

Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos

Farith Simon

El gran reto para los Estados nacionales, y para la comunidad internacional, es promover la constitución de verdaderos estados democráticos en los que se pueda conciliar los aspectos formales con los sustanciales de la democracia.

"Reivindico valores como la libertad y la justicia como un algo único, pues no hay libertad sin justicia, ni justicia sin libertad. Lo hago frente a la preponderancia aplastante del dinero, valor supremo por el que se miden y se valoran las cosas y las genes. Reivindico la justicia y la libertad, porque reivindico la vida. Reivindico a la humanidad en su sentido más amplio. Reivindico a los humanos y a la naturaleza, que nos acoge y de la que formamos parte. Reivindico el realismo de soñar en un futuro donde la vida sea mejor y las relaciones más justas, más ricas y positivas, y siempre en paz. Y sobre todo, como un derecho que todo lo condiciona, reivindico el conocimiento como el pilar fundamental que nos sustenta y que nos caracteriza positivamente como especie. Que esto sea digno de reconocimiento es algo que debería hacernos reflexionar acerca del mundo en que vivimos y de los valores que lo mueven".

Joan Manuel Serrat*

Al preparar este trabajo sobre globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos me he encontrado con una literatura abiertamente contradictoria, en la que se puede encontrar información que considera que la globalización de los mercados es incompatible con los derechos humanos, hasta el otro extremo representado por el "Consenso de Washington" en el que se plantea que existe una relación directa entre el libre mercado (la base de la globalización económica), "derechos humanos, buen gobierno y democracia".

Las dos perspectivas, y las múltiples visiones intermedias, podrían ser estudiadas y desarrolladas ampliamente, sin embargo este trabajo tiene un objetivo modesto, presentar unas pocas ideas sobre la relación globalización, derechos humanos y universalismo, y obviamente, pluralismo jurídico.

En el marco de este trabajo "globalización" se entiende por aquellas tendencias o procesos que hacen del mundo un lugar más interdependiente (Twining, 120), por lo tanto incluye¹, pero no exclusivamente, a los aspectos

tecnológicos (en particular los temas de la informática y el Internet); a los económicos (capital, información y transportes baratos); al intercambio de bienes, servicios y operaciones financieras (transferencia rápida de recursos, o producción y transporte de bienes a cualquier parte del mundo); al político (la existencia de un modelo hegemónico de organización política); y por supuesto, a la globalización del derecho.

Pese a la diversidad de enfoques respecto de la **globalización** algunos autores consideran que existen algunos "puntos de encuentro" entre todos ellos: la globalización no es un fenómeno reciente, ya que se presenta al menos desde hace dos siglos; que la relación entre los niveles "local" y "global" se presenta con niveles importantes de fluidez y complejidad; que existen algunas áreas, como la comunicación y la ecología, en las que se han dado grandes avances; que existe un cambio radical en lo referente a los límites nacionales; y, que a pesar de que los Estados-Nación, no son los únicos agentes transnacionales importantes, no existe evidencia de que estos sean reemplazados por alguna forma de gobierno mundial o que estos desaparezcan (Twining, Derecho y Globalización, 120).

En lo referido a la globalización y el derecho surgen dos temas, el normativo y el moral.

En cuanto a lo **normativo**, aparecen problemas concretos respecto a la producción, circulación y recepción de las normas jurídicas estatales, especialmente por la "...separación del derecho respecto de sus condiciones particulares de producción, es decir, al momento en que éste realiza su carácter universal y absoluto" (Guardiola y Sandoval, 27) y las "consecuencias [que] tales procesos [tienen] respecto de las posibilidades de 'supervivencia cultural' de subjetividades políticas, jurídicas y sociales no modernas y subalternas" (27). Esta separación entre el lugar de producción de las normas y el de recepción no es "natural" e "irreversible", al contrario debe ser entendido como un proceso impuesto y por tanto reversible.

El resultado de este proceso de globalización es la convivencia de diversas regulaciones normativas en un

mismo espacio territorial, y no necesariamente normas que tienen como fuente el Estado o la aceptación de este para que tengan vigencia.

Esta convivencia de diversos ordenamientos nos lleva necesariamente a la noción de **pluralismo jurídico** entendido como la posibilidad de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo², negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas (Borello³, 1). Esto no es una novedad en sí mismo, ya que la discusión sobre las relaciones del derecho nacional con el derecho internacional público se han venido dando con frecuencia y amplitud durante mucho tiempo, pero no se ha puesto en duda la necesidad de aceptación estatal para la incorporación de esas normas.

Es necesario recordar que el monopolio estatal en la producción de normas surge de la mano del apareamiento del Estado nacional, momento a partir del cual se niega la posibilidad de que cualquier otra instancia no estatal pueda generar normas. La costumbre se aceptaba como una fuente secundaria, siempre que la ley expresamente así lo autorizara y generalmente si no existía una norma de carácter estatal aplicable a un caso en concreto⁴.

No es posible detenernos a analizar aquellas escuelas de pensamiento que defienden el hecho de que toda organización es capaz de generar normas, o las que sostienen que independientemente del reconocimiento constitucional de la existencia de una pluralidad jurídica buena parte de los conflictos se resolvían, y muchos sostienen que se resuelven, por medio de normas no estatales, nuestro objetivo es llamar la atención sobre la conciencia actual de la pluralidad jurídica que ha dado como resultado el reconocimiento cada vez más amplio, por parte del Estado, del valor de otros ordenamientos jurídicos de origen no estatal y su relación con el proceso de globalización y los derechos humanos.

Para el caso de nuestro país, fundamentalmente pero no exclusivamente⁵, a partir de la afirmación constitucional de su carácter multicultural, el Estado reconoce normativamente⁶ la existencia de este pluralismo jurídico, al que necesariamente debemos llamar "pluralismo jurídico de Estado". Esta denominación se corresponde a la vía de legitimación asumida para esos "otros" ordenamientos, ya que es el propio ordenamiento jurídico estatal el que legitima estas normas para ser aplicadas en la resolución de conflictos de los miembros de una comunidad en particular.

Con el proceso de globalización ya no conviven únicamente reglas de origen nacional con las de derecho internacional público y las aplicables a grupos en particular a nivel local, actualmente se puede hablar de "transnacionalización" del derecho (gracias a una categoría acuñada por Santos) que se manifiesta en siete tipos⁷:

La transnacionalización del derecho del Estado-Nación. Por ejemplo, movimientos para armonizar o para unificar las ramas del derecho municipal (sic) y programas de ajuste estructural, encabezados por la Banca Mundial (sic), el FMI, y donantes de Occidente, que utilizan la 'condicionalidad' como una palanca para introducir ideas "modernas", típicamente capitalistas, de dere-

cho comercial, "buen gobierno, derechos humanos y democracia".

El desarrollo de regímenes jurídicos de integración regional. El derecho de la Unión Europea es hasta la fecha el más desarrollado⁸.

La regulación comercial transnacional, que incluye mucho del derecho no estatal, el cual Santos denomina "Derecho propio del capital global" [...] *lex mercatoria* como una forma de derecho no estatal, pero este campo importante de la justicia privada también involucra al arbitrio comercial internacional, la Organización World Trade y otros procesos instituciones más o menos ocultos, a través de los cuales se conducen las relaciones comerciales transnacionales.

"*La Ley de las personas en constante peregrinación*", esto equivale a la regulación y a los derechos de los inmigrantes, los refugiados y de las personas desplazadas [...] En esta rúbrica debe incluirse la situación de los gitanos, de los pastores y otros nómadas.

Bajo la rúbrica "Antiguos agravios y nuevas solidaridades", Santos se está refiriendo al *Derecho de los indígenas* [...].

El tópico del cosmopolitismo y *derechos humanos* abarca temas... sobre el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, sino que también vincula problemáticas fundamentales sobre el universalismo, el relativismo cultural, la autodeterminación, relaciones entre "desarrollo" y derechos humanos, y las posibilidades emancipatorias de un nuevo portafolio posmoderno o 'generación' de derechos humanos.

Por último el derecho, que Santos llama, auténticamente global, posible dentro de una vaga idea de *herencia común de la humanidad (ius humanitatis)*. Con esto se alude en primera instancia a la asignación de territorios y recursos en este y otros planetas de los cuales no se hayan apropiado hasta el momento ni las Naciones-Estado ni los empresarios capitalistas [...].

Ahora bien, en el ámbito moral, es decir en los objetivos de las normas, si han existido a lo largo de la historia de la humanidad consistentes esfuerzos por encontrar referencias de carácter universal (global). En este sentido es claro el papel jugado por el "derecho natural, el utilitarismo clásico, el kantianismo, y las teorías modernas de los derechos humanos" (Twining, 142).

En la época contemporánea los derechos humanos, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, son la primera manifestación de "globalización" del derecho y de ciertos valores "morales" que estos derechos representan, principalmente por su pretensión de universalidad. Este instrumento parte del reconocimiento de que todos los seres humanos son iguales y por tanto son titulares de los derechos sin considerar su origen nacional, pertenencia étnica, género, origen nacional, cultura, etc. Esta igualdad parte del reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada persona.

El principio de universalidad de los derechos humanos se encuentra cuestionado por varios sectores por considerar que desconoce las diferencias y particularidades que existen entre los seres humanos, especialmente en dos aspectos: el género⁹ y la cultura.

Estas críticas parten de la afirmación de que la Declaración fue redactada por el grupo de países vencedores en la Segunda Guerra Mundial y sus aliados, quienes impusieron en el texto su punto de vista sobre los derechos y sus formas de protección. Esto en términos concretos implicó (de acuerdo a los sectores más críticos) utilizar a la sociedad occidental, su cultura, estructura política y social como modelo ideal con alcance universal.

Siguiendo a Pérez Luño¹⁰ (27), las tres principales fuentes de crítica al universalismo¹¹ son:

- a) En un sentido filosófico, frente a los valores de la modernidad y de la racionalidad, la universalidad y la igualdad, la condición posmoderna considera como valores alternativos las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia;
- b) En un sentido político, ya que el relativismo cultural cuestiona que tanto en lo político y en lo cultural no se puede admitir que existan modelos o parámetros por medio de los cuales se juzguen a otras culturas o modelos políticos. En estas críticas se incluyen aquellas que alegan que la existencia de estos modelos tienen por objetivo eliminar las diferencias entre pueblos y culturas para asegurar la globalización económica, y por tanto crear "hábitos de consumo"; y,
- c) En un sentido jurídico, a nivel nacional las constituciones tienen una importante diversidad en la manera en que se regulan los derechos y los mecanismos de protección, al mismo tiempo que existen profundas diferencias de la forma y los recursos que tienen los estados para dar efectividad a los derechos, lo cual no es compatible con la idea de universalidad.

El mismo autor considera que frente a estas críticas existen "buenas razones" para la existencia del universalismo como "nota definitoria de los derechos humanos":

- a) Los principios de la posmodernidad no son superiores, necesariamente, a los principios de la modernidad, el comunitarismo (frente al individualismo) suele plantear un hecho "éticamente inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende siempre a establecer discriminaciones a favor de quienes la postulan";
- b) El derecho a la diferencia, que es la base del reconocimiento del relativismo cultural, no puede soslayar o aceptar modelos políticos que esconden dictaduras o tiranías que se sostienen en esta pluralidad, o prácticas que son dramáticas violaciones a la libertad, igualdad y dignidad humana, las que se argumentan legítimas en nombre de la diversidad de culturas. En cuanto al llamado eurocentrismo u occidentalismo, se recuerda que experiencias del mundo occidental han moldeado algunos de los derechos y estas no son necesariamente positivas;
- c) El autor para desvanecer estas críticas hace una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Respecto de los primeros, dice que "son aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas en el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales[...] no todos los derechos humanos son objetos de recepción en los ordenamientos jurídicos estatales[...] incluso los derechos humanos reco-

nocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías... el carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales..." (30).

Ni los colectivismos, ni el mercado, pueden desconocer la importancia de cada uno de los seres humanos, quienes no pueden ser considerados "medios", sino un "fin". El reconocimiento de que cada miembro de la especie humana es una "finalidad en si mismo" es uno de los fundamentos más importantes de los derechos humanos¹². De hecho este reconocimiento es el que hace que las diferencias sean respetadas y valoradas y por tanto que las "mayorías" y/o grupos de poder, no puedan desconocer en función de sus intereses, deseos y convicciones los requerimientos de individuos o grupos de población que viven o piensan de manera distinta¹³.

Este reconocimiento a la "individualidad" significa rechazar visiones utilitaristas de la vida social "que considere que un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general" (Gargarella, 25)¹⁴ porque se "... tiende a ver a la sociedad como un cuerpo, en donde resulta posible sacrificar a unas partes en virtud de las restantes". En palabras del mismo autor, esto que en principio nos parece razonable (asegurar la felicidad de la mayoría sin importar los sacrificios de las minorías) debe ser "... tildado como ilegítimo porque desconoce, lo que Rawls denomina, la independencia y separabilidad entre las personas: el hecho de que cada individuo debe ser respetado como ser autónomo, distinto de, y tan digno como, los demás." (26).

Los derechos humanos requieren necesariamente de la existencia de una sociedad democrática en la que las libertades individuales sean respetadas, pero al mismo tiempo que no se olvide que la Declaración Universal de Derechos humanos establece que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad¹⁵.

Considero, aunque se puede tachar de ingenuidad a una perspectiva así, que tanto los límites para el pluralismo jurídico, que parte del reconocimiento de las particularidades, como para la globalización, que se cree niega esas particularidades, son los derechos humanos.

En este contexto el gran reto para los Estados nacionales, y para la comunidad internacional, es promover la constitución de verdaderos estados democráticos en los que se pueda conciliar los aspectos formales con los sustanciales de la democracia. Los aspectos sustanciales de la democracia implica que los derechos y las libertades sean los límites a la democracia de las mayorías y al ejercicio del poder, y por otro lado, que la concreción de los derechos sean los objetivos de la actividad estatal, superando el aspecto puramente procedimental de la democracia (su aspecto formal), es decir las formas de elección de los gobernantes.

Termino este trabajo citando al filósofo Ernesto Garzón Valdés¹⁶:

...la génesis de los derechos humanos, tal como fueron formulados por quienes comprendieron la necesidad de contar con una base ética mínima que hiciera posible la convivencia pacífica entre culturas diferentes, está la idea de que todo ser humano racional tiene que aceptar

dos proposiciones centrales: el derecho a la autodefensa y la prohibición de dañar arbitrariamente o innecesariamente a sus semejantes [...]. Si se toman en cuenta estos dos principios que apuntan a las necesidades universales de toda sociedad, no cuesta mucho inferir un buen catálogo de derechos humanos, también universales, formulables desde la posición de imparcialidad...

Notas

- * Palabras que pronunció Joan Manuel Serrat, durante el homenaje que le tributó la Universidad Complutense de Madrid al entregarle el Doctorado Honoris Causa.
- 1 Excepto la globalización del derecho las restantes dimensiones son expuestas por Susan George en *¿Globalización de los Derechos Humanos?*, publicado en "La Globalización de Derechos Humanos". Varios Autores. Editorial Crítica. Barcelona.
- 2 Para varios autores, entre ellos William Twining, la coexistencia de múltiples ordenamientos legales y múltiples sistemas o cuerpos de reglas son hechos sociales, por tanto el pluralismo jurídico no es una escuela o perspectiva, sino un fenómeno o un concepto (Twining, 260).
- 3 Raúl Borello. Ponencia: "Sobre el pluralismo jurídico". Presentado en XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Mimeo s/f.
- 4 Código Civil "Art. 2.- La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".
- 5 Nos parece que un ejemplo del reconocimiento de la posibilidad de aplicación de otras reglas no estatales a la solución de conflictos, distintas a las de los pueblos ancestrales, se encuentra en el artículo 191 de la Constitución norma en la que se reconoce "De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales" (el resaltado es nuestro).
- 6 Aunque el antecedente es la aprobación del Convenio 169 de la OIT.
- 7 Reproducimos en esta sección lo presentado por William Twining en "Globalización, postmodernismo y pluralismo: Santos, Haak y Calvino", *Derecho y Globalización*, pág. 283.
- 8 Obviamente para el caso de nuestra región las normas de la Comunidad Andina de Naciones.
- 9 Otras críticas de naturaleza relevante que cuestionan al principio de igualdad, como negador de las diferencias entre seres humanos provienen de los movimientos feministas que consideran que "Si bien es cierto que la Declaración Universal de Derechos Humanos sí incluyó a las mujeres en su concepción de igualdad, la que se establece ahí tiene como referente al hombre. Prueba de ello es que no se tradujeron en derechos muchas de las necesidades de las mujeres. Por ejemplo, no se reconocen los derechos sexuales y reproductivos a pesar de que la maternidad y la reproducción han sido utilizadas para definir el rol de las mujeres en nuestras sociedades y para negarnos el desempeño de otra serie de roles." (Facio, 217).
- 10 Antonio Pérez Luño. *La Universalidad de los Derechos Humanos*. Publicado en *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. Publicado por la Universidad Internacional de Andalucía. Huelva. 2001.
- 11 El principio de universalidad de derechos humanos fue recogido en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, aprobadas por consenso en el marco de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, introduciendo en la declaración los llamados "particularismos": "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos..." (Declaración y Programa de Acción de Viena. Parte I, párrafo 5)
- 12 No es el interés de este trabajo discutir si son legítimas fundamentaciones absolutas de los derechos humanos o si existe una sola fundamentación.
- 13 Para Luigi Ferrajoli, "La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual del valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás". Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- 14 Roberto Gargarella. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós. Buenos Aires. 1999.
- 15 Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 16 Ernesto Garzón Valdés. *Cinco confusiones morales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*. Publicado en *CLAVES de Razón Práctica*. No. 74 (Julio/Agosto 1997), págs. 10-23.