

¿Existe un derecho transnacional para el campo derecho-ciencia-nuevas tecnologías? ¿Y cómo funciona?

Amedeo Santosuosso *

CIENCIA Y DERECHO A ESCALA TRANSNACIONAL

Quienquiera que pretenda exponer con un mínimo de orden las cuestiones que giran entorno al problema de cómo se producen las reglas jurídicas en el área de influencia con las ciencias biológicas y las biotecnológicas —si se quiere, las fuentes de producción del bioderecho—, debe tomar partido acerca de dos aspectos: el primero tiene que ver con la manera en la que se plantee la relación entre ciencia y derecho, en general; el segundo, con el ámbito espacial de referencia —bien sea nacional, regional o global— del derecho del que se hable.

Sobre el primer punto, ya de por sí desmesurado, me parece convincente y fecunda la ontología fundamental de John Searle. El filósofo americano, a fin de definir cómo la existencia de los hechos sociales, como lo es el derecho, *se relaciona con otras cosas que existen, considera inevitable hacer algunos supuestos substantivos acerca del modo en que el mundo es de hecho*. Por lo tanto, ya que *el grueso de nuestra metafísica deriva de la física* y que, por más que «muchos rasgos de la concepción de la realidad característica de la ciencia natural contemporánea están aún abiertos a disputa y resultan problemáticos», hay sin embargo «dos rasgos de nuestra concepción de la realidad [que] no admiten dudas. Como

* Traducción de Anna Fornes Chesa y Rosario Ivano Scandurra.

ciudadanos del final del siglo XX y del incipiente siglo XXI no podemos, por así decirlo, elegirlos. Condición necesaria de que ustedes sean personas instruidas en nuestra época es que tengan nociones de estas dos teorías: la teoría atómica de la materia y la teoría biológica evolutiva». Conforme a estos presupuestos, Searle esboza consecuentemente su *ontología fundamental*, que sintetiza así:

vivimos en un mundo compuesto enteramente de partículas físicas en campos de fuerza. Algunas de ellas están organizadas en sistemas. Algunos de esos sistemas son sistemas vivos, y algunos de esos sistemas vivos han adquirido evolutivamente conciencia. Con la conciencia viene la intencionalidad, la capacidad del organismo para representarse objetos y estados de cosas mundanos. La cuestión es ahora: ¿cómo podemos dar cuenta de la existencia de hechos sociales dentro de esta ontología?¹

Naturalmente, incluso la tesis de la indiscutibilidad de la teoría atómica de la materia y de la teoría biológica evolutiva puede ser discutida. A pesar de ello, a propósito de nuestro discurso consideramos proficuo, por un lado, situar las instituciones jurídicas en una realidad descrita en términos científicos y, por otro lado, aceptar que existen hechos objetivos (*hechos brutos* en el léxico de Searle), que «existen con independencia de cualquier institución humana». Parece obvio que, «los hechos brutos necesitan de la institución del lenguaje para que podamos *enunciarlos*, pero los hechos brutos *mismos* existen independientemente del lenguaje o de cualquier otra institución» (*op. cit.* p. 7-8 [trad. cast. p. 45]).

Un planteamiento de este tipo permite afirmar que el derecho —en relación con la ciencia, sin perjuicio de la conciencia de que el *aserto científico* a través del lenguaje tiene

¹ De John Searle: *La costruzione della realtà sociale*, Turín, Einaudi, 2006, p. 12-14 (tit. orig.: Searle, J.: *The Construction of Social Reality*, 1995) [trad. cast de Antoni Domènech, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Ediciones Paidós-Ibérica, 1997, p. 26-27 y p.45.

aspectos propios de la construcción social (como tales revelables y criticables)— puede distinguir el *hecho enunciado* y referirse a éste. Desde esta perspectiva, los hechos científicos pueden ser un formidable catalizador crítico que ayude a descubrir hasta qué punto no son *naturales* esas suposiciones que no discutimos a cada momento en ámbito jurídico y que por eso «nos resultan tan naturales como las piedras, el agua y los árboles» (*op. cit.*, p. 10 [trad. cast., p. 24]), cuando no lo son en absoluto. La idea jurídica de individuo humano y la de estado nacional (*rectius* las tesis relacionadas a la idea de estado nación dentro de la doctrina jurídica) son algunos de los ejemplos más asombrosos de estructuras sociales que han cobrado la apariencia de entidades naturales en el derecho, y que la ciencia y los hechos científicos contribuyen a poner en crisis en su apariencia de naturalidad en el discurso jurídico.²

Sobre el segundo aspecto —el del ámbito espacial de investigación— creo que, al afrontar el tema de la producción de las reglas jurídicas en el campo de interacción con la ciencia, la construcción del discurso no puede ser ni solamente nacional ni solamente internacional, sino que ha de ser, por añadidura, principalmente transnacional.³

La historia del consentimiento informado y de la autodeterminación es el tradicional ejemplo de migración de núcleos conceptuales jurídicos en el campo ciencia-derecho. En los últimos años, los parlamentos han aprobado leyes que regulan muchos aspectos de las decisiones de los individuos sobre su propio cuerpo. Se han dictado códigos de deontología en

² Santosuosso, A.: *Personae fisiche e confini biologici: chi determina chi*, *Politica del diritto*, 2002, núm. 3, p. 525-547.

³ Sobre el concepto de derecho transnacional es de referencia obligada Philip Jessup quien en 1956 acuñó el término «transnational law» para incluir «all law which regulates actions or events that transcend national frontiers». Para un debate actual a partir de Jessup: Scott, C.: «“Transnational Law” as Proto-Concept: Three Conceptions», en *German Law Journal*, vol. 10, 2009, p. 877, que se puede encontrar en: <http://www.german-lawjournal.com/article.php?id=1147>; Zumbansen, P.: «Transnational Law», en Smits, J. (ed.): *Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 738-754.

numerosos sectores, como, por ejemplo, en el campo de la experimentación sobre el ser humano, los Reglamentos de Buena Práctica Clínica (*Good Clinical Practice*), las revisiones de la Declaración de Helsinki o los documentos de la Organización Mundial de la Salud, que han establecido reglamentaciones importantes, si bien formalmente privadas de estricto valor de ley. A las ya citadas intervenciones hay que añadir la nueva ola de solemnes declaraciones provenientes de instituciones y contextos internacionales. Entre éstas destacan el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997), la Declaración sobre el genoma humano de la UNESCO (1997) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005), así como también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), en la que significativamente se incluyen, en los primeros artículos, temas como la integridad de la persona, el consentimiento informado y la clonación.

Todas estas fuentes tienen en común dos aspectos: referirse a temas que se encuentran en la confluencia entre ciencia y derecho y, por otro lado, (y paradójicamente), ser altamente heterogéneas en cuanto a naturaleza jurídica, autoridad que las ha creado, obligatoriedad y referencia al territorio, etc.

En los últimos años, el reciente y extraordinario desarrollo de las ciencias biológicas y su convergencia con otros sectores científicos y tecnológicos, como las neurociencias, las nanotecnologías y las tecnologías informáticas (ICT), están acentuando aún más la influencia en el mundo del derecho. Uno de los aspectos principales es precisamente el incremento del flujo transnacional de estándares jurídicos. Por más que el problema concierna a todo el ámbito del derecho y en particular al de las transacciones económicas, uno de los sectores más interesados es el de la ciencia y sus aplicaciones tecnológicas. El actual carácter universal de la ciencia y de sus inmediatas y esenciales interacciones transnacionales, confieren inmediatamente una dimensión global a la cuestión de la reglamentación de los conflictos que sur-

gen en relación a la investigación científica y a sus aplicaciones. Esta es la razón por la cual la relación entre *ciencia y derecho* resulta especialmente interesante y es un tema cada vez más estudiado.

En los años 90 se descubrió, de manera un tanto sorprendente, que las reglas de juicio de creación jurisprudencial en los diferentes países coincidían entre sí más de lo que se hubiese pensado, debido a las barreras lingüísticas y culturales. Estas coincidencias, al principio inconscientes, han llegado a ser poco a poco conscientes y activas,⁴ tanto que en los últimos años ha habido un cambio sucesivo y, muy rápidamente, se ha manifestado una aceptación general del hecho de que existan flujos jurídicos transnacionales, junto a la difusa convicción de que los juristas y los jueces no pueden no tomarlo en consideración y tampoco no tomar posición sobre el tema.⁵

El modo de relacionarse con esta realidad caótica a nivel mundial es considerado, cada vez más, como el punto decisivo en el debate jurídico internacional. Es interesante lo que escribe un veterano en la materia, Harold Hongju Koh (profesor de *International Law* en la Yale Law School), en una intervención suya aparecida en una antología de ensayos un poco visionarios, acerca de lo que son capaces los americanos, recogidos bajo el título *The Constitution in 2020*. Koh describe así las características de los *nationalists* y *transnationalists* en los EE.UU.:

⁴ Slaughter, A.M.: «The Real New World Order», en *Foreign Affairs*, septiembre-octubre de 1997; Santosuosso, A.: «Per una common law d'Europa in Bioetica», en Mazzoni, C.M. (ed.): *Un quadro europeo per la bioetica*, Florencia, Olschki editore, 1998; Santosuosso, A.: «Constitution and Common Law in Bioethics», en *Bioethics*, vol. 15, núm. 5 y 6, octubre de 2001; Santosuosso, A.: «Judges without (written) laws: remedy or new prospect?», en Santosuosso, A.; Gennari, G. (eds.): «Bioethical Matters and the Courts: do Judges Make Law?», en *Notizie di Politeia*, núm. 65, 2002; Santosuosso, A.; Gennari, G.; Redi, C.A.: «Science, Law and the Courts in Europe. Introduction», en Santosuosso, A.; Gennari, G.; Garagna, S.; Zuccotti, M.; Redi C.A. (eds): *Science, Law and the Courts in Europe*, Ibis, Como-Pavia (I), 2004.

⁵ Cassese, S.: *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turín, Einaudi, 2009; Cassese, S.: *I Tribunali di Babele*, Donzelli Editore, 2009.

The *transnationalist* and the *nationalist* philosophies differ, inasmuch as the transnationalists tend to believe in the political and economic interdependence of nations, while *nationalists* focus instead on preserving U.S. autonomy. The transnationalists recognize that international and domestic law are merging into a hybrid body of transnational law, while nationalists preserve a rigid division between domestic and foreign law. *Transnationalists* believe that domestic courts have a critical role to play in incorporating international law into domestic law, while the nationalists claim that only the political branches are authorized to domesticate international legal norms. The transnationalists argue that U.S. courts should use their interpretive powers to help develop a global legal system, while nationalists believe that courts should focus solely on the development of a U.S. legal system. And finally, transnationalists see the power of the executive branch as constrained by the concept of comity and by the institution of judicial review, while the nationalists would have federal courts give extraordinarily broad deference to executive power in matters of foreign affairs.⁶

Según Koh, la distinción entre *nationalists* y *transnationalists* ha suplantado en los Estados Unidos la distinción entre nacionalistas y federalistas, y será crucial en el debate y en las elecciones políticas y jurídicas en los próximos años en los EE.UU. Europa, diferente por historia y bagaje cultural, tiene ante sí la extraordinaria posibilidad de representar, en cierto sentido, una experiencia de globalización a pequeña escala, con una altísima concentración de lenguas nacionales diferentes. De hecho, actualmente Europa reúne las dos dimensiones, la *federalista*, a propósito del debate sobre el futuro de Europa, y la *transnacional*, en dos direcciones: al interno de la misma experiencia europea (donde junto, y por añadidura, a los mecanismos comunitarios viven migraciones conceptua-

⁶ Koh, H.H.: «America and the World, 2020», en Balkin, J.M.; Siegel, R.B.: *The Constitution in 2020*, OUP, 2009, p. 313-326 (p. 318-9 para la citación).

les espontáneas) y hacia el mundo entero, como los Estados Unidos y otros países extraeuropeos. Dicho esto, queda todavía abierta la pregunta sobre cómo esta nueva realidad caótica puede ser conceptualizada en términos jurídicos, y cuál puede ser el campo disciplinar capaz de explicar los cambios en marcha y de aportar un conjunto coherente de principios.

En este trabajo⁷ se esboza, en primer lugar, el escenario de la crisis internacional del Estado nacional y de los modos de producción del derecho; en segundo lugar, se presenta un posible modelo explicativo de la situación actual de disgregación de la ley en fragmentos singulares (a modo de *partículas jurídicas elementales*) recíprocamente conectables de numerosas maneras. En tercer lugar, se enuncian los modelos hermenéuticos elaborados en el ámbito de la relación entre ciencia y derecho (por ejemplo, si y en qué sentido la ciencia puede constituir un paradigma también para el derecho) y se evidencia la necesidad de una nueva estructura conceptual en el campo de las ciencias y del derecho. Finalmente, se ilustra el proyecto de un banco experimental para la observación de los modos espontáneos de acción y de las interacciones del derecho, en ámbito transnacional, en relación a las temáticas científicas: *The Multilanguage Archive on the Law of Science and New Technologies* (ALST).

⁷ Este *paper* ha de considerarse parte de un trabajo *in progress* que, en los últimos años, ha sido presentado en ocasión de congresos y seminarios internacionales por Amedeo Santosuosso (por último en el congreso *Science and the Worldwide Law-making Process*, Milán, 19 de noviembre de 2009, véase <http://www.unipv-lawtech.eu/>). La presente versión es una evolución (modificada y enriquecida) de las precedentes publicaciones siguientes: Santosuosso, A.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padua, 2011; Santosuosso, A.: «The worldwide law-making process in the field of science and law: a laboratory bench (IBLARC)», en *Journal of International Biotechnology Law*, vol. 06, I, 2009, p. 1-11; Santosuosso, A.; Azzini, S.: «The worldwide chaos of laws and institutions and the case of Science and Law», en Babic, J. (ed): *World Governance, Supplement of The Philosophical Yearbook*, 21/2008 (Beograd), p. 211-230; Santosuosso, A.; Azzini, S.: «Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali», en Rodotà S.; Zatti, P. (coords.): *Trattato di biodiritto*, vol. I; Rodotà, S.; Tallacchini, M. (eds.): *Ambito e fonti del biodiritto*, Milan, Giuffrè, 2010. Mi agradecimiento a Paola Belloli y a Giancristoforo Turri por las observaciones formuladas sobre un esbozo de este escrito y por la oportunidad de mejora en varios puntos que me han ofrecido.

Es necesaria una advertencia final a propósito de la amplitud del área de investigación. La imprecisión de las fronteras del bioderecho, la debilidad de su estatuto teórico⁸ y la aparición de una realidad de tecnologías convergentes —dentro de las cuales la frontera entre ciencias de la vida y otras ciencias, como también aquella entre dimensión orgánica e inorgánica de la materia, se vuelven móviles, si no inconsistentes— provocan que la investigación no se centre únicamente en los temas que se encuentran en la confluencia entre ciencias de la vida y derecho y tome en consideración el panorama jurídico más amplio.

EL FLUJO TRANSNACIONAL DE NÚCLEOS CONCEPTUALES JURÍDICOS

En los últimos decenios, las barreras culturales y nacionales (y las persistentes barreras lingüísticas) no han impedido la formación de lo que podría considerarse una especie de *communis opinio* (conjunto compartido de reglas jurídicas) reconocida por jueces y juristas provenientes de sistemas jurídicos profundamente diferentes. Algunas experiencias bien conocidas son significativas.

La Constitución de la República de Sudáfrica (1996) autoriza explícitamente a los jueces, en el momento en el que interpretan el *Bill of Rights*,⁹ a tomar en consideración la ley extranjera. Tal experiencia constituye una verdadera novedad en el panorama mundial de las constituciones nacionales, una novedad de la que Sudáfrica está justamente orgullosa.

⁸ Véase, para todos ellos, Casonato, C.: *Introduzione al biodiritto*, Turín, Giappichelli Editore, Torino, 2009 (2ª edición), p. 5-60.

⁹ Constitución de la República de Sudáfrica, 1996, Artículo 39: «Interpretation of Bill of Rights: 1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum [...] may consider foreign law». (En <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#39>, visitada el 3 de octubre de 2008); Ginsburg, R.B.: «A decent Respect to the Opinions of [Human]kind: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication Constitutional Court of South Africa», 7 de febrero de 2006, en http://supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_02-07b-06.html.

También países como los Estados Unidos de América, donde en los últimos años se han manifestado, por un lado, actitudes de cerrazón hacia las experiencias de otros países y, por otro lado, una disminución del rol de *leadership* de la Corte Suprema fuera de las fronteras nacionales,¹⁰ confirman paradójicamente la misma realidad. Las preguntas que Norman Dorsen pone sobre la mesa, en el curso del famoso debate organizado por la Asociación de constitucionalistas americanos (celebrado por la *American University Washington College of Law*, el 13 de enero de 2005) entre los jueces Antonin Scalia y Stephen Breyer, son extremadamente claras:

When we talk about the use of foreign court decisions in U.S. constitutional cases, what body of foreign law are we talking about? Are we limiting this to foreign constitutional law? What about cases involving international law, such as the interpretation of treaties, including treaties to which the U.S. is party? When we talk about the use of foreign court decisions in U.S. law, do we mean them to be authority or persuasive, or rhetorical? If, for example, foreign court decisions are not understood to be precedent in U.S. constitutional cases, are they nevertheless able to strengthen the sense that U.S. assures a common moral and legal framework with the rest of the world? If this is so, is that in order to strengthen the legitimacy of a decision within the U.S., or to strengthen a decision's legitimacy in the rest of the world?¹¹

¹⁰ Es significativo el artículo, Liptak, A.: «American Exception. Supreme Court's Global Influence Is Waning», en *The New York Times*, 18 de septiembre de 2008.

¹¹ Scalia, A.; Justice, U.S. S. Ct.; Breyer, S.; Justice, U.S. S. Ct.: «Discussion at the American University Washington College of Law», en 3 *INT'L J. CONST. L.* 519, 3 de enero de 2005; Posner, E.A.: «Boumediene and the Uncertain March of judicial Cosmopolitanism», en *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 228, <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Es digno de nota que la cuestión del recurso a la *foreign law* haya sido uno de los temas presentes en las audiciones del Senado de S. Sotomayor (juez designada a la Corte Suprema) en julio de 2009: «American law does not permit the use of foreign law or international law to interpret the Constitution. That's a given, and my speech explained that, as you noted, explicitly. There is no debate on that question. There's no issue about that question. The question of use of foreign

Si en este texto se substituyesen los Estados Unidos por cualquier otro estado, las cuestiones podrían plantearse del mismo modo y, por lo tanto, puede decirse que éstas son universalmente válidas. Una subsiguiente confirmación del problema puede hallarse en la *Practice Direction on the Citation of Authorities del Lord Chief Justice of England and Wales*, del 9 de abril de 2001. Estas normas para la citación de precedentes y fuentes no excluyen la posibilidad de citar autoridades extranjeras, si bien dentro de ciertos límites.¹² Además, en líneas generales, se está formando, en los Estados Unidos y, con una actitud más abierta, en otros países, una amplia literatura jurídica que atestigüa esta nueva realidad.¹³

Los acontecimientos de los estados europeos, y de la Unión Europea en su conjunto, son una *historia en la historia* de la globalización jurídica y jurisdiccional. Si se observa la Unión Europea como una realidad política realizada por completo, se está sobrestimando su estatus y, al mismo tiempo, se están reduciendo todos los flujos jurídicos —desde la Unión Europea hacia los estados nacionales y viceversa, y entre los estados mismos—, a una *cuestión*

law, then, is different than considering the ideas that it may, on an academic level, provide» (*The New York Times*, 16 de julio de 2009, Sotomayor on the Issue); véase también «Questions for Judge Sotomayor», en *The New York Times*, 13 de julio de 2009.

¹² <http://www.hmccourts-service.gov.uk/cms/814.htm>. La página (actualmente no consultable) fue visitada el día 7 de marzo de 2007 (última actualización del 29 de marzo de 2005).

¹³ Heureux-Dube, C.L.: «The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», 34 *TULSA LJ*. 15, 17, 1998; Saunders, C.: «The use and misuse of comparative constitutional law», en *Indiana Journal of Global Legal Studies* 13.1 (Invierno de 2006), p. 37 (40); Allan, J.; Huscroft, G.; Lynch, N.: «The Citation of Overseas Authority in Rights Litigation in New Zealand: How Much Bark? How Much Bite?», en *Legal Studies Research Paper Series*, The University of Queensland, TC Beirne School of Law, Research Paper núm. 08-04, 2007 (<http://ssrn.com/abstract=1095541>); Smyth, R.: «Citations of Foreign Decisions in Australian State Supreme Courts Over the Course of the Twentieth Century: An Empirical Analysis», 2008, disponible en: http://works.bepress.com/russell_smyth/1. En general es suficiente pensar en la extraordinaria producción del *German Law Journal*, la revista con más acentuada vocación transnacional que existe en la actualidad (<http://www.germanlawjournal.com/>). Véase también el número monográfico de *Theoretical Inquiries in Law*, dedicado a *Histories of Legal Transplantations* (Vol. 10, núm. 2, julio de 2009).

interna de tipo nacional-federal. Al contrario, si se subraya hasta qué punto la Unión Europea está lejos de ser una entidad política plenamente realizada, se está probablemente más cerca de la realidad de un proceso de resultado incierto y, al mismo tiempo, se tendrá la ventaja de captar en el flujo de estándares y reglas jurídicas inter/intraeuropeo un muy relevante fenómeno de «globalización regional», en un área donde la mayor dificultad de fondo parece ser el alto número de lenguas nacionales en uso (una ojeada a la *home page* de la página web de la Unión Europea resulta más instructiva que cualquier otro discurso).

Además, la copresencia en Europa de diferentes niveles y tipologías de leyes crea a veces incertidumbre sobre cuál es el cuadro normativo en relación a un determinado problema: si es aplicable la ley internacional (la Unión Europea es, hasta el día de hoy,¹⁴ un conjunto de tratados internacionales) o la fuente normativa europea (emanada en base a los tratados) o una norma fruto de comparación (no estando todavía las leyes nacionales totalmente integradas y no integradas en cualquier caso) o del derecho jurisprudencial europeo o nacional, y así sucesivamente.

Si se mira esta realidad con las lentes de las categorías tradicionales, se observa un alto número de excepciones y se puede lograr un nivel igualmente alto de frustración teórica. De hecho, si consideramos el concepto westphaliano de soberanía, como «identidad jurídica de un Estado dentro del derecho internacional» y como «concepto que aporta orden, estabilidad y predecibilidad a las relaciones internacionales, pues los estados soberanos se consideran iguales, sea cual sea su tamaño o su potencia» y como «la capacidad de ejercer la autoridad con respecto a la pobla-

¹⁴También tras la entrada en vigor (1 diciembre de 2009) del Tratado de Lisboa. Digna de nota en materia es la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania del 30 de junio de 2009 (Bundesverfassungsgericht-BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30.6.2009 sobre la ratificación del Tratado de Lisboa por parte de Alemania, en <http://www.federalismi.it/>

ción y a los recursos que se encuentran dentro del territorio de un Estado», cabría llegar a la conclusión de que alguien nos ha catapultado hacia un planeta equivocado.¹⁵

La actual re-definición de los actores y de sus formas jurídicas en el panorama internacional tiene varios aspectos y efectos. Entre estos, mi atención se centra sobre el tema de las fuentes normativas.

Son dos los puntos que se pueden considerar relativamente fuera de discusión. El primero es que hay una fuerte conexión entre el tema de las fuentes normativas y el de la soberanía. El segundo es que, independientemente de la teoría seguida por el intérprete y por el juez, e independientemente del país a los que estos pertenezcan, el sistema de las fuentes normativas debería ser tal como para consentirles individuar cuál es el orden de las normas y situar el caso discutido. Precisamente este segundo aspecto se muestra hoy extremadamente variado, mutable, discutible y, a veces, poco claro incluso dentro de la misma área geográfica, organización internacional (por ejemplo la Unión Europea) o Estado nacional.

LAS NORMAS COMO PARTÍCULAS JURÍDICAS ELEMENTALES

Habida cuenta de que el flujo transnacional de núcleos conceptuales jurídicos es un hecho innegable, la cuestión sucesiva atañe a los modos en que la cultura jurídica ha intentado delinear una estructura conceptual capaz de incluir los nuevos fenómenos y de explicarlos de una manera suficientemente coherente.

¹⁵ Las definiciones citadas son las que utiliza la *International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect*, 2001, <http://www.iciss.ca/report-en.asp> (visitada el 30 de septiembre de 2008), p. 12. Véase también Slaughter, A.M.: «Sovereignty and Power in a Networked World Order», en *Stanford Journal of International Law* 283, 40, 2004.

El transgubernamentalismo y otras explicaciones

Se han llevado a cabo muchas tentativas adoptando las tradicionales particiones disciplinares del derecho, como el *common law*, el *common law* global o general, el derecho constitucional o el derecho constitucional comparado y similares.¹⁶ Una diferente y sucesiva tentativa ha adoptado el enfoque transnacional, que comprende un grupo de disciplinas (generalmente de orientación internacionalista) cuyas denominaciones más comunes son *transnational law*, *transnational legal process*,¹⁷ *international law*, *natural law*,¹⁸ *general common law*, *ius gentium*¹⁹ o derecho consuetudinario. Dentro de esta área se sitúa la teoría del transgubernamentalismo, elaborada por Anne-Marie Slaughter, que representa —puede que de manera más exhaustiva— la situación mundial. El fundamento de su teoría es el siguiente: el Estado no está desapareciendo sino que se está disgregando en diferentes partes funcionalmente separadas. Estas partes —cortes, agencias reguladoras, sectores administrativos, e incluso poderes legislativos— se están «conectando en red» con sus homólogos en el extranjero, creando de este modo un intenso intercambio de relaciones capaz de constituir un nuevo orden transgubernamental (*trans-governmental order*); el transgubernamentalismo deja el control de las instituciones gubernativas a los ciudadanos, que

¹⁶ Ackerman, B.: «The rise of world constitutionalism», en *Va. L. Rev.*, 83, 1997, p. 771 ss., (cit. p. 794); Teitel, R.: «Comparative Constitutional Law in a Global Age», en *117 Harv. L. Rev.*, junio de 2004, 2570. Sostiene la necesidad de que las Cortes hagan frente común (*a united judicial front*) en los diferentes países utilizando *the common language of international law and comparative constitutional law*; Benvenisti, E.: «Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts», en *Tel Aviv University Law Faculty Papers*, 29, 2008. Disponible en: <http://law.bepress.com/taulwps/fp/art59>.

¹⁷ Koh, H.H.: «Foreword: on American Exceptionalism» (Symposium on Treaties, Enforcement, and U.S. Sovereignty), en *55 Stan. L. Rev.*, 2003, p. 1479 ss., cit. p. 1502.

¹⁸ Alford, R.P.: «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», en *52 UCLA L. Rev.*, 639, 2005.

¹⁹ Waldron, J.: «Foreign Law and the Modern Ius Gentium», en *119 Harv. L. Rev.*, 129 2005, p. 129-147.

deben considerar a sus gobiernos como responsables por sus actividades transnacionales, tal como lo hacen para las cuestiones domésticas; los jueces, por su parte, están construyendo una comunidad global del derecho, que se manifiesta en los *networks* judiciales, que comprenden varios tipos de contenido jurídico, cada uno producido en un estado o región determinados (no debería haber ninguna Corte suprema mundial que tuviese el poder de establecer reglas globales para todos).²⁰ Por lo tanto, desde esta perspectiva, el derecho internacional se internaliza y se vuelve nacional, mientras que las leyes son vinculantes y pueden tener aplicaciones coactivas sólo a nivel nacional. De este modo se crea un verdadero nuevo orden mundial, en el cual las instituciones en red desempeñan la función de un gobierno mundial —legislación, administración y jurisdicción— aún sin tener la forma. Las actividades de las diversas cortes no se ajustan, sin embargo, a un modelo de un emergente sistema global unitario, en el que los tribunales nacionales e internacionales desempeñan papeles definidos y coordinados, sino que toman, más bien, diferentes formas según el tipo de relaciones implicadas: relaciones verticales (cortes nacionales y supranacionales) y relaciones horizontales (entre cortes del mismo nivel), contaminación recíproca a nivel constitucional y encuentros entre jueces. En conclusión, puede decirse que el enfoque de Anne-Marie Slaughter es realista y presenta varias ventajas: traza una especie de teoría abierta, más bien que un modelo de orden jurídico global fijo y centralizado; no implica una organización jerárquica de cortes o de otras instituciones.

La disgregación de los sistemas jurídicos

El transgubernamentalismo, como enfoque que resulta del derecho internacional, es muy útil y explicativo respecto a las instituciones y a los entes operantes a nivel internacio-

²⁰ Slaughter, A.-M.: «Judicial Globalization», en *40 VJIL* 1103, 2000, p. 1103-1124.

nal. Sin embargo, como es natural, no es exhaustivo. Existe la necesidad, en este punto, de dar un paso adelante desarrollando la investigación en el campo de los sistemas jurídicos, de las fuentes normativas y de sus relaciones y jerarquías internas. En otras palabras, si se adopta la descripción de Anne-Marie Slaughter, según la cual el Estado nacional no desaparece sino que se disgrega, nos podemos preguntar si, pasando de las instituciones a los sistemas jurídicos, se puede y se debe hablar de disgregación de los sistemas jurídicos, de las fuentes normativas y de sus jerarquías internas. Los dos temas, si bien en estrecha relación, son de tipo diferente y requieren un diferente enfoque conceptual.

La primera pregunta es la siguiente: ¿qué significa que los sistemas jurídicos se están disgregando? Si pensamos en los países de *civil law*, es sabido que éstos, más o menos tarde en el siglo XIX, han recopilado leyes en códigos inspirados en el napoleónico, en el cual se han basado más de veinte naciones en varias partes del mundo.

Los códigos son concebidos como un cuerpo de normas organizado en modo racionalista e inspirado en el derecho romano y en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. En esta ocasión no importa si y cuánto la idea del derecho romano que inspiró a los redactores estuviese fundada en el plano historiográfico, sino que es suficiente con hacer evidente que la base de los códigos es de tipo racionalista. Desde esta perspectiva, la distancia conceptual entre los sistemas jurídicos basados en los códigos (*code-based legal systems*) y los sistemas jurídicos basados en *case-law* es más estrecha de lo que habitualmente se piense. Si miramos hacia el *common law*, podemos observar que los comentarios están a menudo inspirados en un fuerte enfoque racionalista. Por otra parte, Sir Edward Coke, cuyos escritos sobre el *common law* inglesa fueron las fuentes de referencia más usadas durante siglos, en su *Commentary Upon Littleton* (1628), une estrechamente el derecho y la razón como sigue:

[r]eason is the life of the law, nay the common law itself is nothing else but reason. [...] this legal reason est summa ratio. and therefore, if all the reason that is dispersed into so many several heads, were united into one, yet could he not make such a law as the law in england is; because by many succession of ages it had been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience grown to such a perfection, for the government of this realm, as the old rule may be justly verified of it, *neminem oportet esse sapientiorum legibus*: no man out of his own private reason ought to be wiser than the law, which is the perfection of reason.²¹

En definitiva en ambas tradiciones, a partir de un enfoque de tipo racionalista, se ha supuesto durante largos periodos de tiempo que toda norma, regla jurídica o precedente jurisprudencial tenía una posición precisa en un sistema (código, comentario o *case book* que fuere), que en su interior mantenía relaciones claras con el sistema en su conjunto y con las otras normas (más o menos amplias y de grado más o menos superior).²²

Si se observa la pretensión de armonía, completitud y omnicomprendibilidad de los viejos códigos y comentarios y se compara tal pretensión con la actual condición del derecho, se puede advertir que lo que ha desaparecido no son los códigos y los comentarios en sí (los cuatro códigos siguen siendo instrumentos valiosos para los juristas y una innegable fuente de informaciones), sino, más bien, su capacidad de asegurar armonía, completitud y omnicomprendibilidad de manera estable.

En otras palabras, es como si hoy (a diferencia que en el pasado) toda norma, regla jurídica y artículo de ley tuviese

²¹ Coke, E.: *Commentary Upon Littleton*, 1628, Section 97b.

²² Para la relación entre enfoque racionalístico y enfoque histórico pragmático, me permito remitir a Santosuosso, A.: «Reasonableness in Biolaw: Is It necessary?», en Bongiovanni, G.; Sartor, G.; Valentini, C. (eds): *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht 2009, p. 337-349.

más vidas. Una vida es regular (de acuerdo con el sitio originariamente adjudicado en los códigos/comentarios o *case books*) y otras vidas son espurias, en el momento en el que adquieren significados diferentes y contenidos normativos nuevos por efecto de la interacción con realidades jurídicas externas, que pueden ser constitucionales, supranacionales (tratados y demás), núcleos conceptuales jurídicos provenientes de países extranjeros, y así sucesivamente. Los ejemplos citados en los capítulos precedentes pueden considerarse relaciones «no autorizadas», al menos según el enfoque tradicional. Uno de los problemas es que tales relaciones, por otra parte más frecuentes en las zonas limítrofes (como aquellas donde la ciencia, la tecnología o la economía afectan al derecho), están en crecimiento constante. Además, tienden a legitimarse sobre la base de su sola existencia, mientras persiste la necesidad de una teoría comprensiva de las actuales dinámicas jurídicas.

Si se imagina el viejo orden de reglas jurídicas y previsiones normativas como un collar o un hilo de perlas (en el que cada perla está situada de manera apropiada), la situación actual del derecho y de la ciencia se parece más bien al collar del que habla Cecil Balmond, el famoso arquitecto e ingeniero, en su obra *Informal*:

Laying down a grid should be a mapping of the possible, not restraining order. A grid is a necklace, folded in a certain way, which at any instant can be pulled apart and shifted dramatically — a moveable feast, not necessarily serious, fixed one moment, vanishing and refigured in the other. Each point on grid is allowed a charmed life.²³

A la luz de la metáfora de Balmond, la disgregación de los sistemas jurídicos deja en el aire un vasto número de elementos normativos, que pueden ser considerados como per-

²³Balmond, C.: *Informal*, Londres, Prestel, 2002, p. 372.

las o ladrillos o partículas elementales,²⁴ cuya característica principal es la de ser capaces tanto de trabajar en su contexto original como de resurgir en contextos, formas y momentos diferentes, en modo tal de poder tener la oportunidad, cada uno de ellos, de una *charmed life*.

Lo que parece ser el rasgo esencial no es, por lo tanto, la desaparición de los viejos sistemas jurídicos o su subversión sino, más bien, la copresencia de los viejos sistemas (que siguen trabajando perfectamente en las zonas no limítrofes o en los campos cercanos a la legitimación política democrática) y de varios tipos (viejos y nuevos) de interacción, correspondientes a diferentes e inestables jerarquías del derecho. Las nuevas maneras de ser del derecho no excluyen a las viejas maneras, sino que más bien se le sobreponen, con un efecto de estratificación que representa muy eficazmente la metáfora geológica acuñada por Joseph Weiler para el derecho internacional.²⁵

UNA ESTRUCTURA CONCEPTUAL PARA CIENCIA-DERECHO-NEW TECH

Una nueva estructura conceptual tendrá que ser capaz de comprender y rendir cuentas de los siguientes aspectos principales de la actual experiencia jurídica transnacional:

- 1.: Ser no unitaria, ni uniforme en el tiempo y en el espacio (fragmentación).
- 2.: No estar organizada jerárquicamente, al menos de manera estable y vinculante.

²⁴ In physics elementary particle or fundamental particle is a particle not known to have substructure.

²⁵ Weiler, J.H.H.: «The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy», en *ZaöRV* 64, 2004, p. 547-562: «I am interested in the past not per se but primarily in the sense that it can illuminate the present. Second, and more importantly, whereas the classical historical method tends to periodize, geology stratifies. History emphasizes change; geology emphasizes accretion. Typically, a geological snapshot is taken and then the accumulated strata of the past are identified, analyzed, conceptualized. By stratifying geology folds the whole of the past into any given moment in time – that moment in which one examines a geological section» (p. 549).

- 3.: Ser no necesariamente direccional.²⁶
- 4.: Tener en su interior varios actores y con varias legitimaciones.
- 5.: Estar influenciada por la ciencia y por la tecnología (*science/technology driven*).

¿Qué elemento ordenador?

Un aspecto importante es si pueden captarse elementos de coherencia y si existe un hilo que vincule estas realidades heterogéneas y poliédricas.

En primer lugar, vale la pena despejar el campo de algunos falsos problemas. A todos aquellos que, principalmente en los países de *civil law* (pero no sólo), se escandalizan del activismo jurisprudencial y del hecho de que los jueces desempeñen un papel importante en la creación del derecho, es muy fácil responder con las palabras de Hans Kelsen, en un claro fragmento de la *Teoría general del derecho y del Estado* (1945):

Solamente el prejuicio, característico de la jurisprudencia de la Europa continental, de que el derecho es, por definición, exclusivamente un conjunto de normas generales, así como la identificación errónea del derecho con los preceptos generales de la ley y la costumbre, han podido oscurecer el hecho de que la decisión judicial continúa el proceso de creación jurídica, de la esfera de lo general y abstracto, en la de lo individual y concreto.²⁷

²⁶ Slaughter, A.-M.: *A Global Community of Courts*, en *44 Harv. Int'l L. J.*, 2003, 191, 192-94; Jackson, V.C.: «Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement», en *119 Harv. L. Rev.*, 109, 2005, p. 114 and passim.

²⁷ Kelsen, H.: *op. cit.*, p. 138 (de la quinta edición italiana, 1966, reedición del 1974) [trad. cast. de Eduardo García Máynez, *Teoría general del derecho y del estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 160 (de la quinta edición)].

Kelsen subraya que las cortes pueden crear normas generales en los países en los que la decisión jurisprudencial asume el carácter del precedente. Por eso, según su teoría, no supone ningún escándalo que las cortes tengan que crear también normas generales, a condición de que el orden jurídico, en el lugar donde la corte opera, autorice un comportamiento semejante.

Europa, EE.UU. y el tabú de *civil law*

A primera vista, en el ámbito temático que nos ocupa, tal norma no existe y no se muestra evidente, al menos en el nivel del orden jurídico de cada Estado. A este propósito debe destacarse, sin embargo, que el problema de la legitimación del poder judicial²⁸ (y de los derechos de la democracia), aunque sea planteado correctamente, no puede resolverse dentro del horizonte de los conceptos creados en el ámbito tradicional del Estado nacional y exige que se ensanche la mirada hacia un nivel más amplio, si no universal. En otras palabras, la estratificación internacional de estados, instituciones y reglas jurisprudenciales transnacionales se hace cada día más rica y compleja y espera ser sucesivamente investigada. En Europa, por ejemplo, se discute la estructura constitucional de la Unión y, de hecho, el concepto mismo de Constitución Europea. En tales condiciones, ¿a qué orden legal hay que referirse en Europa para definir las prerrogativas del poder judicial dentro del *maremágnum* de constituciones y leyes nacio-

²⁸ Para la discusión en los países de *common law*, véase: Abrahamson, S.S.; Fischer, M.J.: «All the World's a Courtroom: Judging in the New Millenium», en *Hofstra Law Review*, 1997, vol. 26:273, p. 273-292; McCrudden, C.: «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial conversations on Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000, p. 499-532. Es de especial interés para la historia de la relación entre poder político estadounidense y *Federal Supreme Court* y para la orientación original a la voluntad del pueblo (entendida también como voluntad de dejar un cierto poder a los jueces) Friedman, B.: *The will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2009.

nales, tratados europeos y normas europeas, derecho jurisprudencial de la Corte de justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y así sucesivamente? ¿Estamos seguros, por ejemplo, de que las Cortes nacionales, cuando se refieren a la *Declaración de derechos de los ciudadanos europeos* aún antes de estar vigente o cuando se refieren a los precedentes de diversos países europeos, actuaran y actúen, automáticamente, fuera del orden jurídico? A quien se escandalice de esto, debe recordársele que no es la primera vez que las Cortes pasan conceptualmente las fronteras del orden jurídico nacional en el que se insieren. Por ejemplo, en el siglo XIX, las cortes italianas así como las de otros países europeos se remetían a la jurisprudencia francesa a partir del Código Napoleónico y los abogados solían tener en su biblioteca un *Traité de Code Napoleon*.

Reseñando *A New World Order* de Anne-Marie Slaughter, Kenneth Anderson subraya cómo su concepto principal de *governance* global a través de los *networks* sufre un déficit de democracia.²⁹

Al contrario, otros autores subrayan que, no obstante la crítica de la «usurpación judicial», la producción jurisprudencial de derecho es una innata e imprescindible función del juzgar.³⁰ Hay quienes, desde una perspectiva que deriva

²⁹ Anderson, K.: «Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance through Global Government Networks: A New World Order», en *118 Harv. L. Rev.* 1255, febrero de 2005. El tema de la usurpación de los derechos de la democracia por parte de los jueces no es nuevo. Entre las diferentes intervenciones sobre el tema: Thayer, E.R.: «Judicial Legislation: Its Legitimate Function in the Development of the Common Law», en *5 Harv. L. Rev.* 172, 1892; Alford, R.P.: *op. cit.*, p. 709-710; Franck, T.M.: «Some Psychological Factors in International Third-Party Decision-Making», en *19 Stan. L. Rev.* 1217, 1221, 1967; Gélinas, F.: «Dispute Settlement as Institutionalization in International Trade and Information Technology», en *74 Fordham L. Rev.* 489, 490, 2005. En Italia véase Pintore, A.: *I diritti della democrazia*, Laterza, 2003.

³⁰ Cho, S.: «Constitutional Adjudication in the World Trade Organization», 9 de julio de 2008, artículo seleccionado para la Inaugural Conference (2008) de la Society of International Economic Law (SIEL), disponible en la página web SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113501> (visitada el 30 de julio de 2009). Sobre el tema de los jueces y del cosmopolitismo, véase la interesante serie de artículos aparecidos en *European journal of legal studies*, núm. 2, diciembre de 2007.

del debate en los Estados Unidos, hacen notar cómo la cuestión del conflicto entre poder judicial y poder político siempre ha estado presente en la historia americana y que si el poder político, legítimamente elegido por los ciudadanos, no ha podido reducir el poder del que goza el poder judicial es porque son precisamente los ciudadanos quienes no desean un poder político demasiado fuerte.³¹ Otros incluso destacan cómo en muchos casos, especialmente cuando el poder político de un estado es débil en la arena internacional y por lo tanto sufre importantes presiones políticas y económicas, un poder judicial independiente y fuerte puede ser un factor de refuerzo y protección de la democracia interna.³²

No obstante el estupor o la contrariedad que todo esto puede provocar (especialmente si consideramos que los países europeos son mayoritariamente de tradición continental), no puede infravalorarse que en el Preámbulo de la *Declaración de derechos de los ciudadanos europeos* el derecho jurisprudencial de la Corte Europea de Justicia y de la CEDH se cuenta entre las fuentes constitucionales europeas. Esta clara previsión normativa, por añadidura en un texto de rango sustancialmente constitucional y con relación a fuentes constitucionales,³³ es suficiente para afirmar que el tabú de la *civil law*, incluso formalmente, está ya quebrantado.

³¹ Friedman, B.: *op. cit.*

³² Benvenisti, E.: *op. cit.* Véase también Jackson, V.C.: «Progressive Constitutionalism and Transnational legal Discourse», en Balkin, J.M.; Siegel, R.B.: *The Constitution in 2020*, OUP, 2009, p. 285-295. (N. de la T.: CEDU: Corte Europea de Derechos Humanos, por sus siglas en italiano).

³³ Sobre la delicadeza del punto vale la pena recordar la teoría típicamente estadounidense del *originalism* en la interpretación de la Constitución. Por otro lado, incluso en ámbito europeo, no puede olvidarse la amplia noción de ley adoptada por la Corte EDU (del leading case *Sunday Times v. UK*, 1979, hasta al reciente *S. and Marper v. UK*, 2008) justamente con el fin de rendir cuentas de los sistemas de *civil law* y de *common law*. Según los jueces de Estrasburgo el término «ley» no puede referirse en sentido estricto al acto legislativo emanado del Parlamento sino que abraza, independientemente del *nomen juris*, todas las disposiciones que tienen valor o fuerza de ley, incluso los documentos de tipo reglamentario, gubernativo, administrativo, los precedentes judiciales, las fuentes de derecho no escrito, el derecho internacional, aún dotadas de los requisitos de *accessibilidad pública, prevedibilidad, claridad, precisión, completitud de previsiones y taxatividad*.

LOS MODELOS CIENTÍFICOS

Una sucesiva e interesante cuestión concierne a la posible aportación del pensamiento científico (en el sentido de *pensar científico*) al sugerir soluciones para el problema anteriormente planteado. En la búsqueda de una teoría capaz de explicar la actual experiencia global del derecho, algunos autores han tomado la ciencia como modelo o, al menos, como una fuente de inspiración.³⁴

Una propuesta radical

Jeremy Waldron ha usado, deliberadamente, la analogía entre el *ius gentium* y el conjunto de los conocimientos científicos adquiridos en un determinado momento:³⁵

Existing science claims neither unanimity among scientists nor infallibility; nevertheless, it stands as a repository of enormous value to individual researchers as they go about their work, and it is unthinkable that any of them would try to proceed without drawing on that repository to supplement their own individual research and to provide a basis for its critique and evaluation. Similarly the law of nations is available to lawmakers and judges as an established body of legal insight, reminding them that their particular problem has been con-

³⁴La comparación entre el derecho y la ciencia tiene una importante tradición en los países de lengua inglesa (véase Holmes, O.W.: «Law in Science and Science in Law», en *Harv. L. Rev.*, vol. XII, núm. 7, 1899, p. 443-463, quien considera «the law as simply as a great anthropological document»), ampliamente renovada con el caso Daubert, 1993. Entre los numerosísimos estudios y publicaciones, véase Jasanoff, S.: *Designs on Nature*, Princeton Un. Pr., 2005; Hashimoto, D.M.: «Science as mythology in Constitutional Law», en *Oregon Law Review*, vol. 76, 1997, p. 111-153; Tai, S.: «Friendly Science: Medical, Scientific and technical amici before the Supreme Court», en *Washington University Law Quarterly*, vol. 78, 2000, p. 789-930. Para el debate precedente al caso Daubert, véase: Faigman, D.L.: «Normative Constitutional Fact-Finding: exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 139, núm. 3, 1991, p. 541-613.

³⁵Waldron, J.: *op. cit.*, p. 129-147.

fronted before and that they, like scientists, should try to think it through in the company of those who have already dealt with it.

Y, por lo tanto,

Ius gentium is no guarantor of truth: a consensus in either the law or the natural sciences can be wrong. In neither field, however, is there a sensible alternative to paying attention to the established body of findings to which others have contributed over the years.

Finalmente,

solutions to certain kinds of problems in the law might get established in the way that scientific theories are established. They do not get established as infallible, they change over the years.

El enfoque de Waldron, que pragmáticamente considera el derecho esencialmente como un «mecanismo encaminado a resolver problemas» (*a problem solving enterprise*), seguramente puede ser criticado bajo muchos aspectos: en primer lugar, por poner indistintamente en el mismo nivel a legisladores y jueces (un tema debatido tanto a nivel mundial como dentro de los Estados Unidos); en segundo lugar, por no considerar los efectos del recurso a las fuentes internacionales sobre la jerarquía de las fuentes del derecho (exponiéndose, de este modo, a las críticas de quien, como el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostiene que «observar las leyes extranjeras es un poco como observar una muchedumbre de personas y elegir a los amigos»);³⁶ en tercer lugar, por no considerar que uno de los objetivos de la ley

³⁶ Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong., 2005.

es el de reducir la arbitrariedad;³⁷ en cuarto lugar, por no explicar qué puede funcionar en el campo jurídico (especialmente judicial) del mismo modo que el sistema de revisión por pares (*peer review*) y que, aunque con reiteradas críticas, es adoptado en el campo científico.

Sin embargo, la propuesta de Waldron no puede criticarse razonando *como* si el Estado nacional y su sistema de producción legislativa fuese hoy el mismo que en pasado y sin considerar que éste evita el ardid de considerar la ciencia, positivamente, como el reino de la verdad.

El error de verdad = ciencia vs incertidumbre = derecho

La oposición no se sitúa, por lo tanto, entre la ciencia como depositaria de la verdad y el derecho como reino de la incertidumbre. Este punto es de especial importancia porque es sabido que hasta las teorías científicas más experimentadas, y quizás tradicionalmente consideradas como no problemáticas a nivel conceptual (como la teoría electrodinámica), pueden mostrar, en un análisis más exhaustivo, su inconsistencia teórica. Esto conlleva que «verdad», coherencia teórica de una teoría, verdad de las consecuencias empíricas y fiabilidad de la teoría misma son todos ellos atributos diferentes el uno del otro y que incluso «teorías incoherentes pueden, con todo, jugar un papel legítimo en la ciencia», visto que un modelo teórico puede ser «incoherente, pero empíricamente de éxito extraordinario» (*strikingly successful*).³⁸ La cuestión es extremadamente compleja y no existe la posibilidad, ni tampoco la ambición, de añadir nada al debate filosófico.

³⁷ Jasanoff, S.: «The Epistemic Discretion of Judges and the Daubert's Legacy», en Santosuosso, A.; Gennari, G.; S. Garagna, S.; Zuccotti, M.; Redi, C.A. (eds): *Science, Law cit.*, p. 42.

³⁸ Recientemente ha habido un creciente interés en el tema de la incoherencia teórica en la ciencia: Frisch, M.: *Inconsistency, Asymmetry and Non-locality*, OUP, 2005, p. 3, 25-6. Para un punto de vista constructivístico, véase Jasanoff, S.: *Designs cit.*, p.13 ss. Para una crítica del constructivismo cfr. Boghossian, P.: *Fear of Knowledge. Against Relativism and Constructivism*, OUP, 2006.

Desde un punto de vista práctico, se puede incluso decir que, si una teoría científica incoherente puede ser empíricamente exitosa (y tener un papel en la ciencia), con el mismo criterio también los núcleos conceptuales jurídicos y las reglas de derecho que, por un lado, están alejados del rigor de las teorías matemáticas y, por otro lado, pueden tener también una mayor complejidad, tienen la posibilidad de obrar con éxito y desempeñar un papel en la arena internacional, aunque naturalmente bajo la evaluación de la comunidad de juristas, legisladores, jueces y ciudadanos (que pueden ser considerados de alguna manera el equivalente del sistema de *peer review*).

En este sentido, la ciencia podría ser una «compañera de viaje», preferible a un modelo o un esquema rígido. Por ejemplo, no deben ser infravalorados los lazos entre la legitimación científica y la jurídica. Desde el momento en que las cortes inevitablemente utilizan informaciones no jurídicas como apoyo a sus decisiones, los jueces pueden minar su propia credibilidad si toman «decisiones que se desvían demasiado de la pública comprensión del argumento, desde el momento en que la confianza del público en la justicia de las decisiones de las cortes está sujeta a la comprensión de la materia misma»,³⁹ a no ser que las razones jurídicas (o factuales) de una desviación sean explicadas de manera convincente y claramente comprensible.

Trasplantes legales, funcionalismo y ámbitos nacionales

Si la oposición no se sitúa, pues, entre la ciencia, como verdad, y el derecho, como incertidumbre, la diferencia puede situarse en diferentes niveles como, por ejemplo, entre la naturaleza esencialmente universal de la empresa científica y el subsistente enfoque nacional de los juristas (Waldron subraya lo irrazonable de que el modo de razonar jurídico

³⁹Tai, S.: *op. cit.*, p. 789-930 (800-802).

esté limitado todavía dentro de las fronteras nacionales) o también entre el hecho de que la ciencia esté basada en un enfoque funcionalista (una solución produce un resultado eficiente y por lo tanto repetible) y que el derecho se base, en cambio, principalmente en una idea de legitimidad de los actores jurídicos y de las decisiones.

A propósito del funcionalismo en campo jurídico, puede recordarse que todos los enfoques de tipo comparativo, o abiertos a la influencia de las experiencias extranjeras, están expuestos a la crítica de ser funcionalistas y, en cuanto tales, son erróneos, ya que dan por hecho que las normas jurídicas pueden sencillamente ser extrapoladas de su contexto político y trasplantadas a otro.⁴⁰ Pero la crítica al funcionalismo, aunque fundamentalmente corregida (desde el momento en que las realidades políticas y sociales son esenciales al contenido normativo y no pueden ser eliminadas), debe reconsiderarse probablemente bajo diferentes perfiles. En primer lugar, tienen que ser tomados en consideración los avances científicos y tecnológicos, que aumentan las interrelaciones (sean las que fueren) y reducen las distancias:

Rapidly advancing technology has enabled an information explosion oblivious of national boundaries, changing what we know and how we learn. Many aspects of life and society are affected by such changes, and law is no exception. Scientific and technological advances have presented courts around the world with questions that would be unthinkable in years past, such as whether a frozen embryo is a person, whether DNA is personal property, or how the Internet should be regulated. Age-old legal issues also continue to be debated, but the difference in this global era is that they are less jurisdiction bound than ever before. With access to information from around the

⁴⁰Teitel, R.: *Comparative Constitutional cit.*; Tushnet, M.V.: «The possibilities of comparative constitutional law», en *Yale Law Journal*, 108.6, abril de 1999), p. 1225(1). Por último, véase el número monográfico de la *Theoretical Inquiries in Law*, *op. cit.*

world at their fingertips, courts facing important legal issues can read, assess, and learn from other courts' opinions and discussions of similar problems. Many courts engage in this type of comparative analysis, asserting that their jurisprudence is enlightened and enriched as a result.⁴¹

En segundo lugar, desde un punto de vista más propiamente jurídico, no se puede dar por descontado que las distancias culturales (en el espacio) entre Estados nacionales sean, por definición, mayores que las que existen dentro del territorio de un mismo Estado o (en el tiempo) entre el momento de la aplicación de una norma jurídica y el de su emanación. En otros términos, no pueden negarse algunos *legal transplantations* (o aspectos explicables en términos funcionalistas), que forman parte de la incontrovertible experiencia jurídica común. Así, en Italia (pero podrían ponerse ejemplos también de otros países), toda la experiencia de relectura constitucionalmente orientada de las normas codicísticas puede explicarse también en términos de *solución de un problema* (percibido como nuevo y a resolver, como las emisiones dañinas para la salud o las condiciones de seguridad en el lugar de trabajo y demás) a través de un *trasplante* de una vieja norma (codicística) en un nuevo contexto (el constitucional), que determina el contenido. Y hay además casos de creación (por lo general jurisprudencial) de una nueva norma utilizando sobrantes de normas, que han surgido de manera y por razones históricas ampliamente diversas, y que luego son útiles (¿funcionales?) para dar respuesta a un problema para el que no existe una norma específica.

En resumen, o se acepta un planteamiento *originalista*, según el cual las normas (constitucionales u ordinarias) no pueden ser interpretadas de diferente manera en el tiempo

⁴¹ Lefler, R.: «A Comparison of Comparison: Use of Foreign Case Law as Persuasive Authority by the United States Supreme Court, the Supreme Court of Canada and the High Court of Australia», en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 11:165, 2001.

—posición que me parece que no comparte nadie en Europa y que, incluso en los Estados Unidos, sostiene el juez Antonin Scalia y pocos más— o bien es necesario aceptar que todo lo que sucede a una norma en el tiempo y en el espacio puede ser interpretado incluso en términos funcionalistas, y lo que sucede a nivel transnacional no es necesariamente más amplio (y por lo tanto más escandaloso) que lo que sucede dentro de un determinado estado, a no ser que no se quiera atribuir a las fronteras nacionales y a las barreras lingüísticas un valor simbólico añadido, además del estrictamente jurídico.

UN BANCO DE LABORATORIO: EL ARCHIVO ALST

La necesidad de una nueva estructura conceptual, en general y en el campo de las ciencias y del derecho en particular, probablemente no quedará satisfecha durante un tiempo que no es posible estimar. Es la situación histórica la que hace difícil un semejante paso adelante. Además, el movimiento hacia un mundo multipolar (que parece agilizarse por la actual crisis financiera) es un factor añadido que debe ser tomado en consideración.

La globalización en el campo del derecho, la pérdida de peso de las barreras de los estados nacionales y el consiguiente mayor peso adquirido por los flujos transnacionales de fuentes jurídicas crean problemas que, si son afrontados exclusivamente en el terreno teórico, pueden parecer insuperables. Las incertidumbres y los problemas que se pueden encontrar en el actual panorama del derecho y en el campo *ciencia y derecho*, en particular, inducen a adoptar un enfoque de tipo pragmático-experimental dirigido, no a la uniformización sino a la individuación de un modo de copresencia e interacción de las diferentes experiencias nacionales. Por este motivo, parece inteligente adoptar un enfoque de tipo experimental y proceder tal como sigue: reali-

zar un *network* de observadores/actores en el caos; recopilar las informaciones necesarias y disponibles en el campo individuado; organizarlas en un contexto controlado; observar las relaciones entre las informaciones recogidas (*partículas jurídicas elementales*); intentar hacer aflorar una o más líneas de coherencia; formular nuevas hipótesis y emprender nuevas experimentaciones.

El primer paso de este complejo procedimiento es crear un campo experimental definido, el de derecho-ciencia-nuevas tecnologías, donde observar las interacciones y los modos espontáneos de acción dentro del ámbito transnacional. Sobre la base de estas premisas, la Università degli studi di Pavia ha puesto en marcha un proyecto internacional para *The Multilanguage Archive on the Law of Science and New Technologies (ALST)*, que ha sido concebido justamente como un entorno experimental.⁴²

A continuación, pasando al análisis de los puntos críticos de la actual realidad jurídica transnacional arriba resumidamente señalados, se pueden observar las interesantes contribuciones sistemáticas e interpretativas que un enfoque de este tipo puede aportar:

⁴² Un grupo de investigadores de la *Università degli Studi di Pavia*, coordinado por Amedeo Santosuosso en el ámbito de las actividades del *Centro di ricerca interdipartimentale ECLSC* (<http://www.unipv-lawtech.eu/>), está trabajando en el proyecto desde 2004 (el punto de partida de tal proyecto se basa en la idea presentada por vez primera en el *World Congress of Bioethics*, Londres, 2000: A. Santosuosso, *Constitution and Common Law cit.*) en colaboración (en varios niveles y en diferentes momentos) con colegas académicos y judiciales en Francia, España, Alemania, Suecia, Estados Unidos, Serbia, Bosnia y Herzegovina, Macedonia, Israel, Australia y Nueva Zelanda. Un prototipo del Archivo fue presentado y discutido en la primera conferencia internacional *Intellectual Property and Technology Transfer in Life Sciences: A North-South Dialogue*, 12-14 de junio de 2006, Trieste (I), organizado por la Universidad de Pavia en colaboración con el CIP (Centre for Intellectual Property Studies, Göteborg), CEI (*Central European Initiative*, Trieste), ICGEB (*The International Centre for Genetic Engineering and Biotechnology*, Trieste). Otros artículos sobre los fundamentos del Archivo ALST se han presentado en varios encuentros internacionales. El proyecto tiene dos importantes colaboradores en la vertiente de la informática jurídica: el instituto del *Centro Nazionale Ricerche ITTIG-CNR* (Directora de investigación, Daniela Tiscornia) y el *Istituto di Linguistica Computazionale* «Antonio Zampolli» - *Consiglio Nazionale Ricerche*.

Ser no unitaria, ni uniforme en el tiempo y en el espacio (fragmentación)

La fragmentación es el resultado de la copresencia, incluso en el mismo país, de una variedad de fuentes jurídicas. Este fenómeno es muy común en la Unión Europea donde, a causa de la copresencia de fuentes jurídicas nacionales e internacionales y comunitarias, es a menudo difícil, para los juristas y para los ciudadanos, identificar cuál es la ley aplicable en un determinado momento y lugar. La principal razón de esta fragmentación está en el hecho de que una cierta norma puede tener varias derivaciones y conexiones en base a la situación a la que se dirige. La respuesta de ALST a este dato factual es considerar cada caso jurisprudencial o cada material legislativo como un «fragmento de derecho», una especie de «partícula jurídica elemental» (en el sentido señalado en el párrafo 4), capaz de establecer varios tipos de conexiones con un número potencialmente ilimitado de partículas jurídicas semejantes (nacionales, europeas, internacionales o de otros países). Estas conexiones pueden ser de tipo diferente, en el nivel y en el contenido. Pueden ser meramente *lexicales*, *ontológicas*, *legales* (establecidas con una explícita previsión legislativa), *históricas* (fijadas por la tradición) y *funcionales* (en cada caso en el que el contacto funciona). La realización de semejantes conexiones de tipo móvil entre los diferentes materiales recopilados se garantiza mediante el uso de una avanzada plataforma tecnológica capaz de retornar una cierta cantidad de resultados según los parámetros de búsqueda utilizados. Los juristas pueden seleccionar el material que les interesa y obtener informaciones jurídicas basadas en una determinada situación y en un determinado tiempo. Del material de partida se pueden obtener informaciones tanto en base a coordenadas espaciales (búsqueda de casos similares en el mismo país) como temporales (evolución jurídico-legislativa de un principio de derecho).

No estar organizada jerárquicamente, al menos de manera estable y vinculante

La mencionada copresencia de fuentes legislativas nacionales, internacionales y comunitarias es un punto crítico sucesivo que desafía a los tradicionales (y todavía preferentes) conceptos de fronteras e identidades nacionales. ALST es, por su naturaleza, transnacional. Esto no significa que pretenda sobrepasar las jurisdicciones de cada uno de los países y sus prerrogativas, sino que más bien conecta cada caso jurisprudencial o material legislativo con otro semejante proveniente de otra realidad, de fuentes y lenguas diferentes. En otras palabras, la conexión creada por ALST no implica que los casos extranjeros constituyan un precedente vinculante. El objetivo de ALST es simplemente proporcionar una información jurídica y ofrecer una posibilidad conceptual más que una conexión necesaria. En este sentido, ALST no refleja simplemente la situación actual del sector de derecho y ciencia, sino que muestra los horizontes de un posible desarrollo. ALST, pese a ser fundamentalmente una recopilación de derecho (*repository of law*), puede funcionar como una fuente que abre nuevos caminos interpretativos y puede facilitar el funcionamiento del sistema de las fuentes de producción.

Ser no necesariamente direccional

ALST es dinámico y capaz de adaptarse. El sistema presenta tres niveles de interrelación entre los diferentes contenidos: las *interrelaciones fuertes* definen la conexión entre dos o más materiales y son realizadas por aquellos que trabajan en el momento de la introducción de los materiales en el Archivo (*editors*); las *interrelaciones débiles* son construidas automáticamente por la plataforma informática y recorren al uso de palabras clave compartidas (dos o más materiales con la misma clave taxonómica estarán ciertamente conectados); las *interrelaciones dinámicas* varían constantemente e ines-

peradamente, en base a la memorización y reelaboración de los caminos de búsqueda trazados por los usuarios finales.

Uno de los principales conceptos técnico-lógicos en base a la plataforma informática —y el principal instrumento utilizado para obtener un semejante resultado— es la creación de ontologías lingüísticamente negociadas entre los diferentes colaboradores y el uso de una compleja taxonomía científica y jurídica para clasificar los contenidos del Archivo.

Tener en su interior varios actores y con varias legitimaciones

Uno de los efectos principales de la pluralidad de sujetos implicados (actores) es la existencia de un elevado número de lenguas. Las barreras lingüísticas son, hasta el momento, todavía muy fuertes en campo jurídico ya que los juristas, al contrario que los científicos, tradicionalmente acostumbrados a comunicarse a nivel internacional en inglés, usan preferentemente las propias lenguas nacionales y sólo recientemente han desplegado una nueva actitud hacia la cooperación internacional. Con el fin de atenuar los problemas derivados de la presencia de barreras lingüísticas, ALST almacena leyes y casos jurisprudenciales en las lenguas originales creando, de este modo, un mayor nivel de conectividad a través de la reelaboración de los contenidos y el uso de un instrumento, llamado *File Card*⁴³ y redactado en inglés, para cada «partícula jurídica elemental». La rica variedad de materiales recopilados por los operadores en los diferentes sectores es accesible directamente para los destinatarios finales en modalidad texto completo (*full text*), en la lengua original y en la eventual traducción en inglés (si está disponi-

⁴³ Con independencia de la lengua en que esté redactado el material original, la *File Card* (FC) es redactada siempre en inglés. Tal instrumento está compuesto por una parte *General* (que contiene las informaciones identificativas del material), una parte *Specific*, cuyo contenido depende del tipo de material al que la *File Card* se refiere, y una parte *Keys*, donde es posible conectar, a través del uso de una taxonomía, la *File Card* redactada a las otras ya presentes en el Archivo que presentan la misma palabra clave.

ble). Al mismo tiempo, al ser insertada en el Archivo, cada una de las partículas jurídicas elementales se conecta a una *File Card* en inglés que permite la sucesiva conexión a otros recursos del mismo sector o de sectores semejantes. A las conexiones ya citadas, se suma la que deriva de la creación de palabras-clave. Por lo tanto, cuando un usuario decide iniciar una búsqueda por palabra clave, los resultados muestran el contenido de la *File Card*, como también las conexiones a los materiales relevantes. Sin embargo, la conexión por palabra clave no resuelve los problemas en ámbito jurídico de raíz, con especial referencia a las categorías del derecho. De hecho, la simple traducción del término jurídico se muestra problemática, tanto porque puede faltar la categoría correspondiente en la lengua meta (inglés), como porque la simple traducción del lema puede indicar un concepto jurídico diferente. A tal propósito es necesario valerse de instrumentos capaces, por un lado, de reducir las divergencias entre los varios ordenamientos y, por otro lado, de permitir el uso compartido y la circulación de los conceptos y de las categorías jurídicas.⁴⁴

Estar influenciada por la ciencia y por la tecnología (science/technology driven).

La ciencia y la tecnología están teniendo un fuerte impacto sobre las categorías jurídicas fundamentales como, por ejem-

⁴⁴ Ejemplos de instrumentos destinados a superar los problemas del multilingüismo en ámbito jurídico son los proyectos DALOS y LOIS puestos en marcha por el *Istituto di Teoria e Tecniche per l'Informazione Giuridica* (ITTIG) del *Consiglio Nazionale delle Ricerche* (CNR). Véase Peters, W.; Sagri, M.T.; Tiscornia, D.: «The Structuring of Legal Knowledge in LOIS», en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 15, issue 2, junio de 2007, p. 117-135; Agnoloni, T.; Bacci, L.; Francesconi, E.; Peters, W.; Montemagni, S.; Venturi, G.: «A two-level knowledge approach to support multilingual legislative drafting», en *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, vol. 188, Proceeding of the 2009 conference on Law, Ontologies and the Semantic Web: Channelling the Legal Information Flood, p. 177-198. Para una visión de conjunto del problema del multilingüismo, véase Peruginelli, G.: *Multilinguismo e sistemi di accesso all'informazione giuridica*, Milán, 2009.

plo, los conceptos de responsabilidad personal individual, libre voluntad, *privacy*, y así sucesivamente. Por otra parte, el mundo jurídico está descubriendo inesperados puntos en común con la ciencia y está conquistando nuevas perspectivas y oportunidades de «cross-fertilisation». Además, las tecnologías informáticas, que forman parte del problema, son a la vez una respuesta al problema mismo, tal como muestra la plataforma informática de ALST. Las ciencias de la vida y las tecnologías informáticas, por un lado, y la ley, por otro, pueden ser profundamente integradas para permitir la transformación de los actuales puntos críticos en un contexto dinámico, con capacidad de adaptación y en constante crecimiento. El sistema jurídico tomará la forma de una estructura adaptable y en constante evolución, más bien que de una catedral con un orden estable y bien ordenado de fuentes. Esto, que puede parecer a primera vista como una condición catastrófica es, por otros aspectos, una oportunidad extraordinaria de intercambio y diálogo con las ciencias, las nuevas tecnologías y su manera de operar en esa frontera particularmente dinámica que pasa entre estabilidad y caos.⁴⁵

¿SYNTHETIC LAW ANÁLOGAMENTE A SYNTHETIC BIOLOGY?

Una de las técnicas de la *Synthetic Biology* es la de crear nuevas propiedades biológicas montando, como en un lego, módulos biológicos dotados de propiedades específicas; módulos obtenibles por encargo del catálogo de las «partes comunes»⁴⁶ (es el enfoque que exalta la idea de modularidad de los sistemas vivos).

¿Es exagerado ver una analogía, o un camino paralelo, entre el *concept* de este registro de los componentes biológi-

⁴⁵ Gross, T.; Blasius, B.: «Adaptive coevolutionary networks: a review», en *J.R. Soc. Interface*, doi:10.1098/rsif.2007.1229.

⁴⁶ Véase el registro MIT (Massachusetts Institute of Technology) de las «partes biológicas», en: http://partsregistry.org/Main_Page (visitada el 7 de junio de 2010).

cos mínimos, de base, para la construcción del nuevo ser vivo y entre el del Archivo ALST, donde los elementos normativos se descomponen en su mínima dimensión y se liberan a la más vasta posibilidad (tendencialmente no limitada, ni siquiera desde el punto de vista de la lengua, si bien no infinita) de construir nuevos sistemas?

BIOÉTICA: LA TOMA DE DECISIONES

Edición a cargo de **Margarita Boladeras**



Dirección editorial: Miquel Osset Hernández

Diseño editorial: Ana Varela

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del «copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Con la colaboración del proyecto de investigación «Dignidad humana, los estadios de la vida y el respeto a la diferencia», FFI2008-05473/FISO.



Primera edición: octubre 2011

© Editorial Proteus
c/ Rossinyol, 4
08445 Cànoves i Samalús
www.editorialproteus.com

Depósito legal:
ISBN: 978-84-15047-54-4

Impreso en España - Printed in Spain
Romanyà Valls S.A. - Capellades