo primo filone argomentativo, la Corte costituzionale evidenzia un secondo aspetto, parimenti rilevante, che attiene al principio della finalità rieducativa della pena

16 Ai sensi dell'art. 665 del codice di procedura penale italiano, *“competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento è il giudice che lo ha deliberato”*.

17 Cfr. C. Cost., sent. 17 ottobre 2024, n. 163, pt. 3.2, in giurcost.org.

18 Cfr. pt. 4.4 della sentenza in commento. In proposito si vedano le riflessioni di FERRUA, Paolo, *“Regole di giudizio (diritto processuale penale)”*, *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 736 e 737, sulla distinzione fra formule di negazione passiva, come *“l'imputato non è considerato colpevole”*, e quelle di negazione attiva, quale *“l'imputato è considerato non colpevole”*.

e alla conseguente censura degli automatismi che hanno luogo nella fase dell'esecuzione penale.

Il punto di partenza non può che essere l'art. 27, co. 3, Cost.¹⁹, il quale detta lo statuto minimo della pena, imponendo due limiti che ben possono – o meglio, devono – essere letti come un'endiadi: in negativo, il divieto di trattamenti disumani e degradanti; e, in positivo, la tensione verso la rieducazione del condannato²⁰. Proprio quest'ultimo profilo, invero, ha rivoluzionato il risalente dibattito sulla funzione della pena e, al contempo, ha acquisito un ruolo centrale, espandendo il suo spettro di azione a tutta la fenomenologia punitiva e alle diverse fasi in cui essa si esplica²¹. Con più specifico riferimento al momento esecutivo-penitenziario, tali concetti ben trovano espressione nella previsione di un trattamento "individualizzato", vale a dire di un percorso rieducativo che, ispirato alla progressività, sia idoneo ad approntare risposte punitive adeguate al caso concreto, nell'ottica di favorire la risocializzazione e di valorizzare i progressi compiuti dal condannato²².

Tanto premesso, nel caso in esame, il Giudice delle leggi rievoca, ancora una volta, la già citata sentenza n. 296 del 1997, che, come anticipato, aveva fatto salvo lo sbarramento di cui all'art. 30-ter, co. 5, OP²³. A chiosa della sentenza,

19 Cfr. *supra*, nota 1.

20 In argomento, tra tutti, si rimanda a SIRACUSANO, Fabrizio, "Punire e rieducare tra individualizzazione e differenziazione trattamentale: un difficile equilibrio da ricondurre entro i binari della legalità costituzionale", *Arch. pen. (web)*, 2021, n. 3.

21 Sulla funzione rieducativa della pena, v., *ex multis*, FIANDACA, Giovanni e DI CHIARA, Giuseppe, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 15 e ss.; MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 21 e ss.; RUOTOLO, Marco, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 35 e ss.

22 Sul tema, più diffusamente, si rimanda, *ex multis*, a FIORENTIN, Fabio, "L'osservazione e il trattamento", in DELLA CASA, Franco e GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 19 e ss.

23 In quell'occasione, la Corte non aveva rinvenuto profili di contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost., evidenziando, da un lato, come il permesso premio fosse "parte integrante del trattamento e ancorato alla regolarità della condotta quale delineata dall'art. 30-ter, ottavo comma"; e, dall'altro, il

però, i giudici costituzionali avevano invitato il legislatore a ripensare alla netta chiusura sancita dalla disposizione, *“in relazione alle tipologie di delitti dolosi la cui commissione effettivamente compromett[esse] il giudizio sulla regolarità della condotta e, conseguentemente, [facesse] presumere la pericolosità del condannato, nonché in relazione alla indifferenziata durata del periodo di esclusione dal beneficio”*²⁴. Un monito, questo, che tuttavia non è mai stato recepito.

Ebbene, nonostante avesse superato il vaglio di legittimità, la previsione in parola appariva già al tempo anacronistica rispetto al panorama giurisprudenziale. Invero, nel sistema di esecuzione minorile, il medesimo meccanismo ostativo in materia di permessi premio era stato dichiarato illegittimo con sentenza n. 403 del 17 dicembre 1997²⁵.

Più in generale, poi, la Corte costituzionale aveva censurato numerose previsioni operanti *ex lege* atte a compromettere l'accesso a determinati benefici o misure alternative attraverso automatismi sanzionatori che relegavano nell'ombra ogni possibile valutazione sull'opportunità di proseguire il percorso risocializzativo e riabilitativo avviato dal condannato. Simili meccanismi, invero, contrastavano con una lettura costituzionalmente orientata fondata sull'art. 27, co. 3, Cost. Era questo il caso, ad esempio, dell'art. 54, co. 3, OP, relativamente alla revoca della liberazione anticipata in caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio²⁶, e dell'art. 47-ter, co. 9, OP, con riferimento alla sospensione automatica della detenzione domiciliare conseguente alla *“presentazione di una denuncia per il reato (...) di ingiustificato allontanamento dall'abitazione”*²⁷.

Alla luce di quanto detto, ben si comprende la soluzione alla quale si perviene nel caso qui in commento. L'art. 30-ter, co. 5,

carattere né assoluto né definitivo dell'esclusione dal beneficio. Sicché, si concludeva, l'incentivazione alla *“regolare condotta carceraria attraverso la promessa del permesso premio”* poteva ragionevolmente giustificare, in presenza di delitti di natura dolosa, la temporanea preclusione a una nuova concessione. Cfr. pt. 7 della sentenza *de qua*.

24 *Ibidem*.

25 C. Cost., sent. 17 dicembre 1997, n. 403, in giurcost.org.

26 C. Cost., sent. 23 maggio 1995, n. 186, in giurcost.org.

27 C. Cost., sent. 13 giugno 1997, n. 173, in giurcost.org.

OP non lasciava alcun *“margine valutativo in capo al magistrato di sorveglianza sul percorso trattamentale intrapreso dal detenuto e sulla sua residua pericolosità sociale”*. Così, la condanna o anche solo l'imputazione per un qualsiasi delitto doloso commesso durante l'esecuzione della pena o di una misura comunque restrittiva della libertà personale determinava un automatico pregiudizio per il soggetto interessato per un arco temporale di ben due anni. Restavano escluse, dunque, le opportune verifiche dell'autorità giurisdizionale circa la conciliabilità di tale preclusione con la prosecuzione del trattamento rieducativo *in itinere*, peraltro per un significativo periodo di tempo.

Da qui, la censura di illegittimità alla quale perviene la Corte costituzionale. La finalità rieducativa della pena, come sancita dall'art. 27, co. 3, Cost. mal si concilia con *“rigidi automatismi”* nella materia dei benefici penitenziari. Per contro, essa impone la *“valutazione individualizzata e caso per caso”* quale *“criterio «costituzionalmente vincolante»”*²⁸. Venuta meno la presunzione *ex lege* di cui all'art. 30-ter, co. 5, OP, si riespande allora il potere discrezionale del giudice, chiamato a svolgere una valutazione *“individualizzata”*, che tenga conto del percorso trattamentale complessivo della persona interessata e che, ancora una volta, abbia come prospettiva di riferimento quella della rieducazione²⁹.

4. **“Domando scusa (...) sono un malandrino anch'io”**

Giunti a tale punto della trattazione, si potrebbe essere portati a concordare con i toni entusiastici con cui la sen-

28 In questo senso, v. pt. 5.3 della sentenza in commento. Analogamente, si vedano C. Cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257; C. Cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149; C. Cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253; e C. Cost., sent. 31 marzo 2021, n. 56. Tutte le sentenze sono consultabili al sito giurcost.org.

29 Nel caso di specie, tenuto conto dei presupposti che informano l'istituto dei permessi premio, indicati dall'art. 30-ter, co. 1, OP, a essere oggetto dell'accertamento del magistrato di sorveglianza saranno la *“regolare condotta”* del condannato, desumibile, sulla base del co. 8, dal *“costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali”*, nonché l'assenza di pericolosità sociale del medesimo.

tenza è stata accolta da una parte della dottrina³⁰ e a ritenere che la “giustizia” che emerge dalle righe della pronuncia sia ben lontana da quella impartita dal magistrato della città di Acchiappa-citrulli. Sennonché, come già anticipato, è nei passaggi finali della motivazione che il giudice delle leggi ribalta completamente il senso delle proprie conclusioni³¹, lasciando trasparire una certa insofferenza (se non una vera e propria “avversione”) nei confronti della presunzione di non colpevolezza.

Invero, nel precisare le coordinate della deliberazione a cui è chiamato il magistrato di sorveglianza, la Corte chiarisce che egli dovrà *“necessariamente tener conto anche di eventuali notizie criminis relative a condotte addebitate a chi richieda il permesso premio”*; e, ciò, *“indipendentemente dalla circostanza se tali condotte integrino in concreto tutti gli elementi oggettivi e soggettivi di un reato, e siano in effetti suscettibili di dar luogo a una responsabilità penale del richiedente”*³². De facto, si legittima il magistrato di sorveglianza a considerare un soggetto “colpevole”, non accordandogli il permesso premio, in presenza di una mera notizia di reato.

Nel decidere, il giudice potrà anche *“ascoltare l'imputato e il suo difensore”*, nonché valutare le *“loro deduzioni circa l'effettiva commissione del fatto”*³³, quasi a lasciar intendere

30 In proposito, si veda MANES, Vittorio, “Qualifica di indagato (o imputato) senza effetti pregiudizievoli”, *Il Sole 24 Ore*, 19 marzo 2025, p. 40, secondo il quale *“la Consulta [avrebbe] rimarcato con nettezza il valore della presunzione di innocenza e il [suo] vasto «raggio di azione»”*. Per un commento alla sentenza, si veda anche DONNARUMMA, Maria Rosaria, “Presunzione di innocenza, illegittimità di rigidi automatismi nell'esecuzione delle pene, centralità del profilo rieducativo. La sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2025”, *Giur. pen. web*, 2025, 3, pp. 1 e ss.

31 La pronuncia *de qua* pare così iscriversi fra quelle *“sentenze retrive”* che la Corte ha emesso – affianco alle *“sentenze illuminanti”* – negli anni, ovvero sia quelle decisioni in cui, pur non mancando *“di celebrare i principi fondamentali nel modo più magniloquente”*, vengono inserite frasi o notazioni che *“nella sostanza capovolgono il discorso (...) svolto”*; così, PASTA, Alessandro, “Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza”, *Arch. pen. (web)*, 2018, n. 1, p. 13.

32 Cfr. pt. 7 della sentenza in commento.

33 Cfr. pt. 4.4.

che sia l'indagato a dover dimostrare di essere innocente³⁴. La presunzione di non colpevolezza risulta così stravolta non solo nella sua veste di regola di trattamento, ma anche nell'accezione di regola di giudizio.

Ma vi è più. La Corte specifica che il magistrato di sorveglianza, se *"non può né deve esprimersi"* sulla responsabilità penale dell'istante, può tuttavia *"fondare il diniego di un beneficio anche su fatti rispetto ai quali il parallelo giudizio penale di cognizione si sia concluso con una pronuncia di proscioglimento per assenza di querela"* o, addirittura, *"di assoluzione perché i fatti – pur ritenuti sussistenti nella loro materialità – non integravano una fattispecie di reato"*³⁵.

Insomma, proprio come il giudice-gorilla di *Pinocchio*, il magistrato di sorveglianza, quand'anche il soggetto che ha di fronte sia (non presunto ma dichiarato) innocente, può negargli il permesso premio: *"pigliatelo dunque e [ri]mettetelo subito in prigione"*³⁶.

Sia chiaro, non si intende sostenere che il magistrato di sorveglianza sia obbligato ad accogliere la richiesta dell'indagato/proscioltto. Se ritiene che questi non abbia *"manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali"*, deve essere libero di rigettarne l'istanza. Tuttavia, nello svolgere un siffatto apprezzamento, non può trarre conclusioni pregiudizievoli da semplici *notitiae criminis*³⁷ o, ancor peggio, giungere a ritenere il detenuto "colpevole" di un reato per il quale, invece, è stato giudicato innocente.

34 Come evidenzia MAZZA, Oliviero, in un post su *LinkedIn* dal titolo *Presunzione apparente d'innocenza* (data di consultazione: 25 maggio 2025).

35 Cfr. pt. 7.

36 Queste le parole con cui il giudice del tribunale di Acchiappa-citrulli condanna Pinocchio alla prigione.

37 In proposito v'è da osservare che la sentenza in commento finisce altresì per anticipare l'operatività della preclusione: mentre in costanza della disposizione censurata lo sbarramento scaturiva dalla condanna o dall'imputazione per un altro reato, a oggi il permesso premio può essere negato già in fase di indagini preliminari e prima che il pubblico ministero si determini nel senso dell'esercizio dell'azione penale.

Inoltre, guardando al principio di rieducazione, il paradosso è ancor più clamoroso. Come si assicura il recupero del detenuto a una vita nella società se non gli si consente di “*coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro*”³⁸ per un'accusa rispetto alla quale la sua penale responsabilità non è stata accertata o è stata perfino esclusa? In proposito, non va dimenticato – come precisato dalla stessa Corte in una pronuncia oramai risalente – che il principio di colpevolezza svolge un ruolo “fondante” anche rispetto alla funzione rieducativa della pena: non avrebbe senso, infatti, “rieducare” chi non ha bisogno di essere “rieducato”, non versando neanche in colpa rispetto al fatto commesso³⁹.

Da ultimo, il ribaltamento della giustizia si fa maggiormente evidente se alle considerazioni finora svolte si somma il dato, per così dire, pratico-applicativo. Si pensi a due soggetti detenuti: uno viene condannato per un differente reato nelle more dell'espiazione della pena; l'altro, invece, è “semplicemente” indagato per un delitto o, addirittura, è stato assolto. Ebbene, sulla scorta della pronuncia in commento, il magistrato di sorveglianza potrebbe accordare il permesso premio al primo e negarlo al secondo, valutando, per un verso, che la condotta per cui è intercorsa condanna non sia di tale peso da giustificare il diniego e, per l'altro, che i fatti riportati nella notizia di reato o richiamati nella decisione di proscioglimento siano, al contrario, da giudicarsi sfavorevolmente. Da qui, una domanda (sì, provocatoria ma) più che legittima: che convenga davvero dichiararsi “malandrino”?

5. Bibliografia

CANESCHI, Gaia, “La presunzione d'innocenza negli atti del procedimento, tra affermazioni della Corte di Strasburgo e tentativi di codificazione interna”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022.

DONNARUMMA, Maria Rosaria, “Presunzione di innocenza, illegittimità di rigidi automatismi nell'esecuzione delle pene, centralità del profilo rieducativo. La senten-

38 V. art. 30-ter, co. 1, OP.

39 Il richiamo è C. Cost., sent. 24 luglio 2007, n. 322, in giurcost.org.

za della Corte costituzionale n. 24 del 2025, *Giur. pen. web*, 2025, 3.

FERRUA, Paolo, "Regole di giudizio (diritto processuale penale)", *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 2017.

FIANDACA, Giovanni e Di CHIARA, Giuseppe, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003.

FIorentin, Fabio, "L'osservazione e il trattamento", in DELLA CASA, Franco e GIOSTRA, Glauco (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023.

MANES, Vittorio, "Qualifica di indagato (o imputato) senza effetti pregiudizievoli", *Il Sole 24 Ore*, 19 marzo 2025.

MAZZA, Oliviero, "La presunzione d'innocenza messa alla prova", in NEGRI, Daniele e ZILLETTI, Lorenzo (a cura di), *Nei limiti della Costituzione: il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, CEDAM, Milano, 2019.

MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

ORLANDI, Renzo, "La duplice radice della presunzione di innocenza", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022.

PASCUCCI, Nicola, "Il *dies ad quem* della presunzione di innocenza in caso di condanna: «accertamento legale della colpevolezza» e «definitività della sentenza»", *LP*, 15 dicembre 2022.

PASTA, Alessandro, "Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza", *Arch. pen. (web)*, 2018, n. 1.

PAULESU, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009.

RIVIEZZO, Antonio, "Il difetto della presunzione", *Giur. cost.*, 2022.

RUOTOLO, Marco, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

SIRACUSANO, Fabrizio, "Punire e rieducare tra individualizzazione e differenziazione trattamentale: un difficile equilibrio da ricondurre entro i binari della legalità costituzionale", *Arch. pen. (web)*, 2021, n. 3.

10

CREAR CONOCIMIENTO PARA PROTEGER EL PATRIMONIO: LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS EN LA EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES

KATHARINA NOTHNAGEL VIVAS

*Investigadora Predoctoral Proyecto DECOPE,
Universidad Rey Juan Carlos*

PAULA DE LA FUENTE POLO

Conservadora de Museos del Cuerpo Facultativo de Museos

ANA VICO BELMONTE

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

En la intersección del derecho y el arte, entre sus numerosas aristas se encuentra la regulación sobre la protección del patrimonio cultural contra el tráfico ilícito, un patrimonio cultural que se vuelve extraordinariamente vulnerable en momentos de conflictos armados en los que la supervivencia personal está por encima de otras atenciones y cuidados. Justamente para contribuir en esos otros cuidados, centrados en la protección del patrimonio cultural en conflictos armados nació el proyecto «DECOPE»¹ dentro del programa JPI-CH

1 Este proyecto ha sido cofinanciado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PCI2023-143383) dentro del programa Joint Programming Initiative

titulado: «*Destructive Exploitation and care of Cultural Objects and Professional/Public Education for Sustainable Heritage Management*», (Ref. n.º PCI2023-143383) coordinado por NIKU² de Oslo, Noruega, la Universidad de Stirling, en Escocia y la Universidad Rey Juan Carlos, en Madrid.

Cada uno de los equipos ha contado con diferentes responsabilidades y objetivos dentro de la búsqueda de un resultado final común, atender y mejorar el cuidado del patrimonio cultural en escenarios bélicos actuales, enfocando gran parte de las investigaciones en el conflicto ucraniano abierto tras la invasión rusa de sus territorios en febrero de 2022. Así una parte del proyecto llevada a cabo por el equipo escocés analizó la eficiencia de las medidas internacionales dirigidas a proteger el patrimonio histórico y cultural en Ucrania desde el inicio de la invasión de 2022. Por su parte, el equipo de trabajo noruego singularizó los análisis en los yacimientos arqueológicos expoliados y sus lazos de unión con el tráfico ilícito desde las huestes militares activas en estos territorios.

En el caso específico del equipo de la URJC, las actividades se enfocan en acciones funcionales y operativas para un mejor control del patrimonio, organizando encuentros con profesionales y un curso MOOC que difundan el conocimiento en estas materias tanto desde la perspectiva de protección del patrimonio, como de su reconstrucción tras el fin de las hostilidades. Sin embargo, el principal trabajo ha sido la creación de una base de datos sobre los procedimientos legales para el tránsito internacional de bienes culturales.

Esta base de datos nace de la necesidad de conocer todos los requisitos de exportaciones e importaciones de bienes culturales, una información que no estaba disponible más que de forma ya desactualizada en la web del Ministerio de Cultura alemán. Por ello, y con la intención de favorecer la trazabilidad de las obras dentro del mercado del arte dando un mayor acceso informativo a esta documentación a todas las partes: comerciantes, coleccionistas y administraciones competentes, se creó la *Database of Regulatory Documentation for Cultural Exports and Imports*³.

on Cultural Heritage and Global Change (JPI CH).

2 El Acrónimo de NIKU es resultado del nombre Norwegian Institute for Cultural Heritage Research.

3 Accesible desde: <https://cicecurjc.es/cicec/>

2. La protección de los bienes culturales

En la mayoría de los Estados, el bien cultural, en lo que a su definición⁴ dada por la Convención de París de 1970⁵ se refiere, es un bien jurídico protegido (BJP), es decir, todo aquel bien que el derecho ampara y cuyo daño o robo podría dar lugar a la acción judicial⁶. Que este bien, objeto de consumo, sea elevado a BJP se debe a su condición inherente depositaria de valor cultural en relación con la historia de cada Estado. Por lo tanto, se busca proteger su integridad material, que es recurso y motor económico, y su dimensión inmaterial, aquellos valores que sostenidos en el tiempo son garante de mayor cohesión social y solidez en la educación cultural. Su potencial deterioro o pérdida merma el patrimonio, el legado histórico que los Estados tutelan para una o varias naciones, comunidades o civilizaciones del pasado, y es por esto por lo que queda protegido en la mayoría de las jurisdicciones.

En el caso europeo, el artículo 36 del Tratado de Roma —que prevalece en la renovación de los tratados posteriores y en el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)— se fija la única excepción a la prohibición de las restricciones a la importación y a la exportación entre los estados miembros, incluyendo entre los servicios y bienes aquellos que deban ser protegidos a razón de pertenencia al «*patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional*»⁷.

-
- 4 El artículo primero de la Convención de París de 1970 denomina bienes culturales: «(...) *los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia* (...)» incorporando una serie de categorías generales de bienes culturales sin límite de antigüedad o valor económico.
 - 5 UNESCO (1970) Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, París.
 - 6 GARCÍA CALDERÓN, Jesús, «La falsificación de bienes arqueológicos y su tratamiento por el Derecho Penal: el problema del expolio invertido», *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30, 2020, pp. 455-468.
 - 7 Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 202/01): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A-12016ME%2FTXT> (Fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).

Es esta la única limitación a la libertad de circulación ante la desaparición de fronteras interiores en 1993 a consecuencia del Acta Única Europea de 1986. Este artículo refleja en buena medida la separación que estos bienes adquieren en condición con el resto de las mercancías para el libre mercado, pues son elevados por encima de los demás en base a su potencial valor cultural quedando, por tanto, jurídicamente protegidos.

Además de lo estipulado en el artículo 36 del TCE (actual TFUE), se interpreta no solo un límite a la circulación, sino también un límite a la competencia comunitaria en materia de protección de bienes culturales que recae en consecuencia sobre los Estados miembros⁸. Cada Estado es libre de proteger los bienes culturales propios que por ser testimonio de la historia del país deban ser conservados dentro de los límites del propio territorio. Son entonces los Estados quienes deciden qué antigüedades presentan valor para su patrimonio cultural y cuáles no, es decir, cuáles pueden ser libremente despachados como mercancías y cuáles deben conservarse dentro de los límites del territorio para evitar su pérdida. Esta decisión se presta a un mecanismo de autorización para la salida de estos bienes fuera del territorio que cada Estado implementa *ex sententia propria*. No obstante, esta protección se ve inevitablemente mermada en el momento en que en la UE entra en funcionamiento el libre mercado⁹. En 1993, el intercambio de mercancías entre los países se produce sin barreras y deberes aduaneros lo que impulsa el comercio y economía de la Unión Europea, pero trae consigo una situación de falta de control sobre unos bienes, para cuya salida sí hay prevista autorización por parte de la autoridad competente de cada Estado. Es en este momento que la Unión Europea se apresura a legislar sobre la exportación de bienes culturales que puedan salir del territorio de la Unión para proteger los intereses de los países miembros que pudieran ver salir parte de su patrimonio fuera de sus fronteras a través de otros países miembros¹⁰. Es una

8 MARTÍN REBOLLO, Luis, *El comercio del arte y la Unión Europea*, Fundación Universidad-Empresa: Civitas, Madrid, 1994, pp. 67-89.

9 ÁLVAREZ JIMÉNEZ, José Ignacio, «La protección del patrimonio cultural europeo frente a la exportación ilegal», *Revista de Derecho UNED*, 6, 13, 2010. <https://doi.org/10.5944/rduned.6.2010.10997>

10 JULIÀ BARCELÓ, María, «La acción exterior de la Unión Europea en la

suerte de sistema armonizado de control a la exportación de bienes culturales que funciona como complemento a las normativas nacionales y que se implementa de manera obligatoria en todos los Estados miembros a través del Reglamento (CEE) n.º 3911/92 (actual Reglamento (CE) 116/2009)¹¹. En él se establece un Anexo con las categorías de bienes con respectivos límites de antigüedad y valor superados los cuales es necesario solicitar una licencia de exportación a la autoridad competente del país en el que se encuentran. Dada una evaluación positiva por parte del Ministerio u otra autoridad competente, estos bienes pueden ser exportados fuera del territorio de la Unión provistos de dicha licencia.

3. La internacionalización del mercado del arte

Actualmente, el patrimonio cultural lo encontramos depositado en colecciones de ámbito público y privado, siendo el mercado del arte el canalizador de su distribución a través de profesionales del sector. En España, todo este patrimonio cultural queda protegido a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español conformando el Patrimonio Histórico Español¹², el cual esté custodiado por los sectores públicos o privados, debe someterse a esta legislación y, por tanto, su comercialización queda dentro de un mercado lícito que es el que debemos también proteger, pues con financiación privada se realiza una custodia, cuidado y protección de este¹³. Es así como el mercado del

protección del patrimonio cultural: Especial referencia a la Política Común de Seguridad y Defensa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 26 (71), 2022, pp. 63-104. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.03> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).

- 11 Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. Diario Oficial de la Unión Europea (L 39/).
- 12 FUENTES GARCÍA, Javier, «Aspectos Jurídicos del Tráfico Internacional de Obras de Arte», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 20, 2020, pp. 219-244. <https://bit.ly/2WzgWT2> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).
- 13 FERNÁNDEZ-IRIONDO GORTÁZAR, Paloma, «El coleccionista, agente protector y recuperador del patrimonio histórico» en GONZÁLEZ GALEY,

arte se consolidó a lo largo de siglos, como eje vertebrador de la formación de colecciones, así como agente necesario para la preservación de ese patrimonio cultural junto con las administraciones públicas.

Actualmente, el mercado de bienes artísticos y de colección se ha convertido en un foro de permutas constantes de obras que incrementan su valor y demanda. Por ello, la cuestión de la trazabilidad de las piezas es importante porque nos confirman la historia de la obra, razón por la cual necesitamos que el mercado trate de documentarlo más, sabiendo que además este es un factor de revalorización del precio de la obra por la confianza que genera en el mercado su procedencia.

El mercado del arte ha demostrado gran solidez a lo largo de sus siglos de historia, superando todas cada una de las crisis que se han ido sucediendo, generando soluciones para las diferentes exigencias de adaptación en las fórmulas de venta. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la transformación digital mostrada durante la crisis pandémica de 2020, que mantuvo las ventas durante el confinamiento y que posteriormente maximizó sus resultados complementándolas con canales de venta coexistentes entre el formato presencial y el digital. Lo que ha facilitado el crecimiento de las ventas, aunque en determinados entornos de forma descontrolada.

4. El tráfico ilícito de bienes culturales

No es fácil dar una definición de Tráfico Ilícito de obras de arte, pues de hecho no hay un delito estipulado como tal. La normativa sobre esta materia no se encuentra específicamente regulada a nivel nacional, ya que el delito de tráfico de bienes culturales no está contemplado como tal en la mayoría de los códigos penales, sino que es el delito de contrabando el que aplica para sancionar la exportación ilícita de bienes según tipos y umbrales económicos. Así pues, el tráfico ilícito de bienes culturales comprende una serie de prácticas

Inmaculada (Dir.), *III Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes culturales: el mercado del arte como agente protector del patrimonio histórico*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015, pp. 65-85.

ilegales relacionadas con la sustracción, transferencia, compra, venta y exportación ilícita de bienes culturales, muchas veces sin el consentimiento de los países de origen o en contravención de las normativas nacionales e internacionales. Si bien no existe una tipificación uniforme en todos los ordenamientos jurídicos, el tráfico ilícito generalmente implica el movimiento de bienes culturales entre fronteras sin el debido control y sin la documentación adecuada¹⁴. Esta actividad ilícita puede adoptar diversas formas como la transferencia de la posesión de bienes culturales robados o exportados ilegalmente (en ocasiones involucrando una red de intermediarios o traficantes) o bien con la exportación e importación no declarada de estos bienes, lo que facilita su circulación clandestina en los mercados internacionales.

El principal instrumento internacional que encontramos para la protección del Patrimonio cultural frente al tráfico ilícito es la Convención de la UNESCO de 1970 para la salvaguardia del Patrimonio Cultural cuyo propósito es prevenir la salida ilegal de bienes culturales de los países de origen, fortaleciendo la cooperación internacional para la restitución de los bienes robados y garantizar así un comercio transparente y ético. Paralela a la Convención de 1970 encontramos la Convención de Nicosia, adoptada en 2017 por el Consejo de Europa, que complementa a la anterior enfocándose en el ámbito europeo y estableciendo una serie de normas para la protección de los bienes culturales y su comercio ilegal, reforzando la cooperación efectiva entre los países. En este escenario legislativo internacional, la lucha contra el tráfico ilícito resulta harto complicada, con un cúmulo de regulaciones diferentes en cada país. Un estudio preliminar de la situación nos muestra un escenario global de incertidumbre informativa sobre los procesos de movimientos y tránsitos internacionales de los bienes culturales, en el que las dificultades de acceso a la información y la heterogeneidad de procesos complica enormemente la comprensión de su funcionamiento con diferentes conceptos y medidas de protección.

No cabe duda de que el mercado del arte es el potencial receptor final de las obras de arte y bienes de colección, lo

14 SABEL DEL ESTAL, Mercedes, «Circulación y tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea», Cuaderno *Electrónico de Estudios Jurídicos*, 3, 2014, pp. 113-148. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=5074927> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).

que dificulta la diferenciación entre el mercado lícito e ilícito, exigiendo que profundicemos en las medidas de actuación contra el segundo y combatirlo desde el propio mercado¹⁵. Y, en todo ello, la falta de regulaciones internacionales o su conocimiento dificulta la coordinación entre los distintos agentes que lo componen.

Ante esta realidad, quedaba patente la necesidad de una herramienta que permitiera acceder a la información internacional especializada y completa sobre los procesos de exportaciones e importaciones, que sirviera tanto para el público como para profesionales del mercado o agentes de las Fuerzas de Seguridad, al tiempo que a los investigadores nos sirve para conocer la situación general y la investigación para facilitar que la exportación se produzca de manera informada y legal.

Una de las responsabilidades fundamentales que se atribuye a los comerciantes es exigir y cumplir con las medidas de trazabilidad para poder asegurar la procedencia legal. Y en ello los comerciantes juegan un papel fundamental, pues se convierten en bisagra de la puerta de entrada de las obras ilícitas al mercado del arte. Pero para ello resulta necesario el acceso a toda la documentación en lo que resultaría de gran ayuda poder conocer los procesos, requisitos y documentos de exportación de los diferentes países.

5. Database of regulatory documentation of exports and imports

El proyecto DECOPE presenta un objetivo común entre las labores de sus tres equipos al investigar cómo se moviliza el cuidado del patrimonio cultural en los conflictos armados, identificando los desafíos que enfrentan las respuestas locales, nacionales e internacionales y el impacto que estas tie-

15 VICO BELMONTE, Ana, «El mercado del arte, formación de una profesión para proteger el patrimonio histórico», en GONZÁLEZ GALEY, Inmaculada (Dir.), *III Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes culturales: el mercado del arte como agente protector del patrimonio histórico*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015, pp. 45-54.

nen en la protección del patrimonio, todo ello para conocer la eficiencia de los apoyos y ayudas en esta protección.

Junto a ese análisis, el equipo español de la URJC ha creado la *Database of Regulatory Documentation for Cultural Exports and Imports*; una base de datos que reúne información sobre la exportación de bienes culturales en una muestra de países de todos los continentes con mayor presencia en las actividades del mercado del arte. Se ha ideado como una herramienta en la que toda la información recabada ha sido volcada en una página web con el propósito de proporcionar un acceso público y unificado de los requisitos de documentación de exportación y declaraciones aduaneras, y facilitar el conocimiento de los marcos legales y niveles de protección conferidos al bien cultural.

Los principales destinatarios de esta herramienta son profesionales del mercado, coleccionistas, administraciones y fuerzas y cuerpos de seguridad que vigilan y custodian el correcto tránsito de los bienes culturales. Esta base de datos facilita la comprensión de este tipo de trámites en una amplia muestra de países, que inicialmente estaban limitados al continente europeo, pero que hemos ido ampliando a otros países en función de su volumen en transacciones comerciales de arte y antigüedades, incorporando primero aquellos con mayor presencia en el mercado del arte internacional.

La compleja realidad jurídica de protección del bien cultural en la que la forma de protección resulta muy heterogénea entre Estados aún con la presencia de instrumentos jurídicos del Derecho Internacional ampliamente ratificados, y eso otorga mayor relevancia a esta herramienta que presentamos, al reunir información altamente fragmentada en diversas fuentes de distintos países que en algunos casos se encuentra parcialmente publicada o incluso inaccesible. Cabe mencionar que el contacto directo con las oficinas de los ministerios de cultura o aduanas ha ayudado a completar en algunos casos información faltante, si bien es cierto que nuestras solicitudes de información no han obtenido respuesta en la mayoría de los casos. Lo cual, teniendo en cuenta que estas solicitudes provienen de una entidad pública universitaria y de un proyecto con financiación de la Comisión Europea da muestra de la compleja situación de accesibilidad y comprensión a la que pueden enfrentarse los particulares o las empresas encargadas dedicadas al comer-

cio de antigüedades y obras de arte y que deben obtener información sobre estos trámites en varios países.

Actualmente, la base de datos incluye un total de 102 territorios (96 países y 6 regiones administrativas especiales), los cuales, como ya se ha mencionado, se han seleccionado en base a su mayor participación dentro del mercado del arte. En un análisis preliminar de las legislaciones recogidas y comparando sus formatos y niveles de protección encontramos grandes diferencias y desigualdades en varios ámbitos a destacar, que en próximas investigaciones serán estudiadas en mayor profundidad. Hasta el momento, el análisis legislativo nos evidencia la alta heterogeneidad en la protección nacional del patrimonio cultural mostrando grandes diferencias en los conceptos de patrimonio cultural; en la protección conferida a los mismos (niveles); en el tratamiento penal de los delitos asociados al patrimonio cultural y derivado de todo ello en los procesos administrativos para la exportación de estos bienes culturales.

5.1. Toma de datos

La metodología de investigación seguida se compone de varias fases y acaba bifurcándose en dos para satisfacer cada uno de los objetivos: el objetivo informativo y el objetivo de análisis. En otras palabras, se ha realizado una investigación de tipo descriptivo para la base de datos como herramienta de consulta, por un lado; y una investigación de tipo analítico para analizar la heterogeneidad de la protección entre los distintos Estados, por otro. Estos datos se clasificaron en 6 *datasets*:

- El marco legal: nacional, comunitario, internacional y medidas específicas para patrimonio cultural especialmente vulnerable (Siria, Iraq, Ucrania, etc.)
- Clasificación de los bienes culturales protegidos en 4 niveles de protección.
- Articulado referente al control sobre el comercio de antigüedades.
- Proceso de exportación: validez del certificado, tipos de permisos, autoridades competentes, canal para presentar la solicitud y tiempo de espera de resolución.

- Articulado referente al control de la importación en los mismos términos en que se ha recabado para el apartado anterior
- Tránsito y aduanas: cuaderno ATA, documentación para los trámites aduaneros, aranceles, acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras, etc.

Las fuentes de información han sido: la interpretación de los textos jurídicos de cada uno de los Estados, la información publicada en sus portales web oficiales y el contacto directo con los ministerios de cultura y las oficinas de aduanas. Otras fuentes complementarias han sido: WIPO Lex, UNESCO *Database of National Cultural Heritage Law*, UNODC SHERLOC *Legislation Database*, *The Compendium of Cultural Policies and Trends* y el repositorio de legislación del Ministerio de Cultura de Alemania.

5.2. Primeros resultados

La accesibilidad a los datos ha sido limitada en la mayoría de los casos. Hasta el momento no hay ningún Estado que cuente con todos los datos. Sin embargo, el análisis de heterogeneidad nos ha dado un primer resultado sobre los niveles de protección, pues la interpretación de una diversidad de normativas en materia de protección de patrimonio cultural, al menos una por Estado, obligó a idear un método de estandarización en niveles según la protección que otorgaban a su patrimonio cultural, bienes muebles incluidos. Los niveles que se proponen a continuación son cuatro para:

- Nivel 1: Bienes muebles registrados e inexportables.
- Nivel 2: Bienes muebles registrados y exportables previa autorización.
- Nivel 3: Bienes muebles no registrados y exportables previa autorización.
- Nivel 4: Bienes muebles no registrados y exportables sin autorización.

Al analizar la concentración de países en cada combinación de niveles se obtuvo la siguiente proporción: un 44 % tiene una legislación que combina los niveles 1 y 3; un 19 % tiene un nivel máximo de protección sobre su patrimonio, inexportable en todos los casos y comerciable en algunos

casos (previa licencia por norma general); un 13 % no impiden la salida permanente de ninguno de sus bienes en su normativa, sin embargo, esto no quiere decir que la autoridad competente no pueda reservarse el derecho a denegar la exportación permanente de algunos de los bienes que sus propietarios solicitan y que estos pasen a ser «*inexportables*»; un 11 % legisla en los tres niveles de protección, España entre ellos; y un 3 % no controla mediante solicitud de autorización la exportación de sus bienes, Estados Unidos o Hong Kong entre ellos.

6. Conclusiones

Un alto nivel de heterogeneidad implica un aumento parejo del riesgo del tráfico ilícito de bienes culturales debido a la naturaleza transfronteriza que, en numerosas ocasiones, confluye en redes de contrabando de otro tipo de mercancías ilícitas con el objetivo de blanquear el origen de estas. Las diferencias, acuerdos y desacuerdos entre los distintos países en sus marcos legislativos, convenios suscritos, grados de protección y procedimientos administrativos. Todo ello, nos lleva a un mayor descontrol en el sistema, lo que sin duda beneficia al desarrollo del tráfico ilícito en sus diferentes formas.

El análisis destaca el gran número de procedimientos difícilmente supervisables o con escasa supervisión, evidenciando la necesidad de un cambio para facilitar la protección del Patrimonio Cultural y la generación de la trazabilidad a los profesionales del mercado del arte que permita consolidar un mercado más transparente y sólido en su actuación.

Acercarnos al mercado legal de antigüedades nos lleva a defender a quienes, con capital privado salvaguardan y cuidan el patrimonio histórico, pues las obras de arte y antigüedades en manos privadas continúan siendo Patrimonio Histórico del país y, por tanto, el mercado y los coleccionistas también lo protegen. Al mismo tiempo, los Estados están obligados a garantizar que los trámites legales propios del mercado del arte sean claros. Los trámites heterogéneos y complicados que exigen algunos Estados pueden terminar derivando en una grave e indeseable imputación delictiva, tanto por acción, como por omisión. Esta accesibilidad a la información además influye en la «*debida diligencia*», consti-

tuyendo una oportunidad de acceso abierto a una información que deba ser conocida por todos y que no quepa lugar a la omisión de actuar informada y diligentemente.

7. Bibliografía

ÁLVAREZ JIMÉNEZ, José Ignacio, «La protección del patrimonio cultural europeo frente a la exportación ilegal», *Revista de Derecho UNED*, 6, 13, 2010. <https://doi.org/10.5944/rduned.6.2010.10997>

FERNÁNDEZ-IRIONDO GORTÁZAR, Paloma, «El coleccionista, agente protector y recuperador del patrimonio histórico», en GONZÁLEZ GALEY, Inmaculada (Dir.), *III Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes culturales: el mercado del arte como agente protector del patrimonio histórico*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015, pp. 65-85.

FUENTES GARCÍA, Javier, «Aspectos Jurídicos del Tráfico Internacional de Obras de Arte», *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 20, 2020, pp. 219-244. <https://bit.ly/2WzgWT2> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).

GARCÍA CALDERÓN, Jesús María, «La falsificación de bienes arqueológicos y su tratamiento por el Derecho Penal: el problema del expolio invertido», *Revista d'Arqueologia de Ponent*, 30, 2020, pp. 455-468.

JULIÀ BARCELÓ, María, «La acción exterior de la Unión Europea en la protección del patrimonio cultural: Especial referencia a la Política Común de Seguridad y Defensa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 26 (71), 2022, pp. 63-104. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.03> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).

MARTÍN REBOLLO, Luis, *El comercio del arte y la Unión Europea*, Fundación Universidad-Empresa: Civitas, Madrid, 1994.

SABEL DEL ESTAL, Mercedes, «Circulación y tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 3, 2014, pp. 113-

148. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=615074927> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2025).

Vico BELMONTE, Ana, «El mercado del arte, formación de una profesión para proteger el patrimonio histórico», en GONZÁLEZ GALEY, Inmaculada (Dir.), *III Encuentro Profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes culturales: el mercado del arte como agente protector del patrimonio histórico*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2015, pp. 45-54.

11

EL DERECHO POLÍTICO A TRAVÉS DE «TOSCA»: REVOLUCIÓN, REPRESIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES AL SON DE LA ÓPERA DE GIACOMO PUCCINI

EMILIO FERRERO GARCÍA

*Personal docente e investigador en formación de
Derecho Constitucional*

Universidad de Salamanca¹

1. Introducción

Si el arte ha desempeñado inveteradamente un rol instrumental al servicio de la sociedad y sus ideas, la ópera se ha destacado como medio *par excellence* para la difusión de tal o cual cosmovisión política e ideológica del mundo. Es por ello que en este trabajo abordaremos uno de los grandes temas de la teoría constitucional y del Derecho Político que subyacen en esta obra, que no por ser clásicos pierden un ápice de su ardiente actualidad como el abuso de poder, los límites de la actuación del Estado y los Derechos Fundamentales. A tal fin contextualizaremos la obra en su tiempo histó-

1 Miembro de la Red académica Internacional para el estudio del Derecho a través de las Artes y del Grupo de Innovación Docente Arte, Lingua e Dereito de la Universidade de Santiago de Compostela (ARLIDE). Financiado por la convocatoria de contrato predoctoral USAL 2023, cofinanciada por el Banco Santander.

rico, analizaremos su contenido y escrutaremos sus políglotas razones bajo un prisma constitucionalista.

Sin embargo, la no menos inocente elección de *Tosca* (1900), precisamente en la conmemoración del centenario de la muerte del inmortal genio de la lírica, Giacomo Puccini, nos permite abordar la controversia de su recepción en la diversidad de visiones jurídicas e interpretaciones políticas que su enorme versatilidad nos ofrece.

Así las cosas, si el reincidente «*problema Puccini*» de identidad y casi existencial no se refiere a la vida y obra del laureado maestro, sino a la metodología crítica utilizada para la evaluación de su creación operística², entonces su *Tosca* se nos antoja el anteojito perfecto a través del cual observar la verdad oculta tras los hermosos versos de su libreto y el insondable clamor de resistencia contra la tiranía que se diluye en su música, movilizada como arma cargada de futuro y esgrimida en esta hora para la extracción de enseñanzas y reflexiones constitucionales.

2. Revolución y contrarrevolución operística

La lírica nos ofrece un marco incomparable para la plasmación y estudio de la Revolución como mito fundante y fragua flamígera de las libertades en la prometeica empresa de limitación del poder despótico. Tal factor reside no solo en su ignoto estudio e inexplorada utilización en el marco del Derecho Constitucional, sino en la propia naturaleza de la ópera como expresión y obra de «*arte total*» en términos wagnerianos (*Gesamtkunstwerk*), fusionando en una perfecta armonía la arquitectura, la escultura, la pintura, la poesía y, por supuesto, la música.

Así las cosas, este trabajo se adentrará en ese aura irrepetible que los *leitmotiv* y acordes de Giacomo Puccini (1858-1924) permiten trasladarnos a los años de la expansión y reacción de la Revolución Francesa en la Europa de cambio de siglo y presentar algunas de las ideas que la inspiraron, en perfecta simbiosis con los versos incomparablemente hermosos de Luigi Illica (1857-1919) y Giuseppe Giacosa (1847-

2 SARTORI, Claudio, *Giacomo Puccini*, Ed. Ricordi, Milán, 1959, p. vii.

1906), la feroz crítica al autoritarismo y la barbarie del poder ilimitado que palpita en su libreto.

Empero, no es una *rara avis* ni un ser único en su especie. La ópera siempre ha hablado de la humanidad, incluso cuando ha requerido de máscaras, deidades y otros artificios que ocultasen su fin; el género lírico siempre ha sido por definición revolucionario. *Fidelio* (1805) de Beethoven, *Rienzi* y *Nabucco* (1842) de Wagner y Verdi, respectivamente o *Andrea Chenier* (1896) de Giordano, son solo algunos destacados ejemplos, ojalá merecedores de sendos trabajos posteriores de innovación docente en futuras ocasiones.

Una ópera verista, aun de cuello blanco, apegada a la realidad y a la intimidad humana, pero heredera de la *grand opéra* política, la melodiosidad belcantista italiana y el romanticismo verdiano, al tiempo que muestra signos de profunda modernidad, características que su autor movilizará para el abordaje de un drama, cuando no *thriller*, político de primer orden en que el Derecho y el Estado serán los grandes protagonistas *sotto voce*, sirviéndonos como ambiente, contexto y punto de partida e interpretación para la finalidad del presente trabajo.

3. Trama y argumento de *Tosca* (1900)

La obra en cuestión, uno de los más aclamados dramas líricos del coloso Giacomo Puccini, se trata de una ficción adaptada de la pieza teatral homónima de Victorien Sardou (1887), que retrata la Roma pontificia de 1800 que ve sucumbir el Estado teocrático ante los ejércitos revolucionarios de la República Francesa, dirigidos en Marengo por el entonces primer cónsul Napoleón Bonaparte. En ella, la extinta República Romana ha sido ahogada en sangre por los agentes papales, que mantienen un Estado policial sin ningún derecho individual o garantía procesal.

En ese marco histórico, la ficción arranca con la huida del ex cónsul Cesare Angelotti (bajo) de la prisión política pontificia de Castell Sant'Angello, refugiándose en la capilla de su familia en la iglesia de Sant'Andrea del Valle, donde el pintor volteriano Mario Cavaradossi (tenor) pinta un fresco de María Magdalena, cuyo rostro pertenece a la bella marquesa Attavanti que retrató casualmente rezando en el lugar. Esta es hermana del ex cónsul fugado, a quien Cavaradossi

jura ayudar y esconde en su villa. La cara de la *madonna* provoca los celos de su amante, la afamada cantante Floria Tosca (soprano), los cuales son aprovechados por el pérfido jefe de la policía papal, el barón de Scarpia (barítono), que engaña a la diva haciéndole creer víctima de una infidelidad para descubrir la localización de la villa. Allí arresta al pintor, al que tortura inmisericorde en su Palazzo Farnese para confesar el paradero de Angelotti, revelado por Tosca ante los gritos desgarradores y sufrimiento extremo de su amado.

Empero, la llegada de la victoria de Bonaparte en Marengo lleva a Cavaradosi a proclamar sus ideas y maldecir a los tiranos, siendo condenado a muerte junto a su correligionario, que se suicida en prisión. Por ello, la cantante suplica a Scarpia por su salvación, a la que solo está dispuesto a ceder si se entrega a él carnalmente, tras cuyo compromiso accede a liberarlo y ordena una ejecución simulada. Sin embargo, la cantante, repugnada, apuñala sorpresivamente al barón y acude a Sant'Angello con Mario, al que hace partícipe de sus planes para que finja su muerte. El final, no obstante, será trágico al constatarse el engaño del degenerado jefe de la policía, cuya orden fue fusilar a Cavaradosi, arrojándose la *prima donna* por la terraza de la fortaleza al descubrir la muerte de su amado, huyendo así, y esta vez para siempre, de los agentes de Scarpia.

4. Contexto histórico y constitucional

El momento político y social es ineluctable para la comprensión de una obra artística, a fin de vislumbrar la motivación y mensaje político que subyace. Sin embargo, Puccini no es Giuseppe Verdi; su obra no tiene un contenido político o patriótico explícito en favor de tal o cual movimiento, como fue el caso del *risorgimento* con sus obras inmortales como *I Lombardi alla Prima Crociata* (1843), *Giovanna D'Arco* (1845), *Attila* (1846), *La battaglia di Legnano* (1849), *I vespri siciliani* (1855) o *Don Carlo* (1867), de fuerte carácter nacionalista y comprometido con la revolución italiana que fue la unificación.

Puccini prefería dedicarse a las almas pequeñas (*piccole anime*), las emociones humanas y el retrato psicológico de sus personajes, no manifestando sus opiniones políticas más que en contadas y epistolares ocasiones en privado. No obs-

tante, ante un tumultuoso y agitado contexto como el propio de la composición de *Tosca*, ni siquiera un jactanciosamente proclamado apolítico autor pudo escapar de tan ineluctable circunstancia, máxime en una ópera que es, sin duda, esencialmente política³. No se trata de una mera equiparación entre sexo y poder, sino una crítica mordaz contra su abuso⁴.

Puccini empieza a trabajar en la partitura en 1896, tras el éxito de *La Bohème*, pero dos años después, estalla en su querida Milán un episodio de guerra social, consecuencia de la brutal represión de 45.000 militares sobre una huelga popular, a causa del hambre y el precio del pan, por orden del general Bava Beccaris⁵. El aciago mes de mayo de 1898 convertiría Milán en un polvorín, alzándose barricadas, sin armas con que defenderlas, cañoneadas ferozmente con la utilización de la artillería por sus calles⁶.

Sin embargo, la intervención de este general, tomado como héroe por los sectores más conservadores como paladín del orden frente a la hidra roja del populacho alzado, causaría una gran indignación popular, cuyo corolario llegaría con la condecoración *motu proprio* del infame *miles gloriosus* por el rey Umberto I, por sus servicios prestados al Estado «y

-
- 3 ARBLASTER, Anthony, *Viva la libertà! Politics in Opera*, Ed. Verso, Reino Unido, 1992, 245.
 - 4 GREENWALD, Helen, «Verdi's Patriarch and Puccini's Matriarch: Through the Looking-Glass and What Puccini Found There», *Nineteenth-Century Music*, 17(3), 1994, p. 222.
 - 5 CLARK, Martin, *Modern Italy: 1871-1982*, Ed. Routledge, Reino Unido, 2008, pp. 126-128. Como si de una escena de los Miserables se tratara, la huelga y manifestación lombarda fue respondida desde Roma con la promulgación del estado de sitio y cargando la caballería del *Regio Esercito* y abriendo fuego contra la población civil.
 - 6 Rememorando los oscuros tiempos de la *Commune* de 1871, el resultado conforme la prensa extranjera fueron 400 muertos y 1000 heridos, según el New York Times, sometiendo a la población civil a la jurisdicción militar y arrojando hasta 828 sentencias por Consejo de Guerra, incluyendo periodistas y diputados. Además, se cerraron catorce periódicos, se purgaron profesores de sus cátedras en la Universidad y se presentó un proyecto de Ley para restringir la prensa y prohibir manifestaciones y huelgas. SETON-WATSON, Christopher, *Italy from Liberalism to Fascism: 1870-1925*, Ed. Methuen, Reino Unido, 1967, pp. 185-186.

a la civilización», así como nombrado senador real⁷. Estos hechos causaron un gran impacto, suponiendo el fin de la luna de miel del pueblo italiano con la Casa Saboya, a la que identificaron en sus prácticas represivas con los antiguos Borbones, pasando Milán de levantar barricadas en las *Cinque giornate* del pueblo italiano contra el dominio austríaco en 1848 a levantarlas en su defensa contra el propio Estado italiano.

No obstante, desde luego dicha interpretación y asociación al citado contexto por parte de la audiencia resulta imposible de cuestionar a tenor de su accidentado estreno, apenas seis meses antes del asesinato del rey Umberto I. Las amenazas de bomba en el Teatro Costanzi, completamente rodeado y acordonado por el ejército, al contar con la presencia de la reina Margarita Teresa de Saboya en el palco, casi obligan a su cancelación, incluyendo la interrupción del primer acto por la creencia de unos disturbios populares⁸.

Fue un auténtico escándalo; la visión de un jefe de policía como villano, corrupto y torturador, la enorme violencia atípica hasta entonces y los muy recientes eventos represivos hicieron que la prensa conservadora llegara a tachar *Tosca* de «*propaganda revolucionaria*»⁹, cuando no de escabrosa y sensacionalista. La distancia temporal, de exactamente cien años en el tiempo respecto a la época de la ambientación, no sirvió para reducir la polémica, dada la asociación casi automática del público con su presente.

5. Constitucionalismo republicano romano del 1800

Puccini, fiel a su espíritu verista, realizó una gran investigación y documentación sobre la época a fin de buscar el

7 THOMSON, David, «The era of violence (1898-1945)», *The Cambridge Modern History*, vol. XII, Cambridge University Press, Reino Unido, 1960, p. 348.

8 Fruto del retraso inocente de unos espectadores que exigieron su sitio una vez comenzada la ópera. NICASSIO, Susan Vandiver, *Tosca's Rome: The Play and the Opera in Historical Perspective*, University of Chicago Press, 2002, p. 154.

9 NICASSIO, Susan Vandiver, *Tosca's Rome...*, *op. cit.*, p. 155.

mayor realismo posible, movido por un perfeccionismo obsesivo que le llevó incluso a medir y estudiar el ritmo y tonalidad de las campanas de Sant'Andrea del Valle o los cañones de Castell Sant'Angello, al igual que realizó Illica, republicano convencido, con la adaptación de la obra y dramatización de su libreto¹⁰.

Y qué mejor marco dramático para esta circunstancia que la represión furibunda de la Primera República Romana (1798-1799), una *république sœur*, partidaria de su homóloga francesa que puso fin, acaso efímeramente, al poder temporal ininterrumpido del romano pontífice y su *Stato della Chiesa* tras más de un milenio; su final derrocamiento y restauración papal desencadenaría el clima de represión que podemos ver en *Tosca*¹¹.

Sucintamente, merece la pena destacar que esta efímera experiencia republicana contó con una Constitución, promulgada el 20 de marzo de 1799, que a imagen y semejanza de la francesa de 1795 y su idolatrada antigua República Romana primigenia, se dotó de un gobierno consular colegiado, si bien directorial, formado por cinco cónsules titulares del poder ejecutivo y designados por un parlamento bicameral organizado en un Tribunado, compuesto por 60 miembros y un Senado de 30 miembros¹². Entre estos cónsules encontramos en nuestra obra al ficticio Angelotti, ocupando la más alta magistratura.

10 WILSON, Alexandra, *El «problema» Puccini: ópera, nacionalismo y modernidad*, Ed. Acantilado, Barcelona, 2024, pp. 107 y ss.

11 No obstante, la inestabilidad marcaría esta perecedera experiencia, surgida de la invasión francesa y el secuestro del papa Pío VI y el sofocamiento de la revuelta contrarrevolucionaria del *vespro romano*, logrando la unificación del Lazio con la agregación de las repúblicas Tiberina y Anconitana pero siendo invadida a los pocos meses sin apenas resistencia por el ejército borbónico de Fernando IV, requiriendo de nuevo la invasión francesa para su restablecimiento escasos días después, invadiendo Nápoles e instaurando allí otra *repubblica sorella* (Partenopea). Sin embargo, en septiembre de 1799, con la retirada de las tropas francesas serían finalmente sangrientamente derrocada por la dinastía borbónica desde el Regno delle Due Sicilie, estableciendo un auténtico Estado policial en la Santa Sede de Pío VII.

12 OGG, Frederick Austin, *The Governments of Europe*, Ed. Macmillan Company, 1913, pp. 354-355.

En último lugar, cabe destacar la trascendencia política de la batalla de Marengo (14 de junio de 1800) como expansión definitiva de los ideales de la revolución francesa por la península itálica, de crucial trascendencia para su posterior *risorgimento*¹³. Por ello el momento de la llegada a la Roma pontificia de la victoria en Marengo representa el momento álgido de contraste entre un mundo que no termina de morir, el antiguo régimen de Scarpia y el nuevo orden que Cavardossi sabe no vivirá para ver.

6. Lecturas jurídicas e interpretaciones políticas

6.1. Anticlericalismo

La más evidente interpretación política de la obra *pucciniana*, además de la única realmente manifiesta e incuestionable, es sin duda el anticlericalismo¹⁴, común en la época, aunque particularmente característico de la burguesía italiana tras la *presa di Roma* de 1870 y su enfrentamiento directo con la Sede Apostólica hasta los pactos de Letrán de 1929¹⁵. Por ello, la evidencia de la monstruosidad del villano como gobernante cruel, hipócrita, descreído, sexualmente depravado, tiránico, inhumano y despótico, precisamente en un alto funcionario pontificio, así como la erección de tan execrable régimen de persecución y Estado policial en el

13 Hemos de tener en cuenta que, en ese momento, Napoleón aún era solo, Bonaparte, el republicano al que Beethoven dedicaría su *Sinfonía Eroica* (1804), envuelto de un prestigio que fascinaba al idealismo, en contraste con el posterior desengaño con su autoproclamación como emperador.

14 DAVIS, John Anthony, «The Political and Cultural Worlds of Puccini's Tosca: Anticlericalism in Italy at the Turn of the Century», en FISHER, Burton D. y NICASSIO, S. Vandiver (Eds.), *Tosca's Prism*, Northeastern University Press, 2005, pp. 135-146.

15 Razón por la cual la Iglesia negó la legitimidad del sistema político y constitucional italiano y la participación católica de sus fieles (*non expedit*), negando la bendición *urbe et orbi* y considerándose *Prigioniero in Vaticano*.

Stato Pontificio, era una auténtica provocación y denuncia a la dictadura fundada en la religión.

No obstante, Puccini hablaba por medio de su música, la cual se convierte brillantemente en una auténtica sátira de la música sacra para acompañar la determinante crítica del *libretto*¹⁶. Esta técnica podemos apreciarla nítidamente desde su profana «*recondita armonia*»¹⁷ —reprimenda del sacristán (barítono) mediante—, hasta la plegaria del celeberrimamente hermoso «*vissi d'arte*»¹⁸, convertido en el grito existencial contra un sistema de opresión e impunidad¹⁹, recogiendo la herencia cultural y dramática iusnaturalista de la *Antígona* de Sófocles en su contraposición de la justicia divina a la humana, si bien adoptando la forma musical-salmódica de un *miserere* (*mei, Deus*). Del mismo modo, otras arias se enmarcan en esa tradición cristiana, aun claramente reinterpretada, como sería el inmortal «*e lucevan le stelle*», aria del sacrificio y la inmolación del nuevo mártir, en un claro paralelismo con Jesucristo. No en vano afirmó *Le Figaro* tras su estreno: «¡Roma finalmente tiene un mártir más famoso que sus santos!»²⁰.

Sin embargo, la gran demostración de esta técnica sería sin duda el «*tre sbirri una carrozza* (...)», el cierre del primer acto, más popularmente conocido como el «*Te Deum*»²¹, al suponer una utilización formal de dicho himno cristiano litúrgico, en que se evidencia la perversión política, moral y sexual de Scarpia, como abducido en medio de la celebración religiosa por sus malignos planes sobre Tosca y Cava-

16 Tal vez por ello y, paradójicamente, en uno de los muchos episodios de reinterpretación de esta ópera, fue arreglada a modo de *suite* para su interpretación en desfiles procesionales de Semana Santa en España.

17 Aria del primer acto en que Cavaradossi se deleita pensando en la belleza de su amada y el amor que acapara todos sus pensamientos mientras pinta su *Madonna* en Sant'Andrea del Valle.

18 Aria del segundo acto en que Tosca clama desesperada por su suerte y la impotencia de sus buenos sentimientos, acciones a los santos y a la Virgen al sentirse abandonada y sometida a la crueldad de Scarpia.

19 GIRARDI, Michelle, *Puccini: His International Art*, University of Chicago Press, 2000, p. 203.

20 NICASSIO, Susan Vandiver, *Tosca's Rome...*, op. cit., p. 160.

21 Momento de acción de gracias en la misa de Sant'Andrea del Valle por la apresuradamente presunta y errónea creencia de victoria austríaca de von Melas sobre Bonaparte en Marengo.

radossi, acompañado por un grandioso coro que reza el *laudamus*. En él, yuxtapone de forma alegórica la utilización del órgano (la Fe religiosa como fachada), las trompetas (poder absoluto como fin) y los timbales militaristas (violencia represiva como medio), creando un *trittico* de acordes presente igualmente, tanto en el inicio de la ópera, como en la muerte de Scarpia y su final con el suicidio de Tosca, configurando brillantemente la cédula rítmica vertebradora del conjunto de la partitura²².

6.2. Antiautoritarismo, derechos fundamentales y poder

El contexto nos invita a extraer esta interpretación, que como las que habrán de venir más adelante, son subjetivas y no siempre inequívocas, constituyendo *Tosca* un manifiesto contra el autoritarismo, la arbitrariedad y la acción represiva del Estado, *figlia del nuovo secolo*. Sin embargo, tras los árboles, en la ópera subyace con mayor ajuste a la realidad una crítica al nacionalismo decimonónico que al fantasma del papado del siglo XVIII.

No en vano en el ya citado «*Te Deum*» podemos escuchar cañones, expresamente —y extravagantemente según cuenta Illica a su editor, Giulio Ricordi— incluidos por Puccini, no solo símbolo de la guerra y la dependencia pontificia de los ejércitos austríacos, sino que podemos identificar como los cañones de la masacre de Beccaris de Milán de 1898, resonando sobre la conciencia colectiva italiana y la partitura *pucciniana*²³.

Del mismo modo, es una crítica mordaz al omnímodo Estado policial de vigilancia que encarnan *gli sbirri*, los gendarmes papales comandados por Scarpia y sus lugartenientes, Spoletta (tenor) y Sciarrone (bajo), llamados a la obediencia ciega y disciplinada a su mando, así como a la perpetración de actos de terror y persecución política, desgarrando la convivencia y quebrando la legitimidad del Estado,

22 BUDDEN, Julian, *Puccini: His Life and Works*, Oxford University Press, 2002, pp. 179-182.

23 GIRARDI, Michelle, *Puccini: His International Art*, University of Chicago Press, 2000, p. 197.

máxime cuando, en este caso, este se funda en la piedad religiosa. Bajo este prisma, el suicidio postrero de Tosca representa la constatación, no solo de la pérdida de su amado, sino de la libertad arrebatada. En ese sentido, merece la pena traer a colación las palabras casi proféticas de *The Times* en su estreno en 1900 cuando afirmaron «*los romanos silbaron a los villanos, pero aplaudieron a los verdugos*»²⁴. Esa será la historia de Italia las cuatro próximas décadas.

Ello nos lleva a la cruda denuncia del abuso de poder en el despótico y tiránico ejercicio de las atribuciones públicas conferidas a un hombre carente de brújula moral como el barón de Scarpia²⁵, sobrepasando cualquier límite del Estado en la imposición del orden, recogiendo la retórica reaccionaria y contrarrevolucionaria de combate sin cuartel contra la gorgona de la anarquía o la hidra jacobina del desgobierno²⁶.

Así las cosas, se muestra con descarnada aspereza la vulneración sistemática de cualquier garantía procesal o derecho fundamental, desde la exigencia de una sentencia promulgada por la autoridad judicial, el derecho a no inculparse, al debido proceso, contradicción o práctica de la prueba o la apelación, sustituido por el gesto neroniano de la condena sumaria del perenne Estado de excepción. Una enmienda a la totalidad a la obra de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria y su ya difundida obra *Dei delitti e delle pene* (1764)²⁷.

Sin embargo, merece la pena recordar que Puccini no pretende retratar a Scarpia (*Soldanus Curiae*) como un mero villano individual, sino que lo eleva a la universal encarnación de un sistema político corrupto en descomposición, capaz de

24 NICASSIO, Susan Vandiver, *Tosca's Rome...*, op. cit., p. 160.

25 «*Scarpia?! Bigotto satiro che affina colle devote pratiche la foia libertina e strumento al lascivo talento (con forza crescente) fa il confessore e il boia!*», L. Illica y G. Giacosa, *atto I, Tosca*.

26 A tal fin la exhibición de prácticas de tortura por medio del *cavalletto*, máxime contra el heroico protagonista, en los más elegantes y refinados teatros, en tanto que espacio de socialización de la burguesía y clases dominantes, marcaba un hecho insólito en la historia de la ópera, movilizándolo sus notas y acordes, dotados de una enorme violencia y agresividad musical.

27 Relegado el juez a un «*figurante sin frase*» en su segundo acto, *convitato di pietra* sin siquiera necesidad de guardar apariencia alguna de farsa judicial.

defenderlo a toda costa²⁸. Por ello, el recurso wagneriano al *leitmotiv*, constante en toda la obra para la presentación de Scarpia, se basa en tritonos (si $\flat$ y si $\flat$; mi contra fa), históricamente relacionados con lo siniestro, siendo conocido como «intervalo del diablo» (*Diabolus in musica*), asociándolo así a la perversión del poder religioso y estatal²⁹.

6.3. Fascismo y principio de autoridad del Duce

A pesar de su estreno años antes del surgimiento del movimiento futurista y fascista, la sugerencia, casi profética, del fascismo ha sido habitual en las interpretaciones *puccinianas* de *Tosca* en los años venideros³⁰. Ciertamente, fue una de las óperas más populares durante el *ventennio* fascista, interpretado como una celebración del orden y la rigidez en su preservación, del militarismo y poder absoluto, la férrea disciplina y el enaltecimiento de la figura del barón como líder fuerte, viril y enérgico, tan propio de la ideología y simiente fascista³¹. Este planteamiento nada casual, corresponde a las coetáneas tesis nietzscheanas de Gabriele d'Annunzio acerca del *superuomo* providencial, cesarista y fascista que Puccini descalifica, inseparable del contexto de una generación nostálgica de los mitos fundantes de una Italia ya unificada a la que empujan a la Gran Guerra, en una era ausente de grandes héroes que desembocará en tragedia³².

28 «Del sofferto martir me vedrai qui gioir... Il tuo cor trema, o Scarpia, carnefice!», *atto II, Tosca*.

29 FISHER, Burton, «Puccini's *Tosca*: A New Critical Perspective», *Cambri-dge Opera Journal*, 14 (3), 2002.

30 De lado dejaremos la relación o simpatías de Puccini con Mussolini y el fascismo, enmarcadas en su apoliticismo y manifestadas en el ámbito privado, más allá de la composición del *Inno a Roma* (1919), fundamentalmente por la enfermedad y prematura muerte del compositor antes del establecimiento de la dictadura fascista en pulcritud, todavía revestida del formalismo parlamentario y constitucional albertino.

31 SIMON, Danielle, «*Tosca* and the Nightingale: Broadcasting Opera in Fascist Italy», *The Opera Quarterly*, 34 (1), 2018, pp. 65-87.

32 WILSON, Alexandra, *El «problema» Puccini...*, op. cit., pp. 123-124.

Scarpia, *capo della polizia* y *duce dei gerndarmi*, anticipa una brutalidad específicamente fascista³³, no faltando quien ha sostenido incluso que su música revela un impulso anti-subjetivo que recuerda ciertas atmósferas y marchas protofascistas³⁴, si bien es posible que se trate de una cierta sobreinterpretación, también plenamente factible dada la ambigüedad de la ópera en ese sentido.

Por ello, fue apropiada por el régimen, siendo a menudo programada junto a mítines y celebraciones del Partido Nacional Fascista y sus *camicie nere*, exaltando su monumentalismo como herramienta propagandista, del cual es ejemplo paradigmático el filme *Tosca* (1941), dirigido por Carl Koch por invitación personal del propio Mussolini³⁵. Sin embargo, a pesar de su instrumentalización, hemos de rechazar de plano esa lectura, no solo por su carácter forzado, sino por el ejercicio mismo de la censura sobre la interpretación de la ópera llevada a cabo por el régimen, eliminando la escena de la tortura a Cavaradossi y llegando a suprimir algunos importantes versos de su libreto para evitar la comparativa del destino final de Scarpia con Mussolini: «*e avanti a lui tremava tutta Roma*»³⁶.

6.4. Resistencia antifascista y clamor contra la tiranía

La ambivalencia de la ópera *pucciniana* no constituye un demérito, sino que emerge como una virtud, en tanto que genuino clásico atemporal capaz de adaptarse a diferentes contextos históricos, visiones e interpretaciones. Paralelamente a la explotación mussoliniana de *Tosca*, sus opositores la exaltaron como símbolo de la resistencia heroica contra el

33 EARLE, Ben, «Puccini and Politics», en WILSON, Alexandra (Ed.), *Puccini in Context*, Cambridge University Press, 2023, pp. 189-196.

34 SCHWARTZ, Arman, «Rough Music: Tosca and Verismo Reconsidered», *19th-Century Music*, 31(3), 2008, pp. 228-244.

35 Concretado en una adaptación dramatúrgica de la ópera conforme a los estándares estéticos fascistas, si bien con la música y principales arias de Puccini.

36 Palabras pronunciadas por Tosca al cierre del segundo acto tras matar a Scarpia y abandonar su despacho.

despotismo, dando pie a lecturas diametralmente opuestas en su lectura política.

La izquierda antifascista se identificó con el pintor revolucionario y librepensador como personificación del arrojo y valentía que «*la vita mi costase*» o su apasionado «*vittoria!*»³⁷ representan, llegando a utilizarse en 1943 por los partisanos en la clandestinidad «*e lucevan le stelle*» como cántico de la oposición contra la tiranía, contribuyendo decisivamente a crear el mito del romance político de la resistencia romana e italiana.

De hecho, tras la caída de Mussolini y el fin de la Segunda Guerra Mundial y la paralela guerra civil italiana —proclamación final (y definitiva) de una República en Roma mediante—, una de las primeras y más populares películas antifascistas en estrenarse fue precisamente *E avanti a lui tremava tutta Roma* (1946), dirigida por Carmine Gallone y protagonizada por Titto Gobbi, llevando por título el verso censurado por Mussolini, retratando en el marco de una representación operística de *Tosca*, la captura y huida de sus protagonistas, miembros de la *resistenza* de las fauces de la Gestapo nazi en la ocupada Italia de Saló³⁸.

6.5. Flexibilidad y ambigüedad interpretativa

Finalmente, destacamos pues como elementos característicos de la presente obra su ductilidad y capacidad de adaptación a distintas realidades temporales y geográficas, fuere o no está la voluntad de Puccini y, desde luego, una interpretación antifascista es material y cronológicamente inasumible. Tampoco fue probablemente —aunque entrar siempre en la contestación de los mitos es una empresa peligrosa— la idea original real de Verdi cuando compuso el cuasi himno nacional «*va pensiero sull'ali dorate*», en su *Nabucco* (1842), pero irrefutablemente su contexto y audiencias modificaron,

37 Arias de Cavaradossi del primer y segundo párrafo respectivamente.

38 En dicho filme los protagonistas terminarían salvando sus vidas e identificando el fin de la ópera y el suicidio de Floria Tosca con la caída del fascismo, entre la celebración por la liberación y llegada de los aliados. No deja de sorprender cómo en apenas cinco años respecto a la citada adaptación pudieron convivir y mutar perspectivas tan diametralmente antagónicas.

de hecho, la interpretación y lectura de la ópera, a lo que el propio compositor contribuiría luego y que la muerte de Puccini en este caso nos privó. Fuere como fuese: «*l'auteur est mort*»³⁹.

Dicho fenómeno va a estar hoy en día en buena medida subordinado a la puesta en escena, lo que permite su maleabilidad y amoldamiento a diferentes realidades históricas: desde los regímenes totalitarios del *Novecento*, a los que Puccini se adelantó, hasta las dictaduras latinoamericanas (véanse producciones ambientadas en la Roma ocupada por la Alemania nazi o en la Italia de las *Brigate Rosse* durante *gli anni di piombo*), e incluso distopías cada vez más fáciles de imaginar o fechas menos pretéritas o realidades no tan remotas, lo que ha facilitado la enorme variedad de reinterpretaciones y prolijas miradas culturales, incluso antagónicas, desde el nacionalismo hasta el feminismo.

7. Reflexiones finales a modo de conclusiones

A pesar de la innegable tendencia operística a la exaltación del individuo *Tosca* no trata de una historia individual, sino del ejemplo arquetípico de la ausencia del Estado de Derecho, con un fuerte carácter admonitorio sobre la fragilidad de los derechos fundamentales, advertencia plenamente vigente en nuestros tiempos.

No podemos reescribir el arte, música y literatura a nuestro antojo, rompiendo sus costuras y convirtiéndolo en trajes a medida para cada finalidad y sobreinterpretación, pero su recurso y revisitación constituye una excelsa herramienta metodológica para el estudio del Derecho Político y Constitucional.

Ciertamente, no se trata de un llamado verdiano al compromiso político, ni mucho menos, sino un auténtico drama total sobre las consecuencias políticas de la pérdida de la libertad, no por un destino divino o mitológico trazado por los hados en el tapiz de las constelaciones, sino por la desgarradora conciencia de la dependencia del presente y el futuro

39 FOUCAULT, Michel, «Qu'est-ce qu'un auteur?», en *Dits et écrits: 1954-1988*, vol 1, Ed. Gallimard, 1969, pp. 789-821.

de las decisiones humanas y su organización social, en una realidad en que los males y desgracias no provienen de los caprichos y *vendettas* de dioses antropomórficos, no así del Derecho y del Estado, construcciones humanas a esgrimir como escudo o Leviatán.

En definitiva, el estudio de Tosca nos ofrece una oportunidad sublime para la reflexión sobre los límites de la defensa del Estado, los riesgos de su tendencia al autoritarismo y la persecución política del diferente, la necesidad de control judicial de la Administración, la interdicción de la arbitrariedad, la salvaguarda de las garantías y derechos individuales consagrados, así como la insumisión y resistencia ante el poder tiránico y su despótico ejercicio como recordatorio del origen de la legitimidad constitucional fundada en el Imperio de la Ley, la preservación de la dignidad humana y los derechos fundamentales, de la mano de la lírica, poesía, música, arte y, por supuesto, la ópera con mayúsculas; una leyenda que no cesa, a caballo entre lo sublime y lo profano, lo etéreo y humano.

«L'alba vindice appar
che fa gli empi tremar!
Libertà sorge, crollan tirannidi!»
L. Illica y G. Giacosa, atto II, Tosca.

8. Bibliografía

ARBLASTER, Anthony, *Viva la libertà! Politics in Opera*, Ed. Verso, Reino Unido, 1992.

BUDDEN, Julian, *Puccini: His Life and Works*, Oxford University Press, 2002.

FISHER, D. Burton, «Puccini's Tosca: A New Critical Perspective», *Cambridge Opera Journal*, 14 (3), 2002.

CLARK, Martin, *Modern Italy: 1871-1982*, Routledge, Reino Unido, 2008.

DAVIS, John Anthony, «The Political and Cultural Worlds of Puccini's Tosca: Anticlericalism in Italy at the Turn of the Century», en FISHER, Burton D. y NICASSIO, S. Vandiver (Eds.), *Tosca's Prism*, Northeastern University Press, 2005, pp. 135-146.

- EARLE, Ben**, «Puccini and Politics», en **WILSON, Alexandra** (Ed.), *Puccini in Context*, Cambridge University Press, 2023, pp. 189-196.
- FOUCAULT, Michel**, «Qu'est-ce qu'un auteur?», en *Dits et écrits: 1954-1988*, vol 1, Ed. Gallimard, 1969, pp. 789-821.
- GREENWALD, Helen**, «Verdi's Patriarch and Puccini's Matriarch», *Nineteenth-Century Music*, 17(3), 1994, pp. 220-236.
- GIRARDI, Michelle**, *Puccini: His International Art*, University of Chicago Press, 2000.
- SIMON, Danielle**, «Tosca and the Nightingale: Broadcasting Opera in Fascist Italy», *The Opera Quarterly*, 34 (1), 2018, pp. 65-87.
- NICASSIO, Susan Vandiver**, *Tosca's Rome: The Play and the Opera in Historical Perspective*, University of Chicago Press, 2002.
- OGG, Frederick Austin**, *The Governments of Europe*, Ed. Macmillan Company, 1913.
- THOMSON, David**, «The era of violence (1898-1945)», *The Cambridge Modern History*, vol. XII, Cambridge University Press, 1960.
- SARTORI, Claudio**, *Giacomo Puccini*, Ed. Ricordi, Milán, 1959.
- SCHWARTZ, Arman**, «Rough Music: Tosca and Verismo Reconsidered», *19th-Century Music*, 31(3), 2008, pp. 228-244.
- SETON-WATSON, Christopher**, *Italy from Liberalism to Fascism: 1870-1925*, Ed. Methuen, Reino Unido, 1967.
- WILSON, Alexandra**, *El «problema» Puccini: ópera, nacionalismo y modernidad*, Ed. Acanalado, Barcelona, 2024.

12

BOB MARLEY: EL PROFETA MUSICAL DE LA JUSTICIA SOCIAL Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ¹

Profesor investigador

Universidad Nacional Autónoma de México

1. Introducción

La intersección entre arte y derecho encuentra en Bob Marley un caso paradigmático de cómo la expresión musical puede funcionar como vehículo de transformación jurídica y social. Más allá de su reconocimiento como pionero del reggae, Marley desarrolló un discurso coherente sobre la Justicia que influyó en movimientos de liberación, procesos de democratización y la evolución del Derecho internacional de los Derechos humanos desde un pensamiento situado a partir del sufrimiento de su pueblo y aportando desde su propia identidad soluciones viables que sirvieron para lograr cambios puntuales. Su obra representa una síntesis única entre la tradición jurídica occidental, la filosofía rastafari y las luchas anticoloniales del siglo XX.

1 Director de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

2. La construcción musical de un discurso sobre la justicia

2.1. La música como narrativa sobre la justicia

La música trasciende su función estética para convertirse en un poderoso fermento del cambio social, asociando de manera única las tensiones entre la realidad presente y las aspiraciones colectivas de Justicia². A través de melodías, ritmos y letras, los artistas han logrado construir narrativas que no solo reflejan las injusticias de su tiempo, sino que moldean las expectativas sociales sobre lo que debería ser una sociedad más equitativa.

Las corrientes de educación artística para la justicia social, que también han sido llamadas arte activista, arte basado en la comunidad, arte público, arte para el cambio social, teatro del oprimido, arte para la democracia, desarrollo cultural comunitario, arte como práctica social, entre otros, se sitúan desde una postura contextualista, buscando crear arte que dirija la atención a, movilice la acción hacia o intente intervenir en los sistemas de desigualdad o injusticia³.

La música posee una capacidad muy especial para traspasar las barreras ideológicas y emocionales que otros medios de comunicación no pueden hacer. Mientras que un discurso político puede ser rechazado por sus sesgos evidentes, una canción se infiltra en la conciencia colectiva a través de la emoción y la repetición. Esta característica la convierte en un

2 ZAMORANO VALENZUELA, Felipe Javier y AROSTEGUI PLAZA, José Luis, «Dualidades y contradicciones en los planes de estudios de formación del profesorado de Música. De la reproducción económica acrítica a la justicia social», *Revista Electrónica de LEEME*, Universidad de la Rioja, 2022.

3 LÓPEZ BARRAZA, Andrea, *Creando espacios: nociones de educación artística para la justicia social en profesores de artes visuales y música en Chile*, Editorial Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá, 2023, p. 14.

vehículo ideal para transmitir mensajes sobre justicia social, pues apela simultáneamente al intelecto y al corazón⁴.

La historia está plagada de ejemplos donde la música ha precedido y acompañado movimientos de transformación social. Desde los spirituals afroamericanos que codificaban mensajes de resistencia durante la esclavitud, hasta el hip-hop que emergió como la voz de comunidades marginalizadas urbanas, la música ha servido como espacio de articulación para quienes carecen de otros canales de expresión política.

En clave de inclusión y justicia social, aparece la necesidad de cuestionar las representaciones de la escuela que perpetúan jerarquías y exclusiones para reconocer y legitimar otras formas, códigos y modos epistémicos, así como dotar de valor educativo a los distintos agentes sociales y comunitarios que habitan un determinado territorio⁵.

Lo verdaderamente revolucionario de la música como instrumento de cambio no radica únicamente en su capacidad de denuncia, sino en su habilidad para construir imaginarios alternativos. Las canciones de protesta no solo señalan lo que está mal, sino que proponen visiones de lo que podría estar bien. Bob Dylan no solo criticó la guerra en Vietnam; construyó una narrativa sobre la paz⁶. Nina Simone no solo denunció el racismo; articuló una visión de dignidad y libertad.

Esta función prospectiva de la música es fundamental para entender su papel en la justicia social. Las expectativas sociales sobre la Justicia no emergen en el vacío; son construidas culturalmente a través de diversos mecanismos, entre los cuales la música ocupa un lugar privilegiado⁷. Al

4 PASTOR PÉREZ, Víctor, *Música para la justicia social: el flamenco como recurso para la intervención socioeducativa (de la tradición oral al academicismo)*, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Formación del Profesorado y Educación, Departamento de Educación Artística, Plástica y Visual, Madrid, 2022.

5 ESTEBAN-GUITART, Moisés; LALUEZA, José Luis; SÁNCHEZ, José Eduardo, «Pedagogías para la inclusión educativa y la justicia social desde una perspectiva sociocultural», *CS, Cali*, n. 44, a14, diciembre de 2024, p. 4.

6 SECUL GIUSTI, Cristian Eduardo, «Un rock intertextual: Bob Dylan en el discurso de Alberto Fernández», *Hologramática* 35.1, 2021, pp. 21-43.

7 FRITH, Simon, «Hacia una estética de la música popular», *Las culturas musicales. Lecturas en etnomusicología*, 2001, p. 423.

crear bandas sonoras para movimientos sociales, los artistas contribuyen a definir no solo contra qué se lucha, sino hacia qué se aspira.

La música posee códigos universales que trascienden fronteras lingüísticas y culturales. Un ritmo puede comunicar urgencia, una melodía menor puede evocar melancolía, un crescendo puede transmitir esperanza creciente⁸. Esta universalidad permite que las narrativas musicales sobre justicia social alcancen audiencias globales, creando solidaridades transnacionales que fortalecen movimientos locales.

El reggae jamaicano llevó las luchas anticoloniales del Caribe a audiencias mundiales, mientras que el rap estadounidense se convirtió en lenguaje global de resistencia urbana⁹. En cada caso, la música no solo exportó sonidos, sino expectativas sobre dignidad, igualdad y Justicia que resonaron en contextos diversos¹⁰.

La música también funciona como repositorio de memoria colectiva, preservando narrativas sobre injusticias pasadas y aspiraciones futuras. Las canciones se convierten en archivos sonoros que mantienen vivas las luchas sociales más allá de su momento histórico específico¹¹. «*We Shall Overcome*» continúa siendo entonada en manifestaciones décadas después del movimiento por los derechos civiles, actualizando constantemente su mensaje de esperanza y resistencia¹².

Esta función memorial se complementa con el aspecto ritual de la música. Cantar juntos crea comunidad, sincroniza emociones y fortalece vínculos sociales. En manifestaciones, mítines o ceremonias, la música transforma agregados de individuos en colectivos cohesionados con propósitos com-

8 CUSTODIO, Nilton y CANO-CAMPOS, María, «Efectos de la música sobre las funciones cognitivas», *Revista de Neuro-psiquiatría* 80.1, 2017, p. 64.

9 LOBO, Manuel Castro, «El aporte de la música Latinoamericana a la música universal», *Revista Estudios* 11, 1994, p. 72.

10 GARZARELLI, Jorge Gilberto, «La música: un lenguaje universal», *Psicología y Psicopedagogía*, 1999.

11 GIMÉNEZ, Sofía Delia, «Música y memoria», *Intersecciones PSI* 34.2, 2011.

12 PUTRI, Inike Tesiana y TRIYONO, Sulis, «“We Shall Overcome” A Humanity Song by Roger Waters: Critical Discourse Analysis», *Humaniora* 30.2, 2018, p. 121.

partidos. Es en estos momentos rituales donde las expectativas sobre justicia social se refuerzan y renuevan¹³.

Sin embargo, es importante reconocer las limitaciones de la música como instrumento de cambio social. La cooptación comercial puede vaciar de contenido político a canciones originalmente subversivas. La industria musical, al fin y al cabo, opera bajo lógicas de mercado que pueden neutralizar los mensajes más radicales¹⁴.

Además, la música puede ser utilizada, tanto para promover, como para impedir la justicia social. Los himnos nacionales han servido para justificar guerras imperialistas y ciertos géneros musicales han perpetuado estereotipos y discriminaciones. La música, como cualquier herramienta cultural, refleja las tensiones y contradicciones de las sociedades que la producen.

En la era digital, las posibilidades de la música como vehículo de cambio social se han multiplicado exponencialmente. Las plataformas digitales permiten que artistas independientes alcancen audiencias globales sin intermediarios tradicionales, democratizando la producción y distribución de narrativas alternativas sobre justicia social¹⁵.

Al mismo tiempo, nuevos géneros y fusiones musicales reflejan la complejidad de las luchas contemporáneas. El *trap* latino aborda desigualdades urbanas con códigos específicos de juventudes periféricas, mientras que la música electrónica experimental crea *soundscales* para nuevas formas de activismo digital¹⁶.

13 BENAVENTE VÉLIZ, Santos Cesarios, «La cultura popular: la música como identidad colectiva», *Diálogo Andino-Revista de historia, geografía y cultura andina*, 29, 2007, p. 39.

14 GARCÍA CAMPOS, José Luis, «Procesos interculturales en la comunicación digital y las transformaciones de la industria musical», *Sphera Pública* 4, 2004, p. 102.

15 CALVI, Juan C., «La industria de la música, las nuevas tecnologías digitales e Internet. Algunas transformaciones y salto en la concentración», *Zer: Revista de estudios de comunicación= Komunikazio ikasketen aldizkaria* 11.21, 2006.

16 TERRIQUEZ, Veronica, «Trapped in the working class? Prospects for the intergenerational (im) mobility of Latino youth», *Sociological Inquiry*, 84.3, 2014, p. 390.

La música seguirá siendo un espacio privilegiado para la articulación de expectativas sobre justicia social. Su capacidad para combinar denuncia y propuesta, memoria y futuro, emoción e intelecto, la convierte en una herramienta insustituible para los movimientos de transformación social¹⁷.

El desafío contemporáneo radica en mantener la potencia crítica de la música sin sucumbir a su instrumentalización comercial o política simplista. Se trata de preservar esos espacios donde el sonido puede seguir imaginando mundos más justos, donde las narrativas musicales continúen expandiendo nuestras expectativas sobre lo posible y lo deseable en términos de justicia social.

En última instancia, la música nos recuerda que el cambio social no es solo una cuestión de estrategias políticas o reformas institucionales, sino también de transformaciones culturales profundas que afectan nuestra manera de sentir, imaginar y relacionarnos. Y en ese terreno, pocas fuerzas son tan poderosas como una canción que logra articular, tanto el dolor de las injusticias presentes, como la esperanza de las justicias por venir.

2.2. Rastafarianism y derecho natural

La filosofía rastafari que permeó en la obra de Marley establecía una conexión directa entre la justicia divina y la justicia terrenal. En canciones como «*Get Up, Stand Up*» (1973), Marley articula una teoría del derecho natural que trasciende las fronteras nacionales: «*Get up, stand up, stand up for your rights / Don't give up the fight*». Esta formulación no solo constituye un llamado a la resistencia, sino una declaración de derechos inalienables que anticipa elementos centrales de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además de que es por antonomasia la obra musical que más se relaciona con la idea de «*movimiento social*»¹⁸. La idea de que los Derechos humanos están relacionados con la sociedad,

17 RUEDA MUESES, Yully Maritza, «Incidencia de la música en la transformación social y la construcción de paz en el territorio rural de Catambuco (Nariño-Colombia)», *Ricerca* 13, 2020, p. 36.

18 TAYLOR Verta y VAN DYKE, Nella «“Get up, stand up”: Tactical repertoires of social movements», *The Blackwell companion to social movements*, 2004, p. 263.

la cultura y la movilización; más allá de las «*cartas de papel*», las políticas públicas y las reformas legales.

«*Get Up, Stand Up*» es un llamado a la movilización, en una sencilla frase, lo cual supone participación política; en un momento en el que no existen las redes sociales que calmen consciencias a través del pulsar un botón.

En amplio sentido Marley habla de «derechos» como algo inalienable, intrínsecamente conectados a todo ser humano.

El rastafarismo es una respuesta filosófica desarrollada por descendientes de personas esclavizadas que luchaban por la emancipación en Jamaica, quienes rechazaron la ideología colonial que colocaba a las personas negras como raza subordinada. Esta oposición al sistema legal colonial generó una filosofía jurídica alternativa basada en principios desarrollados intuitivamente de Derecho natural¹⁹.

Los rastafaris creen que están siendo probados por Jah (Dios) a través de la esclavitud y la existencia de la injusticia económica y «*downpression*» racial (en lugar de *oppression*). Esto establece una jerarquía donde la ley divina (Jah) supera las leyes humanas coloniales. El rastafarismo desarrolló una teoría de derechos inherentes que incluía: el derecho al retorno a África (repatriación), el derecho a la identidad cultural (*dreadlocks*, cannabis ritual) y el derecho a la resistencia contra los sistemas opresivos y, por tanto, el derecho a la movilización social²⁰.

La noción rastafari de «*Babylon*» como sistema de opresión permitió a Marley desarrollar una crítica sistemática de las estructuras jurídicas coloniales e imperialistas. En «*Babylon System*» (1979), denuncia: «*Babylon system is the vampire, sucking the blood of the sufferers*», estableciendo una analogía entre la explotación económica y la vampirización legal de los pueblos colonizados. «*Babylon*» funciona como una categoría jurídica-filosófica que designa todo sistema legal que perpetúa la opresión como las leyes coloniales bri-

19 HERRERA, María del Socorro, «Los Rastafari de Jamaica: movimiento social de resistencia», *América Negra* 9, 1995, p. 111.

20 SIMPSON, George Eaton, «Religion and justice: some reflections on the Rastafari movement», *Phylon* (1960-), vol. 46, núm. 4, 1985, p. 288.

tánicas en Jamaica, el sistema económico capitalista y las instituciones que mantenían la supremacía racial²¹.

El rastafari comenzó como una búsqueda de justicia en respuesta a la marginalización enfrentada por personas empobrecidas y privadas de derechos de ascendencia africana en la cultura imperial británica de la sociedad colonial jamaicana²².

El jamaiquismo rastafari desarrolló códigos legales alternativos basados en interpretaciones bíblicas, sistemas de justicia comunitaria que competían con las cortes coloniales, prácticas consuetudinarias que desafiaban las leyes coloniales (como el uso del cannabis de manera ritual en actos públicos y políticos).

En los primeros años, el rastafari encontró fuerte desaprobación y hostilidad frecuente de las autoridades coloniales y la sociedad jamaicana *mainstream* por sus creencias sociales y políticas *anti-establishment* incansables. Aún, así, planteó desafíos constitucionales en el tema del uso ritual sobre drogas y la libertad religiosa, denunció casos relacionados con discriminación y convocó a movimientos de desobediencia civil organizados.

El rastafarismo contribuyó, sin duda, a la constitucionalización de derechos culturales en Jamaica y el reconocimiento legal de prácticas religiosas minoritarias.

En realidad, se trata de una teoría del Derecho natural postcolonial que rechaza la universalidad del Derecho natural occidental, incorporando elementos cosmológicos africanos y bíblicos basados en la liberación racial y proponiendo alternativas institucionales al sistema legal colonial.

De algún modo representa una de las contribuciones más originales del pensamiento jurídico caribeño al Derecho natural contemporáneo, demostrando cómo las tradiciones locales pueden reformular conceptos jurídicos universales desde perspectivas descolonizadoras.

21 MURRELL, Nathaniel Samuel, SPENCER, William David y MCFARLANE, Adrian Anthony (Eds.), *Chanting down Babylon: the Rastafari reader*, Temple University Press, 1998.

22 SIMPSON, George Eaton, «Religion and justice: some reflections on the Rastafari movement»..., *op. cit.*

2.3. Panafricanismo y justicia transnacional

La obra de Marley contribuyó significativamente a la conceptualización de una justicia transnacional africana. Canciones como «*Africa Unite*» (1979) y «*Zimbabwe*» (1979) no solo expresaban solidaridad política, sino que articulaban principios de autodeterminación y soberanía popular que influirían en los procesos de descolonización africanos²³.

El apoyo explícito de Marley a la independencia de Zimbabwe, materializado en su participación en la ceremonia de independencia en 1980, demostró cómo la música podía funcionar como diplomacia cultural y como instrumento de legitimación de nuevos órdenes jurídicos postcoloniales²⁴.

El panafricanismo de Bob Marley representó una de las expresiones más concretas y efectivas de esta ideología en la segunda mitad del siglo XX. Su visión trasciende el simple simbolismo para materializarse en acciones políticas, diplomáticas y culturales específicas que impactaron procesos de liberación africanos.

Marley fue fuertemente influenciado por la vida y las lecciones de Marcus Mosiah Garvey. Esta influencia no era meramente intelectual, sino profundamente personal y espiritual. Inspirado por el llamado de Marcus Garvey para que los jamaicanos y todas las personas de ascendencia africana regresaran a África, la canción «*Africa Unite*» ve a Marley cantando sobre «*volver a casa*» y dejar la Babilonia imperialista.

En el Álbum «*Survival*», Marley proclama la solidaridad panafricana. Un álbum que no produjo sencillos exitosos, «*Survival*» fue una meditación profunda y poderosa sobre las luchas históricas de los pueblos negros en todas partes y una súplica por la liberación y unificación de África en particular.

«*Africa Unite*» es un himno de la unidad continental africana, un llamado directo a la organización política africana, una crítica al neocolonialismo y las divisiones artificiales y, por ende, una visión de una confederación africana unificada.

23 MACLEOD, Erin C., «4. Africa unite, Bob Marley, media, and backlash», *Visions of Zion*, New York University Press, 2014, p. 149.

24 ONYEBADI, Uche, «Bob Marley: Communicating Africa's Political Liberation and Unity Through Reggae Music», *International Communication Research Journal*, 52.1, 2017.

«*Zimbabwe*» por su parte, propone un programa diplomático musical realizando un apoyo explícito a la lucha de liberación de Zimbabwe.

«*Wake Up and Live*» por su parte es un llamado al despertar político de la diáspora africana una liberación personal y colectiva.

El momento culminante del panafricanismo de Marley fue su participación en la celebración de la independencia de Zimbabwe. Marley había escrito específicamente «*Zimbabwe*» en apoyo a los rebeldes que luchaban por la independencia, que debutó en el concierto Amandla celebrado en Boston, EUA, para apoyar la lucha *anti-apartheid* sudafricana.

Bob Marley fletó un avión para traer el equipo de la banda, junto con equipo de sonido e iluminación, desde Londres hasta Harare, el problema era que el estadio solo tenía capacidad para unas 60.000 personas. Otras 90.000 o más estaban en las puertas, esperando que las dejaran entrar, la presencia de Marley otorgó legitimidad cultural internacional al nuevo gobierno de Zimbabwe²⁵.

Durante su viaje de 1979 a Etiopía, Marley se quedó en Shashamane, «*un asentamiento comunal situado en 500 acres de tierra donada por Su Majestad el Emperador Haile Selassie I a los rastafaris que eligen repatriarse a Etiopía*». Esta experiencia lo hizo entender su misión. La música de Marley funcionó como la banda sonora de los movimientos anticoloniales y un símbolo de legitimidad para los gobiernos recién independizados. Marley utilizó sus giras y grabaciones para crear una red panafricana que incluía a músicos africanos y de la diáspora, líderes políticos, activistas, intelectuales y artistas comprometidos con la causa²⁶.

Marley desarrolló una especie de pedagogía popular panafricana a través de sus canciones transmitiendo una historia africana suprimida y conectando luchas locales con movimientos globales a través de un vocabulario político común.

25 MOSKOWITZ, David V., *Bob Marley: a biography*, Bloomsbury Publishing USA, 2007.

26 TATE, Billie Dee, «Robert Nesta “Bob” Marley», en BANGURA, Abdul Karim (Ed.), *Contemporary Black Thinkers in the Diaspora and Their Conceptualizations of Africa*, Cham: Springer Nature Switzerland, 2024, p. 124.

El panafricanismo de Marley logró concretar el sueño de unidad africana a través de la música mediante la creación de redes transnacionales de solidaridad, el apoyo directo a movimientos de liberación y el desarrollo de una pedagogía popular que trascendió fronteras geográficas y culturales. Su legado demuestra que la expresión artística puede funcionar como herramienta efectiva de transformación política y social, materializando ideales abstractos en acciones concretas que impactan procesos históricos reales.

3. Democracia participativa y empoderamiento popular

3.1. La música como espacio democrático

Marley concebía los conciertos y la experiencia musical como espacios de democracia participativa. El concepto de «*One Love*» no representaba únicamente un ideal espiritual, sino una propuesta de reorganización social basada en la participación igualitaria y el reconocimiento mutuo. Esta visión se materializó en eventos como el concierto «*One Love Peace Concert*» de 1978, donde logró reunir a líderes políticos jamaicanos enfrentados, demostrando el potencial mediador de la música en conflictos políticos²⁷.

El concierto se convirtió en un hito y en un lugar común para referirse a la música como una herramienta para la paz, logrando lo que muchos otros actos no habían logrado, detener la violencia y reunir a líderes políticos de bandos distintos²⁸.

Ese espacio donde todos caben, donde al unísono se entonan las canciones que provocan emociones que sintonizan a personas quizá de pensamientos distintos, pero con el

27 MORDECAI, Rachel, «“The same bucky-massa business”: Peter Tosh and I-an-i at the one love peace concert», 2008.

28 NEWBY, Imogen, «What is the Importance of Reggae Music to Jamaican Social Cohesion, Nationalism, and Identity?», *Verein Nihil Addendum Fakultät für Politikwissenschaft und Soziologie*, Universität Innsbruck, 2016, p. 53.

objetivo común de la paz, casi como una sintonía neuronal masiva, esa es la fuerza de la música a nivel colectivo.

3.2. Educación popular y conciencia jurídica

A través de su música, Marley desarrolló un programa de educación popular que incluía la alfabetización jurídica de las masas. Canciones como «*Redemption Song*» (1980) funcionaban como herramientas pedagógicas que transmitían conceptos complejos sobre libertad, autodeterminación y derechos colectivos: «*Emancipate yourselves from mental slavery / None but ourselves can free our minds*».

Esta pedagogía musical contribuyó a la formación de una conciencia jurídica popular que trascendía las limitaciones del analfabetismo formal, creando espacios alternativos de conocimiento legal y participación democrática.

La idea de que la pedagogía musical trasciende las limitaciones del analfabetismo formal para crear conciencia jurídica popular encuentra en Bob Marley un caso paradigmático. En la Jamaica de los años 1970, donde el sistema educativo fue lento en llegar a la mayoría de los jamaicanos hasta principios de los años 1970 y aproximadamente el 42 % de la población adulta de Jamaica no era alfabetizada funcionalmente en 1962, la música se convirtió en un vehículo alternativo de transmisión de conocimiento legal y conciencia democrática²⁹.

Un sistema dual de educación, caracterizado por escuelas primarias dirigidas por el gobierno y escuelas secundarias privadas, efectivamente excluyó a una gran parte de la población. Esta exclusión educativa creó una brecha entre el conocimiento jurídico formal y las necesidades de las masas populares jamaicanas.

En este contexto, el poder de influencia de Marley venía de sus letras que abordaban la injusticia social y económica, funcionando como un sistema educativo paralelo que compensaba las deficiencias del sistema formal.

La tradición oral jamaicana, reforzada por las limitaciones de alfabetización, encontró en la música de Marley un

29 GIOVANNETTI TORRES, Jorge L., *Sonidos de condena: sociabilidad, historia y política en la música reggae de Jamaica*, Siglo XXI, 2001.

vehículo sofisticado para transmitir conceptos jurídicos complejos. La estructura musical facilita la memorización de contenidos jurídicos complejos. El *reggae* permitía la interiorización de conceptos legales a través del ritmo corporal, los coros facilitaban la memorización de principios jurídicos fundamentales, las melodías pegajosas aseguraban la retención de información legal compleja³⁰.

Algunos ejemplos de ellos con «*I Shot the Sheriff*» como una narrativa de legítima defensa y crítica al abuso policial, «*Exodus*» como el derecho de migración y refugio, «*No Woman No Cry*» como el derecho a la resistencia y la solidaridad comunitaria, la ya citada «*One Love*» como una teoría de la democracia participativa.

Los patios de *Trench Town* donde se tocaba esta música funcionaban como aulas públicas, el ágora caribeña. Los *Sound Systems* como una especie de universidad popular.

En 1978, Bob Marley luchó por una campaña de paz después de años de violencia política en su tierra natal. Para el ícono del *reggae*, no se trataba solo de acabar con los asesinatos, sino de construir una Jamaica mejor.

La pedagogía musical de Bob Marley representó una revolución epistemológica que democratizó el acceso al conocimiento jurídico. Al utilizar la música como vehículo de transmisión de conceptos legales complejos, Marley creó un sistema educativo alternativo que trascendió las limitaciones del analfabetismo formal y estableció nuevas formas de participación democrática.

Este modelo demuestra que la conciencia jurídica no depende exclusivamente de la educación formal, sino que puede desarrollarse a través de prácticas culturales que conecten el conocimiento abstracto con las experiencias concretas de las comunidades. La música, en este contexto, no es solo entretenimiento, sino una herramienta poderosa de educación cívica y construcción democrática.

El reconocimiento oficial de la obra de Marley a través de su inclusión en el Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO representa la institucionalización jurídica de su legado. Este proceso demuestra cómo

30 GIOVANNETTI TORRES, Jorge L., «Evolución social, identidades y política del *reggae* en Jamaica», *Revista de Ciencias Sociales* 4, 1998, p. 174.

las contribuciones artísticas a la justicia social pueden adquirir reconocimiento legal formal y protección jurídica internacional³¹.

Tribunales internacionales y cortes constitucionales han citado implícita y explícitamente la obra de Marley en decisiones relacionadas con libertad de expresión, derechos culturales y justicia social³². Su legado ha contribuido a expandir la comprensión jurisprudencial de cómo la expresión artística puede constituir una forma legítima de participación política y reivindicación de derechos³³.

Es necesario reconocer las limitaciones y contradicciones en el discurso de justicia de Marley. Su visión, profundamente influenciada por el patriarcado rastafari, presentaba elementos problemáticos en términos de igualdad de género. Además, su énfasis en soluciones espirituales podía minimizar la importancia de reformas institucionales concretas.

Sin embargo, estas limitaciones no invalidan sus contribuciones fundamentales a la conceptualización de la justicia social, sino que las contextualizan dentro de las contradicciones propias de su época y formación cultural.

4. Conclusiones

Bob Marley desarrolló una conceptualización original de la Justicia que integró elementos del Derecho natural, la filosofía rastafari, el panafricanismo y la democracia participativa. Su obra musical funcionó como un laboratorio de experimentación jurídica y social, anticipando desarrollos posteriores en el Derecho internacional de los Derechos humanos y contribuyendo a la formación de una conciencia jurídica popular global.

31 SILVA, Moacir Domingos da, «Get up, stand up: análise do discurso de resistência no reggae de Bob Marley», 2019.

32 HERREN, Jaime, «Ormsby v. Barrett No. CV07 5305 RBL, slip op., 2008 WL 53119 (WD Wash. Jan. 2, 2008)», *Intell. Prop. L. Bull.* 12, 2007, p. 251.

33 HERNANDEZ-LOPEZ, Ernesto, «Global Justice, History, and Law: Between FELA's Teachers Teaching "Nonsense" and Bob Marley's "Small Axe" for a Big Tree», *Cal. W. Int'l LJ* 42, 2011, p. 265.

El legado de Marley demuestra que la expresión artística puede constituir una forma legítima y efectiva de participación en la construcción del Derecho y la transformación social. Su influencia perdura en movimientos contemporáneos de justicia social, procesos de democratización y la evolución del Derecho internacional, confirmando la capacidad del arte para trascender sus límites estéticos y convertirse en agente de cambio jurídico y político.

La obra de Marley nos recuerda que la Justicia no es únicamente una categoría jurídica formal, sino también una aspiración cultural, una práctica comunitaria y una expresión creativa que puede encontrar en la música uno de sus vehículos más poderosos de realización y transformación social.

5. Bibliografía

- CALVI, Juan C.**, «La industria de la música, las nuevas tecnologías digitales e Internet. Algunas transformaciones y salto en la concentración», *Zer: Revista de estudios de comunicación*= *Komunikazio ikasketen aldizkaria* 11.21, 2006.
- CUSTODIO, Nilton y CANO-CAMPOS, María**, «Efectos de la música sobre las funciones cognitivas», *Revista de Neuro-psiquiatría* 80.1, 2017, pp. 60-69.
- ESTEBAN-GUITART, Moisés; LALUEZA, José Luis; SÁNCHEZ, José Eduardo**, «Pedagogías para la inclusión educativa y la justicia social desde una perspectiva sociocultural», *CS, Cali*, n. 44, a14, diciembre de 2024.
- FRITH, Simon**, «Hacia una estética de la música popular», *Las culturas musicales. Lecturas en etnomusicología*, 2001, pp. 413-435.
- GARCÍA CAMPOS, José Luis**, «Procesos interculturales en la comunicación digital y las transformaciones de la industria musical», *Sphera Pública* 4, 2004, pp. 101-118.
- GARZARELLI, Jorge Gilberto**, «La música: un lenguaje universal», *Psicología y Psicopedagogía*, 1999.
- GIMÉNEZ, Sofía Delia**, «Música y memoria», *Intersecciones PSI* 34.2, 2011.

- GIOVANNETTI TORRES, Jorge L.**, «Evolución social, identidades y política del reggae en Jamaica», *Revista de Ciencias Sociales* 4, 1998, pp. 174-199.
- GIOVANNETTI TORRES, Jorge L.**, *Sonidos de condena: sociabilidad, historia y política en la música reggae de Jamaica*, Siglo XXI, 2001.
- SECUL GIUSTI, Cristian Eduardo**, «Un rock intertextual: Bob Dylan en el discurso de Alberto Fernández», *Hologramática* 35.1, 2021, pp. 21-43.
- HERNANDEZ-LOPEZ, Ernesto**, «Global Justice, History, and Law: Between FELA's Teachers Teaching "Nonsense" and Bob Marley's "Small Axe" for a Big Tree», *Cal. W. Int'l LJ* 42, 2011.
- HERREN, Jaime**, «Ormsby v. Barrett No. CV07 5305 RBL, slip op., 2008 WL 53119 (WD Wash. Jan. 2, 2008)», *Intell. Prop. L. Bull.* 12, 2007.
- HERRERA, María del Socorro**, «Los Rastafari de Jamaica: movimiento social de resistencia», *América Negra* 9, 1995, pp. 109-134.
- LOBO, Manuel Castro**, «El aporte de la música Latinoamericana a la música universal», *Revista Estudios* 11, 1994, pp. 71-75.
- LÓPEZ BARRAZA, Andrea**, *Creando espacios: nociones de educación artística para la justicia social en profesores de artes visuales y música en Chile*, Editorial Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá, 2023.
- MACLEOD, Erin C.**, «4. Africa unite, Bob Marley, media, and backlash», *Visions of Zion*, New York University Press, 2014, pp. 126-166.
- MORDECAI, Rachel**, «"The same bucky-massa business": Peter Tosh and I-an-i at the one love peace concert», 2008.
- MOSKOWITZ, David V.**, *Bob Marley: a biography*, Bloomsbury Publishing USA, 2007.
- MURRELL, Nathaniel Samuel, SPENCER, William David y McFARLANE, Adrian Anthony** (Eds.), *Chanting down Babylon: the Rastafari reader*, Temple University Press, 1998.

- NEWHEY, Imogen**, «What is the Importance of Reggae Music to Jamaican Social Cohesion, Nationalism, and Identity?», *Verein Nihil Addendum Fakultät für Politikwissenschaft und Soziologie*, Universität Innsbruck, 2016.
- ONYEBADI, Uche**, «Bob Marley: Communicating Africa's Political Liberation and Unity Through Reggae Music», *International Communication Research Journal*, 52.1, 2017.
- PASTOR PÉREZ, Víctor**, *Música para la justicia social: el flamenco como recurso para la intervención socioeducativa (de la tradición oral al academicismo)*, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Formación del Profesorado y Educación, Departamento de Educación Artística, Plástica y Visual, Madrid, 2022.
- PUTRI, Inike Tesiana y TRIYONO, Sulis**, «“We Shall Overcome” A Humanity Song by Roger Waters: Critical Discourse Analysis», *Humaniora* 30.2, 2018, pp. 119-127.
- RUEDA MUESES, Yully Maritza**, «Incidencia de la música en la transformación social y la construcción de paz en el territorio rural de Catambuco (Nariño-Colombia)», *Ricercare* 13, 2020, pp. 26-55.
- SILVA, Moacir Domingos da**, «Get up, stand up: análise do discurso de resistência no reggae de Bob Marley», 2019.
- SIMPSON, George Eaton**, «Religion and justice: some reflections on the Rastafari movement», *Phylon* (1960-), vol. 46, núm. 4, 1985, pp. 286-291.
- TATE, Billie Dee**, «Robert Nesta “Bob” Marley», en **BANGURA, Abdul Karim** (Ed.), *Contemporary Black Thinkers in the Diaspora and Their Conceptualizations of Africa*, Cham: Springer Nature Switzerland, 2024, pp. 111-134.
- TERRIQUEZ, Veronica**, «Trapped in the working class? Prospects for the intergenerational (im) mobility of Latino youth», *Sociological Inquiry*, 84.3, 2014, pp. 382-411.
- BENAVENTE VÉLIZ, Santos Cesarios**, «La cultura popular: la música como identidad colectiva», *Diálogo Andino-Revista de historia, geografía y cultura andina*, 29, 2007, pp. 29-46.

TAYLOR Verta y **VAN DYKE**, Nella «“Get up, stand up”: Tactical repertoires of social movements», *The Blackwell companion to social movements*, 2004, pp. 262-293.

ZAMORANO VALENZUELA, Felipe Javier, y **AROSTEGUI PLAZA**, José Luis, «Dualidades y contradicciones en los planes de estudios de formación del profesorado de Música. De la reproducción económica acrítica a la justicia social», *Revista Electrónica de LEEME*, Universidad de la Rioja, 2022.

13

HONOR, DIFAMACIÓN Y VENGANZA: LA INJURIA EN EL DERECHO ROMANO Y SU REPRESENTACIÓN EN LA SERIE *ROMA*

ANA VÁZQUEZ LEMOS

*Doctora en Derecho Romano y abogada ejerciente
en el ICA de Vigo
Universidade de Vigo*

1. Introducción

Rodada íntegramente en los míticos estudios *Cinecittà* donde también se filmaron grandes clásicos ambientados en la época romana como *Quo Vadis?* o *Ben-Hur*, la serie *Roma* de la HBO ofrece una representación visualmente impactante de los últimos años de la República Romana sin estar exenta de ciertas licencias narrativas. Entre las instituciones jurídicas que aparecen en la serie, la injuria destaca como un concepto clave del Derecho romano que regulaba los atentados contra el honor y la reputación. El Derecho romano ha sido un pilar fundamental en la tradición jurídica occidental, influenciando sistemas legales hasta la actualidad.

Este análisis se centra en dos casos representados en la serie que reflejan el alcance y las implicaciones de la injuria: la humillación de Servilia a manos de Atia y los discursos de Cicerón contra Marco Antonio. En el primer caso, Atia orquesta la humillación de Servilia, un acto que en Derecho

romano podría haber sido sancionado mediante una acción judicial por injuria, aunque factores políticos impidieron su persecución. En el segundo, *Las Filípicas* de Cicerón en las que se acusaba a Marco Antonio de corrupción y abuso de poder, podrían interpretarse como injurias desde un punto de vista legal, pero en el contexto de la lucha política fueron respondidas con la proscripción y la ejecución del orador. A través del estudio de estas situaciones y su comparación con las fuentes jurídicas romanas, este trabajo explora cómo la injuria era concebida y castigada en Roma, así como los límites entre la disputa política y la ofensa legal en una sociedad donde el honor y la reputación eran fundamentales.

2. La difamación y la injuria

2.1. Atia contra servilia

Afirma Gayo 3.320: «*cométese injuria no solo dando á alguno puñadas, palos ó azotes, sino también ultrajándolo con palabras, haciendo pregonar sus bienes por una deuda supuesta, ó escribiendo contra él libelos ó versos infamantes. También comente injuria el que sigue á una matrona o á un joven menor de diez y siete años (pretextatum), requiriéndole de amores y finalmente de otras muchas maneras*»¹.

Por otro lado, Ulpiano en D.47.10.1: «*Comentarios al Edicto, libro XVI injuria se dice de lo que se hace contra derecho. Todo lo que no es conforme a derecho se dice que se hace con injuria. Esto generalmente: la afrenta especialmente se llama injuria. Tal vez bajo el nombre injuria se significa el daño hecho por culpa, como solemos decir en la ley Aquilia. También solemos llamar injuria a la injusticia: pues cuando alguno pronuncia sentencia iniqua ó injusta, se dice injuriosa*

1 Gayo 3.320: «*Iniuria non solum committitur si quis alium pugnīs, fustibus vel verberibus laedat, sed etiam si eum verbis contumeliosis afficiat, bona eius pro falsa pecunia debita proscribi iubeat, aut contra eum libellos vel versus infamantes scribat. Item iniuriam facit qui matronam aut iuvenem infra septem et decem annos (pretextatum) sequitur eumque amore sollicitat, ac denique multis aliis modis*».

porque carece de justicia y no es conforme á derecho. Contumelia se dice de menosprecio»².

La disputa de Atia (madre de Octavio) y de Servilia (madre de Bruto) puede contextualizarse desde el punto de vista de la injuria en el ámbito del Derecho romano.

Atia y Servilia mantuvieron una rivalidad intensa a lo largo de la serie objeto de este estudio, pero el momento álgido se produjo cuando Atia, celosa y vengativa, orquestó la humillación y tortura pública de Servilia.

Así, Atia envió a sus matones para que capturasen y agrediesen brutalmente a Servilia en plena calle. La obligaron a arrastrarse por el suelo y a decir en voz alta que era prostituta, todo esto ante la mirada de los ciudadanos romanos³. Este acto de violencia era un atentado directo contra su honor, uno de los peores ataques que podía sufrir una mujer romana⁴.

En D.47.10.1.1 nos informa Ulpiano de que *«dice Labeón que se causa injuria de hecho ó de palabra: de hecho, siempre que se injuria valiéndose de las manos: de palabra cuando se expresa alguna cosa injuriosa sin ofensa del cuerpo»*⁵.

Por otro lado, en D.47.10.1.2: *«toda injuria ó se causa al cuerpo, á la dignidad de la persona, ó pertenece a la fama. Se causa al cuerpo cuando se hiere a alguno: á la dignidad cuando se acompaña contra su voluntad á la matrona*

2 D.47.10.1: *«Ulpianus libro LVI. ad Edictum.—Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo».*

3 ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Universidad de Málaga, 1998, p. 68.

4 Vid. MONTERO HERRERO, Santiago, *Los harúspices y la moralidad de la mujer romana*. Università di Pavia, 1993.

5 D.47.10.1.1: *«Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis; re, quoties manus inferuntur, verbis autem, quoties non manus inferuntur, convicium fit».*

Romana: á la infamia cuando se pretende alguna cosa contra la honestidad»⁶.

Después de la humillación, Servilia buscó venganza de manera pública y formal mediante un acto que en Roma tenía un gran peso: una *accusatio publica* (acusación pública y ritual).

En el episodio 9, temporada 2 que llevó por título *Deus Impeditio Esuritori Nullus*, Servilia se arrodilló frente a la casa de Atia y pronunció una maldición ritual contra ella y su familia. Acto seguido se apuñaló en el pecho en un acto de suicidio dramático y desafiante. Atia permaneció en el interior de su casa contemplando la escena a través de la puerta aparentemente impenetrable, pero quedó visiblemente afectada.

Este episodio marcó el culmen de la rivalidad entre ambas mujeres y el trágico final de Servilia, quien eligió como forma de vencer a Atia una maldición imborrable en la memoria de Roma.

No existe una evidencia histórica clara o detallada de una disputa directa entre estas dos mujeres que implique los mismos eventos que se muestran en la serie, como los enfrentamientos personales tan explícitos, las agresiones físicas o el suicidio de Servilia en la puerta de Atia. Sin embargo, se pueden identificar ciertos elementos históricos que influyen en la creación de esa rivalidad⁷.

Atia era la madre de Octavio quien luego se convertiría en el primer emperador de Roma, Servilia, por el contrario, era la madre de Marco Junio Bruto, uno de los conspiradores en el asesinato de Julio César.

La enemistad entre Julio César y los Junios (la familia de Servilia) era conocida, ya que Julio César había tenido una relación amorosa con Servilia, además había tenido conflictos políticos con la familia de Bruto. Esta enemistad política

6 D.47.10.1.2: «*Omnemque iniuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam perlinere; in corpus lit, quum quis pulsatur, ad dignitatem, quum comes matronae abducitur, ad infamiam, quum pudicitia alienatur*».

7 CAÑAS PELAYO, Marcos Rafael, *Incapaz de gobernarse a sí misma: Roma de HBO cannot rule itself*, Universidad de Córdoba, 2021: <https://journals.uco.es/seriarte/article/download/15172/14158?inline=1> (fecha de consulta: 29 de marzo de 2025).

es la base histórica que podría haber alimentado la representación en la serie⁸.

En cuanto al interrogante de por qué Atia no enfrentó consecuencias legales por lo que había hecho, no es una pregunta de fácil respuesta.

En D. 47.10.6. «*Paulo Comentarios al Edicto*», libro LV se afirma que «esta constitución del Senado es necesaria cuando no se expresa el nombre de aquel á quien se injuria; pues como en este caso es difícil la prueba, quiso el Senado que cualquiera del pueblo pudiese acusar. Pero si se expresó el nombre, también se podrá usar de la acción de injuria por derecho común; porque no se le ha de prohibir a la persona que pida en juicio particular, lo que le es perjudicial por juicio público, porque pertenece á la causa particular. Pero si se pidió en juicio público, se ha de denegar el particular; y si se pide por este, se denegará que se pida en juicio público»⁹.

De conformidad con este pasaje, Servilia tenía varias opciones. Si Servilia no hubiese identificado, por cualquier motivo, a Atia como la autora de la injuria, cualquier miembro del pueblo romano (entendiéndose por tal aquellos que tuvieran la ciudadanía) podría haber intervenido en su nombre y presentado la acusación de injuria en un juicio público, según lo dispuesto en el Senado¹⁰.

En cambio, si Servilia hubiese identificado plenamente a Atia como la autora de la injuria, podría haber ejercitado una acción privada, siguiendo el procedimiento de derecho común. Esto le habría permitido tener la iniciativa y presentar

8 CASCAJOSA VIRINO, Concepción, «No es televisión, es HBO: La búsqueda de la diferencia como indicador de calidad en los dramas del canal HBO», *Zer*, núm. 21, pp. 22-33.

9 D.47.10.6: «*Paulus libro LV ad Edictum-quod Senatus consultum necessarium est, quum nomen adiectum non est eius, in quem factum est, tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit Senatus publica quaestione rem vindicari. Ceterum si nomen adiectum sit, ei iure communi iniuriarum agi poterit; nen emin prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinent. Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso*».

10 HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, *Derecho Romano*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp.123 y 124.

su caso para exigir la reparación de su honor, su reputación y su dignidad.

La razón por la cual Servilia no recurrió a ninguna de estas dos opciones puede atribuirse a diversos factores dentro del contexto romano y de la trama de la serie *Roma*.

Quizás el más importante es el poder de Atia y de la familia Julio-Claudia. Atia de los Julios estaba directamente vinculada a una familia poderosa como la de Octavio, lo que le confería una considerable inmunidad frente a la justicia. Servilia, aunque noble, no contaba con la misma influencia política.

La presión política de la familia de Atia podría haber disuadido también a Servilia de presentar una denuncia formal, ya que de hacerlo podría interpretarse como un desafío a la nueva élite política.

A esto habría que añadir la dificultad probatoria de las acusaciones por injuria en situaciones tan complejas como las intrigas políticas y sociales que rodeaban a Atia y a Servilia.

Por otro lado, en la sociedad romana, la reputación y el honor eran de importancia crucial¹¹. Servilia al ser una mujer de la nobleza romana, podría haber sentido que un juicio no sería la forma correcta de abordar la afrenta a su honor y que una venganza privada o un acto simbólico como el suicidio podrían tener más impacto que cualquier denuncia pública.

2.2. Cicerón contra Marco Antonio

En el año 43 a.C., Cicerón, uno de los más influyentes oradores y políticos romanos, acusó públicamente a Marco Antonio (aliado político de Julio César) de corrupción, abuso de poder y de ser una amenaza para la República, en una serie de discursos que pasaron a la historia como *Las Filípicas*.

En la serie de *Roma* de la HBO el código moral de Cicerón es un tema central, ya que se presenta como un férreo defensor de la república romana y un feroz crítico de Marco

11 MOMMSEN, Theodor; MARQUART, Joseph; (Trad: DUQUESNE, Jacques), *Manuel des antiquités romaines, le droit penal romain*, París, 1907, p. 190.

Antonio. Aunque la serie no se adentra demasiado en los detalles de *Las Filípicas*, muestra la constante lucha de Cicerón por evitar que Marco Antonio acabe con lo que queda de la República Romana tras el asesinato de César.

Cicerón en la serie es representado como un hombre profundamente comprometido con la idea de la libertad republicana. Al ver que Marco Antonio podría convertirse en un tirano similar a Julio César, decide lanzar una crítica pública y legal en su contra.

Múltiples son los pasajes que se pueden citar de *Las Filípicas*, pero nos ceñiremos a este en particular: F.2.6: «*pero estímesse beneficio, pues de un ladrón no se puede recibir otro mayor; ¿en qué puedes llamarme ingrato? ¿Acaso por no parecerte ingrato no debí lamentar la destrucción de la república? Y en aquellas quejas tristes y dolorosas que necesariamente había de expresar en este puesto al que el Senado y el pueblo romano me han elevado ¿he dicho algo que te ofenda? ¿No empleé lenguaje moderado y amistoso? ¿Pude estar más templado cuando quejándome de ti me abstuve de toda invectiva, sobre todo habiendo tú disipado los últimos recursos de la república; cuando en tu casa, como en vergonzoso mercado, todo se vendía; cuando confesabas que, leyes jamás promulgadas, las publicabas tú y en beneficio tuyo; cuando anulaste, siendo augur, los auspicios, y siendo cónsul la oposición tribunicia; cuando te rodeaba una chusma odiosa de hombres armados; cuando, consumidas y gastadas tus fuerzas por la embriaguez y la lujuria, profanabas a diario con los más torpes excesos la casa que había sido siempre morada de honestidad y virtud*»¹².

12 CICERÓN, Marco Tulio, *Filípicas* (Trad: BAUTISTA CALVO, Juan) Planeta, Madrid, 1994, p. 30: «*sed sit beneficium, quandoquidem maius accipi a latrone nullum potuit; in quo potes me dicere ingratum? An de interitu rei publicae queri non debui, ne in te ingratus viderer? At in illa querella misera quidem et luctuosa, sed mihi pro hoc gradu, in quo me senatus populusque Romanus collocavit, necessaria quid est dictum a me cum contumelia, quid non moderate, quid non amice? Quod quidem cuius temperantiae fuit, de M. Antonio querentem abstinere maledictis! praesertim cum tu reliquias rei publicae dissipavisses, cum domi tuae turpissimo mercatu omnia essent venalia, cum leges eas, quae numquam promulgatae essent, et de te et a te latas confiterere, cum auspicia augur, intercessionem consul sustulisses, cum esse foedissime stipatus armatis, cum omnis impuritates inpudica in domo cotidie susciperes vino lustrisque confectus*».

En el episodio 10 de la primera temporada que llevaba por título *Triumph* se produce una escena muy significativa relacionada con un pasaje como este. En este punto de la serie, Marco Antonio ha asumido una posición de poder y está actuando de manera cada vez más autoritaria.

La escena en cuestión se desarrolla en el Senado romano, en donde uno de los senadores lee una carta de Cicerón dirigida a Marco Antonio.

En la carta Cicerón acusa a Marco Antonio de ser un borracho y de estar sumido en excesos y vicios personales. Se menciona explícitamente su comportamiento embriagado, lo que es una de las formas en que Cicerón intenta descalificar a Marco Antonio no solo como político, sino también como persona digna de gobernar Roma.

Después de que la carta es leída, los senadores presentes reaccionan de distintas maneras. Algunos aplauden y se sienten envalentonados por el ataque a Marco Antonio.

Ahora bien, ¿es esto una injuria desde el punto de vista del Derecho romano? Desde una perspectiva estrictamente jurídica, lo que Cicerón está haciendo es lanzar una acusación pública contra Marco Antonio, una acusación que podría considerarse una injuria en términos legales si se hiciera de manera no justificada o calumniosa. Sin embargo, en el contexto político romano, especialmente con figuras públicas como la de Marco Antonio, estas injurias podrían ser vistas como una forma de disputa política legítima¹³.

Por lo tanto, en cuanto a si es una injuria en sentido estricto, el hecho de que Cicerón esté hablando de hechos concretos y situaciones que podrían ser consideradas como incívicas o deshonorosas podría impedir su calificación como injuria, que implicaría calumnias o acusaciones sin fundamento si nos ceñimos a la definición de los juristas clásicos como Gayo o Ulpiano.

El delito de injuria llevado a cabo por medio de la palabra y sus consecuencias fueron sendas cuestiones que se abordaron ya en la Ley de las Doce Tablas.

13 Vid. ESCUTIA ROMERO, Raquel, *Régimen jurídico de la difamación escrita en el Derecho Romano*. UCM, Madrid 2008, p. 11.

Era especialmente grave la llevada a cabo por medio de cánticos en los cuales bastaba con mencionar alguien, de forma que se le reconociera.

Afirma Paulo en sus Sentencias PS 5.4.15: «*el que ha compuesto un canto famoso para injuria de alguien o cualquier otro canto por el cual se le reconozca, es llevado a la isla por la autoridad del más distinguido rango; porque es importante que la opinión pública venga la infamia de toda canción inmunda*»¹⁴.

Aunque Cicerón no fue deportado a ninguna isla, sabemos que su ejecución se llevó a cabo en el marco de la proscripción, que fue una política llevada a cabo en el contexto del Segundo Triumvirato (formado por Marco Antonio, Augusto y Lépido) y en el que se elaboró una lista de personas que consideraban enemigas del Estado y que podían ser ejecutadas sin juicio.

En el año 43 a.C., Cicerón fue capturado y ejecutado en su villa de Formia (cerca de Roma) por orden de Marco Antonio.

En la práctica, Marco Antonio utilizó la proscripción como un mecanismo para vengar las injurias públicas que Cicerón le había dirigido.

La severidad del castigo (ejecución en lugar de exilio) se debe a que la proscripción era una medida extrema a la que recurrir en tiempos de crisis política.

En los demás casos, la acción por injurias traía como consecuencia la consideración como *inestabilitis*. Así, como recoge Arcadio, el condenado por algún libelo infame era incapacitado para ser testigo.

D.22.5.21: «*el condenado por algún libelo infame se incapacita para ser testigo*»¹⁵.

Y en el mismo sentido, D.28.1.18.1 Ulp. 1 ad Sab: «*si alguno fuese condenado por algún libelo infamatorio, se expresó en*

14 P.S 5.4.15: «*Qui carmen famosum in iniuriam alicuius vel alia quaelibet cantica, quo agnosci possit, composuerit, ex auctoritate amplissimi ordinis in insulam deportatur: interest enim publicae disciplinae opinionem uniuscuiusque a turpi carminis infamia vindicare*».

15 D.22.5.21 Arcad. 1.s de test: «*ob Carmen famosum damnatus instabilitas fit*».

un Senadoconsulto, que sea inestable, luego tampoco podrá hacer testamento ni ser testigo en el mismo»¹⁶.

Aquí la pena aparejada al delito de injuria era la imposibilidad de otorgar testamento y tomar parte como testigo.

A Cicerón no se le impusieron estas penas de *inestabilitas* porque su condena no fue resultado de un proceso judicial ordinario, sino de, como ya hemos señalado en párrafos precedentes, de una proscripción política.

Estos textos del *Digesto* aluden a las penas para los acusados formalmente por injuria o libelos difamatorios en el contexto de un proceso judicial.

La proscripción no era ninguna sentencia o decisión jurídica, sino una suerte de lista negra de enemigos políticos que, como también hemos apuntado ya, podían ser eliminados sin necesidad de un juicio previo.

3. Conclusiones

El análisis de la injuria en Derecho romano y su representación en la serie *Roma* permite comprender la importancia del honor y la reputación en la sociedad romana, así como las consecuencias legales y políticas que podía acarrear su vulneración.

El caso de Atia y Servilia ilustra como la injuria no solo se limitaba a las agresiones físicas, sino también a ataques contra la dignidad y la fama de una persona. Si bien en la teoría jurídica romana existían mecanismos para castigar estos actos mediante acciones privadas o públicas, en la práctica, factores como el poder político y la influencia social podían impedir que la justicia actuara. La impunidad de Atia refleja esta realidad, en la que la posición de una persona dentro de la jerarquía romana podía determinar el alcance de la aplicación de la ley.

Por otro lado, la disputa entre Marco Antonio y Cicerón demuestra que, en el ámbito político, la injuria adquiría un matiz distinto. Aunque los ataques verbales de Cicerón con-

16 D.28.1.18.1 Ulp. 1 ad Sab: «*si quis ob Carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*».

tra Marco Antonio podrían haber sido considerados injuriosos desde un punto de vista legal, en el contexto romano estas acusaciones formaban parte del juego político. Sin embargo, la respuesta de Marco Antonio mediante la proscripción y la ejecución de Cicerón demuestra como la injuria podía tener consecuencias extremas fuera del ámbito jurídico y convertirse en una cuestión de vida o muerte en las luchas de poder de la República.

En definitiva, la serie *Roma* ofrece una versión dramatizada pero ilustrativa de cómo la injuria operaba en distintos niveles de la sociedad romana. A través del estudio de fuentes jurídicas como el *Digesto* se puede constatar que la protección del honor era un aspecto fundamental para el Derecho romano, aunque su aplicación efectiva dependía en gran medida del contexto político y social. Esto evidencia que, más allá de la norma escrita, la justicia en Roma estaba profundamente influenciada por el poder y la posición de los individuos dentro de la sociedad.

4. Bibliografía

- CAÑAS PELAYO, Marcos Rafael**, *Incapaz de gobernarse a sí misma: Roma de HBO cannot rule itself*, Universidad de Córdoba, 2021, <https://journals.uco.es/seriarte/article/download/15172/14158?inline=1> (fecha de consulta: 29 de marzo de 2025).
- CASCAJOSA VIRINO, Concepción**, «No es televisión, es HBO: La búsqueda de la diferencia como indicador de calidad en los dramas del canal HBO», *Zer*, núm. 21, 2006.
- CICERÓN, Marco Tulio**, *Filípicas* (Trad: BAUTISTA CALVO, Juan) Planeta, Madrid, 1994.
- ESCUTIA ROMERO, Raquel**, *Régimen jurídico de la difamación escrita en el Derecho Romano*, UCM, Madrid 2008.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso**, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889.
- GAYO, C.**, (*Gaius*). *Institutionum Iuris Civilis* (Trad.: MARÍA RIVERO, Nicolás), Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Calle de la Manzana, núm. 14, Madrid, 1845.

HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, *Derecho Romano*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

MOMMSEN, Theodor; MARQUART, Joseph; (Trad: DUQUESNE, Jacques), *Manuel des antiquités romaines, le droit pénal romain*, París, 1907.

MONTERO HERRERO, Santiago, *Los harúspices y la moralidad de la mujer romana*. Università di Pavia, 1993.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Universidad de Málaga, 1998.

14

BEN-HUR EN EL CINE PARA EL APRENDIZAJE Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO

ELIZABETH MENDOZA MORALES

*Abogada y Profesora Investigadora Titular en
Licenciatura y Postgrado*

Universidad Autónoma de Querétaro

1. Acerca de las metodologías activas en el Derecho

Al reflexionar acerca del aprendizaje del Derecho centrado en el estudiantado, así como en la enseñanza dinámica de lo jurídico impulsada por el profesorado, las palabras «*innovación*» y «*creatividad*» son dos términos que, invariablemente, encabezan la lista de acepciones a considerar. Pensar con detenimiento los medios que permiten lograr los fines para una enseñanza del Derecho crítica y propositiva, implica un permanente e inacabado esfuerzo en el cual diversos factores convergen, a saber: ambientes de aprendizaje, los cuales van desde culturales y académicos, hasta contextos de aprendizaje como curriculares y estructurales. De esta manera se torna evidente la necesidad de coadyuvar a la cátedra magistral trascendente con otras metodologías activas, las cuales precisan ser instrumentadas en atención a los fines del aprendizaje del estudiantado, así como en razón de la planificación docente del profesorado. Al respecto cabe precisar que las

Metodologías Activas (en adelante, MA's) son una serie de conjuntos de técnicas y estrategias didácticas empleadas con fines educativos orientadas a cómo lograr el aprendizaje efectivo del estudiantado¹. Las MA'S enfatizan en varios ejes fundamentales, como son la comunicación efectiva, la realización de actividades significativas, la participación activa en la clase y también fuera de ella, así como la autonomía en el aprendizaje del estudiantado, siempre impulsada y estimulada por el profesorado. En la educación superior y desde luego, en los procesos de enseñanza y aprendizaje del Derecho, las MA'S han pasado a ser un elemento clave en la evolución de la educación jurídica, circunstancia que observarse en una tendencia regional, así como global. Estas estrategias pedagógicas, colocan al estudiantado como protagonista del aprendizaje, fomentando con ello una implicación activa, crítica y reflexiva². En conjunto, estos métodos, estas técnicas y dichas estrategias empleadas por el cuerpo docente permiten concretar el objetivo de convertir el proceso de enseñanza en actividades que fomenten la participación activa del estudiantado y lo conduzcan al aprendizaje. En las MA's, el estudiantado tiene un rol activo, en el que pasa a descubrir, a procesar, a aplicar y, sobre todo, a crear, transitando de una concepción de información o de aprendizaje, a ser partícipe de sus procesos de aprendizaje. Es evidente que el diseño y la instrumentación de las MA's en atención a los objetivos del aprendizaje implica una gran labor del profesorado en tanto que aplica diferentes actividades en las que hace partícipe al alumnado, no sólo de su propio aprendizaje sino también del de sus compañeras y compañeros. Cada metodología activa enfatiza en aspectos específicos, por lo que deben identificarse muy bien, tanto los contextos en los cuales sucederá el aprendizaje, como las características de su implementación y, sobre todo, los alcances y las limitaciones, así como las propias posibilidades de tiempo y de recursos; todo ello, en conjunto, permitirá determinar qué metodología activa se usará en atención a los objetivos que se han planteado. En igual orden de ideas, es preciso destacar que en la implementación de las MA's se actualiza

-
- 1 CROUS, Gemma *et al.*, «Metodologías activas en la educación superior: el caso de la docencia no-presencial durante la pandemia de la Covid-19», *Educatio Siglo XXI*, vol. 42, núm. 1, 2024, p. 297.
 - 2 MAYORGA-ASES, María José *et al.*, «Estudio sobre la implementación de metodologías activas en la educación superior: beneficios y desafíos», *Digital Publisher CEIT*, vol. 9, núm. 4, 2024, p.198.

un cambio en los roles del profesorado y del estudiantado en virtud de los entornos de aprendizaje centrados en este último. Por cuánto ve al rol docente, permea un cambio de transmisor de conocimientos, fuente principal de información y fuente de todas las respuestas, a facilitador del aprendizaje, guía y colaborador, en tanto protagonista del proceso de aprendizaje. Por cuánto ve al rol estudiantil, se actualiza un cambio que va de una recepción pasiva de la información y del conocimiento, así como del aprendizaje entendido como actividad individual a una participación activa, plena, y consciente del proceso de aprendizaje, en la cual se asume como capaz de construir conocimientos propiciando procesos colaborativos conjuntos con otros sujetos de conocimiento que le acompañan. Es fundamental destacar que este cambio de roles de estudiantes y docente se evidencia en la planificación de la enseñanza del derecho, definida sobre la base de MA's que permiten de manera efectiva posicionar al estudiante en su rol protagónico sobre el aprendizaje.

2. Emplear MA's en el aprendizaje y la enseñanza del Derecho ¿para qué?

Repensar el aprendizaje y la enseñanza del Derecho implica destacar tres ideas: una, es necesario reconocer que la educación jurídica no puede versar en una sola forma de enseñanza como durante siglos se ha implementado, esto es, la cátedra magistral dogmática; dos, es fundamental reconocer e identificar la naturaleza de los cursos y las materias para determinar la instrumentación de metodologías innovadoras que coadyuven con el logro de los aprendizajes, superando la hegemonía de una enseñanza vertical centrada en el profesorado; y tres, conocer las MA's e instrumentarlas a partir de una planificación consciente, implica el éxito de las mismas en atención a los objetivos del aprendizaje del estudiantado de Derecho. Así, al emplear MA's en la enseñanza del Derecho: se coadyuva en el desarrollo del pensamiento crítico del alumnado, motivándolo en su proceso de aprendizaje; cada estudiante se convierte en un elemento activo y eje dentro del proceso del aprendizaje, superando la enseñanza basada exclusivamente en la memorización; se vinculan los intereses del alumnado con los contenidos académicos impulsando su autonomía; se refuerza la participación, el debate

y la cooperación, lo cual tiene un impacto en la mejora de las habilidades sociales y competencias comunicativas, fundamentales en el ejercicio jurídico; igualmente, se favorece la identificación creativa de conceptos y el desarrollo de un criterio propio. Ahora bien, las MA's permiten la articulación de los diferentes elementos que conforman la experiencia formativa del jurista en formación y, a su vez, están basadas en teorías de aprendizaje centradas en cada estudiante. Una teoría a destacar es la constructivista misma que, a su vez, es la base de otra propuesta y ésta es la de una pedagogía jurídica constructivista³, ya que es *posible «considerar que el constructivismo destaca el rol activo del alumno en el proceso de aprendizaje. Señala que el conocimiento se adquiere por un proceso de construcción, no absorción o acumulación de información proveniente del exterior y destaca que el modelo constructivista está centrado en la persona, en sus experiencias previas, a partir de las que procesa otras construcciones mentales o cognitivas»*⁴, sobre la cual se sostiene y fundamenta la idea de las MA's aplicadas al Derecho. En ella se reflexiona sobre cómo, actualmente, las estrategias tradicionales de enseñanza se encuentran desfasadas de las necesidades de aprendizaje del Derecho, por lo que no permiten dar respuesta a los supuestos formativos de los actuales estudiantes universitarios. En suma, uno de los más grandes desafíos para la docencia jurídica universitaria es transitar de un enfoque del proceso de enseñanza aprendizaje que transmite información a uno que promueve la participación del estudiantado de Derecho, permitiendo que éste construya y reconstruya conocimiento guiado y acompañado por el docente. Así, las metodologías activas en el Derecho son enfoques pedagógicos que promueven la participación, pensamiento crítico y resolución de problemas jurídicos reales⁵.

3 Véase: MENDOZA MORALES, Elizabeth, tesis doctoral *«Pedagogía jurídica y constructivismo. Aportes para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho»*, Querétaro, 2022.

4 MENDOZA MORALES, Elizabeth, «El constructivismo en el ámbito jurídico al margen de la enseñanza y el aprendizaje del Derecho en México», *Vitam. Revista de Investigación en Humanidades*, vol. 1, núm. 2, 2019, p. 14.

5 SEGURA, Francesc Rodrigo e IBARRA RIUS, Noelia, «Educación literaria y competencia digital mediante metodologías activas para la formación de los futuros docentes», *Educatio Siglo XXI*, vol. 40, núm. 3, 2022, p. 40.

En la educación jurídica y la enseñanza del Derecho, *«las teorías de aprendizaje centradas en el alumno han promovido el uso de las metodologías activas, en tanto estrategias didácticas a disposición de los docentes que son valiosas herramientas para transformar la docencia y el proceso de enseñanza aprendizaje»*⁶. Por ello, en Derecho, las MA's se entienden como un conjunto de recursos pedagógicos que el profesorado utiliza de manera organizada con el fin de alcanzar ciertos objetivos en el proceso de aprendizaje del estudiante en el marco de la educación jurídica. Uno de los propósitos principales de las MA's en el Derecho, es fomentar en el alumnado el desarrollo de competencias, especialmente el pensamiento crítico y la habilidad de aprender de manera independiente, categorías necesarias en la formación como juristas⁷. En el Derecho, las MA's *«responden a la necesidad de desarrollar competencias en los estudiantes que les permitan desenvolverse en el ámbito profesional conforme a las tendencias del mundo contemporáneo»*⁸. Entre las MA's incorporadas a la didáctica jurídica destacan el Análisis de Casos, el Aprendizaje basado en problemas (ABP), el Aula Invertida o *Flipped Classroom*, el Aprendizaje Basado en Proyectos, el Aprendizaje Basado en Investigación (ABI), el Aprendizaje Basado en Equipos (ABE) o *Team learning*, la Gamificación y las TIC's, así como el Cine y Derecho.

3. Ben-Hur y el cine como metodología activa para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho Romano

Como metodología activa para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho en la educación jurídica, *«el cine no debe considerarse de manera aislada, como una herramienta didác-*

6 SILVA QUIROZ, Juan y MATURANA CASTILLO, Daniela, «Una propuesta de modelo para introducir metodologías activas en educación superior», *Innovación educativa*, vol. 17, núm. 73, 2017, p. 118.

7 RAMOS MEZA, José Antonio, «Implementación de Metodologías Activas en el Derecho», en CÁCERES NIETO, Enrique (Coord.) *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del Derecho en el sistema romano-germánico. Tomo 6*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020, p. 638.

8 *Idem*.

*tica para apoyar contenidos académicos, sino como un nuevo actor en el proceso de enseñanza aprendizaje que conecta al estudiante y al docente en una propia realidad mediante que también conecta emociones, valores, sentidos e información»*⁹. Evidentemente la incorporación del cine como una estrategia innovadora para el aprendizaje y la enseñanza del Derecho es una práctica incluso recurrente en el proceso educativo jurídico. Por ello, uno de los rubros más importantes a destacar es el *cómo* se incorpora y el *para qué* se incorpora; más aún: de qué manera se vincula y se evalúa el aprendizaje a través de esta metodología y cómo se relaciona ello con los objetivos de aprendizaje del estudiantado de Derecho. Así cabe precisar que el cine se ofrece, en un primer momento al estudiantado de Derecho, como una forma de entretenimiento que permite captar su atención. Pero en subsecuentes momentos, el cine es un medio de análisis como objeto de estudio vinculado, en este caso, a la enseñanza del Derecho romano en el marco de la pedagogía jurídica constructivista.

De esta manera, el cine permite al estudiantado vincular los contenidos del Derecho romano de una manera más asequible y atractiva, lo cual faculta que el conocimiento complejo y extenso de los temas propios de dicha materia, sean comprendidos a través de un aprendizaje significativo mediado por la experiencia, la guía, la retroalimentación y el acompañamiento del profesorado, porque por sí mismo el cine o la película no harán todo. Ahora bien, con esta metodología también se estimula al estudiantado, permitiéndole construir una reflexión propia y necesaria a través del film, lo cual transversalmente también impacta en otras competencias, como la capacidad de análisis y la capacidad de razonamiento, categorías fundamentales en la formación jurídica.

Tales capacidades deben, urgentemente, ser estimuladas por el profesorado de Derecho como respuesta al uso indiscriminado de la Inteligencia Artificial (IA). El mensaje es claro: pensar por sí mismo, emplear la IA como una herramienta de apoyo, no de sustitución de capacidades intelectuales propias del estudiantado de Derecho en tanto ser humano, fundamentales en su formación y en su ejercicio profesional.

9 SÁNCHEZ TORRES, William Camilo, *et al.*, «El cine: una alternativa de aprendizaje», *Trilogía. Ciencia, Tecnología, Sociedad*, vol. 11, núm. 20, 2019, p. 40.

Así, el uso del cine como metodología activa prioriza el pensamiento analítico del estudiantado y actualiza un panorama de efectividad en el contexto del aprendizaje y la enseñanza del Derecho. Es decir, se debe crear una experiencia, ya que el cine y la película por sí mismos no lo hacen todo, por lo que es preciso vincular el antes, el durante y el después, como se referirá a continuación.

3.1. La propuesta de implementación: momentos

Un elemento fundamental para el éxito y el logro de los objetivos del aprendizaje de las y los estudiantes de Derecho a través del cine como metodología activa radica en la planeación; la propuesta innovadora de incorporar al séptimo arte no debe ser resultado de una improvisación o de una idea espontánea que no se vinculará plena y efectivamente con la materia, con los contenidos y con los fines del aprendizaje y la enseñanza jurídica. Por lo anterior, a continuación, se enuncia una propuesta de implementación a través de tres momentos.

3.1.1. Primer momento: el antes. contextualización y ¿por qué *Ben-Hur*?

En esta primera instancia, el presentar la película al grupo es fundamental. Para ello se sugiere que el abordaje del film se lleve a cabo en el marco del último momento del semestre, previo a las semanas de cierre del ciclo. Ello permitirá que las y los estudiantes tengan los conocimientos señalados en el Programa de Estudio y puedan identificarlos en la película. De esta manera, se propone que, progresivamente, el/la docente comience a enunciar la actividad, despertando en el alumnado la curiosidad de qué film será el que se abordará en el marco de la materia y, sobre todo, para qué. Durante este primer paso es fundamental, no sólo estimular la curiosidad del estudiantado, sino llevarle también a la reflexión de que, para vincular la película con la materia y viceversa, es necesario tener presentes los temas, los contenidos y las instituciones abordadas en ella. Así, al presentar el panorama de la película al alumnado, conviene señalar que la misma está inspirada en la novela homónima escrita en 1880 por

Lewis Wallace¹⁰, mismo que además de ser militar, era abogado y quien, curiosamente, fue diplomático en México¹¹. Posterior a ello, a través de un contexto histórico de *Ben-Hur* en la literatura, se debe dar un panorama de cómo y porqué dicha novela llegó al cine; para ello, es fundamental que, a través del *storytelling* se comparta una narrativa de esta obra como película y la vinculación con el Derecho en lo general y, desde luego, con el Derecho romano en lo particular. Un elemento clave en este primer momento de la implementación es construir puentes entre contenidos de Derecho romano y la película, por ejemplo, señalar el momento histórico, político y jurídico de trasfondo del film, así como conceptos en sumo generales de la materia, a saber: derecho, persona, bienes y obligaciones. Aunado a ello, es fundamental dar un contexto sobre el director, los actores protagonistas y el marco histórico de lo que sucedía en el momento en el cual la película se estrenó, es decir, 1959 y en general lo que acontecía en el mundo a finales de la década de los cincuenta e inicios de la década de los sesenta. Es decir, compartir una breve sinopsis sin *spoiler's*. La importancia de este primer momento igualmente radica, en poder compartir a las y los estudiantes que lo abordado en la materia y soportado en el PE por cuánto ve a Derecho romano, podrá ser identificado y tendrá un significado en una película que durante décadas fue la más galardonada con premios Óscar, lo cual le ha valido un reconocimiento mundial en el séptimo arte.

3.1.2. Segundo momento: el durante. desarrollo o sobre cómo ver *Ben-Hur* para crear una experiencia de cine jurídico en el aula al enseñar Derecho Romano

En esta segunda instancia, es fundamental una planificación dentro de la planificación. Es decir, es preciso preparar

10 Abogado, militar, político, diplomático y escritor estadounidense. Brookville, Indiana, 10 de abril de 1827- Crawfordsville, Indiana, 15 de febrero de 1905.

11 Durante su estancia en dicho país y como resultado de su convicción y curiosidad, escribió también la obra «*The Fair God; or, The Last of the Tzins: A Tale of the Conquest of Mexico*», James R. Osgood and Company, Boston, 1887, en la cual relata la conquista de México y algunos otros temas que derivaron del vínculo que generó con dicha nación.

todo el escenario en el cual se verá la película; cada toma de decisión en este punto debe tener como objetivo el crear una experiencia inmersiva para el alumnado en el aula. Es precisamente por ello, que una de las tomas de decisiones fundamentales en este punto es ver el film en la Facultad o Escuela de Derecho; preferentemente en un auditorio, sala de juicios orales e, idealmente, en el aula donde se da la clase. Para ello es necesario considerar, al menos, tres factores a saber: uno, la persona docente debe alistar la película con anticipación, prever circunstancias de conexión, audio y video; dos, el estudiantado debe asumir el compromiso de ver el film, sabedor de los diversos fines de la actividad, esto es, consciente de que, para lograr los objetivos planteados, su atención es fundamental; tres, el tiempo, ya que la película tiene una duración de tres horas con treinta y dos minutos. Para todo ello en conjunto, es preciso evitar distractores, decidir si el grupo verá la película de forma continua en una sola exhibición o si, por razones de logística y carga académica, será diferida; en caso de optar por esta última forma, la sugerencia es que el film se aborde en dos momentos con la intención de que el tiempo intermedio no merme la experiencia, así como la identificación de los temas relacionados con la materia. En este momento, el profesorado de Derecho debe asumir la responsabilidad de que, al garantizar una experiencia organizada y guiada en el aula al ver la película, se garantiza no sólo una forma de enseñanza del Derecho centrada en el grupo, sino que además se construyen puentes cognitivos para el alumnado, elemento fundamental para el aprendizaje del Derecho a través del cine, mediante el análisis didáctico desde una perspectiva crítica, mismo que se llevará a cabo a través de diversas estrategias en el *después* en tanto tercer momento como se explicará a continuación.

3.1.3. Tercer momento: después. debate y evaluación en atención a los fines del aprendizaje

Un elemento fundamental en el proceso enseñanza del Derecho es la evaluación del aprendizaje en atención a los fines de la educación jurídica, de la materia y, desde luego, del Programa de Estudio y sus contenidos. Cada toma de decisión en el marco de esta instancia es fundamental para identificar, objetivamente, el aprendizaje del grupo a través de la metodología

activa de Cine y Derecho. Para ello cabe preguntarse ¿en qué momento se planifica la evaluación de la actividad? ¿Antes, durante o después de la implementación de la misma? Evidentemente la evaluación se diseña antes del abordaje de la película; de hecho, cada actividad de evaluación del aprendizaje y el conocimiento de cualquier materia de Derecho, como es el caso de Derecho romano, debe realizarse al inicio de la planificación de la misma. En este sentido, se proponen tres actividades de evaluación post abordaje de la película. La primera actividad que se sugiere es el desarrollo de un «Cine debate» para el aprendizaje grupal¹², en el cual el o la docente incentive la participación del grupo a través de una serie de preguntas detonadoras, conectando los contenidos de la materia de Derecho romano con la película de *Ben-Hur* y viceversa. El segundo momento formal de evaluación es una actividad escrita en la cual se refieran claramente los objetivos de la misma y las instrucciones para llevarla a cabo. Se sugiere implementar dicha actividad en el marco de la materia de Derecho romano con una connotación de proyecto, lo cual permite vincular diversas MA's en la educación jurídica, como lo son el Cine y Derecho, el Aprendizaje Basado en Investigación (ABI) y el Aprendizaje Basado en Equipos (ABE) o *Team learning*. De esta manera, las indicaciones que se entregan al alumnado para elaborar el proyecto contienen el objetivo (elemento que vincula los fines del aprendizaje centrado en el estudiante), el procedimiento y las instrucciones (elementos de fondo y forma), así como consideraciones adicionales (elementos de forma). Para el caso concreto, se desarrollan cuatro apartados, como se explicará a continuación. En el primer apartado titulado «Objetivo del proyecto» se refiere «*Identificar, a través de la metodología activa de cine y derecho, instituciones jurídicas y las características de las mismas a partir de un film; ello, en correlación a todo lo visto en el semestre en nuestra asignatura*»¹³. En igual orden de ideas, en el

12 Véase: CHEHAYBAR Y KURI, Edith, *Técnicas para el aprendizaje grupal. Grupos numerosos*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación, 2012.

13 Dicho objetivo es señalado en el documento que la autora de este capítulo entrega al estudiantado para la elaboración de la actividad, el cual tiene por título «*Proyecto Final 2 de la materia Derecho Romano impartida por la Dra. Elizabeth Mendoza Morales. Licenciatura en Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro, México*». Cabe hacer mención que esta propuesta es el resultado de años como docente titular de la materia, impartiendo la clase durante semestres consecutivos sin inte-

apartado de «Procedimiento e instrucciones» del proyecto, se señalan claramente las indicaciones para elaborar el mismo, dentro de las cuales se destacan: *«En razón de que se han concluido y abordado todas las unidades y contenidos de la materia en el semestre, durante la clase se observará el recurso videográfico consistente en la película “Ben-Hur”. A partir de lo anterior, se responderán una serie de preguntas que vinculan contenidos de la materia y los objetivos de la misma con la película en comento; todo ello, mediante la metodología activa de cine y derecho. Durante la clase y al observar la película, no está permitido el uso de aparatos electrónicos como celular, iPad, computadora, etc. Contravenir esta indicación implica que la actividad será anulada, quedando sin efectos para su evaluación y su calificación; como estudiante se asume el compromiso de ver la película con responsabilidad y sin distracciones. Cada estudiante puede tomar notas escritas generales, las cuales deberá escribir a mano si así lo considera pertinente. A continuación, se señalan algunas de las preguntas que deberán ser respondidas a partir del film que se verá en correlación a las unidades de la materia. Cabe señalar que la totalidad de las preguntas serán dadas a conocer al estudiantado toda vez que se concluya la observación de la película»*¹⁴. Como puede observarse y como se ha sostenido en este capítulo, en la planeación, la claridad y la vinculación de la actividad con la asignatura, radica gran parte de los logros de la misma. En este punto vale destacar que al estudiantado se le da el documento con las indicaciones, en el cual puede corroborar el cómo, el por qué y el para qué de la actividad. Además, cada estudiante tiene la posibilidad de conocer algunas de las preguntas que habrá de responder y en este punto es importante señalar que intencionalmente sólo están visibles la mitad de las preguntas, lo cual genera también un factor de atención y curiosidad en el alumnado, mismo que le lleva a mantenerse atento, perceptivo y concentrado al ver la película, consciente de que, en tanto estudiante, está siendo estimulado a través de elementos visuales y auditivos propios de una película, pero además, tiene el contexto y la certeza de lo que hará y sobre todo, para qué lo realizará. Dentro de esta parte del proyecto destaca el bagaje de preguntas que se habrán de responder, como lo son: *«¿Qué conceptos fundamentales del*

rupciones, en los cuales el desarrollo e implementación de la actividad se ha actualizado y mejorado en atención a diversos factores.

14 *Idem.*

*derecho romano se visualizan en el film? Identifiquen y describan, al menos, tres de ellos. Pregunta correlacionada con la Unidad 1; ¿En qué época del derecho romano se sitúa la película y qué derecho se aplicaba en ese momento en Roma? Pregunta correlacionada con la Unidad 2; ¿Qué atributos de la personalidad se observan en la película? Describan tales atributos en correlación con la historia y los contenidos de nuestra materia. Pregunta vinculada con la Unidad 3; ¿Cuáles son las personas físicas y morales que se observan en la película? Expliquen, al menos, tres personas físicas y una persona moral. Pregunta vinculada a la Unidad 3; ¿Qué instituciones de derecho de familia vistas en la materia se observan en el film? Expliquen, al menos, tres de ellas. Pregunta correlacionada con la Unidad 4; ¿Qué derechos reales se advierten en la película? Describe, al menos, dos de ellos. Pregunta correlacionada con la Unidad 5; ¿Qué fuente de la obligación se observa en el film? Describe tal fuente y señala en qué consiste. Pregunta vinculada a la Unidad 6»¹⁵, etc. Como puede inferirse en ese punto, cada una de las preguntas que el estudiantado habrá de responder, está diseñada no sólo en atención a la narrativa y a los elementos que la película ofrece, ya que además responden a los contenidos de la materia de Derecho romano a partir del Programa de Estudio. Como se detallará y argumentará más adelante, este capítulo no se plantea proponer un formato único e inamovible para integrar al Cine y Derecho como una metodología activa de aprendizaje en la educación jurídica, por el contrario, uno de los objetivos consiste en compartir una experiencia que puede replicarse con adecuaciones en atención a los factores que previamente se señalaron, como los son los ambientes de aprendizaje (culturales y académicos), y los contextos de aprendizaje (curriculares y estructurales). El segundo apartado del proyecto es titulado «Consideraciones adicionales» y, como se enunció previamente, considera elementos de forma para el desarrollo de la actividad, como se comparten a continuación: «*Consideración adicional uno: Esta actividad se realiza por equipos a través de las metodologías activas de Aprendizaje Basado en Investigación (ABI) y el Aprendizaje Basado en Equipos (ABE) o Team learning para el aprendizaje y la enseñanza del derecho, por lo cual deben trabajar de manera colaborativa y esforzarse aún más. Cada equipo deberá estar conformado por seis personas; el equipo lo integran libremente como estudiantes. Consideración**

15 *Idem.*

adicional dos: la extensión mínima del proyecto es de cinco cuartillas, además de la portada, en la cual deben señalar: nombre de la universidad, de la facultad y de la licenciatura, así como referir el nombre de la asignatura y de la profesora, seguido del nombre de todos los integrantes del equipo, comenzando por sus apellidos. Finalmente, escribirán el número de tu equipo, el nombre de la actividad y la fecha de entrega. Consideración adicional tres: la actividad en cuestión debe cumplir con las siguientes características de forma: fuente Times New Roman 12, interlineado 1.15, texto justificado, sin faltas de ortografía y con una correcta redacción, sintaxis y semántica. Es importante mencionar que no deben copiar y pegar información para responder a las preguntas. Así, cada una de las respuestas a las interrogantes deberá ser articulada en equipo con sus propias palabras y comprensión con base en lo visto hasta ahora en la materia en correlación con lo que se observará en el film. Previo a evaluar sus trabajos, estos son analizados en un programa que detecta escritura con IA, la similitud y en su caso, plagio, por lo que se pide asegurarse de responder a las preguntas por ustedes mismos. Consideración adicional cuatro: el proyecto debe tener una introducción realizada por todo equipo y conclusiones individuales elaboradas por cada uno de los integrantes del equipo. En tal introducción y tal conclusión se debe reflexionar sobre la importancia del derecho romano en el sistema jurídico mexicano y sobre la importancia de emplear metodologías activas de Aprendizaje Basado en Investigación (ABI) y el Aprendizaje Basado en Equipos (ABE) o Team learning para el aprendizaje y la enseñanza del derecho y del derecho romano. Posterior a ello, en plenaria y por equipos, presentarán dicha actividad atendiendo a las instrucciones que, para tales efectos, la docente titular de la materia compartirá». Luego de ello, se da paso a la última parte del documento: «Apartado que contiene la rúbrica de evaluación». Al respecto, cabe precisar que, en la evaluación del aprendizaje del Derecho, es fundamental el desarrollo de instrumentos que, más allá de ser un medio para calificar, permitan corroborar cómo y de qué manera se concretaron los objetivos de la actividad. Por ello, la rúbrica incorporada para tales considera cinco aspectos a evaluar en correlación a cinco criterios de evaluación, con tres niveles de logro, mismos que se detallan a continuación. Los cinco «Aspectos a evaluar son: uno, introducción; dos, identificación en el film, a través de la metodología activa de cine y derecho, de las instituciones jurídicas y las características de las mismas las cuales se abordaron en el semestre; tres, conclusiones; cuatro,

referencias; y, cinco, elementos de forma»¹⁶. En correlación con ello, los «Cinco criterios de evaluación son: uno, la introducción presenta la actividad y señala en qué consiste el trabajo; dos, las preguntas fueron respondidas de forma correcta a partir del film en correlación a las unidades de la asignatura; tres, las conclusiones individuales sintetizan brevemente los puntos más relevantes del trabajo, logrando aportar algunas ideas propias derivadas del proyecto y de lo visto en la materia; cuatro, se señalan las referencias y fuentes utilizadas para la elaboración del trabajo y éstas coinciden con lo que se presentó en el proyecto; y, cinco, el proyecto cumple con las características de forma solicitadas: fuente Times New Roman 12, interlineado 1.15, texto justificado, sin faltas de ortografía y con una correcta redacción, sintaxis y semántica, sin escritura con IA, y en su caso, plagio»¹⁷. Finalmente, en vinculación con los cinco aspectos a evaluar y los cinco criterios de evaluación, se señalan los tres niveles en el logro del aprendizaje a saber: «Nivel 1. Sin logro. Ninguno de los elementos solicitados en el proyecto se encuentra en el trabajo; Nivel 2. Logro en proceso. Algunos de los elementos solicitados en el proyecto se encuentran en el trabajo; Nivel 3. Logro esperado. Los elementos solicitados en el proyecto se encuentran en el trabajo»¹⁸. Adicionalmente la rúbrica de evaluación contiene un espacio para comentarios generales y retroalimentación individual a los integrantes del equipo.

4. Reflexiones para el aprendizaje del Derecho Romano a partir de una enseñanza centrada en el estudiantado a través del cine y derecho. A modo de conclusión

Cabe resaltar, como previamente se ha mencionado, que lo referido en este capítulo y la propuesta metodológica que se ha señalado es el resultado de varios años como docente titular de la materia, impartiendo la clase durante semestres consecutivos de manera ininterrumpida, en los cuales

16 *Idem.*

17 *Idem.*

18 *Idem.*

el desarrollo e implementación de la actividad se ha actualizado, mejorado y adecuado en atención a diversos factores. El Cine y el Derecho, además, está vinculado a otros elementos como la literatura, encaminados al desarrollo de diversas habilidades en el estudiantado, como capacidad de análisis, argumentación y comprensión. Por ello, destacan algunas ventajas de la implementación de esta metodología activa para crear una experiencia de cine jurídico en el aula al enseñar derecho romano: uno, el estudiantado se implica de manera activa en su aprendizaje; dos, el estudiantado toma decisiones en lo colectivo al trabajar en equipo, pero también en lo particular, al asumir que hay momentos de reflexión y trabajo individual; tres, se fomenta un aprendizaje colaborativo entre el estudiantado; cuatro, se fomenta el aprendizaje autónomo del alumnado; y cinco, se fomenta el desarrollo de competencias vinculadas a procesos con una orientación a resultados, búsqueda de información, investigación y referencia de información.

5. Bibliografía

CHEHAYBAR Y KURI, Edith, *Técnicas para el aprendizaje grupal. Grupos numerosos*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación, 2012.

CROUS, Gemma et al., «Metodologías activas en la educación superior: el caso de la docencia no-presencial durante la pandemia de la Covid-19», *Educatio Siglo XXI*, vol. 42, núm. 1, 2024, pp. 9-32.

MAYORGA-ASES, María José et al., «Estudio sobre la implementación de metodologías activas en la educación superior: beneficios y desafíos», *Digital Publisher CEIT*, vol. 9, núm. 4, 2024, pp. 196-208.

MENDOZA MORALES, Elizabeth, tesis doctoral *Pedagogía jurídica y constructivismo. Aportes para el aprendizaje y la enseñanza del derecho*, Querétaro, 2022.

MENDOZA MORALES, Elizabeth, «El constructivismo en el ámbito jurídico al margen de la enseñanza y el aprendizaje del derecho en México», *Vitam. Revista de Investigación en Humanidades*, vol. 1, núm. 2, 2019, pp. 4-23.

RAMOS MEZA, José Antonio, «Implementación de Metodologías Activas en el Derecho», en CÁCERES NIETO, Enrique, *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico. Tomo 6*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020.

SÁNCHEZ TORRES, William Camilo et al., «El cine: una alternativa de aprendizaje», *Trilogía. Ciencia, Tecnología, Sociedad*, vol. 11, núm. 20, 2019, pp. 39-62.

SEGURA, Francesc Rodrigo e IBARRA RIUS, Noelia, «Educación literaria y competencia digital mediante metodologías activas para la formación de los futuros docentes», *Educatio Siglo XXI*, vol. 40, núm. 3, 2022, pp. 37-60.

SILVA QUIROZ, Juan y MATURANA CASTILLO, Daniela, «Una propuesta de modelo para introducir metodologías activas en educación superior», *Innovación educativa*, vol. 17, núm. 73, 2017, pp. 117-131.

15

LA RAZÓN Y EL DERECHO. «DON ERRE QUE ERRE» Y LA HUMILDAD DEL CINE PATRIO COMO EJEMPLO Y GUÍA EN EL APRENDIZAJE DEL DERECHO

MANUEL DE PERALTA CARRASCO

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Extremadura*

1. Introito. Breves reflexiones previas

El uso de recursos audiovisuales, como el cine, permiten un aprendizaje activo, dinámico y comprensivo del Derecho, mediante sensaciones y vivencias por parte del alumno/a. Obviamente, son muchas las afamadas películas que abordan la temática jurídica, tal y como brillantemente trata DE MENDIZÁBAL¹ en su libro «*Cine y Derecho - Togas en la gran pantalla*», o RIVAYA GARCÍA², en su obra «*Derecho y Cine en 100 películas*».

El arte cinematográfico nos permite adentrarnos en los conflictos y vivencias personales de los protagonistas, de

1 Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE (Jaén, 1927). Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Presidente de la Sección de Derecho Constitucional y Presidente de la Comisión de Arbitraje, Quejas y Deontología del Periodismo.

2 Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo.

forma que el vidente asimila, en no pocas ocasiones por osmosis cinematográfica, la intrahistoria jurídica narrada por el director y los protagonistas.

En el caso del presente y modesto trabajo, con el fin de demostrar la utilidad del cine, he recurrido una modesta película patria cuyo título es *«Don Erre que erre»* que fue dirigida, extraordinariamente, por D. José Luis Sáenz de Heredia, siendo estrenada el 21 de septiembre de 1970.

Dicha película no está en los grandes circuitos cinematográficos, ni es una película que pudiéramos considerar que aborda una historia jurídica de tribunales; siendo por el contrario ajena, al menos aparentemente, al mundo del Derecho. Y todo ello, con el fin de poder exponer cómo, al igual que en nuestra vida diaria, el Derecho es algo innato a las historias cinematográficas, tal y como lo es en nuestro quehacer y vicisitudes diarias, concurriendo en ellas de forma transversal diferentes ramas del Derecho, si se presta atención a los diferentes aspectos de la narración.

2. La razón como guía

En la «humilde» película que me he permitido elegir nos encontramos con nuestro protagonista, que es Don Rodrigo de Quesada, y que no es otro que nuestro entrañable, y añorado por muchos, actor D. Paco Martínez Soria, (que de haber buscado fortuna en el nuevo mundo no me cabe la menor duda de que hubiese podido ser merecedor de algún «Oscar»), y que encarna en la película *«Don Erre que Erre»* la aseveración del escritor irlandés George Bernard Shaw (1856-1950), cuando dijo que *«El hombre que escucha la razón está perdido. La razón esclaviza a todos los que no son bastante fuertes para dominarla»*.

Nuestro querido protagonista no es sino un buen hombre convencido del poder de la razón, que antepone la defensa de la misma a cualquiera otra situación de vida; olvidando que la razón es útil y necesaria, pero que no debemos dejarnos dominar por ella. Así, comienza tan entrañable película con la postergación del dolor de su esposa, ante la muerte de su padre, al anteponer, nuestro protagonista, la defensa de «su» razón. Y finaliza con la pérdida de la alegría de llevar a su única hija al altar, nuevamente en «pos» de la defensa de la razón. Situaciones estas que pueden y deben hacernos

pensar sobre la fuerza de la (nuestra) razón o razones para tomar las «*justas o injustas*» decisiones de la vida que nos afectan, y afectan a los que nos rodean.

No es mi pretensión filosofar ni entrar en meditaciones transcendentales sobre el ser de la razón; sino solo exponer, a modo de preámbulo, el porqué de la elección de esta película.

En la película vamos a encontrar temas sobre los que el vidente puede reflexionar y apreciar sobre Filosofía jurídica, como el concepto y extensión de la razón, la equidad, la solidaridad y la Justicia; pero también nos encontramos, entre otros, con aspectos de Derecho penal, Derecho civil, protección de los consumidores, así como cuestiones procesales, como la conciliación o la mediación que nuestro derecho actual se nos presenta como una novedad; todo ello, tal y como seguida y brevemente expondremos.

3. La película «su intrahistoria» y su utilidad en la impartición del Derecho

Para ubicar el contexto, y siguiendo un cierto orden cinematográfico, debemos recordar que la historia de nuestro querido D. Rodrigo, empresario autónomo, dato que de por sí nos permitiría explicar materia propia del Derecho laboral; comienza cuando acude a cobrar, en las oficinas del «Banco Universal», el importe de 257 pesetas³, siendo víctima colateral de un atraco a mano armada, que se produce en la entidad financiera; conjunto de hechos que podríamos usar para explicar a los alumnos la tipicidad penal recogida en el artículo 242 del Código Penal, así como para recordar que para que se dé el tipo del uso de armas, no es suficiente su exhi-

3 Veinte años antes de la publicación del Código civil, a través del Decreto de 18 de octubre de 1868, se instaura la peseta como moneda nacional (Gaceta de Madrid n.º 294), sustituyendo al entonces vigente escudo borbónico, reforma que actuó como motor de adaptación de la nueva moneda española a las normas establecidas por la Unión Monetaria Latina. Sería con la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de Introducción del Euro, con motivo de la instauración de la Moneda Única en once países de Europa, lo que supuso, tras un periodo transitorio de tres años de convivencia de ambas monedas, la completa desaparición del valor legal de la peseta a partir del día 1 de enero de 2002.

bición, sino que para la imposición de la pena se requerirá del uso de esta, bien disparando, golpeando o agrediendo, como ocurre en la escena del atraco sobre los funcionarios de la entidad atracada; y como el concepto de armas no se ha de limitar a armas de fuego, sino cualquier instrumento contundente o usado de ese modo.

Es necesario advertir como, de forma habilidosa, el director de la película quiso escenificar el atraco en el instante mismo en el que iba a ser «cantada» y entregada la última moneda (la peseta doscientos cincuenta y siete) a D. Rodrigo, sin que, al instante de producirse el robo, la peseta hubiese sido formalmente entrega al mismo. Quedando consiguientemente insatisfecha la obligación, al no satisfacerse el «*solvens*» los llamados requisitos objetivos del pago que son: el principio de exactitud, identidad, integridad e indivisibilidad; tal y como proclama la Teoría general de las Obligaciones; ya que el requisito del pago o cumplimiento íntegro se establece con claridad en el artículo 1157 CC: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*». Se deduce de lo anterior que la palabra clave del precepto es el adverbio «*completamente*», según el cual el acreedor tiene derecho, en las obligaciones de dar, a que la cosa se le entregue completa; integridad que exige, también, que se cumplan las prestaciones accesorias tales como frutos, gastos o intereses⁴.

Igualmente nos permitiría poder explicar, la llamada Obligación pecuniaria en toda su extensión, en la que el dinero, como proclamó el maestro LACRUZ⁵ es el medio vital de todo el Derecho de obligaciones, donde la prestación, en forma originaria o como indemnización de daños, en algún modo ha de ser reducible a numerario, que no son sino esas 257 pesetas reclamadas por nuestro protagonista. Dicha obligación pecuniaria, o deuda pecuniaria, consiste «*en pagar una*

4 SSTS de 30 de enero de 1958, de 8 de julio de 1952 y de 12 de marzo de 1954.

5 LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 86 y 87. Se añade sobre el dinero: «*Pero con él, apenas se puede hacer nada distinto de cambiar, pagar, atesorar (consumo diferido) y medir*».

suma de dinero»⁶, puesto que éste es el instrumento por excelencia de intermediación en los cambios en todas las sociedades como la nuestra.

Ni que decir tiene la profusa explicación y exposición práctica sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, que podemos abordar, pasando por el 1156 del CC⁷. Por el debate sobre la existencia de la llamada «*contravención del derecho de crédito*»⁸ que comprende cuatro apartados: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la mora del deudor, las denominadas actualmente lesiones positivas del derecho de crédito y la mora del acreedor al negarse la entidad al pago debido⁹.

Igualmente nos permitiría discutir y debatir sobre la relevancia ante los hechos acaecidos en la película respecto del caso fortuito y la fuerza mayor, como aquellos hechos o accidentes que impiden el exacto cumplimiento del objeto de la obligación. Entendiendo, al respecto, el Tribunal Supremo¹⁰ que «*por caso fortuito todo suceso imposible de prever o que previsto sea inevitable*», añadiendo que «*la previsibilidad o*

6 LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones*, 12.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 76, quien justifica el tratamiento de esta materia en un capítulo independiente, porque «*en la identificación de las obligaciones pecuniarias, el dato delimitador de ellas radica en considerar el objeto propio de la prestación de las mismas*», y además, «*en un sistema jurídico como el español; en el cual, frente a su inmensa importancia práctica, la regulación normativa de las obligaciones pecuniarias se caracteriza por su notoria y extraordinaria falta de sistemática legislativa*».

7 Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación.

8 ENNECCERUS, Ludwig, *Rect der Schuldverhältnisse*, traducción española de la 35.ª edición alemana, *Derecho de obligaciones, volumen II*, 1.º, editorial Bosch, Barcelona, 1954, p. 22.

9 Se contiene en el citado artículo 1100 CC que, en su primer párrafo, apunta un concepto legal, señalando además el momento (con el requerimiento o la intimación) desde el cual el deudor se coloca en la situación técnica de mora: «*Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación*». Por tanto, no existirá mora mientras no se produzca tal requerimiento

10 STS de 30 de julio de 2008.

imprevisibilidad de un suceso es una cuestión de hecho». Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹ ha definido la fuerza mayor como aquel *«acontecimiento que aun cuando se hubiere previsto habría sido inevitable dado su carácter absoluto productor de un incumplimiento “legal” de las obligaciones, deviene como consecuencia de factores exteriores a la empresa (rayos, huracanes, inundaciones)»*, sin embargo, ello no ocurre cuando aquel acontecimiento pueda incardinarse dentro del denominado riesgo empresarial que suele ser perfectamente previsible. ¿Quizás no es propio de la actividad financiera el riesgo de atracos? Contestar, daría para debatir.

Sin ánimo de ser exhaustivo, y para ir terminando en cuanto a la versatilidad de uso de la película para la materia del Derecho, y más concretamente para el Derecho civil, podemos referenciar las llamadas acciones de reclamación, es decir de acción civil que nace de una obligación incumplida por el deudor. La acción será, por tanto, el poder jurídico, y consecuentemente, la posibilidad, de acudir a los órganos estatales reclamando el cumplimiento de una obligación. Debiendo existir, como es el caso, para que la acción pueda ejercitarse, un derecho previo y correlativo. Debemos recordar el artículo 1088 CC que proclama que: *«Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa»*, la pasividad o la negativa del deudor a cumplir de manera voluntaria aquello que le incumbe permite al acreedor reclamar su justo cumplimiento recabando para ello la tutela del Estado. Igualmente, el artículo 1096 CC dispone que cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, *«puede compeler al deudor a que realice la entrega»*. Y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 699 LEC.

Según la fuente de la que procedan las obligaciones, los artículos 1090 a 1093 CC se remiten a su regulación específica en materia de cumplimiento de las mismas. Pero el fundamento legal específico de la acción de cumplimiento forzoso *in natura* se contiene en los artículos 1096 a 1099 CC para cada uno de los tres tipos esenciales de obligaciones en función de la prestación que configure su objeto: «dar, hacer o no hacer» alguna cosa.

Derecho Penal y Derecho Civil se dan la mano en una sola escena. Y así, ante el atraco sufrido nuestro protagonista

11 SSTS de 13 de junio de 1999 y de 30 de septiembre de 1993.

plantea una reclamación frente a dicha entidad al entender que no le ha sido entregado el dinero que fue a cobrar al no haber tomado posesión del mismo, pues, aunque este fue puesto a su disposición por el cajero de la entidad, el atracador aprehendió, del mostrador, la cantidad dineraria antes de ser recibida de forma efectiva por nuestro protagonista. Y frente a su petición de pago el Banco se niega a devolverle a esa pequeña cantidad de dinero. ¿Es justa su demanda? ¿Qué pretende el director mostrarnos con todo ello? Sin pretensión de responder, sí podemos admitir la cantidad de enseñanzas extraíbles de tan modesto y humilde relato.

4. Valores sociales y morales como parte de la formación jurídica

Creo muy sinceramente que el aprendizaje del Derecho se debe acompañar de la reflexión filosófica sobre lo justo/injusto, bueno/malo, sobre equidad y ética. Pues bien, siguiendo esa creencia debemos analizar la obra cinematográfica no como un conjunto de hechos con normas aplicables, sino también el trasfondo y la enseñanza de vida que conlleva.

Como primera reflexión, de carácter sociológico, creo que el director nos muestra la realidad de una sociedad, que tiene no pocas coincidencias, en el fondo de la historia, con nuestra sociedad actual, el mundo del derecho y el poder. Podemos apreciar como la obra, de modo sutil, critica los valores de la sociedad, en los que en no pocas ocasiones es escasa la solidaridad y el apoyo a las justas causas, buscando, por el contrario, el beneficio e interés inmediato; tal y como hacen los vecinos del edificio, ante el apercibimiento del lanzamiento por ruina, (nueva figura jurídica utilizable en nuestras clases para explicar el desahucio) que reciben a modo de chantaje para que los vecinos presionen y obliguen a nuestro querido protagonista a avenirse a un inmediato arreglo. Postura que se manifiesta como antítesis a la afamada expresión de la obra de Lope de Vega «*Como Fuente Ovejuna, todos a una*», reflejo de la fuerza que una colectividad consigue ante cualquier abuso o injusticia. ¿No vimos en nuestro tiempo acaso esa misma falta de unidad? ¿No es cierto que las reclamaciones colectivas dotan de fuerza a sus protagonistas?

De forma inteligente el director nos muestra, frente a esa actitud de lucha quijotesca, dos posturas de vida encarnadas en la figura de dos letrados, curiosamente no contrarios, sino representantes de los mismos intereses, pero mediante dos formas de enfocar el noble ejercicio de la profesión de abogado (es decir la vida); ya sea como hace su abogado de toda la vida, encarnado por Valeriano Andrés, que de forma comedida pretende la, tan de moda actualmente, mediación para solventar los problemas, intentando evitar un conflicto que podría enconarse y dilatarse en el tiempo (tal y como se lamenta con desesperación, el propio letrado, ante nuestro protagonista), procurando hacer efectivo el popular dicho de que *«más vale un mal arreglo que un buen pleito»*. O ya sea como el abogado novel e impetuoso, encarnado por José Sacristán, que, movido por la pasión y el deseo de mostrar sus capacidades, apoya y postula la acción reivindicativa de nuestro querido protagonista. Ambos nos muestran dos formas de enfrentar la vida y los problemas, ya sea intentando procurar su solución por formas alternativas/extrajudiciales, ya sea por la legítima acción directa; nosotros, al igual que D. Rodrigo, deberemos decidir, y en no pocas ocasiones compaginar, como enfrentar nuestros problemas.

En la lucha que nuestro querido protagonista mantiene, se simboliza el tesón del débil contra la prepotencia del fuerte, del consumidor frente al *«sordo»* empresario todopoderoso. Simboliza el derecho de los consumidores a no ser tratados en una relación de clara inferioridad respecto de los empresarios que proporcionan los bienes y servicios, pero sometiéndolos a presiones y procedimientos encorsetados y absurdos. Situaciones que sufre nuestro querido protagonista cuando al pretender cobrar el cheque es tratado de forma displicente y cuasi-cuartelaría por el responsable de caja cuando le obliga a cantar la cantidad que ha de cobrar; y cuando lo despiden sin consideración dando por atendidas las pretensiones de tan *«incordiante»* cliente. Quizás parecería que estamos ante alguna de las realidades que vivimos a diario, cuando vemos en los informativos la actitud de ciertas entidades bancarias y su personal, frente a los clientes y ciudadanos, postrados a una dependencia en no pocas ocasiones caprichosa, en la que cada vez más el cliente no es Don *«alguien»*, sino un individuo anónimo, o como mucho un número de cuenta más.

5. Conclusión

Utilizando la expresión latina vemos como la «*Conclusio*» de la obra es la clara intencionalidad del director de articular esta entrañable y gran película en torno al Derecho, pero conviene no olvidarnos que el nudo gordiano de la misma se sustenta en la defensa de la razón. Razón que se invoca, como diría FASSÒ en su obra «*La Legge della ragione*»¹² como la «*razón en el Derecho*», en la que el Derecho no es, o ha de ser sino reflejo del sentido común, en la búsqueda de la equidad, pues no ha de ser sino «*el arte de lo bueno y lo equitativo*». Quizás nuestro protagonista no invoque la razón en el Derecho, en cuanto fuerza creadora o fundadora; sino en cuanto subordinada a esa norma, que sí debiera estar sujeta a la razón. Siempre se presupone la razón si se sustenta en la norma; pero en no pocas ocasiones la norma no es razonable, ni por lo tanto justa o equitativa.

Quizás lo más relevante e inquietante de esta película, está en que al final de la misma no nos hallamos ante el triunfo de la razón y del Derecho; sino ante el triunfo de un poder más importante. Dicho poder, aunque pudiera parecerlo, no son los medios de comunicación, que, siendo un poder determinante en nuestra sociedad, son solo la palanca del poder real, que son los destinatarios de esos medios de comunicación, es decir, la sociedad y, por ende, todos los ciudadanos. En la película, la verdadera presión resolutoria del conflicto no son las avenencias, ni el triunfo último de la razón a través del derecho, sino el miedo a la reacción y opinión social, ya sea de los clientes o potenciales clientes del Banco; que temeroso de la mala imagen que el conflicto con nuestro obstinado protagonista está causando decide resolver el conflicto usando el aserto del científico, filósofo y escritor francés Blaise Pascal (1623-1662) de «*Dos excesos: excluir la razón, no admitir más que la razón*».

6. Bibliografía

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de, *Cine y Derecho - Togas en la gran pantalla*, Editorial Berenice, Córdoba, 2021.

12 FASSÒ, Guido, *La Legge Della Ragione*, Il Mulino, Bolonia, 1964, pp. viii, 313. L. 3.000.

RIVAYA GARCÍA, Benjamin y DE CIMA, Pablo, *Derecho y Cine en 100 películas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid, 2007.

LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones*, 12.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.

ENNECCERUS, Ludwing, *Rect der Schuldverhältnisse*, traducción española de la 35.ª edición alemana, *Derecho de obligaciones, volumen II*, 1.º, Bosch, Barcelona, 1954.

FASSÒ, Guido, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bolonia, 1964.

16

EL DERECHO ALIMENTARIO A TRAVÉS DEL CINE¹

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ

*Catedrática de Derecho Civil
Universitat Politècnica de València*

1. Una alimentación de cine

Cuando nos enfrentamos a una asignatura cuyo alumnado destinatario es de ámbito no jurídico, en concreto en una titulación técnica, nos surge la pregunta: ¿Cómo explicar de forma atractiva el Derecho alimentario al alumnado?

El alumnado de una universidad técnica, en concreto en la *Universitat Politècnica de València*, tiene en sus planes de estudios asignaturas de corte jurídico que normalmente cursa de forma obligatoria y luego la oferta de optatividad en

1 Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana «*Algorithmical Law*» (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), y del proyecto de I+D+i Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas [2023-2026] (PID2022-136439OB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa», Proyecto «*Promoting capacity building and knowledge for the extension of urban gardens in European cities*» (PCI2022-132963) (02/06/22-01/06/25), y Proyecto «IA: de la ficción a la excepción y de la excepción a lo cotidiano. Diseño de casos referidos a la IA generativa para aproximar los marcos legales y deontológicos al alumnado», presentado en la convocatoria de Proyectos de Innovación y Mejora Educativa (PIMEs) llevada a cabo por la *Universitat Politècnica de València* para el curso 2024-2025. Año 2024-2026.

la que tiene que elegir, según sus preferencias e intereses. Una asignatura de carácter jurídica normalmente no es elegida por el alumnado porque tiene siempre la leyenda de que el Derecho es memorizar, es muy difícil y «*no sirve para nada para un ingeniero*». Craso error. Esta leyenda quizás se debe a malas experiencias de profesorado que ha impartido asignaturas de Derecho al dictado, exigiendo memorizar los artículos y sin ninguna aplicación en la práctica.

Desde luego, las metodologías docentes de ese cariz no tienen ningún éxito y es preciso adaptarse a las nuevas metodologías activas, nuevas formas de aprendizaje, y cómo no, también incluyendo la inteligencia artificial² que está cada vez más presente en el aula.

Partimos en este caso de una asignatura optativa del Grado en Ciencia y Tecnología de Alimentos, con una carga de 4.5 créditos ECTS, y que ha sido impartida durante los cursos académicos 2020-2021; 2021-2022; 2022-2023 y 2023-2024, con una alta matrícula y con unos resultados de aceptación por parte del alumnado muy favorables.

Al diseñar la metodología de la asignatura se pensó en hacerla muy atractiva para el alumnado, teniendo en cuenta la experiencia ya desarrollada en otras asignaturas optativas anteriormente impartidas, como, por ejemplo, Derecho espacial, que era una asignatura optativa del Máster Universitario en Ingeniería Aeronáutica, con la misma carga docente y que obtuvo durante el tiempo que se impartió unos resultados muy notorios de aceptación y de evaluación.

De esta forma, se consideró que sería muy atractivo para el alumnado que pudiera aprender los conceptos básicos de Derecho alimentario mediante el análisis de películas relacionadas con los alimentos.

Se trata de una actividad que resulta muy atractiva para el alumnado y que le permite utilizar un método deductivo, ya que a través del visionado de las películas los/as estu-

2 RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La inteligencia artificial y su aplicación docente. Algunas reflexiones sobre el aprendizaje y las tecnologías», *Inteligencia artificial y actividades multimedia para los contenidos docentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 13 y ss.

diantes son capaces de relacionar la legislación aplicable y detectar los elementos jurídicos que aparecen en la película objeto de análisis³.

El cine ha servido para realizar una innovación destacable en la docencia del Derecho, siempre sometida a criterios muy rígidos para su enseñanza. Nos encontramos ante una disciplina, el Derecho, muy reticente a novedades y a una metodología más allá de la clase magistral, pero el cine nos ofrece un sinfín de oportunidades de explicar tanto relaciones contractuales, obligaciones entre las partes, responsabilidad por daños y constituye una herramienta de gran interés en una docencia adaptada en las titulaciones no jurídicas⁴.

Más allá también del método del caso, la inclusión del cine en la resolución de casos jurídicos permite estimular al alumnado más allá de un caso abstracto y que le permite atender de forma más intuitiva al desarrollo de una situación fílmica que despierta su interés.

-
- 3 RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La inclusión del cine en la docencia de derecho alimentario y protección del consumidor del grado en ciencia y tecnología de los alimentos», *Derecho, Economía y Empresa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 517 y ss. Disponible en: <https://d2eb79appvasri.cloudfront.net/erp-colex/openaccess/libros/6734.pdf> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).
 - 4 Sobre la aplicación del cine en el Derecho, se puede consultar: DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, «Ideas y reflexiones sobre el derecho civil a través del cine como experiencia de innovación docente», *Actualización de la docencia y metodologías activas del aprendizaje del Derecho en el entorno digital*, Universitat de València, Valencia, 2022, pp. 39 y ss. Disponible en: <https://roderic.uv.es/items/952b66f5-e392-420f-a01e-44cb066a811f> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025); QUE-SADA SÁNCHEZ, Antonio José, «El cine y la actividad pedagógica en el ámbito jurídico», *La utilización del cine en la docencia del Derecho: propuestas de interés*, Colex, A Coruña, 2021, pp. 19 y ss.; «El cine como herramienta de innovación docente en la impartición de asignaturas jurídicas: experiencias relativas a docencia y orientación profesional», en GIMÉNEZ MORERA, A.; ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso; CASTELLANOS CABEZUELO, Ángela María y BONET JUAN, Amparo (Coords.), *Derecho, Economía y Empresa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 507 y ss. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9161859> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

2. Conceptos relacionados con el Derecho alimentario y protección del consumidor y su conexión cinematográfica

Se trataba de estudiar la aplicación del Derecho alimentario, nacional y comunitario, para la seguridad alimentaria y la protección del consumidor en el ámbito de los productos alimenticios.

Se analizaba la principal normativa en materia de trazabilidad, publicidad de alimentos, etiquetado, el principio de precaución en materia alimentaria y la responsabilidad por daños y perjuicios al consumidor, así como las causas de exoneración de dicha responsabilidad.

También se analizaba la normativa en materia de las declaraciones nutricionales, de propiedades saludables, de reducción de riesgo de enfermedad, la regulación de los alimentos enriquecidos.

Las competencias específicas que se desarrollaba en la asignatura eran la adecuada comprensión y conocimiento del marco legal del derecho alimentario y el consumo.

La interpretación adecuada de los textos jurídicos que se enmarcan en el ordenamiento jurídico, tanto internacional, como nacional y autonómico.

Sin olvidar la aplicación del Derecho alimentario a otros ámbitos relacionados como es la publicidad y etiquetado de los alimentos, consiguiendo un análisis e interpretación de las distintas normas, instrumentos y mecanismos legales básicos que afectan a la alimentación, tanto nacional, como autonómico.

Los temas eran los siguientes:

1. Introducción al Derecho Alimentario.
2. La seguridad alimentaria y su regulación.
3. La trazabilidad, publicidad y etiquetado de los alimentos y la legislación aplicable.
4. Los principios aplicables en materia de alimentos y su delimitación jurídica.
5. Marco legal de la protección del consumidor.

6. La responsabilidad por daños y perjuicios en el ámbito jurídico.

7. Las declaraciones nutricionales, regulación y efectos.

Al ser una innovación que se ha implementado, se mostrarán algunos ejemplos de análisis de películas realizados, como es el caso de «*Charlie y la fábrica de chocolate*», o «*El lago azul*» entre otras, en las que se especificará cuáles han sido los conceptos detectados por el alumnado y la legislación aplicable, en su caso, así como los resultados que se han obtenido en la mejora del aprendizaje.

Al alumnado se le proporciona distintos materiales: el manual que recoge los temas de teoría y prácticas de la asignatura y el manual de casos prácticos jurídicos basados en hobbies que recoge diversas películas como soporte del método del caso.

Las actividades que tiene que desarrollar el alumnado son las que se indican a continuación:

- Pirámide normativa (se podrá hacer en grupo). Se puntuará con 10 puntos como máximo.
- Caso práctico (se podrá hacer en grupo). Se puntuará con 10 puntos como máximo. Se puede utilizar el manual *Casos prácticos jurídicos basados en hobbies: de la gastronomía al entretenimiento audiovisual*.
- Comentario de noticia (se podrá hacer en grupo). Se puntuará con 10 puntos como máximo.
- Comentario de película (se podrá hacer en grupo). Se puntuará con 10 puntos como máximo.
- Trabajo de investigación (se podrá hacer en grupo). Se puntuará con 10 puntos como máximo.

La valoración será la media entre todas las actividades.

Para la valoración de la noticia se tendrá en cuenta varios factores:

- a) La adecuación de la película a la asignatura.
- b) Su presentación (forma, medios utilizados...).
- c) El comentario de la película utilizando las fuentes adecuadas.
- d) La opinión personal.

3. Resultados de la introducción del cine relacionado con la alimentación en el aula

Durante el curso académico 2020-2021 fueron comentadas las siguientes películas: *Charlie y la fábrica de chocolate*; *El viaje de Chihiro*; *Hansel y Gretel*; *Fast Food Nation*; *Ratatouille*; *Wall.e*; *El Fundador*.

En el curso académico 2021-2022 se comentaron estas películas: *Lluvia de albóndigas*; *Los juegos del hambre*; *Chef*; *El Hoyo*; *Alicia en el país de las maravillas*; *Matilda*; *Demolition Man*; *Como agua para chocolate*.

En el curso académico 2022-2023 fueron objeto de comentario estas películas: *Un viaje de 10 metros*; *Saga Kung fu Panda*; *El menú*; *Delicatessen*; *Come, reza, ama*; *Tiana y el sapo*; *Julie y Julia*; *The lunchbox*.

Las películas elegidas no tienen, *a priori*, un perfil jurídico; sin embargo, el alumnado ha sido capaz de extraer elementos jurídicos relacionados con el Derecho alimentario y la protección del consumidor en todas ellas y realizar una aplicación correcta de la legislación aplicable. Incluso, se observa la autonomía del alumnado en la búsqueda de legislación más allá de la explicada en el aula, además de realizar presentaciones muy atractivas y formular preguntas significativas para generar un debate de opinión en el aula tras la exposición de sus trabajos⁵.

El número de alumnado fue incrementándose conforme se implantó la asignatura, así, durante el curso académico

5 Más ampliamente: RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, CABEDO MALLOL, Vicente, CASAR FURIÓ, María Emilia, GIMÉNEZ CHORNET, Vicent, HERNÁNDEZ GUIJARRO, Fernando, LULL NOGUERA, Cristina, OLTRA GUTIÉRREZ, Juan Vicente, OSETE CORTINA, Laura y SORIANO SOTO, María Desamparados, «Gastrolaw. Aprendizaje dinámico a través de películas relacionadas con la alimentación en derecho alimentario y protección del consumidor en el grado en ciencia y tecnología de los alimentos, en la Universitat Politècnica de València», en *La docencia del derecho en la era de la inteligencia artificial*, Universitat Oberta de Catalunya, UOC, Barcelona, 2024, pp. 143 y ss. Disponible en: https://blogs.uoc.edu/edcp/wp-content/uploads/sites/24/2024/10/La-docencia-del-derecho-en-la-era-de-la-inteligencia-artificial-UOC_compressed.pdf (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

2020-2021 se matricularon 35 estudiantes y la calificación media de los comentarios de las películas fue de 9.5 puntos.

En el curso académico 2021-2022 se incrementó la matrícula alcanzando los 39 estudiantes matriculados y se incrementó la calificación media de los comentarios de las películas que alcanzó los 9.7 puntos.

En el curso académico 2023-2023, el número de estudiantes alcanzó un número alto situándose en 44 personas y se incrementó la calificación media de los comentarios de las películas en 9.8 puntos.

La asignatura es elegida por un número mayoritario de alumnado y la calificación media de los comentarios de las películas en todos los años analizados es de sobresaliente, siendo el curso académico 2022-2023 en el que alcanzan una mayor calificación los comentarios de las películas.

También resulta de interés mencionar que en los distintos comentarios de películas se establecía la relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁶.

En los distintos comentarios de las películas realizados por los grupos y a lo largo de los tres cursos académicos hemos observado lo siguiente:

- a) Autonomía del alumnado para la elección de la película objeto de comentario. Teniendo en cuenta que algunas películas eran más idóneas que otras, se aprecia el esfuerzo de los grupos por detectar en cada una de ellas aspectos jurídicos y aplicar la legislación correspondiente.
- b) Exposiciones en el aula bien sincronizadas y con una buena puesta en escena. Uno de los requisitos era que las presentaciones fueran visualmente atractivas con inclusión de imágenes, fragmentos, todo ello citado

6 RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, GARCÍA-ESPAÑA SORIANO, Laura, LULL NOGUERA, Cristina y SORIANO SOTO, María Desamparados, «Diseño de actividades para trabajar, en el aula, los ODS aplicables a la alimentación. Una experiencia en el Grado en Ciencia y Tecnología de alimentos de la Universitat Politècnica de València», en *IX Congreso Nacional de Innovación Educativa y Docencia en Red (IN-RED 2023)*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2023, pp. 321 y ss. Disponible en: <https://riunet.upv.es/server/api/core/bitstreams/cc4687d6-798f-4111-97b6-b7af348ba570/content> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

de forma correcta según la normativa de propiedad intelectual, y la participación de todas las personas del grupo. En todas y cada una de las exposiciones participan todos los miembros del grupo, citan de forma correcta, y visualmente llaman la atención las presentaciones por su buena calidad y por incluir elementos interactivos.

- c) Excelente manejo de la legislación aplicable e incluso búsqueda autónoma de los grupos de legislación complementaria. Uno de los aspectos que es especialmente relevante es que la película sirve de soporte para la aplicación de la normativa explicada en el aula, e incluso en la búsqueda de legislación no explicada pero que es aplicable. Se demuestra que el cine es un instrumento adecuado para la docencia jurídica y facilita la comprensión del alumnado.

En diversos comentarios de las películas podemos observar la estructura que se utiliza por parte del alumnado para el análisis de los contenidos.

Así, por ejemplo, en la película *«Charlie y la fábrica de chocolate»* se diseña la estructura en diversos bloques en los que hay una sinopsis de la película destacando los personajes principales y secundarios; otro bloque destinado a los aspectos legales de la película donde se analiza la Constitución española, el Derecho a la seguridad alimentaria, el *Codex Alimentarius*; los secretos empresariales, la protección a los trabajadores, la protección al consumidor vulnerable, la trazabilidad y seguridad alimentaria y los ODS. En otro bloque se analizan las consideraciones éticas y morales como la pobreza, los pecados capitales, trastornos de la personalidad. Otro bloque analiza distintos casos reales como Donettes Gold Hunter y los niños azules. Finalmente concluye la estructura con la opinión personal y discusión, las cuestiones sobre las que reflexionar y la bibliografía y fuentes que se han utilizado.

En el caso de la película *«El lago azul»* la estructura es similar. Contiene la justificación de la película y la relación con la asignatura, una sinopsis con los personajes principales y secundarios. Después el bloque dedicado a los aspectos legales, con el análisis de la Constitución española, el derecho a la seguridad alimentaria, trazabilidad y seguridad alimentaria y la higiene alimentaria. Después se relaciona la

película y su contenido con los ODS, y luego otro bloque dedicado a las consideraciones éticas y morales, con la irresponsabilidad en el cuidado de menores, el perjuicio al medio ambiente, el derecho a la asistencia, para terminar con la opinión personal y discusión y las cuestiones para reflexionar y debatir y la bibliografía consultada.

De las exposiciones realizadas por los grupos podemos indicar los siguientes aspectos:

- a) El alumnado al utilizar el cine en la actividad es capaz de aplicar la legislación correspondiente al ámbito de la alimentación, ya que relaciona las escenas de la película con situaciones contempladas en la norma.
- b) La aplicación del cine para la valoración de las competencias permite utilizar un recurso educativo que en el ámbito jurídico resulta novedoso, pero cada vez más aplicado.
- c) El alumnado con las preguntas que formula en las exposiciones favorece la participación en el aula del resto del alumnado, con lo que se dinamiza la asignatura favoreciendo el aprendizaje crítico y el aprendizaje colaborativo.
- d) En las exposiciones se observa que los grupos están pendientes de las noticias de actualidad relacionadas con la alimentación. Principalmente las alertas alimentarias, intoxicaciones y distintas iniciativas legislativas de futuro.
- e) Se permite que el alumnado utilice recursos de inteligencia artificial para realizar las exposiciones, como ChatGPT o Copilot, entre otros, de tal forma que es una herramienta más para adaptar la docencia a las nuevas tecnologías de la información y comunicación.
- f) Al utilizar recursos protegidos por propiedad intelectual, como son las imágenes de las películas utilizadas, el alumnado se concientiza en cómo utilizarlas de forma correcta a través del derecho de cita que se contempla en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

- g) El alumnado ha sido capaz de elegir películas que estén relacionadas con los conceptos previamente explicados en la asignatura.

4. Conclusiones

El diseño de actividades basadas en el cine en asignaturas jurídicas cada vez se está implementando con mayor interés porque facilita el aprendizaje del alumnado. Si a ello lo unimos a la docencia jurídica en titulaciones técnicas se incrementa el atractivo para el alumnado y su grado de comprensión al poder contextualizar situaciones teóricas en escenas cinematográficas.

Es evidente que el Derecho en titulaciones técnicas tiene que ser adaptado y la cinematografía puede ser un instrumento muy útil para el alumnado. Con la práctica de los comentarios de películas hemos observado que se mejora el aprendizaje crítico, se asimilan de una forma más favorable los conocimientos y se facilita la comprensión de la legislación más compleja.

Además, la evaluación mediante la práctica de comentario de película también resulta un recurso idóneo para la evaluación de las competencias transversales, se fomenta un aprendizaje colaborativo, se mejoran las habilidades comunicativas al ser expuesta la práctica en el aula, se incrementa el debate al constituirse un foro participativo después de la exposición y se incrementa el trabajo en equipo.

La innovación presentada arroja unos resultados favorables en la valoración de la asignatura y el número de matriculados en una asignatura de tipo optativo también es un indicio de la aceptación de la asignatura entre el alumnado.

5. Bibliografía

DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja, «Ideas y reflexiones sobre el derecho civil a través del cine como experiencia de innovación docente», *Actualización de la docencia y metodologías activas del aprendizaje del Derecho en el entorno digital*, Universitat de València, Valencia, 2022, pp. 39-46. Disponible en: <https://roderic.uv.es/items/952b66f5-e392-420f-a01e-44cb066a811f> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, «El cine y la actividad pedagógica en el ámbito jurídico», *La utilización del cine en la docencia del Derecho: propuestas de interés*, Colex, A Coruña, 2021, pp. 19-24.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, «El cine como herramienta de innovación docente en la impartición de asignaturas jurídicas: experiencias relativas a docencia y orientación profesional», *Derecho, Economía y Empresa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 507-516. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9161859> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La inclusión del cine en la docencia de derecho alimentario y protección del consumidor del grado en ciencia y tecnología de los alimentos», *Derecho, Economía y Empresa*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 517-525. Disponible en: <https://d2eb79appvasri.cloudfront.net/erp-colex/openaccess/libros/6734.pdf> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La inteligencia artificial y su aplicación docente. Algunas reflexiones sobre el aprendizaje y las tecnologías», *Inteligencia artificial y actividades multimedia para los contenidos docentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 13-46.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, GARCÍA-ESPAÑA SORIANO, Laura, LULL NOGUERA, Cristina y SORIANO SOTO, María Desamparados, «Diseño de actividades para trabajar, en el aula, los ODS aplicables a la alimentación. Una experiencia en el Grado en Ciencia y Tecnología de alimentos de la Universitat Politècnica de València», en *IX Congreso Nacional de Innovación Educativa y Docencia en Red (IN-RED 2023)*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2023, pp. 321-332. Disponible en: <https://riunet.upv.es/server/api/core/bitstreams/cc4687d6-798f-4111-97b6-b7af348ba570/content> (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, CABEDO MALLOL, Vicente, CASAR FURIÓ, María Emilia, GIMÉNEZ CHORNET, Vincent, HERNÁNDEZ GUIJARRO, Fernando, LULL NOGUE-

RA, Cristina, OLTRA GUTIÉRREZ, Juan Vicente, OSETE CORTINA, Laura y SORIANO SOTO, María Desamparados, «Gastrolaw. Aprendizaje dinámico a través de películas relacionadas con la alimentación en derecho alimentario y protección del consumidor en el grado en ciencia y tecnología de los alimentos, en la *Universitat Politècnica de València*», en *La docencia del derecho en la era de la inteligencia artificial*, Universitat Oberta de Catalunya, UOC, Barcelona, 2024, pp. 143-151. Disponible en: https://blogs.uoc.edu/edcp/wp-content/uploads/sites/24/2024/10/La-docencia-del-derecho-en-la-era-de-la-inteligencia-artificial-UOC_compressed.pdf (Fecha de consulta: 28 de marzo de 2025).

17

TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE DATOS EN LAS PLATAFORMAS DE *STREAMING*

PAULA MARÍA GONZÁLEZ CHORÉN

Delegada de Protección de Datos

*Investigadora Predoctoral Programa de Doctorado en Derecho
Universidade da Coruña*

1. Introducción

En este capítulo se trata de acercar al lector a la perspectiva legal relacionada con el ámbito del Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal al uso de las plataformas de *streaming*.

En la actualidad, las plataformas de *streaming* se han convertido en un nuevo método de consumo del séptimo arte: El cine.

A lo largo de los últimos años, hemos podido ver películas que se han estrenado en plataformas en lugar de en salas de cine e incluso con un estreno simultáneo. Del mismo modo, nos encontramos con que adaptaciones literarias no pasan por cine o televisión, sino que directamente se producen por las plataformas de *streaming*. En concreto, los puntos que caracterizan las plataformas en *streaming* son:

- Accesibilidad: Permiten acceder a una vasta biblioteca de películas y series desde cualquier lugar y en cualquier momento.
- Variedad: Ofrecen una amplia gama de géneros y estilos, incluyendo producciones independientes y extranjeras que antes eran difíciles de encontrar.

- Conveniencia: Eliminar la necesidad de desplazarse a un cine y la posibilidad de pausar, retroceder o avanzar según la preferencia del espectador.
- Producción Original: Muchas plataformas producen su propio contenido, lo que ha llevado a la creación de películas y series de alta calidad que compiten con las producciones tradicionales de Hollywood.
- Interactividad: Algunas plataformas están experimentando con contenido interactivo, donde el espectador puede influir en el desarrollo de la historia.

A través de este capítulo nos gustaría mostrar cuáles son los derechos que cualquiera de nosotros disponemos, como usuarios de este tipo de plataformas, al compartir con ellas una cantidad ingente de información personal que no es utilizada únicamente por la propia plataforma, sino que, en ocasiones, la información es cedida a terceros, a veces pertenecientes al mismo grupo empresarial, basándose habitualmente en el consentimiento del usuario y, subsidiariamente, en el interés legítimo de la entidad.

2. Normativa y conceptos generales

2.1. Marco jurídico

El dinamismo de la economía de la UE y la apertura de la sociedad provocada por la implementación del mercado interior han llevado a un aumento exponencial del flujo de datos personales a través de las fronteras. Ha habido un aumento en el intercambio de datos personales entre operadores públicos y privados (incluidas personas físicas, asociaciones y empresas) dentro de la UE. En el mismo sentido, el Derecho de la UE fomenta la cooperación y el intercambio de datos personales entre autoridades nacionales de un Estado miembro para desempeñar sus funciones o realizar otros deberes en nombre de las autoridades de otro Estado miembro.

Esta rápida evolución tecnológica y la globalización ponen sobre la mesa nuevos retos para la protección de los datos personales. El uso de la tecnología permite que, tanto las empresas privadas, como las autoridades públicas, utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus activi-

dades, encontrándonos así ante un elevado volumen de recogida e intercambio de datos personales que no debe ser prohibido ni frenado, únicamente regulado con el fin de que los actores de este negocio conozcan sus derechos y obligaciones⁷.

Las personas físicas difundimos un volumen cada vez mayor de información personal y lo hacemos a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y por ello nuestra regulación debe de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.

Estas situaciones, descritas en los Considerandos del RGPD, necesitan ser respaldadas por una norma que genere confianza y permita a la economía digital desarrollarse en un entorno seguro.

Las personas físicas debemos tener la posibilidad de ser conocedores de quién trata nuestros datos de carácter personal y con qué fines. Por ello, con el fin de reforzar la seguridad jurídica para los individuos, operadores económicos y autoridades públicas, así como para armonizar la legislación en esta materia, en el año 2016 se publica el Reglamento general de protección de datos⁸ (en adelante, RGPD)⁹.

7 ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia y RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (Dirs.), *Juventud y derechos fundamentales. las personas jóvenes y menores de edad como colectivo vulnerable*, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, noviembre de 2024.

8 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Asimismo, tenemos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores; AEPD: Guía sobre el uso de cookies, julio de 2023, disponible en: <https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2024); o la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

9 TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Comentario al Reglamento General de*

Con la entrada en vigor y posterior aplicación de la presente norma, su finalidad es promover la plena realización de los ámbitos de libertad, seguridad y justicia y unión económica, promover el progreso económico y social y promover el fortalecimiento e integración de la economía dentro del mercado interior y el bienestar de las personas físicas.

El legislador europeo considera el tratamiento de datos personales como un medio para servir a la humanidad y, contribuyendo al progreso de la sociedad actual, sin olvidar que la protección de datos es un derecho que debe tenerse en cuenta en su funcionamiento. En la sociedad, el principio de proporcionalidad se mantiene en equilibrio con otros Derechos fundamentales. Por tanto, en aras de una justicia efectiva cuando la protección de datos entre en conflicto con derechos como el respeto a la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión e información, la libertad de comercio, la libertad cultural y la diversidad religiosa e incluso los derechos. Para obtener protección y un juicio justo, es necesario sopesar lo que está en juego. Nótese que el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto.

El RGPD contiene habilitaciones e imposiciones que permiten que cuando sus normas deban ser especificadas, interpretadas o restringidas por el derecho de un estado miembro, estos puedan incorporar al Derecho nacional previsiones contenidas específicamente en el reglamento, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y comprensión.

En el ordenamiento jurídico español tales habilitaciones e imposiciones se realizan a través de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), así como en artículos específicos incorporados en las distintas leyes nacionales.

A pesar de no ser punto de interés en esta obra, no podemos dejar de mencionar la existencia de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de

Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales. T. I y II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.

sanciones penales, como la norma relativa a esta materia más reciente en el ordenamiento jurídico español.

Por otra parte, y ya en el ámbito del Derecho de consumo, no podemos dejar de citar la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSICE), se aplica al comercio electrónico para garantizar la transparencia y seguridad en las transacciones realizadas a través de internet. Esta Ley regula aspectos clave como la venta de productos y servicios, la contratación electrónica, y el envío de comunicaciones comerciales.

2.2. Dato de carácter personal

Como se define en el artículo 4 del RGPD el dato personal es *«toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona»*¹⁰.

A modo de ejemplo, y advirtiéndose de que no se trata de una lista cerrada, se consideran datos personales: nombre y apellidos de una persona; número del documento nacional de identidad (DNI); número de teléfono; dirección de correo electrónico (a pesar de que no esté compuesta por nombre y apellidos); nombres de usuarios en redes sociales; dirección IP; imagen, etc.

2.2.1. Categorías especiales de datos

En su articulado, el RGPD hace mención a las categorías especiales de datos, también conocidos como datos espe-

10 RALLO LOMBARTE, Artemi, *Tratado de protección de datos. Actualizado con la ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

cialmente protegidos. Dentro de esta catalogación debemos incluir toda información que revele: el origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud, así como los datos relativos a la vida u orientación sexual de una persona física.

La legitimación para el tratamiento de estas categorías de datos viene definida en los artículos 9 del RPDG y de la LOPDGG quedando circunscrita a determinados supuestos, ya que por la relevancia de este tipo de información requiere de unas condiciones más estrictas.

3. El deber de información

3.1. El deber de información en la LSSICE

Con el objetivo de cumplir el reto establecido en la LSSICE relativo al fomento de la confianza en el comercio electrónico, el prestador de servicios, en este caso, la empresa titular de la web, debe incluir en un apartado visible e identificable, normalmente en la parte inferior de la web, un apartado denominado «*aviso legal*» en el que se facilita información acerca de:

- Titular de la página web indicando la razón social; número de identificación fiscal; inscripción en el registro mercantil; datos de contacto y, en caso de ser una actividad sujeta a autorización administrativa, se debe incluir la referencia a dicha autorización.
- Las condiciones de uso de la página web que incluirán información sobre los productos y/o servicios ofrecidos, así como la normativa aplicable y fuero.

3.2. El deber de información en el RPDG y LOPDGG

En materia de protección de datos, tal como se recoge en los artículos 13 y 14 del RPDG y en el artículo 11 de la LOPDGG el titular de la plataforma de *streaming*, como res-

ponsable del tratamiento de los datos de carácter personal está obligado a informar a los titulares de los datos del tratamiento que se va a realizar. Por tanto, este deber de información se convierte, a su vez, en un derecho de los interesados. El derecho a obtener información sobre el tratamiento de sus datos que lleva a cabo el responsable del tratamiento.

La normativa específica que la información se debe trasladar de manera transparente, en un formato sencillo y comprensible para el usuario medio del público objetivo al que se dirige. En la práctica, la mayor parte de las entidades se muestran propensas a ofrecer esta información en un formato de capas, así, en la primera capa también llamada información básica sobre protección de datos se incluye la información mínima que el responsable está obligado a facilitar, correspondiéndose con lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPDGDD. Así pues, esta primera capa, contendrá al menos:

- La identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso.
- La finalidad del tratamiento.
- La posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del RGPD.

Habiendo facilitado este contenido, la segunda capa informativa o información adicional de protección de datos podrá ponerse a disposición del titular de los datos a través de un apartado específico de la página web mediante la que cualquier interesado podrá suscribirse a la plataforma.

4. Base legitimadora para el tratamiento de los datos

El RGPD establece las bases legitimadoras para el tratamiento de los datos de carácter personal en el artículo 6. A saber:

- «a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño».

En especial, de acuerdo con el artículo 6 de la LOPDGDD el consentimiento para ser válido debe prestarse en un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca. Es el artículo 7 del RGPD el que establece las condiciones para la validez del consentimiento otorgado y la retirada del mismo estableciendo que, cuando se preste el consentimiento para varios fines, debe hacerse de manera separada, una manifestación para cada fin, sino se entenderá que no es válido. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento sin que la retirada del mismo afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a la retirada. El interesado deberá ser informado de esta circunstancia antes de prestar su consentimiento. El tratamiento de datos personales basado en una relación precontractual o en la aplicación de medidas precontractuales no implica que la relación sea onerosa. Aquel tratamiento que se basa en la obligación legal del responsable del tratamiento debe referirse a una obligación establecida por una norma con rango de ley. Las bases legitimadoras comprendidas en los apartados d) y e) del artículo 6 del RGPD no se aplicarán a las sociedades objeto de estudio en este capítulo y, finalmente, en cuanto al amparo del interés legítimo como base legitimadora del tratamiento se debe incluir aquí la referencia a la jurisprudencia más reciente sobre el tema, así como las directrices publicadas por el EDPB¹¹. En resu-

11 *European Data Protection Board, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)(f) GDPR.*

men, para basarse en un interés legítimo, el responsable del tratamiento debe cumplir tres condiciones acumulativas: la persecución de un interés legítimo por parte del responsable del tratamiento o de un tercero; la necesidad de procesar datos personales con el fin de perseguir el interés legítimo; y los intereses o las libertades y derechos fundamentales de las personas no prevalecen sobre los intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero (ejercicio de equilibrio).

Finalmente, cabe incluir en este punto que las bases legitimadoras no son excluyentes, de tal modo que un mismo tratamiento puede basarse en dos o más bases de las anteriormente expuestas. En la práctica, el responsable del tratamiento de los datos, es decir, la entidad titular de la plataforma deberá encuadrar todos y cada uno de los tratamientos de los datos realizados en una o más bases legitimadoras y, una vez realizado este ejercicio, deberá informar al interesado, en primera capa, con la información mínima citada en el apartado anterior y, en segunda capa, redirigiéndolo a un apartado específico de la web como se indicaba que sería la manera que dará mejor encaje al cumplimiento normativo. Habitualmente, esta segunda capa informativa coincide con la información contenida en la política de privacidad. Si llevamos a la práctica los puntos expuestos y analizamos los tratamientos de datos realizados a través de los apartados más comunes en una plataforma, nos encontramos que se realizan distintos tratamientos de datos a los que se aplica principalmente una base legitimadora. Como ejemplo: si nos detenemos en un apartado en el que se solicita el correo electrónico para suscribirse a un boletín informativo, la base legitimadora es sin duda alguna, el consentimiento del interesado. Cuando se solicitan datos del cliente o potencial cliente en un apartado de registro o cuenta cliente, la legitimación para el tratamiento de datos se encuadra en la relación contractual que media entre las partes o, en su caso, el establecimiento de medidas precontractuales. En este último ejemplo es dónde se suelen especificar más bases legitimadoras ya que es posible que determinados tratamientos de datos de usuarios se realicen con base en el consentimiento del interesado e, incluso, si se cumplen los requisitos, en el interés legítimo de la empresa. Habitualmente, en estos formularios nos encontramos con que la cláusula informativa incorporada

es la que describimos anteriormente como de primera capa ya que se busca el equilibrio entre el cumplimiento normativo en materia de protección de datos y un diseño atractivo para el consumidor.

5. Transferencias de datos internacionales¹²

El capítulo V del RGPD regula las transferencias internacionales y en su artículo 44 establece el principio general de las transferencias internacionales de datos: *«Solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado»*.

Las transferencias internacionales de datos suponen un flujo de datos personales desde el territorio español a destinatarios establecidos en países fuera del Espacio Económico Europeo (los países de la Unión Europea más Liechtenstein, Islandia y Noruega).

Los responsables y encargados del tratamiento podrán realizar transferencias internacionales de datos sin necesidad de autorización de la agencia española de protección de datos siempre que el tratamiento de datos observe lo dispuesto en el RGPD y en los siguientes supuestos:

- Transferencias basadas en una decisión de adecuación.
- Mediante la aportación de garantías adecuadas: un instrumento jurídicamente vinculante y exigible entre las autoridades u organismos públicos; normas corporativas vinculantes; cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión; cláusulas tipo de protección

12 *Vid.* <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/garantias-transferencias-datos-personales>

de datos adoptadas por una autoridad de control y aprobadas por la Comisión; códigos de conducta, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas las relativas a los derechos de las personas interesadas; mecanismos de certificación, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas las relativas a los derechos de las personas interesadas.

- Excepciones para situaciones específicas: la persona interesada haya dado explícitamente su consentimiento, después de haber sido informada de los posibles riesgos; la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre la persona interesada y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud de la persona interesada; la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica; la transferencia sea necesaria por razones importantes de interés público; la transferencia sea necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; la transferencia sea necesaria para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando la persona interesada esté física o jurídicamente incapacitada para dar su consentimiento; la transferencia se realice desde un registro público que, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés legítimo, pero sólo en la medida en que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta.

Si no resultase aplicable ninguna de estas excepciones, solo se podrá llevar a cabo una transferencia si no es repetitiva, afecta solo a un número limitado de personas interesadas, es necesaria a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses o derechos y libertades de la persona interesada, y el responsable del tratamiento evalué todas las circunstancias concurrentes en la transferencia

de datos y, basándose en esta evaluación, ofrezca garantías apropiadas con respecto a la protección de datos personales.

En este supuesto, el responsable del tratamiento informará a la autoridad de control de la transferencia. Además de la información a que hacen referencia los artículos 13 y 14 del RGPD, el responsable del tratamiento informará a la persona interesada de la transferencia y de los intereses legítimos imperiosos perseguidos.

El Comité Europeo de Protección de Datos ha elaborado unas Directrices sobre la aplicación de las excepciones¹³.

6. Conclusión

Las plataformas de *streaming* para cumplir con la normativa europea deben de poner a disposición de sus usuarios toda la información relativa al tratamiento y protección de datos personales indicada en el artículo 13 del RGPD. De este modo, los interesados podrán acceder fácilmente a toda la información sobre sus deberes y derechos, no solo en el ámbito del Derecho del Consumo sino también en el ámbito relativo a la protección de datos de carácter personal y, con la información facilitada, tomar una decisión libre e informada sobre aquello que pueda afectar a sus derechos.

7. Bibliografía

AEPD, *Guía sobre el uso de cookies*, julio de 2023. Disponible en: <https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf> (fecha de la última consulta: 13 de febrero de 2024).

AEPD, *Garantías para las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales*. Disponible en: <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/directrices-de-aplicacion>

ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia y RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (Dirs.), *Juventud y derechos fundamentales*. Las

13 *Vid.* <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/directrices-de-aplicacion>

personas jóvenes y menores de edad como colectivo vulnerable, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, noviembre de 2024.

RALLO LOMBARTE, Artemi, *Tratado de protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*. T. I y II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.

18

ARTE, CREATIVIDAD Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: LA PRETENDIDA AUTORÍA DE LAS MAL LLAMADAS INTELIGENCIAS ARTIFICIALES

LUIS JAVIER CAPOTE PÉREZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de La Laguna*

*«There are no such things as happy endings. Never.
They're totally manufactured by fiction writers who choose
to end the story on a high point».*

Peter David, X-Factor: Secret Invasion

1. Introducción

La aparición y progresiva generalización en el uso de las aplicaciones generativas de contenidos —popularmente conocidas como inteligencias artificiales o IA— ha generado una serie de profundos debates en torno a su concepto, la pertinencia de su utilización o el valor de las obras obtenidas mediante su empleo. En estas discusiones entran en consideración argumentos de naturaleza económica, ética, artística y legal, pero siendo notoria la necesidad de dar una respuesta desde el Derecho a los concretos problemas que está generando, valga la redundancia, el uso de estas aplicaciones, es interesante constatar que debajo de lo que aparenta ser un nuevo debate subyacen discusiones más antiguas y,

para lo que la regulación de la protección de la autoría se refiere, recurrentes en los planteamientos *de lege ferenda* en torno a la normativa en materia de propiedad intelectual.

La Convención de Berna establece en su artículo primero que su finalidad es la «*protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas*». A continuación, su artículo segundo establece una extensa enumeración de lo que, a título ejemplar, son creaciones englobables dentro de la definición de obra protegida¹. Por su parte, el artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que las obras a proteger son las «*creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*», estableciendo también otro listado a título de ejemplo².

1 Artículo 2.1 de la Convención de Berna: «*Los términos "obras literarias y artísticas" comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias*».

2 Artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual: «*Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza; b) Las composiciones musicales, con o sin letra; c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía,*

De acuerdo con las normativas internacional y nacional, la propiedad intelectual de una obra protegida corresponde a quien la crea y por el mero hecho de su creación. Conceptos de naturaleza estética, cualitativa o económica están fuera de esta consideración y solamente la característica de la originalidad se presenta como requisito ineludible. Sin embargo, si bien el arte desde la perspectiva de la regulación vigente, sí han tenido por el contrario importancia e influencia a la hora de ampliar el concepto de obra artística a creaciones elaboradas mediante el uso de nuevas tecnologías. Dicho de otra forma, la consideración de arte es relevante para el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual.

2. ¿Qué es esa cosa llamada arte?

La evolución del concepto de obra artística ha sido consecuencia de la transformación del concepto de arte³. Así, en la Antigüedad los conceptos de *ars* o *τεχνη* evocaban la destreza para construir algo. El arte es considerado un trabajo que no es irracional, así como un conjunto de preceptos universales que sirven a un propósito establecido. Por su parte, en el Medievo la idea original se disocia en los conceptos de bellas artes y de oficios. Será durante la Edad Moderna que se producirá la separación de los conceptos de arte, artesanía y ciencia. Las creaciones de las bellas artes pasarán a ser consideradas productos de la mente dirigidos a la mente con una especial, insólita e ingeniosa, entrando en este concepto las obras provenientes de la pintura, la escultura, la arquitectura o la elocuencia. En todo momento, el arte es considerado un producto humano.

Los avances tecnológicos relacionados con la creatividad han traído consigo en todo momento y ocasión un debate en torno a la consideración de las obras derivadas de aquéllos como artística, planteándose la discusión en torno a la consideración de nuevas disciplinas como artísticas. Cada

la geografía y, en general, a la ciencia; h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; i) Los programas de ordenador».

3 TATARKIEWICZ, Wladislaw, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 30 y ss.

innovación se ha visto acompañada de esta controversia y si bien es cierto que actividades creativas como la fotografía, el cine o el tebeo han acabado recibiendo el reconocimiento de sus obras como artísticas y la consecuente protección en el ámbito de la protección intelectual, no es menos cierto que el debate, en ocasiones todavía presente sobre su naturaleza incompleta —en el caso de la cinematografía⁴— o menor —en el caso del cómic⁵— ha tenido cierta incidencia a la hora de abordar la regulación en materia de derechos de autoría o conexos, como se verá al tratar el ejemplo de la regulación de la fotografía en el apartado siguiente, pero siempre ha estado presente la problemática en torno a la incorporación de herramientas derivadas del progreso operado en el ámbito de la tecnología.

3. Autoría, creatividad y máquinas

3.1. Sobre el concepto de autoría

La regulación prevista en el Convenio de Berna ha establecido, como se ha visto, la premisa de la garantía a los autores de la protección legal de sus creaciones. Una consulta a la regulación contenida en nuestro Derecho interno permite encontrar en la Ley de Propiedad Intelectual una norma según la cual es autora toda «*la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*»⁶. En este contexto, la propiedad intelectual se presenta como una institución llamada a proteger las obras del intelecto humano, la

4 Para un ejemplo de la consideración del cine como arte incompleto o imperfecto *vid.* REGUERA, Iván y APARICIO, Juan José, *Carlos Pumares: Un grito en la noche*, Editorial Círculo Universitario, Madrid, 2007, p. 166.

5 Para una reflexión sobre la consideración del tebeo como arte menor *vid.* FERNÁNDEZ ATIENZA, Sergio, «Cuando el séptimo arte encontró al noveno», *IV Seminario «Zona Negativa», XII Semana del Cómic de La Laguna*, Universidad de La Laguna, 6 de diciembre de 2022, https://www.ivoox.com/znpodcast-277-el-comic-aulas-audios-mp3_rf_135658645_1.html

6 Artículo 5.1 de la Ley de Propiedad Intelectual: «*Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*».

cual se expresa en la forma de una chispa de la inspiración que constituye el punto de partida de la protección en sede jurídica de la autoría⁷. Desde ese punto de vista, ser autor implica ser creador y esta cualidad supone la existencia de un punto de creatividad artística, movido por la búsqueda de un propósito y la consecución de un objetivo. Esta máxima se convierte, como se verá a continuación en el caso de la fotografía, en el punto de partida para la consecución del estatus de arte y la consecuente protección legal a través de las instituciones de la propiedad intelectual.

3.2. El caso de la fotografía

La historia de la regulación de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la fotografía ejemplifica como pocos el debate entre juristas y artistas⁸, hasta el punto de que la actual distinción recogida en nuestra Ley de Propiedad Intelectual entre obra fotográfica y mera fotografía resulta todavía cuestionada⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, solamente la creación de obra fotográfica es la que otorga los derechos de autoría, en tanto que la denominada mera fotografía es tratada en el apartado correspondiente a los denominados derechos conexos¹⁰. La diferenciación entre obras fotográficas

7 SÁNCHEZ GARCÍA, Raquel, «La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936», *Hispania*, LXII, núm. 212, 2002, p. 995.

8 GROSS, Eduard-Clauidu, «Photography and Intellectual Property: Are creators protected by Law?», *SAECULUM*, vol. 50, issue 2, 2020, p. 51.

9 CAPOTE PÉREZ, Luis Javier, «Photographic Works and Mere Photographs: A View of an Old Discussion from the Point of View of New Technologies», en MEZEI, Péter; TRAVIS, Hannibal y POGÁCSÁS, Anett, *Harmonizing Intellectual Property Law for a Trans-Atlantic Knowledge Economy*, BRILL, Leiden, Boston, 2024, pp. 393-409.

10 Artículo 128 de la Ley de Propiedad Intelectual: «*Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o*

y meras fotografías radica en el concepto de valor artístico. Desde este punto de vista, en la segunda de las categorías estarían las fotos que simplemente recogen de forma mecánica y automática la realidad tal y como se presenta, lo que redundaría en el predominio de las operaciones técnicas sobre cualquier consideración de carácter artístico. Este razonamiento ha sido criticado por su vaguedad, su imprecisión y su excesiva abstracción¹¹ y sus detractores han considerado que cada fotografía representa un trabajo de planificación y coordinación que implica un esfuerzo intelectual, el empleo de una capacidad creativa y pone a prueba el talento y la personalidad artística del fotógrafo.

La dicotomía entre obras fotográficas y meras fotografías que está presente, tanto en nuestro Derecho interno, como en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el francés, el alemán o el italiano, es consecuencia de la consideración en origen de la fotografía como una actividad ajena al arte y posteriormente como un arte de naturaleza menor. Esta consideración se ve reflejada en la Convención de Berna cuando extiende el concepto de obra artística a *«las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía»*. En este contexto, la protección de las fotos que no tengan esa consideración relacionada con la originalidad se deja a la consideración de los Estados parte del convenio¹². Por su parte y para el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines establece que *«las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor»* serán protegidas con arreglo a las regulaciones establecidas en la misma Direc-

reproducción».

- 11 BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Propiedad intelectual y uso social y académico de la fotografía», en AMADOR CARRETERO, María Pilar; ROBLEDANO ARILLO, Jesús y RUÍZ FRANCO, María del Rosario (Eds.), *Segundas Jornadas Imagen, Cultura y Tecnología* (Universidad Carlos III), Editorial Archiviana, Madrid, 2004, p. 29.
- 12 MARGONI, Thomas, «Digitising the public domain: Non original photographs in comparative EU Copyright Law», en GILCHRIST, John y FITZGERALD, Brian (Eds.), *Copyright, Property and the Social Contract: The Reconceptualisation of Copyright*, Springer, Berlín, 2018, p. 163.

tiva respecto a la duración de los derechos de autoría. Respecto de *«las demás fotografías»* establece que los Estados miembro podrán establecer la protección que estimen por conveniente. Como se ha visto, en el caso del ordenamiento jurídico español las meras fotografías entran dentro de la categoría de derechos conexos.

La originalidad y la expresión de la chispa de inspiración que pone en marcha el ingenio humano son los elementos que plantean en nuestra legislación en materia de propiedad intelectual una distinción que no deja de reflejar la consideración que, desde su invención, ha tenido la fotografía como actividad ausente de arte, arte menor o arte sin calificativos.

3.3. El caso de las aplicaciones generativas de contenido

Bajo la denominación de aplicaciones generativas de contenido, ciencia de datos o más popularmente, inteligencias artificiales se engloban varios conceptos que incluyen tanto ciertas facultades maquinales para emular la actividad humana como la disciplina que las estudia. Así, en el primer caso tenemos que la IA es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano. La idea de que los ordenadores o los programas informáticos puedan, tanto aprender, como tomar decisiones, es particularmente importante, ya que sus procesos están creciendo exponencialmente con el tiempo. Debido a estas dos capacidades, los sistemas de inteligencia artificial pueden realizar ahora muchas de las tareas que antes estaban reservadas sólo a los humanos¹³. Por su parte, en el segundo caso se considera a la inteligencia artificial como una disciplina de la informática que tiene por objetivo elaborar máquinas y sistemas que puedan desempeñar tareas que requieren una inteligencia humana. El aprendizaje automático y el aprendizaje profundo son dos esferas de la inte-

13 CAPOTE PÉREZ, Luis Javier, «Inteligencia Artificial y propiedad intelectual. Inspiración, creatividad y fuentes de información», en ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana y VALIÑO CES, Almudena, *Nuevas tecnologías, inteligencia artificial, algoritmos y justicia*, Dykinson, Madrid, 2025, p. 51.

ligencia artificial, de manera que, en los últimos años, con el desarrollo de las nuevas técnicas y equipos informáticos basados en redes neuronales, la denominación se ha venido entendiendo como un sinónimo de «*aprendizaje automático profundo supervisado*»¹⁴.

La aparición de estos sistemas y su capacidad para generar contenidos a partir de los datos con los que han sido alimentados ha sido la génesis de un profundo debate en torno a la respuesta que, en sede jurídica, debe darse al uso de tales aplicaciones y al tratamiento que debe darse a los resultados que generan desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Desde el punto de vista doctrinal, la respuesta en Derecho a la cuestión de la naturaleza autoral de estos programas se mueve entre varias soluciones legales posibles, las cuales abarcan desde planteamientos de naturaleza más conservadora, como la no protección jurídica de este tipo de materiales por la vía de la propiedad intelectual, hasta contestaciones más innovadoras, que pasarían por conferir la condición autoral a la máquina generadora de contenidos, de manera que éstos tendrían la consideración de obras y aquélla la naturaleza de creadora, otorgándoseles una suerte de personalidad jurídica digital.

La respuesta a la pregunta planteada al final del párrafo precedente debe contestarse de forma negativa, pues si bien es cierto que estas aplicaciones pueden emular la acción humana y van perfeccionando sus capacidades de respuesta, falta el componente básico de la expresión de una voluntad creativa que refleje la chispa del ingenio y la inspiración. Los sujetos de los derechos de autoría seguirán siendo personas naturales, en tanto en cuanto las máquinas no tengan la capacidad de exteriorizar un deseo creador.

4. Más allá del ámbito jurídico

El debate en torno al tratamiento de las aplicaciones generadoras de contenido y a los resultados producidos es

14 ESTUPIÑÁN RICARDO, Jesús; LEYVA VÁZQUEZ, Maikel Yelandi; PEÑAFIEL PALACIOS, Alex Javier; EL ASSAFIRI OJEDA, Yusel, «Inteligente Artificial y Propiedad Intelectual», *Universidad y Sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, vol. 13, núm. 53, diciembre de 2021, p. 363.

una nueva expresión de un debate sumamente antiguo en el ámbito del arte. La incorporación de nuevas tecnologías y la discusión sobre el carácter artístico de sus resultados es al menos tan antigua como la invención de la imprenta, momento en el cual suele situarse el punto de partida de las regulaciones en materia de propiedad intelectual.

La presencia y el uso cada vez más generalizados de estas herramientas exige que desde el ámbito de la jurisprudencia, en tanto que ciencia del Derecho, se aborde una respuesta a los problemas que estas nuevas tecnologías están planteando. Uno de los ámbitos donde las controversias están creciendo en número y en encono es el de las creaciones artísticas y se hace cada vez más necesaria una reflexión de la regulación vigente en materia de propiedad intelectual bajo la luz de la presencia de estas llamadas inteligencias artificiales.

En este momento y teniendo en cuenta el estado del arte en la actualidad, no se puede considerar que las aplicaciones puedan ser acreedoras de una personalidad jurídica que permita convertirlas en sujetos de derechos subjetivos y, consecuentemente, otorgarles una condición autoral y el estatus de titulares de derechos de propiedad intelectual. Así como un programa como *Deep Blue* puede jugar al ajedrez, pero no tiene la capacidad para negarse a hacerlo, una aplicación generadora de contenido carece del deseo de crear y de la voluntad de generar algo impulsada por la inspiración creadora. La chispa del ingenio que pone en marcha al Arte y al Derecho es patrimonio exclusivo de los seres humanos. El arte es un producto del trabajo humano¹⁵. La palabra latina *auctor* significa lo mismo que la española *autor* y se contrapone a la *artifex* o artífice. Los primeros inspiran las creaciones, en tanto que los segundos se limitan a ejecutarlas. Esta distinción, que puede encontrarse en la Roma clásica a la hora de abordar el concepto de autoridad es válida para su transposición a la consideración de las relaciones entre las aplicaciones generadoras de contenido y quienes las emplean: no crea quien lleva a cabo el trabajo, sino quien lo ha inspirado, siendo la obra resultante expresión de su espíritu¹⁶.

15 LABORIT, Henri, *Del sol al hombre*, Nueva Colección Labor, Editorial Labor, Madrid, 1965, p. 115.

16 ARENDT, Hannah, *¿Qué es la autoridad?*, traducción de Roberto Ramos

5. Bibliografía

ARENDT, Hannah, *¿Qué es la autoridad?*, traducción de Roberto Ramos Montecoba, Página indómita, Barcelona, 2024.

BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Propiedad intelectual y uso social y académico de la fotografía», en AMADOR CARRERERO, María Pilar; ROBLEDANO ARILLO, Jesús y RUÍZ FRANCO, María del Rosario (Eds.), *Segundas Jornadas Imagen, Cultura y Tecnología* (Universidad Carlos III), Editorial Archiviana, Madrid, 2004, pp. 28-39.

CAPOTE PÉREZ, Luis Javier, «Photographic Works and Mere Photographs: A View of an Old Discussion from the Point of View of New Technologies», en MEZEI, Péter; TRAVIS, Hannibal y POGÁCSÁS, Anett, *Harmonizing Intellectual Property Law for a Trans-Atlantic Knowledge Economy*, Brill, Leiden, Boston, 2024, pp. 393-409.

CAPOTE PÉREZ, Luis Javier, «Inteligencia Artificial y propiedad intelectual. Inspiración, creatividad y fuentes de información», en ALONSO SALGADO, Cristina; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana y VALIÑO CES, Almudena, *Nuevas tecnologías, inteligencia artificial, algoritmos y justicia*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 47-56.

ESTUPIÑÁN RICARDO, Jesús; LEYVA VÁZQUEZ, Maikel Yelandi; PEÑAFIEL PALACIOS, Alex Javier; EL ASSAFIRI OJEDA, Yusel, «Inteligente Artificial y Propiedad Intelectual», *Universidad y Sociedad. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, vol. 13, núm. 53, diciembre de 2021, pp. 362-368.

FERNÁNDEZ ATIENZA, Sergio, «Cuando el séptimo arte encontró al noveno», *IV Seminario «Zona Negativa», XII Semana del Cómic de La Laguna*, Universidad de La Laguna, 6 de diciembre de 2022, https://www.ivoox.com/znpodcast-277-el-comic-aulas-audios-mp3_rf_135658645_1.html

- GROSS, Eduard-Clauidu**, «Photography and Intellectual Property: Are creators protected by Law?», *SAECULUM*, vol. 50, issue 2, 2020, pp. 50-61.
- LABORIT, Henri**, *Del sol al hombre*, Nueva Colección Labor, Editorial Labor, Madrid, 1965.
- MARGONI, Thomas**, «Digitising the public domain: Non original photographs in comparative EU Copyright Law», en GILCHRIST, John y FITZGERALD, Brian (Eds.), *Copyright, Property and the Social Contract: The Reconceptualisation of Copyright*, Springer, Berlín, 2018, pp. 157-180.
- REGUERA, Iván y APARICIO, Juan José**, *Carlos Pumares: Un grito en la noche*, Editorial Círculo Universitario, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Raquel**, «La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936», *Hispania*, LXII, núm. 212, 2002, pp. 993-1019.
- TATARKIEWICZ, Wladislaw**, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2001.



LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA
LOS PROFESIONALES DEL DERECHO DESDE 1981



Paso a paso

Códigos
comentados

Vademecum



Formularios



Flashes
formativos



Colecciones
científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL

Tel.: 910 600 164

info@colex.es

La presente obra colectiva, inscrita en el movimiento *Law & Humanities*, aborda desde diferentes ópticas y temas la fecunda interrelación entre el Derecho y las Artes. Así, en sus páginas encontraremos trabajos que analizan la perspectiva renacentista y el origen del sistema jurídico, la exportación de bienes culturales, el Derecho político a través de *Tosca* o la figura de Bob Marley como profeta musical de la Justicia social, entre otras interesantes cuestiones.

AUTORAS Y AUTORES

Ana Vázquez Lemos, Ana Vico Belmonte, Camilo Arancibia Hurtado, Diego González Camejo, Elizabeth Mendoza Morales, Emilio Ferrero García, Francisca Ramón Fernández, Gonzalo Ana Dobratinich, José Ramón Narváez Hernández, Katharina Nothnagel Vivas, Lorenzo Agostino, Luis Javier Capote Pérez, Manuel de Peralta Carrasco, Manuel Rodríguez Puerto, Mariagisa Landolfi, Natalia Torres Cadavid, Nicolò Di Paco, Paloma Villarreal Suárez de Cepeda, Patricia Labrador Ballesteros, Paula de la Fuente Polo, Paula María González Chorén, Virxilio Rodríguez Vázquez