

II. EL DERECHO DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

(Versión actualizada a un año y medio del hecho —febrero de 2003— mediante notas al pie. Las notas originales figuran al final del trabajo)¹⁰

Código de Ética para un Milenio de Paz
No habrá Paz si no hay Justicia.
No habrá Justicia si no hay Equidad.
No habrá Equidad si no hay Desarrollo.
No habrá Desarrollo si no hay Democracia.
No habrá Democracia si no hay
respeto por la Identidad y la Dignidad
de los Pueblos y las Culturas.
Rigoberta Menchú

Obviamente necesitamos un derecho mundial efectivo (esto es, aplicado, no solamente escrito) sin lazos atados a poderes económicos o políticos nacionales. Un derecho tal solamente podría ser eficiente si se encuentra en profundo acuerdo con una clara (sistémica) visión de las condiciones básicas para una estabilidad dinámica del sistema hombre-planeta, concebido como una totalidad altamente compleja compuesta de partes interactuantes.
Charles François

El presente trabajo es sólo una aproximación tentativa y muy preliminar destinada a examinar el impacto de la nueva situación mundial producida a partir del 11 de septiembre sobre el derecho.

Escribo estas líneas a, prácticamente, un mes de los hechos que cambiaron nuestro mundo en todos los sentidos. También en lo que hace al derecho.

¹⁰ Con la actualización he tratado de mostrar que la mayoría de las afirmaciones contenidas en el mismo mantienen su actualidad y que muchas de ellas, por desgracia, se han cumplido y se siguen cumpliendo.

Estamos inmersos en la primer guerra global (las anteriores “guerras mundiales” no lo fueron, no fueron siquiera “mundiales” en el verdadero sentido de la palabra), en la cual la mayoría de las naciones del mundo luchan contra un enemigo disperso también a través de todo el planeta.

El ataque a las Torres Gemelas y al Pentágono implicó el inicio de una nueva guerra, de características especiales hasta ahora desconocidas.

Ya Heráclito decía que la guerra es la madre de todas las cosas.

Pues bien, parece que esta guerra ha de parir un nuevo derecho.

En efecto, estos atentados, como los que les siguieron, implicaron un enorme aumento del estrés en todos los sistemas del mundo: el sistema económico, el sistema político, los sistemas religiosos, el sistema psicológico de los individuos, etcétera.

Este estrés también lo sufre el sistema jurídico mundial y los sistemas o subsistemas jurídicos de los diversos países.

Ahora bien, como lo he desarrollado en otros trabajos anteriores [1], cuando un sistema sufre una carga extraordinaria de estrés entra en lo que Ilya Prigogine ha denominado “caos creativo”. De acuerdo con la teoría de Prigogine, siempre que las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema abierto se mantengan dentro de cierto límite, las propiedades de auto regulación del sistema permiten que éste mantenga, en términos generales, su función y su identidad. En otras palabras, el sistema puede hacer frente a cierta cantidad de alteración y perturbación sin desbaratarse por completo. Sin embargo, si las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema abierto se incrementan más allá de cierto límite, empujan al sistema a un estado de “caos creativo”. Lo que había allí antes y que hasta ese momento había funcionado ya no puede seguir de la misma manera. El sistema se ve forzado a asimilar o

adaptarse a una influencia perturbadora demasiado grande para que pueda sobrevivir en su antiguo formato y se produce una crisis; si el sistema no se adapta —evoluciona o muta— puede ser destruido. Para que el sistema pueda funcionar de la manera que sea, se ha de establecer un nuevo orden de cosas. Dicho con otras palabras, la ruptura del sistema hace que a éste le sea posible avanzar hacia una forma completamente diferente de organizarse. En su mayor parte, las fluctuaciones son pequeñas y pueden ser fácilmente ajustadas por vía de la retroalimentación negativa. Sin embargo, en ocasiones pueden convertirse en tan grandes que el sistema no es capaz de ajustarse y la retroalimentación positiva se hace cargo. Las fluctuaciones, entonces, se alimentan a sí mismas y la amplificación fácilmente puede aplastar todo el sistema. Cuando esto sucede, el sistema puede colapsar o reorganizarse a sí mismo. Si es capaz de reorganizarse, la nueva estructura disipativa siempre exhibirá un mayor orden de complejidad, integración y un mayor flujo de energía que su predecesor.

De acuerdo con este esquema nos encontramos frente a dos posibilidades: o bien el sistema jurídico mundial —y junto con él los sistemas jurídicos nacionales— se reorganiza en ese nivel superior, más complejo, o bien colapsa y retrogradamos a situaciones sociales, económicas y políticas de anarquía y desorganización inconcebibles¹¹.

Es el fenómeno de la bifurcación también estudiado por Prigogine y respecto del cual Erwin Laszlo ha dicho que hay un período de transición en el que los sistemas complejos que

¹¹ De acuerdo con las descripciones efectuadas luego y en estas notas, podría decirse que en estos momentos aún estamos en el momento de la bifurcación y no se advierte claramente si vamos a un proceso de reorganización o entramos en una fase de desorganización y anarquía en aspectos sociales, económicos y políticos. Basta leer los diarios...

hemos creado se bifurcarán... Familiarizarse con el nuevo significado de la palabra bifurcación —dice este autor— es uno de los conocimientos fundamentales de nuestra época: el significado básico de bifurcación es un súbito cambio de dirección en la manera en que los sistemas se desenvuelven. En la mayoría de las clases de sistemas complejos, el caos da paso, por último, a una nueva variedad de orden... Nosotros mismos y las estructuras ecológicas, sociales, económicas y políticas en que vivimos constituimos sistemas complejos. Estas estructuras se desenvuelven y, tarde o temprano, sus vías evolutivas se bifurcan. Nuestro mundo está sujeto a súbitos y sorprendentes cambios de fase...

Ahora bien, ya estábamos antes del 11 de septiembre en un creciente proceso de globalización del derecho [2], un proceso sistémico y cibernético como los demás que produce la globalización, con manifestaciones muy diversas, que evolucionaba con las características del desarrollo que muestran los sistemas complejos en su faz lejos del equilibrio [3].

En efecto, para no citar sino algunos de los más notorios, se producían varios fenómenos en el ámbito del derecho en forma simultánea: por una parte, el derecho internacional se transformaba rápidamente y asumía una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionaban cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientaban a constituir un sistema jurídico mundial. De la noción del derecho internacional como un “derecho primitivo”, expresado a través de la *comitas gentium* (cortesía internacional) y el principio de *pacta sunt servanda*, (los pactos deben ser cumplidos), en pocos decenios se había pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de

los Estados Americanos, el Mercosur, etc. Estructuras jurídicas que poseían, inclusive, tribunales con *imperium* no solamente sobre los Estados nacionales, con diversa intensidad, sino aun sobre los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) de esos Estados. Empezaba a hablarse, en algunas áreas al menos, de derecho trasnacional y no de derecho internacional [4].

Los sistemas jurídicos de la modernidad, de los Estados nacionales, estaban en crisis. La época posterior a la Segunda Guerra Mundial había traído profundas transformaciones en todas las áreas del conocimiento y la tecnología, se habían complejizado tanto las relaciones sociales, por el crecimiento absolutamente extraordinario de los medios de comunicación (el avión, el satélite, la televisión, el fax, el correo electrónico, Internet, etc.), la economía global y la explotación de los recursos naturales frente a la explosión de la población [5], todo ello había hecho surgir nuevas funciones que el derecho debía asumir no solamente a nivel del sistema social, sino también del ecológico [6], por lo que estaban dadas las condiciones para que, sometido a todas estas influencias del entorno social y natural, se transformara, su estructura devengara diferente, sus funciones se amplificaran y modificaran.

En ese proceso irrumpe el atentado a las Torres Gemelas, el ataque al Pentágono, la guerra con Afganistán y al terrorismo internacional, el comienzo de una guerra biológica mediante infecciones de ántrax, dirigidas a civiles en varias partes del mundo, etcétera^{12 y 13}.

¹² Y ahora la amenaza creciente de una guerra con Irak y la complicada situación del rearme nuclear de Corea del Norte y su reto a los Estados Unidos, Corea del Sur y Japón.

¹³ Hoy en día la guerra formal en Irak ha terminado, pero sigue una guerra de guerrillas con cientos de muertos y miles de heridos.

Todo ello aumentó el desequilibrio de los sistemas jurídicos en un grado y a una velocidad inconcebible aun el 10 de septiembre. Y también mostró la necesidad de encontrar pautas o vías para tratar de encauzar, en lo posible, los procesos de transformación que tan aceleradamente habrán de producirse.

Diversos autores de las más diversas disciplinas han comenzado a opinar al respecto: acertadamente dice Marta Oyhanarte [7] que nos encontramos en la necesidad de elaborar un nuevo contrato social, una nueva legalidad internacional que garantice un orden mundial más justo. Esto significa mayor equidad, porque no son viables las sociedades donde conviven la extrema pobreza con la extrema riqueza. Más justo significa una nueva legalidad internacional que legitime y dé vida a valores básicos como ética, solidaridad, confianza, respeto por los derechos humanos, cuidado del medio ambiente, tolerancia, justicia.

Juan G. Tokatlian, profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de San Andrés, ha escrito [8] que se trata de establecer un orden que combine y armonice las lógicas de la política, del derecho y de la moral. La lógica política, sustentada en la eficacia del poder, y la lógica del derecho, basada en la validez de las normas, deben apoyarse en una sólida ética capaz de brindarles legitimidad. Prácticas, reglas y valores se entrelazan. Se requiere concretar un orden eficaz y legal pero, sobre todo, justo. En ese sentido, el resultado de la lucha colectiva contra el terrorismo no puede revertir el proceso de democratización mundial, resquebrajar el imperio de la ley ni estigmatizar a ningún conglomerado humano. El nuevo orden

En Estados Unidos hay una tensión constante por alarmas de ataques terroristas y una paranoia creciente de su población especialmente en Washington y en Nueva York.

internacional necesita más democracia, más legalidad y más pluralismo.

Ya en 1835 escribía Tocqueville: “Un mundo nuevo exige una ciencia política nueva”.

Jorge Castro ha expresado que está en juego la reformulación completa del sistema de poder mundial. Emerge el primer sistema de seguridad global de la historia de la humanidad. Es un momento histórico similar al del siglo XVII, cuando surgieron los Estados territoriales. Es el fin de la etapa histórica que comenzó con el Tratado de Westfalia en 1640. Hasta ahora, el mundo en términos de sistema internacional era el de los Estados como actores únicos en materia de guerra o paz. Hay que empezar de nuevo [9]¹⁴.

Ese nuevo escenario mundial creado tras los sangrientos atentados del 11 de septiembre implicará la instauración de facto y de derecho de mecanismos y organizaciones internacionales de control de las personas, las organizaciones, la opinión, los movimientos, los transportes y el dinero, como ya lo han expresado algunos analistas de la geopolítica.

Por de pronto, en mi opinión, uno de los organismos que fundamentalmente requerirá cambios sustanciales es el de las Naciones Unidas, lo que implicará profundas modificaciones en el derecho internacional o, más precisamente, el que hoy en día ya puede calificarse de derecho trasnacional [10].

¹⁴ Véanse los artículos de PFAFF, William, “La estrategia de Bush cambia el orden internacional”, *La Nación*, 5/10/2002, y TOFFLER, Alvin - TOFFLER, Heidi, “La soberanía ya no es lo que era”, *La Nación*, 24/10/2002. El concepto de “guerra preventiva” elaborada por el gobierno de George W. Bush trastoca muchos de los conceptos del derecho internacional tal como fueron elaborados en los últimos trescientos años. Véase el artículo del prestigioso SCHLESINGER, Arthur Jr., <http://idd00xe9.eresmas.net/schl.htm>.

Recordemos que la primera organización internacional con funciones para regular múltiples aspectos del derecho internacional y tratar de resolver problemas sociales y económicos mundiales, en particular la prevención de la guerra, lo fue la Liga o Sociedad de las Naciones, creada en 1920, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Si bien tuvo algunos éxitos iniciales, su fracaso condujo a la Segunda Guerra Mundial y fue, luego de finalizada ésta, sustituida por la Organización de las Naciones Unidas, en 1945. Ésta era ya mucho más compleja y estructurada que la primera y, a diferencia de la Sociedad, cuyo funcionamiento efectivo duró pocos años, subsistió luego de más de cincuenta años.

La Sociedad de las Naciones se gestó en un mundo multipolar donde las naciones se consideraban soberanas. La ONU, en cambio, aparece en un mundo que ya se orientaba a la bipolaridad que desemboca en la Guerra Fría. Había claramente un grupo de naciones dominantes y que, por ello, se atribuyeron y detentaron el poder de veto dentro de la misma. Y en ese grupo fueron destacándose y asumiendo una posición de mayor relevancia los Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Soviéticas. A la caída del muro de Berlín, la URSS se desintegró y quedó como único país dominante los Estados Unidos. Ahora aparece una nueva guerra.

Y como en las dos anteriores, es previsible que, como consecuencia de la misma, aparezca una nueva organización, ya no de “naciones unidas”, sino una destinada a atender los múltiples problemas de orden global, sociales, económicos, políticos, que la ONU no había resuelto y que, en alguna medida, nos han llevado a la situación actual [11].

El surgimiento del terrible terrorismo a nivel mundial del que da cuenta la acción de Bin Laden y su organización, Al Qeda, pone al desnudo los aspectos más acuciantes del desnivel

de la riqueza y la pobreza, del descontrolado actuar del narcotráfico y del tráfico de armas, así como también del incontrastado movimiento de fondos financieros.

Ello también obligará a modificaciones sustanciales, cuando no a creaciones, de instrumentos legales transnacionales.

Pero también, como ha señalado Juan Rial [12], es un momento en el cual todo el esfuerzo de los últimos años para imponer el respeto a los derechos humanos sufrirá un retroceso notorio.

Es interesante que ya a sólo cinco días del atentado a las Torres Gemelas ha aparecido un trabajo, en Internet, en el que se describe cómo afectará este hecho al derecho federal de los Estados Unidos, con una detallada enumeración de aspectos que seguramente implicarán un aumento en lo que hace a la seguridad en detrimento de las libertades civiles, entre otros derechos que se verán afectados [13]. Y pocos días después se publica, también en la *web*, una extensa defensa de las libertades civiles[14]¹⁵.

¹⁵ La errática actuación de la ONU en el “caso Irak” y también en el “caso Corea del Norte”, particularmente la dificultad de funcionamiento del Consejo de Seguridad por su organización, que ha quedado desactualizada sobre todo en el mecanismo de los vetos, pone de relieve la necesidad de una estructura distinta que indudablemente habrá de aparecer.

Luego de publicada la versión original de este trabajo se ha dictado en los Estados Unidos la ley denominada “USA Patriot Act” (curioso nombre que se forma con las iniciales de su largo título: *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*), diseñada como elemento legal sustentador de la denominada “guerra contra el terrorismo”; contiene numerosas provisiones y enmiendas a leyes y disposiciones vigentes que según expertos en derecho y representantes de organizaciones de derechos civiles norteamericanas son anticonstitucionales y constituyen un grave obstáculo para el desarrollo de las actividades asociativas y un ataque contra las libertades civiles dentro y fuera de los

Desde otro ángulo, Horacio Liendo ha señalado [15] que todo el sistema jurídico internacional y de disuasión penal se basa en la coerción punitiva y la eventual coacción correctiva, que parten del supuesto de que todos, aun quienes desafían las reglas o atentan contra ellas, poseen un fuerte instinto de conservación de la propia vida y la de sus seres queridos y que, por ende, pretenden para sí y para los suyos niveles crecientes de bienestar.

Nuestro orden se basa, en primer lugar, en el funcionamiento de los frenos inhibitorios de cada individuo provistos por nuestra cultura, que incluyen, aun para quienes reniegan de Dios o desconocen su existencia, el amor al Creador y al

Estados Unidos, bajo el pretexto de garantizar la “seguridad nacional”. El informe, elaborado por el abogado norteamericano Alan Graf, que puede leerse en http://www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny_11-09-01/legis-EE.UU._12-11-01.html, repasa los aspectos fundamentales de esta nueva ley y examina las consecuencias de su aplicación. Tal y como se desprende de este informe, la nueva ley “USA Patriot Act”, similar en sus disposiciones y espíritu a la Ley McCarthy-Walter vigente en los Estados Unidos durante los años cincuenta en tiempos de la Guerra Fría y la lucha contra el comunismo, amplía la definición de “actividad terrorista” hasta el punto de incluir en la misma actividades no violentas opuestas a la política exterior norteamericana.

La ley es un ataque directo contra derechos fundamentales como el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión. Junto con la pérdida de protagonismo del estamento judicial, es notable el significativo protagonismo concedido a los cuerpos de seguridad (el FBI) y a los servicios de inteligencia (la CIA) norteamericanos, que han visto ampliados sus poderes y márgenes de actuación de un modo que afecta especialmente a los extranjeros residentes en los Estados Unidos. Se legaliza, pues, la práctica de la detención administrativa y la puesta en práctica de criterios racistas y xenófobos en la detención de personas supuestamente vinculadas a organizaciones “terroristas”. Fuera de los Estados Unidos, la nueva ley tendrá sin duda graves repercusiones en el desarrollo de las actividades de organizaciones progresistas destacadas en la lucha contra

prójimo. Para quienes superan los frenos inhibitorios y deciden dañar a otros, están las reglas humanas, que tratan de imponer costos superiores a quienes las quebrantan, respecto de los beneficios que intentan obtener de su acción delictiva. El terrorismo que nos amenaza va más allá de esta cosmovisión, puede tener connotaciones metafísicas, pretende la destrucción de nuestra civilización, aun cuando ello suponga su propia destrucción. Esto plantea un desafío muy superior al que resulta de los daños en vidas, físicos y materiales sufridos en el reciente ataque.

Es prematuro, a tan pocos días de estos hechos que, conforme un consenso prácticamente general, implican un cambio sustancial del mundo en el cual vivimos, tratar de pronosticar y prever todos los profundos cambios que el derecho, en todos sus aspectos —internacionales, transnacionales, nacionales y locales— habrá de sufrir.

Pero sí debemos estar conscientes de ello y tener en cuenta que los sistemas jurídicos que nos regían hasta ayer nomás serán distintos o habrá nuevos, y como juristas procurar que los logros alcanzados en los últimos tres siglos, en lo que von Ihering llamó “la lucha por el derecho”, no se vean borrados o desnaturalizados por el terrorismo o la autoridad exacerbada nacida del miedo y del terror. Y colaborar en la construcción de ellos que, conforme lo antedicho, serán más complejos que los actuales, en una dimensión aún desconocida.

la globalización, el imperialismo y la expansión del nuevo orden mundial liderado por este país.

Existe una gran cantidad de páginas en Internet que se refieren al tema, véase, p. ej., en inglés, <http://www.ala.org/alaorg/oif/usapatriotact.html>. Otros países han dictado normas más específicas pero con características parecidas que también implican una violación sustancial a los derechos que parecían consolidados en sus legislaciones desde hace tiempo.

Para ello deberemos tener en cuenta la compleja relación e interacción entre hechos, valores y normas que nos ha enseñado el enfoque sistémico-cibernético del derecho y aplicar las herramientas que la sistémica y la cibernética nos proveen. Teniendo conciencia, también, de que los sistemas se autoorganizan, por lo cual hay que ser sumamente cuidadosos con la forma y dimensión en que pretendamos intervenir en la autoorganización.

[1] Véase GRÜN, Ernesto, "El derecho en el mundo globalizado del siglo XXI desde un punto de vista sistémico y cibernético", <http://www.filosofiyderecho.com/>.

[2] GRÜN, Ernesto, "La globalización del derecho", http://www.justiniano.com/revista_doctrina/revista_doctrina.htm.

[3] Véase más extensamente sobre los "sistemas lejos del equilibrio", GRÜN, Ernesto, "El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio", <http://www.filosofiyderecho.com/rfd/numero1/posmoderno.html>.

[4] Véase BARIFFI, F. J., "La justicia...", cit.

[5] Dice Charles François en "El cerebro planetario" (*Cuadernos Gesi*, nro. 12 [II]), que "se está produciendo el nacimiento de comunidades políticas transnacionales, la aparición de una red financiera mundial; la multiplicación y la desnacionalización progresiva de grandes empresas mundiales; el nacimiento de una conciencia ecológica que trasciende las fronteras y las disciplinas especializadas, el establecimiento de redes transcontinentales de información científica y técnica" (p. 111).

[6] Véase al respecto en GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. Apéndice: "Sistema jurídico y sistema ecológico. Un enfoque sistémico". O en LL Actualidad del 19/8/1993).

[7] Dice OYHANARTE, Marta, "El nuevo contrato mundial", *La Nación*, 2/10/2001: "Recorro con la vista los títulos de los ensayos de actualidad que leí en los últimos meses sobre la globalización, la seguridad, el Estado-nación, la modernidad y la posmodernidad, la nueva política. ¡Todo me parece tan antiguo! Los ciudadanos, hoy más que nunca plane-

tarios, hoy más que nunca obligados a ser sensatos, ¿qué podemos hacer? Sin vacilaciones, abocarnos a lo único que va a garantizar que, en el largo plazo, esa red no se rearme, es decir, reforzar los contenidos de la vida cívica y desarrollar también redes por donde circule y se enriquezca un nuevo pensamiento crítico”.

[8] TOKATLIAN, Juan G., *La Nación*, 25/9/2001.

[9] CASTRO, Jorge. “La opinión pública es el tercer protagonista”, *La Nación*, 23/9/2001.

[10] Véase, respecto de este tema, GRÜN, Ernesto, “¿Puede subsistir la organización de las Naciones Unidas en un mundo globalizado?”, <http://www.inter-mediacion.com/papers/nacionesunidas.htm>.

[11] “We are convinced..., that the United Nations must adapt itself to swiftly-changing international conditions and take the lead in the development of policies and the coordination of action to meet the challenges of the future.

“The vastly changed circumstances in which the UN will be operating require modifications in the Organization’s structure and in its operational practices.

“There can be no doubt that disastrous consequences will flow from a failure to deal effectively over the next years with poverty, social decay, environmental degradation, ethnic conflict, abuse of human rights and many other problems that affect the very nature of our civilization”, Independent Working Group on the Future of the United Nations. The United Nations in its second half century”, Yale University, 1995.

[12] RIAL, Juan, “Tras los atentados, el nuevo escenario facilita una superestructura mundial”, *Radar*, 30/9/2001.

[13] CARNEY, David, “An analysis of how the events of september 11, 2001 may change federal law”, <http://lxx.com/features/wicevents.htm>.

[14] PFIR, “Statement on terrorism, civil liberties, and the Internet”, 23/9/2001, <http://www.pfir.org/statements/liberties>.

[15] LIENDO, Horacio, “Un desafío global frente al terror”, *La Nación*, 2/10/2001.