

Fecha de presentación: 28/11/2009

Fecha de publicación: 28/11/2009

La globalización y los derechos fundamentales de los inmigrantes

Por: Carlos Bernal Pulido

Introducción

Los derechos fundamentales constituyen uno de los principales ejes de la relación entre el individuo y la comunidad política. Desde su invención como categoría jurídica, han desempeñado la función de limitar las intervenciones del poder del Estado en la libertad privada, fundamentar subjetivamente el ejercicio de la participación democrática e igualar las posiciones de las personas en el ámbito público¹. A esto se aúna que, tras el advenimiento del Estado social, estos derechos también han asumido el papel de garantizar la provisión de un mínimo existencial y de promover la igualdad fáctica. En razón de los derechos fundamentales, el individuo se erige dentro de la comunidad y frente a ella, como un sujeto libre, autónomo, capaz de determinarse en lo público y lo privado, y titular de ciertos intereses y necesidades, cuya protección y satisfacción fundamenta la propia existencia del ámbito social. Correlativamente, para la comunidad política, los derechos fundamentales son a la vez su motor y su freno, su razón originaria, la base de su acción y el límite que impide las actuaciones abusivas y desproporcionadas.

Cabe observar que esta relación entre el individuo y la comunidad política aparece ya en el plano moral y desde allí se proyecta hacia el ámbito jurídico. Los derechos fundamentales no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos

¹ Cfr. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Beck, Munich, 1992, Tomo II, pág. 114 y sig.

en el Estado constitucional democrático². En las diversas concepciones morales del sujeto –la liberal³, la democrática⁴ o la del Estado social⁵– el individuo aparece ya investido con diversas atribuciones que le son inherentes e indispensables para su desarrollo vital y que por tanto son dignas de reconocimiento y protección por parte de la comunidad política. El concepto de derechos humanos sintetiza esta protección en el plano moral y los derechos fundamentales la institucionalizan en el Derecho del Estado Constitucional democrático. A su vez, y como consecuencia de lo anterior, la universalidad, validez moral, fundamentalidad, prioridad y abstracción, característica de los derechos humanos⁶, se refleja en el Estado constitucional en las propiedades básicas de los derechos fundamentales: su atribución por igual a todos los miembros de la comunidad política, su validez jurídica, su supremacía constitucional, su prioridad *prima facie* frente a otros bienes constitucionales y su indeterminación.

Ahora bien, esta institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático lleva aparejada una delimitación de su contenido desde el punto de vista material, subjetivo, espacial y temporal. El contenido de los derechos fundamentales se proyecta únicamente en el ámbito material, subjetivo, espacial y temporal del Estado, en el que rigen las normas constitucionales que los establecen⁷. De este modo, los derechos fundamentales expanden su fuerza vinculante sólo frente a las

² R. Alexy, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosefan y G. Lohmann Edt., *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, pág. 246 y sig.; en el mismo sentido: F. I. Michelman, “Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?”, en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann Edt., *Recht auf Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, pág. 53, y J. Habermas, “Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, en *ibidem*, pág. 216. Es pertinente reconocer que también existen autores que niegan rotundamente la posibilidad de que existan derechos morales. Sobre esta controversia: G. Lohmann, “Menschenrechte zwischen Moral und Recht”, en S. Gosefan y G. Lohmann Edt. *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., pág. 62 y sig.

³ Cfr. Sobre el concepto liberal de persona: J. Rawls, *El liberalismo político* (Tr. de A. Doménech), Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, pág. 49 y 338.

⁴ Cfr. Sobre el concepto democrático de persona: K. Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en AAVV (H. Brunkhorst y P. Niesen Edts.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, pág. 83 y sig.

⁵ Cfr. Sobre el concepto de persona en el Estado social, como titular de ciertas necesidades básicas: E. Tugendhat, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 325 y sig.

⁶ Cfr. Sobre estas propiedades: R. Alexy, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, op. cit., pág. 246 y sig.

⁷ Cfr. Sobre estos ámbitos: G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, Comares, Granada, 2000, pág. 385 y sig.; H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, 49 y sig., 246 y sig.

normas producidas por los cauces del Derecho del Estado, imperan dentro del territorio en que este último es soberano, durante el lapso de vigencia de la Constitución y vinculan únicamente a los sujetos del ordenamiento jurídico estatal.

Aquí solamente debe importar el aspecto relativo a los sujetos de los derechos fundamentales. Es bien sabido que estos derechos relacionan entre sí a dos tipos de sujetos: los titulares y los destinatarios. Es más, estos derechos se definen como la relación en la que el titular de un derecho puede exigir del destinatario un comportamiento ordenado por la Constitución⁸. El aspecto subjetivo es uno de aquellos en donde más se hace evidente que, en su concepción tradicional, los derechos fundamentales son correlativos al entendimiento del Estado como referente exclusivo de la comunidad política, dentro del cual, el individuo ejerce las dos facetas más importantes de su libertad: su libertad como autonomía privada y como autonomía pública⁹. De este modo, el titular por antonomasia de los derechos fundamentales es el ciudadano, un individuo dotado a la vez de libertades individuales, libertades políticas y necesidades básicas dignas de tutela pública, que son respectivamente garantizadas por los derechos fundamentales de defensa, los derechos democráticos y los derechos prestacionales. Por su parte, el Estado es por excelencia el destinatario de los derechos fundamentales. Es el sujeto que debe garantizar el disfrute de todos los derechos individuales y a la vez, abstenerse de vulnerarlos. En este esquema, el ciudadano aparece como la piedra angular de la comunidad política, que él mismo construye mediante el ejercicio de sus derechos democráticos, y de la que, paralelamente, espera recibir el respeto de su libertad negativa – como la libertad de hacer lo que desee sin intervenciones externas¹⁰ – y la protección de sus bienes más preciados. Mediante los derechos de defensa, el ciudadano impide la intromisión del Estado en el núcleo de su libertad, y mediante los derechos democráticos, coordina sus esfuerzos con los demás ciudadanos para obtener la consecución de los fines sociales prioritarios y la satisfacción de sus necesidades básicas.

⁸ Cfr. Sobre esta definición: R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 182 y 183.

⁹ Cfr. Sobre estas dos dimensiones de la libertad en el Estado Constitucional Democrático: C. Starck, "Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee", en Id., *Der demokratische Verfassungsstaat*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, pág. 161 y sig.

¹⁰ Cfr. Sobre este concepto de libertad: I. Berlin, "Dos conceptos de libertad", en Id., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 187 y sig.

Lleva razón José María Rosales cuando afirma que en este esquema del Estado Constitucional Democrático, “*la ciudadanía define el modo de pertenencia de los individuos a la comunidad política*” y al mismo tiempo¹¹ se convierte en la clave de acceso a los derechos civiles o de libertad y a los derechos de participación en la actividad del Estado y de bienestar económico y social¹². Sólo el ciudadano es quien disfruta con toda plenitud de los derechos fundamentales liberales, democráticos y prestacionales¹³. Como quiera que la protección de los derechos implica un alto coste, ésta no puede extenderse a todos los individuos. La ciudadanía es el criterio - internamente inclusivo y externamente exclusivo¹⁴ - mediante el cuál se delimita el grupo de titulares de los derechos de cuyo goce el Estado es responsable directo. Los extranjeros únicamente disfrutaban de una parte de estos derechos, cuya amplitud dependerá además de la situación de regularidad o irregularidad en que se encuentren dentro del Estado. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional española ha establecido lo siguiente en relación con los extranjeros que se encuentran en situación de regularidad: “*existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 con la salvedad que contiene) [es decir, los derechos políticos]; [y] existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*”¹⁵. Paralelamente, la Ley Orgánica 8/2000, que reformó la Ley Orgánica 4 del mismo año, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, distingue entre los extranjeros regulares e irregulares y sólo a los primeros reconoce los derechos de reunión (Art. 6), asociación (Art. 8), sindicación y huelga (Art.

¹¹ J. M. Rosales, *Patriotismo, Nacionalismo y Ciudadanía: en Defensa de un Cosmopolitismo Cívico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 4, 1997, pág. 21, 41.

¹² *Ibidem*, pág. 43.

¹³ Cfr. Sobre el concepto y las diferencias entre estas clases de derechos, C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, en prensa en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, colección de Estudios Constitucionales, Capítulo III.

¹⁴ Cfr. Sobre esta característica de la ciudadanía: R. Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1992, Capítulo I.

¹⁵ STC 107/1984, FJ 4º. Cfr. Un agudo análisis de estos grupos de derechos: P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, en Id., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 197 y sig.

11), vivienda (Art. 13) y seguridad social (Art. 14) (a excepción de los servicios y prestaciones sociales básicas).

Este esquema de relaciones entre el individuo y la comunidad política y de diferencias entre los ciudadanos y los extranjeros en cuanto a la titularidad de los derechos fundamentales, suscita interesantes preguntas cuando se es consciente de las transformaciones que la globalización ha introducido en el mapa del mundo actual y de los vínculos entre el particular y lo colectivo. El esquema planteado se basa en la visión clásica de la soberanía estatal, en la que se considera que la mejor manera de proteger los derechos humanos, la más legítima y eficaz, es mediante su institucionalización como derechos fundamentales oponibles por cada ciudadano a su propio Estado. Se entiende que se llega a la mejor forma de garantizar el respeto de los bienes y capacidades básicas del individuo, junto a la paz y la armonía internacional, cuando el Estado ejerce su soberanía sobre sus ciudadanos y cuando se respeta el principio de independencia de los Estados y de no intervención entre ellos¹⁶.

Debe reconocerse que este esquema ciertamente se basa en un argumento en principio plausible: el fundamento democrático de los derechos humanos¹⁷. Si el ámbito estatal es aquél en donde por excelencia se ejerce la democracia, es entonces en el marco del Estado en donde deben protegerse los derechos humanos y no en el contexto internacional, ni en el dominio de otros Estados. La protección en el ámbito internacional debe reducirse a los casos en que el propio Estado sea quien vulnere los derechos y cuando su protección no se haya conseguido mediante los procedimientos internos. A este argumento se suma la idea de que la forma y el grado de cumplimiento de los derechos humanos debe depender siempre de las circunstancias fácticas y sociales. Estas circunstancias varían en uno y otro lado del planeta y el ámbito estatal constituye un

¹⁶ Cfr. P. Koller, “Die Internationalisierung der Menschenrechte und die Grenzen staatlicher Souveränität”, en H. Brunkhorst, W. R. Köhler y M. Lutz-Bachmann, *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, op. cit., pág. 231.,

¹⁷ Cfr. Sobre este argumento: F. I. Michelman, “Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?”, en H. Brunkhorst, W. R. Köhler y M. Lutz-Bachmann, *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, op. cit., pág. 52 y sig. También, en el mismo volumen: J. Habermas, “Der interkulturelle Diskurs...”, op. cit., pág. 216.

marco apropiado para determinarlas y para decidir cuál es la manera más pertinente para proteger los derechos humanos de acuerdo con ellas¹⁸.

La pregunta es, no obstante, si este esquema de protección de los derechos humanos mediante su institucionalización como derechos fundamentales del ciudadano, puede funcionar adecuadamente en un mundo como el actual, en que los límites entre las sociedades se han diseminado como consecuencia de la globalización y de los actuales procesos migratorios¹⁹, que en gran medida son también producto de la pobreza que estos procesos económicos a escala mundial han engendrado. En otros términos, se trata de saber si en estas condiciones actuales, el esquema de relaciones entre el individuo y la comunidad política basado en el concepto de ciudadanía, aunado a las restricciones para migrar a otros Estados diferentes del propio y para adquirir en ellos el estatus de ciudadano, consigue ser un esquema apropiado para proteger las facultades básicas de la persona, finalidad última de toda comunidad política.

Para intentar responder a este interrogante, dividiré mis consideraciones en tres partes. En la primera enunciaré las facultades básicas de la persona que constituyen el fundamento y la finalidad de toda comunidad política y me referiré a la manera en la que se protegen en el esquema clásico, es decir, dentro de la órbita estatal. En la segunda intentaré mostrar por qué las transformaciones geopolíticas y geoeconómicas acaecidas tras el advenimiento de la globalización constituyen un desafío para esta relación entre el individuo y la comunidad política, especialmente en lo que tiene que ver con el fenómeno de las migraciones. Para terminar, en la tercera parte, esbozaré dos de los posibles esquemas mediante los cuales puede ajustarse esta relación entre el individuo y la comunidad a las circunstancias sobrevenidas y expresaré mis argumentos a favor de la posición que considero puede ser la más plausible.

I. El punto de partida: el individuo en el Estado

¹⁸ Cfr. F. I. Michelman, "Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?", op. cit., pág. 62.

¹⁹ También en este sentido parece argumentar P. Koller, "Der Geltungsbereich der Menschenrechte", en S. Gosepath y G. Lohmann, *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pág. 101 y 102.

Que la protección de la libertad, o con mayor amplitud, de los derechos del individuo, constituye el fundamento y la finalidad del Estado, es tal vez uno de los principales tópicos de la filosofía política. La idea central consiste en que el individuo está investido de ciertas facultades básicas que le son inherentes y que no puede ejercer si no existe una comunidad política – el Estado –, que las proteja mediante su actuación. Cuáles son esas facultades básicas, ha sido uno de los aspectos más debatidos entre los filósofos y los teóricos del Estado a lo largo de todos los tiempos. Es evidente que una investigación a fondo sobre este punto desbordaría los fines de estas reflexiones. Aquí debe bastar con enunciar someramente las tres principales teorías acerca de estas facultades básicas: la liberal, la democrática y la del Estado social, y precisar cuáles son sus alcances.

1. Las facultades básicas de la persona liberal

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. Locke, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la *“vida, libertad y hacienda”* del individuo o, en sus propias palabras, que *“el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades”*²⁰. Por su parte, Kant señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido *“principio general del Derecho”*, según el cual, *“una acción es conforme a Derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”*²¹. Este principio muestra claramente cómo Kant atribuye al Estado, y en particular a la legislación, la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad? ¿cuál es su contenido como atributo inherente al individuo?

En las últimas décadas, John Rawls ha intentado dar una respuesta a esta pregunta mediante su concepto liberal de persona. De acuerdo con Rawls, la persona está

²⁰ J. Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, pág. 293.

²¹ I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 80.

caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto libre. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia –capacidad de ser “razonable”, en la terminología de este autor–²². Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” –capacidad de ser “racional”²³–. La primera facultad moral se identifica con la disposición humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social y para respetar los términos en que ésta se desenvuelve. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”²⁴. Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Estas dos facultades morales sirven de criterio para determinar la lista de libertades básicas del individuo que deben ser protegidas por toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona se deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos fundamentales²⁵. De acuerdo con Rawls, de este catálogo sólo pueden formar parte las libertades que sean “esenciales” para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implícitas en el principio de legalidad²⁶.

2. Las facultades básicas de la persona democrática

También la teoría democrática ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas cuya protección representa el fundamento y la finalidad de toda comunidad política. La clave de esta concepción se encuentra en el

²² J. Rawls, *El liberalismo político* (Tr. de A. Doménech), Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996., pág. 49 y 338.

²³ *Ibidem*, pág. 338.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, pág. 330.

²⁶ *Ibidem*, pág. 328.

concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de Rousseau, de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”²⁷. La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo; defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha conocido en las últimas décadas un vigoroso auge en la teoría del discurso pergeñada por J. Habermas y algunos de sus discípulos. El concepto de persona democrática, o de persona deliberante, es el más relevante de los desarrollos de la teoría del discurso, si la observamos desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Así como Rawls ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características antropológicas que su concepción presupone. Como es bien sabido, en la teoría de Habermas, la clave de funcionamiento del Estado y del Derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, sólo deben ser consideradas normas válidas, aquéllas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales²⁸. De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se deriva que el concepto de persona presupuesto por el principio democrático, se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso; o, en otros términos, que la persona democrática es la persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y de prestar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar, por qué desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se articula básicamente en torno a la capacidad de discernimiento de cada individuo (“*Zurechnungsfähigkeit*”). Esta capacidad se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe poseer para tomar parte en la

²⁷ J. J. Rousseau, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1969, pág. 25.

²⁸ J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 172.

comunicación²⁹. La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad para hacer afirmaciones y para defenderlas de la crítica con razones convincentes; y por otra, la capacidad de ser crítico con las afirmaciones de los demás y con las suyas propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica, a la última de las cuales, se suma además la facultad de autocorrección³⁰. Estas facultades son el objeto principal de protección de los derechos fundamentales y en conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del *status* de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos fundamentales prioritarios son los derechos políticos y la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

3. Las necesidades básicas de la persona presupuesta por el Estado Social

Por último, también la teoría del Estado Social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez no de un conjunto de facultades sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos fundamentales, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que “*grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos*”³¹. De acuerdo con Tugendhat, uno de sus principales valedores en el ámbito filosófico, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad sino en el de necesidad o, con mayor precisión, de necesidades inherentes al hombre.

La idea de necesidades inherentes al hombre no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que

²⁹ J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987, pág. 110.

³⁰ K. Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, op. cit., pág. 83 y sig.

³¹ E. Tugendhat, *Lecciones de ética*, op. cit., pág. 338 y sig.

fundamentan la concreción de los derechos fundamentales en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos soslayados por el pensamiento liberal. Esta idea también pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población, fundamente ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad³², conforman los derechos fundamentales prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación³³. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado – a quien su *status* inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda –, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional³⁴. La ejecución de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos.

II. Los cambios que la globalización ha producido en los vínculos entre el individuo y la comunidad política

Como síntesis de todo lo anterior puede afirmarse que los derechos fundamentales constituyen el fundamento de la existencia del Estado y tienen como finalidad la protección de las capacidades y libertades básicas del individuo, de su autonomía política

³² M. Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “*deber colectivo de ayuda mutua*”, como un “*verdadero principio de acción política*”. En: *La notion de fraternité...*, op. cit., pág. 398

³³ E. Tugendhat, *Lecciones...*, op. cit., pág. 341 y sig.

³⁴ Del mismo modo, J. J. Gomes Canotilho ha hecho ver que el imperativo que se desprende de los derechos sociales, vincula a todos los miembros de la sociedad y se hace efectivo sobre todo por los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones correspondientes. En: “Metodología “Fuzzy” y “Camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *D&L*, núm. 6, 1998, pág. 39 y sig.

y la satisfacción de sus necesidades más apremiantes. La pregunta es ahora si este esquema de relaciones entre el individuo y la comunidad política puede responder adecuadamente a los principales desafíos que le plantea la globalización y que son consecuencia de diversos fenómenos, de los cuales tres merecen ser especialmente destacados: la pérdida de poder del Estado, el empobrecimiento de un gran número de sociedades y la migración.

1. La pérdida de poder del Estado

Es poco probable que el Estado pueda hacer frente al reto de proteger las facultades básicas del individuo y de satisfacer sus necesidades más apremiantes, dado que la globalización ha perforado su soberanía y le ha enajenado una parte significativa de su poder de acción. Como es bien sabido, la globalización no implica la desaparición del Estado, sino un debilitamiento de su poder hacia el interior y el exterior, para permitir el fortalecimiento de los intercambios y las comunicaciones transnacionales. La globalización presupone el desmantelamiento de las barreras de protección económica de los estados³⁵ para permitir el libre tránsito de capitales y mercancías. Asimismo, lleva aparejada la imposición a cada Estado de una política de no intervención en la economía, que se concreta en medidas consistentes, por ejemplo, en abstenerse de subsidiar la producción de ciertas mercancías, a fin de permitir así la libre competencia.

Esta pérdida del poder regulador del Estado lleva consigo su transferencia a otras instancias internacionales – como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio – y a las empresas transnacionales, así como su capitulación frente a los efectos de las leyes del mercado. En estas circunstancias, el esquema de relaciones entre el individuo y el Estado sufre una aguda distorsión, sobre todo en lo que concierne a la satisfacción de las necesidades básicas y al ejercicio de los derechos democráticos. ¿Cómo puede seguir afirmándose que la satisfacción de dichas necesidades constituye el fundamento y el fin del Estado, si dicha satisfacción comienza a depender de la política económica que hoy día, sobre todo en el mundo subdesarrollado, está hecha a la medida de las directrices del Banco Mundial y el Fondo Monetario

³⁵ Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002, pág. 34.

Internacional y de los intereses de las empresas transnacionales? Y a su vez, ¿cómo puede seguir sosteniéndose que uno de los pilares de la relación entre el individuo y la comunidad política es la participación de aquél en las reglas que gobiernan a esta última, si las directrices de estos organismos internacionales de política económica – el gobierno de la globalización – están trazadas por técnicos provenientes de los países industrializados y vinculados a los intereses de las empresas más poderosas?³⁶ La globalización ha implicado la pérdida en un elevado grado del control que tiene el Estado sobre su propia economía. La economía de cualquier Estado puede verse afectada por desestabilizaciones repentinas, ocasionadas por la huída de capitales o por decisiones adoptadas por parte de las transnacionales³⁷, sin que los órganos de gobierno interno puedan adoptar medidas enteramente eficaces para paliar los efectos negativos de una crisis.

En este nuevo panorama, entonces, el Estado deja de ser *de facto* el principal referente de la comunidad política, aquél que con su acción fundamentada en el ejercicio democrático puede garantizar al individuo un mínimo vital y proporcionarle los medios indispensables para el ejercicio de su libertad. Su posición como destinatario de los derechos fundamentales prestacionales y de participación política se vuelve enteramente formal, se asemeja a la de un convidado de piedra que permanece inmóvil ante los efectos que las políticas globales proyectan sobre su población. Los deberes de acción que le imponen los derechos fundamentales, terminan cediendo ante los deberes de abstención

³⁶ Cfr. Sobre esta crítica: *Ibidem*, pág. 44: “Las instituciones [el FMI y el Banco mundial] están dominadas no sólo por los países industrializados más ricos sino también por los intereses comerciales y financieros de esos países, lo que naturalmente se refleja en las políticas de dichas entidades. La elección de sus presidentes simboliza esos problemas y con demasiada asiduidad ha contribuido a su disfunción. Aunque casi todas las actividades del FMI y el BM tiene hoy en el mundo subdesarrollado (y ciertamente todos sus préstamos), estos organismos siempre están presididos por representantes de los países industrializados (por costumbre o acuerdo tácito el presidente del FMI es siempre europeo, y el del Banco Mundial siempre es norteamericano). Éstos son elegidos a puerta cerrada y jamás se ha considerado un requisito que el presidente posea alguna experiencia sobre el mundo en desarrollo. Las instituciones no son representativas de las naciones a las que sirven... Los problemas también derivan de quien habla en nombre del país. En el FMI son los ministros de hacienda y los gobernadores de los bancos centrales. En la OMC son los ministros de Comercio. Cada uno de estos ministros se alinea estrechamente con grupos particulares en sus propios países. Los ministros de comercio reflejan las inquietudes de la comunidad empresarial, tanto los exportadores que desean nuevos mercados abiertos para sus productos como los productores de bienes que compiten con las importaciones”.

³⁷ Cfr. D. Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Piados, Barcelona, 1997, pág. 162 y sig.

que le impone la globalización³⁸. Como ha subrayado Oswaldo de Rivero en su trepidante libro *El mito del desarrollo*, el Estado, aquél antiguo *Leviatán*, poderoso y soberano, temible pero inexorable, “*se ha autodegradado*” para convertirse en un “*vicario del capitalismo global*”³⁹. Y este declive del Estado no ha sido compensado con la creación de un sistema democrático transnacional, gobernado por un “*derecho democrático cosmopolita*” como el propuesto por David Held⁴⁰. Aún no se ha fundado un sistema en el que se aumente la simetría entre quienes toman las decisiones y quienes se ven afectados por ellas y en el que las empresas transnacionales que imponen las reglas del mercado, sean responsables ante los ciudadanos de todo el mundo, que son precisamente los destinatarios de sus decisiones.

2. El empobrecimiento ocasionado por la globalización

La segunda razón que lleva preguntarse si en realidad el Estado puede continuar asumiendo su responsabilidad frente a los derechos fundamentales de los individuos, es el agudo empobrecimiento que han experimentado la mayoría de las sociedades del planeta y que comienza a entenderse como un efecto de la globalización.

Ya es un lugar común la sentencia que condena a las políticas que han gobernado la economía mundial durante las últimas décadas, por haber hecho a los ricos cada vez más ricos y a los pobres cada vez más pobres. Como denuncia Stiglitz, las cifras son escalofriantes: “*en la última década del Siglo XX el número de pobres ha aumentado en casi cien millones. Esto ha sucedido al mismo tiempo que la renta mundial total aumentaba en promedio un 2.5 por ciento anual*”⁴¹. La política hipócrita de pretender ayudar a los países subdesarrollados ordenando la apertura de sus mercados, mientras los países industrializados protegían los suyos⁴², la concentración de la tecnología y de la mano de obra calificada en Estados Unidos, Europa y Japón, la depreciación de las

³⁸ Cfr. J. Habermas, “La constelación posnacional y el futuro de la democracia”, en Id., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Piados, Barcelona, 2000, pág. 104 y sig.

³⁹ O. de Rivero, *El mito del desarrollo. Los países inviables en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, Lima, segunda edición, pág. 53.

⁴⁰ D. Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, op. cit., pág. 44.

⁴¹ Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, op. cit., pág. 30.

⁴² *Ibidem*, pág. 17 y 31.

materias primas y de las manufacturas no industriales, la vigencia de férreas leyes de propiedad intelectual confeccionadas en la Ronda de Uruguay a la medida de los productores y no de los consumidores y la depredación de la ecología, han polarizado el mundo en una especie de *apartheid* económico global en el que se distingue una aristocracia de dominadores, interconectados en red, que se juegan la suerte del planeta en los centros financieros y que gobiernan el mundo haciendo *lobbie* ante los gobiernos más poderosos y los organismos multilaterales, y un contingente cada vez más numeroso de excluidos, desempleados o trabajadores en condiciones precarias, que deambulan en los cinturones de miseria de las urbes del mundo subdesarrollado o intentan emigrar en condiciones poco dignas. Desde esta perspectiva, la globalización es contradictoria: incluye a todas las regiones y grupos humanos del planeta y al mismo tiempo excluye a ciertas regiones y grupos de sus beneficios.

En estas condiciones, los hasta ahora llamados países en desarrollo devienen víctimas de una suerte de darwinismo económico internacional que parece convertirlos más bien en países inviables⁴³. En los países inviables, la fundamentación del Estado en la necesidad de proteger los derechos fundamentales del individuo adquiere un tinte quimérico – piénsese tan sólo en el derecho al trabajo y a alimentarse -, cuando no el de un ardid retórico para justificar una explotación cínica. En estos países, asimismo, la emigración no es más que una consecuencia natural.

3. La migración y el cierre de fronteras

Debido a la pobreza y a las guerras, hoy más de 100 millones de personas viven fuera de su país de origen y, de este número, 20 millones son refugiados⁴⁴. Bien puede pensarse que estas cifras representan sólo un pequeño porcentaje de la población mundial. Sin embargo, aún en estas proporciones, la migración desafía tanto a los países de origen como a los de acogida. En los primeros significa la devastación de múltiples estructuras familiares, culturales, económicas y sociales, la fuga de mano de obra y de ingenio, el escape de cerebros y la correlativa disolución de las esperanzas de desarrollo y progreso.

⁴³ O. de Rivero, *El mito del desarrollo. Los países inviables en el siglo XXI*, op. cit., pág. 97 y sig.

⁴⁴ Cfr. Stephen Castles, "Globalization and migration: some pressing contradictions", en Id, *Ethnicity and Globalization*, Sage Publications, London - Thousand Oaks - New Delhi, 2000, pág. 125.

Los países de emigrantes se hacen dependientes de las remesas provenientes del extranjero, que en la mayoría de los casos se invierten en bienes de consumo, y por ello, se alejan aún más de la creación de infraestructura y de redes tecnológicas e industriales que hagan competitivas a sus economías. En los países de acogida, la inmigración varía el panorama económico y cultural, y exige redefinir la estructura de la demanda de trabajo y los valores de la comunidad. El migrante, por su parte, padece una situación de exclusión en los dos estadios. Emigra porque se considera excluido de las posibilidades de progreso en su lugar de origen y puede experimentar también la exclusión del mercado y la sociedad a la que se desplaza.

Por su parte, la política para contrarrestar la inmigración que se desarrolla en el seno de la globalización parece estar marcada por un sino de contradicciones⁴⁵. Se garantiza el derecho de salir de cualquier país, pero no el de entrada a los países industrializados. La globalización pregona el imperio del liberalismo, pero se trata de un liberalismo amañado, que postula la libre circulación del capital pero no del trabajo. Los países pobres desdeñan la emigración de científicos y trabajadores muy cualificados, estos sí apetecidos por las multinacionales asentadas en el mundo desarrollado, al paso que los trabajadores no cualificados son repudiados por los primeros que los consideran una carga social y rechazados también por los países ricos. Las restricciones a la entrada de inmigrantes no logran contener el desplazamiento de los menesterosos, sino que abren espacio a un nuevo mercado: el mercado negro de la inmigración, el reino de las organizaciones ilícitas de trata de personas, que hacen del hombre moneda de cambio, y el imperio de la explotación laboral de los inmigrantes que los convierte en los esclavos de nuestro tiempo. Por último, en palabras de Manuel Castels, se crea la tensión entre *the net and the self*, entre la red y el yo, entre lo global y lo provincial, el mundo industrializado tiende a querer al mismo tiempo dominar el planeta entero, extender sus productos y sus tentáculos a los confines de la tierra, pero replegarse en sí mismo, proteger con muros sus fronteras y su cultura.

Estas contradicciones de la política migratoria de los países industrializados desconocen que, en una destacable medida, la migración es un producto natural de las

⁴⁵ Cfr. Sobre algunas de estas contradicciones: *Ibidem*, pág. 125 y sig.

políticas económicas globales, que ellos mismos han impulsado y que, por tanto, es también una consecuencia indirecta de sus propias acciones. Los países receptores de inmigrantes son asimismo responsables en parte de la inmigración⁴⁶. Las contradicciones de la política de inmigración que los países industrializados imponen al mundo globalizado, hacen ineficaz a esta política y ponen de manifiesto la precariedad del modelo de relaciones entre el individuo y la comunidad basado en el sedentarismo y en la protección de las facultades básicas del individuo exclusivamente en forma de derechos fundamentales contra su propio estado. ¿Acaso las facultades básicas de los inmigrantes o de los ciudadanos de los estados que gobiernan los países subdesarrollados no son tan dignas de tutela como las de los ciudadanos de los países industrializados? ¿Puede aceptarse que la protección efectiva de estas facultades se rija por un régimen particular que escapa a la globalización y que confina la tutela del individuo a los avatares de cada unidad estatal, sin importar lo que allí ocurra? ¿Sucede entonces que la protección de estas facultades es el fundamento de la comunidad política en la era estatal, pero no en la era global? Lo más sensato parece ser aceptar el estruendoso fracaso del modelo tradicional de protección del individuo. Pero, si es necesario descartar este modelo, ¿qué alternativas restan? A continuación exploraremos dos vías de salida: la República mundial y el modelo de los Estados interdependientes.

III. Hacia una nueva relación entre el individuo y la comunidad política

1. La República mundial

La primera alternativa posible al modelo tradicional es la República mundial. En este modelo, cuyos lineamientos se ajustarían en gran medida a lo esbozado por Kant en su ensayo sobre la paz perpetua, la ciudadanía dejaría de funcionar como un criterio exclusivo hacia el exterior. En otros términos, todos los seres humanos seríamos ciudadanos de un mismo Estado, la ciudadanía sería cosmopolita, absolutamente inclusiva y dejaría de cumplir sus funciones de criterio para discernir entre los seres humanos. Por esta misma razón, existirían sistemas de protección planetaria de las facultades básicas de todos los individuos por igual y cada ciudadano del mundo estaría

⁴⁶ Cfr. Ch. Joppke, *Immigration and the Natio – State. The United States, Germany, and Great Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pág. 1 y sig.

vinculado jurídicamente por el deber de solidaridad que lo haría en parte responsable, de la satisfacción de las necesidades básicas de sus congéneres, sin que pudieran mediar distinciones entre ellos.

Es muy probable que este modelo de República universal sea el más justo de todos los posibles. La ciudadanía cosmopolita sería el sustrato ideal para que el principio de universalidad de los derechos humanos se realizara en su óptima medida. Sin embargo, por lo menos, al corto plazo, la implantación súbita de un sistema semejante no parece más que una utopía. Por una parte, cabe reconocer que en la mayoría de los discursos legitimadores del poder público, el concepto de ciudadanía no tiene sólo un carácter jurídico formal, sino que se suele emparentar con elementos culturales relativos a la existencia de una identidad nacional o de entendimientos y valores compartidos⁴⁷. Independientemente del juicio que se tenga sobre lo correcto de estas posturas, o sea, sobre si algo semejante a una identidad nacional o a un grupo de valores compartidos pueda existir aún en los conglomerados humanos más homogéneos, lo cierto es que los discursos nacionales campean a sus anchas por los cinco continentes y no pueden ser desconocidos por entero. Por otra parte, permitir de golpe la migración irrestricta, posiblemente devastaría aún más a los países pobres y causaría desajustes mayúsculos, culturales y económicos, en el mundo desarrollado. Es bien factible que un tránsito inopinado hacia la ciudadanía cosmopolita se pagara con más depredación e iniquidad que las hasta ahora existentes. La creación de la República mundial exige un proceso de evolución paulatino y estable, en el que la justicia vaya imponiéndose paso a paso, al compás de la edificación de formas renovadas de democracia. La libertad planetaria de locomoción y de trabajo únicamente puede proceder de una deliberación entre los países de salida y de llegada y de estabilización entre ambos tipos de sociedades, en la que se escuche a los ciudadanos de unas y otras. Sólo de esta manera se contaría con la opinión y la aceptación de todos los afectados y poco a poco se generarían los nexos de solidaridad entre unos y otros, sin los que la República mundial no sería nada distinto a un nuevo artificio para encubrir el estado de naturaleza, el reino de los poderes salvajes.

2. El modelo de los Estados interdependientes

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 6.

La segunda alternativa consiste en establecer un modelo intermedio entre el hasta ahora existente y la República mundial. En este modelo intermedio se conservaría la independencia de los Estados nacionales, pero se afianzaría su interdependencia en cuanto a la protección de las facultades básicas del individuo y la satisfacción de sus necesidades vitales, mediante el fortalecimiento de los nexos de solidaridad entre unos y otros. Estos objetivos se lograrían fundamentalmente por medio de dos estrategias: extendiendo la democracia y los principios de justicia social a la globalización y al diseño de las políticas de migración a escala mundial.

Para lo primero, es necesario que se consolide una opinión pública global y que se constituyan organismos de gobierno internacional, en donde se discutan las políticas económicas mundiales y se exija una responsabilidad política, social y ecológica a las empresas transnacionales y a los organismos financieros multilaterales – el FMI y el Banco Mundial -. El diseño de estas políticas debe dejar de ser una competencia exclusiva de los países industrializados y debe producirse mediante una deliberación en condiciones de equidad entre todos los afectados por ellas. El gobierno de la globalización debe incluir a todos los seres humanos y debe reflejar los intereses y las necesidades de productores y consumidores, de quienes ganan y quienes pierden con los intercambios mercantiles internacionales. Sólo así podrá producir un reparto justo de las cargas y los beneficios económicos, ecológicos y humanos.

En lo que concierne al segundo aspecto, los países de acogida de los inmigrantes deben hacerse conscientes de que la política de inmigración no puede seguir considerándose como una manifestación soberana del derecho de autodeterminación, que puede ejercerse con una discrecionalidad absoluta e irresponsable⁴⁸. La política de inmigración es también un asunto que debe regirse por los principios de justicia que rigen el Estado Constitucional democrático y debe responder a las exigencias de protección de los derechos humanos. También vulnera los derechos humanos una política que proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos y eleve su umbral de satisfacción hasta las cotas más altas y a la vez soslaye los derechos humanos de los inmigrantes y del resto de

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 2 y 17.

la humanidad. En este mismo sentido, la política de inmigración debe dejar de depender en exclusiva de las necesidades de la clientela política, debe abandonar el terreno de la retórica electoral que intenta capturar el voto de los ciudadanos que ven en el inmigrante una amenaza contra su cultura y su derecho al trabajo. Más bien, debe aceptarse que la inmigración es una consecuencia natural de la globalización, que implica múltiples oportunidades de crecimiento para los países de acogida y representa una vía para la protección de las facultades básicas de un sinnúmero de individuos que no encuentran en sus propios países las condiciones políticas o económicas para llevar una existencia digna. La actitud frente al inmigrante debe ser de empatía, solidaridad y confianza, en vez de rechazo y menosprecio.

Asimismo, la política de migración debe dejar de ser un asunto interno de los países de acogida. Por el contrario, debe comenzar a ocupar la agenda de la discusión democrática en los encuentros bilaterales entre Estados y sobre todo, en los foros internacionales. Ante el rotundo fracaso de las políticas represivas, lo idóneo es crear planes internacionales de mejoramiento de las condiciones económicas y sociales en los países pobres y programas de migración legal concertados por todos los afectados.

Por último, tanto en los países de partida como en los de acogida, es indispensable implementar políticas de reajuste económico y cultural, para paliar los efectos de la migración. La integración del inmigrante en los países de acogida es uno de los mayores desafíos del milenio que ha comenzado. Las políticas que intentan paliar la discriminación – y las medidas jurídicas⁴⁹ - son desde luego una piedra angular de cualquier respuesta a este desafío. Sin embargo, ésta también exige entablar un diálogo cultural entre los valores de la sociedad originaria del inmigrante y la sociedad de acogida. La integración necesita que esta última se interese por conocer los valores imperantes en las sociedades de donde proceden los inmigrantes e intente encontrar puntos de diálogo y equilibrio con los propios. No hay integración sin simbiosis

⁴⁹ Téngase como ejemplo la línea jurisprudencial norteamericana que conoció su inicio en la sentencia Plyler v. Doe, según la cual, las diferenciaciones fundadas en la calidad de inmigrante deben ser consideradas como clasificaciones sospechosas y deben ser enjuiciadas mediante el test estricto de la igualdad.

HORIZONTES Y CONVERGENCIAS

Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho

Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

cultural⁵⁰. La dictadura de los valores de la sociedad de acogida es únicamente una puerta abierta para la segregación, los guetos, la opresión y el rechazo.

⁵⁰ Cfr. En este sentido: J. Habermas, “Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, op. cit., pág. 219.