

*Derecho y nuevo
orden mundial*

¿Cuál derecho para el nuevo mundo?*

STEFANO RODOTÀ

SUMARIO: *Premisa- I. ¿Derecho sí o derecho no?- II. Espacio y derecho a la carta- III. Circulación de modelos, ¿circulación de valores?- IV. Globalización y derechos fundamentales- V. Dimensión global y producción democrática del derecho- VI. Vías de escape a la privatización en la producción del derecho- VII. Derecho y sociedad de la información- Conclusión.*

PREMISA

¿Puede sobrevivir el derecho en un mundo que parece dominado por las leyes férreas de la economía y la potencia ciega de la técnica, en el que la lógica de la fuerza quiere cancelar las reglas jurídicas y las grandes construcciones de la modernidad jurídica –constituciones y códigos– corren el riesgo de ser sacudidas por la pérdida de los límites y la crisis de la soberanía nacional, mientras las normas supranacionales hacen esfuerzos por manifestarse y consolidarse? ¿Luego de los esplendores de la edad moderna, el derecho está sufriendo un eclipse dramático? ¿O será que estamos frente a uno de esos momentos de radical discontinuidad, ante una de aquellas crisis revolucionarias después de las cuales el derecho renace con nuevas formas y legitimación renovada?

Los instrumentos del derecho, forjados en un larguísimo acaecer que casi se identifica con la memoria histórica de la antigüedad, se han puesto en discusión en la dimensión mundial, que sustrae grandes y significativos fenómenos a la regulación jurídica. En muchas situaciones el derecho parece inútil y en su lugar emergen nuevas formas de regulación y nuevos sujetos reguladores. Se crean vacíos en los cuales irrumpe precisamente aquello que el derecho hubiera querido limitar y disciplinar: la fuerza, como mera fuerza política, económica, militar.

* Traducción del italiano, EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. El original en italiano en S. RODOTÀ. "Quale diritto per il nuovo mondo", en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*, III, 2003, 201 y ss.

Estado, soberanía, ciudadanía y territorio son conceptos jurídicos que han construido y acompañado a la modernidad y han permitido la construcción de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero la realidad desafía estos conceptos que parecen inaplicables a una dimensión mundial dominada por la transnacionalización de la economía, por las modificaciones que continuamente introducen la innovación científica y tecnológica, por una red electrónica que envuelve al mundo, borra las fronteras y torna vanas las jurisdicciones nacionales.

El derecho parece fortaleza asediada. La economía lo considera como un obstáculo, una imposición paternalista y externa, un elemento perturbador, porque introduce valores que no pueden reducirse al cálculo económico. La política, sobre todo cuando se manifiesta como acción militar o de policía, llega a percibirlo como vínculo o atadura inaceptable. La ciencia, en particular la biología y la genética, desean apropiárselo y someterlo a su lógica: casi parece que el derecho deba rendirse a la razón tecnológica. La pertenencia a una comunidad se presenta como un recurso que, tanto individual como socialmente, es más fuerte que los ofrecidos por el reconocimiento de derechos a individuos y grupos. Las religiones vuelven con gran ímpetu a dictar los únicos valores que deberían ser compartidos.

El derecho resultaría, de este modo, condenado a jugar un papel menor, marginal y residual. Se manifiesta un nihilismo jurídico que registra la impotencia del derecho frente a las otras potencias que dominan la escena en el mundo, y lo degrada a instrumento que debería limitarse a aceptar la lógica de la tecnología, a registrar pasivamente acuerdos privados, a "mimar el mercado".

¿Es esta una representación negativa en exceso, una pura manifestación de pesimismo, es el resultado de una mirada complemente unilateral sobre el mundo? Si el análisis se cerrara aquí, la crítica sería fundada. No es posible aun afrontar el tema del derecho en la edad de la mundialización sin partir del reconocimiento de los profundos cambios que aquella está produciendo en la dimensión jurídica, en la función y en el papel social de aquél.

No todos concuerdan con esta apreciación, y recuerdan otras épocas y fenómenos del pasado que podrían clasificarse legítimamente acudiendo a la categoría de la mundialización. Se evocan entonces diversos sucesos: el imperio romano ocupaba una vasta porción del mundo y en su interior se produjo un hecho extraordinario de globalización jurídica con la concesión de la ciudadanía a todos sus habitantes, mediante el Edicto de Caracalla del 212 d. C. La circulación de los comerciantes en la edad media produjo una *lex mercatoria* que superaba los confines de los Estados. En tiempos más próximos a nosotros, las compañías de las Indias inglesas y holandesas operaban como verdaderos sujetos globales y sometían a la lógica económica, como única regla, los mercados que iban creando día a día. Fórmulas como "economía mundo" o "sistema mundial de la economía" se han adoptado para describir fases y momentos históricos anteriores a los que estamos viviendo.

¿Entonces, nada nuevo bajo el sol? Debemos concluir que "todo cambia", "nada cambia" ¿O, ambos clichés son verdaderos?

BRAUDEL reconoce que con la ambigua locución *world economy* "no se puede entender la economía de todo el mundo, si se refiere sólo a una parte del planeta", en donde existe "una zona central restringida (el corazón), una semi-periférica muy amplia y, en fin, una periferia de vastas proporciones". Esta descripción podría considerarse adecuada también en la situación actual, si no se hubieran modificado profundamente las relaciones entre las tres zonas, en particular por el efecto del sistema mediático que ha dado concreción a la fórmula de la aldea global porque permite el funcionamiento de una bolsa planetaria en forma permanente, en la cual los capitales se mueven electrónicamente fuera de toda posibilidad efectiva de regulación o control, en la que nacen nuevos movimientos y nuevas "naciones" sin territorio, como aquella cuya capital reconocida es Porto Alegre; en la que el tiempo "real" y la comunicación electrónica superan los vínculos de espacio y tiempo e ignoran las fronteras, donde los problemas regionales, como la dramática difusión del Sida, en particular en África subsahariana, modifican la agenda de las instituciones internacionales y ponen en discusión la lógica de la propiedad, confiada a un instrumento consolidado como la patente. Ha nacido un espacio global del conocimiento y las comunicaciones, con casi un millardo de personas que navegan por la Internet, con 250 millones de personas que en pocas semanas adoptan el Net.Passport de Microsoft, con una comunidad planetaria de dos millardos de individuos que asisten a un partido de fútbol en forma simultánea. Estos datos cuantitativos nos indican una innegable discontinuidad con el pasado.

I. ¿DERECHO SÍ O DERECHO NO?

La diferencia entre la economía mundo investigada por BRAUDEL o WALLERSTEIN y el mundo global de hoy se percibe de manera más clara si se considera la dimensión jurídica. La economía mundo de ayer debía pagar su precio a la soberanía nacional, no podía prescindir de las normas vigentes en los ordenamientos estatales, se confrontaba en todo momento con el derecho de las naciones. El mundo global de hoy, unificado por la lógica económica y por miles de flujos transfronterizos de información del más variado contenido, no tiene frente a sí un soberano único. La vieja economía mundo debía tener en cuenta un "derecho mundo" que resultaba, no de un derecho internacional de cuya plena juridicidad se dudaba, sino de la fuerza de los derechos nacionales que cubrían espacios y materias esenciales condicionando la actividad económica. La nueva economía mundo no tiene un derecho mundo que la vincule.

Sobreviven, es cierto, las soberanías nacionales, todavía muy fuertes en muchas materias, en la que se manifiestan no sólo egoísmos y clausuras, sino posibilidades importantes de tutela de los derechos. Pero, la interdependencia crece, y

cuando se desarrolla fuera de un cuadro adecuado de reglas, produce una distribución de poderes determinada exclusivamente por la fuerza de las relaciones políticas y económicas, con graves consecuencias para las personas y para los Estados, en términos de dominio, asimetría de poderes, aumento de las desigualdades viejas y nuevas. Un déficit de derecho altera los equilibrios internos e internacionales.

Una postura crítica frente a la tesis de la reducción del papel del derecho subraya un dato de la realidad que podría revelar una creciente juridificación de nuestras sociedades. En sustancia, el derecho invadiría los "mundos vitales", limitando la libertad de opción individual en materias que deberían permanecer reservadas a la autónoma decisión de las personas, en especial, las que implican opciones de vida. Un exceso de normas jurídicas impondría vínculos impropios sobre todo a la actividad económica, incidiría también sobre la autonomía privada en este campo perjudicando un funcionamiento eficiente del mercado. Se trata de cuestiones cualitativamente diversas, a las cuales se puede responder, y se responde, con estrategias jurídicas diferentes.

Para liberar al mercado de un exceso de ataduras, se puso en marcha en Estados Unidos, y luego en diversos países del mundo, una *deregulation*, que se materializa en una fuerte y a menudo radical reducción de las normas que se refieren a la actividad económica. Pero *deregulation* no significa menos derecho: quiere decir menos derecho "estatal", en beneficio de una muy amplia potestad normativa de los particulares y, en consecuencia, reducción (si no deterioro) del recurso a la ley. Así no sólo se modifica la relación entre los diversos modos de producción del derecho, sino que se caracteriza al sector de la economía como un área confiada al contrato o a la autorregulación. Este es el modelo que se afianza en las relaciones internacionales; en él la producción del derecho se reserva, en forma sustancial y en sectores claves, al sistema de las empresas transnacionales.

Una exigencia social opuesta caracteriza el recurso al derecho cuando encuentra los "mundos vitales", la vida cotidiana, las elecciones que se refieren a la existencia. En esta dimensión el derecho puede convertirse en instrumento de las ideologías o de las religiones que quieren imponer valores particulares, por ejemplo, en cuanto se relaciona con el aborto, la contracepción, la procreación asistida, la experimentación sobre los embriones, la eutanasia. Aquí el derecho emerge como elemento esencial de una disciplina plena y autoritaria de la vida, de la "biopolítica" de que habla MICHEL FOUCAULT. En los últimos tiempos la opinión pública multiplicó sus peticiones de intervención jurídica tendientes a regular momentos de la vida que deberían dejarse a la decisión autónoma de los interesados, a su personalísimo modo de entender la vida, las relaciones sociales y el vínculo consigo mismo.

Sobre todo los nuevos datos de la realidad construidos por la ciencia y la tecnología modifican el sentido del llamado al derecho y a las formas de la regulación jurídica. Existe una difusa y persistente dificultad social para metabolizar las

innovaciones científicas y tecnológicas, especialmente, cuando estas inciden sobre el modo como se nace y se muere, sobre la construcción del cuerpo en la era de su reproducción "tecno-biológica", sobre la posibilidad misma de proyectar la persona.

El desconcierto es comprensible porque se revolucionan los sistemas de parentesco y el orden de las generaciones, la misma unicidad de la persona. La antropología profunda del género humano es la que de golpe, en el espacio de pocos años, se ha puesto en discusión. Se manifiestan angustias, se materializan fantasmas y el derecho aparece como la única cura social; la sociedad reclama normas, límites, prohibiciones. Perdidas las reglas de la naturaleza, la sociedad se vuelve hacia el derecho y le reclama seguridad, más que protección.

Parece como si la humanidad, que vivió hasta ayer al abrigo de las leyes de la naturaleza, descubriera lugares donde la irrupción imprevista de la libertad se revela insoportable. Se revelan así áreas de la existencia que deberían ser "normadas" porque la libertad de elegir, donde antes reinaban el acaso o el destino, espanta, se muestra como un peligro o como un peso insostenible. Si caen las leyes de la naturaleza, el horror al vacío que ellas dejan debe colmarse por las leyes de los hombres. Un ansia de simplificación impulsa a pedir al derecho una reacción: no solo una regla sino la reconstrucción del orden turbado.

II. ESPACIO Y DERECHO "A LA CARTA"

En el nuevo orden jurídico mundial parece delinearse así una tendencia que desea ver el mundo de la economía liberado de normas externas y confiado íntegramente a su propia lógica interna y a las reglas de origen privado, mientras la autoridad del derecho se manifestaría plenamente en materias que, por el contrario, deberían dejarse a las elecciones de las personas. La misma dimensión mundial torna problemática esta limitación de la autonomía de los sujetos, porque cada restricción nacional siempre está destinada a entrar en competencia con las disciplinas menos rígidas de otros países.

El mundo de las empresas, la *business community*, conoce desde hace mucho tiempo el fenómeno del *shopping* jurídico, de la búsqueda del lugar donde son más convenientes las condiciones para el desarrollo de una actividad económica. La *delocalizzazione* de la producción en los países que ofrecen estímulos fiscales, en donde es bajo el costo de la mano de obra y escasa o inexistente la protección de los trabajadores; es una estrategia de la cual echan mano no sólo las grandes empresas multinacionales. Muchas sociedades farmacéuticas trasladan sus actividades de investigación clínica a los países en vía de desarrollo, en esta ocasión, para disfrutar de la pobreza material y cultural, con el propósito de realizar experimentos que no serían posibles, o serían más onerosos y complejos, en los países desarrollados. La defensa de los ciudadanos y de los consumidores se vuelve más difícil, incluso imposible, mediante el *forum shopping*, es decir, mediante la indica-

ción por la empresa de un foro competente para la resolución de las controversias difícilmente accesible a quien no disponga de adecuados recursos financieros.

Sin embargo, el *shopping* jurídico también se puede usar para recuperar derechos que se niegan en el propio país, como lo saben aquellos que –para hacer efectivo el más elemental de los derechos, el de la supervivencia– se ven constreñidos a emigrar; o que, para huir de las varias formas de persecución, piden asilo político en países diferentes del suyo. En tiempos muy recientes, ante las limitaciones de la posibilidad de decidir libremente sobre la propia vida, se ha desarrollado un verdadero *turismo de derechos*, sobre todo en el interior de Europa: un turismo a veces abortivo, a veces procreativo, de divorcio, de la eutanasia, de los *rave parties*, para huir de las prohibiciones nacionales que impiden la interrupción del embarazo, el acceso de las mujeres a algunos tipos de procreación asistida, la rápida disolución del matrimonio, la posibilidad del suicidio asistido, o las reuniones improvisadas de jóvenes. Los derechos reproductivos y el derecho a morir con dignidad impulsan la búsqueda de lugares donde nacer y morir puedan ponerse en sintonía con las necesidades profundas de cada cual. Ciertamente, estas formas de turismo de los derechos sólo están al alcance de los privilegiados, pero tienen algo de contagioso, un efecto benéfico que hace percibir socialmente que las prohibiciones no son aceptables y puede estimular la remoción de obstáculos y prohibiciones injustificadas.

Pero, ¿de qué manera estas diversas formas de *shopping* jurídico están transformando la función del derecho? ¿Está naciendo un derecho "a la carta", con una oferta planetaria que puede poner al alcance de cada uno las condiciones para escoger la modalidad y el lugar para satisfacer sus propios intereses, así como se usa un control remoto para seleccionar el canal y el programa televisivo que más le agrada? ¿Cómo se puede conciliar esta necesidad de "individualizar" los derechos con la universalidad proclamada?

Esta es una perspectiva extrema de un problema real para el cual no se puede buscar una solución única. Si se considera en primer lugar el tema de las empresas, aparece evidente la necesidad de un uso global del derecho que permita tener reglas comunes para evitar, en primer lugar, la explotación de las personas mediante el trabajo infantil, o la negación a los trabajadores de las garantías mínimas (jornada máxima, salario mínimo, etc.). Se trata de un objetivo difícil que se persigue introduciendo, por ejemplo, *cláusulas sociales* en los documentos internacionales, cláusulas que todavía suscitan, además de la resistencia del sistema de las empresas multinacionales, la de los representantes de los mismos países de los que es preciso defender a los trabajadores, los cuales han acusado a los países más industrializados de querer *exportar* la tutela de los derechos para hacer crecer el costo de la mano de obra y volver así menos competitivos los productos provenientes de los países del Tercer Mundo. Así se puede comprender porqué hasta ahora tal vez, han sido más eficaces las campañas de opinión pública que han

impulsado a los consumidores a boicotear los productos de industrias que se sirven del trabajo infantil en países en vía de desarrollo: el muy temido daño a la imagen ha llevado a grandes empresas a abandonar por lo menos las prácticas más evidentes de explotación y a adoptar reglas "éticas" de comportamiento. En esta perspectiva desformalizada pueden encontrar puesto proyectos, que cuentan incluso con el apoyo de la ONU, para transformar el turismo sin adjetivos en turismo *antipobreza*, induciendo a los viajeros a no observar comportamientos que pongan en riesgo el ambiente y a preferir en la elección de los hoteles, restaurantes y productos, aquellos sobre los cuales no recaigan sospechas de explotación de los trabajadores.

III. CIRCULACIÓN DE MODELOS, ¿CIRCULACIÓN DE VALORES?

En la dimensión global, en consecuencia, la creciente circulación de las personas, ligada al turismo y a los grandes flujos migratorios, lleva consigo la circulación de valores y de modelos de comportamiento que colocan al derecho ante dilemas difíciles, ante la continua contraposición entre universalismo y diversidad, entre valores comunes y multiculturalidad. El turismo puede manifestarse en formas agresivas, violando la dignidad de las personas y los derechos de los niños, como sucede en el llamado turismo sexual, que muchos países comienzan a considerar como delito punible aun si el hecho se ha cometido en el exterior. Esta apelación a valores universales y comunes debe valer también en el caso de la inmigración y debe traducirse en reglas jurídicas que excluyan toda forma de discriminación de los inmigrantes.

Se puede decir que está naciendo una idea de ciudadanía global que abandona el vínculo entre la persona y el territorio de un Estado, supera la contraposición entre ciudadanos y extranjeros y se convierte en la descripción de un conjunto de derechos, deberes y prerrogativas inescindibles de la persona considerada en sí misma, que se le deben reconocer y la acompañan donde quiera que se encuentre. Esta nueva ciudadanía no se pierde cuando se atraviesa una frontera, y pone de presente el gran problema de la libre circulación de las personas y de las relaciones entre las diversas áreas del mundo, con el riesgo de que algunas de éstas se cierren como una fortaleza (no al acaso se ha hablado de *Fortaleza Europa* para describir algunas de sus políticas de fuerte control a la inmigración) y den lugar a nuevas formas de *apartheid* mundial.

Pero esta búsqueda de valores comunes y de derechos fundamentales como patrimonio inviolable e inalienable de cada persona debe confrontarse con los imperativos de la diversidad y del multiculturalismo. Muchas veces se ha subrayado que las declaraciones y las cartas de derechos, a las cuales todos deberíamos referirnos, en realidad son producto de un área específica del mundo: del Occidente europeo, de Estados Unidos, que se quieren imponer a todo el planeta como manifestación evidente de imperialismo cultural.

Esta crítica refleja la fuerte necesidad de identidad cultural que los mismos fenómenos de globalización hacen emerger con mucha fuerza en la actualidad, como si el surgimiento de modelos comunes, incluso en el terreno jurídico, tuviera como efecto la expropiación irremediable del ser, del propio ser individual, y del colectivo. Se puede buscar una respuesta en la historia, recordando que las declaraciones y las cartas de derechos nacieron en áreas específicas del mundo como fruto de una confrontación, de una hibridación entre culturas y que, en consecuencia, esta continua confrontación cultural debe seguir hoy, en que el verdadero problema no es la extensión al mundo de uno de los modelos jurídicos existentes, sino la creación progresiva de un nuevo modelo común. Si miramos, además, las tendencias actuales, debemos subrayar que aun en las áreas en las que están en desarrollo fuertes procesos de unificación jurídica, este desarrollo no implica necesariamente el rechazo del pluralismo y la multiculturalidad.

Lo dice en forma explícita el artículo 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en diciembre de 2000: "La Unión Europea respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística". La igualdad y la paridad no se ponen en discusión, pero se da de ellas una versión fundamentada en el reconocimiento simultáneo del derecho pleno a la identidad y a la diferencia. De aquí la pérdida de color de la imagen del *melting pot*, sustituida incluso en Estados Unidos, de acuerdo con la realidad, por aquella del mosaico o del *salad bowl*. No más el crisol en el que cada elemento se funde, pierde su identidad y se torna irreconocible. En su lugar, hoy podemos hablar de una ensaladera, un conjunto de tejidos en el que la mezcla es posible, cada cosa del conjunto está presente, pero los diversos elementos permanecen reconocibles. El reconocimiento del otro no puede estar sujeto a la condición de la asimilación, a un "contrato de ciudadanía" con el cual el inmigrante renuncia en forma sustancial a su identidad.

Pero, ¿hasta qué punto puede extenderse este modelo? ¿El musulmán que emigra a Europa debe conservar el derecho a la poligamia para mantener la propia identidad cultural, aun en países que la consideran delito? ¿Se puede admitir que las niñas provenientes de África continúen sujetas a la mutilación sexual?

Las anteriores son preguntas que atañen a principios jurídicos cualitativamente diversos: de una parte, el orden público interno; de la otra, la dignidad humana y la inviolabilidad de la persona. Mientras se puede pensar en un derecho dialogal que consienta un coloquio continuo cuando se confrontan concepciones diversas de la misma institución jurídica, reglamentada de manera diferente en cada país, el acuerdo sobre algunos principios fundamentales comunes es indispensable como condición del propio diálogo. En Italia, por ejemplo, las normas sobre el derecho del inmigrante de llevar consigo la esposa, se interpretan en el sentido de permitir el acompañamiento o el reagrupamiento familiar con más de una esposa, y en Alemania se ha atribuido relevancia a algunas normas de las leyes islámicas para resolver controversias en materia familiar. Pero, cuando están en juego los principios en torno de los cuales se construye el núcleo esencial del

respeto de la persona y de su ciudadanía, la relativización de la tutela jurídica puede llegar a concretarse en una negación sustancial de aquellos. Y esto pasaría en el caso de las mutilaciones sexuales, respecto de las cuales, después de una etapa de espera, ahora se delinea una estrategia jurídica integrada que supone, junto a las prohibiciones contenidas en la legislación y en la jurisprudencia de un número creciente de países, y a la concesión del asilo político, justamente para evitar que el retorno al país de origen exponga al riesgo de la infibulación, inversiones de parte de la Organización Mundial de la Salud con la finalidad de promover el cambio cultural necesario para lograr el abandono de las prácticas que violan la libertad sexual y, en primer lugar el derecho a la integridad física, ahora reconocido expresamente en el artículo 3.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "Todo individuo tiene derecho a su identidad física y síquica".

IV. GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En la reflexión jurídica, el tema de los derechos fundamentales es ineludible y esencial; a su definición y alcance está confiado, en buena parte, el destino del derecho en el mundo global. Muchas son las razones que pueden explicar la relevancia que progresivamente han tomado los derechos fundamentales, que se presentan no sólo como elementos constitutivos de la ciudadanía mundial, sino como los instrumentos necesarios para que las razones del derecho puedan emerger con fuerza en un momento en el que las lógicas de la potencia militar y de la potencia económica parecen prevalecer. Hipótesis como la del *gobierno mundial* y del *legislador planetario* pertenecen al futuro no inmediato, hoy por hoy no es posible proponerlas y, además, tienen su debilidad teórica en la pretensión de querer transferir a la dimensión global, la soberanía propia de los Estados nacionales; la perspectiva de los derechos fundamentales, en cambio, se abre en dos direcciones: la individualización de un límite a la política de poder y el surgimiento de una lógica alternativa de aquella del mercado.

La razón por la cual se decidió elaborar una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aparece indicada en el Consejo Europeo de Colonia, en junio de 1999, con las siguientes palabras: "La tutela de los derechos fundamentales constituye un principio fundador de la Unión Europea y es el presupuesto indispensable de su legitimidad". Estas palabras expresan un compromiso esencial porque declaran que, en ausencia de plena tutela de esos derechos, la Unión Europea queda privada de un requisito esencial y, en consecuencia, queda privada de "legitimidad". Puesto que la construcción europea hasta ahora ha seguido, sobre todo, las lógicas económicas, esto quiere decir que se debe pasar de una integración por conducto del mercado, a una integración por conducto de los derechos, y que son los derechos fundamentales los que deben constituir el punto de referencia de toda la actuación de la Unión Europea.

Esta elección, de alguna manera, se ha anticipado a la línea que después emergió en la reflexión de los movimientos globales que, en su evolución del *no global* al *new global*, han trasladado la atención, del rechazo primitivo a la globalización, a la globalización por medio de los derechos. Si la Unión Europea es capaz de seguir esta línea en forma coherente, podrá señalar, no tanto un modelo, cuanto una forma organizativa supranacional caracterizada por una relevancia específica del derecho y de los derechos fundamentales.

Mas hoy la verdadera función de las cartas y las declaraciones de derechos no es tanto la de revisar y actualizar las listas del pasado. Para proyectar los derechos fundamentales en la dimensión de la ciudadanía mundial debe superarse aquella clasificación que distingue los derechos civiles de los políticos, los sociales de los de *cuarta generación* (ambiente, informática, bioética); se debe afirmar la indivisibilidad de los derechos, tal como lo hace la Carta europea; sobre todo se deben establecer los criterios para individualizar aquello que puede obedecer a la lógica del mercado y aquello que, en cambio, no puede reducirse a mercancía. Por ejemplo, la Convención de Biomedicina (1997) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) utilizan las mismas palabras para afirmar que el cuerpo, sus productos y el genoma no pueden, en cuanto tales, "constituir objeto de lucro".

V. DIMENSIÓN GLOBAL Y PRODUCCIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO

Esta perspectiva es particularmente importante porque en los últimos años se ha producido un cambio político que ha llevado a la creación de un nuevo circuito de producción del derecho que se traduce sobre todo en la forma de modelos contractuales uniformes que "dominan la escena jurídica de nuestro tiempo" tomando el puesto de las convenciones internacionales de derecho uniforme y de las directivas comunitarias de armonización; "su creación no ha sido tarea de los legisladores nacionales, sino de las oficinas jurídicas de las grandes multinacionales, y los consultores de las asociaciones internacionales de las distintas categorías empresariales"; son los grandes estudios de abogados asociados, y también son estos quienes los proyectan internacionalmente. Es el resultado final del proceso de desregulación que sólo ha consistido en la reducción del área de las reglas de origen público a favor de aquellas de producción privada. De otra parte, el papel de los grandes estudios no se manifiesta sólo en el momento de producción de la regla, sino además, en forma menos obvia, tiende hacia la uniformidad en el momento de la gestión normal de la actividad jurídica, que debe acomodarse a las *rutinas* profesionales de tales sujetos, de tal manera artífices de una intensa y difusa globalización.

En muchas situaciones, el contexto es el de una realidad en la que la comunidad de los negocios produce su derecho común, identificado rápidamente como la nueva *lex mercatoria* que se da en comisión a los profesionales de la técnica jurí-

dica; así, la regla queda reducida a una de las tantas mercancías que pueden adquirirse en el mercado. Este modo de producción muestra cómo los grandes intereses económicos no buscan la mediación de las instituciones políticas, sino que actúan en forma directa sobre el terreno de la producción de las reglas. Estamos ante un poder económico transnacional que encarna al mismo tiempo la función productiva y la reguladora.

Se llega así al corazón del problema. ¿Es posible una producción democrática del derecho en la dimensión global? La creación de las normas globales, en efecto, aparece en muchos casos de gran significado como el resultado de la actuación de sujetos carentes de legitimación democrática, del abandono de procedimientos transparentes y sujetos a control, de la prevalencia de intereses particulares. Para corregir esta situación no resulta acorde con la realidad pensar en reconstruir, en el ámbito global, las condiciones de funcionamiento de los procesos normativos, típicas de los Estados nacionales. Estamos entrando en una fase en la que el sistema de las fuentes del derecho se caracteriza por la multiplicidad y en la que las situaciones que deben ser objeto de regulación están fuera de la dimensión nacional.

Este proceso, como hemos recordado, abandonó la hipótesis simple pero seductora de un único gobierno para el mundo que, en realidad, derivaba de la proyección ingenua sobre la escala mundial de la idea de soberanía construida en el ámbito nacional, haciendo nacer un único y global *territorio jacobino*, que se gobierna desde un centro único; sin éxito a nivel europeo, como lo demostraron los acontecimientos de estos años, esa hipótesis demuestra sus límites en la realidad y su fragilidad teórica cuando se busca construir una dimensión todavía más amplia, planetaria, por añadidura.

Por ello se tomó una vía diferente, hacia el nacimiento de uniones "regionales", como la europea, y, sobre todo, hacia la construcción de una "red" de convenciones, protocolos y acuerdos que paulatinamente transferían al ámbito supranacional poderes y responsabilidades cuyo ejercicio se consideró imposible dejar en manos de los Estados nacionales. Esta frágil trama aparece actualmente herida por una serie de iniciativas del gobierno de Estados Unidos que decidió abandonar la perspectiva de una construcción "plural" de las instituciones del mundo, y afirmarse como único sujeto legitimado para dictar las reglas del futuro orden mundial. Seguimos creyendo que el tejido de una multiplicidad de instrumentos es la única vía para adelantar hoy la construcción de una auténtica legalidad global.

La autonomía del cuadro de los derechos fundamentales respecto del principio de soberanía se afirma, más que en la extensión cualitativa y cuantitativa de los derechos tradicionalmente reconocidos, en el surgimiento de derechos típicos de la dimensión global. Se entra así en el terreno difícil y controvertido de los derechos ligados a las tecnologías de la información y de la comunicación, de las reglas de la bioética, de los derechos, como aquel de la injerencia humanitaria

de los tribunales internacionales, de los diversos instrumentos internacionales que contienen "cláusulas sociales" o referencias al respeto de los derechos humanos.

La cuestión de esta nueva frontera de los derechos, tomada en su conjunto, guarda relación con la función que ellos desarrollen efectivamente: ampliación del "imperio del derecho", o instrumentos de un dominio planetario en las manos de una única superpotencia. Se llega así al nudo más complejo, al tema difícil e ineludible de las instituciones del mundo globalizado. Sobre este escenario actúan diversos sujetos, cada uno de los cuales toma para sí una parte del poder que antes estaba unificado en las manos del sujeto nacional y que, a diferencia de cuanto sucedía (y en parte sucede todavía) en los Estados nacionales, ejercitan este poder por fuera de todo control y visibilidad, cerrándolo en manos de oligarquías políticas y económicas siempre más restringidas, y contradicen así el fundamento de la democracia como "gobierno del pueblo" y como "gobierno en público".

VI. VÍAS DE ESCAPE A LA PRIVATIZACIÓN EN LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

En la actualidad los tres principales protagonistas de este cambio son: una superpotencia imperial, las empresas transnacionales y el sistema de comunicaciones. Hoy en día se comienza a reaccionar contra la privatización sustancial de la producción del derecho privado de los intercambios por las grandes empresas buscando poner a punto, de una parte, declaraciones de derechos como límite insuperable de la actuación privada (por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Biomedicina, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y, de la otra, adoptando disciplinas marco a nivel supranacional, dentro de las cuales, respetando los principios, puede desenvolverse legítimamente la autónoma actividad reguladora de los particulares.

Esta naciente multiplicidad de instrumentos jurídicos debe tender sobre todo a dos finalidades: recuperar la esencia democrática del derecho, y consolidar el cuadro de los derechos irreductibles a la lógica del mercado. La Convención sobre la Diversidad de Río de Janeiro y las iniciativas de varios países para lograr que prevalezca el derecho fundamental a la salud sobre la lógica del mercado de las patentes sobre los medicamentos, constituyen ejemplos de la diversidad de los modelos que pueden usarse para lograr los fines a que hemos aludido. Una red de convenios internacionales, por lo tanto, aparece hoy como la vía a seguir, no sólo para adoptar reglas comunes, sino para regular fenómenos que de por sí no pueden reducirse al ámbito nacional: la contaminación no conoce fronteras, las emisiones de nitrógeno no dañan únicamente el aire de los países que las producen. Este instrumento jurídico, además, puede evitar que se puedan eludir disciplinas nacionales, o aun supranacionales, mediante la creación de "paraísos jurídicos" –fiscales, informáticos, bioéticos (piénsese en las vicisitudes de la clonación humana). El derecho global se expresa en la multilateralidad jurídica.

Pero una red de convenciones resulta eficaz sólo si está acompañada de la creación de instituciones dotadas de los poderes necesarios para darle aplicación. El imposible poder soberano de los Estados debe sustituirse por el de cortes internacionales, de las cuales también se conocen diversos modelos, el primero entre todos ellos es el Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad.

La vía de las convenciones y los tribunales internacionales aparece rica en promesas y ha individualizado la forma más fácil e inmediata de utilización de un derecho global. Pero en este camino se han atravesado en forma súbita los obstáculos nacidos de la postura de Estados Unidos, que ha utilizado una estrategia de retirada de este frente y ha adoptado una diferente que tiende a imponer sus normas internas como disciplina internacional y solicita, en nombre de la lucha contra el terrorismo, y con presiones de carácter económico (como la amenaza de muy graves penas pecuniarias a cargo de las compañías aéreas), que todos los demás Estados adecuen sus ordenamientos internos a lo dispuesto por la legislación estadounidense, que de este modo adquiriría una suerte de validez extraterritorial y se convertiría en fuente privilegiada, si no única, del derecho mundo. Que derecho y tecnología pueden conjugarse peligrosamente lo demuestra el *Total Information Awareness*, un sistema electrónico que deberá conducir al control total de cualquier forma de comunicación y de recolección de informaciones sobre los ciudadanos de todo el mundo, excepción hecha de aquellos de Estados Unidos. El orden tecnológico mundial se encarnaría, de este modo, en regla que dividiría el mundo en dos, atribuyendo la plenitud de los derechos a los ciudadanos de una única nación y colocando a todos los demás en la categoría de los sospechosos.

La fuerza de la soberanía nacional no ha llegado al ocaso, aunque el último suceso estadounidense muestra cómo puede convertirse en fuente de conflictos que contraponen egoísmo e intereses planetarios. Esta lógica, no tanto como paradoja, se invierte en el caso de los medicamentos, en el que la iniciativa del gobierno brasileño, y luego del sudafricano y de otros países, no se puso al servicio de egoísmos nacionales, sino que provocó el rechazo de la lógica económica, que puede negar la tutela de un derecho fundamental de la persona, como es el de la salud, y asumió de esta manera un alcance universal.

La afirmación del principio es de máxima importancia. En el conflicto entre intereses propietarios (en el caso específico, aquellos de las sociedades farmacéuticas respecto de sus derechos de patente) y los intereses no propietarios (en el caso específico, el derecho fundamental a la salud) la consideración global contribuyó a mostrar que no todo puede ser ponerse bajo la lógica del mercado. Poner en discusión, en un caso específico, la exclusividad de los derechos de patente, en efecto, obliga a preguntarse si de verdad todo puede entrar en el mundo de las mercancías, cuando están en juego destinos individuales y colectivos, el presente y el futuro, el respeto del ser vivo y el porvenir de la humanidad.

En la escena del mundo aparecen así dos nuevos sujetos: la humanidad y las generaciones futuras, a las cuales los documentos internacionales se refieren, cada

vez con mayor frecuencia y en forma más comprometida. Pero, ¿quién puede hablar en su nombre? Si no se da una respuesta precisa a esta pregunta, la referencia a la humanidad puede dar la ocasión o el pretexto para iniciativas unilaterales y autoritarias. De nuevo, el emerger de un derecho global en esta materia exige una legitimidad democrática que puede provenir de la atribución de legitimidad para el ejercicio de los poderes a sujetos determinados (ONU, Tribunal Internacional), de la previsión de procedimientos de decisión y de control en los que intervengan todos los sujetos interesados, o de la exclusión de lógicas propietarias (Tratados sobre la Antártida, sobre el fondo del mar, sobre el espacio extra atmosférico).

VII. DERECHO Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Sin embargo, la dimensión global no nos habla sólo de la superación de las fronteras, del eclipse de la soberanía nacional, del surgimiento complejo y contrastado de un derecho global desfásado. Si miramos los procesos en curso desde el punto de vista de las tecnologías de la información y de la comunicación, no descubrimos únicamente el nacimiento de una dimensión virtual junto a la real, o formas combinadas que nos permitan hablar de realidad mixta o combinada. Cambia la misma concepción de la persona y de su cuerpo. Centenas de millones de mujeres y hombres tienen un "doble" electrónico, que en número creciente de casos condiciona su existencia aún más que el cuerpo físico.

Persona y cuerpo electrónico pertenecen naturalmente a la dimensión mundial. Las informaciones que nos conciernen y que constituyen nuestra identidad para todos aquellos que las tratan electrónicamente, están dispersas en un número creciente de bancos de datos y se pueden localizar en cualquier lugar del mundo; nuestras huellas electrónicas se recogen y conservan constantemente; los datos sobre la salud, los genéticos, fraccionan, descomponen nuestro cuerpo. El nuevo derecho global debe ocuparse de un "individuo planetario", de un "cuerpo distribuido".

Aunque resulte excesivo y hasta peligroso decir que "somos nuestros datos", es verdad que nuestra representación social se fundamenta, cada vez más, en informaciones dispersas en múltiples bancos de datos, en los "perfiles" que sobre esta base se construyen y en las simulaciones que ellas hacen posible. Cada vez somos más conocidos por sujetos públicos y privados, mediante los datos que hacen referencia a nosotros, de manera que pueden incidir sobre el principio de igualdad, sobre la libertad de comunicación, de expresión o de circulación, sobre el derecho a la salud, sobre la condición de trabajador, sobre el acceso al crédito y a los seguros, etc. Convertidas en entidades descarnadas, las personas tienen cada día mayor necesidad de una tutela de su "cuerpo electrónico".

De aquí nace la invocación de un *habeas data*, indispensable desarrollo del *habeas corpus* a partir del cual se ha desarrollado históricamente la libertad personal. No

por casualidad se subraya que el reconocimiento de la protección de datos personales como un derecho fundamental y autónomo, cada vez más difundido en las constituciones de un número creciente de países y en el artículo 8.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha determinado una verdadera y propia *constitucionalización* de la persona. Pasamos de la consideración de la intimidad (*privacy*) como expresión de una necesidad individual, a su colocación en el cuadro de la nueva *ciudadanía electrónica*. Estamos ante un aspecto de la libertad individual y colectiva, ante una garantía imprescindible contra toda forma de poder, sea público o privado.

Debemos adoptar el mismo punto de vista en el momento de considerar la proyección de la persona sobre la *web*, de examinar qué recursos se encuentran en Internet, quién puede utilizarlos y de qué manera. La *web* no es el espacio de la libertad infinita, de un poder anárquico que nadie puede domar. Es un lugar de conflictos en el que la libertad se presenta como enemiga de la seguridad; las razones de la propiedad contrastan con aquellas del acceso; el pensamiento libre desafía la censura; la participación real de los ciudadanos repudia los espejismos engañosos de la democracia plebiscitaria. Precisamente por ser un lugar de conflictos, la *web* debe encontrar su propia *Constitución*, debe producir sus propias instituciones de libertad. En efecto, confiar su futuro a la ausencia de toda regla, sería la mejor garantía sólo en apariencia.

Si no se considera Internet como un espacio *constitucional*, rico en garantías adecuadas, pueden prevalecer, como únicas, las razones de la seguridad y del control; tal es el riesgo que se presenta en este período. Además prevalecerían las lógicas del mercado, que ya están imponiendo sus normas, porque la mayoría de las actividades *on line* son de tipo comercial y la *web* puede considerarse como una gigantesca mina de datos personales, gracias a los cuales ha nacido una sociedad de la vigilancia y la clasificación.

La insistencia sobre la necesidad de considerar estos problemas desde un punto de vista *constitucional* indica con claridad cuáles son las direcciones que el derecho debe tomar si desea dar respuestas adecuadas a la manera en que las tecnologías están dando forma a nuestras sociedades. En esta difícil tarea son grandes las responsabilidades de los juristas.

CONCLUSIÓN

En el mundo global los juristas están en búsqueda de una identidad, se presentan en ocasiones como "mercaderes del derecho", otras, como "racionalizadores" del orden económico, unas más, como políticos de los derechos fundamentales, como proyectistas de un futuro que en virtud de las transformaciones del presente aparece como inasible. Si queremos vencer el desafío de la globalización, debemos tener la fuerza intelectual para comprender que se nos pide una fuerte renovación de los instrumentos jurídicos, la capacidad de trabajar sobre principios más

que sobre detalles; el cuidado de lo universal en un mundo que no puede perder la diversidad. Las lógicas del mundo global exigen a los juristas no permanecer como espectadores fríos de los grandes procesos en curso. No se puede ser neutral cuando es necesario, no sólo hacer sobrevivir, sino robustecer la democracia y los derechos fundamentales.