

# SEPARACIÓN DE PODERES Y JUSTICIA DIGITAL



MAURO BARBERIS

SEPARACIÓN DE PODERES Y  
JUSTICIA DIGITAL

Traducción de  
Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui

PALESTRA EUROPA  
MADRID – LIMA – 2024

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

## SEPARACIÓN DE PODERES Y JUSTICIA DIGITAL

Mauro Barberis

*Primera edición, julio 2024*

Traducción de la obra original del autor:

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

© 2024: MAURO BARBERIS

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.

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

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

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© De la traducción: MAYTÉ CHUMBERIZA TUPAC YUPANQUI

Impresión y encuadernación:

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Julio, 2024

Cuidado de estilo y edición:

JESÉ DAVID ARIAS AGUILA

Diagramación:

RAÚL MORALES HERRERA

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

ISBN: XXXXXXXX

Tiraje: 500 ejemplares

*Impreso en Perú / Printed in Peru*

---

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

---

# CONTENIDO

## *Prólogo*

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

## *Capítulo I*

LA “ANTIGUA” SEPARACIÓN DE PODERES Y LA PRIMACÍA DEL LEGISLATIVO.....	13
1.1. Separación de poderes y ciencias sociales .....	18
1.2. Antigua separación de poderes: desde Montesquieu... ..	27
1.3. ... a los Federalistas.....	36

## *Capítulo II*

“NUEVA” SEPARACIÓN DE PODERES Y PRIMACÍA DEL EJECUTIVO .....	47
2.1. Entre parlamentarismo y presidencialismo .....	52
2.2. Parlamentarismo restringido: Bruce Ackerman .....	62
2.3. Estado constitucional: Luigi Ferrajoli .....	71

## *Capítulo III*

“NUEVA” SEPARACIÓN DE PODERES: ¿PRIMACÍA DEL PODER JUDICIAL? .....	83
3.1. Justicia y <i>judicial review</i> .....	86
3.2. Justicia constitucional centralizada .....	95
3.3. Justicia internacional y control digital .....	104

## CONTENIDO

### *Capítulo IV*

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

### *Capítulo V*

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

### *Epílogo*

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

## PRÓLOGO

# ¿FIN DE LA DEMOCRACIA LIBERAL?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Génova-Trieste, julio de 2023