

## FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS DE LA REGULACIÓN GLOBALIZADORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES \*

por María Isabel Garrido Gómez \*\*

### RESUMEN

La redefinición de las funciones del Estado ha influido directamente en la regulación, desenvolvimiento y protección de los derechos fundamentales. De ahí que el problema principal resida en que los económicos, sociales y culturales no se globalizan, ya que chocan con los postulados inviolables de la libertad de mercado, la igualdad formal y los derechos individuales, produciéndose un duro golpe a las propias identidades y al pluralismo. Desde este punto de vista, la construcción de un paradigma moral universal de los derechos está llamada a propagar un sistema de moralidad crítica válido para todos, particularizado en cuáles son los que están en juego y los seres humanos pueden disfrutar, las obligaciones que se deben cumplir y los objetivos perseguibles.

Enlazado con el argumento de que la globalización de los derechos fundamentales debe abarcar las diferencias sin exclusión, hallamos el hecho de que las Constituciones obedecen a un pensamiento históricamente condicionado por la organización social y la moral mayoritaria, dilucidándose que la técnica de formación jurídica más adecuada es la del diálogo. De este modo, los límites de la racionalidad práctica no son permanentes, absolutos ni inmutables, ni se encuentran establecidos apriorísticamente.

### PALABRAS CLAVE

Globalización, derechos fundamentales, racionalidad práctica.

### ABSTRACT

The redefinition of the functions of the State has had a direct influence on the regulation, development and protection of fundamental rights. As a result the main difficulty is that the economic, social and cultural rights are not subject to globalization, as they clash with the inviolable postulates of the free market, formal equality and individual rights, thus delivering a blow against individual identity and pluralism. From this perspective, the construction of a universal moral paradigm of rights is bound to propagate a system of critical morality valid for all, characterized by the rights that are at stake and that human beings may enjoy, the duties that should be observed and the objectives that can be pursued.

Linked to this argument that the globalization of fundamental rights should encompass differences without creating exclusion is the fact that national constitutions obey a way of thinking that is historically conditioned by social organization and the moral majority, suggesting that the most reasonable method of creating law is via dialogue. Thus the limits of practical rationality are not permanent, absolute or immutable, nor are they established a priori.

### KEY WORDS

Globalization, fundamental rights, practical rationality.

Si observamos la realidad jurídico-política, vislumbramos que los cambios del Estado y de la soberanía se han traducido en grandes crisis del Derecho. Con la globalización, la centralidad y exclusividad estatal se diluyen como unidad de gestión económica, dirección política, control social e iniciativa legislativa, siendo los aspectos más expresivos la fragilidad de la autoridad, el agotamiento del equilibrio de poderes y la pérdida de la autonomía burocrática<sup>1</sup>. En

\* Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2007. Fecha de aceptación/publicación: 30 de diciembre de 2007.

\*\* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Correo-e: misabel.garrido@uah.es

<sup>1</sup> FARIA, J.F., *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2001, pp. 18, 23 y 33. Sobre la globalización, ver especialmente BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la*

consecuencia, la globalización implica una mentalidad y un método innovadores, teniendo como norte la idea de que todo interfiere en todo y que todo depende de todo. Tal interdependencia ha producido una erosión progresiva en lo que se refiere al poder de los Estados para que se controlen sus problemas y alcancen sus objetivos; sin olvidar que en las competencias estatales se plantea un cambio referido a las fuentes del Derecho, principalmente el que se remite a la supraestatalidad normativa. Esa supraestatalidad se exterioriza mediante reglas jurídicas comunes en ordenamientos diferentes<sup>2</sup>.

La globalización es un hecho social dependiente de decisiones humanas, por lo que se somete a los parámetros de valoración que rigen las conductas de los seres humanos; la ética global en la esfera de las relaciones sociales y públicas se remite al espacio en el que se plantean sus exigencias. Estas consideraciones nos conducen a entender que, aunque el concepto de Estado-nación se mantenga aún fuertemente enraizado en las sociedades contemporáneas, el Derecho creado por el Estado no es el único que hay que tener en cuenta; y que el cambio surge en la representación, la participación, el control y la responsabilidad. Igualmente, la crisis del Derecho incide en varios niveles: En el de la teoría jurídica, precisándose una revisión de la teoría de la validez basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones. En el de la teoría política, plasmada en una revisión de la concepción procedimental de la democracia y en el reconocimiento de un plano sustancial. En el de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, siendo indispensable una nueva definición del papel del juez y una actualización de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley. Y, finalmente, en el nivel de la Ciencia jurídica, que ha de superar lo meramente descriptivo para convertirse en crítica del objeto que contempla<sup>3</sup>.

Emplazados en el tema de los derechos fundamentales, la redefinición de las funciones estatales ha influido directamente en su regulación, desenvolvimiento y protección. De ahí que el problema principal resida en que los económicos, sociales y culturales no se globalizan, ya que chocan con los postulados inviolables de la libertad de mercado, la igualdad formal y los derechos individuales, produciéndose un duro golpe a las propias identidades y al

---

*globalización*, trad. de B. Moreno y M. R. Borràs, Paidós, Barcelona, 2002; SANTOS, B. de Sousa, *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 244 y 246.

<sup>3</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, cit., pp. 249 y 250.

pluralismo<sup>4</sup>. Como dice Giddens, la cuestión que nos ocupa no se resuelve con la contestación de si debe haber más o menos gobierno, sino con la concienciación de las nuevas circunstancias junto a la renovación positiva de la autoridad<sup>5</sup>. A estos efectos, mi trabajo pretende fundamentar la tesis de una universalidad de los derechos fundamentales renovada, estudiando cuáles han de ser los instrumentos de su regulación y la especificación de las razones para la acción jurídica globalizadora.

## 1. FUNDAMENTACIÓN UNIVERSALISTA DE LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los fenómenos más llamativos de la actualidad es que, en los Estados contemporáneos, la globalización pasa de la economía a las estructuras constitucionales y de los mercados al sector de los derechos de la persona<sup>6</sup>. A la par que, en cuanto a lo que se refiere a los derechos de los no nacionales, se cuestiona el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros, sobre todo en la Unión Europea con respecto a las personas de los terceros Estados, debiendo preocuparnos si el ámbito de la nacionalidad es suficientemente relevante. No obstante, una cosa es fijar las limitaciones como excepcionales o perfectamente delimitadas, y otra es, según suele ocurrir, que se establezcan gracias a conceptos jurídicos indeterminados aplicados por el Poder ejecutivo<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> LIMA TORRADO, J., "Globalización y derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000, pp. 44 y 45; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., "El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000, p. 92. Ver también CALSAMIGLIA, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 142 y 143; FARIÑAS DULCE, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 18, 19 y 23.

<sup>5</sup> GIDDENS, A., *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 2002, p. 88.

<sup>6</sup> ROLLA, G., *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de C. Ortega Santiago, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 40. Siguiendo la propuesta de Peces-Barba, la voz *derechos fundamentales* considera en primer lugar el plano jurídico, sin abandonar el moral, pues se sitúa en un rango superior a los derechos meramente subjetivos, cosa que queda demostrada a la hora de su protección (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de Asís Roig, R. de, Fernández Liesa, C.R. y Llamas Cascón, A., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 101 y ss.).

<sup>7</sup> LUCAS MARTÍN, J. de, "¿Derechos sin fronteras?", en SAUCA, J.M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 174 y 175; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 80 y ss.

Derivativamente, la construcción de un paradigma moral universal de los derechos está llamada a propagar un sistema de moralidad crítica válido para todos, particularizado en cuáles son los que están en juego y los seres humanos pueden disfrutar, las obligaciones que se deben cumplir y los objetivos perseguibles. Su validez descansaría en el papel desempeñado en las actuaciones de la Comunidad internacional y de los Estados nacionales, fundado en el consenso de los participantes conforme a reglas que estipulen una mínima objetividad. Con esta directriz, creo que es de gran valía la concepción de Rawls de un *standard* moral universal presente en todos los regímenes decentes que quieren actuar de buena fe en la esfera internacional; y la teoría del *coto vedado* de Garzón Valdés, sobre un núcleo que es ajeno a toda transacción, dados un convenio social que salvaguarde intereses privados y un convenio ético que salvaguarde el interés común<sup>8</sup>.

En contra de estos postulados, las posiciones relativistas defienden que ningún sistema de reglas puede pretender hacerse extensible plenamente a los demás sistemas, por lo que no hay parámetros imparciales e independientes que otorguen el derecho a extenderse *sobre y frente* al resto. Atestiguando las posturas comunitaristas que el individuo está enraizado en una cultura que trama su forma de ser, siendo la primera obligación la de lealtad al tejido cultural que le da identidad<sup>9</sup>. Pero, a pesar de lo dicho, la objetividad moral no se vería impedida por el imperativo de algunos relativismos, por ejemplo: a) El relativismo *inocuo*, expresado en el interrogante que gira en torno a si nuestros juicios serían válidos en igual sentido para seres capaces de tener creencias y actitudes, que son como nosotros y mantienen diferencias en otros sentidos trascendentes; b) el relativismo *benigno*, en el que las normas de nuestra moralidad ideal discriminan entre el conjunto de circunstancias de hecho, y se acepta que lo que es moralmente correcto en un grupo social no lo es en otro. Este modelo se representa con las fórmulas "hacer x es correcto en la sociedad S1 con arreglo a la moralidad ideal M", y "hacer X es incorrecto en la sociedad S2 con arreglo a la moralidad ideal M"; c) el relativismo como *pluralismo*, sustentador de que entre los planes de vida hay muchos que son valiosos, no estando reñido con una única moralidad ideal. Esta tarea se logra delimitando los deberes relativos, sin caer

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., "¿Son los derechos humanos universales?", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XV, 1998, p. 51. Véase además GARZÓN VALDÉS, E., "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural", *Claves de razón práctica*, núm. 74, 1997, pp. 10 y ss.; y RAWLS, J., *El Derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, trad. de H. Valencia, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 49 y ss., 93 y 94.

<sup>9</sup> GARCÍA AMADO, J.A., "¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 7, 2003 ([http://www.uv.es/CEFD/\\*.htm](http://www.uv.es/CEFD/*.htm)), p. 10.

en el particularismo; y d) el relativismo como *indeterminación*, que demuestra que el dominio de los conceptos morales no garantiza la ordenación de todas las acciones del hombre que encierran una relevancia de este tipo<sup>10</sup>.

Dentro del discurso que nos ocupa, se pueden describir las insuficiencias de las teorías naturalistas, como hace González Lagier, en cuanto, si bien ponen en evidencia el anclaje de las acciones en el mundo real, no pueden explicar que lleguen a ser objeto de valoraciones. Además, en este tipo de concepciones es muy difícil que tenga cabida el concepto de intención, debiéndose enfrentar la teoría causal a un triple problema consistente en que o bien la teoría afirma que "todos los cambios que proceden de la voluntad de un agente son acciones", lo que no parece ser aceptable puesto que las cadenas causales pueden ser infinitas; otorga criterios que "posibiliten poner límites a las cadenas causales generadas, a través de los movimientos corporales por la voluntad del agente", lo que no sería aceptable por acabar disolviéndose en la teoría final o social; o sostiene que únicamente "los movimientos corporales voluntarios son acciones", cuestión por la que su aceptabilidad también sería conflictiva, pues se enfrenta a que éstos no son susceptibles de valoración<sup>11</sup>.

De otra parte, las teorías subjetivistas son más adecuadas para explicar la posibilidad de valorar las acciones ofreciendo un criterio de interpretación, el de la intención, lo que hace que, al adoptar exclusivamente el punto de vista del agente, sólo puedan dar cuenta de las acciones intencionales. Por último, hay que subrayar que las tesis sociales manifiestan una clara insuficiencia, pretendiendo que los criterios válidos para interpretar las acciones, incluidas las intencionales, sean constituidos por las reglas sociales<sup>12</sup>.

Sin embargo, cualquiera que sea el planteamiento que se mantenga, lo que parece obvio es que los Derechos positivos desarrollan una moral, siendo la pregunta que procede ¿de qué moral se trata? Se trata de una moral ideal, eterna, inmutable y universal, o de una moral social, constituida por las consideraciones convencionales mayoritarias que estén vigentes en la sociedad. Pues

---

<sup>10</sup> MORESO MATEOS, J.J., "El reino de los derechos y la objetividad de la moral", *Iura Gentium, Centro de Filosofía del Diritto Internazionale e della Politica Globale* (<http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/it/index.htm>), pp. 9 y 10.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ LAGIER, D., "Díez tesis sobre la acción humana", *Isonomía*, núm. 10, 1999, p. 155, con referencias a la teoría de DAVIDSON, D., "De la acción", en Id., *Ensayos sobre acciones y sucesos*, trad. de O. Hansberg, J.A. Robles y M. Valdés, coord. y revisión de O. Hansberg, Crítica, Barcelona, 1995, p. 66.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ LAGIER, D., "Díez tesis sobre la acción humana", cit., pp. 155 y ss.; y su referencia a WRIGHT, G.H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979.

bien, todo Derecho debe legitimarse y no obligar sólo por la fuerza, debiendo consagrar el que regula los derechos fundamentales desde el punto de vista de la globalización una pretensión de corrección. Otra cosa es que se ratifique una forma única, puesto que depende del lugar y del tiempo en el que el Derecho esté vigente<sup>13</sup>, orientado por las diferencias sin exclusión<sup>14</sup>.

## **2. CONSENSO Y RACIONALIDAD DE LA GLOBALIZACIÓN A LA HORA DE REGULAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Enlazado con el argumento de que la globalización de los derechos fundamentales debe abarcar las diferencias sin exclusión, hallamos el hecho de que las Constituciones obedecen a un pensamiento históricamente condicionado por la organización social y la moral mayoritaria, dilucidándose que la técnica de formación jurídica más adecuada es la del diálogo<sup>15</sup>. Ello nos induce a reafirmar que, si las condiciones del consenso acarrearán exigencias variables para asegurar y depurar la comunicación y la formación de la voluntad colectiva, son menesteres principios y valores que abran cauces de cohesión, agregados a derechos que recojan las pretensiones dirigidas a satisfacer las necesidades que requiere la institucionalización de ese diálogo sometido al pluralismo, la solidaridad y la reciprocidad<sup>16</sup>.

Con el objetivo de dar salida a los enunciados precedentes, Nino habla de un constructivismo ético que es compartido por Baier, Frankena, Hare, Warnock, Ackerman, Nagel, Scanlon, Rawls, Gewirth, Peters, Apel y Habermas. El constructivismo se fija en los presupuestos formales y sustantivos de la práctica social que se refiere al discurso moral, suscribiéndose que las posiciones clásicas descriptivistas y no descriptivistas no han tenido éxito, a causa de que la explicación que dan de los hechos a los cuales los juicios se remiten, o dejan al margen, no traslucen el discurso ni sus funciones. Así, Nino atribuye el mérito de esta visión a que los juicios morales se

---

<sup>13</sup> ALEXI, R., "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", trad. de P. Larrañaga, en Id., *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, D.F., 1998, pp. 46 y 47; PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, D.F., 1999, p. 76.

<sup>14</sup> FARIÑAS DULCE, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., pp. 52, 55 y 57.

<sup>15</sup> HABERMAS, J., "Conciencia histórica e identidad postradicional", en Id., *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. de M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 83-109.

<sup>16</sup> FARIÑAS DULCE, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., pp. 49-55. Hay una polémica entre el diálogo como instrumento ideal de racionalidad, propuesto por Habermas y por Apel, y como práctica que nos acerca a los demás, ver SAAVEDRA, M., "La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas", en VV.AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 239 y ss.

justifican en la práctica discursiva que tiene presupuestos estructurales adaptados a las funciones sociales<sup>17</sup>. En el contexto de una discusión moral, es sostenible que un interés es legítimo, lo cual significa que X está protegido por un principio al que se accede "si es imparcial, racional y sapiente". Ahora bien, en este caso, tendríamos que dejar dicha concepción fuera de la ética, estimativa de que los principios morales válidos son el resultado de un consenso ideal al que se alude en esa discusión real, fracasando el constructivismo ontológico que capta una forma privilegiada de conocer razones morales y gozando las decisiones democráticas de una presunción de validez moral<sup>18</sup>. El que una norma jurídica haya sido elaborada conforme a un procedimiento formal democrático nos aporta razones suficientes para creer que hay razones para realizar el contenido de la norma<sup>19</sup>.

En los Estados democráticos, la legislación es la instancia jurídica que se encarga de introducir cambios en el Derecho, reflejando o guiando el cambio social. En el campo judicial, la interpretación permite un margen para introducir cambios, dentro de lo que permita el sistema. Y la capacidad para actuar como agentes del cambio social de la Administración y el Poder ejecutivo deriva, en gran medida, de que su función en el Estado contemporáneo se desenvuelve en el terreno de la normación que tiende a agrandarse cada vez más<sup>20</sup>. Los cambios que sufre el modelo aplicativo del Derecho rompen con la concepción del estricto formalismo, creándose espacios relacionados con fines y estrategias de naturaleza social, económica, política, etc., que tienen un gran peso en la realización de los principios reguladores del nuevo Derecho<sup>21</sup>.

De este modo, los límites de la racionalidad práctica no son permanentes, absolutos ni inmutables, ni se encuentran establecidos apriorísticamente. Un procedimiento jurídico racional exige normas que tengan el objetivo de gobernar la conducta de un grupo social, suministrando *standards* consistentes para llevar a cabo una evaluación crítica. Pero el hecho de que la racionalidad formal de un sistema de Derecho sea suficiente es un tema que produce grandes problemas. Si nos fijamos en la realidad, apreciamos que una gran parte de la doctrina se debate en la línea de que las razones de principio poseen primacía sobre el razonamiento apoyado en las reglas, y en que, en el discurso jurídico, las razones sustantivas tienen primacía sobre las razones de autoridad o de fuerza. En este

---

<sup>17</sup> NINO, C.S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 12-17.

<sup>18</sup> NINO, C.S., *El constructivismo ético*, cit., pp. 128 y 129.

<sup>19</sup> NINO, C.S., *El constructivismo ético*, cit., pp. 128-133.

<sup>20</sup> ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 169 y ss.

<sup>21</sup> PICONTO NOVALES, T., *En las fronteras del Derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 162.

sentido, defiende MacCormick que comprendido que la racionalidad jurídica debe superar el simple razonamiento a partir de reglas, entonces cabe afirmar que el anterior pensamiento es válido, no pudiéndose dudar que se exige un alto grado de racionalidad en la estructuración de los sistemas jurídicos y la aplicación de los mismos<sup>22</sup>.

Las teorías del discurso son empíricas, analíticas o normativas, mas entiende Bobbio que cuando hablamos de la razón en el Derecho nos podemos referir a dos sentidos distintos. De referirnos a la ley de la razón, el problema que la expresión produce es el del "lugar de la razón en el universo jurídico, el de si la razón tiene lugar en él y cuál pueda ser". Diferentemente, de referirnos al razonamiento jurídico, se alude al "problema de cuáles son sus características", revelándose que los criterios con los que se ha distinguido el Derecho racional del no racional no son los que separan el razonamiento jurídico del no jurídico<sup>23</sup>.

Simultáneamente, el diálogo se vale del lenguaje, el cual está constituido por un conjunto de símbolos que tienen como finalidad el que los hombres se comuniquen entre sí, comunicación que principalmente es una interacción simbólica aceptada por los interlocutores. De otro lado, en la dimensión del lenguaje jurídico, la elección del sistema de símbolos y de definiciones depende, en gran parte, del interés analítico del teórico, lo cual hace que el jurista haga una remisión a la autoridad de la lógica, sin que identifique el sistema lógico empleado, utilizando un argumento de autoridad no absolutamente racional<sup>24</sup>. En el Derecho, actúa la textura abierta del lenguaje de referencia, es decir, el de las leyes, los principios generales del Derecho que son habitualmente reconocidos y la doctrina más prestigiosa, la jurisprudencia invocada, etc. Hart dice que las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella, sin duda, se aplica, y otros en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o "textura abierta", y puede afectar

---

<sup>22</sup> MacCORMICK, N., "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en BETEGÓN, J. y PÁRAMO, J.R. (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 20 y 22.

<sup>23</sup> BOBBIO, N., "La razón en el Derecho (observaciones preliminares)", trad. de A. Ruiz Miguel, *Doxa*, núm. 2, 1985, pp. 19 y 20.

<sup>24</sup> VERNENGO, R.J., *Curso de Teoría general del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 62 y ss.

tanto a la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del Derecho, como a una ley particular<sup>25</sup>.

En consecuencia, la determinación del significado de los enunciados que encierran las normas es imprescindible para la determinación del mandato que ha querido establecer el legislador. Mas nos tenemos que preguntar cuál es el sentido que tienen las expresiones lingüísticas y su procedimiento de determinación<sup>26</sup>. En esta cuestión, Jori responde que el lenguaje se expresa en tres planos. Uno de ellos "indica, describe y explica un hecho lingüístico o un hecho con componentes lingüísticos". Los otros dos se consagran en que "las frases y los términos pueden ser usados para indicar, describir y explicar el hecho de que el término, concepto y conjunto de conceptos es usado en cierto sentido en el lenguaje ordinario", y en que se puede "indicar, describir y explicar un hecho lingüístico que, o bien se propone describir o comprender las propias acciones de quienes los usan o bien es usado en discursos no descriptivos en los que estas acciones son parte integrante"<sup>27</sup>.

### **3. BASES PARA LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Hablar de un ordenamiento jurídico supone que las normas que lo componen no están aisladas, sino que están interconectadas por su pertenencia a un sistema en base a una estructura. El concepto de estructura lo que nos da a conocer es la existencia de una pluralidad de elementos, condicionándose unos con otros conforme a un dinamismo permanente, y la conformación de una totalidad<sup>28</sup>. Así pues, los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido ordenador, siendo muy útil el establecimiento de tipos funcionales concretados en varias clases de contenidos: el de las funciones primarias, expresadas en tareas como el control del comportamiento y la represión, el otorgamiento de instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada, la regulación de la distribución social de bienes y servicios y la resolución de disputas, las cuales están fuera de la normatividad positiva; y el de las funciones secundarias, que se remiten a la condición que desempeñan las normas en el seno del

---

<sup>25</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 152 y 153.

<sup>26</sup> ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., "Definiciones y normas", en BULYGIN, E., FARRELL, M.D., NINO, C.S. y RABOSI, E.A. (comps.), *El lenguaje del Derecho, Homenaje a G.R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 12 y ss.

<sup>27</sup> JORI, M., "Ferrajoli sobre los derechos", en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 128 y ss.

<sup>28</sup> LUMIA, G., *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1991, pp. 53 y 54.

sistema<sup>29</sup>. La configuración del Derecho como sistema normativo implica un proceso encarrilado hacia diversas operaciones que muestran características estructurales e insuficiencias formales, al igual que posibilitan su reformulación con la finalidad de obtener un sistema más simplificado<sup>30</sup>.

En esta línea, el patrón habermasiano presenta los elementos que componen procedimentalmente el sistema de los derechos, destacando los de participación y el espacio de opinión pública. Para el filósofo, el paradigma procedimental acentúa normativamente la referencia de las igualdades jurídica y fáctica a las autonomías privada y pública. Tal posición supera los problemas en los que caen los Estados sociales por reducir la justicia a la de clase distributiva, "en una comunidad jurídica nadie es libre mientras la libertad de unos haya de pagarse al precio de la opresión de los otros. La igual distribución de los derechos sólo es consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como miembros iguales y libres", yendo más allá el paradigma, ya que soslaya los fallos de los Estados liberales que asemejan los derechos a bienes repartibles y poseibles. Para Habermas, los derechos sólo son gozados ejercitándose. La autodeterminación individual se constituye en el ejercicio de los derivados de normas legítimamente elaboradas, de lo que se desprende que "la igual distribución no se desligue de esa autonomía pública ejercitable con exclusividad por los ciudadanos en común, participando en la práctica de la producción legislativa"<sup>31</sup>.

La postura de Habermas es la de la defensa del procedimiento argumentativo de búsqueda cooperativa de la verdad. El modelo deliberativo de política instituye una postura equidistante del liberalismo y del republicanismo, entre la protección de la autonomía privada y el fomento de la autonomía pública de la ciudadanía. También condensa otros paradigmas que son demasiado concretistas, corroborando que el Estado democrático de Derecho es "la institucionalización que discurre a través del Derecho de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación de la opinión y la voluntad, la cual hace factible una producción legítima de normas"<sup>32</sup>. Especialmente en la esfera de los derechos, han de

---

<sup>29</sup> RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1985, pp. 213 y ss.

<sup>30</sup> ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 24.

<sup>31</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005, pp. 498, 502 y 503.

<sup>32</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, cit., pp. 299 y ss., y 523; VELASCO ARROYO, J.C., *La teoría discursiva del Derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 178.

fijarse los criterios de la discusión: la capacidad de elección, la satisfacción de necesidades básicas y el igual poder de los sujetos morales en la determinación de lo correcto<sup>33</sup>.

Dice Habermas que, "para diferenciar las proposiciones verdaderas de las falsas tomo como referencia el enjuiciamiento de los demás ... con los que yo pudiera entablar un diálogo. La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás"<sup>34</sup>. La racionalidad comunicativa habermasiana se construye como un medio por el que la gente puede llegar a un entendimiento recíproco, a una comprensión mutua, como un modelo procedimental que conlleva la superación entre las construcciones formales y las materiales mediante la constitución de un modelo democrático. La teoría del discurso es un intento de reconstruir la autocomprensión práctico-moral de la modernidad en conjunto, de forma que sea afirmable su especificidad normativa frente al reduccionismo de la Ciencia y frente a las asimilaciones estéticas. Por lo tanto, se constituyen ámbitos públicos en los cuales puede acontecer una formación racional en mayor o menor grado de la opinión y de la voluntad acerca de materias relevantes para la sociedad que necesitan ser reguladas<sup>35</sup>. La teoría del discurso otorga, en situaciones específicas, un criterio para la racionalidad de procesos decisionales y de las decisiones que en ellos se producen<sup>36</sup>.

Si observamos los Derechos positivos de los Estados contemporáneos, advertimos una tendencia hacia la generalización de derechos, internacionalizándose sus instrumentos de protección. De esta forma, se produce un acercamiento entre las Constituciones de Estados dispares y la Constitución simboliza un espacio en el que se manifiesta el consenso, fruto de la discusión entre las concepciones de la justicia que hay en la sociedad. Esta Ley fundamental establece un marco de unidad material y procedimental, superador del mero contenido formal y jerárquico<sup>37</sup>. La racionalidad de la justificación jurídica en forma de diálogo, sujeto a los principios del discurso práctico, debe ser completada con la constatación de las relaciones entre las normas y las razones para la acción, y la existencia y la

---

<sup>33</sup> ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, p. 73.

<sup>34</sup> Citado por ALEX Y, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 111.

<sup>35</sup> HABERMAS, J., Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, cit., p. 375.

<sup>36</sup> ALEX Y, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 280.

<sup>37</sup> ALEX Y, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 37.

efectividad del Derecho, siendo interesante subrayar que el grado de coherencia eleva la posibilidad de verdad<sup>38</sup>.

Ciertamente, la aceptación de una norma es una actitud de una razón explicativa de las acciones realizadas conforme a las mismas. El razonamiento teleológico, si se aísla de las demás fuentes del Derecho, no podrá ser fundamento de justificaciones jurídicas, aunque sí de discursos sociales y políticos. A estos efectos, hay que plantearse con Aarnio dos cuestiones: ¿hay criterios generales, sobre los cuales es posible cortar la cadena de razones, de forma que el punto de vista interpretativo pueda ser estimado como justificado?, ¿se rompe toda justificación en la dogmática jurídica en opiniones que se dispersan en todas direcciones?, y ¿desde un punto de vista relevante, son estas opiniones subjetivas? Para contestar, el autor hace una distinción entre la eficacia *fáctica*, o eficacia *real*, y la *sistémica* de la norma que ha sido dictada formalmente, pudiendo revestir también el término un significado ambivalente<sup>39</sup>. A su vez, esta aseveración se completa al poner Ross en evidencia la relación entre validez y eficacia, conteniendo un elemento ideológico y otro conductista. El elemento ideológico se explicaría porque la norma motiva la acción de la autoridad de una determinada manera. Al decir que una norma es eficaz, se puede presentar la ideología del decisor como vinculante y, consecuentemente, sólo el Derecho que realmente guía la actividad de las autoridades sería eficaz<sup>40</sup>.

#### **4. APUNTE FINAL: ¿CÓMO COMPATIBILIZAR LA ACCIÓN GLOBALIZADORA CON LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS CULTURALES?**

De los problemas contemporáneos expuestos se desprende que, en la globalización de los derechos fundamentales, nos enfrentamos a cuestiones de configuración jurídica y de aceptación social, siendo el tratamiento jurídico de las minorías autóctonas y de las de fuera muy distinto al faltar la integración en el acogimiento. Freixes Sanjuán pone el ejemplo de un obstáculo que se da en los Estados de la Unión Europea en los que coexisten culturas oficializadas, de manera que su exteriorización fáctica es legal. En este supuesto, el ejercicio de los derechos puede estar sometido a reglas diferentes, sin que se

---

<sup>38</sup> RAZ, J., *La ética en el ámbito público*, trad. de M.L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 315; REDONDO, M.C. y NAVARRO, P.E., "Aceptación y funcionamiento del Derecho", *Doxa*, núm. 9, 1991, p. 225.

<sup>39</sup> AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 182 y 183; REDONDO, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis de la norma jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 213.

<sup>40</sup> BARCELLONA, P., en colaboración con C. Camardi, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Nápoles, 1996; ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 2005, pp. 77 y ss.

originen más controversias que las de la determinación de la norma aplicable o la práctica de la ponderación si acontece una colisión. En las sociedades descritas el multiculturalismo es oficializado, siguiéndose en los territorios de la Unión Europea que posean una tasa de migración extranjera media varios interrogantes: ¿reconocen las normas de esos territorios el derecho a la diferencia?, ¿son conservables reglas de conducta o normas propias con relación, ilustrativamente, a los derechos de la personalidad?, ¿con arreglo a qué Códigos se enjuician los conflictos de familia, de clan o de etnia, si el grupo social está desplazado?, ¿pueden formalizarse regulaciones antagónicas, por causa de la procedencia, sobre la situación jurídica de los migrantes?<sup>41</sup>.

A lo anterior hay que unir lo positivo de la multiculturalidad que da libertad a las formas de vida, sin desdeñar que los derechos de las minorías demandan un trato igual, el derecho a ser iguales en derechos a las mayorías con capacidad de integrarse en la sociedad<sup>42</sup>. Por ello, para que los derechos fundamentales se ejerciten en libertad e igualdad, es preciso un diálogo y la aplicación de programas interculturales. Se trata de conseguir la globalización de los derechos *en y desde* la identidad de los sujetos y de los grupos en juego, resultado de una comunicación recíproca y permanente, ajustada a las circunstancias de la realidad<sup>43</sup>.

Matizando más, lo acertado es separar el multiculturalismo, que se alinea en la idea descriptiva de la diversidad cultural, y la interculturalidad, que remite a un nivel prescriptivo de relación entre culturas representante del reconocimiento jurídico de la diversidad en el plano de la igualdad<sup>44</sup>, con lo que se logrará superar el dilema entre el universalismo y el relativismo extremos. Desde este ángulo, la tradición occidental de los derechos debe promocionar ámbitos de apertura y tolerancia hacia otras formas de entendimiento, desenvueltas en función de nuevas coordenadas<sup>45</sup>. En conclusión, es

---

<sup>41</sup> FREIXES SANJUÁN, T., "El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho internacional público", en MARZAL, A. (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Bosch, Esade-Facultad de Derecho, Barcelona, 2001, pp. 209-211; PEÑA FREIRE, A.M., *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 142 y ss.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 85 y 86.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 192.

<sup>44</sup> SORIANO DÍAZ, R., *Los derechos de las minorías*, MAD, Sevilla, 1999, pp. 60 y 61. Ver además SOLANES CORELLA, A., "Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XV, 1998, pp. 123 y ss.

<sup>45</sup> CARBONELL, M., *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001, p. 18; LUCAS MARTÍN, J. de, "La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos",

plausible la proposición de la ciudadanía compleja de Rubio Carracedo, atendiendo a "iguales derechos fundamentales para todos los ciudadanos", postulante de una "política universalista de integración de los mínimos comunes irrenunciables"; "derechos diferenciales de todos los grupos que forman la estructura organizativa del Estado", tema que impulsa a "una política de reconocimiento en las esferas privada y pública"; y "condiciones mínimas de igualdad para la dialéctica o diálogo libre y abierto de los grupos socio-culturales"<sup>46</sup>. Decimos que este modelo es el que creemos más plausible al evitar el asimilacionismo y el uniformismo. Para materializar estos paradigmas y ver si la democracia representativa en países con minorías culturales se impone homogenezadamente o es impracticable, han de: a) analizarse en qué medida la aceptación de principios éticos universales equivale a adoptar una visión ignorante de las peculiaridades que caracterizan a los grupos locales o regionales; b) contestar qué se debe comprender por homogeneidad social; y c) dar respuesta a cuál es la relación que se da entre homogeneidad social y peculiaridad cultural<sup>47</sup>.

Con esta visión, las autoridades nacionales deben promover la homogeneidad de forma que aseguren la satisfacción de las necesidades básicas de todos, a la par que la otra parte debe estar dispuesta a abandonar reglas o principios de comportamiento si, en conformidad a las circunstancias del momento, aumentaran su vulnerabilidad. Pero hay que puntualizar que los dos argumentos han de ser dinámicos, ya que han de estar en concordancia con la situación y las estructuras dominantes, sin que sea predeterminable sólo un camino<sup>48</sup>. Recogiendo la idea de Habermas del patriotismo constitucional, en el diálogo intercultural es de gran utilidad la fijación de un modo de compartir los principios y valores básicos de un ordenamiento constitucional. Dice el filósofo que, normativamente, la inserción del proceso democrático en una cultura común proporciona el sentido *inclusivo* de una *praxis* autolegislativa que incluye a todos

---

en AÑÓN, M.J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P. (coords.), *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 22; Id., "Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos (a propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)", *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, pp. 259 y ss., y, más ampliamente, ver Id., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.

<sup>46</sup> RUBIO CARRACEDO, J., "Ciudadanía compleja y democracia", en RUBIO CARRACEDO, J., ROSALES, J.M. y TOSCANO MÉNDEZ, M., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 28, 29 y ss.

<sup>47</sup> GARZÓN VALDÉS, E., "El problema ético de las minorías étnicas", en Id., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 523 y 524; Id., "No pongas tus sucias manos sobre Mozart". Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", en Id., *Derecho, ética y política*, cit., pp. 409 y 410).

<sup>48</sup> GARZÓN VALDÉS, E., "El problema ético de las minorías étnicas", cit., pp. 527 y ss.

los ciudadanos por igual. En este contexto, cuando hablamos de inclusión nos referimos a que la comunidad política está abierta a aceptar como miembros a ciudadanos de cualquier procedencia, sin que se les impongan los axiomas uniformizadores de una comunidad histórica homogénea<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> HABERMAS, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, trad. de P. Fabra Abat, D. Gamper Sachse y L. Díez, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 99 y 100; y "Conciencia histórica e identidad postradicional", cit., pp. 83-109. El concepto de lealtad es relacional y normativo, pudiendo ser valiosa o no en dependencia del tipo. Si supone de antemano una identificación con la causa y la renuncia a la crítica, entonces no es admisible. Mas hay lealtades necesarias para la existencia de las sociedades, cuya característica es la de tener en consideración el bien común grupal, sin olvidar la configuración de un valor público cuando origina una obligación *prima facie* que supone lucha y crítica interna (CALSAMIGLIA, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción nacionalismo y multiculturalismo*, cit., pp. 71-74).