

2 0 0 8



**Seminario
interdisciplinare
sul tema
Etica, economia e
diritto**

Genova, 12 dicembre 2008

Edith Cuautle Rodríguez

***Los derechos fundamentales
en el contexto de la
globalización***

SUMARIO: *1. Premisa – 2. Relación de la economía, el derecho y ética desde la perspectiva de los derechos fundamentales – 3. El fundamento y concepto de los derechos fundamentales – 4. El papel de los derechos fundamentales en el contexto de la globalización – 5. Conclusiones.*

1. Premisa

La relación del derecho, la ética y la economía la abordaremos desde la perspectiva de los derechos fundamentales en el contexto de la globalización “económica”.¹ En el apartado II haremos referencia a dicho contexto de la globalización económica y vincularemos con el “fundamento” y concepto de los derechos fundamentales, tema controvertido y del cual se ha escrito demasiado, no obstante, la evolución histórica nos convoca a continuar abordando un tema tan importante y proporcionar explicaciones de la realidad que sean herramientas útiles para resolver los desafíos actuales. Es por ello que retomaremos la clásica separación conceptual entre derecho y

¹ Es conveniente que aclaremos que consideramos que la globalización es un proceso cultural que involucra, impacta e interrelaciona diversos ámbitos como el social, político, ambiental y no solamente el económico, sin embargo, nosotros nos referiremos únicamente a este último, sin que signifique que ignoramos los demás, al contrario consideramos que todos se relacionan.

moral que se desarrolla en el ámbito jurídico, y que se relaciona con el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en un contexto global de carácter económico.

En nuestra exposición sostendremos que la distinción entre derecho y moral es condición necesaria en las democracias actuales al tutelar los derechos fundamentales en el contexto de la globalización económica; pues como enfatiza Prieto Sanchís, “no se gana nada con la legalización de la moral; al contrario se pierde una instancia crítica frente al derecho positivo y un último reducto de la individualidad frente a las decisiones políticas, democráticas o no”.²

2. Relación de la economía, el derecho y ética desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Primera que nada haremos referencia al proceso de globalización “económica” puesto que tal acontecimiento plantea a la teoría del derecho, entre otros aspectos, retomar la discusión clásica entre derecho y ética. Interpretar el proceso de la globalización representa de por sí un enorme problema puesto que su origen, desarrollo e interrelaciones generan una dinámica compleja que no puede ser analizada con los aparatos conceptuales que actualmente tenemos. De hecho, como en todo proceso histórico son diversas las disciplinas que convergen en la globalización: economía, sociología, política, filosofía, ética, por decir algunas. Siguiendo a Held, la globalización sería “un proceso (o un conjunto de procesos) consistente en una transformación espacial de las relaciones y de las transacciones sociales que produce flujos y redes transcontinentales o interregionales de actividades, interacciones y poder”.³ No nos detendremos a analizar la definición que proporciona tal autor, para nuestro propósito sirve únicamente para destacar que en el fenómeno de la globalización el aspecto económico es tan sólo un elemento, que para algunos la origina y por tanto el más evidente.

Si fuera así, del “desarrollo del mercado debería derivar en la actividad económica y financiera, con particular referencia al bienestar de la familia y a la salvaguarda del patrimonio ambiental, como también del equilibrio social y político, del cual, después, derivarían los dos grandes temas siempre actuales: la tutela de los derechos [fundamentales] y el vivir ético”.⁴

² Prieto Sanchís, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990, p. 18.

³ Véase en Fantocone, Gian Carlo, “I percorsi della globalizzazione”, *Ragion pratica*, núm. 17, 2001, pp. 76 y 77.

⁴ *Ibidem*, p. 78



De esta manera llegamos al punto de encuentro del aspecto del proceso de globalización, el derecho y la ética en relación con los derechos fundamentales. Nosotros abordaremos el tema desde la perspectiva de la teoría del derecho en particular, como ya sea había mencionado desarrollaremos la separación teórica entre moral y derecho sobre la que girará la noción de derechos fundamentales para demostrar su utilidad al explicar y enfrentar el proceso de la globalización.

A. Iusnaturalismo y positivismo

Primero hacemos referencia al iusnaturalismo, puesto que la separación conceptual entre derecho y moral es propia del positivismo metodológico. De acuerdo con Norberto Bobbio el iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, dicha superioridad se sostiene en tres modos típicos de iusnaturalismos: a) escolástico: el derecho natural como conjunto de primeros principios, generalísimos, en los que el legislador se debe inspirar para elaborar las reglas de derecho positivo; b) racionalista moderno: el derecho natural como el conjunto de principios “dictados por la recta razón” que proveen la materia de reglamentaciones, mientras que el derecho positivo es el conjunto de expedientes práctico políticos que determinan la forma (el primero constituye la parte preceptiva de la regla y el segundo atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento); y c) hobbesiano: el derecho natural es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico positivo, la función del derecho natural es dar simplemente un fundamento de legitimidad al poder del legislador.⁵

Como mencionamos en el párrafo anterior la separación conceptual entre derecho y moral es característica del positivismo jurídico entendido como método, éste sostiene concretamente que el derecho puede identificarse y *describirse* sin valoraciones, sin embargo en la actualidad una corriente denominada “positivismo *soft* o incluyente”, sostiene que no siempre se puede identificar y describir el derecho sin valoraciones. Sin ser radicales puntualizamos que el positivismo incluyente al considerar y admitir que de manera “contingente” se identifica el derecho con valoraciones es una suerte de iusnaturalismo que hace que pierda el sentido la aproximación metodológica del positivismo (no queriendo decir con esto que la moral no sea importante).

El positivismo incluyente sostiene que si bien no en todas pero si en muchas Constituciones contemporáneas se formulan expresiones con contenido moral (justicia, igualdad, paz, progreso,

⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo e positivismo*, Milán, Edizioni Comunità, 1971, pp. 9 y 10.

entre otras); así, dichas expresiones hacen un “reenvío a los valores morales”, es decir, incorporan valores morales al derecho constitucional y por lo tanto en muchos sistemas jurídicos la identificación del derecho válido exige que se realicen valoraciones morales. Sostienen que la separación entre derecho y moral es contingente, además de que “concretamente en los Estados constitucionales la separación no se verifica”.

Ricardo Guastini responde *grosso modo* de la siguiente manera, refiriéndose a los principios constitucionales:⁶

1) Los conceptos, que se consideran “morales”, usados para formular principios constitucionales, al ser incorporados en un texto jurídico, ahora son conceptos *de derecho positivo*. Los conceptos en cuestión ya no son conceptos morales. Al menos en el sentido que adquieren en el lenguaje jurídico un significado no necesariamente coincidente con aquél que poseen en el lenguaje moral.

2) Es cierto la interpretación del contenido de significado de las disposiciones constitucionales de principio depende de valoraciones morales de los intérpretes. Sin embargo, considera ingenuo pensar que los juicios de valor intervengan sólo en la interpretación de los conceptos “morales” empleados en los textos constitucionales; ya que los conceptos “morales” no son una peculiaridad de los textos constitucionales, basta pensar en las cláusulas generales que se encuentran en las leyes civiles, donde “daño injusto” constituye un ejemplo paradigmático. Y que en todo caso cualquier jurista competente sabe que los juicios de valor pueden condicionar la interpretación de cualquier texto normativo que presente alguna forma de equivocidad o de indeterminación semántica.

3) Finalmente se refiere a que los principios constitucionales, “reenvían” a la moral y por esta vía “incorporan” la moral en el texto constitucional responde que la tesis de la “incorporación” es simplemente fruto de un uso inapropiado del lenguaje y lo sostiene con la siguiente pregunta ¿quién diría que una norma de derecho internacional privado italiano, exigiendo que en ciertas circunstancias sea aplicada la ley francesa, “incorpora” la ley francesa en el ordenamiento italiano? A lo que responde “nadie”. Agrega que el término “reenvío” es fruto de confusión conceptual. Una norma de reenvío es un enunciado meta-lingüístico que incluye en su formulación la mención de otra norma (o de otro sistema normativo). La tesis de la separación entre derecho y moral no tiene otro objetivo que distinguir entre el derecho “como es” y el derecho “como debería ser”, entre la descripción del derecho y su valoración moral. El positivismo jurídico metodológico no niega que el derecho y/o la

⁶ Los principios constitucionales son considerados; por algunos autores, por ejemplo Robert Alexy; como derechos fundamentales.



práctica jurídica se encuentran impregnados de valoraciones morales. Se limita a recomendar, a quien desee hacer ciencia jurídica, que esté atento a esa circunstancia. Si luego los jueces, al interpretar textos normativos, y específicamente textos constitucionales, llevan a cabo valoraciones morales, la tarea de la ciencia jurídica es sencillamente describirlas como tales.⁷

B. *Neoconstitucionalismo*

Por último hacemos referencia a lo que recientemente se denomina “perspectiva neoconstitucionalista que insiste... en el contenido, en el sentido de las disposiciones de principio y de la enunciación de los derechos. La Constitución se presenta entonces como un conjunto de valores por sistematizar y dar cuenta de su compatibilidad, de valores plurales por equilibrar, a través de los cuales debe configurarse el sistema jurídico”.⁸ Esta perspectiva se confronta con el positivismo al contrastar forma y sustancia, pues considera que a los principios como característica del Estado constitucional contemporáneo; esta postura camina de la mano del positivismo incluyente con ciertas características particulares. Pozzolo define al neoconstitucionalismo como una doctrina normativa, de propuesta de política del derecho, con fines declaradamente antidespóticos y garantistas.⁹

3. El fundamento y concepto de los derechos fundamentales

El lenguaje de los derechos tiene indudablemente una gran función práctica, la de dar fuerza a las reivindicaciones de movimientos que piden *per se* y para aquellas las satisfacciones de nuevas necesidades materiales y morales, sin embargo, la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido se convierte en engañosa, oculta u oscura.¹⁰ Esta engañosa diferencia que menciona Bobbio permite que nos acercarnos al fundamento y concepto de los derechos fundamentales desde la óptica de las posturas teóricas que mencionamos precedentemente. Por ello

⁷ *Crf.* Guastini, Riccardo, “Les principes de droit en tant que source the théoriche”, en *Analisi e diritto 2007. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Turín, Giaopicchelli Editore, pp. 8-10.

⁸ Pozzolo, Sussana, “Neoconstitucionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXXVIII, núm. 2, diciembre de 2008, p. 4.

⁹ *Idem*, p. 10

¹⁰ Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, 3a. ed., Turín, Eianudi, 1997, p. XX.

consideramos que es indispensable distinguir entre “fundamento” y “concepto” de los derechos fundamentales

Consideramos que la noción de derechos fundamentales carece de un significado técnico jurídico preciso y bien delimitado¹¹ por el hecho que tiene una carga emotiva muy fuerte y por los diversos usos que se tiene de dicha noción en los diferentes ámbitos culturales; mismos que complican la precisión y claridad conceptual. La noción de derechos fundamentales, es por si misma vaga y ambigua, como las palabras en general, pues depende de la trinchera que se elabore el concepto verá satisfechos diferentes elementos.

Así, el fundamento y concepto de los derechos fundamentales es un problema mal puesto ya que “fundamentar o justificar una cierta norma o decisión jurídica supone aportar razones a favor de su reconocimiento por parte del derecho positivo; razones que no pueden ser o, al menos, no pueden ser principalmente de índole jurídica, pues el derecho, aun cuando cristalice valores morales, se nos presenta como un *factum* y su estudio tan sólo nos informa acerca de lo prohibido, ordenado o permitido, pero no de los motivos que hace plausible observar sus prescripciones”.¹²

Es por ello que cuando se habla de derechos naturales, fundamentales, inalienables, o inviolables, significa usar formulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la solicitud, pero que no tienen ningún valor teórico, y son por lo tanto completamente irrelevantes en una discusión de teoría del derecho. Esta sería la clásica postura iusnaturalista a la que ya hicimos referencia.

Como resulta de las líneas anteriores el concepto de derechos fundamentales es producto del reconocimiento de tales derechos ya que a partir de ese momento son considerados como derechos positivos

Por tanto, la moral y el derecho son dos sistemas normativos diversos, y no se puede pretender que a una obligación moral corresponda un derecho positivo, porque a una obligación moral sólo puede corresponderle un derecho moral. De una obligación moral tampoco nacer una obligación jurídica. Los derechos constituyen una categoría jurídica del derecho positivo y sólo adquieren eficacia allí en donde este los reconoce, “se trata... de dos normas diversas con el mismo contenido pero con un fundamento de validez diferente. Por cuanto los derechos fundamentales constituyen el intento conceptual de transformar los derechos humanos en derecho positivo...”¹³ A

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 18

¹² *Idem.*, p. 17.

¹³ Véase la nota 80 del libro: Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, universidad Externado de Colombia, p. 55.



partir de este momento los teóricos del derecho proponen conceptos de los derechos fundamentales que den cuenta de estos.

La llamada positivización de los derechos fundamentales propone nuevos problemas teóricos, como: las diferencias estructurales entre los diversos tipos de derechos fundamentales; la perspectiva de un constitucionalismo democrático, sea estatal que internacional, capaz de hacer frente a los desafíos de la creciente globalización.

4. El papel de los derechos fundamentales en el contexto de la globalización

En la primera parte del presente trabajo se abordó la compleja relación entre derecho y moral enfocada al fundamento de los derechos fundamentales y a distinguir entre el fundamento y el concepto del mismo. Es así como llegamos al vínculo que se establece entre el proceso de globalización “económica” del que somos testigos, pues la positivización de los derechos fundamentales implica garantizarlos en tal contexto. Tal garantía representa un desafío principalmente porque “los parámetros de regulación jurídica se desdibujan entre el Estado territorial, llamado westfaliano, y ciertas pautas o estándares globales cuya naturaleza y alcance seguramente están todavía por determinar[se]”.¹⁴

Como ya se anotó hacer frente a los desafíos generados por la globalización económica representa un desafío importante para la teoría del derecho, ya que una característica de nuestro tiempo es que los problemas nacionales se vuelven internacionales en el contexto de la globalización; y resulta evidente que la asimetría entre la globalización económica y la globalización jurídica representa un importante cuestionamiento al proceso de globalización en el que estamos inmersos; pues el derecho interno resulta superado por los desafíos que presenta la globalización.

Resulta contradictorio que las acciones globales se sustenten en normas jurídicas de los Estados nacionales, ya que éstos no cuentan con un “derecho interno lo suficientemente eficaz y articulado, simplemente no participan en el proceso de globalización o lo hace de manera solamente como meras afectadas pasivas. Dado el déficit evidente del derecho global, muchas de las actividades de los actores del proceso de globalización necesitan dos puntos de apoyo

¹⁴ Laporta, Francisco J. L., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 245.

jurídico, el derecho nacional del que nacen y el derecho nacional del que se proyectan. Y a falta de este la acción global es imposible.¹⁵

Por ello resulta de gran importancia encontrar los mecanismos jurídicos adecuados para garantizar los derechos fundamentales en el proceso de globalización, ya que como ha demostrado la experiencia, los eventuales efectos negativos del proceso de globalización no pueden prevenirse ni combatirse si no se cuenta con una sólida articulación jurídica y política.

Ya que como sostiene Laporta si lo que se desea es que las comunidades humanas disfruten de los potenciales beneficios de la globalización y que no sufran las consecuencias negativas de ésta, la solución que parece imponerse es que se doten de un orden jurídico eficaz y bien articulado, es decir, de un Estado bien implantado y riguroso.¹⁶

Diversos teóricos han expuesto diversas propuestas que describen el proceso de globalización y que persiguen descifrar la naturaleza de la globalización, el sociólogo inglés Anthony Giddens describe el proceso de la globalización una dimensión institucional que da pauta para caracteriza el fenómeno desde diferentes dimensiones; por su parte Bretherton indica tres posibles modelos de una nueva configuración mundial para la salvaguardia de los derechos humanos, hipotizando diversos equilibrios de poder, confrontándolos con las estructuras gubernativas y no gubernativas.

El proceso de globalización en su acelerada expansión afronta todo el conjunto de las conexiones globales, incluidos los diversos aspectos un radical cambio para rediseñar los equilibrios aún no experimentados. Todo esto está sucediendo, mientras las actividades sociales, políticas, económicas corren el riesgo de permanecer atrapadas en espacios definidos o reservados, con el consiguiente aumento de la recíproca dependencia. Para evitar tal riesgo, la primera comparación debería llevarse a cabo sobre la investigación de un nuevo equilibrio en las relaciones sociales y, como consecuencia, en la salvaguarda y garantía de los derechos fundamentales, nuevos equilibrios políticos, nuevas modalidades de gestión del poder, nueva justicia distributiva del bienestar.¹⁷

¹⁵ *Idem*, p. 247.

¹⁶ *Idem*, p. 248

¹⁷ Fantacone, Gian Carlo, "I percorsi della globalizzazione", *Ragion pratica*, Génova, núm. 17, 2002, p. 91



5. Conclusiones

La importancia del fundamento y la elaboración del concepto de derechos fundamentales se refleja en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en un contexto global de carácter económico de manera directa; pues la garantía de estos es el fin básico del todo sistema jurídico.

Como sostiene Bobbio no obstante los innumerables tentativos de análisis de definición, el lenguaje de los derechos permanece ambiguo. Es por ello que diferenciamos entre fundamento y concepto de los derechos fundamentales, pues el problema que se presenta al separar moral y derecho en el caso de los derechos fundamentales no ha sido bien expuesto, ya que en el caso del fundamento estamos en sede de una justificación moral, de aportar razones a favor de su reconocimiento asumiendo una postura de filosofía moral y política, es decir, “una reflexión preliminar a la ciencia del derecho”¹⁸ y en el caso de la delimitación conceptual nos encontramos en un marco determinado por un sistema jurídico.

Consideramos que una de las funciones de la teoría del derecho es aportar un aparato conceptual acorde con la realidad que se presenta actualmente, pero ello no significa que se deban mezclar los diferentes planos de análisis y mucho menos que se ignoren. Distinguir como funcionan desde las diferentes esferas para poder enfrentar los problemas en conjunto, pero más que nada proporcionar las herramientas necesarias a los operadores del derecho y por qué no también de otras áreas del conocimiento que les permitan distinguir y resolver casos concretos.

Dicho aparato conceptual debe ser capaz de confrontar el perfil ético y jurídico de los derechos fundamentales para posteriormente dar cuenta de las transformaciones sociales y en esa medida contribuir, solucionar problemas concretos. Retomo aquí la conclusión de Guastini cuando enfatiza que el positivismo jurídico metodológico no niega que el derecho y/o la práctica jurídica se encuentran impregnados de valoraciones morales.

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 10, p. 17.