

LOS CONFINES DEL DERECHO: UNA INVITACIÓN AL DEBATE*

THE CONFINES OF LAW: AN INVITATION TO DEBATE

FRANCISCO J. LAPORTA SAN MIGUEL**

Resumen: Las mutaciones que está experimentando en los últimos cuarenta años la realidad humana, ambiental, económica y tecnológica constituyen un desafío para el orden jurídico. Problemas como la evolución y distribución de la población humana, los movimientos migratorios, las nuevas tecnologías de la información y la hiperconectividad que implican, el cambio climático, y la economía financiera, junto a otros semejantes a ellos, demandan una regulación para la que el autor no está seguro de que estemos preparados. Y pretender abordarlos con soluciones meramente verbales, como la apelación a palabras como *networks* resulta engañoso e ineficaz. El autor invita a los estudiosos del derecho a que sugieran posibles vías de solución a esa demanda de regulación.
Palabras clave: Problemas jurídicos nuevos. Cambios sociales, globalización, nuevas tecnologías, regulación, *networks*, nuevo derecho.

Abstract: The mutations that human, environmental, economic and technological realities are undergoing in the last forty years are a new challenge for legal orders. Problems such as the growth and distribution of human population, migration movements, new technologies of communication and the hyperconnectivity they imply, climate change and financial economies, and others similar in their structural features, demand a regulation the author is not sure we are prepared to implement. The claim to face them with merely verbal solutions, such as the appeal to words like *networks*, becomes deceptive and misleading. The author invites legal scholars to suggest some possible paths to the solution of these new needs of regulation.

Keywords: New legal problems, social changes, globalization, new technologies, *networks*, new law.

SUMARIO: I. ALGUNOS PROBLEMAS. 1. La evolución de la población humana; 2. La distribución de la población humana: un mundo de inmensos suburbios; 3. Los movimientos migratorios; 4. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información; 5. El problema del cambio climático; 6. El dominio de la economía financiera; II. ¿SOLUCIONES? 1. ¿Networks? Una solución verbal; 2. De vuelta al derecho, pero ¿a qué derecho? Invitación al debate; III. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción: 17 de marzo de 2018.

Fecha de aceptación: 16 de abril de 2018.

** Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: francisco.laporta@uam.es.

Voy a hacer unas reflexiones informales sobre algunas incógnitas que me salen al paso desde hace un tiempo acerca del alcance y los límites del derecho en los tiempos que corren¹. Más que un discurso lineal y argumentado quisiera sugerir un conjunto de ideas para discutir o valorar. Y dejar al lector una invitación a pensar en los interrogantes. El punto de partida es la tensión a que está hoy sometido el orden jurídico como consecuencia del crecimiento inusitado y el rápido cambio de las propiedades de la realidad humana, social y científica que trata de regular. Introducir estas preocupaciones en el campo de visión de los estudiantes de derecho me parece de una necesidad perentoria, dado el predominante enfoque hacia el derecho doméstico que está vigente todavía en los programas de nuestras Facultades.

No quisiera hacer el papel de profeta apocalíptico, pero estoy convencido de que esa realidad que nos está saliendo al paso tampoco permite complacencias. Quizás no haya que percibir su decurso como una *tragedia*, es decir, como algo que conduzca ineluctablemente a un final desastroso (en las tragedias los héroes aparecen en escena en el primer acto abocados a morir necesariamente en el último), pero desde luego vivimos una realidad muy *dramática*, pues se ciernen sobre ella muchos peligros, aunque puede que en el último momento logremos evitarlos (o puede que no). El futuro está siempre abierto, pero eso significa que también puede ser catastrófico. Y me parece indudable que se dan en este momento un conjunto de rasgos en nuestra realidad que pueden actuar como concausas para producir una situación extrema, incluso desde el punto de vista de la supervivencia de los componentes básicos de nuestra cultura; y creo ver que el orden jurídico, tal y como lo concebimos hoy, parece incapaz de hacer frente a esos rasgos. La realidad está tensando de tal modo las cuerdas de ese orden que no se puede excluir la catástrofe. Y no se advierte ningún sustitutivo eficaz para detenerla.

Para empezar, las incógnitas se presentan hoy de un modo nuevo como consecuencia de la dimensión y la complejidad que ha adquirido la realidad humana. Los desarrollos multiformes e inesperados de esa realidad desafían nuestras viejas certidumbres. Y muchos de ellos se generan además como resultado de problemas de acción colectiva, es decir como resultado de multitud de acciones individuales no coordinadas que producen efectos que no podemos ni prever ni controlar fáctica o normativamente. Y algunos son efectos perversos. Por si eso fuera poco, muchos de los desafíos que enfrentamos comportan profundos conflictos de intereses entre los actores que han de responder a ellos, lo que determina que se busquen más las soluciones no cooperativas que las cooperativas. Eso va contra la racionalidad a largo plazo y puede poner en peligro sus consejos. Desde la Ilustración se nos transmitió la idea optimista de que la razón era astuta y se infiltraba inadvertidamente por entre los sucesos de la historia para producir los mejores resultados; ahora estamos aprendiendo que también es astuta la irracionalidad y ello no invita precisamente al opti-

¹ Estas reflexiones mías tienen su origen remoto en unas discusiones tenidas en Finlandia, en el *Tampere Club*, en 2002, en forma de ideas preliminares sobre el futuro de la democracia: LAPORTA, F.J., «Some Preliminary Reflections on the Future of Democracy», en BUCHANAN, J. y O'DONELL, G. (eds.), *The Future of Democracy: Essays of the Tampere Club*, Tampere (Kustannus Oy Aamulehti), 2003.

mismo. Todo lo contrario. Y cuando la inteligencia es pesimista, el llamado optimismo de la voluntad – tan común en estas cuestiones – no es más que una actitud pueril. Pero vamos a ver por encima algunos, solo algunos, de esos nuevos fenómenos.

I. ALGUNOS PROBLEMAS

1. La evolución de la población humana

Se atribuye a Augusto Comte la frase «La demografía es el destino». Nunca ha podido ser afirmado esto con más razón que ahora. Los demógrafos nos informan que en 1950 la población humana era de 2.525 millones de habitantes, y en el 2015 se ha alcanzado la cifra de 7.349 millones. Se ha multiplicado, pues, por 2,9, es decir, casi se ha triplicado, en poco más de sesenta años². Los cálculos aproximados para el año 2050 se cifran en unos 9.500 millones de seres humanos sobre la tierra. Se conjetura por algunos más pesimistas que una combinación del incremento de la natalidad, por pequeño que sea, y del descenso de la mortalidad y el alargamiento de la vida debidos a los adelantos médicos, situará la cifra de población a finales del siglo en el entorno de los once mil millones de habitantes, si es que no los supera. No hay que ser muy malthusiano para pensar en el grado de presión que una población así ejerce sobre los recursos alimentarios y de agua potable del planeta. «Vivir en nuestro minúsculo planeta azul en su precaria condición presente y tener que sustentar una población global que pronto alcanzará los nueve mil millones» –ha escrito Helga Nowotny, expresidenta del *European Research Council*– «no puede hacerse sin moverse dinámicamente pero también con delicadeza en el vértice de la incertidumbre [...] nadie sabe si la competencia unida de los individuos y sus formas de organizar la vida colectiva serán suficientes para asumir lo que ha de venir y cuándo ha de venir»³. Pero detener ese incremento y caminar hacia lo que se ha llamado la «transición demográfica», demanda un conjunto de medidas económicas, culturales y sociales que van mucho más allá de cualquier decisión privada de las familias⁴. La pregunta es si tenemos las pautas regulatorias necesarias para adoptar ese conjunto de medidas. Si no las tenemos, muy bien puede pasar que, al lado del crecimiento demográfico, el índice relativo de pobreza, que ahora parece irse mitigando, no podrá vencerse y crecerá. Y azotará, naturalmente, a los segmentos de población más castigados de la humanidad. Es decir, se mantendrá o crecerá en términos

² Tomo los datos demográficos de un demógrafo de prestigio: LIVI BACCI, M., *Historia mínima de la población mundial*, Barcelona (Crítica), 2009; y el más asequible y actual LIVI BACCI, M., *Un largo viaje. Historia del mundo y sus habitantes en 12 etapas*, Barcelona (Pasado y presente), 2016. Más pesimista aún que él se muestra SARTORI, G., en *La tierra explota. Superpoblación y desarrollo*, Madrid (Suma de Letras), 2005.

³ NOWOTNY, H., *The Cunning of Uncertainty*, Cambridge (Polity Press) 2016, pp. 162-163.

⁴ Un planteamiento no pesimista pero tampoco complaciente puede hallarse en SACHS, J., *Common Wealth. Economics for a Crowded Planet*, Londres (Penguin Books), 2008, pp. 159 y ss. Se llama transición demográfica al complejo proceso de detención del crecimiento de la población y estabilización de la tasa de sustitución. Está muy bien descrito en ese libro.

de pura y simple hambre, «malnutrición estructural», «inseguridad alimentaria», o como quiera que lo llamemos⁵. En este, como en tantos otros casos, los llamados objetivos del milenio de las Naciones Unidas no están yendo todo lo bien que se esperaba. Y así, en efecto, según cálculos del Banco Mundial, el número de personas que sobreviven con 1,25 dólares diarios o menos es actualmente de mil cuatrocientos millones. Ello generará importantes problemas de alimentación y sostenimiento. A su lado, el envejecimiento paulatino de la población incrementará exponencialmente las situaciones de dependencia y la demanda de servicios de salud, y exigirá soluciones para afrontarla, que han de ser al mismo tiempo prestaciones económicas y prestaciones personales. Todas ellas con un coste económico cierto. No hemos de descartar, desde luego, que, como método terrible de equilibrio demográfico, hagan también su entrada en escena otros dos jinetes del apocalipsis: la peste, en forma de nuevas pandemias, y la guerra, hoy con un alcance universal.

Comoquiera que el control demográfico y el desarrollo económico parecen ir de la mano, y que la virtud de la caridad —o solidaridad— ha mostrado hasta ahora alarmantes debilidades⁶, para afrontar estas cuestiones, si es que creemos que deben afrontarse, es necesario articular un conjunto de medidas de redistribución, estímulo y empleo que no sean únicamente voluntaristas y retóricas. Hasta hace unos años sabíamos que el hambre en el mundo era un efecto de nuestras acciones u omisiones individuales, y no del destino o de la naturaleza, y que, si no se la seguía sometiendo a excesivas presiones, la producción de la agricultura e incluso las lesivas pesquerías actuales bastaban para alimentar esa población creciente⁷. Hoy no es tan claro. Pero en todo caso, eso exigiría que nuestras acciones al respecto no fueran espontáneas sino coordinadas y debidas, es decir, que estuvieran normadas, que estuvieran respaldadas por alguna dosis de vinculatoriedad, es decir, sería necesario recurrir al derecho o a un orden parecido al derecho. Por su parte, la distribución de los alimentos producidos necesita también de una articulación regulada, es decir, también de un orden normativo. En cuanto a las situaciones crecientes de dependencia, se necesitarán igualmente normas de organización, financiación y servicios para solucionarlas mediante el derecho. Pero ¿tenemos ese derecho? ¿Podemos tenerlo? ¿Hay a la vista algún sucedáneo de ese orden normativo?

2. La distribución de la población humana: un mundo de inmensos suburbios

No será solo la dimensión meramente cuantitativa de la población o su envejecimiento lo que suponga un desafío para la regulación jurídica; también es importante tener en cuenta

⁵ Sobre los diferentes tipos de hambre y su conceptualización, cf. CAPARRÓS, M., *El hambre*, Barcelona (Anagrama), 2016, p. 485.

⁶ Las limitaciones de la ayuda humanitaria son evidentes: el famoso 0,7 por ciento del PIB destinado a paliar la malnutrición nunca se ha logrado, y las ONGs pugnan heroicamente con la impotencia y los peligros en medios sociales a veces muy agresivos.

⁷ Me remito al clásico estudio de SEN, A., *Poverty and Famine. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford (Clarendon Press), 1981. Pero no sé si hoy, casi cuarenta años después, puede mantenerse todavía esa afirmación.

el modo en que esa gigantesca población de más de nueve mil millones de seres humanos se asiente y distribuya en el territorio. Y todos los pronósticos apuntan a que una enorme proporción (se habla a veces hasta del 90%) se concentrará en aglomeraciones urbanas, y gran parte de ella en grandes ciudades, conurbaciones sin límites, megalópolis, metápolis (ciudades de ciudades), o como queramos llamarlas. Las ciudades han podido ser consideradas como el medio en el que la comunicación intensa entre inteligencias y el intercambio constante de información hacen avanzar la cultura y la ciencia⁸, pero estamos sumidos en un proceso al parecer imparable de destrucción de la vieja idea de ciudad⁹ y su sustitución por megalópolis sin límites, compuestas en casi todos sus cinturones por inmensos suburbios y *slums* idénticos a sí mismos en los que los habitantes se hacían faltos de las condiciones higiénicas mínimas y sin agua potable¹⁰. Dejando a un lado la inquietante posibilidad de las grandes pandemias por el intenso contacto humano directo en un medio tan insano¹¹, que planteará sin duda desafíos jurídico-políticos de gran alcance, lo cierto es que tanto los optimistas como los pesimistas están de acuerdo en una cosa: no solo la salud, sino la seguridad ciudadana más elemental es imposible de garantizar en esas enormes concentraciones urbanas con los medios presentes del derecho. Las exigencias de regulación, prevención y vigilancia que la mera paz exterior demanda en el interior de esas grandes ciudades desestructuradas y espontáneas no son capaces de alcanzarse con los instrumentos policiales y penales ordinarios¹². La complejidad del fenómeno y lo intrincado de sus posibles remedios jurídicos hacen que sea ilusorio suponer que esa realidad pueda ser sometida al imperio del derecho tal y como lo conocemos hoy. Solo hace un siglo, en 1916, Adolfo Posada escribía entre nosotros el primer gran libro sobre la ciudad moderna y su articulación jurídica¹³; hoy se lee, pese a su aliento innovador de entonces, y su correcto enfoque, como un libro sobre la ciudad del pasado. El derecho no puede alcanzar hoy, con sus medios comunes, al interior del suburbio sin límites en constante expansión. La triste constatación de que la desigualdad y la miseria habitan en ellos, y ni siquiera los cuerpos de policía pueden ingresar en esos espacios sociales sin derecho, nos la suministra hoy, por ejemplo, la necesidad de recurrir al ejército y las fuerzas armadas para reducir la resistencia interna de las favelas de Rio de Janeiro. Saldándose ello además con un fracaso. En este tema, en efecto, el derecho está fracasando, y su solución parcial de alentar la aparición de burbujas de seguridad privada en los barrios opulentos de esas ciudades, o renunciar al control de los suburbios, no es más

⁸ Una referencia accesible es GLAESER, E., *El triunfo de las ciudades*, Madrid (Taurus), 2011.

⁹ Remito a AGULLES, J., *La destrucción de la ciudad*, Madrid (Catarata), 2017.

¹⁰ Un libro de referencia, DAVIS, M., *Planet of Slums*, Londres (Verso), 2006.

¹¹ Las pandemias en esas condiciones serán especialmente destructivas, pero pueden no tener su origen en poblaciones deprimidas; de hecho, se propagan inicialmente por la tupida red de transportes internacionales: aeropuertos, puertos, etc.

¹² Sobre esto remito a CURBET, J., *El rey desnudo. La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*, Barcelona (UOC), 2009. Sobre si utilizar el derecho policial y penal para abordar el delito sin atacar sus causas y orígenes, ver GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford (Oxford University Press), 2001.

¹³ POSADA, A., *El régimen municipal de la ciudad moderna*, 3ª ed., Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1927.

que la confesión de ese fracaso. La cantidad y la intensidad de las interacciones humanas en las grandes megalópolis es una realidad que supera a los procedimientos policiales y penales de control, enclenques y lentos, de que disponemos hoy.

3. Los movimientos migratorios

Después están, los correspondientes, intensos e imparables, movimientos migratorios. No hay nada nuevo que descubrir aquí y ahora. Lo vemos todos los días en los informativos y los medios. También vemos la torpe impotencia de tantos países y tantas organizaciones internacionales para afrontarlos. A los efectos que aquí quiero destacar, es indiferente que las oleadas de migrantes sean consecuencia de situaciones de guerra, regímenes sanguinarios, grandes hambrunas o estados de pobreza crónica. Tomaremos como base general la noción de migración que designa el movimiento de personas a través de las fronteras, tanto por elección propia como forzadas por circunstancias económicas o políticas¹⁴. No es un hecho nuevo; los siglos XIX y XX fueron siglos de grandes migraciones. Pero se ha multiplicado en los últimos años: el movimiento acelerado de gentes cruzando las fronteras políticas, aparece con una intensidad inédita demandando soluciones a un mundo jurídico todavía anclado en la territorialidad y las fronteras. Sabemos que hasta el presente la inmigración ha sido un importante factor de dinamismo y prosperidad económica en el largo plazo, pero las poblaciones y los gobiernos están paralizados por la inmediatez, la intensidad y la urgencia del problema. En este tema, como en tantos otros, la miopía es un mal común de nuestra toma cotidiana de decisiones: lo hacemos enfocando a lo inmediato, donde creemos ver mejor, y lo que vemos nos llena de alarma, pero olvidamos la mirada de lejos, hacia el futuro, que es donde la emigración muestra su cara más positiva.

Pero veamos esa realidad más en detalle. Esos flujos de migraciones incesantes ponen sobre la mesa actual del derecho algunos problemas de fondo, que con frecuencia arrojan soluciones contradictorias. En primer lugar, parecen demandar una soberanía nacional más fuerte. Para desarrollar cualquier política migratoria exitosa y aceptable, los estados (o las organizaciones de estados del tipo Unión Europea) tienen que tener competencias efectivas sobre la aceptación o rechazo, total o selectivo, de los flujos de inmigrantes. Dejarlo todo a la mera porosidad de las fronteras o a la aceptación sin control de los flujos hará inviables la recepción, la regulación y sobre todo la protección de los individuos. Y ello pide, naturalmente, un reforzamiento de la soberanía interior. En segundo lugar, y esta es la paradoja, ponen de manifiesto la necesidad de una «gobernanza» internacional más efectiva, que se

¹⁴ La literatura al respecto es inabarcable. Por razones de simplicidad en el planteamiento sigo aquí a JORDAN, B. y DÜVELL, F., *Migration. The Boundaries of Equality and Justice*, Cambridge (Polity), 2003. Sobre las aporías y complejidades de su regulación jurídica, cfr. REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (eds.), «Movimientos migratorios y derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2003. En nuestro país, Javier De Lucas, Catedrático de la Universidad de Valencia, ha estudiado exhaustivamente a lo largo de gran parte de su obra este problema social, jurídico y político, pero sobre todo humano.

expresaría en todo caso a través de algo parecido a normas jurídicas supraestatales, de las que carecemos, y que pudieran llegar a exigir hasta la intervención externa en los territorios que son origen de grandes flujos migratorios para paliar sus causas (lo que es tanto como decir, la puesta en cuestión del principio de no intervención en las relaciones internacionales). En tercer lugar está, naturalmente, la presencia cada vez más explícita y manifiesta de la nueva vulnerabilidad de la población excluida y la necesidad de protección social, en un mundo jurídico que no tiene armas para hacerla posible. Por último, nos encontramos con el absurdo de que la democracia, es decir, el consentimiento de los electores, tiende a dificultad o impedir, o al menos a ser contrario a la regulación racional de la inmigración. La miopía opera también sobre el votante generando el rechazo en el presente de los inmigrantes y forzando a los gobiernos a emprender políticas de mera represión o rechazo. De ahí el éxito relativo de los partidos xenófobos.

Pero la realidad de las migraciones globales pone de manifiesto algo paradójico, que vale la pena subrayar. Como consecuencia quizás de la inmediatez que tienen los testimonios que vemos en los medios todos los días, se da también un cierto progreso relativo de la conciencia moral general (con todas las excepciones que se quiera), en el sentido de que cada día se van haciendo más claras y evidentes unas exigencias éticas de principio que nos parecen irrenunciables (solidaridad mínima, protección al inmigrante, lucha contra la hambruna, derechos básicos por encima de las fronteras, condena de delitos contra la humanidad, etc.), pero que, sin embargo, no parecen poder ser realizadas e incorporadas por las organizaciones institucionales y las normas jurídicas tal y como las contemplamos hoy. Las exigencias de la moralidad compartida aparecen como imposibles de digerir por los ordenamientos jurídicos, dejándonos un creciente peso de amargura y desconfianza hacia las políticas públicas y las regulaciones jurídicas. Esto ha multiplicado el impulso de organizaciones espontáneas de naturaleza no gubernamental, que quizás no son sino una patética expresión de la impotencia y la incuria de los Estados. Representan una moralidad en ascenso incapaz de ser asumida por el orden jurídico vigente.

4. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información

El pasmoso avance que han experimentado las tecnologías de la información en estos últimos treinta años provoca también desajustes graves entre las posibilidades de regulación de que disponemos y la profundidad del desafío que plantean ante nosotros. Somos un mundo abarrotado de gente y un mundo muy complejo e «hiperconectado». Las interacciones virtuales que se producen entre nosotros todos los días y el grado de acceso a la información y la conexión con otros están detrás de algunos problemas importantes¹⁵. Sucede con estas nuevas tecnologías lo que ha sucedido siempre a lo largo de la historia con toda suerte de invenciones: el uso de las nuevas herramientas muestra siempre un doble filo. Alimentan

¹⁵ Cfr. sobre esto GOLDIN, I., *Divided Nations. Why global governance is failing, and what we can do about it*, Oxford (Oxford University Press), 2013.

tanto la explosión de progreso que hemos experimentado en los últimos treinta años como unos peligros y amenazas crecientes y masivos. Y no sabemos muy bien si podremos someterla a disciplina reguladora alguna, o cómo podremos hacerlo. Desde luego el derecho tal y como hoy lo concebimos, es bastante impotente para ello. Como tantas otras veces, nos encontramos con la paradoja de la fuerza y el poder que nos da la tecnología unidos a la progresiva vulnerabilidad que padecemos frente a ella. El derecho que conocemos es predominantemente territorial y lento, y la realidad que nos procura la red parece pretender abolir el espacio y el tiempo. En efecto, si atendemos a la descripción que de ella dan los juristas especializados, veremos que internet es una estructura descentralizada, abierta, que opera por encima de las fronteras sin dificultad, y que tiene, literalmente, «ausencia de soberano»¹⁶. Se ha podido por ello festejar que nos encontremos ante una realidad lábil, global, anónima, sin cortapisa alguna al ejercicio de la libertad, de una realidad, en fin, cara a los libertarios y ácratas que contemplaron su aparición y desarrollo como el ámbito al fin del crecimiento del espíritu sin restricciones. Ni dios, ni patrón, ni Estado. Pero de pronto nos hemos dado de bruces con la realidad de que tal condición no solo puede ser excelsa y libre sino también repugnante por el uso de las más antiguas prácticas de dominación. Además, la complejidad excesiva y la facilidad del anonimato tienden a excluir o dificultar en ella la idea de responsabilidad. Inmediatamente empezaron a salirnos al paso cosas como los acosos a menores en páginas de pedofilia, el uso fraudulento de la red, los troles y los troyanos, la violación de los derechos de propiedad intelectual, la manipulación y la mentira, la distribución de pornografía, los robos de datos, los ataques a las redes y el uso de la *web* para fines violentos y terroristas, o para alterar o condicionar los procesos electorales, o para traicionar los secretos oficiales y privados. En la red se ignora la intimidad, se desarrollan conductas de acoso, o se crean grandes almacenes de *big data* a través de los que se trata de configurar la personalidad de los usuarios como consumidores, sus tendencias y preferencias, con objeto de ponerlos a disposición del mercado. En los diálogos que se producen en las distintas modalidades de comunicación de la red se contempla a veces con estupor el reinado de la injuria, la descalificación gratuita, el insulto, la degradación de quien habla y de quien responde. En fin, del ángel libérrimo que desarrolla su personalidad sin cortapisas, podemos pasar sin solución de continuidad al más abyecto demonio hobbesiano que humilla, agrede y ofende sin asumir por ello responsabilidad alguna. Y con gran frecuencia, en el más impune de los anonimatos. Seguramente esto es lo que lleva a Barrio Andrés a concluir: «La regulación de Internet excede los parámetros regulatorios tradicionales del Estado liberal de Derecho»¹⁷. Pero uno puede también preguntarse si no estaremos solo en los confines del Estado liberal de derecho, sino en los confines del derecho mismo, si no será que el derecho en cuanto tal, como práctica social de regulación de conductas reales en términos perentorios y coactivos no acabará por ser impotente ante una realidad que no era la prevista como humana en esa práctica social hace solo treinta años. El ciberterrorismo, el

¹⁶ Sigo aquí a BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2017, pp. 38 y ss.

¹⁷ BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, cit., p. 139.

ciberdelito, las actividades del *hacker* contra la seguridad internacional, la desaparición real del *copyright*, son fenómenos heterogéneos, pero todos tienen en común que son difíciles, si no imposibles, de prevenir o regular con las normas jurídicas tal y como las entendemos hoy.

La transmisión de información en masa sin controles de calidad es seguramente lo que ha abierto el camino a la idea estúpida de «posverdad» (por cierto, ya muy festejada antes con ese u otro nombre entre los filósofos posmodernos¹⁸), y al simplismo y la impunidad en la emisión de las opiniones. Y es la que deja ante nuestros ojos atónitos el espectáculo de la más cruda de las alienaciones extendiéndose por todas las escalas de edad de la sociedad, desde los niños hasta los ancianos. Si esa realidad no puede ser sometida a pautas de racionalidad y disciplina desembocará con seguridad en una suerte de anomia generalizada, dentro de la que los usuarios compulsivos de la red buscarán identidades nuevas y afinidades extravagantes. Internet puede alterar profundamente la estratificación y la morfología social de un modo imposible de prevenir por norma alguna. Eso, por ejemplo, es lo que puede haber sucedido en los procesos de legitimación política interferidos por la corriente de información masiva de la red. Las movilizaciones con lemas elementales y la discusión política virtual llena de simplismos y tópicos son realidades nuevas que pueden afectar gravemente al proceso de legitimación política. ¿Estamos en condiciones de poder afirmar que todo ello puede ser objeto de regulación jurídica, o es más bien una realidad que hace saltar por los aires algunas de las bases de nuestro viejo derecho?

5. El problema del cambio climático

¿Por qué me dispongo a traer aquí un fenómeno como el del cambio climático? No solo porque, si se cumplen las predicciones de los científicos, hoy ya casi unánimes, la catástrofe que se nos viene encima es de proporciones gigantescas. Es también porque como problema mismo pone ante nosotros todos los elementos característicos de esa nueva realidad que no podemos aprehender ni disciplinar sin una autoridad global, sin un soberano político y jurídico del que carecemos. Empecemos por lo primero. Basta con una cita un poco larga para ilustrarlo: «Las consecuencias probables de las emisiones continuas de gases de efecto invernadero se mencionan con frecuencia, pero vale la pena repetir las: durante la próxima centuria el calentamiento global es probable que incremente la intensidad de las sequías, inundaciones, huracanes, tormentas e incendios salvajes, que derrita los casquetes de hielo polar, eleve el nivel del mar y esté asociado con cambios dramáticos en las pautas de cultivo y en la inseguridad alimentaria. La gente pobre será la que más sufra a medida que las hambrunas se hagan más frecuentes y las tierras marginales todavía menos viables

¹⁸ La filosofía posmoderna en la academia y el periodismo irresponsable en la vida cotidiana se echan ahora las manos a la cabeza, después de haber alimentado demasiados años las raíces de la «posverdad» actual. Contra ello ya hace tiempo que se alzaron algunas, pocas, voces. Por ejemplo, HAAK, S., *Manifesto of a Passionate Moderate*, Chicago (The University of Chicago Press), 1998; y BENSON, O. y STANGROOM, J., *Why Truth Matters*, Londres (Continuum), 2006.

[...] La disponibilidad de alimento y agua, que ya están bajo presión por el crecimiento de la población, es probable que resulte todavía más limitada»¹⁹. La evidencia científica al respecto es, como digo, abrumadora, y el pesimismo cunde, incluso entre aquellos especialistas menos dados al catastrofismo. «Si los humanos siguen como hasta ahora durante la primera mitad de este siglo, creo que el hundimiento de la civilización debido al cambio climático se hace inevitable»²⁰.

Los instrumentos normativos de que disponemos para evitarlo, por ejemplo, el protocolo de Kyoto o los acuerdos de París de 2015, se suscriben un día y se ignoran o se abandonan el siguiente. No se trata de buenas o malas intenciones. Se trata de que cualquier norma que trate de imponerse en ese tema ha de estar administrada por una autoridad superior, y carecemos de esa autoridad, tanto si pensamos en términos morales como, sobre todo, si pensamos en términos jurídicos. En esa tesitura, el problema presenta todos los perfiles de un problema insoluble de acción colectiva. Siendo los Estados los actores oficiales de la vida internacional, resulta para ellos más racional adoptar la posición del *free rider* (que es además la que prefieren demasiados electores). Si la mayoría de los Estados cumple con las normas, a uno le trae más cuenta evadirse. Pero esta posición, tan «racional» desde cierto punto de vista, resulta en el colapso de la norma. O, como mucho, en la obtención de un subóptimo. Lo que sucede es que, en materia de cambio climático, el subóptimo equivale al suicidio. *Requiem por una especie*, titulaba Clive Hamilton su libro sobre la estúpida e incomprensible actitud de tantos de resistirse a la verdad sobre el cambio climático²¹. La especie que puede extinguirse no es, por cierto, la de los linceos o los estorninos.

6. El dominio de la economía financiera

Algo parecido sucede con el último de los grandes problemas que voy a mencionar: el dominio de la economía financiera sobre la productiva en el mundo global. También aquí nos chocamos con la imposibilidad de regularla sin unanimidad entre todos los países, y no somos capaces de crear esas normas unánimes. Para ella rige muy en particular, la conclusión de Rodrik: «Este desequilibrio entre el alcance nacional de los gobiernos y la naturaleza global de los mercados constituye el talón de Aquiles de la globalización»²². En efecto ese talón de Aquiles propio de toda la economía de la globalización es particularmente aplicable a la economía financiera, y está agrandándose hasta unos extremos peligrosos. Para mantener los mercados y asumir los costes de transacción, como arguye Rodrik, necesitamos un conjunto de reglas jurídicas que tradicionalmente ha ofrecido el Estado.

¹⁹ GOLDIN, I., *Divided Nations. Why global governance is failing, and what we can do about it*, cit., pp. 40-41.

²⁰ FLANNERY, T., *La amenaza del cambio climático. Historia y futuro*, Madrid (Taurus), 2006, p. 247.

²¹ HAMILTON, C., *Requiem for a Species. Why We Resist the Truth about Climate Change*, Londres (Routledge), 2015.

²² RODRIK, D., *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona (Antoni Bosch), 2011, p. 18.

¿Podemos devolver al Estado esa competencia en plena globalización financiera? No parece posible. ¿Tenemos en nuestro arsenal normativo otras normas supraestatales capaces de llevar a cabo esa tarea? Tampoco lo parece. El sistema financiero de la globalización ha crecido de forma excesiva, tiene una predominante función especulativa, es demasiado complejo y tiene una intensa propensión al contagio entre sus muchos componentes. Es, pues al mismo tiempo, de una extensión enorme y de una vulnerabilidad enfermiza²³. Las propuestas de reforma necesarias pasan por una reducción de sus dimensiones globales, un ataque normativo a las llamadas «finanzas sombra», es decir, a todos aquellos activos que se mueven fuera del balance de las entidades financieras, una regulación seria del mercado de «derivados», una limitación de la titularización de los créditos y un nuevo cálculo de los riesgos²⁴. Pero todas esas cosas requieren la presencia de normas vigentes y de segura aplicabilidad. ¿Dónde están esas normas si los Estados son simultáneamente dependientes de los mercados financieros y actores en los mercados financieros? ¿Dónde si el derecho internacional es sobre todo un derecho entre Estados?

II. ¿SOLUCIONES?

Estos son, insisto, algunos de los problemas. Hay otros tan complejos como ellos: el mencionado de las pandemias en condiciones de intensa interacción humana, los riesgos sistémicos en el comercio transnacional, el terrorismo global y la percepción actual de la guerra, los narcoestados y su penetración internacional, el incremento en el acceso a tecnologías nucleares de doble uso, etc.; todos ellos pueden ser analizados desde parámetros similares. Pero hay especialmente algunos rasgos comunes que vale la pena recordar si queremos pensar en un horizonte donde se pretenda alguna regulación jurídica. En primer lugar, como ya he apuntado antes, estamos ante una realidad que es la resultante de cientos de miles de acciones individuales anónimas a las que es difícil disciplinar normativamente. Todo lo que podemos muchas veces hacer es ciertas modificaciones del contexto en el que se realizan esas acciones individuales para ver de influir en ellas o de cortar el paso hacia la resultante global. Piénsese en el crecimiento demográfico, o en el cambio climático. En segundo lugar, se da en casi todos lo que se ha llamado, recurriendo a un juego de palabras, «el defecto mariposa»²⁵, en virtud del cual, el hecho de que todos los nodos de esas redes globales estén tan intensamente interconectados supone que lo que sucede en uno de los puntos de esa retícula tan compleja repercute casi inmediatamente en todos los demás puntos de la red, lo que genera a su vez una tendencia elevada al riesgo, que a veces puede ser riesgo sistémico, es decir, el riesgo de acciones humanas o eventos naturales que pueden producir el colapso de todo el sistema. La globalización, junto a su indudable prosperidad y fuerza, muestra así al mismo tiempo una alarmante vulnerabilidad. En la quiebra de Lehman

²³ Sigo aquí a GALLINO, L., *Finanzcapitalismo*, Turín (Giulio Einaudi), 2013, p. 254 y ss.

²⁴ GALLINO, L., *Finanzcapitalismo*, cit., pp. 280-81.

²⁵ En un libro de GOLDIN, I. y MARIATHASAN, M., *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risks, and what to do about it*, Princeton (Princeton University Press), 2014.

Brothers tenemos un ejemplo claro y cercano de ello. Muchos eventos inesperados, incluso puramente naturales, producen grandes daños en cadena y afectan a sectores enteros. La erupción del volcán de Islandia en 2010, que determinó el cierre del tráfico aéreo durante casi un mes en Europa, provocó solo en la hostelería pérdidas en torno a los mil seiscientos millones de dólares²⁶. O el incendio de una planta de semiconductores propiedad de Philips en Nuevo México, en marzo de 2000, que provocó un shock de suministros en una conocida compañía nórdica de telecomunicaciones y sacó del mercado a un competidor europeo. Debemos aceptar que, al lado de su extraordinaria potencialidad, la gran conectividad global plantea también importantes desafíos: desdibuja el itinerario de la responsabilidad, concentra los riesgos en lugar de diluirlos, y funciona a menudo alimentada por sesgos epistémicos que la hacen aún más vulnerable (por ejemplo, la ortodoxia económica de la liberalización y la administración débil, que se difundió durante décadas y aún perdura en las escuelas de economía)²⁷.

Para preguntarnos por la posibilidad de su regulación debemos, en primer lugar, desprendernos de las soluciones puramente verbales, y después tener en cuenta que dentro de su variedad y complejidad se da siempre una mezcla de problemas de cooperación y de problemas de conflicto. Los problemas de cooperación o de coordinación de conductas aparecen cuando los intereses de los actores en presencia tienden a coincidir, no a diferir (todos prefieren una solución, cualquiera que sea, siempre que sea la misma para todos), es decir, todos quieren cooperar, pero no se dispone de una pauta para regular las conductas de forma que estas se coordinen a la búsqueda de una solución única. Regular estos problemas es relativamente sencillo y exitoso: la pauta puede surgir de la mera repetición de conductas que se hayan demostrado eficaces para coordinar las conductas o puede ser creada artificialmente y ser seguida inmediatamente por todos. La coordinación de las conductas operada por esa pauta resuelve el problema y todos satisfacen esos intereses coincidentes que configuran lo que se puede llamar el interés común o general. Por eso se dice que esa solución se refuerza a sí misma. Pero junto a esos problemas de coordinación, aparecen también, como antes decía, graves problemas de conflicto de intereses. Aquí la situación es tal que los actores en presencia tienen intereses y preferencias incompatibles y la única posibilidad de resolver el conflicto racionalmente reside en la existencia de una autoridad externa que imponga la solución. Esta, seguramente, es la razón última del derecho. Y seguramente lo que determina su aparición en los tiempos remotos de la prehistoria. Puede que hoy nos encontremos en la misma condición de entonces: o logramos erigir una autoridad superior capaz de administrar la fuerza sobre los actores en presencia, o podemos vernos en la tesitura de contemplar cómo estos se ven tentados a resolver el conflicto mediante

²⁶ Otro efecto de la hiperconectividad actual entre seres humanos: se calcula que en torno a 650 millones de pasajeros pasan por los diez aeropuertos más importantes del mundo al año, de ellos al menos tres son europeos: Heathrow (Londres), París, Frankfurt.

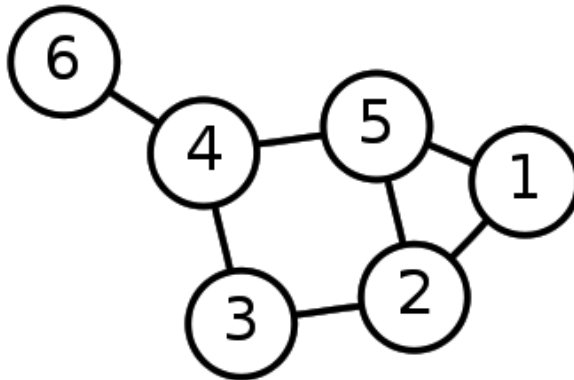
²⁷ Tomo estos datos de GOLDIN, I. y MARIATHASAN, M., *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risks, and what to do about it*, cit.

la utilización de la fuerza. Solo que esta solución es hoy por hoy suicida. ¿Hay, entonces, soluciones jurídicas?

1. ¿*Networks*? Una solución verbal

Es usual presentar como solución para superar los problemas de disciplina y gobernanza de una realidad tan compleja y tan nueva como la que tenemos ante nosotros apelar a la idea de *network*. Si no hay posibilidad de estructurar jerárquicamente los instrumentos de solución de los problemas nuevos y encontrar esa autoridad externa que los imponga, al menos –se dice– tenemos la idea de *network*. Veamos si puede servir a nuestros propósitos.

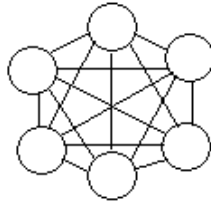
Lo que puede transmitirse con la noción de *network*, es decir, la noción de red, malla, trama, retícula, etc., es intuitivamente fácil de entender, aunque tampoco es necesario que nos abandonemos a la intuición para comprenderlo. En la teoría matemática de relaciones su idea básica se expresa con el nombre de «grafo». Un grafo es un *conjunto* cuyos elementos son pares *ordenados*, es decir, un conjunto integrado por miembros o elementos que tienen unas determinadas relaciones entre sí. Los miembros o elementos del conjunto pueden tener cualquier naturaleza, y sus relaciones pueden ser, también, cualesquiera que puedan pensarse. Se representa usualmente mediante una serie de puntos, llamados nodos, y una serie de líneas. Los nodos representan los miembros o elementos, y las líneas, las relaciones entre ellos. He aquí un ejemplo abstracto de grafo, tomado de la popular *Wikipedia*, cuyo significado solo puede ser obtenido si se propone una identidad para los nodos y se definen las relaciones entre ellos:



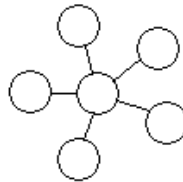
Temo mucho que la noción de *network* sea al mismo tiempo tan expresiva y tan poco expresiva como la de grafo. Seguramente por eso ha tenido últimamente un gran éxito para describir el funcionamiento de las intercomunicaciones basadas en las nuevas tecnologías. En el universo de las computadoras, una *network* no es más que un grupo de dos o más computadoras conectadas entre sí. Y esos enlaces pueden presentarse en múltiples figuras

con formas y propiedades de cualquier naturaleza. Se dice, por ejemplo, que las topologías más frecuentes son las cinco siguientes:

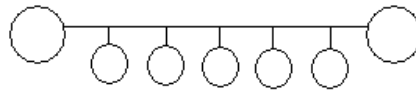
1. Malla



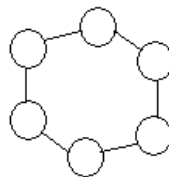
2. Estrella



3. Autobús



4. Anillo



5. Árbol, que no es sino una combinación de la 2 y la 3: en algunos nodos de la forma «autobús» se sitúa una «estrella».

Cómo podemos ver, las figuras tomadas en abstracto dicen muy poco de lo que pretenden representar si no contamos con alguna información ulterior sobre la identidad de los nodos y las relaciones. Por ejemplo, en el universo de la computación se distingue entre un tipo de *network* llamado «par a par», en el que cada uno de los elementos o nódulos tiene

capacidad operativa y responsabilidad equivalentes a los demás, y un tipo de *network* cuya arquitectura no es «igualitaria» sino que se define porque algunos elementos o nodos son superiores en competencia y responsabilidad respecto de otros (en el mundo *web* se le llama arquitectura «cliente/servidor»).

Si salimos ahora del espacio puramente abstracto y formal de la matemática y la informática, y pretendemos que la terminología al uso tenga un cometido útil en el campo de las ciencias sociales y el derecho, debemos empezar por hacer antes esas reflexiones importantes. En el vocabulario de la ciencia social, como en los otros, *network* solo significa una estructura compuesta por nodos que se encuentran relacionados entre sí de cierta manera. Así pensada, la idea de *network* que se proyecta sobre la realidad social puede significar, o representar, cualquier cosa, y por tanto, es perfectamente inútil e inexpresiva. Además, puede dar lugar a una ambigüedad fundamental²⁸: puede aparecer como una categoría meramente *conceptual* que proyectamos sobre la realidad social para tratar de aprehenderla, o puede sugerirse que se trata de una *propiedad* de la realidad social misma, un modo de estar organizadas las relaciones entre los integrantes de la sociedad. En el primer caso, cualquier realidad social compuesta de elementos diversos puede definirse como *network* a condición de que identifiquemos convenientemente sus elementos y las relaciones entre ellos, y entonces la utilidad de la categoría es dudosa. Quizás, para ser justos, la idea, concebida así, en términos tan formales, introduce una dimensión de la realidad social que puede que valga la pena mencionar: la dimensión de complejidad de los todos sociales. Lo que se gana con ella es evitar el planteamiento, llamado a veces «reduccionista», que ve la intelección del todo a través de la disección de sus partes como entidades aislables. Cuando una realidad cualquiera es compleja, entonces tiene propiedades que no pueden explicarse con, o reducirse a, las propiedades que tengan sus partes, y configura así un todo que persiste pese a los posibles cambios y mutaciones de sus partes. Como afirma Solé, hay algo que trasciende a las partes, «un orden de nivel superior que no podemos comprimir»²⁹ A comprender esto puede ayudarnos la herramienta conceptual denominada *network*.

En segundo lugar, si lo que se quiere decir con la noción de *network* es que los ingredientes de la realidad social están relacionados entre sí de alguna forma, entonces es necesario dar dos pasos ulteriores para que tal afirmación pueda ser productiva y contrastable: primero, hemos de establecer o definir la naturaleza de esos ingredientes, de los miembros del conjunto (los nodos), y segundo, debemos formular con precisión las relaciones que se dan entre ellos. Y como es evidente la sola idea de *network* no ofrece respuesta por sí misma a ninguna de esas dos cuestiones. Así que, sin esa respuesta, la afirmación de que la realidad social está configurada como una red compleja o puede verse como tal es poco informativa.

²⁸ Me inspiro aquí en THOMPSON, G.F., *Between Hierarchies & Markets. The Logic and Limits of Network Forms of Organization*, Oxford (Oxford University Press), 2003.

²⁹ SOLÉ, R., *Redes Complejas. Del genoma a Internet*, Barcelona (Tusquets), 2009, pp. 18-21.

Empecemos, pues, por recordar algunas de las preguntas relevantes sobre la naturaleza de las unidades (o nodos) de que presuntamente está compuesta la realidad social³⁰. ¿Son seres humanos?, ¿sólo seres humanos?, ¿seres humanos individuales?, ¿son todos los individuos?, ¿o son grupos humanos?, ¿qué clase de grupos, entonces?, ¿grupos informales?, ¿corporaciones económicas?, ¿instituciones sociales?, ¿confesiones religiosas?, ¿entidades culturales o científicas?, ¿instituciones políticas?, ¿agencias internacionales de poder?, ¿alguna otra realidad o alguna mezcla de esas realidades? Es evidente que la lista de preguntas podría incrementarse casi sin límites. Y no es necesario decir que solo después de haber tomado esta primera decisión podemos hacernos una idea inicial de la configuración que va a adquirir la red o retícula social. Después vendría la respuesta a la segunda pregunta: ¿Qué tipo de relaciones suponemos que son las interacciones entre esos nodos?, ¿relaciones formales o informales?, ¿normativas o fácticas?, ¿jerárquicas o iguales?, ¿vinculadas o libres?, y así sucesivamente. De cada una de esas respuestas surgirá un panorama social o institucional diferente. De forma que solo después de esta segunda operación intelectual podremos saber qué estamos afirmando cuando empleamos el término *network* aplicado a realidades sociales.

A veces tiene uno la sensación de que la generalizada utilización actual de la noción de *network* ignora, en el mejor de los casos, o esconde, o disimula, las decisiones previas que acabamos de comentar, o las da por tomadas sin que ello se anuncie o se justifique de modo alguno. Y así, cuando en el ámbito de los problemas que estamos viendo se habla de *network* como de una nueva configuración de las relaciones sociales, económicas o jurídicas, se pretende diferenciar implícitamente esa forma de tejido social de otras que configurarían una retícula de diferente naturaleza: en particular, me parece que, para marcar las diferencias con ellas, se tienen en mente la configuración de las relaciones sociales que se llama en estos escritos «jerarquía» y la configuración de las relaciones sociales que denominamos «mercado». Tras esta operación de diferenciación implícita, *network* acaba por hacer referencia a un tipo de relaciones sociales que no son jerárquicas ni se establecen en los intercambios de mercado. Así, como si las otras dos cosas no fueran también redes de un cierto tipo, se afirma, por ejemplo, lo siguiente: «Es un tema constante en la literatura de las ciencias sociales que los mercados y las jerarquías tienen sus límites. Las redes [*networks*] se ven como la solución a esos problemas»³¹. Es muy interesante a este respecto que registremos cuáles son las propiedades que algunos autores adscriben a este tejido presuntamente nuevo que se encuentra más allá de esos dos. Mientras las redes jerárquicas se caracterizan por relaciones de mandato y autoridad, y las redes de mercado por relaciones de negociación, competencia y libertad, las *networks* como un presunto tercer género pretenden basarse en relaciones más informales e igualitarias de ayuda mutua, confianza, consenso, cooperación,

³⁰ Un planteamiento similar aplicado a la comprensión de la seguridad internacional, ALLISON, G., «The Impact of Globalization on National and International Security», en NYE, J. S. y DONAHUE, J.D., *Governance in a Globalizing World*, Washington (Brookings Institution Press), 2000.

³¹ RHODES, R.A.W., «Governance and Public Administration» en PIERRE, J. (ed.), *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy*, Oxford (Oxford University Press), 2000, p. 80.

etc. En efecto, cuando, desde este enfoque, se pretende indagar en las razones por las que un segmento de la sociedad se constituye en una *network* social, y los rasgos que la presiden, se ofrecen los siguientes conceptos para describir las relaciones que la configuran: solidaridad, altruismo, lealtad, reciprocidad, confianza³². Y es evidente, desde luego, que una red de este tipo mantiene importantes diferencias con las redes jerárquicas y las redes de mercado, que no parecen obedecer precisamente a lógicas presididas por esas nociones. Tal y como se presentan, pues, esas redes sociales obedecen más bien a impulsos que tienen que ver con estructuras sociales comunitarias, basadas en la confianza recíproca y en relaciones intensas y conocidas, porque es difícil en efecto practicar, por ejemplo, la lealtad, o la reciprocidad, o la confianza, con seres ajenos y desconocidos. Quizás sí la solidaridad o el altruismo. Pero en todo caso –y esto importa subrayarlo– resulta difícil imaginar cómo se pueden concebir con estos ingredientes, y más cuajar y tejer, redes globales o internacionales. Porque aquí no se está utilizando la noción de red para hacer referencia a grupos sociales como la familia o la aldea, en los que, por la inmediatez de las relaciones, cabe en efecto el desarrollo de todas esas actitudes y virtudes, sino que, al parecer, se está tratando de manejar la idea de *network* para describir la realidad transnacional, la llamada sociedad global.

Así que, si pretendemos hallar en los estratos más importantes de la realidad contemporánea algún tipo de conexión basado en *networks*, en lugar de relaciones de jerarquía o de mercado, deberemos mirar hacia otro lado. Y no se afirma nada nuevo si se dice que la candidata más inmediata es la red por antonomasia, la *web* tecnológica de comunicación mundial en tiempo real. Pero se trata de una vía de comunicación tan amplia, ágil y versátil que prácticamente cabe todo en ella, y resulta difícil ver allí algún aspecto verdaderamente nuevo y distintivo para la interacción social, más allá, claro está, de su enorme potencial como medio o vía de conexión y comunicación. Porque si nos ponemos a pensar un poco, tenemos que concluir que, como hemos visto, a través de la gran red pueden ejercerse acciones de poder, de autoridad, de influencia; desarrollar relaciones de jerarquía, emprender negociaciones para articular mercados nacionales o transnacionales; transmitir información, aconsejar, mandar, o recomendar; enseñar, engañar, informar o pervertir. Es decir, en la red y en la comunicación que a través de ella circula, como vehículo puramente formal y vacío que es, cabe perfectamente todo. La información y los mensajes que vehicula pueden definirse por rasgos externos, como su velocidad, su alcance o su cantidad, pero, en tanto que red, como *network*, no determina la naturaleza o calidad del mensaje. *Malgré* MacLuhan, el medio nunca fue el mensaje, ni tampoco lo es ahora.

¿Qué podemos entonces descubrir en la Gran Red que sea verdaderamente nuevo y eficaz para enfrentar problemas y realidades como las que hemos visto? No cabe duda de que a través de las nuevas tecnologías de la comunicación se pueden incrementar hasta tal punto las interacciones entre los nodos, entre los agentes que se hallan en relación virtual dentro de ella, que algunas peculiaridades propias afloran ahora a la superficie con enorme fuerza. La

³² THOMPSON, G.F., *Between Hierarchies & Markets. The Logic and Limits of Network Forms of Organization*, cit., p. 40.

primera y más inmediata es la transmisión masiva de información, y la constitución, a través de ella, de depósitos comunes de conocimiento accesibles inmediatamente para todos y desde todos los puntos de la tierra. Un ejemplo de ello son las que se han llamado «comunidades epistémicas» como redes de profesionales y expertos reconocidos en un área particular, con pretensión de ser autoridad teórica en relación con conocimientos que pueden ser relevantes para el desarrollo de las políticas dentro de esa área³³. Los miembros de una comunidad epistémica comparten creencias científicas contrastadas y desarrolladas por ellos que pueden entrar a formar parte del ingrediente cognitivo que tiene toda decisión reguladora. De esta manera, mediante las nuevas tecnologías, puede constituirse, de un modo antes impensable, una comunidad científica internacional cuyas posiciones comunes sobre cualquier tema objeto de decisión por el poder político condicionen de forma relevante el contenido de tales decisiones. Sin embargo, ello también puede tener sus aspectos negativos. Dejando a un lado los problemas que plantea la idea de dejar en manos de los expertos decisiones normativas de gran alcance, una comunidad epistémica puede introducir en el conocimiento de la realidad uno o varios sesgos que condicionen el horizonte de las soluciones que se pueden prever para los problemas. Se dice con frecuencia que esto es precisamente lo que ha sucedido con la hegemónica comunidad epistémica de los economistas desregularizadores y partidarios del libre mercado sin restricción alguna. Han cerrado tanto el horizonte de soluciones que han creado nuevos problemas en la economía internacional. Impusieron como imperativa la desregularización de la economía financiera y llegó la crisis sistémica que la quebró.

En todo caso, en el molde formal de las comunidades epistémicas pueden también imaginarse comunidades que comparten un tipo de información diferente, en particular, información normativa. La existencia de una red informativa que pone al alcance de todos las soluciones normativas que se han dado a determinados problemas por órganos de decisión de cualquier naturaleza y de cualquier origen geográfico puede también configurar un depósito común de información para la decisión³⁴. No es, por ejemplo, infrecuente hoy día que la toma de decisiones judiciales se realice teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida sobre cualquier cuestión por tribunales y jueces de muy diferente procedencia. Y no es imposible pensar en un proceso de convergencia y aproximación, unificación al cabo, de las soluciones jurídicas a los mismos problemas³⁵. Pero es importante subrayar que eso no significa que con la noción de *network* se modifique la naturaleza normativa de las decisiones

³³ HAAS, P.M., «Introduction: epistemic communities and international policy coordination», *International Organization*, vol. 46, núm. 1, 1992, pp. 1-35.

³⁴ Hoy sería el momento del derecho comparado, que sin embargo ignoramos tanto en nuestras Facultades. Llama la atención sobre este aspecto de los estudios actuales, TWINING, W., *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009, cap. 8. Lo había hecho ya en TWINING, W., *Globalization and Legal Theory*, Evanston (Northwestern University Press), 2000, cap. 7.

³⁵ Otra materia que apenas se trata en nuestras Facultades, pese a lo relevante que es para la legislación y la práctica jurídica moderna, es la de los llamados «trasplantes legales». Remito al libro clásico de WATSON, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens (The University of Georgia Press), 1993.

tomadas. Y eso es precisamente lo que se ha pretendido a veces. Por ejemplo, cuando se ha tratado de aplicar la noción al mundo de la Administración Pública se ha deslizado la idea de que con la aparición de las redes se había modificado la estructura misma de la organización administrativa, hasta el punto de que ello llevaba consigo fragmentación, policentrismo e incorporación al funcionamiento de la Administración de entidades de derecho privado, etc. El horizonte de que la idea de control jerárquico era, o iba a ser, sustituida por procesos continuos de negociación y regateo entre partes interesadas se debería a ese nuevo concepto. Esa sería la forma de operar de la máquina administrativa según la nueva teoría de las redes. Y una de sus consecuencias sería, según refieren Bogason y Toonen, que para los teóricos de las *networks*, «las organizaciones, el derecho, las constituciones, el poder, los tribunales, los gobiernos, los mandatos formales y las competencias legales no parecen importar ya»³⁶. Esa es precisamente la conclusión que, mediante la utilización poco matizada de la idea de *network*, parecen sugerir muchos de los autores que registran fenómenos nuevos en la actualidad de las relaciones personales e institucionales. La red como metáfora transmite la idea de horizontalidad frente a verticalidad, igualdad frente a jerarquía, y policentrismo frente a agencias dotadas de autoridad. En la red no se da entonces la pirámide normativa que ha constituido la gran metáfora del orden jurídico del Estado westfaliano.

Para calibrar el alcance que pueda tener la noción de *network* para afrontar los problemas que hemos visto, vale la pena que comparezca aquí alguien que ha tratado de imaginar nada menos que un «nuevo orden mundial» basado precisamente en esa noción. Anne-Marie Slaughter, decana de Princeton y presidenta de la Asociación Americana de Derecho Internacional, ha ideado, en efecto, un nuevo modo de contemplar el panorama del orden internacional haciendo un uso masivo del concepto de *network*³⁷. Por sugestivo que sea su estudio, se ve sin embargo en él el gran problema de la enorme imprecisión que arrastra consigo el concepto. En efecto, Slaughter no duda en utilizar una versión extremadamente amplia de él: «el concepto de *network* –escribe– tiene muchas definiciones diferentes; yo uso una definición muy amplia. La cuestión es captar todos los diferentes modos en que las instituciones individuales de gobierno están interactuando con sus homólogas en el exterior o por encima de ellas, en paralelo a las interacciones más tradicionales de Estado a Estado. Para los propósitos presentes, pues, una *network* es un patrón de interacciones regulares e intencionales (*purposive*) entre unidades de gobierno similares que funcionan a través de las fronteras que dividen los países entre sí y demarcan la esfera “doméstica” de la esfera “internacional”»³⁸. Es decir, en realidad se trata de buscar un término cuyo alcance pueda dar cuenta de cualquier relación que pueda establecerse en la arena internacional entre agencias de poder al margen de aquellas tradicionales que han dibujado siempre las relaciones formalizadas entre Estados. Como vamos a ver, la visión que se nos presenta tiene un aspecto positivo, que es preciso no olvidar, pero lleva consigo también aspectos

³⁶ BOGASON, P. y TOONES, T.A.G., «Introduction: Network in Public Administration», *Public Administration*, vol. 76, núm. 2, 1998, p. 208.

³⁷ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton (Princeton University Press), 2004.

³⁸ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., p. 14.

negativos que sería ingenuo no recordar. El aspecto positivo, que constituye una evidencia cotidiana en la actualidad, es que las relaciones informales entre agencias de poder de todo tipo se despliegan hoy con una intensidad sin precedentes. Al lado de esas relaciones tradicionales interestatales que han sido objeto del derecho internacional en su historia, hay hoy, merced a las nuevas tecnologías de la comunicación y a los procesos de cancelación del espacio y el tiempo que lleva consigo la globalización, interacciones y contactos incesantes entre dichas agencias de poder. Slaughter no se limita a mencionar instituciones del poder ejecutivo y la Administración; también incluye en ese tráfico intenso los numerosos intercambios cotidianos que llevan a cabo más allá de su jurisdicción los órganos judiciales de la mayoría de los países actuales, y reseña también la no menos intensa actividad transnacional que los titulares de los poderes legislativos mantienen entre sí. Todas esas relaciones, que podríamos llamar «*networks* institucionales» para no inducir a la confusión, serían la base del nuevo orden mundial.

El problema es que a la hora de definir en qué consisten esas interacciones, el concepto de *network* muestra su vaciedad. Porque es preciso entonces empezar a adjetivarlo para que empiece a rendir explicativamente. Y así nos encontramos con que existen *networks* «malas» (Slaughter inicia de hecho el libro afirmando que los terroristas, los traficantes de armas, los blanqueadores de dinero, los traficantes de drogas, los que comercian con mujeres y niños, y los modernos piratas de la propiedad intelectual, todos ellos operan a través de *networks* globales), y *networks* «buenas», por así llamarlas, que serían aquellas tejidas para combatir a las primeras y para establecer el nuevo orden. Después hace una nueva clasificación entre *networks* horizontales y *networks* verticales. Las primeras serían aquellas que se establecen entre responsables públicos de diversos países que no tienen una relación de jerarquía entre sí, y son las que forman, de acuerdo con la autora, el núcleo del moderno orden mundial. Las segundas, que se reputan de más raras, son las que se establecen cuando algunas comunidades deciden delegar su autoridad de gobierno en una organización superior —una organización supranacional que se encuentra, al menos teóricamente, por encima del Estado³⁹. Y a continuación se procede a introducir una nueva clasificación tripartita: existen *networks* informativas, *networks* de reforzamiento (*enforcement*) y *networks* de armonización. Las primeras son aquellas que unen a los responsables públicos (funcionarios, jueces, legisladores, etc.) para intercambiar información y recopilar prácticas comunes. Las segundas son aquellas que se centran en la mejora de la cooperación entre reguladores nacionales para reforzar las reglas y normas nacionales existentes, y para asegurar el cumplimiento de ellas. Una de las primeras metas de este tipo de *networks* es la de proveer a todos los miembros de la red de la capacidad y la competencia técnica suficiente para que puedan producir conformidad en los destinatarios de las normas. Las terceras son aquellas cuyo propósito es la armonización de estándares regulativos. El resultado de ellas es la tendencia de los países hacia criterios comunes de regulación en las áreas más diversas.

³⁹ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., pp. 19-20.

Resulta más bien curioso que esa tupida red de relaciones de todos esos tipos se desarrolle –de acuerdo con la autora– sin recurrir a la fuerza, es decir, se desarrolle al margen de lo que convencionalmente se piensa de las normas jurídicas. De hecho se concibe ese entramado como la manera de desarrollar el «*soft power*»: «en un mundo en que su capacidad para usar su poder duro es con frecuencia limitada, los gobiernos deben ser capaces de explotar los usos del poder blando: el poder de la persuasión y la información». Y también: «mucho del trabajo de tantas *networks* horizontales de gobierno depende del poder “*soft*” –el poder de información, socialización, persuasión y discusión–. Y de nuevo: «el poder dentro de las redes mismas –entre diferentes jueces o reguladores nacionales, o entre un parlamento o tribunal supranacional y un parlamento o tribunal nacional– es poder “*soft*”»⁴⁰.

Así pensadas las *networks* se dice que cumplen importantes funciones: promueven la convergencia de los distintos derechos nacionales y las diversas regulaciones, refuerzan el acatamiento a las normas internacionales, establecen los términos en que se mide la reputación de los distintos actores en la escena internacional y estimulan el poder del debate y la discusión respecto de problemas complejos. Sin embargo, y así lo reconoce la autora, crean un orden no normativo, un orden carente de normas: «el orden informal de las *networks* de gobierno global opera en gran medida sin normas, o al menos sin normas explícitas»⁴¹, y eso corre el peligro de hacerlo secreto, tecnocrático, irresponsable y excluyente. Es lo que llama el lado oscuro de ese nuevo orden internacional, pues por «*soft*» que sea ese poder, sigue sin embargo siendo poder. Y las redes internacionales se pueden estar constituyendo en una suerte de tecnocracia global, ayuna de transparencia, distorsionadora del proceso político interno de los Estados, no representativa o una simple réplica de las asimetrías de poder existentes en el sistema internacional, etc. Pero, además, ¿qué hacer con los otros problemas, con los problemas derivados de conflictos que no admiten una solución *soft*? Las *networks* no parecen alcanzar a abordarlos, y ello nos lleva a plantearnos de nuevo los mismos problemas que teníamos después de tratar de engañarnos con el espejismo de una solución verbal.

2. De vuelta al derecho, pero ¿a qué derecho? Invitación al debate

Una vez persuadidos de que las soluciones a nuestros problemas tienen que ser soluciones normativas y, con frecuencia, soluciones claramente jerárquicas y vinculantes, hemos de volver a pensar en los tipos de orden jurídico y de normas jurídicas que debemos poner a contribución para encontrarlas, si es que existen. No voy, naturalmente, a sugerir aquí una panoplia minuciosa de soluciones dada la brevedad que exige este ensayo y mi falta de competencia para ello. Esas propuestas han de provenir más bien de un sujeto coral, una Facultad de Derecho, por ejemplo, y no de un sujeto individual. Y han de poner a contribución tanto el orden jurídico interno –siempre que esté pensado a la luz de esos

⁴⁰ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., pp. 4, 27, 51, 168.

⁴¹ SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., p. 215.

problemas⁴²— como el orden de los estándares de comportamiento necesarios para resolver los complejos problemas de coordinación y armonización que demanda la nueva realidad⁴³. Y deberá repensar también la impronta jurídica del derecho internacional como un derecho de tratados, y su alcance contemporáneo para hacerse cargo de esa realidad. Y los límites y carencias del nuevo tipo de derecho persuasivo y desarmado que se presenta con vocación de vehicular la llamada «gobernanza» mediante normas jurídicas «soft»⁴⁴. Y, por qué no, estoy seguro de que tendremos también que seguir planteándonos, como se ha hecho desde los orígenes del pensamiento, la construcción de unidades jurídicas supranacionales que asuman dosis de soberanía cada vez más importantes a partir de los Estados miembros y la ejerzan sobre poblaciones transfronterizas. Pero esto, como dije, no es más que una invitación que debe dejar abierta o inconclusa la reflexión. Eso sí, no sin recordar antes, que tenemos ya la certeza de que no queda demasiado tiempo.

III. BIBLIOGRAFÍA

AGULLES, J., *La destrucción de la ciudad*, Madrid (Catarata), 2017.

BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2017.

BENSON, O. y STANGROOM, J., *Why Truth Matters*, Londres (Continuum), 2006.

BOGASON, P. y TOONES, T.A.G., «Introduction: Network in Public Administration», *Public Administration*, vol. 76, núm. 2, 1998, pp. 205-227.

BOULLE, L., *The Law of Globalization. An Introduction*, Alphen aan den Rijn (Wolters Kluwer), 2007.

BRUNSSON, N., JACOBSON, B., *et al.*, *A World of Standards*. Oxford (Oxford University Press), 2000.

BUCHANAN, J. y O'DONELL, G. (eds.), *The Future of Democracy: Essays of the Tampere Club*, Tampere (Kustannus Oy Aamulehti), 2003.

CAPARRÓS, M., *El hambre*, Barcelona (Anagrama), 2016.

CURBET, J., *El rey desnudo. La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*, Barcelona (UOC), 2009.

⁴² Entre otros muchos insiste con claridad en esta importancia del derecho doméstico, BOULLE, L., *The Law of Globalization. An Introduction*, Alphen aan den Rijn (Wolters Kluwer), 2007, pp. 99 y ss.

⁴³ Del tipo de los que presenta el libro de BRUNSSON, N., JACOBSON, B., *et al.*, *A World of Standards*. Oxford (Oxford University Press), 2000.

⁴⁴ Remito para un análisis de esos nuevos instrumentos normativos a LAPORTA, F.J., «Gobernanza y soft law: los nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid (Trotta), 2014.

- DAVIS, M., *Planet of Slums*, Londres (Verso), 2006.
- FLANNERY, T., *La amenaza del cambio climático. Historia y futuro*, Madrid (Taurus), 2006.
- GALLINO, L., *Finanzcapitalismo*, Turín (Giulio Einaudi), 2013.
- GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford (Oxford University Press), 2001.
- GLAESER, E., *El triunfo de las ciudades*, Madrid (Taurus), 2011.
- GOLDIN, I. y MARIATHASAN, M., *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risks, and what to do about it*, Princeton (Princeton University Press), 2014.
- GOLDIN, I., *Divided Nations. Why global governance is failing, and what we can do about it*, Oxford (Oxford University Press), 2013.
- HAAK, S., *Manifesto of a Passionate Moderate*, Chicago (The University of Chicago Press), 1998.
- HAAS, P.M., «Introduction: epistemic communities and international policy coordination», *International Organization*, vol. 46, núm. 1, 1992, pp. 1-35.
- HAMILTON, C., *Requiem for a Species. Why We Resist the Truth about Climate Change*, Londres (Routledge), 2015.
- JORDAN, B. y DÜVELL, F., *Migration. The Boundaries of Equality and Justice*, Cambridge (Polity), 2003.
- LIVI BACCI, M., *Un largo viaje. Historia del mundo y sus habitantes en 12 etapas*, Barcelona (Pasado y presente), 2016.
- LIVI BACCI, M., *Historia mínima de la población mundial*, Barcelona (Crítica), 2009.
- NYE, J. S. y DONAHUE, J.D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington (Brookings Institution Press), 2000.
- NOWOTNY, H., *The Cunning of Uncertainty*, Cambridge (Polity Press) 2016.
- PIERRE, J. (ed.), *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy*, Oxford (Oxford University Press), 2000.
- POSADA, A., *El régimen municipal de la ciudad moderna*, 3ª ed., Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1927.

- REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (eds.), «Movimientos migratorios y derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2003.
- RODRÍK, D., *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona (Antoni Bosch), 2011.
- RUIZ MIGUEL, A. (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid (Trotta), 2014.
- SACHS, J., *Common Wealth. Economics for a Crowded Planet*, Londres (Penguin Books), 2008.
- SARTORI, G., en *La tierra explota. Superpoblación y desarrollo*, Madrid (Suma de Letras), 2005.
- SEN, A., *Poverty and Famine. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford (Clarendon Press), 1981.
- SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton (Princeton University Press), 2004.
- SOLÉ, R., *Redes Complejas. Del genoma a Internet*, Barcelona (Tusquets), 2009.
- THOMPSON, G.F., *Between Hierarchies & Markets. The Logic and Limits of Network Forms of Organization*, Oxford (Oxford University Press), 2003.
- TWINING, W., *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009.
- TWINING, W., *Globalization and Legal Theory*, Evanston (Northwestern University Press), 2000.
- WATSON, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens (The University of Georgia Press), 1993.