

Estudios Jurídicos comparativos e internacionalización del derecho*

Mireille DELMAS-MARTY

CURSO: LO RELATIVO Y LO UNIVERSAL¹

LIMITES DEL RELATIVISMO JURÍDICO (O LAS CIRCUNSTANCIAS)

El peor enemigo del relativismo jurídico no es el universalismo. A pesar de la “judicialización” de los derechos humanos y la aparición de los crímenes “contra la humanidad”, el universalismo se ha convertido solo en derecho positivo debido a su carácter fragmentario. Sus debilidades son tales (conceptos confusos, valores conflictivos, normas ineficaces) que no se descarta la vuelta al relativismo. Podemos incluso pensar que dichas debilidades favorecen el aumento de poder del “humanitarismo imperial” que podría llevar a un relativismo dominante, escondido tras la aplicación, civil o penal, del principio de competencia universal.

Es decir, la pareja universalismo/relativismo no puede analizarse desde un punto de vista exclusivamente teórico, como si las insuficiencias de uno sirviesen para garantizar la validez del otro ya que el relativismo no es en sí mismo una teoría jurídica unificada, sino un término ambiguo, mezcla incierta de descripción empírica –la diversidad de los sistemas- y de prescripción moral- el pluralismo de los valores, es decir, la particularidad y la neutralidad, admitidos e incluso prescritos en nombre de la tolerancia. En sentido estricto, el pluralismo yuxtapone pero no armoniza los distintos sistemas de los que postula, por el contrario, la autonomía política y la igualdad jurídica. No obstante, dicho postulado se enfrenta a las desigualdades y a las interdependencias que hacen tambalear los fundamentos mismos del relativismo. En este sentido, el peor enemigo del relativismo son las circunstancias.

Ni *el Diccionario de teoría y sociología del derecho*, ni *el Diccionario de filosofía política*, ni el de *cultura jurídica* definen qué es el relativismo. El término reenvía más bien a la filosofía moral y a la ética y el debate lleva a la existencia de acuerdos, o de desacuerdos, a propósito de los valores. Considerando que el relativismo moral no es en sí mismo una posición ética, sino una posición sobre la ética, o la metaética, que se apoya en el relativismo descriptivo, Anne Fagot-Largeault se preguntó en las Jornadas anuales del Comité Nacional de ética, acerca de las aptitudes morales, tales como la tolerancia y la no-injerencia, que esta postura puede tener en su favor. Según esta autora, esta metaética no es suficiente para fundamentar un relativismo normativo radical, ya que conlleva el riesgo de volver a utilizar la fuerza como medio de resolución de conflictos”. Concluye señalando que “el punto álgido está en encontrar las condiciones de un verdadero cambio que no provoque el miedo a la pérdida de identidad”².

*Traducción realizada por Marta M. Morales Romero. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ El resto de los cursos realizados en 2003 y 2004 serán publicados en las ediciones del *Seuil* (sept. 2004).

² Anne Fagot-Largeault, “Les problèmes du relativisme moral”, en *Une même éthique pour tous ?* Dir. J.P. Changeux, ed. Odile Jacob, 1997, pp. 43 y ss.

Es cierto que las desventajas de la integración europea demuestran, a veces hasta caricaturizar, las múltiples dificultades a superar para encontrar las condiciones de dicho cambio puesto que el proceso, a pesar de su lentitud, está ya suficientemente arraigado como para provocar el endurecimiento de una parte de la doctrina. La descripción de la diversidad de los sistemas del derecho, nos hace caminar hacia un relativismo que se dogmatiza (unilateralismo para unos, dualismo para otros), en virtud del principio moral de tolerancia y de pluralismo que se define más por lo que precisamente rechaza (la armonización y *a fortiori* la unificación de los sistemas de derecho) que por la búsqueda de métodos que garanticen la autonomía de cada sistema.

Sin duda es necesario admitir que los propios conceptos de “sistema” y de “orden jurídico” sólo son una representación muy imperfecta de los ordenamientos normativos, con límites inciertos e inestables, que atraviesan las fronteras nacionales como nubes cuya forma cambia antes incluso de que hayamos conseguido trazar el diseño. Sin embargo, me pregunto si la situación presente no procede de una ilusión invertida. La ilusión del pluralismo, retomando la fórmula de Jean Carbonnier, choca hasta el momento con el hecho de que el derecho estático termina siempre vencíéndole: el pluralismo “cree haber rodado el combate entre dos sistemas de derecho, pero lo que deja ver es un sistema jurídico frente a la sombra del otro”³. No obstante, la ilusión del relativismo (que se denomina particularmente dualismo o unilateralismo) choca hoy día con el hecho de que a pesar de la discontinuidad aparente de los sistemas normativos, la autonomía perfecta no existe, ni la igualdad entre Estados, afirmada por el contrario en la Carta de las Naciones Unidas.

No debemos olvidar en efecto que si el derecho comparte con la moral su carácter normativo, comparte también con la ciencia política su relación con el poder. El problema radica en que en el derecho privado, incluso internacional, esta relación es poco visible, mientras que ésta tiende a invadir el campo del derecho internacional público, favoreciendo el acercamiento político en detrimento del acercamiento jurídico. De manera un poco caricaturesca, podríamos decir que el derecho internacional privado actúa como si las desigualdades no existiesen, mientras que el derecho internacional público apenas demuestra que a pesar de estas desigualdades, existe un derecho en la esfera internacional. El derecho internacional, desvalorizado porque es poco efectivo, se ve perjudicado por su naturaleza similar a la de las relaciones internacionales, cuya doctrina parece venir marcada por el predominio de universitarios originarios de los Estados Unidos, país exento por su posición de “superpotencia” de la obligación de sufrir las consecuencias de las violaciones reiteradas del derecho internacional, y colocado así en una situación de hecho absolutamente excepcional.

Sin negar por tanto la existencia de desigualdades, el internacionalista japonés Yasuaki Onuma⁴ prefiere insistir en las funciones expresivas (comunicación, expresión de valores, en definitiva, en la justificación y legitimación) con el fin de no reducir el derecho internacional a una función exclusivamente represiva que supondría un derecho obligatorio efectivo por los mecanismos de control y de sanción. Abordar la cuestión del poder en sus múltiples facetas le permitiría matizar las diferencias entre el relativismo de los fuertes y el de los débiles. Incluso el país más poderoso debería tener

³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 214 ; coll. Quadrige, 1994, p. 361.

⁴ Onuma Yasuaki, “International Law in and with International politics: The functions of international Law in International Society”, *European Journal of International Law*, EJIL (2003), vol. 14, nº 1, p. 119 (traducción libre)

en cuenta el hecho de que la autonomía de los sistemas del derecho puede ser causa directa de las situaciones de interdependencia nacidas de la mundialización, puesto que estas situaciones marcan los límites, jurídicos y, no solamente políticos, del relativismo.

En efecto la mundialización actual no se delimita a reunir el nivel de la anterior, en términos de movilidad económica y de integración internacional financiera, sino que se caracteriza jurídicamente por “las fronteras en completo desorden”⁵. La mundialización, acentuada simultáneamente por la intensificación de la movilidad de las personas y de los bienes y por la constitución de espacios virtuales sin territorio, ni contacto material, adopta formas jurídicas inéditas que expresan sin duda mejor el término “globalización”, en su doble significado de extensión espacio-temporal y de visión integral o total.

Los sujetos del derecho denominado “internacional” no son solamente los Estados sino también determinados actores privados. Al mismo tiempo, el derecho interno, encerrado en las fronteras del territorio nacional, ampliadas incluso por cláusulas de extra-territorialidad o por acuerdos de cooperación, ya no proporciona el marco jurídico adecuado. La globalización, ya se trate de la movilidad de los delincuentes a través de las fronteras, de la circulación a velocidad electrónica, en un espacio virtual, de los flujos inmateriales (flujos de dinero, pero también de informaciones), o de los efectos globales de los riesgos, observables de una punta a otra del planeta, modifica las señales que permiten situar las relaciones jurídicas en el espacio y en el tiempo y que condicionan el funcionamiento de los sistemas de derecho.

1. Los crímenes globalizados.

El derecho penal parecía por el contrario el ámbito privilegiado de lo relativo: “¡Justicia complaciente que limita un río! Verdad al lado de los Pirineos, error al lado de... El hurto, el incesto, la muerte de niños y de padres, todo ha tenido lugar entre acciones virtuosas”. Y Montesquieu después de Pascal distingue entre las leyes de la naturaleza las leyes positivas: “tan características del pueblo para el que son hechas que sería una gran casualidad si las leyes de cada Estado coincidiesen las unas con las otras”⁶. Señala por el contrario el mecanismo de la interdependencia: “dos naciones que negocian entre sí se hacen recíprocamente dependientes”. Añadiendo este matiz: que “si el espíritu del comercio une las naciones, no une en la misma medida a los particulares”⁷. En la actualidad, ¿no sería más bien lo contrario donde el espíritu de comercio une o más modestamente acerca a los actores privados que son las empresas multinacionales, cuando las naciones permanecen jurídicamente divididas, sobre todo en materia penal?

El comercio mundial acerca los sistemas de derecho puesto que exige la igualdad entre los competidores. Poco le importan las desigualdades en el interior de un país, en cambio entre agentes competidores la igualdad es indispensable. Para que se juegue en igualdad de armas, es necesario conseguir aplanar el terreno (*level the playing field*). Por ello, las sanciones penales se revelan en este sentido más eficaces que las

⁵ A. J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, vol. 2 *Gouvernants sans frontières, Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, p. 31.

⁶ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Gallimard, La Pléiade, p. 237.

⁷ *Ibidem*, p. 585, 596.

reglas administrativas o civiles a condición de renunciar al relativismo en beneficio de una cierta armonización de las incriminaciones y de los delitos.

Nada extraña desde entonces, después de haber suprimido las fronteras del comercio y favorecido la desregulación separando el espacio económico del territorio político, si el liberalismo implica una vuelta hacia el derecho penal que debe adaptarse a esta separación. En defecto de una imposible unificación, y para completar una cooperación lenta y poco eficaz, es la armonización la que parece privilegiar los dispositivos internacionales más recientes, que tienden a la corrupción fuera de las fronteras nacionales, o en sentido más amplio a los tráficos transfronterizos, pasando de las prácticas más antiguas, como el tráfico de esclavos, a la aparición del delito absolutamente novedoso de blanqueo de capitales, nacido de la globalización y situado en una posición transversal en relación al conjunto de los delitos globalizados.

Desde la corrupción fuera de las fronteras hasta los tráficos transfronterizos, pasando por el terrorismo sin fronteras, se borraría poco a poco la idea misma de frontera.

Corrupción fuera de las fronteras

La noción de corrupción permanece profundamente ligada a la historia y a la cultura de cada país. Si Montesquieu asimila la virtud al gobierno democrático (y la corrupción a su pérdida), el derecho musulmán introduce un desdoblamiento entre la concepción laica del término y la corrupción como “desorden sobre la tierra”, concepción religiosa que incluye diversos actos considerados subversivos al amparo de preceptos religiosos.

A primera vista, este relativismo no parece abiertamente amenazado por los dispositivos internacionales. Leyendo el Preámbulo del Convenio contra la corrupción (ONU 2003), se trataría de la vez de proteger los intereses nacionales (los recursos de los Estados, su estabilidad política y su desarrollo sostenible) y los valores supuestamente universales (las instituciones y los valores democráticos, los valores éticos y la justicia) contra prácticas globalizadas (“la corrupción golpea a todas las sociedades y a todas las economías”). En realidad, la palabra clave, aunque si el plural disminuye su alcance, es así pronunciada: “la corrupción golpea todas las economías”. El argumento es todavía más claro en el Convenio de la OCDE (“La lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, 1997): “la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”.

En definitiva, de lo que se trata es del mercado. Para permitir la libertad y la fluidez de los cambios, la competencia no debe ser fraudulenta. Son necesarias pues reglas que sustituyan a la pura violencia de los sucesos de fuerza. Lo cual reconduce a Durkheim y a su análisis del contrato que no es autosuficiente” puesto que sólo es posible mediante una regulación “cuyo origen es social”⁸. Pero esta regulación de origen social no reenvía solamente, como pensaba entonces, a una solidaridad orgánica

⁸ E. Durkheim. *De la division du travail social*, PUF, 9ª, ed. 1973, p. 193.

ni a sanciones restitutivas. El derecho penal está en primera línea en el espacio económico global donde el derecho internacional impone de ahora en adelante sanciones penales.

Más allá de una simple extensión geográfica, la cuestión estriba en saber si el cambio tiende a privilegiar los valores éticos, que nos llevan al universalismo, u obedece principalmente a contratiempos económicos. Si el objetivo perseguido es la reafirmación del valor universal de los derechos humanos y de los principios de la democracia y del Estado de derecho, las prácticas son más ambiguas puesto que no sustituyen de golpe a la protección de los intereses nacionales, sino que expresan más bien la conjunción de intereses múltiples, mundiales pero también nacionales e incluso a veces regionales, de carácter público pero también privado.

La lucha contra la corrupción fuera de las fronteras nacionales ilustra así forma ejemplar las diferencias entre el universalismo y la globalización. De un lado el universalismo parece apelar a un derecho mundializado sobre el modelo jerárquico y vertical tradicional, transponiendo las tecnologías del poder estático hacia un control de tipo *supranacional* (como el ejercido, por ejemplo, por los Tribunales Europeos o la Corte Penal Internacional). Pero sabemos que las resistencias nacionales son particularmente fuertes en el derecho penal. Si el control de la corrupción se internacionaliza es por el contrario a través de otras vías, más horizontales y aparentemente menos vinculantes, de tipo *internacional* (evaluación mutua), incluso *transnacional* (colaboración pública/privada).

Vías de las que se derivan interrogantes sobre una posible tendencia a la privatización que, bajo apariencias consensuales, podría esconder una falta de control democrático, ya que esta mezcla de integración horizontal (autorregulación, evaluación mutua) y vertical (controles jurisdiccionales estáticos) y esta combinación de derecho vinculante (*hard law*) -el Convenio de la OCDE y los sistemas nacionales de derecho penal, y no vinculante (*soft law*), -los estándares y códigos de conducta, crean incertidumbre en relación a las definiciones que afectan a la previsibilidad de las normas. La inseguridad jurídica se ha agravado aún más por la complejidad de un proceso que se esfuerza por acercar los derechos nacionales, pero sin suprimir la diversidad. Además, precisamente para superar la heterogeneidad de las prácticas, nacionales e internacionales, la idea de una colaboración integrada entre los actores públicos y privados, fue lanzada por los propios operadores económicos, sobre todo por el comercio de las armas y de defensa (un sector particularmente lucrativo donde las comisiones se elevan a porcentajes comprendidos entre el 30 y 45% sobre el valor de los contratos). El modelo propuesto, concebido en un primer momento al margen de los sistemas de derecho nacional, tendría vocación de extenderse de tal manera que a cierto plazo los sistemas jurídicos nacionales podrían a su vez verse marginados. Instrumentalizado por la vía de la denuncia privada, el derecho privado se convertiría en un medio de presión para asegurar el funcionamiento del ordenamiento.

El ejemplo de la corrupción extrafronteriza lleva así a formular la hipótesis de que el Estado ya no es el horizonte intraspasable de las tecnologías del poder y podría convertirse en un instrumento entre otros, tomado de una amplia red interactiva caracterizada en efecto por la globalización de las posturas económicas y de las limitaciones de la soberanía política.

Queda todavía por verificar si la hipótesis es trasladable a otros sectores, en particular al tráfico transfronterizo.

Tráfico transfronterizo

El tráfico de esclavos, al igual que el tráfico de estupefacientes, no ha estado siempre tipificado como delito; tales actos se fueron tipificando a medida que las prácticas se desarrollaban a través de las fronteras que iban progresivamente abriéndose. Este movimiento de incriminación se explica unas veces porque el tráfico recae sobre un objeto prohibido debido a su peligrosidad (tráfico de estupefacientes, pero también tráfico de armas, de desechos contaminantes, etc.); otras veces porque recae sobre un objeto fuera del comercio, porque se trata de bienes culturales (tráfico de obras de arte), de productos del cuerpo humano (tráfico de órganos) o de los propios seres humanos. No es tanto la mercancía como la mercantilización lo que funda la prohibición, siendo el tráfico de esclavos y posteriormente la trata de seres humanos la figura emblemática.

Sin agotar, lejos de ser necesario, la cuestión del tráfico transfronterizo, estos dos ejemplos recuerdan que, si reprobadas hoy, tales prácticas no siempre han estado prohibidas. No hace falta recordar que la abolición de la esclavitud fue en un primer momento una cuestión nacional (los Estados que eran partidarios o reacios al tráfico de esclavos según sus intereses comerciales) y que las ideas universalistas -reconocimiento de la igualdad, o mucho más tarde de la igualdad dignidad de todos los seres humanos, tardaron en traducirse en derecho positivo. La Revolución francesa, tan arraigada al universalismo de los derechos humanos, esperó a 1794 para suprimir la esclavitud, restablecida por Bonaparte algunos años más tarde (en 1802), y no será definitivamente abolida hasta 1848. Incluso la aparición de “las nuevas formas de esclavitud” denominadas “contemporáneas” (previstas en el segundo protocolo de la ONU que designa a la vez a la esclavitud doméstica, la esclavitud sexual o incluso la que está relacionada con el trabajo clandestino), no han hecho desaparecer cualquier tipo de vestigio de los intereses nacionales. Así, su tipificación como delito parece responder tanto a las fluctuaciones de los intereses nacionales como a la emergencia de los valores universales.

En cuanto a la tipificación del tráfico de estupefacientes, que conduce al blanqueo de capitales producto del delito, ésta se sitúa en el contexto de la “guerra contra la droga”. El sobre-consumo americano de droga había conducido a los grandes cárteles a la aplicación de métodos cada vez más sofisticados para repatriar y reinyectar en las economías nacionales, sobre todo en Colombia, masas monetarias considerables, por medio de sociedades de importación-exportación, de sociedades inmobiliarias y de sociedades pantalla. La internacionalización de los circuitos financieros había comenzado a inquietar a los responsables americanos, en búsqueda de métodos alternativos a la vía penal, cuya eficacia era dudosa en cuanto a la recuperación de los fondos. Frases claves como “recuperar el dinero” (*going for money*), o “cortar la cabeza de la serpientes” (*cut the head of the serpent*) debían conducir a combinar procedimientos civiles y penales, y posteriormente a reconstruir el recorrido del dinero (*paper trail*), lo que supone un acercamiento mundial para asociar los principales centros financieros y bancarios a la definición de una política coherente.

Se distinguen así dos movimientos. En primer lugar, una incriminación progresiva de los principales tráfico, todavía ambigua porque expresa una mezcla de

relativismo (por reenvío a los intereses nacionales) y de universalismo (por referencia a los derechos humanos y de la humanidad); después un movimiento, que se podría denominar de “sobre-incriminación” puesto que conduce a un dispositivo penal cada vez más represivo, que determina un retroceso más neto del relativismo en beneficio de una represión que tiende a unificarse. Sin embargo, no se trata tanto de proteger los valores universales sino de convertir en operacionales los nuevos conceptos de blanqueo y de criminalidad organizada, nacidos con la globalización financiera, o activados por ella.

El contraste es tan grande entre la amplitud del dispositivo activado contra el blanqueo y los resultados obtenidos en términos de recuperación de los fondos, que uno acaba por preguntarse si una estrategia aparentemente tan ineficaz no tiene como objetivo real legitimar el endurecimiento del derecho penal en el ámbito, políticamente más correcto, de la criminalidad organizada.

La dificultad radica en que se ignora donde comienza o termina esta noción, más criminológica que jurídica, de “crimen organizado”, o de “organización criminal”. En ausencia de una definición internacional –puesto que los dispositivos como el Convenio de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional (ONU 2000) o el Convenio de Mérida contra la corrupción (ONU 2003), reenvían de forma casi circular a la organización de infracciones consideradas como “graves” –se trata de una fórmula vacía que el legislador puede utilizar para endurecer la represión prácticamente en cualquier ámbito.

La noción de crimen organizado sería así una especie de “caballo de Troya” que hace penetrar en el sistema penal un modelo de “sobre-incriminación”, o más exactamente de “sobre represión”, pasando de la extensión de los procesos de excepción (prolongación de las garantías y de las detenciones provisionales más allá de la duración del derecho común, negociaciones con los criminales a cambio de su impunidad) a los nuevos métodos policiales, hasta los reservados a los servicios de inteligencia y de contraespionaje (operaciones de infiltración, arrestos extra-territoriales, o de localización vía satélite).

Introducido en un primer momento de forma bilateral por los Estados Unidos, cuyos tratados de asistencia recíproca, concebidos ante todo para proporcionar pruebas e informaciones, ponen en serio peligro los derechos fundamentales de los sospechosos y de las víctimas, el modelo se traslada a partir de ahora a los instrumentos multilaterales, pero siempre siguiendo esta misma concepción, que no deja casi lugar a los instrumentos de protección de los derechos humanos. Si el relativismo del derecho penal tiende a borrar en estos ámbitos la delincuencia transnacional, no es pues en nombre del universalismo sino en nombre de las realidades prácticas, tal y como son percibidas por el poder dominante.

Es también esta concepción guerrera pero no fuertemente eficaz, la que prevalece en adelante en la lucha contra el terrorismo sin fronteras.

Terrorismo sin fronteras

Si existe un delito profundamente circunscrito a las fronteras nacionales, ese es el terrorismo. No olvidemos que el término apareció en el lenguaje jurídico con la Revolución francesa cuando, frente a la invasión extranjera y las amenazas interiores, el Convenio nacional adoptó un conjunto de medidas de excepción en nombre del “Terror”. El hecho que en adelante el terrorismo designe un terror dirigido frente al Estado, sin por tanto hacer desaparecer el terrorismo de Estado, no ha facilitado la búsqueda de una definición común. Cuando la mayoría de las incriminaciones penales tienen un significado a la vez represivo y expresivo –la represión del asesinato consagra el derecho a la vida al igual que la del robo consagra el derecho a la propiedad-, los actos tipificados como “terrorismo” pueden haber sido cometidos contra las personas o contra los bienes; tampoco el terrorismo expresa valor alguno específico y su significación es exclusivamente represiva: endurecer la represión frente a la violencia organizada que íntimamente relacionada con las amenazas a la seguridad del Estado.

No sorprende pues que, en ausencia de una definición común, la Corte Penal Internacional (CPI) no sea competente para perseguir y enjuiciar el delito de terrorismo, a no ser que se trate de algunos actos terroristas calificados como crímenes contra la humanidad.

Y sin embargo, las prácticas han cambiado radicalmente, como si los atentados del 11 de septiembre de 2001, grabados en video y difundidos en todas las televisiones, hubiesen guardado en la memoria, quizás de forma irreversible, el paso del terrorismo transfronterizo al terrorismo sin fronteras. Si es cierto que las organizaciones terroristas utilizan a su vez los medios, tecnologías, financieras y mediáticas, de la globalización, en relación al terrorismo éste es percibido en adelante como una amenaza directa contra la globalización. No es sin duda cosa del azar si el tema ha sido incluido en los debates en el Forum de Davos de 2004.

Aquí todavía el relativismo, que había sabido resistir a la internacionalización del derecho, parece fracasar por la globalización. Ya se trate de permitir la entrega de sospechosos o de los condenados de una punta a la otra de Europa o de asimilar el terrorismo a la agresión y la represión a la guerra (Resoluciones de las Naciones Unidas de 12 y 28 de septiembre de 2001, *Patriot Act* americana de 26 de octubre de 2001), los instrumentos jurídicos puestos en práctica desde el 11 de septiembre tienden a suprimir progresivamente las fronteras de la represión, en sentido tanto propio como figurado.

A pesar del rechazo de los Estados de introducir el terrorismo en la lista de delitos competencia de la CPI, un movimiento de “despolitización” se ha comprometido a fin de favorecer la asistencia internacional. Se observa, desde los años 80, una extensión progresiva de la actividad de INTERPOL, cuyo estatuto excluye sin embargo cualquier intervención en los asuntos que revisten un carácter político, en los asuntos de terrorismo. A lo largo del decenio siguiente, las cuestiones de terrorismo serán explícitamente integradas en la competencia de la Oficina europea de policía (Convenio Europol, 1995, entrada en vigor en 1999). En definitiva, el verdadero retroceso ha venido dado en Europa por la adopción simultánea el 13 de junio de 2002 de la decisión marco relativa a la lucha contra el terrorismo y la que insta la entrega de sospechosos al Estado que lo demanda, en una lista de 32 infracciones, incluido el terrorismo.

Es así como el paso de un terrorismo internacional a un terrorismo global marca el retroceso, incluido el fracaso, del relativismo jurídico, no en beneficio de valores universales (el respeto de los derechos humanos no es la preocupación principal), sino en razón de una concepción en adelante global.

Sin embargo, la reacción de los Estados en los atentados del 11 de septiembre no se limita a un nuevo endurecimiento de la represión penal y se caracteriza por una puesta en discusión más radical que la sola despolitización del terrorismo. Se trata de criminalizar la financiación del terrorismo y a la vez globalizar la represión penal, hasta tal punto que se acaba perdiendo de vista, en los Estados Unidos, pero también en Europa, la diferencia entre seguridad interior y exterior, dicho en otros términos, entre la paz y la guerra.

Considerando los atentados del 11 de septiembre “como una amenaza a la paz y a la seguridad internacional”, las Naciones Unidas (resoluciones citadas anteriormente de septiembre de 2001) marcan el punto de partida de esta lenta erosión de la distinción entre seguridad interior y exterior, es decir, entre represión y guerra. Desde el 26 de octubre de 2001, la ley designada bajo la sigla de la USA PATRIOT⁹, extiende los poderes de vigilancia del *Fiscal General* en materia de escuchas administrativas y de detención policial y traslada el endurecimiento de la justicia penal de excepción a casos no sólo relativos a delitos de terrorismo, la frase “*sneak and peek*” (soplar/chivarse y espiar) (sección 213, *Patriot Act*) permite al gobierno federal solicitar una “registro secreto” en todas las investigaciones criminales federales. Pero esta ley expresa fundamentalmente el deslizamiento de la represión penal hacia la “guerra contra el terrorismo internacional”. Así los nacionales extranjeros son detenidos la mayoría de las veces en la base militar de Guantánamo, fuera del territorio americano, en virtud de un dispositivo calificado por un Tribunal británico de “*legal black-hole*” (agujero legal negro). Para denegar a los detenidos el estatuto de presos de guerra, el Gobierno americano ha tomado prestada de una antigua decisión del Tribunal Supremo la fórmula extranjera de “combatientes ilegales” (*unlawful combatants*)¹⁰. La *Patriot Act* permite más ampliamente sustituir el espionaje por la investigación y descartar las garantías del sistema penal. El servicio federal de investigación, normalmente habilitado para proceder a las escuchas e interceptaciones de seguridad administrativas en el ámbito de los asuntos exteriores, puede a partir de ahora intervenir en las investigaciones penales, sobre la base del amplio criterio aplicado en materia administrativa. El dispositivo autoriza incluso el intercambio de información entre los servicios, que pueden divulgar, sin control de un juez ni garantías en cuanto a su uso, las informaciones recopiladas a través y gracias a las escuchas y otras interceptaciones de seguridad. Más allá de las investigaciones penales, el objetivo es el de globalizar las investigaciones mediante ficheros interconectados.

En definitiva la ley fiscal para el año 2004 supera una etapa suplementaria en materia de investigaciones permitiendo al FBI (*Federal Bureau of Investigations*) acceder sin orden judicial, y mediante un simple procedimiento administrativo, a los

⁹ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001, Publi. L. N° 107-56 (Ley de unificación y refuerzo de América para la puesta a disposición de instrumentos apropiados necesarios para la interceptación y represión del terrorismo).

¹⁰ En virtud de la sentencia de 28 de junio de 2004, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoce sin embargo algunos derechos a los prisioneros americanos (*Handi y al. c. Rumsfeld y Rumsfeld c. Padilla*) y extranjeros (*Rasul y al. c. Bush*).

ficheros de las instituciones financieras, considerando la ley como tales a las empresas siguientes: compañía de seguros, agencias de viajes, agentes inmobiliarios, corredores de bolsa, o incluso joyerías, casinos y concesionarios de vehículos.

Esta mezcla entre seguridad e investigación, que afecta tanto a la seguridad internacional como a la seguridad interior, atenta igualmente contra Europa. Además del endurecimiento de las leyes nacionales anti-terroristas adoptadas desde 2001, se observa una confusión creciente entre las tres categorías de operaciones de policía que corresponden a los tres pilares de la construcción europea (operaciones de policía financiera, integradas en el primer pilar y llevadas a cabo por la Oficina de lucha antifraude, OLAF, operaciones de mantenimiento de la paz, llevadas a cabo por la policía, en virtud de la gestión civil y militar de las crisis, segundo pilar, y lucha contra la delincuencia transnacional, sobre todo contra el terrorismo, tercer pilar, Europol). La confusión parece mantenerse por los Estados que solicitan la vuelta a la seguridad interior traducida como inversión en seguridad exterior”. Bajo el riesgo de incitar a los agentes comprometidos a título de seguridad exterior a apoyarse en la seguridad interior, o, a la inversa, a integrar la seguridad interior (que recae en principio en manos de Europol) en la gestión financiera de la Unión, mientras que la Oficina europea de lucha antifraude decide actuar en la financiación del terrorismo.

Con ello queda claro que la globalización de los delitos actúa de forma inseparable con la globalización de los flujos inmateriales, ya se trate de flujos financieros o de flujos de información.

2. Los flujos inmateriales.

Los atentados del 11 de septiembre ilustran de forma ejemplar el nexo de unión entre terrorismo, flujos financieros y flujos de información. Si se comete un delito “global”, no es solo porque las víctimas y los actores tuviesen nacionalidades múltiples, ni porque el objetivo fuese planetario; sino porque se produjo una utilización perfectamente controlada de los principales instrumentos de la globalización. Parece en efecto que la preparación de los atentados y su realización fueron posibles gracias a las redes de comunicación de Internet, los propios organizadores eran actores muy hábiles del capitalismo financiero. Es por lo que los penalistas comienzan a recrearse ocupándose de los estudios criminológicos sobre la psicología de los terroristas y de las víctimas para privilegiar el análisis de los flujos inmateriales, económicos y financieros y sus dispositivos bancarios.

Si “lo inmaterial” parece más neutro que lo “material”, todo dependerá del uso que se les de, puesto que lo neutro no es inactivo; todo lo contrario, su fuerza está en su flexibilidad y sus oscilaciones, en su “energía vibratoria” por evocar lo que Roland Barthes denominaba “el tiempo vibrado”, citando el ejemplo del jugador de billar con gesto “aparentemente dubitativo”, y sin embargo típicamente hábil”¹¹. No expresando ya solamente la movilidad de las personas ni de las cosas, pasando de un territorio al otro, la globalización se desarrolla en espacios no territoriales; los flujos de información, necesariamente globales porque los inmateriales, circulan por Internet o se intercambian con los mercados financieros.

¹¹ R. Barthes, *Le neutre, Tours au Collège de France*, 1977-78, Seuil, 2002, p. 174 ; véase también « *L'actif du neutre* », *Ibidem*, pp. 116 y ss. ; « *Idéosphère et pouvoirs* », *Ibidem*, pp. 126 y ss.

Aquí, más aún que en el caso de delitos globalizados, aparecían los límites del relativismo jurídico. Es así como la “gobernanza mundial” se convierte en la fórmula mágica propuesta para gobernar la mundialización sin gobierno mundial. Pero las prácticas prácticamente no responden a dicho objetivo: los derechos nacionales vigilan la presa y las estrategias mundiales a veces elaboradas mediante acuerdos multilaterales, de carácter regional o mundial, son a veces también impuestos de forma unilateral. Queda todavía por saber cómo estas estrategias distintas se combinan entre sí, cómo es el paso de los flujos financieros a los flujos de información, lo que supone, en virtud del pragmatismo, un desfase del relativismo.

Los flujos financieros

En el plano financiero, la situación mundial se caracteriza por la incapacidad para resolver el problema de los paraísos, fiscales y bancarios, que funcionan como zonas de no derecho, favoreciendo los circuitos delictivos y falsificando el juego de la competencia.

Los paraísos no datan de hoy, sino que las inversiones directas en las plazas financieras con baja imposición fiscal empiezan a intensificarse sobre todo a partir de 1985 como efecto de la desregulación. Sin embargo, si la globalización facilita la evasión hacia tales paraísos, ésta los hace paradójicamente más difíciles de soportar, debido a los efectos negativos que se provocan en serie (efecto dominó) y que conducen a las “listas negras”, método consistente en designar y condenar (*naming and shaming*). Sigue siendo todavía necesario conseguir armonizar las listas, a pesar de la heterogeneidad de los intereses en juego, que van desde la represión de la delincuencia (Grupo de acción financiera), hasta preocupaciones fiscales (OCDE) o de estabilidad financiera (Forum de estabilidad financiera). Las disparidades conducen a interrogarse sobre las verdaderas posiciones que parecen focalizarse sobre algunos centros, obviando el hecho de que las plazas *off-shore* son utilizadas no solamente por la delincuencia a gran escala, sino también por las empresas multinacionales, en sus esfuerzos para eludir las normas fiscales y el derecho de sociedades de sus países de origen. Los recientes escándalos financieros, desde el *asunto Enron* hasta el *Parmalat*, parecen cuestionar todo el sistema, demostrando que la existencia de dispositivos nacionales, caracterizados por su fragmentación pero también por su inestabilidad, no impide ni la impotencia del derecho, ni el riesgo de desbordamiento por el juego de las cláusulas de extraterritorialidad. Del vacío legal, pasamos así a la plena regulación, es decir, del silencio a la proliferación normativa.

Así el derecho francés acumula reformas (leyes sobre las nuevas regulaciones económicas, 2001, las sociedades anónimas, 2002, la seguridad financiera y la iniciativa económica, 2003), llegando a una despenalización más amplia ya que el derecho penal económico es también neutralizado por el mecanismo de “declararse culpable” de la ley *Perben II*, aplicable a la mayoría de los delitos de sociedades, sobre todo al abuso de bienes sociales.

Si la proliferación normativa no garantiza la efectividad –los textos actuales apelan ya a una reforma- no cabe duda de que ésta se acompaña también de fragmentación, dada la ausencia de una autoridad mundial de los mercados financieros. Es cierto que el principal dispositivo mundial es la ley americana *Sarbanes-Oxley*

(2002). Mientras que Francia despenaliza, y Europa tiene dificultad para armonizar su legislación financiera, los Estados Unidos continúan de forma efectiva con su movimiento de penalización y de internacionalización, con una legislación aplicable a todas las empresas del mundo, siempre y cuando éstas tengan éxito en los Estados Unidos.

Acabamos de constatar que “la introducción masiva del derecho público económico en el campo de los conflictos de ley nacidos de la interconexión de los mercados se acompaña de una politización caracterizada de los litigios¹² interfiriendo en las certezas ligadas a los compartimentos estancos del derecho público y del derecho privado en las teorías tradicionales del derecho internacional privado. Se observa asimismo, la necesidad de renovación de las categorías jurídicas tradicionales ya que a la inversa, los litigios de derecho internacional público, que son tratados por el Órgano de regulación de las controversias de la OMC, aunque reputadas inter-estáticas, “atañen desde muy cerca, incluso se confunden, con los intereses de los agentes económicos privados, hasta tal punto, que es evidente que el Estado se convierte en realidad en el portavoz de estos intereses”¹³.

Un derecho privado que se politiza y se da publicidad, un derecho público que se privatiza: se mide hasta qué punto la globalización económica y financiera perturba el orden jurídico al cual estamos acostumbrados y que habíamos creído inmutable. No es cuestión ahora de dedicar tiempo a volver a diseñar todo el ordenamiento. Las zonas oscuras de los sistemas de derecho raramente desaparecen aunque se añaden voluntariamente, entre las líneas o los márgenes, nuevas fórmulas que modifican poco a poco todo el diseño. Cuando el bricolaje se vuelve visible siendo imposible que se ignore, le damos un nombre tan noble y apacible como sea posible, como “gobernanza mundial”.

Distinto a la vez del “gobierno de la empresa”, que se limita al ámbito privado del derecho de sociedades, y de la “buena gestión”, que se apoya en la adopción de buenas prácticas en la conducta de los negocios públicos nacionales, la “gobernanza mundial” lleva a creer en la existencia de una disciplina que acabamos de enseñar, mientras se trate sobretodo de un sueño¹⁴. Como práctica, la gobernanza mundial, en evolución permanente, se caracterizaba en primer lugar por la energía liberada por los flujos inmateriales. Parecía menos un modelo estable que un movimiento, una dinámica de transformación que multiplica las interfaces, lugares de paso por improbables reencuentros, donde se cruza sin unirse lo público y lo privado, lo vinculante y lo no vinculante.

Antes de imaginar los métodos para transformar la cacofonía ambiente en una polifonía, tanto armoniosa como posible, quedan por explorar otros ámbitos, sobretodo el de los flujos de información, simbolizado por Internet, donde el lugar dejado al relativismo de los derechos nacionales parece reducirse cada vez más.

¹² H. Muir Watt, “Globalisation des marchés et économie du droit international privé », en *La mondialisation entre illusion et utopie*, Dalloz, 2003, p. 245.

¹³ H. Ruiz Fabri, “La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. Arbitrage*, 2003, n° 3, p. 897.

¹⁴ Según M. Foucault, la nueva tecnología de gobierno, como toda tecnología, toma tres formas en el curso de su historia y de su desarrollo: un sueño, después una práctica y finalmente una disciplina académica, en *Dits et écrits*, Gallimard, 1994, tomo IV (1980-88), p. 821.

Los flujos de información

De los flujos de financieros a los flujos de información, no se trata ni de desregulación, ni de desreglamentación, sino de la aparición de un espacio no asimilable a un territorio (y en este sentido “virtual”), que no es ni privado ni público, sino que simplemente está fuera del alcance del derecho. La cuestión del relativismo jurídico no se plantea pues en los mismos términos, ya que la autorregulación precede a la elaboración de normas estáticas. Sin embargo, ésta ya no es suficiente y la respuesta de los Estados parece ineludible, superponiendo a la autorregulación un derecho vinculante, civil y penal, aplicado, en defecto de algo mejor, por las jurisdicciones nacionales. Se legisla pues, desde el *Digital Millenium Copyright Act* (28 oct. 1998) adaptando el derecho americano de la propiedad intelectual a las nuevas tecnologías hasta la *China’s Internet Regulation* (1 de octubre de 2000), pasando por Francia con las leyes adoptadas en 2000 (adaptación del derecho de la prueba, condiciones de puesta en práctica de los servicios de líneas y de la televisión numérica, subastas públicas a distancia), posteriormente en 2004 (economía numérica). Pero los derechos nacionales en sí se han desbordado y la internacionalización se endurece tras el 11 de septiembre, a escala europea (Convenio del Consejo de Europa sobre el cibercrimen, 2001, directivas de la Unión Europea, 2002, propuesta de decisión marco “relativa contra los ataques a los que son objeto los sistemas de información”, 2003). A escala mundial, la Cumbre de Ginebra sobre la Sociedad de información (2003) concluyó con la adopción de una declaración para “construir una sociedad de información” y levantar “un desafío global para el nuevo milenio”, apelando a la creación por la Secretaría general de la Onu de un grupo de trabajo sobre “la Gobernanza de Internet”.

Queda por saber cómo aplicar este objetivo a las redes numéricas privadas del centro de dirección: ni los objetos, ni los sujetos de derecho, pero concebidos de alguna forma como un “trayecto”, o una trayectoria (pasando por el distribuidor de acceso, el almacenador, el editor de los contenidos y finalmente el usuario, es decir, el internauta). Las circunstancias fueron inmateriales, conduciendo así al desfase de los derechos nacionales, persiguiendo por el contrario “encuadrar” o “regular” (sin embargo, estos verbos son sin duda todavía demasiado rígidos) este espacio “virtual”, donde los flujos de información siguen su trayectoria “en tiempo real”.

La llegada de un espacio virtual ofrece en efecto posibilidades de interconexión casi infinitas, según un ritmo acelerado por las velocidades de tratamiento de la información, puesto que los sistemas de derecho suponen un marco espacio-temporal delimitado y estable. Si el antagonismo con el derecho ha favorecido sin duda el progreso inicial de la red, éste plantea a partir de ahora y a medida que los conflictos surjan, problemas jurídicos que tienden sobre todo a la ubicuidad, propia en el espacio virtual pero contraria a las propias condiciones de existencia del derecho. Imposible de localizar, puesto que se encuentra en todos sitios a la vez, Internet, que escapa así a la regulación estática no tanto por razones ideológicas sino por las circunstancias, estaría por su propia naturaleza condenado a la autorregulación: iniciada con motivo de los flujos financieros, el triángulo de los actores adoptaría su plena forma con los flujos de información, implicando al mismo tiempo a los actores públicos, la sociedad civil y a los actores económicos.

Ya que la ubicuidad es también un obstáculo dudoso por el reparto de competencias entre los distintos sistemas de derecho simultáneamente aplicables, en tanto en cuanto multiplica los conflictos potenciales de jurisdicción y avoca a una “co-regulación” para encontrar el equilibrio entre el acercamiento regulador tradicional (más próximo a la concepción europea) y los métodos de autorregulación que predominan en los Estados Unidos por razones relacionadas sin duda con el liberalismo económico, pero también con el sistema constitucional que atribuye a los Estados federados la conclusión de los contratos y las relaciones contractuales.

El riesgo de conflictos está arraigado a la pluralidad de las jurisdicciones simultáneamente competentes, debido precisamente a los fenómenos de ubicuidad típicos de las redes. Se aplique o no el principio de territorialidad (la infracción se entiende cometida en el territorio nacional “desde el momento en el que uno de los hechos constitutivos del delito haya tenido lugar en ese territorio”, art. 113-2, párrafo 2º, del CP francés), o el de personalidad, activa o pasiva, la ubicuidad de los cambios parece atribuir a los jueces penales nacionales una competencia casi universal. En cuanto a los jueces civiles, la elección del criterio es particularmente difícil: deducir de una posibilidad de acceso universal la aplicación de todos los derechos existentes conllevaría a crear una inseguridad jurídica total: pero el criterio del lugar de origen conduce al dominio de la ley americana y favorece todas las huidas fraudulentas hacia los “paraísos de información” que no son puras ficciones; mientras que el criterio del “objetivo” cifrado por el mensaje (mediante parámetros tales como la lengua, el tipo de discurso, la propia concepción del sitio web, la naturaleza del ofrecimiento), otorga un poder considerable al juez.

Algunos casos, como el *asunto Yahoo* a propósito de mensajes relacionados con el nazismo, han demostrado que más allá de la ubicuidad de la información, las dificultades aumentan debido a premisas filosóficas según las cuales la propia arquitectura de la red consagraría, en virtud de valores supuestamente universales, una libertad de expresión casi absoluta, tal y como se concibe por la constitución americana. La propia violencia de las reacciones a la intervención de un juez francés demuestra que el relativismo cultural será aún más difícil de admitir en el mundo virtual que en el mundo real.

La rapidez de los cambios “en tiempo real” acentúa además la dificultad de un marco jurídico. No contento con haber introducido la ubicuidad, Internet añade un efecto de inmediatez que modifica las responsabilidades que el derecho de la prensa había cuidadosamente conectado tal y como se dice a veces “en cascada”, es decir, del director de la publicación al autor pasando después por el productor. En las redes, los propios actores pueden en efecto ejercer prácticamente todas las funciones y sería necesario fundar sus responsabilidades sobre reglas idénticas que supongan valores comunes. Parte de la dinámica irresistible de las redes numéricas, fruto de las circunstancias, nos hace necesariamente volver al universalismo de los derechos humanos. Más allá de los derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, la vida privada o la seguridad de las personas y de sus bienes, la Declaración adoptada en la Cumbre mundial sobre la sociedad de la información (2003) añade los derechos económicos, sociales y culturales subrayando que el acceso de todos a la información –y más ampliamente a la comunicación– es una condición del desarrollo.

La ubicuidad y la inmediatez, que provocan la especificidad de los flujos de información en Internet, facilitarían sin duda el acceso de todos a Internet; sin embargo, esta especificidad entraña también el riesgo de “accidente total” o “integral” que afectaría al mismo tiempo al conjunto del planeta. Tras las enormes averías debidas a la producción deslocalizada del suministro de energía, la propagación de virus electrónicos da una primera idea de estos nuevos riesgos, que afectan al conjunto de la sociedad y a escala planetaria y frente a los que las respuestas de los derechos nacionales parecen si no inútiles, al menos muy insuficientes. Internet anuncia así otra forma de globalización, la que tiende a riesgos que se sitúan de entrada a nivel mundial.

3. Los riesgos globales

Los riesgos nos devuelven a la tierra, del espacio virtual al espacio real. Pero nos alejan aparentemente del campo jurídico puesto que el elemento que los caracteriza es en primer lugar la incertidumbre. Cualquier riesgo supone un peligro, un daño pues, pero un daño eventual: no sabemos si se va a realizar o no. Y lo que podemos intentar es a lo sumo evaluar bien la probabilidad de que se produzca el accidente cuando la peligrosidad está establecida (riesgo verificado), bien la probabilidad de que una actividad sea peligrosa (riesgo potencial)¹⁵.

El objetivo no es pues suprimir todos los riesgos –que, a diferencia de los delitos, no constituyen un mal en sí mismos sino justamente lo contrario, es decir, son parte integrante de lo viviente-, sino distinguir entre riesgos “aceptables” e “inaceptables”. Dicho en otras palabras, apreciar, en función del daño eventual, el grado de aceptabilidad, para fijar un abanico de decisiones (aceptable/legal o inaceptable/ilegal). La incertidumbre se conjuga así con la imprecisión, la aleatoriedad con el flujo, puesto que un comportamiento cuya peligrosidad parece preestablecida puede considerarse aceptable si el daño, incluso probable, pareciese tener una amplitud débil; mientras que lo contrario, un comportamiento cuya peligrosidad no está preestablecida puede juzgarse sin embargo inaceptable si los efectos potenciales parecen graves e irreversibles. Si la globalización no supone propiamente hablar de nuevos riesgos, sí que multiplica las sistemas de derecho aplicables, cada uno definiendo a su manera los criterios de gravedad y el margen de decisión, mientras que el carácter potencialmente grave e irreversible de los daños globales, que invita a considerar riesgos no solamente a los verificados sino también a los meramente potenciales, aumenta la incertidumbre.

El hecho de tener en cuenta la incertidumbre no debería conducir a fundamentar en el miedo una ética que terminaría por bloquear tanto la investigación científica como la toma de decisiones políticas ya que existe sin duda un equilibrio por encontrar entre aventura prometeica y réplica friolenta. Rechazar la diabolización de Prometeo no lleva a festejarlo o considerarlo como un héroe, pero incita a identificar la complejidad de los riesgos tecnológicos, en sus interacciones con los riesgos denominados naturales, e integrar un tiempo que no es ni “tiempo real” de cambios electrónicos, ni tiempo histórico propio de cada espacio nacional, sino un tiempo de larga duración que apela un nuevo calificativo para designar lo que puede perdurar en el tiempo: lo “durable”. Es así como la globalización incita a una política mundial de prevención (en caso de riesgo

¹⁵ Sobre esta distinción, véase *Le principe de précaution*, ponencia de los *doctorandos* Kourilsky y G. Viney, editorial Odile Jacob, 1999, p. 18.

verificado) y de precaución (en el caso de riesgo potencial), como si se tratase de riesgos biotecnológicos o ecológicos.

Los riesgos biotecnológicos

Las biotecnologías reenvían primero a los valores de cada sociedad, ilustrando así el conflicto entre el relativismo de los valores y el universalismo de los derechos humanos o del concepto de humanidad. Pero la globalización, bajo el peso de la interdependencia científica y económica creciente, apelarían a los principios comunes para encuadrar las prácticas antes incluso de que el daño sea probable. Se trata pues de la cultura de la anticipación que sería necesario adquirir: desde el riesgo verificado hasta el riesgo potencial, la toma de decisión debería integrar no solamente las probabilidades, sino también las incertidumbres, en virtud de esta nueva forma de sabiduría práctica que denominamos “principio de precaución”. Todavía una palabra mágica, tan engañosa como la de “gobernanza mundial”, en la medida en que da ilusión de una concepción común, que no parece sin embargo adquirida ni científica ni jurídicamente.

Debido a las tensiones que provoca, sobre todo entre el continente americano y una Europa más reticente, la cuestión de las OGM (organismos genéticamente modificados, tales como el maíz transgénico desarrollado en Suiza por la empresa *Novartis* o en los Estados Unidos por *Monsanto*), muestra a la vez los límites del relativismo y la dificultad de encontrar una respuesta adecuada. Serían necesarias normas internacionales comunes pero la yuxtaposición de dispositivos no coordinados entre ellos, y a veces contradictorios, contribuye más al desorden que a una verdadera puesta en orden.

En teoría el OMC preserva un margen nacional de apreciación, los Estados pueden invocar un riesgo, ecológico o sanitario, en la importación de productos como los OGM. Pero las condiciones son restrictivas y el margen estrecho: es necesario un “test científico”, que demuestre, si no el peligro, al menos el carácter verosímil del riesgo potencial invocado y que comporta el desarrollo de investigaciones tendentes a apoyar la hipótesis, y un “test de coherencia” con la finalidad de garantizar que sean tratados de forma similar los riesgos análogos: en definitiva, es necesario probar la proporcionalidad entre el riesgo invocado y la medida adoptada. Y ello porque, en la gran mayoría de los casos, el Órgano de regulación de las controversias rechaza el argumento.

Pero la circulación de OGM reconstruye simultáneamente el derecho del comercio internacional y el derecho internacional del medio ambiente y sanitario (Convenio sobre la diversidad biológica, adoptado en la cumbre de la Tierra en Río en 1992 y el Protocolo negociado en Cartagena, y finalmente adoptado en Montreal, que entró en vigor en octubre de 2003). Al contrario de la OMC, que considera cualquier limitación del comercio como una excepción, el Protocolo de Cartagena consagra el principio de consentimiento informado previo del país importador y admite la posibilidad de imponer al exportador la obligación de evaluar los riesgos. El conflicto entre estos dos dispositivos para determinar las responsabilidades entre el exportador y el importador sólo será resuelto fomentando su complementariedad y preparando así la llegada de una “bio-vigilancia internacional”.

La idea de bio-vigilancia no es propia de la globalización. Fundamenta el principio de “precaución”, que en mi opinión se caracteriza más por la idea de anticipación que por la de una desconfianza sistemática que privilegiaría la hipótesis de lo peor y conduciría al inmovilismo. No es la idea en sí misma, sino su formulación desafortunada, a la vez jurídica (principio) y vaga (precaución), que suscita fuertes críticas; sin embargo ha sido adoptada de forma tan generalizada, tanto en el plano nacional e internacional, que es sin duda demasiado tarde para modificarla. Al menos puede precisarse lo que significa la precaución/anticipación, a la vez como principio de acción, que condiciona la toma de decisiones políticas, y principio de imputación, que comporta la atribución de un nuevo tipo de responsabilidad.

Como principio de acción, la precaución/anticipación debería incitar a los responsables políticos a adoptar procedimientos de investigación y de evaluación sobre las incertidumbres relativas a la amenaza de riesgos mayores. A escala nacional, o incluso regional, el problema puede resolverse pero a escala mundial, la dificultad ha aumentado considerablemente debido a la ausencia de gobierno mundial para imponerlo. Realmente el protocolo de Cartagena prevé establecer, en los Estados que no dispongan de él (la mayoría de los países subdesarrollados), un marco nacional para la evaluación y la gestión de los organismos vivos modificados, pero queda por construir una red internacional y sobretodo ponerse de acuerdo sobre la cuestión principal quedando por saber si será posible limitar la precaución a un principio político de acción, no animando a los Estados a reconocer su aplicabilidad como fuente de “responsabilidad universal” por los actores públicos y privados.

Esta nueva forma de responsabilidad sin culpa implicaría, más allá de la teoría del riesgo, la toma en consideración de un cierto grado de incertidumbre; sería necesario demostrar que en el estado de los conocimientos científicos, no se llega a un umbral de alerta, definido por referencia a un conjunto de criterios explícitos, la “prueba” así requerida no se sustenta en una verdad definida sino en indicios provisionales y evolutivos. El paso de una concepción nacional de la responsabilidad orientada hacia el pasado (castigo de la culpa) o el presente (reparación del daño) a una concepción global orientada hacia el futuro (conservación de lo vivo), podría ser construida sobre la base del modelo de la competencia universal atribuyendo competencia a las jurisdicciones nacionales, a condición de que se apliquen reglas comunes y se doten de medios suficientes.

Si los riesgos globales inician así una vuelta hacia el universalismo de los valores, el movimiento se extiende cuando se pasa de los riesgos biotecnológicos a los riesgos ecológicos.

Los riesgos ecológicos

De los riesgos biotecnológicos a los riesgos ecológicos, la simetría no sólo es aparente puesto que la primera expresión centra la atención en el origen del riesgo (las biotecnologías), mientras que la segunda reenvía al daño que amenaza el equilibrio ecológico o el ecosistema. Pero esta inversión no impide la inclusión de ciertos riesgos biotecnológicos en la categoría más amplia de riesgos ecológicos, teniendo siempre en cuenta como condición las interacciones que ordenan esta noción de equilibrio ecológico o de ecosistema. Mientras que la ecología ha diseñado en primer lugar el estudio de las interacciones entre las especies animales y vegetales y su medio, el

término ha adoptado un sentido más amplio a medida que los “ecologistas” se han convertido en militantes comprometidos con la defensa del medio ambiente, otro neologismo que extiende la aproximación ecológica a las sociedades humanas.

Si es cierto que “el análisis de las interacciones entre los habitantes del mundo ya no puede limitarse a las instituciones que gobiernan la sociedad de los hombres, este club de productores de normas, de signos y de riqueza donde los no humanos solo son admitidos a título de accesorios pintorescos para decorar el gran teatro cuyos defensores del lenguaje monopolizan la escena”¹⁶, las normas quedan en el club de los productores donde la modestia no siempre es admisible. Según el preámbulo de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente (Estocolmo, 16 de junio de 1972), somos (“los hombres”) “lo máspreciado que existe en el mundo”. Veinte años más tarde, la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo ha sustituido “hombres” por “seres humanos” pero nos coloca siempre “en el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”, considerando la Tierra como “el hogar de la humanidad”. No obstante, recordando que la tierra “constituye un todo marcado por la interdependencia”, la Declaración de Río muestra los límites del relativismo jurídico y anuncia un “socio mundial” que conllevaría “niveles de cooperación nuevos entre los Estados, los sectores-clave de la sociedad y los pueblos”. Esta fórmula aparentemente vaga parece sin embargo indicar que un cambio a nivel normativo es necesario, ya que la cooperación tradicional no será suficiente siendo necesarias normas comunes, al menos parcialmente integradas. Un primer marco internacional fue esbozado en Río mediante tres convenios (biodiversidad, cambios climáticos y desertificación), los dos primeros se benefician del apoyo de la Unión Europea.

En cuanto al riesgo de agotamiento de los recursos, el derecho internacional tiene en cuenta objetivos tan diferentes como la protección del medio ambiente (conservación y utilización sostenible de los recursos), la promoción del desarrollo (reparto equitativo de las ventajas resultado de su utilización), en definitiva el respeto de la propiedad intelectual (en razón de la patentabilidad de lo vivo hoy en día admitida). La actitud de los países en vías desarrollo procede de su deseo de proteger su soberanía sobre sus recursos biológicos, lo que les ha llevado a rechazar en la cumbre de Río la expresión de “patrimonio común de la humanidad”. La elección del término más neutro de “preocupación común de la humanidad” corre en paralelo con la investigación cuya finalidad es la de establecer nuevos derechos de la propiedad intelectual inspirados en los derechos colectivos existentes (denominaciones de origen, marcas colectivas, certificados de marcas) que tendrían vocación de ser insertados en las legislaciones nacionales y puestos en aplicación por los jueces nacionales. Así las cosas, todo se desarrolla como si la globalización alejase el derecho del medio ambiente del debate sobre el universalismo de los valores para introducirlo ineluctablemente en la vía de una aproximación comercial y económica. Y el fenómeno parece acrecentarse en materia de cambio climático.

Sean cuales sean las incertidumbres que subsisten en cuanto a la comprensión de los fenómenos climáticos, en relación a la previsión de los cambios, parece prepararse siguiendo un ritmo incierto, probablemente lento pero susceptible de aceleración imprevista, un cambio climático ligado a una subida de las concentraciones de gas con

¹⁶ Ph. Descola, Chaire d'Anthropologie de la nature, Lección inaugural en el Colegio de Francia, 29 de marzo de 2001.

efecto invernadero (GES) a cuya emisión las actividades humanas contribuyen de forma decisiva¹⁷.

Desde una perspectiva tan evidentemente global, las respuestas jurídicas nacionales, o incluso regionales, pueden parecer decisivas y un dispositivo internacional más preciso que el Convenio de Río sobre el cambio climático se convierte en indispensable, pero es particularmente difícil concebirlo, en razón de la extrema diversidad de los intereses invocados. Fue necesario esperar al protocolo de Kyoto (1997) para disponer de tal instrumento, a la vez jurídico y económico. El objetivo consiste en reducir los costes permitiendo a los contaminadores para los que las medidas anticontaminación son costosas comprar permisos de contaminación a los países en los que las medidas son menos costosas. Y el mecanismo consiste en definir las cantidades de emisión autorizadas para el 2008-2012, según las cuotas fijadas a cada país por referencia a sus emisiones en 1990. El Acuerdo organiza así una distribución gratuita de permisos de emisión que serán después transferidos a otros agentes contaminantes. En este sentido, crea un “mercado de permisos”, donde se negocian estas transferencias. Si se puede lamentar la instauración de lo que se ha denominado a veces como “mercados de derechos a contaminar”, por lo menos las limitaciones se imponen bajo amenaza de sanción.

No obstante, la principal debilidad del dispositivo consiste en la ausencia de los Estados Unidos. Aunque sean precursores en relación al mercado de los permisos y hayan estado en el origen de propuesta (destinada a evitar la eco-tasa), se han retirado después del proceso. Por el contrario, la Unión Europea se anima a la aplicación por anticipación del protocolo de Kyoto, aunque su actuación no ha servido de ejemplo en otros países. Estamos lejos de la “colaboración mundial”, anunciada en Río, que llevaría a algo más allá de una simple cooperación, a una investigación de coherencia que esbozaría ya un gobierno global.

Es la cuestión política de la defensa de los intereses colectivos la que parece eclipsarse tras una política de eficacia económica, que se caracteriza a partir de ahora por el carácter esencial de los actores privados. Bajo su influencia, el derecho internacional del medio ambiente utiliza un “instrumento económico” caracterizado por principios tales como el principio de contaminador-pagador, o usuario-pagador, y por el reagrupamiento del derecho de la responsabilidad (civil, administrativa y penal), de la fiscalidad (eco-tasa), de la certificación (eco-etiqueta), o de los derechos de la propiedad (de la propiedad a los mercados de los permisos creados por el protocolo de Kyoto).

Pero esta dialéctica entre mercado y medio ambiente (el orden del mercado reconoce la necesidad de proteger el medio ambiente y el derecho medioambiental integra también las tensiones económicas) llegaría a dejar la solución, poco a poco, al arbitrio de los jueces. Reintroducir la dimensión política sería indispensable para fundamentar la legitimidad de las elecciones de valores que implican nociones como “bien colectivo global” o “bien común de la humanidad”. Para ello no es necesario sin duda renunciar demasiado pronto al relativismo de los sistemas nacionales sino esforzarse por superar la oposición entre el relativismo y el universalismo inclinándose “por algo más allá de lo relativo y de lo universal”.

¹⁷ E. Bard, *Chaire Évolution du climat et de l’océan*, Lección inaugural, 7 de noviembre de 2002, fig. 3, p. 15, p. 42 ; *Simposium sobre L’homme face au climat*, Colegio de Francia, 12-13 de octubre de 2004.

En suma, el escenario se instaura pero la obra no comienza y un esfuerzo de imaginación es necesario, no para oponerse a la globalización de forma dogmática, sino para apoyarse en las circunstancias con la finalidad de crear respuestas. La dialéctica entre la irreducible diversidad revelada por los estudios comparativos y la unidad del orden jurídico internacional, todavía utópico pero ya anunciado por el derecho internacional, permanece para transformarse en una síntesis abierta y evolutiva. Dicho “pluralismo ordenado” me parece la única vía para evitar la doble amenaza de un orden hegemónico o un desorden invencible. Es en todo caso la vía que yo intentaré explorar en el año 2005.

SEMINARIO

Discontinuidades e interacciones en el derecho comparado e internacional

El objetivo era ilustrar los procesos de internacionalización mediante ejemplos tomados del ámbito penal, sensible a la doble influencia de los derechos humanos y de la globalización económica, proponiendo a la vez una crítica de los efectos perturbadores (discontinuidad) e hipótesis de una recomposición (interacciones). Los debates se organizaron alrededor de las contribuciones siguientes:

3 de mayo de 2003 – “Topologie des discontinuités et typologie des interactions » por Mireille Delmas-Marty y Geneviève Giudicelli-Delage (Universidad de París I).

10 de mayo de 2003 – « Crime contre l’humanité, génocide et torture » por Antonio Cassese (Universidad de Florencia) y Diane Amann (Universidad de California-Davis).

17 de mayo de 2003 – “Criminalité, valeurs non économiques et environnement » por Marie-Angèle Hermitte (CNRS, EHESS) y Geneviève Giudicelli-Delage (Universidad de París I).

24 de mayo de 2003 – « Corruption et blanchiment » por Stefano Manacorda (Universidad de Nápoles) y Mark Pieth (Universidad de Basilea).

7 de junio de 2003 – « Entreprises multinationales, lois extra-territoriales et droit international des droits de l’homme » por Emmanuel Decaux (Universidad de París II), William Bourdon (abogado) y Naomí Norberg (Asistente, Colegio de Francia).

14 de junio de 2003 – « Entreprises multinationales et droit international économique » por Charles Leben (Universidad de París II) y Hélène Ruiz Fabri (Universidad de París I).

21 de junio de 2003 – « L’hypothèse du droit pénal comme éthique de la mondialisation » por Mireille Delmas-Marty.

ENSEÑANZAS EN EL EXTRANJERO

Del 25 de octubre al 17 de diciembre, en la Universidad de Basilea, curso titulado « Les systèmes de droit entre globalisation économique et universalisme des droits de l'homme ».

PUBLICACIONES

- *Clonage humain, droits et société, études franco-chinoises*, vol. 2, Comparaison, 2004 (dir. Con Zhang Naigen) : en francés, ed. Société de législation comparée ; en chino, Prensa de la Universidad de Fudan.
- *Critique de l'intégration normative* (dir. y prefacio), Escuela doctoral de derecho comparado de la Universidad de París I, PUF, 2004.
- *Le flou du droit*, Prefacio en la 2ª edición, PUF, 2004, coll. Quadrige.
- “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”, RSC 2004, pp. 1-10.
- « Une utopie réaliste », *La justice d'un siècle à l'autre*, dir. J.P. Royer, PUF, 2004, 297 pp.
- « Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme », 7ª Conferencia Albert Mayrand, Montreal, 2004, pp. 1-21.
- « Comparative Law and the Internationalization of Law in Europe », *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, dir. M. van Hoecke, Hart, 2004, pp. 247-258.
- Lo spazio giuriziaro e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinate”, en *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, dir. E. Bruti Liberati, Ipsoa y Kluwer, 2004, pp. 208-225.
- Prefacio a M. Benillouche, *Le secret dans la phase préparatoire du procès pénal en France et en Angleterre*, Presse Universitaires de Aix-Marseille, 2004.
- Prefacio a C. Saas, *L'ajournement du prononcé de la peine*, Dalloz 2004.
- « Le rôle des droits de l'homme face au désordre mondial », en *Mélanges Cohen-Jonathan, Liberté, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, pp. 635-651.
- « Mondialisation et internationalisation des tribunaux », en *Mélanges Lombois, Apprendre à douter*, Presses de la Universidad de Limoges, PULIM, 2004, pp. 783-795.
- « Avant-propos » de « Polices d'Europe », RSC 2004, pp. 549-552.

DIFUSIÓN AUDIOVISUAL

- MSH: Conversation savante, difusión octubre 2003.
- Collège de Francia: Lección inaugural, difusión diciembre 2003.

- Francia como cultura: *Le relatif et l'universel*, curso 2004, difusión septiembre-octubre 2004.

TRADUCCIONES

- En inglés: *Global Law: a triple challenge*, *Transnational Publishers*, octubre 2003.
- En español: “Del desorden mundial a la fuerza del derecho”. *Cuadernos de derecho internacional*, nº 82, 2003.

ORGANIZACIÓN DE ENCUENTROS Y COLOQUIOS

- Mesa redonda con una delegación de juristas chinos encabezada por Huang Songyou, vicepresidente del Tribunal Supremo chino y compuesta por cuatro altos magistrados y miembros de la Embajada China en Francia, 20 de octubre de 2003.
- Jornadas de estudios con la Asociación de investigación penal europea (Arpe): *Polices d'Europe, politique étrangère et sécurité commune – Questions de droit pénal*. Fundación Hugot, 10 de diciembre de 2003 (RSC 2004, nº 3).
- Jornadas de evaluación de la investigación sobre *Les tribunaux pénaux internationaux*, Arpe/UMR de derecho comparado de París, Fundación Hugot, 1 de abril de 2004.
- III Encuentros franco-chinos sobre *Le clonage humain*, Shanghai, 26-29 de abril de 2004.
- Grupo de investigación sobre *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Premières rencontres, Fundación Hugot, 28-29 de junio de 2004.

CONFERENCIAS Y PARTICIPACIÓN EN SEMINARIOS

- “Pluralismo et mondialisation”, Conclusiones al Coloquio *Le pluri-juridisme*, Asociación internacional de metodología jurídica, Aix-en Provence, 6 de septiembre de 2003.
- « Faut-il interdire le clonage humain? », Conferencia UNESCO, 9 de septiembre de 2003, publicada en D. 2003. Chr. 2517.
- I Encuentros del Consejo de dirección del *Journal of international criminal justice*: “Trials and tribulations of international criminal courts and tribunals”, 10-13 de septiembre de 2003.
- Conferencia de entrada al Seminario de J. L. Halpérin: “Théorie et dynamique des ordres juridiques”, ENS, 29 de septiembre de 2003.
- Conferencia en el Instituto Max Planck de Friburgo en Breisgau, “La mondialisation du droit”, 4 de diciembre de 2003.

- Conferencia “L’interaction entre droit comparé et droit international pénal”, *European training in higher international criminal sciences (Ethics)*, Instituto universitario europeo de Florencia. 16-27 de febrero de 2004.
- Contribución a la Conferencia General de la UNESCO: “Élaboration d’une déclaration relative à des normes universelles en matière bioéthique », 27-29 de abril de 2004 (contribución escrita y presentada en nombre del CCNE¹⁸).
- “L’Europe, laboratoire de la mondialisation de l’espace pénal », Parlamento europeo e Instituto universitario europeo, 26 de mayo de 2004.
- Introducción al seminario sobre “La peine de mort et les droits de la défense en China”, París (Fundación nacional de ciencias políticas), 3 de mayo de 2004.
- “Introducción”, Jornadas de estudios del ENS, *L’Europe face à sa constitution européenne: quelques lectures historiques et juridiques croisée*, 7 de junio de 2004.
- Presidencia de la sesión « La méthodologie en droit comparé », en *Le devenir du droit comparé en France*, Jornadas de estudios del GDR¹⁹ de derecho comparado, 23 de junio de 2004.

OTRAS ACTIVIDADES

- Presidenta de la Asociación de investigaciones penales europeas (ARPE).
- Miembro del Comité de vigilancia de la Oficina europea antifraude (OLAF).
- Miembro del Comité consultivo nacional de ética en las ciencias de la vida y de la salud.
- Miembro del consejo de administración del ENS Ulm.
- Miembro del consejo de investigación del Instituto Universitario Europeo.
- Miembro del consejo de administración de la Biblioteca de Francia.
- Directora de la Revista de ciencia penal y de derecho penal comparado (RSC).
- Co-directora de la colección “Les voies du droit”, PUF.
- Miembro del consejo de dirección del *Journal of international criminal justice* (JICJ).

¹⁸ N. d. T.: Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé/National Consultative Bioethics Committee for health and life sciences.

¹⁹ N. d. T.: Grupo de Derecho Comparado del Centro Nacional de Investigación Científica, creado en 1996 con el objetivo, entre otros, de movilizar y valorizar los recursos de derecho comparado de las Universidades.

TESIS DOCTORALES

M. Paraguassu Correia da Silva, *Terre foyer de l'humanité : le mouvement de la politique criminelle de protection de l'environnement et de la qualité de la vie – une étude comparée (France et Etats-Unis)*, 18 de diciembre de 2003 (miembro del jurado).

S. H. Hosseini, *Corruption : étude de politique criminelle en France et en Iran*, 21 de enero de 2004 (directora de la tesis).

D. Boyle, *Les Etats-Unis et le Cambodge (1979-2003) : autodétermination, démocratie et justice internationale*, 9 de marzo de 2004 (miembro del jurado).

DISTINCIONES

- Doctor *honoris causa* en la Universidad de Montreal, 6 de octubre de 2003.

NAOMI NORBERG

Destinada en la cátedra como Ater desde el 1 de septiembre de 2003, Naomi Norberg ha participado en las actividades de investigación (sobre todo las relativas al derecho americano) (Patriot Act, loi Sarbanes-Oxley, Clean Air Act) y ha presentado una exposición en el seminario “Entreprise multinationales et lois extra-terroitoriales américaines” (7 de junio de 2004).

Igualmente, ha seguido los seminarios del *Forum de la regulación* en la *Fundación nacional de Ciencias Políticas* y determinadas sesiones del grupo de trabajo de la UNESCO sobre « La pauvreté comme violation des droits humains ».

Finalmente, como miembro del Grupo Hermès (grupo de trabajo de la Comisaría para el Plan que reúne una treintena de economistas, juristas y politólogos sobre “Droit, résolution des conflicts et globalisation”), ha participado en las investigaciones relativas a los temas moderados (“producción del derecho” y “derecho comparado y estrategias de influencia”) y se ha encargado concretamente de la redacción de un capítulo sobre los principios jurídicos que sugieren la regulación de los conflictos en el seno de la Organización Mundial del Comercio.