

# NEW LEFT REVIEW 132

SEGUNDA ÉPOCA

ENERO-FEBRERO 2022

## ARTÍCULOS

RAHMANE IDRISA	El Sahel: un mapa cognitivo	7
PERRY ANDERSON	La Gran Bretaña de Edgerton	45
KHEYA BAG Y SUSAN WATKINS	Estructuras de opresión	61
JULIAN STALLABRASS	Cálculo sublime	95
DYLAN RILEY	Respuesta a Harvey	103
DAVID HARVEY	Réplica a Riley	113
PATRICIA McMANUS	Una nueva crítica literaria	123
ALAIN SUPIOT	El error de Foucault	143

## CRÍTICA

TOM MERTES	El modelo de Pittsburgh	161
TOR KREVER	Las almas enfrentadas del liberalismo	170

---

[WWW.NEWLEFTREVIEW.ES](http://WWW.NEWLEFTREVIEW.ES)

© New Left Review Ltd., 2000

Licencia Creative Commons

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

INSTITUTO  
**25M**  
DEMOCRACIA

SUSCRÍBETE

**ts**  
d traficantes de sueños



ALAIN SUPIOT

## EL ERROR DE FOUCAULT

### *Biopolítica, cientificismo y Estado de derecho*

**L**A DIVISIÓN DEL derecho en ramas, tal y como se ha desarrollado progresivamente desde el siglo XVI, es de naturaleza dogmática y posee un valor heurístico débil<sup>1</sup>. Si seguimos, no obstante, las ramas del derecho hasta su tronco común, siempre llegamos a la cuestión que irriga a todas ellas: la de la preservación de la vida humana. La pandemia de la COVID-19 nos lo ha recordado, puesto que las medidas adoptadas para superarla han afectado a todos los países del planeta y han incidido por igual en el derecho nacional y el derecho internacional, en el derecho público y el derecho privado o el derecho social. Algunos comentaristas consideran que esto ilustra la influencia del biopoder, que, de acuerdo con Foucault, caracteriza la época moderna<sup>2</sup>. Esta interpretación es apresurada por no decir inexacta. Sin preocuparse mucho por la congruencia, estos mismos comentaristas han observado a menudo el carácter «medieval» de las medidas de confinamiento y cuarentena impuestas contra la pandemia, a las que los dirigentes políticos habían recurrido muchos siglos antes del supuesto nacimiento del «biopoder».

Para Foucault, el término biopoder hace referencia al tránsito, a partir del siglo XIX, de un derecho de soberanía –consistente en «hacer morir

---

<sup>1</sup> Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der Juristischen Methode vom Humanismus bis Historischen Schule*, Munich, 2001.

<sup>2</sup> Véanse Michel Foucault, *La volonté de savoir*, París, 1976, cap. 5, «Droit de mort et pouvoir sur la vie», pp. 177 y ss.; *Il faut défendre la société: Cours au Collège de France 1976*, París, 1997, pp. 213-235; ed. cast.: *Historia de la sexualidad*, vol. I, *La voluntad de saber*, Madrid, 2019; *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Madrid, 2003.

a la gente» o «dejarla vivir»– a «un poder exactamente opuesto [...] de “hacer vivir a la gente” y “dejarla morir”»<sup>3</sup>. Pero mucho antes de que en el siglo XVI cristalizase la idea de un poder laico y soberano, príncipes y ciudades han adoptado disposiciones jurídicas dirigidas a «hacer vivir» en lugar de «dejar vivir», no solo para enfrentarse a las pandemias, sino, más en general, para conservar la salud de sus poblaciones. Heródoto, por ejemplo, se maravilla ante la siguiente norma vigente entre los babilonios en el siglo V a. C.:

Al tener en baja estima a los médicos, transportan a los enfermos al mercado; entonces, quienes han padecido el mismo mal que el enfermo, o han visto a otros en caso similar, se acercan y le asesoran sobre su enfermedad y lo confortan, diciéndole por qué medio se han recuperado o han visto a otros recuperarse de ella. Nadie puede pasar junto al enfermo sin hablarle y preguntarle qué mal lo aqueja<sup>4</sup>.

Resumida en el derecho romano con la fórmula *vitam instituere*, la preservación de una vida propiamente humana a lo largo de generaciones sucesivas no es, por consiguiente, el rasgo distintivo de las formas de gobierno contemporáneas, sino un hecho constitutivo del fenómeno institucional en general y del derecho en particular<sup>5</sup>. Para comprender esta función antropológica, es preciso que el derecho y las instituciones no se reduzcan a meras técnicas de poder, ni la vida a su sola dimensión biológica. Para Louis Dumont dicha reducción es producto de la ideología moderna, que contempla la sociedad como una colección de individuos que compiten entre sí<sup>6</sup>. En contra de la creencia popular, sostenía Dumont, el nazismo fue el fruto venenoso de este individualismo: si las instituciones son de hecho artificios, si solo la fuerza reina entre individuos que luchan por la vida, solo la identidad biológica puede mantener unidas a las comunidades humanas:

---

<sup>3</sup> M. Foucault, *Il faut défendre la société: Cours aux Collège de France 1976*, cit., p. 214.

<sup>4</sup> Heródoto, *Herodotus I, Books I-II*, §197, Londres, 1975, p. 251.

<sup>5</sup> *Digesto* (I,3,2); véanse, respectivamente, Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, París, 1999, pp. 106-108; y Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Londres, 2007; ed. orig.: *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, París, 2005; ed. cast.: *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, 2012.

<sup>6</sup> Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme: Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, París, 1983; y del mismo autor, *Homo aequalis*, vol. I, *Génèse et épanouissement de l'idéologie économique*, París, 1977, p. 19; ed. cast.: *Ensayos sobre el individualismo: una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna*, Madrid, 1987; *Homo aequalis: génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, 1999.

Hitler no hizo sino llevar hasta sus últimas consecuencias determinadas representaciones que son muy comunes en nuestro tiempo, ya sea la «lucha de todos contra todos», una especie de lugar común de la incultura, o su equivalente más refinado, la reducción de la política al poder. Pero en cuanto se aceptan esas premisas, es difícil ver, con ayuda de Hitler, qué puede impedir, a quienes tienen los medios para hacerlo, exterminar a quienes les plazca, y el horror de la conclusión demuestra la falsedad de las premisas. La desaprobación universal demuestra el acuerdo sobre los valores y el poder político debe subordinarse a los valores. La esencia de la vida humana no es la lucha de todos contra todos y la teoría política no puede ser una teoría del poder, sino una teoría de la autoridad legítima<sup>7</sup>.

Esta reducción de la política al poder y de las leyes a puras técnicas de dominación es un rasgo común de los autores de posguerra, que han perdido la percepción que sus grandes predecesores –Durkheim, Mauss, Weber o Bergson– tenían de las instituciones.

La obra de Giorgio Agamben ofrece una de las expresiones más completas de esta *reductio ad potestatem*. Agamben ha usado la categoría jurídica romana de *homo sacer* para apartarse de la datación del biopoder efectuada por Foucault y afirmar que el poder soberano siempre ha tenido la vida como objeto<sup>8</sup>. Esta tesis tiene el mérito de reconocer que los vínculos existentes entre la vida humana y las instituciones son estructurales y no datan del siglo XIX, pero otorga a la idea de soberanía una atemporalidad carente de base histórica. El derecho romano hace caso omiso de ella y el orden feudal se basa en el señorío, no en la soberanía. Agamben define, ante todo, el poder soberano como el poder de decidir sobre el estado de excepción en el que la vida puede ser proscrita, es decir, capturada y expuesta a la muerte. Basándose en Carl Schmitt, esta definición era ciertamente apropiada para el nazismo, cuya práctica jurídica fue perfectamente resumida por Göring: «*Recht ist das, was uns gefällt*» [el derecho es lo que a nosotros nos agrada]<sup>9</sup>. Pero prescinde de la experiencia histórica de la soberanía concebida como autolimitación del poder<sup>10</sup>, lo cual dotó de una base duradera al Estado de derecho<sup>11</sup>, mientras que el estado de excepción nazi encontró rápidamente su límite catastrófico.

<sup>7</sup> L. Dumont, *Essais sur l'individualisme: Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, cit., p. 186.

<sup>8</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, 1998, p. 93; ed. orig. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Turín, 1995; ed. cast.: *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, 2006.

<sup>9</sup> Citado en Rush Rhees, «Wittgenstein's Lectures on Ethics», *Philosophical Review*, vol. 74, núm. 1, enero de 1965, p. 25.

<sup>10</sup> Cf. A. Supiot, «La souveraineté de la limite», en Alain Supiot (ed.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, París, 2019, pp. 221 y ss.

<sup>11</sup> Cf. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1921, pp. 435-489.

Confundir de este modo la soberanía con la omnipotencia conduce a los mismos callejones sin salida con los que tuvo que lidiar el escolasticismo medieval. Ante la omnipotencia, nada se sostiene: dos y dos pueden ser cinco, el pasado puede no haber existido y el derecho es engullido completamente por el agujero negro del «poder». Así, de acuerdo con Agamben, solo «al margen de toda ley» sería concebible una vida libre<sup>12</sup>. Desde este punto de vista, las instituciones meramente enmascaran la realidad del «poder» del cual el campo de concentración sería hoy en día el paradigma secreto; las salas de embarque del aeropuerto de Roissy-Charles-de-Gaulle serían, por lo tanto, declinaciones de Auschwitz<sup>13</sup>. Los solicitantes de asilo, sin embargo, todavía no son gaseados ni sometidos a experimentos médicos. Agamben comienza recordándonos que el gobierno de Hitler tuvo cuidado de situar los campos de concentración fuera de la esfera jurídica<sup>14</sup>. La deportación a los campos era una medida de «retención protectora» (*Schutzhaft*), que tenía su fuente directa en la voluntad del Führer. En las palabras tajantes de un jefe de la Gestapo citado por Agamben, «los campos no se instituyeron, un día estaban ahí» (*sie wurden nicht gegründet, sie waren eines Tages da*). No podría decirse con más claridad que los campos pertenecían al puro dominio del *hecho*. Pero esto no impide a Agamben sostener dos páginas después que en los campos «la ley y el hecho se fusionan», lo que los dota de una «estructura jurídica particular»<sup>15</sup>. ¿Los campos no tienen una existencia jurídica, pero tienen estructura jurídica?

Legítimamente preocupado por arrojar luz sobre el fenómeno del totalitarismo, Agamben cae así en la trampa que el nazismo dejó tras de sí: subsumir cualquier tipo de institución bajo la figura del «poder», un principio eterno y jamás definido que transpone a la política la noción de «fuerza» en términos físicos o de «supervivencia de los más aptos» en términos biológicos. Agamben contrasta dos facetas de la vida humana: la vida política, o *bios*, y la «nuda vida», o *zôê*, cuya captura sería el objetivo principal del «poder soberano»<sup>16</sup>. Pero el conocimiento antropológico

<sup>12</sup> Véase G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, cit., p. 69. Dichas afirmaciones son síntoma de la descomposición de la democracia, ya detectada por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*: «Se era libre bajo las leyes, se quiere ser libre contra ellas», en *The Spirit of the Laws*, Cambridge, 1989, p. 23; ed. cast.: *El espíritu de las leyes*, Madrid, 2015.

<sup>13</sup> G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, cit., p. 188.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 182. Respecto al *Schutzhaft*, véase Olivier Jouanjan, *Justifier l'injustifiable: l'ordre du discours juridique nazi*, París, 2017, pp. 148 y ss.

<sup>15</sup> G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, cit., p. 184.

<sup>16</sup> La importancia de esta distinción de las fuentes griegas la ha criticado Laurent Dubreuil en «De la vie dans la vie: sur une étrange opposition entre *zôê* et *bios*», en *Labyrinthe*, vol. 22, núm. 3, 2005, pp. 47-52.

sugiere lo contrario, caracterizando al *homo sapiens* como un «animal simbólico» para el que estas dos dimensiones de la vida son inseparables<sup>17</sup>. Hasta el niño lobo, la manifestación más cercana a una «nuda vida», manifiesta un sentimiento de justicia. Tratar a los humanos como animales ha sido una característica del cientificismo en general y del nazismo en particular<sup>18</sup>, pero constituye una contradicción singular afirmar que esta es la verdad oculta de cualquier institución. Como observó Simone Weil:

Si la fuerza es absolutamente soberana, la justicia es absolutamente irreal. Pero no lo es. Lo sabemos por experiencia. Es real en el corazón de los hombres. La estructura de un corazón humano es una realidad más del universo, al igual que la trayectoria de una estrella. No está en la mano del hombre excluir por completo cualquier tipo de justicia de los fines que dicho hombre asigna a sus acciones. Ni siquiera los nazis pudieron. De haber sido posible para los hombres, probablemente ellos podrían haberlo hecho<sup>19</sup>.

La terrible descripción que Agamben hace del asesinato de una joven judía en Dachau a efectos de experimentación «médica» atestigua el poderoso sentimiento de injusticia que el autor de *Homo Sacer* comparte con sus lectores<sup>20</sup>. Si hubiera que describir el régimen nazi en los términos de quienes confunden soberanía con omnipotencia, habría que inclinarse a ver en la política industrial de exterminio aplicada por dicho régimen una forma paroxística del poder de «hacer morir a la gente» en lugar del «poder exactamente opuesto» de «hacer vivir a la gente» que, de acuerdo con Foucault, define el biopoder.

### *Técnicas de normalización*

Sería injusto, sin embargo, reducir el pensamiento de Foucault a la noción de biopolítica. Estamos en deuda con él por su sagacidad al observar que desde el siglo XIX se produjo un retroceso general del derecho a favor de las «técnicas de normalización». A diferencia del derecho, que sitúa la obediencia a las reglas generales y abstractas bajo el control

<sup>17</sup> Véase Ernst Cassirer, *An Essay on Man: An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, New Haven (CT), 1944, p. 44.

<sup>18</sup> Según Carl Schmitt, las abstracciones del derecho son las mascaradas de las que se sirven los judíos para disimular su relación parasitaria con el pueblo alemán, Carl Schmitt, «Die deutsche Rechtswissenschaft in Kampf gegen den jüdischen Geist», Berlín, 1936.

<sup>19</sup> Simone Weil, *L'ennracinement: prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1949], en *Œuvres*, París, 1999, p. 179.

<sup>20</sup> G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, cit., pp. 167 y ss.

de un juez, estas técnicas recurren a la vigilancia y al adiestramiento<sup>21</sup>. En años recientes, han experimentado un crecimiento espectacular posibilitado por el progreso de la informática y las ciencias cognitivas<sup>22</sup>. La novedad de la «sociedad de la normalización», cuyo advenimiento percibió Foucault, no radica, por lo tanto, como él creyó, en que tenga «la vida por objeto y objetivo»<sup>23</sup>, sino, por el contrario, en que se halle regida por una normalidad descubierta por la ciencia y ya no por la legalidad referida a un ideal de justicia. La sociedad de la normalización nació con el ascenso de las técnicas cuantitativas, que desde finales del siglo XVIII llevaron a interpretar las sociedades humanas, siguiendo el modelo de la física o la biología, como objetos, medibles y manipulables, que era posible examinar para entender y controlar su funcionamiento<sup>24</sup>. Esta evolución acaecida en las ciencias sociales ha sido sin lugar a dudas fuente de un importante progreso en el conocimiento, pero también ha dado lugar a lo que Renan denominó «la audaz pero legítima pretensión de organizar la sociedad científicamente»<sup>25</sup>.

Esta «pretensión legítima» implica que, a medida que la ciencia avanza en su interpretación de las «leyes verdaderas» de la sociedad humana, la legalidad jurídica debería ser sustituida por una normalización de los comportamientos. La tarea de los dirigentes sería similar a la de los ingenieros, que aplican las leyes de la física para hacer funcionar las máquinas, o a la de los médicos, que restauran la salud gracias a los descubrimientos de la biología. Las figuras del ingeniero y el médico fueron presentadas explícitamente como modelos por promotores del «socialismo científico» como Pashukanis para ilustrar la normatividad puramente técnica que regiría en una sociedad comunista en cuanto se completase la desaparición progresiva del Estado<sup>26</sup>.

Este desplazamiento de la norma jurídica a favor de una normatividad técnica fue un factor común de los regímenes totalitarios. La noción de

<sup>21</sup> M. Foucault, *La volonté de savoir*, cit., pp. 116-118.

<sup>22</sup> Véase Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future and the New Frontier of Power*, Londres, 2019; ed. cast.: *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, 2020.

<sup>23</sup> M. Foucault, *Il faut défendre la société*, cit., pp. 225-226.

<sup>24</sup> Véase Alain Desrosières, *La politique des grands nombres: histoire de la raison statistique*, París, 1993; Lorraine Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, Princeton (NJ), 1988.

<sup>25</sup> Ernest Renan, *L'avenir de la science: Pensées de 1848* [1890], París, 1995, p. 104.

<sup>26</sup> Evgeny Pashukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme* [1924], París, 1970, p. 71; ed. cast.: *La teoría general del derecho y el marxismo*, Barcelona, 1976.

Estado nazi es efectivamente un oxímoron, dado que concierne a un régimen que no conocía otro Estado que el de excepción<sup>27</sup>. Sometido al tutelaje de un solo partido, el Estado nazi era una herramienta de dominación de la raza superior y no ocupaba ya el lugar de «tercera parte» garante que caracteriza el fenómeno jurídico<sup>28</sup>. Esta posición no tendría sentido en el universo totalitario y tampoco la ocupó Hitler. La estructura del régimen nazi no era jurídica, sino gerencial<sup>29</sup>. El Führer no era la fuente del derecho que debería aplicarse, sino el modelo al cual adecuarse actuando en función de cómo él actuara en cada situación concreta<sup>30</sup>.

La situación era formalmente diferente en la Unión Soviética, que sí tenía una constitución; pero tampoco allí era el Estado la piedra de toque institucional. Como en Alemania, se convirtió en una máquina administrativa bajo el control de un partido único, que era responsable, entre otras cosas, de aplicar los planes basándose en cálculos de utilidad económica. El hecho de que no se caracterizase por un «régimen de derecho» en el sentido indicado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no significa que la Unión Soviética estuviera desprovista de normas; pero no eran normas jurídicas, es decir, reglas generales y abstractas aplicadas por organismos judiciales independientes<sup>31</sup>. El *rule of law* cedió allí el lugar al *rule by law*<sup>32</sup>.

Este cambio en el tipo de normatividad caracterizó el punto de inflexión percibido por Foucault y no la aparición de un poder que aspirase a «hacer vivir» en lugar de limitarse a «dejar vivir». Para entender la «sociedad de la normalización», cuya aparición diagnosticó, necesitamos recordar que no todos los órdenes normativos son jurídicos. El ritual o la moral pueden constituir fuentes de reglas no jurídicas. De igual modo, el orden sadiano, en el que Dany-Robert Dufour ha visto acertadamente

---

<sup>27</sup> Proclamado por la Ley de 24 de marzo de 1933 (*Gesetz zur behebung der Not von Volk und Reich*), el estado de excepción solo acabó con la caída del Reich en mayo de 1945.

<sup>28</sup> Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit* [1943], París, 1982, pp. 73 y ss.

<sup>29</sup> Johann Chapoutot, *Libres d'obéir: Le management, du nazisme à aujourd'hui*, París, 2020.

<sup>30</sup> Lion Murard y Patrick Zylberman (eds.), *Le soldat du travail: guerre, fascisme et taylorisme, Recherches*, núm. 32/33, 1978, p. 518; O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable: l'ordre du discours juridique nazi*, cit., pp. 285 y ss.

<sup>31</sup> Alexandre Zinoviev, *Le communisme comme réalité*, París, 1981, pp. 170-171.

<sup>32</sup> Harold Berman, *Law and Revolution*, 2 vols., vol. I, *The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1985; vol. 2: *The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 2003, p. 19.



el punto de fuga de la ideología económica<sup>33</sup>, tal vez esté saturado de normas, pero difícilmente puede considerarse un orden jurídico. Por otro lado, el orden sadiano, en cuanto ámbito del poder soberano en el sentido dado a este término por Foucault o Agamben, prefigura a la perfección los universos concentracionarios del siglo XX, formas extremas de la «sociedad de la normalización».

Esta ambición normalizadora no desapareció junto con los totalitarismos del siglo XX. Hoy adopta la forma de la gobernanza por los números, extendiéndose a todos los aspectos de la vida humana y a todas las escalas de organización de la misma<sup>34</sup>. Inspira la ideología del «mercado total», que constituye el ámbito de un «orden espontáneo» que animaría la acción de todos y cada uno de nosotros, si fuera necesario por medio de la inteligencia artificial y de técnicas de entrenamiento tales como los «*nudges*» [empujones] de la economía conductista o la *compliance* [norma de cumplimiento]<sup>35</sup>. Las personas se ven obligadas de hecho a asimilar este orden inmanente, purgado de toda referencia heterónoma, del que ellas son los agentes y no las dueñas. La paz perpetua debería reinar pronto en un mundo plano, libre de la figura de una «tercera parte» imparcial y desinteresada, que estará poblado por seres humanos programados como ordenadores o adiestrados como mascotas, gracias al progreso de las técnicas conductuales y, parece, de la tecnología del *blockchain*<sup>36</sup>. La promesa de este futuro radiante haría obsoleto el derecho, como atestiguan los cambios semánticos registrados en los desplazamientos de *ley a programa*, de *reglamentación a regulación*, de *gobierno a gobernanza*, o de *moral a ética*. En todos estos casos, el objetivo es eliminar la distancia entre la norma y el sujeto al que de ese modo no se le exige que la observe, sino que la incorpore.

Al igual que anteriores avatares del cientificismo, la gobernanza por los números está condenada a encontrar su límite catastrófico. La regulación de la sociedad, como ha demostrado Canguilhem, no es un hecho de la misma naturaleza que la regulación biológica. En el caso de un organismo vivo, «la norma o la regla de su existencia viene dada por

---

<sup>33</sup> Dany-Robert Dufour, *La cité perverse: libéralisme et pornographie*, París, 2009.

<sup>34</sup> Alain Supiot, *Governance by Numbers: The Making of a Legal Model of Allegiance*, Oxford, 2017; ed. orig.: *La gouvernance par les nombres*, París, 2015.

<sup>35</sup> Pablo Jensen, *Deep Earnings: le néolibéralisme au cœur des réseaux de neurones*, Caen, 2021.

<sup>36</sup> Katrin Becker, «La technologie blockchain et la promesse crypto-divine d'en finir avec les tiers», en *Religiosité technologique, Études digitales*, núm. 6, 2018.

su existencia misma», pero la sociedad humana «no es un fin en sí misma»; «no hay justicia social espontánea, es decir, no hay autorregulación social». Como Canguilhem observa a continuación, «la justicia debe proceder de algún otro lugar»<sup>37</sup>. Una sociedad no puede perdurar sin una referencia que le sea heterónoma y tampoco puede deducirse de la observación de los hechos, sino que es, por el contrario, resultado de lo que Bergson denominó la «función fabuladora»<sup>38</sup> y Leroi-Gourhan el «aparato simbólico»<sup>39</sup>, que son lo propio de la especie humana. Nuestra vida no solo se despliega en el mundo tal cual es, sino también en un mundo que podría o debería ser.

El ser humano es un *animal dénaturé*<sup>40</sup>, una criatura en dos partes, que no puede reducirse de manera inteligible a la vida orgánica o a la vida mental. Bípedo cuya cabeza se mueve en el cielo de las ideas, no puede tener ni conservar la razón si no estando instituido, esto es, si no se halla inscrito en un orden que relacione la infinitud de su universo mental con la forma finita de su experiencia física para ejercitar su razón, dando a su vida mortal un lugar y un sentido. Este avance siempre frágil de la razón está amenazado por dos formas contemporáneas de desinstitucionalización. Por un lado, el biologismo, que reteniendo solo los pies y prescindiendo de la cabeza, lo asimila por completo a la parte animal; y por otro, el posmodernismo, que conserva solo la cabeza, perdiendo su punto de apoyo en la realidad. Basándose en estas dos formas, lo que Vico denominó la «barbarie de la reflexión» amenaza los mecanismos jurídicos dirigidos a preservar una vida propiamente humana<sup>41</sup>. Valéry observaba que la conquista de las cosas por parte de la ciencia positiva conduciría a «una forma elaborada y rigurosa de barbarie, mucho más formidable que las barbaries antiguas por ser más exacta, más uniforme e infinitamente más poderosa. Volveríamos a la era del hecho, pero del *hecho científico*»<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Georges Canguilhem, *Writings on Medicine*, Nueva York, 2012, pp. 67-78.

<sup>38</sup> Henri Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion* [1932], París, 1988, pp. III y ss.; ed. cast.: *Las dos fuentes de la moral y la religión*, Madrid, 2020.

<sup>39</sup> André Leroi-Gourhan, *Gesture and Speech*, Cambridge (MA), 1993, pp. 313 y ss.; ed. orig.: *Le geste et la parole*, vol. 2, *La mémoire et les rythmes*, París, 1964, p. 107.

<sup>40</sup> Vercors, *Les animaux dénaturés* [1952], traducido al inglés con el título de *You Shall Know Them*, Boston, 1953; ed. cast.: *Animales desnaturalizados*, Buenos Aires, 1953 (trad. Rosa Chacel).

<sup>41</sup> Cf. sobre la «barbarie de la reflexión», Giambattista Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations* [1744], París, 2001, pp. 536-537; véase, Alain Pons, *Vie et mort des nations: lecture de la Science nouvelle de Giambattista Vico*, París, 2015, pp. 315 y ss.

<sup>42</sup> Paul Valéry, «Préface aux *Lettres persanes*» [1930], en Montesquieu, *Lettres persanes: édition du tricentenaire*, París, 2021, pp. 373-374; ed. cast.: *Cartas persas*, Madrid, 1997.

*Un salto adelante*

La experiencia de la barbarie nazi dio lugar a un salto jurídico e institucional sin precedentes en la historia humana. Ante las masacres sin sentido de la Segunda Guerra Mundial, se constató la insostenibilidad de un mundo sometido por completo a las relaciones de fuerza. Dado que «*the disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind*» [el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad], la Organización de Naciones Unidas consideró «*essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law*» [esencial que los derechos humanos sean protegidos por un Estado de derecho, a fin de que el ser humano no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión]<sup>43</sup>. Ya en 1944 los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo habían acordado que «*experience has fully demonstrated the truth of the statement in the Constitution of the International Labour Organisation that lasting peace can be established only if it is based on social justice*» [la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en su carta de constitución, según la cual la paz permanente solo puede basarse en la justicia social]<sup>44</sup>. Es imposible sobrevalorar la importancia de la experiencia de las dos guerras mundiales. La justicia social no solo se afirma como un ideal, un deber moral que debería pesar sobre las naciones y contrarrestar el realismo político y económico, sino que constituía en sí misma una muestra de realismo o, más precisamente, supondría la toma de conciencia de la experiencia histórica que había visto como la humillación y la pobreza habían dado lugar al odio, la violencia y la guerra «*which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind*» [que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles]<sup>45</sup>. Una novedad en este aluvión de declaraciones de principios fue la de afirmar que la justicia y la paz solo podían basarse en «*the faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small*» [la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de

---

<sup>43</sup> Preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

<sup>44</sup> Preámbulo a la Declaración de Filadelfia (1944).

<sup>45</sup> Preámbulo a la Carta de las Naciones Unidas (junio de 1945).

las naciones grandes y pequeñas]<sup>46</sup>. Partiendo de la experiencia –estos es, de los hechos– estos textos fundamentales afirman de ese modo el carácter *fiduciario* de un orden jurídico que, de acuerdo con las palabras de Valéry, no podía fundamentarse en «*la seule contrainte des corps par les corps*» [la exclusiva coerción de los cuerpos por los cuerpos]<sup>47</sup>.

La novedad de estas declaraciones, sin embargo, no radicaba en que afirmasen la primacía de las relaciones jurídicas sobre las relaciones de poder. Consistía en que daban cabida a la dimensión física de la vida humana al proclamar que «*the recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world*» [el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo]<sup>48</sup>. Este nuevo principio de dignidad, solemnemente afirmado en el Preámbulo y en el Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo aparece, significativamente, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, empezando por el derecho a la seguridad social (Artículo 22). Reconocer la dignidad significa atribuir un valor inconmensurable a la vida de cada persona. Este valor no mercantilizable –al margen del precio, por usar el término de Kant– abarca el cuerpo y la mente y exige, por lo tanto, cubrir las necesidades físicas. Estas habían quedado en gran medida dejadas a un lado en las declaraciones de la Ilustración, que tenían por objeto un «hombre» completamente desmaterializado; por eso se decía que los derechos económicos y sociales eran derechos de «segunda generación». Esta cronología es, sin embargo, equívoca, porque el derecho de los hambrientos a recibir ayuda de los ricos fue en la Edad Media el objeto primigenio de la doctrina de los derechos naturales<sup>49</sup>. El principio de dignidad se expresó por primera vez de hecho respecto de los deberes con los hombres y mujeres más expuestos al infortunio físico, los pobres<sup>50</sup>. Es comprensible, por lo tanto, que la dignidad, principio fundador de la justicia social y de los derechos económicos y sociales, haya sido atacada por los defensores del neoliberalismo desde comienzos de la década de 1980.

---

<sup>46</sup> *Ibid.*; véase también el preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>47</sup> P. Valéry, «Préface aux *Lettres persanes*», cit.

<sup>48</sup> Preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>49</sup> Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights: Natural Law and Church Law, 1150-1625* [1997], segunda edición, Grand Rapids (MI), 2001, pp. 70 y ss.

<sup>50</sup> Por eso Bossuet reconoció su «dignidad eminente»: Jacques-Bénigne Bossuet, *De l'éminente dignité des pauvres* [1659], París, 2015.

*El reinado del cientificismo*

El sello distintivo de la «sociedad de la normalización» no es –como erróneamente afirmaba Foucault– el biopoder, sino el cientificismo, que erige la ciencia fetichizada en la «nueva iglesia universal»<sup>51</sup>. Como sus predecesoras, esta iglesia aspira a someter a todos los seres humanos a leyes idénticas que escapan a su deliberación. Estas leyes inmanentes, inscritas en la naturaleza humana, ocupan el lugar otorgado previamente a las leyes transcendentales reveladas por Dios. Como observó Alexander Grothendieck, el cientificismo «es igual de irracional y emocional en sus motivaciones, e igual de intolerante en su práctica cotidiana, que cualquiera de las religiones tradicionales a las que ha suplantado». Los gobiernos no deben boicotear las leyes de dicho cientificismo, sino, por el contrario, facilitar su acción como un relojero «engrasa un reloj o de cualquier otro modo asegura el estado de un mecanismo para que funcione permanente y correctamente»<sup>52</sup>. El perímetro de la democracia se reduce así a medida que avanza el progreso del conocimiento de estas leyes, que se imponen sin discusión a modo de normas técnicas mediante la pedagogía o la restricción, de manera que «el gobierno de las personas cede el paso a la administración de las cosas»<sup>53</sup>. Las leyes y el Estado no tienen más función que la de engrasar las ruedas del mercado autorregulado. Como observó Polanyi: «El mecanismo puesto en marcha por el principio del beneficio tuvo una eficacia solo comparable al arrebató de fervor religioso más violento de la historia»<sup>54</sup>. Pero este mecanismo afirma ser una ciencia experimental, cuyos enunciados, como los de la religión, están por su naturaleza apartados de toda deliberación democrática. De nuevo, esta vez mediante la razón neoliberal, se trata de sustituir el *rule of law* por el *rule by law* y de reducir el derecho y el Estado a la función de un «aceite colocado en los engranajes» de las leyes inmanentes descubiertas por la ciencia económica, cuya imposición se efectúa al margen de la conciencia de los seres humanos e independientemente de la racionalidad o irracionalidad de sus comportamientos (principio de maximización, autorregulación del mercado, estabilidad

<sup>51</sup> Alexander Grothendieck, «La nouvelle église universelle», *Survivre... et vivre*, núm. 9, agosto-septiembre de 1971, pp. 3-7.

<sup>52</sup> Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice*, Abingdon y Nueva York, 1982, p. 128; ed. cast.: *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, 2018.

<sup>53</sup> Fredric Engels, *Anti-Dühring* [1878], París, 1971, p. 317; ed. cast.: *Anti-Dühring*, Madrid, 2014.

<sup>54</sup> Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Times* [1944], Boston, 2001, p. 31; ed. cast.: *La gran transformación*, Barcelona, 2016.

de las inclinaciones humanas, etcétera)<sup>55</sup>, lo cual acota el campo de la democracia asimilada ahora a un «mercado de ideas»<sup>56</sup>.

Esta búsqueda del reconocimiento científico fue coronada en 1969 con la creación del Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel. Logrado plagio de los otros premios Nobel, esta consagración sitúa los estudios económicos al mismo nivel que la física y la biología, cuyos enunciados están por naturaleza exentos de toda deliberación democrática<sup>57</sup>. De acuerdo con uno de sus premiados, Gary Becker, las leyes de la economía derivan de hecho de las de la genética y la selección natural, las únicas capaces de explicar la dialéctica de egoísmo y altruismo observada en la conducta humana<sup>58</sup>. Hayek, uno de los más famosos «economistas merecedores del Nobel», dedicó sus primeras investigaciones a las condiciones biofísicas de emergencia de la conciencia y concibió el «orden espontáneo del mercado» a partir del modelo darwiniano de la selección natural<sup>59</sup>. Esta búsqueda de un anclaje en la biología continúa hoy en la economía conductual, que toma prestada de la medicina la técnica de los estudios aleatorios con el objetivo de conseguir que los pobres se comporten bien en el mundo tal y como es en vez de interrogarse sobre su justicia<sup>60</sup>.

En virtud del «Consenso de Washington», el sometimiento del derecho y los Estados a este «orden espontáneo» del mercado fue confiado a organizaciones internacionales o regionales (OMC, FMI, UE), que trabajaron metódicamente para dismantelar el derecho laboral, los sistemas de seguridad social y los servicios públicos, los tres pilares del Estado social

---

<sup>55</sup> Cf. Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976.

<sup>56</sup> Ronald Coase, «The Economics of the First Amendment: The Market for Goods and the Market for Ideas», *American Economic Review*, vol. 64, núm. 2, 1974, p. 384. Véase Alain Supiot, «Democracy Laid Low by the Market», *Jurisprudence*, vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 449-460.

<sup>57</sup> Patrick Moynot, «Nobel d'économie: coup de maître», *Le Monde*, 15 de octubre de 2008.

<sup>58</sup> G. Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour*, cit., p. 282.

<sup>59</sup> Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, Chicago, 1952 [ed. cast.: *El orden sensorial*, Madrid, 2011]; *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3, *The Political Order of a Free People*, Londres, 1982, p. 154.

<sup>60</sup> Respecto a estas promesas, véase Banco Mundial, *Informe de desarrollo mundial 2015: Mente, sociedad, conducta*; Richard Thaler y Cass Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven (CT) y Londres, 2008. Para un análisis crítico de estos planteamientos, veáanse Jean-Michel Servet, *L'économie comportementale en question*, París, 2018; y Arthur Jatteau, *Faire preuve par le chiffre: le cas des expérimentations aléatoires en économie*, París, 2020.

construido para aplicar los principios de justicia social proclamados en las grandes Declaraciones internacionales y en las constituciones adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial. Durante las últimas décadas, se ha convertido en algo de buen tono burlarse del énfasis humanista o denunciar la perversidad de estas Declaraciones, que no serían sino la máscara de la imposición de lo político sobre la vida<sup>61</sup>. Foucault nunca optó por este sinsentido. Por el contrario, denunció la «crítica inflacionaria al Estado» y declaró que «todos los que participan en la gran fobia al Estado» se estaban «dejando llevar por la corriente»<sup>62</sup>. No fue únicamente uno de los raros filósofos en percibir la importancia crucial de la seguridad social, sino que también la defendió frente «al liberalismo salvaje, que conduciría a la cobertura individual de quienes dispusieran de los recursos necesarios y a la ausencia de cobertura para el resto»<sup>63</sup>.

La fe cientificista en el orden espontáneo del mercado choca con los mecanismos jurídicos del Estado social, pero más aún con las realidades de las crisis que genera. La pandemia de la COVID-19 ha reafirmado por un tiempo la importancia fundamental de la conservación de la vida humana, núcleo de las instituciones jurídicas y sociales, y los Estados han recuperado brevemente su función de garantes de último recurso de la seguridad física en su territorio. El vector jurídico de esta resurgencia es el «derecho a la salud»<sup>64</sup>, cuya prioridad nos exige cuestionar algunas de las «reformas estructurales» impuestas en nombre del mercado. La pandemia ha revelado, en consecuencia, la degradación del sistema sanitario debido a la gobernanza por los números, así como la incapacidad de los seguros privados para asumir la carga económica que suponen la vacunación y las interrupciones del trabajo.

### *La lucha por las patentes*

Vivimos hoy en un orden normativo esquizofrénico en el que los principios y valores jurídicos surgidos de la crisis provocada por la Segunda Guerra Mundial no han sido derogados, pero se encuentran contradictorios por la reglas impuestas por «el orden espontáneo» de un mercado

<sup>61</sup> Véanse, por ejemplo, G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, cit., pp. 138 y ss.; y F. A. Hayek, *The Mirage of Social Justice*, cit., pp. 104-105.

<sup>62</sup> M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, cit., pp. 196-197. El tema del derecho se halla omnipresente en los escritos de Foucault, quien, sin embargo, no abordó su teorización (cf. Márcio Alves da Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, São Paulo, 2002).

<sup>63</sup> Entrevista con Robert Bono en *Sécurité sociale: L'enjeu*, París, 1983, p. 60.

<sup>64</sup> «El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social», «Preámbulo» a la Constitución de la OMS.

con pretensiones de totalidad. La «lucha por el derecho», que el jurista alemán Rudolf von Ihering consideraba una tarea que debía ser recomenzada sin cesar, adquiere hoy más actualidad que nunca<sup>65</sup>. Prueba de ello es la cuestión acuciante del derecho a la salud en tiempos de pandemia global.

Los creadores de la Organización Mundial de la Salud, percibiendo la solidaridad objetiva que une a los habitantes del planeta ante los riesgos relacionados con la salud, pretendieron en 1946 movilizarla con la intención de evitar dichas amenazas. Uno de los impulsos primarios de esta solidaridad activa ante la enfermedad es –como lo era entre los babilonios– la puesta en común de los conocimientos relacionados con la misma. Esta puesta en común, sin embargo, se enfrenta en la actualidad al orden imperante sobre los derechos de propiedad intelectual, que asume formas que ilustran la naturaleza esquizofrénica del orden jurídico internacional, desgarrado como indicábamos entre los principios de justicia social característicos del periodo de posguerra y el libre mercado. Por un lado, el «Preámbulo» de la Constitución de la OMS establece que: «La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud». Pero, por otro, desde la creación de la Organización Mundial del Comercio en 1994, estos conocimientos se han convertido en objeto de propiedad privada, lo cual se opone precisamente a su «extensión a todos los pueblos», a tenor del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>66</sup>. Hasta entonces en el derecho internacional se aceptaba que la protección de los intereses de salud pública se imponía a los intereses de los propietarios de las patentes. El Acuerdo sobre los ADPIC invirtió esta jerarquía y dio primacía a la protección de la propiedad industrial.

El principio de protección de la salud pública había llevado a muchos países, entre ellos Brasil, Sudáfrica, Turquía y la India, a excluir los medicamentos del ámbito patentable. El caso de la India es particularmente instructivo<sup>67</sup>. Tras la consecución de la independencia, sus

---

<sup>65</sup> Rudolf von Ihering, *Der Kampf ums Recht*, 1872.

<sup>66</sup> Véase Clotilde Jourdain-Fortier, *Santé et commerce international: contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, París, 2006.

<sup>67</sup> Samira Guennif y Julien Chaisse, «L'économie politique du brevet au sud: variations Indiennes sur le brevet pharmaceutique», *Revue internationale de droit économique*, vol. 21, núm. 2, 2007, pp. 185-210; Maurice Cassier y Marilena Correa, «Brevets de médicament, luttes pur l'accès et intérêt public au Brésil et en Inde», *Innovations*, núm. 32, 2012, pp. 109-127.



líderes concluyeron que el régimen de propiedad intelectual heredado del colonialismo británico no había garantizado la innovación y la protección de la salud de su población y que había conferido un monopolio de facto a las empresas occidentales, que cobraban precios prohibitivos. La *Indian Patent Act* aprobada en 1911 se reformó en 1970 para excluir de su ámbito de aplicación los productos de salud pública y los agrícolas «por los intereses de salud, nutrición y existencia de los ciudadanos indios»<sup>68</sup>. De ahí emergió una potente industria farmacéutica india, que proporcionó fármacos genéricos a bajo coste para cubrir las necesidades del país y posibilitar la exportación a otros países del Sur. A comienzos de la década de 1990, el precio del tratamiento contra el SIDA rondaba los 700 dólares mensuales; en 1993, tras hacer uso de los derechos contemplados en la *Patent Act* de 1970, la empresa india Cipla empezó a fabricar medicamentos genéricos a un precio de 300 dólares mensuales, lo que redujo significativamente el coste del mismo. La India, que fue importador neto de medicamentos hasta comienzos de la década de 1980, se ha convertido en un gran exportador<sup>69</sup>. Esta estrategia ha provocado fuertes reacciones en Occidente. La American Academy of Sciences, estrechamente relacionada con la industria farmacéutica estadounidense, se alarmó ante el riesgo de perder su predominio en los mercados emergentes. En 1997 pidió al gobierno de Clinton que hiciera cumplir los derechos de propiedad intelectual de la industria farmacéutica estadounidense en todo el mundo en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC firmado poco antes<sup>70</sup>.

A comienzos del nuevo milenio, este hincapié en la propiedad intelectual provocó una gran disputa entre Estados Unidos y Sudáfrica respecto a la concesión de «licencias obligatorias» para combatir la pandemia de SIDA, es decir, el gobierno sudafricano concedía licencias sin el consentimiento del propietario de la patente<sup>71</sup>. Estas demandas judiciales estadounidenses desencadenaron una ola de solidaridad internacional a gran escala con Sudáfrica, obligando a la OMC a suavizar su posición

---

<sup>68</sup> Vandana Shiva, «Democracy Wins Patents Laws Debate in Indian Parliament», *TWR*, núm. 57, mayo de 1995, p. 12.

<sup>69</sup> Manish Panchal, Charu Kapoor y Mansi Mahajan, «Success strategies for Indian pharma industry in an uncertain world», *Business Standard*, Bombay, 17 de febrero de 2014.

<sup>70</sup> Institute of Medicine, «America's Vital Interest in Global Health: Protecting Our People, Enhancing Our Economy and Advancing Our International Interests», Washington DC, 1997.

<sup>71</sup> La posibilidad de dicha concesión de licencias obligatoria se introdujo en 1925 en la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

en la Declaración de Doha (2001) y a admitir que los imperativos de salud pública entraban en el ámbito de las derogaciones establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>72</sup>. El episodio demostró que la acción colectiva internacional puede frenar el proceso de extensión de la lógica de mercado a todos los aspectos de la vida humana. Al mismo tiempo, sin embargo, la Declaración de Doha aceptó el cambio del principio que rige el derecho sanitario internacional, que ahora se basa en la patentabilidad de los medicamentos<sup>73</sup>.

El argumento principal a favor de la patentabilidad de los medicamentos fue que esta es esencial para la innovación. Remachado por la Comisión Europea en su Comunicación 351 de 2009 sobre el sector farmacéutico<sup>74</sup>, este argumento lo usan también algunos economistas, que basan su cuantificación de la innovación tecnológica en el número de patentes solicitadas<sup>75</sup>. En vista del enorme progreso terapéutico efectuado *antes* de la adopción de los Acuerdos sobre los ADPIC, no resulta muy convincente. Ha sido duramente criticado por otros economistas, como Joseph Stiglitz, que sostienen que, por el contrario, limitar la propiedad intelectual reabriría este terreno a la competencia<sup>76</sup>. La pandemia de la COVID-19 ha situado en el primer plano este conflicto entre normas. La seguridad sanitaria mundial significa que todos los habitantes del mundo deberían tener acceso a las vacunas, de acuerdo con la Constitución de la OMS. Las multinacionales que las desarrollaron con ayuda de masivos fondos públicos intentan, sin embargo, obtener el mayor beneficio posible de ellas. En octubre de 2020, Sudáfrica y la India pidieron a la OMC la derogación de las normas de propiedad intelectual sobre estas vacunas de modo que ello permita su producción masiva<sup>77</sup>. Respaldada por la OMS y aproximadamente sesenta países, esta solicitud fue bien recibida

---

<sup>72</sup> C. Jourdain-Fortier, *Santé et commerce international: Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, cit., pp. 541-547.

<sup>73</sup> OMS-OMC, *Los acuerdos de la OMC y la salud pública*, Ginebra, 2002.

<sup>74</sup> COM (2009) 351 final. Esta posición se modificó levemente en una nueva Comunicación de la Comisión adoptada en medio de la pandemia, que hace referencia a los «valores europeos comunes» ausentes en la Comunicación de 2009: «acceso universal al cuidado de calidad, a la equidad y a la solidaridad»: COM (2020) 761 final, 25 de noviembre de 2020.

<sup>75</sup> Philippe Aghion *et al.*, «Innovation and Top Income Inequality», Bank of France, junio de 2015.

<sup>76</sup> Joseph Stiglitz y Adam Hersch, «The Transpacific Free-Trade Charade», *Project Syndicate*, 2 de octubre de 2015.

<sup>77</sup> «South Africa and India push for COVID-19 patents ban», *The Lancet*, 5 de diciembre de 2020.

por el director general de la OMC e incluso por Biden, en ese momento recientemente elegido presidente de Estados Unidos<sup>78</sup>. Sin atreverse a contradecirle frontalmente, los políticos europeos se han mostrado muy reacios ante la propuesta y han defendido una política de donaciones benéficas de los países ricos a los pobres, sosteniendo ahora que los países «en vías de desarrollo» son incapaces de producir estas vacunas<sup>79</sup>. Pero países como la India y Sudáfrica están demandando la liberación de las patentes, precisamente porque ya poseen grandes industrias farmacéuticas<sup>80</sup>. En cuanto actor del orden de mercado, la Unión Europea presiona constantemente para que se establezcan «reformas estructurales» que reduzcan las obligaciones de los empresarios con la seguridad social y los servicios públicos, aunque ambos sirvan para «hacer vivir a las personas». Al mismo tiempo, defiende el alto nivel de las tasas obligatorias que favorecen a las multinacionales farmacéuticas, a pesar de que dichas tasas conducen a «dejar morir a las personas». La fe en el mercado total, el avatar más reciente del cientificismo, considera la vida humana como un medio y no como un fin. Observamos aquí el conflicto existente entre una lógica jurídica basada en los imperativos de la justicia social y la solidaridad y una lógica normalizadora destinada a engrasar los mecanismos del «orden espontáneo del mercado». Como indicábamos precedentemente, la «lucha por el derecho», reivindicada por von Ihering, se ha vuelto más urgente que nunca<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> «Waive Covid vaccine patents to put world on war footing», WHO/OMS, 7 de marzo de 2021.

<sup>79</sup> Esta es notablemente la posición de los gobiernos suizo y alemán: Agence France Presse, 6 de mayo de 2021.

<sup>80</sup> Cf. Carlos Lopes y Dirk Willem te Velde, «Structural Transformation, Economic Development and Industrialization in Post-Covid-19 Africa», Institute for New Economic Thinking, 14 de enero de 2021; Dinesh Abrol y Thomas Franco, «How Can India Expand COVID Vaccine Production Quickly?», *The Wire*, 26 de mayo de 2021.

<sup>81</sup> Cf. Emiliós Christodoulidis, *The Redress of Law: Globalisation, Constitutionalism and Market Capture*, Cambridge, 2021.