

CAPÍTULO V

TERCERA REVOLUCIÓN Y DERECHO PÚBLICO

2. Ciencia y derecho	206
3. Nuevas tecnologías y derecho público	211

de las transmisiones; propiedad de los satélites; patrocinio y contenido de los programas (comercialismo, publicidad, trivialización y desinformación, o calidad y funciones de educación y culturización); dominación a través de la tecnología espacial. A falta de un control internacional, la soberanía nacional se ve amenazada por la proliferación de actividades unilaterales o multilaterales que dominan los canales, hacen sus propias reglas, irradian e imponen la ideología y la cultura de las naciones ricas, en confrontación y en detrimento de las propias de la mayoría de naciones pobres del planeta.

Estos problemas y conflictos plantean así dilemas interconectados de política internacional: ¿desarrollo por la empresa privada o por el Estado?, ¿preservación u obsolescencia de la soberanía nacional?, ¿rivalidad o colaboración internacionales?, ¿desregulación absoluta o control internacional?, ¿interdependencia equitativa o hegemonía cultural irresistible?

2. CIENCIA Y DERECHO

Los nexos e interrelaciones de la constelación Ciencia (ciencias básicas y experimentales, tecnologías, técnicas, investigación y desarrollo) y el derecho, de las fuerzas, estructuras y procesos de una y otro, los resultados de tales nexos e interrelaciones son, como se dijo (tomo I), directas e indirectas.

La Ciencia afecta al derecho y le impone modificaciones. Ello se da ante todo en los cambios y consecuencias que la Ciencia puede traer aparejados en los llamados *niveles y dimensiones de conocimiento, invención e innovación*, como base y fondo de normas jurídicas particulares y del ordenamiento jurídico en su unidad y generalidad. La Ciencia puede condicionar o determinar el horizonte o la gama de problemas, en un sector de la vida social, o en su conjunto; vuelve necesarias las soluciones a los problemas jurídicos que emerjan o deriven de los hechos.¹⁹

Investigaciones, descubrimientos, innovaciones, sus concreciones e impactos en los fundamentos y marcos tecnológicos de una sociedad, pueden producir cambios en normas particulares, pero también en los principios jurídicos y en los valores, como pensamientos rectores de una determinada regulación, y cambios en el sentido de la regulación en general.

19 Ver Luis Díez Picado, "Cambio social y evolución jurídica en la sociedad de la información", *Revista de Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 8, núm. 22, enero-abril 1986.

El incremento en la cantidad y en la calidad de las investigaciones, descubrimientos e innovaciones pueden, en determinadas situaciones históricas, incidir en el corazón mismo del sistema jurídico, en sus principales formas y contenidos. Ello se ha dado con particular fuerza y relieve en la situación contemporánea, sobre todo en la actual fase de la Tercera Revolución, por la continuidad, la intensificación y la profundización del desarrollo capitalista que sigue cada vez más convirtiendo a la novedad, la movilidad y la incertidumbre en elementos decisivos de la vida social, a tener muy en cuenta por el derecho.

Con las nuevas ciencias y tecnologías, y con las tradicionales en transformación, sobre todo cuando ellas y sus aplicaciones tecnológicas plantean problemas importantes para los cuales no hay precedentes, el derecho debe —en todo caso debería— avanzar a grandes pasos, proponer respuestas más o menos inmediatas. Ello es cierto sobre todo para ciertas áreas que en determinadas épocas tienen mayor evolución que otras. El derecho debe hacerse cargo de la elaboración, formalización y regulación de prácticas nacientes o próximas a nacer.²⁰

Con la Tercera Revolución, la Ciencia afecta al derecho en sus principales actores, componentes y procesos, en especial los siguientes:

- Instituciones, como formas y redes constitutivas de la organización social.
- Valores, como juicios sobre la necesidad o conveniencia de determinados comportamientos.
- Principios jurídicos, inspiradores o rectores de determinadas regulaciones.
- Normas generales y particulares, como decantación o cristalización de experiencias en las soluciones de casos, y como ligazón de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas.
- Ramas del Derecho sustantivo y del Derecho procedimental.
- Formas de almacenamiento, suministro o acceso a la información jurídica.
- Autoridades como fuentes de derecho.
- Sujetos titulares de derecho, litigantes en conflictos.
- Personal del derecho: jueces, abogados, legisladores, policía, otros administradores y ejecutores de la ley.
- Organizaciones: legislativas, judiciales, policiales, administrativas, despachos privados.

20 Ver Gérard Farjat, "Nuevas tecnologías y derecho económico", *Revista de Derecho Industrial*, Buenos Aires, Año 11, núm. 33, septiembre-diciembre 1989, pp. 519-541.

- Recursos: financieros, de infraestructura, información y su procesamiento y comunicación.
- Casos litigiosos que requieren solución.
- Proceso y procedimientos para la solución de litigios.
- Decisiones de los casos.
- Debate jurídico de tipo argumentativo y razonado.
- Motivaciones y fundamentos de las decisiones.

Las Nuevas tecnologías se entrelazan con la modificación de distintos componentes del régimen jurídico, de valores, principios, conceptos, normas reguladoras; con la aparición de nuevas modalidades en la creación del derecho, y con cambios de puntos de vista sobre sus fuentes, su naturaleza y contenido, sus modos de organización y funcionamiento.

Modificaciones en los componentes del régimen jurídico por impacto de las nuevas tecnologías son las nuevas formas de apropiación de conocimientos, de los secretos industriales; la patentabilidad de los programas informáticos; las nuevas formas y tipos de contratación, de transferencia de tecnología, de suministro de conocimientos o informaciones.²¹

El sistema jurídico —destaca con razón Gérard Farjat— no ha sido afectado sino transformado por las nuevas tecnologías. En primer lugar, con la aparición de derechos subjetivos, sobre todo el derecho de propiedad sobre la materia viviente. La Genética y las Biotecnologías ofrecen nuevas posibilidades (manipulaciones genéticas, alquiler de úteros), a su vez sacuden la noción de sujeto de derechos, cuando la persona se vuelve cada vez más sujeto y objeto de derechos, a través de la comercialización de las relaciones humanas, en virtud de la cual todos los derechos de la personalidad pueden ser objeto de relaciones patrimoniales.²²

Las nuevas tecnologías han determinado directa e indirectamente cambios muy significativos en el *régimen del contrato*. Entre los factores de transformación destacan: la concentración empresarial; la urbanización; la uniformización de la vida; la organización institucional de los grupos; la ideología de la seguridad social, asumida y expandida por el Estado benefactor y por su creciente prestación de servicios sociales; las conmociones sociales y políticas (crisis, guerras, revoluciones, reformas).

21 Díez Picado, "Cambio social y evolución jurídica...", *cit.*

22 Farjat, "Nuevas tecnologías...", *cit.*

Entre otros, destacan como efectos de esta constelación de fenómenos y procesos: la uniformización de los contratos; la difusión y el ascenso de los contratos de adhesión al predominio en la vida económica; el control público sobre los términos, y por consiguiente la imposición de nulidades, la variación y la incorporación obligatoria de cláusulas por la autoridad pública; el desarrollo de la teoría de la imprevisión; el papel significativo de la negociación colectiva. Pese a la visión mítica que se ha mantenido al respecto, la libertad de contratación se ha convertido en una libertad atenuada de elegir a que contrato adherir (W. Friedmann).

De esta manera, se han manifestado una creciente institucionalización del contrato; las incidencias y modificaciones vitales del derecho contractual; el papel de las funciones co-legislativas de los grupos privados; y en general, la creciente interpenetración de los elementos del derecho público y del derecho privado.²³

La mutación tecnológica ha modificado el sentido de los principios y el enfoque del derecho de daños civilista. Éste ha comenzado por estatuir el viejo principio “el que la hace la paga”. Introduce luego el principio humanista de valoración ético-social de la actitud y del comportamiento del individuo, que debe pagar sólo cuando media culpa. Con las nuevas tecnologías, el principio de responsabilidad subjetiva por culpa no es enteramente sustituido, pero comparte ahora la primacía con el principio de la responsabilidad por creación de un riesgo y beneficio consiguiente.²⁴

En el área del negocio, las nuevas formas de transmisión de los conocimientos y mensajes modifican el viejo principio de la voluntad contractual o negocial, lo sustituyen por el principio declaracionista o por la realización fáctica, sin ningún tipo de declaración siquiera de los contratos.²⁵

Nuevas modalidades en la creación del derecho se ejemplifican en las normas de origen contractual y profesional, los códigos de conducta, las comisiones especiales, los observatorios de evaluación de tecnologías.²⁶

Así, en el análisis de Gérard Farjat, las nuevas tecnologías son factor de desarrollo de normas de origen *contractual* y *profesional*. Contratos y estudios jurídicos se vuelven centros de elaboración del derecho; por

23 Ver W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, Penguin Books, 1964, capítulo 4.

24 Díez Picado, “Cambio social...”, *cit.*

25 Díez Picado, “Cambio social...”, *cit.*

26 Farjat, “Nuevas tecnologías...”, *cit.*

ejemplo, los códigos de conducta que anteceden o superan los usos y costumbres. Las nuevas tecnologías también legitiman el papel de las *comisiones*, organismos mixtos de análisis de los desarrollos del saber y del poder tecnológico, como la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia, creada por ley del 6 de enero de 1978. Los *observatorios jurídicos* examinan y dictaminan respecto a cuestiones legales vinculadas al desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente la informática. Ejemplos de ello son el observatorio jurídico creado en Francia por decreto del 26 de febrero de 1988, y la Office of Technology Assessment del Congreso de los Estados Unidos.²⁷

Tal como examina y sugiere Díez Picaso, las nuevas tecnologías pueden producir impactos modificatorios en los fundamentos materiales de las normas jurídicas y del ordenamiento jurídico general, en los principios y valores, en el ser mismo del derecho tal como se lo ha conocido y practicado en los últimos 15 siglos. Se destaca sobre todo la posibilidad de fuertes y profundos cambios como los siguientes.²⁸

En coexistencia con el derecho escrito, la informática da lugar a nuevas formas de almacenamiento, suministro y acceso de la información jurídica contenida en masas crecientes de leyes, sentencias y opiniones de juristas. La informática da lugar a nuevas formas de documentación y de prueba. El aparato tecnológico abre nuevas posibilidades de apoyo al proceso: grabación de declaraciones testimoniales, formulación automatizada de ciertos tipos de demandas y de sentencias. Las nuevas tecnologías podrían ir ya contribuyendo a un alivio de los diferentes actores y prácticas del derecho, y a la consiguiente dinamización de éste, *v. gr.* por la informática de gestión en las oficinas de justicia y despachos profesionales; el almacenamiento y recuperación de informática jurídica; la informática decisional. Estas posibilidades, por otra parte, pueden dar lugar a la esquematización, la elementalización y minimización del debate jurídico y de las decisiones.

A la inversa, si las nuevas tecnologías impactan directa e indirectamente en el derecho, éste puede proporcionarles una regulación jurídica necesaria para su desarrollo; por ejemplo, con la consideración de los programas como bienes jurídicos, el reconocimiento de derechos subjetivos, el tipo de derecho de propiedad sobre ellos, los contratos a que da lugar el fenómeno informático, la comercialización de los servicios de los bancos de datos, etcétera.²⁹

27 Farjat, "Nuevas tecnologías...", *cit.*

28 Luis Díez Picaso, "Cambio social y evolución jurídica...", *cit.*

29 Luis Díez Picaso, *op. cit.*

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO PÚBLICO

Los múltiples nexos e interacciones, las mutuas ramificaciones y consecuencias, que se van dando entre las nuevas tecnologías, el Estado y el derecho son, como se ha visto, complejas y en mayor o menor grado contradictorias.

Estado y gobiernos son afectados por los nuevos desarrollos de la Ciencia en general, y de las nuevas tecnologías en particular, por sus posibilidades y por sus efectos. Las incorporan y utilizan, las subordinan y controlan. Ellas se vuelven, en todas las regiones y sistemas del planeta, uno de los factores fundamentales en el creciente intervencionismo y en el considerable grado de autonomización del Estado, y al consiguiente debilitamiento de la sociedad y del individuo en relación con aquél.

Al mismo tiempo, Ciencia y nuevas tecnologías generan o refuerzan necesidades, problemas y exigencias; crean limitaciones externas e internas a la supremacía del Estado; de diversas maneras afectan la relación de aquél con la sociedad y el pueblo, la naturaleza y el modo de funcionamiento del sistema político y del gobierno republicano y representativo, hasta la estructura y la vigencia de la Constitución y el régimen jurídico. De todas estas maneras contribuyen a la transformación del derecho público en general, y a las ramas de los derechos constitucional, administrativo, penal, económico, incluso sus diversas áreas, sectores y subdisciplinas.

La Tercera Revolución, en sí misma y en sus ramificaciones, proyecciones e impactos, mina el orden político y el orden jurídico tradicionales; modifica las condiciones que originaron el sistema y sus instituciones; revela insuficiencias y vacíos, introduce distorsiones y desequilibrios, impone revisiones. Ello ha contribuido incluso decisivamente a una crisis del derecho constitucional clásico, basado en un sistema de quintuple equilibrio: entre el Estado y la sociedad; entre el poder del Estado y los poderes privados; entre el Estado y los derechos y libertades del individuo; entre el poder central y los poderes locales; entre los poderes públicos mismos.

A. Crecimiento global y centralización del poder

Las modificaciones y reajustes se dan ante todo en las relaciones del Estado con la sociedad civil y con la Nación en su conjunto.

Las revoluciones científicas tecnológicas, sobre todo la Tercera en pleno despliegue, crean sociedades industriales, urbanizadas, mecaniza-

das, las expanden y diversifican. Generan y alimentan masas de grupos e individuos en estrecho contacto, interdependientes unos de otros y de la satisfacción de necesidades fuera de la propia esfera de control. Grandes fuerzas organizadas e institucionalizadas se enfrentan en todas las formas de competencia y conflicto. Crisis (económicas, sociales, políticas), guerras, revoluciones, los esfuerzos para prevenirlas o para superar sus consecuencias, grandes empresas colectivas, requieren movilizaciones controladas. Grupos organizados en confrontación reclaman el arbitraje estatal. Masas de individuos y grupos enteros aspiran a la estabilidad y la seguridad, con predominio sobre la aspiración a la libertad, y aceptan limitaciones inherentes o consiguientes a esta opción.

El ascenso de gigantescas corporaciones empresariales, y de otros agrupamientos y organizaciones sociales, debilita, reduce o cuasi suprime la base individualista del derecho. El individuo tiende a ser reemplazado por el grupo; deriva su identidad y su significación de la pertenencia a uno o a varios grupos, a una colectividad, que se vuelven unidades fundamentales del orden político y del orden jurídico. Este desarrollo se manifiesta en varias áreas del derecho.

Desde hace décadas, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sin dejar de hablar en términos de derechos y libertades personales, ha ido construyendo un derecho constitucional de la asociación grupal. En el derecho del trabajo, el Estado norteamericano ha ido estimulando y al mismo tiempo controlando la organización sindical; ha ayudado a construir un sistema de jurisprudencia industrial, derivado de las interpretaciones de los estatutos y, sobre todo, de los acuerdos resultantes de la negociación colectiva entre grupos y corporaciones de distinto tipo.³⁰

La incidencia de las nuevas tecnologías se manifiesta en otras tendencias, formas y contenidos de las relaciones laborales, y del derecho del trabajo destinado a regularlas, con frecuencia de diferentes signos, contradictorias y hasta conflictivas.

Las nuevas tecnologías —observa G. Farjat— pueden, por un periodo histórico de duración indeterminada, implicar desequilibrios y fracturas sociales, tensiones y conflictos de todo tipo. Ellas traen consigo el incremento de la productividad y de la rentabilidad, pero también —como se analizó antes— una disminución de las posibilidades de empleo y trabajo productivo, ante todo en los países en desarrollo, pero también

30 Arthur Selwyn Miller, "Science Challenges Law: Some Interactions between Scientific and Legal Changes", en Stuart S. Nagel, editor, *Law and Social Change*, Beverly Hills/London, Sage Publications, 1970.

crecientemente en los países capitalistas desarrollados y en los ex-países socialistas.

Las nuevas tecnologías podrían estar produciendo una división de la estratificación y de las sociedades a escala mundial, entre una clase trabajadora activa de tiempo completo, y una masa marginal de subdesocupados y desocupados, separadas por diferencias cuantitativas y cualitativas. Se daría una tendencia histórica a la creación y ampliación de una creciente brecha tecnológico-cultural, —incluso la aparición de nuevas castas— entre quienes saben y quienes no saben, los capacitados para manejar la información, las computadoras y la telemática, y los que no sean capaces de elevarse a ese nivel cultural-técnico. Este proceso se caracterizaría por la tendencia a la nivelación hacia abajo. En estas condiciones podría llegarse a una división jurídica, entre un derecho del trabajo reservado a minorías, y un derecho tradicional para el resto, y ello tanto en la globalidad mundial como en los espacios estatal-nacionales.³¹

En sentido inverso, en las empresas de los países desarrollados que trabajan con alta tecnología, ligadas a la innovación y expuestas a la competencia, se dan tendencias al redescubrimiento del capital humano, del valor agregado aportado por el hombre en competencia, de la creatividad, el profesionalismo, la energía y la iniciativa, como indispensables para el perfeccionamiento de tecnologías avanzadas y sistemas organizativos complejos y flexibles. Se especula o hipotetiza que ello podría ir reemplazando las relaciones de trabajo autoritario-verticales, y las estructuras piramidales, por otras que formen empleados calificados, innovadores y creativos, con poderes de conocimiento, participación y discusión, y con directivos de formación multidisciplinaria. Las nuevas tecnologías irían tomando un lugar prominente en un nuevo derecho del trabajo. Motivaciones y consecuencias similares irían modificando la participación en las relaciones entre empresas, entre sucursales de una misma empresa, y entre la gran empresa con sus proveedores y distribuidores en un sentido de colaboración y de respeto de cierta autonomía en las decisiones.³²

Las nuevas tecnologías se vuelven un factor considerable en la acentuación de los fenómenos de dominación, de concentración y centralización de las capacidades de decisión y acción, en favor del Estado y el sector público, y/o de las corporaciones y consorcios privados. Aqué-

31 Farjat, "Nuevas tecnologías...", *cit.*

32 Farjat, "Nuevas tecnologías...", *cit.*

llas producen tales efectos, por la magnitud de las inversiones requeridas, y por el poder que confieren.

Los fenómenos y procesos que se viene de considerar, así como aquéllos examinados en fases anteriores del análisis, son parte decisiva de la explicación de lo ocurrido con la expansión del Estado, de sus funciones e intervenciones; de la expansión de sus órganos, agencias, aparatos, instrumentos y mecanismos; del número de sus funcionarios y técnicos, de sus poderes y controles. El Estado contemporáneo, sobre todo el de potencias y países altamente desarrollados, incrementa y centraliza su poder global, y lo ejerce respecto a la sociedad civil y a la nación en su conjunto. Ello replantea, por una parte, sus relaciones con las grandes corporaciones privadas, en general y específicamente en relación al desarrollo científico y tecnológico. Por otra parte replantea, siempre en un sentido de incremento y centralización del poder, las relaciones del Estado con la población en su conjunto.

La Ciencia y las nuevas tecnologías han contribuido al crecimiento de las macroempresas y consorcios privados. Unas y otros pueden generar o reforzar formas y relaciones de poder nacional e internacional en tanto gozan de monopolio jurídico como titulares de derechos de propiedad intelectual en Informática, Comunicaciones, Biotecnologías, con significativa influencia en la organización social y el control político. Al reforzar los poderes económicos privados, las nuevas tecnologías contribuyen a una privatización de los polos de organización social, reforzada por la invocación al mercado como legitimación esencial. La capacidad científica y tecnológica es factor decisivo que contribuye a la integración por corporaciones y consorcios en sistemas de gigantescos centros privados de poder y co-gobierno. Lo son en la medida en que siguen una lógica política en su organización y funcionamiento y sobre todo en sus actividades y operaciones; toman decisiones de importancia social, nacional e incluso internacional; actúan de acuerdo con el gobierno, como agencias de co-administración pública.³³

De esta manera,

la línea —que siempre ha sido más tenue de lo que muchos supusieron— entre lo público y lo privado en los Estados Unidos de Norteamérica está siendo borrada. Puede verse una convergencia de poder económico y poder político, cuyo rótulo podría ser “el Estado tecno-corporativo” [...] Claramente visto en la industria armamentista, está aun más difundida —y va más allá de las empresas industriales y comerciales como tales

33 A. Selwyn Miller, “Science Challenges Law...”, *cit.*

para abarcar a otros grupos tales como los granjeros— H. L. Nieburg (*In the Name of Science*, Chicago, Quadrangle, 1966), describiendo a los productores de armamentos, dijo: “[...] la industria [norteamericana] en una escala enorme se ha vuelto el agente de un sistema económico fundamentalmente nuevo que se parece a la vez a la empresa privada tradicional y al Estado corporativo del fascismo”.³⁴

Si este fenómeno contribuye al desarrollo de nexos y entrelazamientos entre el Estado y las corporaciones, incluso a una red de relaciones simbióticas entre ambos, no deja de plantear problemas en cuanto a las respectivas cuestiones y espacios de intervenciones y funciones, incluso en lo que respecta a la Ciencia y a las nuevas tecnologías, con repercusiones para los individuos, los grupos y las sociedades. Estos problemas no han podido menos que ser recogidos por el Estado y el derecho, sobre todo en los estados de derecho, en particular por el derecho público en general; por los derechos constitucional y administrativo, por el derecho civil y el penal. Las Nuevas Tecnologías han tenido especial incidencia en el emergente derecho económico general, y algunas de sus ramas y especializaciones, como el nuevo derecho de la política científica o del desarrollo científico y tecnológico.

Como bien destaca Gérard Farjat, los principales interrogantes, dilemas y opciones al respecto son: ¿Debe prevalecer un enfoque privado, con desregulación, distribución de la propiedad, privatización de todo? O bien, ¿deben las nuevas tecnologías ser absorbidas por el derecho público, o reguladas por un derecho mixto? ¿Deben prevalecer las normas del derecho nacional o del derecho internacional? En acertada opinión de Farjat, las decisiones al respecto deben ser motivadas, no sólo por opciones ideológicas, sino por las experiencias políticas y los hechos jurídicos del pasado y del presente, como los siguientes.

Las tecnologías de la Información y la Telemática —subraya Farjat— han sido desarrolladas, no por países de planificación central, sino de economía liberal o mixta. Las estructuras administrativas clásicas, del “Estado gendarme”, no se adaptan a la economía y a la sociedad contemporáneas. El desarrollo de las nuevas tecnologías no justifica la mano invisible del mercado, la desregulación total, la ausencia del Estado, justamente por razones de eficacia económica. “[...] El papel del Estado ha resultado determinante en el desarrollo de las nuevas tecnologías, en todos los países capitalistas, y sobre todo en Francia”.

34 A. Selwyn Miller, *cit.*

Las “tres revoluciones culturales que han llevado al Japón” a colocarse entre los países más desarrollados se han producido como consecuencia de la iniciativa de los poderes públicos”. En Alemania después de Bismarck, el papel del Estado ha sido considerable. En los Estados Unidos se ha dado la decisiva acción del Estado, especialmente como contratista y como organizador de los programas de defensa y desarrollo espacial.

Gracias a una política voluntarista de los poderes públicos, Francia ha recuperado su retraso (en las nuevas tecnologías) y se ha convertido en algunos sectores en líder mundial [...] La política del Estado ha tenido varios aspectos[...] Como en todos los países avanzados, los poderes públicos han actuado en favor del desarrollo de industrias y de la investigación [...] El Estado ha desarrollado la utilización de estos productos [...] Los créditos han sido abundantes para el equipamiento informático de los establecimientos de educación. La política del Estado se ha extendido al gran público con la distribución gratuita del MINITEL [...], y la provisión y difusión de una gama de productos que han jugado un papel de “enganche” y provocado una explosión de servicios informáticos. Los poderes públicos franceses han desarrollado por este medio la formación y el nivel cultural del pueblo; pero además han creado un nuevo mercado. Esto prueba el carácter dogmático de [...] los liberales radicales. Hasta ahora, la investigación en nuevas tecnologías y en derecho de la organización económica se han realizado en todos los países en el mercado de la economía mixta. Es una lección a tener en cuenta para los países en desarrollo.³⁵

B. *Estado, Poderes Privados, derechos Individuales*

Las nuevas tecnologías contribuyen además de modo decisivo al replanteo de las relaciones entre el Estado y los poderes privados, por una parte, y de uno y otros con los derechos y libertades del individuo. Más particularmente, los impactos de las nuevas tecnologías de información y comunicación, y de sus efectos sobre las vidas de los individuos, los grupos y las sociedades, unos y otros de creciente amplitud, intensidad y profundidad sobre todo desde la Segunda Guerra Mundial, se dan a partir y a través de sus crecientes capacidades de recolección, de procesamiento y almacenamiento, y de transmisión de información. Ello se ha ido produciendo a la vez en el espacio nacional, en el internacional, y en sus entrelazamientos y ramificaciones mutuas.

35 Farjat. “Nuevas tecnologías...”, *cit.*

Incesantemente incrementado cuantitativa y cualitativamente en su personal y su aparato, sus poderes y recursos, y con el servicio de las ciencias y tecnologías de la Información y la Comunicación, pero también de otras ciencias y técnicas como la Medicina y la Psiquiatría, el Estado sobre todo pero también en grados y con modalidades diferentes, los poderes privados, pueden realizar el encuadre político, administrativo, policial y cultural-ideológico de la Nación, y un grado virtualmente ilimitado la *intrusión en la vida privada* para un creciente control del individuo.

El Estado puede disponer de un sistema *informático integrado* que se ha ido constituyendo con el surgimiento y acumulación de la prensa escrita, la radiotelefonía, el cinematógrafo, la televisión, los transportes, las computadoras, las comunicaciones, los registros desarrollados a partir y a través de las múltiples formas de injerencia gubernamental. El Estado puede usar el sistema informático integrado para reunir informaciones sobre virtualmente todos los individuos, ciudadanos u habitantes, de una sociedad dada. Lo hace para variados fines, como el impuesto a la renta, la seguridad social, la seguridad pública, la policía, la medicina y la salud. La intrusión en la vida privada se realiza mediante la necesidad y el requerimiento de la variable masa de documentación que justifique el cumplimiento de obligaciones y trámites y la obtención de posibilidades y beneficios: ejercicio de derechos electorales, permiso para conducir, impuestos, responsabilidades familiares, educación, identidad étnica o racial, adhesión religiosa, registro de virtualmente todos los principales aspectos de la vida individual (y colectiva). Debe recordarse al respecto que el Estado ha ido asumiendo responsabilidades y decisiones antes inherentes a la familia amplia y a la comunidad local (educación, procreación, asignaciones familiares), la regulación más estrecha de instituciones familiares (situación de la mujer, divorcio, adopción, relaciones patrimoniales entre familiares).³⁶

A ello se agregan las posibilidades incrementadas de invasión de la privacidad sin debido proceso que provee el espionaje tecnológico, especialmente el electrónico, Ello abarca, entre otros instrumentos, los micrófonos, las pequeñas cámaras fotográficas, las grabadoras de sonido y de imagen, el control telefónico, los estetoscopios electrónicos, los telescopios acústicos, los rayos X para correspondencia, los marcadores fluorescentes invisibles para el rastreo de individuos.

36 Ver Gérald Messadié, *La fin de la vie privée*, París, Calmann-Lévy, 1974.

La Tercera Revolución es entre otras cosas una era de policía tecnificada: helicópteros y trampas de velocidad; computación para control de tráfico; identificación de coches robados; información sobre sospechosos buscados; holografía o técnica fotográfica laser para rápida identificación de huellas digitales; huellas vocales (distribución de frecuencias); detector de mentiras. Las técnicas de detección al aire libre, v. gr. mediante fotografías tomadas desde aviones y satélites, y aplicadas primero a fines militares, cartográficos, de incendios de bosques, son extensibles a los fines policíacos.

El espionaje tecnológico, especialmente el electrónico, ha sido desarrollado por una combinación de razones militares, políticas, criminales, comerciales. Se lo ha utilizado y justificado sobre todo en función de las necesidades de inteligencia para la defensa y la seguridad nacional, para la policía y la seguridad pública, y sobre todo, especialmente durante la “Guerra Fría”, para el entrelazamiento si no la identificación pura y simple entre ambas necesidades y motivaciones. En sus diversas modalidades, fases y combinaciones, no han dejado de estar presentes los intereses y las motivaciones del control político.³⁷

Las necesidades propias de aumento cuantitativo y de mejora cualitativa de ambos tipos de vigilancia y control (policía orientada al interior, inteligencia orientada hacia el exterior), frente a las demandas y desafíos de una nueva era, plantean espinosos problemas administrativos, burocráticos, legales, constitucionales, filosóficos. Se trata sobre todo de los problemas implicados en realizar las funciones de la policía para la seguridad pública, por una parte, para la inteligencia y la contrainteligencia frente a reales enemigos externos, por la otra, en una sociedad libre y abierta, con un sistema legal basado en la doctrina de presunción de inocencia. En un Estado de derecho, ello debe permitir a la sociedad, por una parte protegerse a sí misma efectivamente, sin cambiar su naturaleza en el proceso, y por la otra, supervisar y controlar a las agencias de policía y de inteligencia permitiéndole al mismo tiempo ser óptimamente efectivas.

Estados, sistemas políticos y gobiernos, incluso sus comunidades policiales y de inteligencia, enfrentan hoy el desafío conceptual y organizativo planteado por la erosión de distinciones jurisdiccionales tradicionales: exterior vs. doméstico, privado vs. público y gubernamental, económico vs. político, militar vs. civil, responsabilidades de inteligencia

37 Ver Carlos Ackroyd *et al.*, *The Technology of Political Control*, Penguin Books, 1977; Pierre Dommergues *et al.*, *Le nouvel ordre interieur*, París, Éditions Alain Moreau, 1980.

vs. responsabilidades de policía, responsabilidades federales vs. las estatales y locales, y en lo exterior, amigo vs. enemigo.³⁸

La situación-proceso que se analiza lleva a la creación de *prontuarios* o *dossiers* con más información personal de la necesaria y conveniente, integrada en grandes bancos de datos. Ello puede crear o reforzar la erosión de las exigencias tradicionales de privacidad y secreto como principal defensa del individuo contra la dominación, la manipulación, la regimentación, las presiones hacia el conformismo y el sometimiento. El individuo no tiene en principio derecho a saber qué información a su respecto existe en los archivos, ni qué uso se hace de ella; sólo tiene en el horizonte como límite el de la mayor o menor ineficiencia gubernamental.

En el análisis de un investigador francés,

en Francia deja de existir el secreto del impuesto desde el 1º de julio de 1974. Hay cada vez menos secreto médico, [...] secreto de la instrucción judicial, [...] secreto bancario. Los instrumentos de espionaje electrónico alcanzan hoy la perfección. Los ficheros son cada vez más numerosos y mejor tenidos. Pronto, gracias a la computadora, podrán ser reunidos en un solo gran fichero central. Con ello no habrá más secreto ni vida privada.

Es ciertamente normal que la colectividad se proteja contra aquéllos de sus miembros que estarían tentados de destruirla o de someterla a pillaje; que ella busque identificar a los que complotan; o que mida la solvencia de los que piden dinero en préstamo y que se informe sobre la salud de los que demandan ser curados gratuitamente.

Pero esta intrusión colectiva en la vida privada toma hoy proporciones inquietantes, a causa de las fantásticas posibilidades ofrecidas por la electrónica. Mañana, algunos hombres, algunos funcionarios dispondrán del poder exorbitante de saberlo todo sobre los otros, y para siempre. Pues la memoria electrónica no conoce el desfallecimiento ni el perdón.³⁹

Ante la invasión de la privacidad por la tecnología del *dossier*, se ha ido planteando cada vez más la necesidad de establecer claras definiciones técnicas y legales para la regulación del contenido y la veracidad de la información, sus usos legítimos e ilegítimos, los límites más allá de los cuales la intrusión es molesta y peligrosa. El trabajo recién ha comenzado, sus logros técnicos no han sido demasiado significativos, y en general han sido hasta ahora insuficientes o inadecuados los

38 Ver Georges A. Carver, Jr., "Intelligence in an Age of Glasnost", *cit.*

39 Ver G. Messadié, *La fin de la vie privée*, *cit.*

esfuerzos de los juristas (funcionarios gubernamentales, abogados practicantes, investigadores académicos) para enfrentar estos problemas. Entre los principales interrogantes y vacíos al respecto se cuentan los siguientes.

¿Cómo asegurar la privacidad y la seguridad, y cómo diseñar los mecanismos de identificación que permitan el acceso al propuesto banco nacional de datos, solamente para aquellos que necesitan saber, y cuáles son los tiempos y circunstancias en que deben saber? ¿Qué propiedades de la privacidad tienen valor social y deben ser preservadas? ¿Cómo distinguir con precisión el tipo de información al cual se debe prohibir el acceso? ¿Cuáles son los mecanismos legales, jurisdiccionales y constitucionales que están implicados en todo ello?⁴⁰

A estas preocupaciones responden leyes como la francesa del 6 de enero de 1978 que, frente a los peligros que involucra el uso de ficheros informatizados, busca proteger a los individuos contra los atentados a la identidad, a los derechos del hombre, a la vida privada, a las libertades individuales o colectivas. De acuerdo a la misma los ficheros informatizados deben ser declarados ante la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL), organismo independiente, que verifica la observancia de las prescripciones legales. Las personas deben ser notificadas si la información que suministran a empresas y otras organizaciones será informatizada, y sobre la identidad de los destinatarios de la información. Las personas fichadas pueden acceder a los ficheros, oponerse al registro de datos íntimos (antecedentes raciales, opiniones políticas y religiosas, pertenencia sindical); pueden pedir la rectificación o la eliminación del contenido.

La comercialización de los bancos de datos puede hacerse a escala nacional o internacional. Los datos informatizados son comercializables, pero con ciertas condiciones, como el consentimiento expreso (ley alemana), o el derecho de la persona fichada a la oposición a la transmisión de los datos que le incumben.⁴¹

Similar intencionalidad refleja la Ley francesa del 6 de enero de 1988, sobre las operaciones de promoción, oferta y venta por vía telemática. Se aplica a las compras a distancia o *telecompras*, por correspondencia o por catálogo, que usan las técnicas de telecomunicación:

⁴⁰ Sobre las amenazas a la privacidad, ver Nigel Calder, *Technopolis - Social Control of the Uses of Science*, London, Panther Science, 1970.

⁴¹ Sigo en este punto a Elie Alfandari, "La protección de los individuos frente a las nuevas tecnologías", en G. Farjat *et al.*, "El derecho y las nuevas tecnologías", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1990.

correo, telégrafo, telemática, videotransmisión, u otras a inventarse; y establece una serie de medidas de protección al consumidor.⁴²

El uso de las nuevas tecnologías crea o refuerza otras amenazas a los derechos y libertades del individuo, como formas de ataque, manipulación y control de su *psiquis*. Ellas incluyen entre otras, el descubrimiento y aplicación de catalizadores del cerebro, lo que entre otras denominaciones se ha bautizado como una “Química para la Tiranía”. Se trata de nuevas drogas y gases que afectan la condición y la actividad mentales y el estado de ánimo; ayudan al control de desórdenes; inducen docilidad y alegría; borran hechos represivos de la memoria; controlan y uniformizan los estados de ánimo y las respuestas para adecuarlas a los patrones considerados socialmente adecuados por los tomadores de decisiones.⁴³

La problemática de la protección del ser humano abarca también los rasgos provocados por la energía atómica, los productos químicos, el deterioro o destrucción del medio ambiente, los efectos negativos, peligros actuales y potenciales, de la aplicación de las nuevas tecnologías a la persona física o moral.

nuevas tecnologías [las biotecnologías] tienen por objeto directo el cuerpo humano o sus derivados; otras, tales como la informática o la telemática, pueden concernir al hombre en su intimidad. Así, pues, los peligros potenciales para el hombre son evidentes. El progreso técnico del trasplante de órganos ha obligado a buscar un número cada vez más grande de donantes, más o menos voluntarios, y a escala mundial (tomados, notoriamente, en los países pobres en beneficio de los países ricos). Los fetos son utilizados en la cosmetología, los genes humanos para las innovaciones en el dominio vegetal, los niños pueden ser producidos de modo artificial, en un número muy elevado y de modo selectivo (fecundación *in vitro*, embriones congelados, clones).

[...] Correlativamente, los riesgos económicos son considerables. La puesta a punto de estas tecnologías ha sido, frecuentemente, realizada por organismos de investigación ligados a empresas que quieren evidentemente, obtener renta de sus inversiones. Ellas quieren asegurarse el monopolio de explotación —por medio de patentes, por ejemplo— y lograr la conquista de los mercados, lo que lleva a considerar al objeto de la investigación, es decir, a la persona, como un producto. Algunos países están ya en este camino; otros dudan, pero temiendo que en nombre de principios morales sufrirán un perjuicio económico (confrontar

42 Alfandari, *cit.*

43 Ver Nigel Calder, *Technopolis*, *cit.*

la cuestión de la venta de armas). Pero hoy hay reacciones en todos los países".⁴⁴

Ciencias y nuevas tecnologías de la Tercera Revolución dan oportunidades crecientes de intervención en los procesos de la vida humana, desde la concepción a la muerte, planteando con ello complejos problemas políticos, jurídicos, éticos. Aquéllas dan lo que se ha calificado como un poder cuasidivino para manipular a las personas a través de hechos de la vida que ya no son invariantes. Por ejemplo, la concepción es separable de la actividad sexual y de reproducción. Drogas, hormonas, nutrientes pueden estimular el desarrollo supersaludable de órganos o miembros, producir individuos más o menos cerebrales o atléticos. Puede dar lugar a la realización de diferentes opciones de *eugenesia*, negativa o positiva, con grandes variaciones en las respuestas éticas, políticas, jurídicas.⁴⁵

Las variedades de *eugenesia negativa* pretenden salvaguardar los genes humanos existentes contra mutaciones, y prevenir, por la legislación o por la terapia, la propagación de genes malos (por radiación cósmica, radioactividad natural de la Tierra, movimiento de moléculas al azar, u otros agentes causantes de anormalidades genéticas).

La *eugenesia positiva* propone el estímulo a lo que define como las buenas combinaciones genéticas. Ello incluye la inseminación artificial; la implantación de huevos; la selección de padres; los niños de probeta; el uso del conocimiento del material genético y su código para crear nuevos genes, o combinaciones improbables de gentes; eventualmente, la producción de distintos tipos de seres humanos, diferenciados por sus aptitudes físicas, intelectuales y psíquicas.⁴⁶

Al mismo campo problemático corresponden los *trasplantes*, a los cuales ya antes se hizo referencia. Ello ya incluye, o puede llegar a incluir, la gama de posibilidades de restauración o refuerzo de órganos, o el desarrollo de otros nuevos, artificiales; el mantenimiento de la juventud en tejidos y órganos; el tratamiento del envejecimiento como cuestión química. Los trasplantes plantean problemas jurídicos y redefinen principios y conceptos; v. gr. el de muerte, ahora por detención del cerebro, no del corazón.

Las nuevas tecnologías han creado mayores posibilidades de experimentos médicos sobre los seres humanos, a veces conducidos sin co-

44 Elie Alfandari, *cit.*

45 En este punto tengo en cuenta el cuadro trazado por Nigel Calder, *Technopolis*, *cit.*

46 Calder, *Technopolis*, *cit.*

nocimiento del paciente, por médicos que actúan de acuerdo a sus particulares convicciones sobre lo que es científicamente exacto y tecnológicamente adecuado, y sobre el bien individual o general; por ejemplo, la medicación masiva sin consentimiento de las personas (fluorificación del agua), o las decisiones técnicas y estratégicas que elevan el nivel de radiación en una región o país.

Las reacciones políticas y legislativas al respecto han llevado a distintas tendencias y tipos de intervención. Una de ellas rehusa intervenir en lo jurídico, y prefiere dejar hacer a los científicos y tecnólogos en función de los dictados de su conciencia (profesional y ética). Otra tendencia propugna una intervención al nivel de las normas del derecho secundario (instrucciones administrativas), para cambiar rápidamente el texto cuando sea necesario. Una tercera propone una intervención al nivel superior, de la ley o de la constitución, en base a que los derechos del hombre son de interés para toda la nación, no sólo para determinadas corporaciones o administraciones. Existen también propuestas de intervención al nivel internacional, para la protección de los derechos del hombre en ese marco y escala, y para la reglamentación de los mercados.⁴⁷

La intervención político-jurídica puede tener como objetivos la prohibición o el permiso. La intervención para prohibir multiplica las interdicciones y las infracciones penales o económicas, *v. gr.* respecto al aborto, a la maternidad por sustitución (madres portadoras), o al uso del cadáver. La intervención para autorizar se propone impedir que la experimentación científica no se dé en un medio jurídico contraproducente. “Leyes paraguas” para científicos les permiten obrar con licitud, hasta con impunidad. Una intervención intermedia se propone autorizar la experimentación científica dentro de ciertos límites, para conciliar intereses individuales y colectivos, morales y económicos, en la medida que sean conciliables.

El derecho positivo ha venido buscando soluciones mediante una técnica de balance de ventajas y desventajas de las nuevas tecnologías, para la colectividad, los grupos y los individuos. Se da especial importancia a la exigencia del consentimiento del individuo para cualquier ataque a su intimidad o a su cuerpo, para la explotación de los componentes de su persona, de su cuerpo y de su mente. Ello tiene especial relevancia respecto a los trasplantes, la donación de órganos en vida, de sangre, de esperma. Ejemplos son la ley francesa del 22 de diciembre

47 En este punto vuelvo a seguir a Elie Alfandari, *op. cit.*

de 1976 o ley Caillavet, sobre extracción de órganos sin acuerdo en vida por el interesado; la Ley francesa del 20 de diciembre de 1988 sobre protección de personas ante experimentaciones médicas.

En el mismo campo se halla el problema de la decisión de aceptabilidad o inaceptabilidad de las *drogas psíquicas*, y de la atribución de poderes por el Estado para imponer las soluciones adoptadas, incluso la criminalización de dichas sustancias, con la consiguiente posibilidad de una interferencia drástica, de control y dictado, de las vidas individuales.⁴⁸

C. Nuevas tecnologías, Sistema Político, División de Poderes

Las nuevas tecnologías producen una multiplicidad de impactos y cambios en las condiciones básicas, las formas y los contenidos de la política y del sistema político. Entre ellas se destaca en lo que sigue algunos cambios significativos en los supuestos y modos de organización y funcionamiento del sistema político en general, y de la división de poderes del régimen constitucional democrático-liberal.

La Ciencia y las nuevas tecnologías, como se dijo, traen consigo, generan o refuerzan, tendencias predominantes a la centralización y a la tecnificación de la vida política y administrativa; a la toma de decisiones y a sus realizaciones en un marco nacional; a la uniformización de grupos, organizaciones e instituciones, de regiones y naciones completas. Individuos, oposiciones sociales y políticas, cuerpos electorales, tienen cada vez menos competencia técnica para pretender ejercer algún grado de control sobre el Estado en general y sobre el Ejecutivo en particular. No existe, o es insuficiente, lo que se ha denominado estilización de la vida política, es decir, la presentación de las políticas y acciones gubernamentales en términos simples y comprensibles, y con una localización precisa de las responsabilidades. Es cada vez más desigual el reparto de medios de información y comunicación de masas entre el Estado y la sociedad, entre el gobierno y la oposición. Son insuficientes en sí mismos y en su vigencia los medios de control, las elecciones generales y parciales, el *referendum* y el plebiscito.⁴⁹

La creciente dificultad o la cuasi imposibilidad de comprender los nuevos fenómenos tecnológicos con sus implicaciones económicas y

48 Ver Marcos Kaplan, *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

49 En este punto y otros conexos tengo muy en cuenta André Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., pp. 530-552.

sociopolíticas, se vuelven factor contribuyente a la vez que componente significativo de tendencias generalizadas en todo el mundo a la despolitización. Se privilegia el interés por los proyectos concretos más que por las perspectivas ideológicas. Se genera o refuerza la desconfianza y el menosprecio hacia el viejo tipo de político representante y hacia las formas políticas tradicionales. Como fenómeno compensatorio, bajo el empuje de elementos irracionales en un mundo donde la técnica asedia al hombre, se afirman también las tendencias a la personalización del poder, al refugio en y bajo la autoridad del jefe carismático, al que se atribuye poderes mágicos, de padre y protector, oído y visto por técnicas audiovisuales, capaz de encarnar la voluntad de crecimiento y modernización y de controlar a los técnicos que la realizan.⁵⁰

Así, en el caso ejemplar de los Estados Unidos, se destaca que la calidad, la velocidad, la naturaleza de la información difundida por los medios de masas, alteran de muchas maneras la relación pueblo-gobierno.

La tecnología de información ha hecho a la vez posible y políticamente beneficioso para los políticos hacer de lado las estructuras políticas tradicionales que sostenían el proceso ordenado de gobierno, y en lugar de ello moverse hacia las cámaras de televisión para impulsar una cuestión particular. A medida que los dirigentes hacen esto, el cemento tradicional de la disciplina partidista y del gobierno por consenso empieza a disgregarse. Las confrontaciones adversarias hacen buen drama televisivo pero pueden con frecuencia llevar a malas decisiones políticas.

Las agendas nacionales e internacionales son cada vez más establecidas por los medios de masas, en el sentido que los que hacen las políticas deben gastar una buena parte de su tiempo y energía tratando lo que los medios han identificado ese día como crisis o pseudo-crisis. Las verdaderas cuestiones, el pensamiento deliberativo y los planes estratégicos de largo alcance son con frecuencia víctimas de las acciones de control de daños que puedan requerirse en un momento dado. En tales circunstancias, el viejo bipartidismo en asuntos exteriores norteamericanos ha caído presa de nuevas divisiones, Los llamados *docudramas* (dramas documentales) de la televisión, en parte hecho, en parte ficción, han intentado incluso cambiar el registro de los acontecimientos pasados. La fusión de medios de masas y acontecimientos ha creado una situación en la cual, según Daniel Boorstin, una “proporción cada vez mayor de nuestra experiencia, de lo que leemos y vemos y oímos, ha llegado a consistir de pseudo-acontecimientos” [...]

50 Hauriou, *op. cit.*

Este tipo de información rara vez es base sólida para buenos juicios sobre las políticas.

[...] el gobierno representativo, concebido por los padres fundadores, ya no funciona del modo originariamente buscado. Quizás debamos pensar de vuelta las viejas relaciones pero, por el momento, el uso de la tecnología de información ha superado de lejos al proceso político.⁵¹

Estas implicaciones políticas de las nuevas tecnologías, constatadas por numerosos analistas desde ángulos y para países diferentes, por ejemplo en relación a los Estados Unidos, pueden contribuir incluso a crear la posibilidad de una esclerosis del sistema político; de complejización descontrolada, desadaptación e ineficiencia, de los procesos políticos, gubernamentales y administrativos. Se argumenta en ese sentido que el sistema constitucional mantiene los controles y la división y el equilibrio de poderes, establecidos desde los orígenes como nación soberana, en contradicción con los grandes cambios y nuevas condiciones, sobre todo con los requerimientos de eficacia y eficiencia nacionales.

Ello impediría a los gobiernos gobernar, y obstaculizaría o paralizaría las decisiones sobre reformas impopulares pero indispensables. Las políticas nacionales se arrastrarían o detendrían. El sistema electoral contribuiría a distorsionar o a paralizar las decisiones. Los *lobbistas* y sus cabildeos, los comités de acción política, otros grupos de interés y de presión, con sus particularismos y sus prejuicios respecto a diferentes reformas, perseguirían y coaccionarían a políticos, legisladores y administradores.

En el mismo orden de análisis, la opinión pública y el electorado no serían asistidos por los medios masivos de comunicación que, preocupados más por los beneficios y las audiencias a lograr e incrementar que por informar, simplificarían los problemas políticos complejos, desinformarían o mistificarían, y no ayudarían a razonar ni a criticar. Los partidos tendrían un papel desideologizante y despolitizante. Medios masivos y partidos contribuirían a producir o a reforzar una baja capacidad de información, de debate racional, de indignación y de movilización cívica.

Ciencia y Nueva Tecnología inciden y contribuyen a modificar uno de los supuestos fundamentales del régimen constitucional clásico, con el *crecimiento hipertrofiado del Poder Ejecutivo*, la *pérdida de la im-*

51 Wriston, *op. cit.*

portancia relativa del Parlamento, la resultante erosión de la división de poderes en el gobierno.

Con la complejización de la economía y de la sociedad, la diversificación de actores sociales (sus representaciones, organizaciones e instituciones, sus divergencias y enfrentamientos), la gravedad de ciertas áreas problemáticas (defensa, seguridad, crecimiento y modernización, conflictos sociales, legitimidad y consenso), los incrementos tendenciales de la centralización del poder político y del intervencionismo socioeconómico y autonomización del Estado, la multiplicación de las políticas públicas, la extensión de la legislación económica y social: todo ello da lugar a los flujos de poderes y a la centralización creciente de las decisiones políticas en las cumbres del aparato estatal propiamente dicho, la cúpula político-administrativa constituida por la rama ejecutiva del gobierno, su personal y su aparato.

El Parlamento deja de ser la sede y el foro para la formulación, articulación y defensa de los intereses particulares de diferentes clases, grupos e instituciones en competencia, y de los intereses generales del sistema, para la negociación, la transacción, el arbitraje, de sus contradicciones y conflictos. La garantía de la continuidad (social, política, sistémica), pasa cada vez más del Parlamento al Ejecutivo.

La importancia en permanente incremento de las intervenciones económicas y sociales del Estado se traduce en el crecimiento geométrico de leyes, decretos y reglamentos. Ello vuelve prácticamente imposible a los políticos profesionales el conocimiento y preparación de la legislación. El Parlamento carece de capacidad institucional, y sus miembros individuales de formación experta, para tratar las múltiples políticas públicas, tomar decisiones económicas, sociales y políticas muy técnicas, controlar y orientar efectivamente las cuestiones científicas y tecnológicas. Parlamento y legisladores se prestan poco para la elaboración y revisión de estas últimas, aparecen como incompetentes y subordinados respecto al Ejecutivo. En cuestiones científicas y técnicas, en sí mismas o como dimensiones significativas de otras cuestiones de peso, las funciones del Parlamento tienden a reducirse a dar fuerza legal, con base en informaciones limitadas, a decisiones ya tomadas a nivel ministerial. Esta situación contribuye a la baja del prestigio y de la autoridad del Parlamento.

A la inversa, el incremento y acumulación de personales y entes tecnificados, de recursos, instrumentos y mecanismos científicos y tecnológicos, se concentra alrededor del Poder Ejecutivo y en su interior. El Ejecutivo puede usar más y mejores medios de análisis, información, decisión y control (investigación operativa, computadoras,

sondeos, medios audiovisuales); conoce y aprovecha mejor el momento político para consultas y decisiones (v. gr. para la disolución del Parlamento y la convocatoria a nuevas elecciones).

El intervencionismo y autonomización del Estado, la hipertrofia del Ejecutivo en detrimento del Parlamento, la acumulación creciente de las decisiones políticas en las cumbres del aparato gubernamental propiamente dicho, la concentración y centralización de los grupos de poder socioeconómico, la articulación no oficial o privatizada de los intereses de clases y grupos, se corresponden, se siguen en paralelo y entrecruzadamente. Importancia creciente adquieren los *lobbies* privados, v. gr. en los Estados Unidos las fundaciones, los grupos de planificación de políticas, los *think tanks* y las *task forces*. Los *lobbies* son expresión de intereses particulares de grupos y organizaciones empresariales, de gran, mediana y pequeña dimensión. Su papel primordial es incidir en los procesos de formación y aplicación de las decisiones políticas al nivel del Estado, en el Parlamento, pero sobre todo en el Ejecutivo; realizar negociaciones decisivas con la administración; tener la iniciativa en la formulación de proyectos o de modificaciones de leyes; ejercer así un poder de control en última instancia de la legislación en curso.⁵²

La insuficiencia si no el agotamiento del Parlamento y de la ley ante los problemas a resolver se ha expresado en el cambio de la *jerarquía de las normas jurídicas*, especialmente entre ley, decreto y reglamento; en las formas de extensión de los poderes de la administración, como el poder reglamentario; en el refuerzo de la *delegación legislativa*, como la ley-cuadro en la cual el Parlamento da los principios generales y los decretos del Ejecutivo fijan los detalles.

El establecimiento de reglas generales que rijan la conducta de las personas y de las instituciones, en especial la de la administración, pertenece tradicionalmente al Parlamento y no al gobierno. Sin embargo, el Parlamento nunca ha podido monopolizar el poder de estatuir por regla general. Tradicionalmente, la administración siempre ha tenido el poder de fijar las reglas que rigen el funcionamiento interno de la máquina administrativa mediante circulares [que] constituyen una verdadera legislación administrativa. Por otra parte, al lado del poder legislativo parlamentario ha aparecido un poder reglamentario reservado al gobierno o a las altas autoridades administrativas para completar la legislación o facilitar su aplicación. De hecho, este poder reglamentario ha beneficiado más a la administración, que dispone de recursos técnicos suficientes para elaborar

52 Ver Ernest Mandel, *La troisième age du capitalisme*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1978.

textos, que al Gobierno. en la época moderna, en la mayoría de los Estados, el poder de estatuir por regla general atribuido al gobierno —y por lo tanto de hecho a la administración— se ha desarrollado considerablemente. La actividad del Estado moderno implica la adopción de medidas generales, cada vez más numerosas, cada vez más técnicas. El Parlamento ha debido reconocer su incompetencia, y se ha descargado de su trabajo por dos técnicas diferentes.

Las leyes de iniciativa parlamentaria son cada vez más raras. Los proyectos coherentes preparados por la administración son sometidos al Parlamento por el gobierno —cuando la Constitución lo permite— o por diputados de acuerdo con el Ejecutivo.

Por otra parte, el Parlamento ha delegado al gobierno, y de hecho a la administración, en hipótesis cada vez más numerosas, el cuidado de dictar medidas generales. En adelante, la elaboración de las reglas generales se ha vuelto una de las principales actividades de la administración. La legislación administrativa se ha vuelto por su volumen más importante que la legislación parlamentaria. La administración parece ser la única en detentar el poder de adaptar la regla a la diversidad de los casos concretos, a la multiplicidad de las intenciones estatales. Más que obstinarse en añorar los tiempos en que el Parlamento elaboraba el mismo las reglas generales, conviene tratar de perfeccionar los medios por los cuales el poder político puede controlar la legislación administrativa.⁵³

Es notable a este respecto la evolución del caso francés.

Tradicionalmente en Francia, en el dominio de la elaboración de las reglas de derecho, generales e impersonales, el principio era la primacía y soberanía del Parlamento. Esta situación se traducía por dos principios complementarios. La soberanía parlamentaria se expresaba por una parte por el poder dado al Parlamento de votar leyes en todos los dominios, y por la otra por la subordinación general de los textos elaborados por el gobierno a los textos dictados por el Parlamento. Carácter ilimitado de los poderes del Parlamento, carácter subordinado de los poderes del gobierno, esta solución prevalecía de manera general en el derecho público francés hasta 1958.

[...] Los autores de la Constitución de 1958, por el contrario, se han esforzado en repartir el trabajo de dictado de la norma de derecho entre el Parlamento y el gobierno. La misma constitución delimita los dominios respectivos de la ley y del reglamento. Esta delimitación tiene un valor constitucional y no puede ser eludida. Los fundamentos de este sistema se oponen a los principios tradicionales con vigencia antes de 1958.

53 Charles Debbasch, *Science administrative*, 4ª ed., París, Dalloz, 1980, pp. 70-71.

El carácter ilimitado de los poderes del Parlamento ha desaparecido. El Parlamento sólo puede votar leyes en las materias que le son expresamente reservadas por la Constitución (artículo 34), las otras materias pertenecen al gobierno. Por otra parte, segunda proposición resultante de la primera, dado que existen materias en las cuales no hay más leyes, el gobierno se ha liberado en estos dominios de su subordinación respecto del Parlamento.

El resultado de esta modificación ha sido aumentar muy considerablemente el poder del gobierno en la elaboración de las normas de derecho. Sin duda, este poder aprovecha en teoría al gobierno y no a la administración, pero cómo desdeñar el hecho que el texto propuesto por los administradores sea a menudo retomado sin ninguna modificación por el gobierno, cuando que, si hubiera sido presentado antes de 1958, habría sido transformado en su letra y a menudo en su espíritu por la discusión parlamentaria. En adelante, los funcionarios disponen de prerrogativas suficientes para asegurar la proyección en el derecho de la menor veledad.

Las prerrogativas de los funcionarios son igualmente muy grandes en el dominio reservado al Parlamento. Éste puede en efecto delegar temporariamente una parte de sus poderes, permitiendo al gobierno, a través de ordenanzas, durante un plazo limitado, tomar medidas que son normalmente del dominio de la ley. Estas delegaciones han aumentado, durante plazos más o menos largos (de cuatro meses a un año), a veces en proporciones notables, el poder reglamentario del gobierno y por tanto el papel de los funcionarios. Aun en los dominios en que el Parlamento se ha reservado, los textos preparados por el gobierno se benefician de un tratamiento de favor gracias a diferentes armas previstas por la Constitución o por el reglamento de las Asambleas [...]

En Gran Bretaña, con el largo predominio de la idea de soberanía parlamentaria, el poder reglamentario de la administración ha ido adquiriendo un peso creciente, bajo el nombre de “legislación delegada”, en favor de una gran variedad de autoridades. El Parlamento puede delegar al gobierno el poder de legislar en cualquier dominio, pero también tiene el primero competencia ilimitada para intervenir en cualquier dominio. En los Estados Unidos se ha ido también imponiendo la legislación delegada, y la administración. Esta posee además un poder “cuasilegislativo” para fijar por adelantado las reglas generales que ella aplicará en casos particulares, cuya participación en el gobierno federal excede la de la legislación del Congreso.⁵⁴

54 Debbasch, *Science administrative, cit.*, pp. 74-75.

Los desequilibrios institucionales en las instituciones políticas de las democracias liberales se dan también entre el poder del Estado central y los poderes locales, tanto en los Estados federales (Estados Unidos) como en los tradicionalmente centralizados o unitarios (Francia).

En los Estados Unidos, el *federalismo*

se ha vuelto moribundo como principio viable de gobierno. Una nación con supercorporaciones y con planeación económica (aun en la forma norteamericana mínima de planeación) ya no puede ser auténticamente federal. Las empresas gigantescas y la planeación central requieren políticas unificadas si no uniformes a través de toda la nación. La economía norteamericana es nacional, descentralizada en un orden político fragmentado, con la consecuencia que los estados se están volviendo rápidamente anacronismos en el cuerpo político. Son más importantes como distritos administrativos para políticas centralmente establecidas —tanto públicas como privadas— que como unidades políticas separadas.⁵⁵

El poder federal ha ido creciendo en los Estados Unidos, no por las modificaciones a la Constitución de 1787, sino por el aumento de importancia política de los asuntos asignados por aquélla al Estado federal; por la creciente tecnificación de la vida administrativa y política; por el proceso de autoacumulación de poderes que es inherente al intervencionismo y al dirigismo; por el aumento de las capacidades financieras y técnicas del Estado federal, cada vez más superiores respecto a las de los estados y gobiernos locales, y de las consiguientes facilidades de toma y ejecución de las decisiones. Es el caso de la defensa nacional (investigaciones atómicas y espaciales); del comercio interestatal; de las medidas anticíclicas; de las tareas de adaptación del capitalismo a las exigencias integrantes o resultantes de las Revoluciones Tecnológicas. El sistema federal central, fuertemente organizador, uniformador y concentrador, crea o refuerza una tendencia a la declinación relativa de los recursos locales de estados y condados.⁵⁶

En Francia, la centralización político-administrativa tradicional se prolonga y amplifica con las tendencias y prácticas del intervencionismo, dirigismo, planificación flexible, y de los proyectos y logros en el reordenamiento del territorio, productoras de un progresivo debilitamiento relativo de las finanzas autónomas de departamentos y comunas, que a su vez retroactúan en favor de la centralización.

55 Arthur Selwyn Miller, "Science Challenges Law", en Stuart.

56 Nagel, editor, *Law and Social Change*, cit., p. 110.

D. *El derecho administrativo*

Los efectos directos e indirectos de la Revolución Tecnológica han contribuido a un doble proceso: la adquisición de un papel cada vez más importante del derecho administrativo, en la economía y la sociedad, y en la vida individual; y la entrada en crisis de ese derecho, manifestada en la discusión sobre su dominio de aplicación, y en la definición de sus nociones fundamentales. Ambos procesos han sido estudiados, ante todo en el caso francés, pero también en otros importantes casos nacionales.⁵⁷

La importancia adquirida por el derecho administrativo durante el siglo XX se revela en el hecho de haber llegado a tomar injerencia en un creciente número de espacios y fenómenos sociales, rigiendo así relaciones y situaciones jurídicas infinitamente más numerosas y variadas que antes. La invasión de la vida pública y privada por el derecho administrativo se correlaciona básicamente con el fenómeno político y estatal, si bien ello se manifiesta a partir y a través de una variedad de causas como las siguientes:

1. Las revoluciones científicas tecnológicas y sus múltiples aplicaciones e incidencias; *v. gr.* electricidad, circulación automovilística, transporte camionero, radiodifusión, aviación comercial, enseñanza y organización técnicas, etcétera. A este impacto, perceptible como se vio ya desde la Segunda Revolución, se agregan luego —también antes se lo dijo—, las incidencias e implicaciones de la Tercera Revolución (energía nuclear, electrónica y computación, telemática, biotecnología).

2. Evolución de la población, en sí misma consecuencia de la Revolución Científica, a lo que se agregan los efectos de sus principales rasgos y tendencias; *v. gr.*, problemas planteados por la explosión demográfica, el desplazamiento de la población rural hacia las ciudades; la necesidad de una legislación urbanística; el reparto inadecuado de los habitantes en el territorio; las migraciones internas e internacionales; la cuestión de la vivienda; la coexistencia en un mismo territorio nacional de zonas y regiones de desarrollo hipertrofiado y de relativo subdesarrollo, y la consiguiente creación de desequilibrios de todo tipo.

57 Ver Marcel Waline, "Prefacio" al *Juris-Classeur Administratif*, vol. 1, publicado bajo la Secretaría de Redacción del profesor G. Liet-Veaux, París, Éditions Techniques, 1963, 5 tomos. Ver también Jacques Chevallier y Danièle Loschak, *Science administrative*, *cit.*; Debbasch, *Science administrative*, *cit.*; W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, *cit.*, especialmente parte cuatro Public Law.

3. El impacto de dos guerras mundiales, y de los efectos generados por las mismas (ya examinados en el tratamiento de la Segunda Revolución Industrial, tomo I).

4. El desarrollo, en las elites dirigentes y en los medios políticos y gubernamentales, de una concepción más amplia sobre el papel del Estado y su intervención en materia económica (empresas mixtas, nacionalizaciones, corporaciones públicas, dirigismo y planificación, reorganización de actividades productivas como la agricultura).

5. Nuevas preocupaciones e intervenciones del poder público en materia social (seguridad y bienestar sociales, Estado benefactor, extensión del número y contenido de los derechos).

6. Nueva tendencia corporativista del Estado, expresada en la creación de órdenes de las profesiones liberales, confiadas a la dirección de autoridades electas por sus miembros, bajo control de tribunales administrativos; y el consiguiente otorgamiento a dichas órdenes de cierta participación en el poder público, todo lo cual extiende más aún el dominio del derecho administrativo.

Éstas y similares causas contribuyen al desarrollo y perfeccionamiento del derecho administrativo, de sus normas, contenidos y técnicas y, en general, a la extensión de su dominio. En ello debe tenerse en cuenta el enriquecimiento de los capítulos tradicionales y su creciente complejidad, por el esfuerzo de un número creciente de especialistas (investigadores y docentes, jueces, funcionarios, abogados litigantes). La jurisprudencia se esfuerza en replantear permanentemente su propia obra de desarrollo y reajuste, para perfeccionarla y adaptarla a las cambiantes condiciones sociales y políticas.

Tras sus primeros grandes desarrollos, el derecho administrativo ha ido exhibiendo, en Francia, y en otros importantes casos nacionales, síntomas de crisis, sobre todo en dos aspectos básicos.

El primero se refiere al dominio de aplicación. Ello incluye las cuestiones de los límites que separan los ámbitos del derecho público y del derecho Privado; la aplicación de las normas positivas y los criterios jurisprudenciales de uno y otro; las competencias de los tribunales administrativos y judiciales. En estas cuestiones ha venido creándose una creciente incertidumbre, demostrada por la progresión numérica de los casos contenciosos de jurisdicción y competencia.

El criterio general de discriminación de las situaciones a ser juzgadas, ya sea por los tribunales administrativos en base a las reglas del derecho administrativo; o, por el contrario, por tribunales judiciales en base a las reglas del derecho privado, ha sido buscado teóricamente en las cuatro direcciones siguientes.

1. Según la naturaleza jurídica de las personas en cuestión (el litigio contra una colectividad de derecho público debe resolverse por tribunales administrativos).

2. Según la naturaleza de la actividad que haya dado lugar al proceso (todo servicio público sería actividad administrativa, necesariamente regida por el derecho público).

3. Según la naturaleza del acto que haya dado lugar al litigio (situaciones litigiosas a resolver con ayuda de reglas del derecho público y por tribunales administrativos serían únicamente aquellas en que la Administración ha usado de alguna prerrogativa propia del poder público).

4. Criterio de utilidad pública, y de su primacía sobre los diferentes intereses privados, como único denominador común de todas las reglas de derecho administrativo. La idea de utilidad pública, que domina toda la jurisprudencia sobre los límites de la aplicación del derecho público y, por lo tanto, sobre la competencia de los tribunales administrativos, hace la síntesis de todas las ideas de competencia; es una idea madre del derecho público, aunque no sea criterio fácilmente utilizable en la práctica. El jurista que debe operar en la práctica se ve reducido a constatar que, en general, el derecho administrativo rige, y las jurisdicciones administrativas son competentes para apreciar, las situaciones y relaciones jurídicas disímiles que surgen en la interacción de particulares o personas de derecho privado.

El segundo aspecto de la crisis se refiere al replanteo de las definiciones de las categorías jurídicas de base del derecho administrativo. A diferencia del derecho civil, las nociones de base del derecho administrativo no tienen definición legal; y aquellas sobre las cuales parecerían haber existido acuerdo han sido frecuentemente replanteadas. El derecho administrativo describe el régimen aplicable a la gestión de los servicios públicos, por colectividades públicas, por acciones de funcionarios que utilizan especialmente el dominio público; y precisamente en esta situación no se sabe más cómo definir con exactitud el servicio público, el establecimiento público, el funcionario, el dominio del Estado.

Finalmente, la Ciencia y las nuevas tecnologías están así entrelazadas con los cambios y crisis del derecho constitucional clásico. Éste,

elaborado en Occidente y que se presenta como un sistema de reglas animadas de una gran coherencia lógica, se enfrenta desde hace varias décadas, con medio ambientes políticos, económicos, sociales, culturales, muy diferentes de aquéllos en los cuales nació y ha sufrido, por este hecho, distorsiones considerables. Puede preguntarse desde ya si se trata

sólo de concesiones o de retrocesos momentáneos, o bien si se marcha hacia tipos de instituciones políticas totalmente nuevas, que se alejan progresivamente del derecho constitucional clásico.

Este problema es importante porque recubre de hecho el problema del porvenir de la democracia occidental; la que reposa sobre la separación de poderes, es decir, la distinción entre gobernantes y censores de los gobernantes, el pluripartidismo y las elecciones disputadas, el respeto de las libertades individuales.

Pretender indicar ahora el sentido de una evolución de la amplitud de la que⁵⁸ se desarrolla bajo nuestros ojos, es naturalmente muy riesgoso.

58 André Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Éditions Montchrestien, 1966, p. 553.