

CÁTEDRA UNESCO Y CÁTEDRA INFANCIA

Derechos humanos
y políticas públicas



Universidad
Externado
de Colombia

CÁTEDRA UNESCO Y CÁTEDRA INFANCIA
DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

**CÁTEDRA UNESCO Y CÁTEDRA INFANCIA
DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Cátedra Unesco y Cátedra Infancia : derechos humanos y políticas públicas / Bethania Assy ... [et al]. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2013.

379 p. ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587720785

1. Derechos humanos — Brasil 2. Derechos humanos — Colombia 3. Violencia — Colombia 4. Víctimas de violencia — Brasil 5. Restitución de tierras 6. Mujeres víctimas de la violencia 7. Derechos de los adolescentes I. Assy, Bethania II. Universidad Externado de Colombia

323.4

SCDD 21

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Diciembre de 2013

ISBN 978-958-772-078-5

e-ISBN 978-958-772-308-3

© 2013, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2013

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

The authors are responsible for the choice and presentation of information contained in this publication as well as for the opinions expressed therein, which are not necessarily those of UNESCO do not commit the Organization.

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

BETHANIA ASSY	ASTRID NÚÑEZ PARDO
CASTOR M.M. BARTOLOMÉ RUIZ	NÉSTOR OSUNA PATIÑO
JUANA CARRIZOSA UMAÑA	NUBIA RAMÍREZ RODRÍGUEZ
MARIA CRISTINA DE CICCIO	WILFREDO ROBAYO GALVIS
JOÃO RICARDO DORNELLES	MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP
MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO	VALERIA SILVA FONSECA
CIELO MARIÑO ROJAS	MARÍA FERNANDA TÉLLEZ TÉLLEZ
CARLOS IVÁN MOLINA BULLA	JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA
ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ	CAROLINA VALENCIA VARGAS

CONTENIDO

PRÓLOGO

II

SECCIÓN I

CÁTEDRA UNESCO: POLÍTICA PÚBLICA Y VIOLENCIAS

Riflessione su democrazia e dignità umana <i>Maria Cristina de Cicco</i>	17
Arqueología de la(s) violencia(s) y justicia de las víctimas <i>Castor M.M. Bartolomé Ruiz</i>	45
Derechos Humanos, violencia y barbarie en Brasil: un puente entre el pasado y el presente <i>João Ricardo Dornelles</i>	73
Empowering the Subject of Injustice: Victim's' Historiography, Memory and Testimonial Narrative <i>Bethania Assy</i>	95
Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción <i>María Eugenia Rodríguez Palop</i>	115
Las memorias "ocultas" en Colombia <i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>	139
El derecho a la memoria en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: una realidad en construcción <i>Wilfredo Robayo Galvis</i>	161
El contrato de transacción: una afrenta al derecho a la justicia. Situación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado <i>Ana Lucía Moncayo Albornoz</i>	195
Proceso de atención en salud mental a la población víctima del conflicto armado: una mirada desde el campo de la salud mental <i>Carlos Iván Molina Bulla</i>	221

La vivencia de los Derechos Humanos en la escuela	237
<i>Astrid Núñez Pardo</i>	
<i>María Fernanda Téllez Téllez</i>	
<i>Nubia Ramírez Rodríguez</i>	

SECCIÓN II

CÁTEDRA POLÍTICA PÚBLICA E INFANCIA

Formación para la paz, la convivencia y la ciudadanía: un análisis de la realidad en seis colegios en concesión de Bogotá	263
<i>Carolina Valencia Vargas</i>	
<i>Juana Carrizosa Umaña</i>	

Excepcionalidad de la privación de la libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes	309
<i>Cielo Mariño Rojas</i>	

El régimen constitucional de la infancia: perplejidades del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia	343
<i>Néstor Osuna Patiño</i>	
<i>Juan Carlos Upegui Mejía</i>	
<i>Valeria Silva Fonseca</i>	

LOS AUTORES	375
-------------	-----

Este libro, fruto de varias investigaciones de la Universidad Externado de Colombia y la Red UNITWIN, tiene dos ejes fundamentales de trabajo: de una parte, los derechos humanos y la violencia, gobierno y gobernanza, y de otra, las políticas públicas y la infancia. El objetivo central de estas cátedras es indagar, desde diferentes disciplinas, los aspectos relacionados con los problemas críticos en derechos humanos en cada país, y proponer políticas públicas para su pronta y efectiva resolución.

Deseo resaltar el valor que aportan tanto la academia como sus centros de investigación en la reflexión, análisis y comprensión de las complejas y problemáticas situaciones de violación de derechos humanos, y sus propuestas y recomendaciones de buenas prácticas dirigidas a superar las historias de violencia que causan enormes impactos negativos en el ser humano y en los pueblos autóctonos.

Durante los últimos siete años tanto la Cátedra UNESCO como la Red UNITWIN han crecido satisfactoriamente, motivo por el cual es posible afirmar que durante este período las relaciones académicas entre América Latina y Europa han sido especialmente fructíferas, al punto que hoy compartimos nuestros conocimientos con diversas universidades de Brasil¹, Italia², España³ y Francia⁴ y establecemos con ellas perdurables relaciones de amistad.

En la primera sección del libro, MARIA CRISTINA DE CICCIO, de la Università di Camerino en Italia, nos presenta una reflexión acerca de la democracia, la dignidad humana, la constitucionalización del derecho privado en las relaciones entre particulares y la efectividad social de los derechos fundamentales.

CASTOR M. M. BARTOLOMÉ RUIZ, de Brasil, analiza en su artículo *Arqueología de la(s) violencia(s) y justicia de las víctimas*, la violencia histórica que, según él, se reproduce en razón de la lógica bio-política moderna; a partir de su investigación el autor hace un llamado a rescatar la importancia de la memoria histórica⁵.

1 Universidad PUC de Rio de Janeiro, Unisinos de Porto Alegre y la Universidad de Paraíba de João Pessoa.

2 Universidad di Camerino.

3 Universidad Carlos III de Madrid.

4 París X Nanterre.

5 Profesor de la Universidad de Porto Alegre.

BETHANIA ASSY y JOAO RICARDO, de la Universidad PUC⁶, colaboran con dos reflexiones importantes: de una parte, el empoderamiento de los sujetos de derechos (víctimas de injusticia) a través de la historiografía, la memoria y los testimonios narrativos, y por otra, el trabajo de violencia histórica en Brasil como estado de excepción permanente.

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP, de España⁷, analiza la relevancia de la justicia restaurativa y reconstructiva que materializa los derechos fundamentales de las víctimas.

Algunas facultades de la Universidad Externado de Colombia (Educación, Ciencias Sociales y Humanas y Derecho) han trabajado el delito de desplazamiento forzado y sus impactos sociales y humanitarios; así, la Facultad de Educación⁸ se ocupa de la práctica de los derechos humanos en la escuela, con el propósito de transmitir a los actores educativos, de una manera pedagógica, los derechos fundamentales de la población vulnerada; la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas⁹ analiza los efectos postraumáticos de la población víctima del conflicto armado desde el campo de la salud mental, y la Facultad de Derecho profundiza no solo el derecho a la memoria en la Ley de víctimas y restitución de tierras¹⁰, sino también las memorias ocultas¹¹ las cuales no salen a la luz de forma oficial, y tienen maneras locales y eficaces de reconstrucción y memoria histórica.

Así mismo, se presenta el trabajo de la situación de las mujeres víctimas de desplazamiento¹² forzado en Colombia frente a la Ley de víctimas, la cual debe materializar los derechos de acceso a la justicia, la verdad y la reparación, sin olvidar el enfoque diferencial.

6 “Empowering the subject of Injustice: Victim’s historiography, memory and testimonial narrative” y “Derechos humanos, violencia y barbarie en Brasil: un puente entre el pasado y el presente”.

7 “Justicia retributiva y justicia restaurativa (reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción”.

8 ASTRID NÚÑEZ PARDO, NUBIA RAMÍREZ RODRÍGUEZ y MARÍA FERNANDA TÉLLEZ T. “La vivencia de los derechos humanos en la escuela”.

9 CARLOS IVÁN MOLINA BULLA. “Proceso de atención en salud mental a la población víctima del conflicto armado: una mirada desde el campo de la salud mental”.

10 El profesor WILFREDO ROBAYO, del Departamento de Derecho Constitucional, “El derecho a la memoria en la ley de víctimas y restitución de tierras: una realidad en construcción”.

11 MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Las memorias “ocultas” en Colombia”.

12 ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ. “El contrato de transacción, una afrenta al derecho a la justicia: situación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado”.

En la segunda sección se presentan los resultados de las investigaciones de la Cátedra Infancia.

La Facultad de Educación¹³ realiza un trabajo importante en seis colegios de Bogotá sobre la formación en la paz, la convivencia y la ciudadanía mediante técnicas de investigación empírica, con el fin de presentar una propuesta de política pública que transforme la dinámica escolar actual.

La Facultad de Derecho¹⁴ presenta un importante aporte sobre el régimen constitucional de la infancia en la jurisprudencia constitucional colombiana, centrado en el principio del interés superior de los niños y la prevalencia de los derechos.

Finalmente, CIELO MARIÑO ROJAS nos ofrece una reflexión sobre el deber ser de la privación de la libertad para los adolescentes, la cual, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, debería ser excepcional¹⁵.

Sea esta la ocasión para invitar a la comunidad académica, y a los participantes en los programas de desarrollo de las políticas públicas, a estudiar detenidamente estos aportes investigativos con el fin de que sean atendidos y logren la debida incidencia en aquellas sociedades que sufren violaciones en sus derechos fundamentales.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO

Chairholder de la Cátedra Unesco y de la Cátedra Infancia.

13 CAROLINA VALENCIA VARGAS y JUANA CARRIZOSA UMAÑA. “Formación para la paz, la convivencia y la ciudadanía: un análisis en seis colegios en concesión de Bogotá”.

14 NÉSTOR OSUNA PATIÑO, JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA y VALERIA SILVA FONSECA del Departamento de Derecho Constitucional. “El régimen constitucional de la infancia: perplejidades del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia”.

15 “Excepcionalidad de la privación de la libertad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes”.

SECCIÓN I
CÁTEDRA UNESCO: POLÍTICA PÚBLICA Y VIOLENCIAS

MARIA CRISTINA DE CICCO

Riflessione su democrazia e dignità umana

Riassunto. Questo lavoro intende analizzare, a partire dall'ermeneutica civile-costituzionale, la relazione tra diritto, democrazia e dignità umana, con speciale riguardo alla funzione promozionale del diritto e l'influenza dei diritti umani e del processo di globalizzazione sulla democrazia. All'uopo prende in considerazione, analiticamente, la relazione tra le libertà economiche, i diritti fondamentali e la dignità umana nelle loro diverse implicazioni, per concludere che il quadro costituzionale e i valori e i principi fondamentali che ne derivano costituiscono l'unico mezzo per realizzare quella interazione fra il sociale e l'economico necessaria per ristabilire il giusto equilibrio tra regole e valore e regole di mercato. La protezione della persona vulnerabile e la tutela effettiva dei suoi diritti in questo modo possono trovare una completa attuazione soltanto perseguendo una etica nel mercato che sia una autentica espressione dei valori e dei principi riconosciuti e garantiti dalla Costituzione.

Parole chiave. Diritti umani, Diritti e libertà fondamentali, Dignità, Diritto (funzione promozionale), Globalizzazione

Sommario. Introduzione. I. Il momento attuale. II. L'impostazione del problema. III. L'importanza dei diritti fondamentali. A. I diritti fondamentali e le libertà economiche. B. Libertà economica e dignità umana. IV. La tutela dei gruppi più deboli in America Latina fra mercato e solidarismo. Conclusioni.

INTRODUZIONE

Il tema¹ sarà analizzato alla luce del metodo del diritto civile nella legalità costituzionale, che ha come obiettivo l'acquisizione di una capacità critica ermeneuticamente orientata alla ricostruzione degli istituti privatistici

1 Il presente lavoro, che prende in considerazione gli ordinamenti italiano e brasiliano, riflette la metodologia utilizzata dal Gruppo di Camerino nell'ambito della Cattedra UNESCO "Diritti umani e violenza: governo e governance" e consiste in un aggiornamento del testo pubblicato con il titolo "Democracia e direito", nella Rivista *OABRJ*, vol. 25, n. 1, Rio de Janeiro, Ordem dos Advogados do Brasil, janeiro-junho 2009, pp. 191-216. Questo lavoro pertanto non è il frutto di una indagine finita, rappresentando invece la premessa della ricerca riguardante la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali e la relazione fra persona e mercato. Si è ritenuto opportuno pubblicarlo anche sull'edizione della Cattedra per rimarcare e mettere in evidenza l'impostazione che permea l'intero lavoro di investigazione dei ricercatori camerti.

alla luce del valore della persona umana². Un metodo che si avvale della teoria dei principi e, nell'elaborare un sistema fondato sui valori presenti nell'ordinamento giuridico vigente, mira ad implementare un ordine giuridico rinnovato. Di conseguenza, ciò che ormai è conosciuto come "costituzionalizzazione del diritto privato" implica non solo la lettura del diritto civile alla luce della Costituzione ma anche e principalmente l'applicazione diretta dei principi costituzionali nelle relazioni fra privati e un'attenzione speciale dell'operatore del diritto verso l'effettività sociale dei diritti fondamentali.

Negli Stati democratici i principi fondamentali sono stabiliti nell'ambito della sfera politica, che è anche competente a riconoscere i valori comuni. In questo modo, il primato dell'ordine giuridico si sostanzia nel primato delle decisioni politiche, cosicchè s'impone al legislatore non soltanto lo sforzo di riflettere la realtà, ma lo sforzo di perseguire coscientemente la sua trasformazione³. Ed è appunto in ciò che consiste il diritto: una forza di trasformazione della realtà⁴, per cui accanto alla sua tradizionale funzione repressiva, garante dello *status quo*, ad esso va anche riconosciuta un'intrinseca funzione promozionale⁵.

Occorre, pertanto, cercare una società più giusta e solidale, fondata sulla dignità della persona umana, nonostante tale società si esprima attraverso valori del mercato.

In quest'ottica si propugna un cambiamento nella continuità, volto a comprendere il Diritto secondo le realtà sociali in costante mutamento e a tenere sempre in considerazione le esigenze concrete degli individui. L'obiettivo da raggiungere, tuttavia, non prescinde dall'analisi giuridica

2 Su tale metodologia è l'obbligo il rinvio alle opere di PIETRO PERLINGIERI, fra le altre: *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; *La persona e i suoi diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005; *Il contratto tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989; *La personalità umana nell'ordinamento vigente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982; *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, Jovene, 1971.

3 In questo senso, MARIA CELINA BODIN DE MORAES. "O Princípio da Dignidade Humana", in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 5.

4 Così PIETRO PERLINGIERI. "Normas constitucionais nas relações privadas", *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 6 e 7, 1999, p. 63 ss.

5 NORBERTO BOBBIO. *La funzione promozionale del diritto* (1969), *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 13 ss.

delle realtà. Infatti, il giurista non può attenersi al dogmatismo di un testo legale senza considerare che esso subisce modificazioni provenienti dalla realtà sociale, di cui il Diritto è un aspetto essenziale. Pertanto, gli aspetti sociologici sono parte integrante del Diritto, cosicchè fra diritto e realtà sociale esiste un'interazione profonda, laddove le regole giuridiche possono incidere sui comportamenti sociali. Allo stesso tempo, la società non soltanto muta continuamente gli elementi di valutazione dei fatti normativi, ma più in generale crea norme che siano funzionali all'ordine storicamente presente.

I. IL MOMENTO ATTUALE

Ai fini dello sviluppo del nostro tema è importante tenere in considerazione il momento attuale, giacché nella società contemporanea la questione della democrazia è fortemente influenzata da due dimensioni, costituite dai diritti umani e dai processi di globalizzazione⁶. Infatti, la globalizzazione, che per definizione è avversa a confini certi e definiti, richiede sempre uno spazio trans-nazionale in continua ridefinizione da parte dei mercati. La straordinaria forza connettiva di questi mercati finisce a sua volta per cancellare, o per rendere meno significativi, i vecchi confini creati dalla storia e dagli Stati⁷. Si assiste così ad un (tentativo di) primato dell'economia, con conseguente declino degli Stati e della sovranità. Una società così caratterizzata impone un ripensamento dei concetti di popolo e di cittadinanza che guardi al sempre più intenso fenomeno migratorio in chiave non solo in termini di sicurezza ed ordine pubblico, bensì in termini di integrazione e capacità del diritto di governare una società non più statica.

Sì perché, se da un lato, l'espansione dei mercati significa maggiore attrazione di capitali, beni e servizi in ambito nazionale, dall'altro il rischio di marginalizzazione e di esclusione sociale tende a crescere, portando ad un incremento della disuguaglianza nella distribuzione e nell'utilizzo delle risorse. Ne deriva quindi, a livello internazionale, un arricchimento dei paesi

6 Sul processo di globalizzazione e sul rapporto tra la "rivoluzione" del diritto globale e le tradizionali fonti del diritto v. le interessantissime pagine di GUNTER TEUBNER. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzionali civili*, RICCARDO PRANDINI (trad. italiana), Roma, Armando Editore, 2005.

7 PAOLO GROSSI. "Globalizzazione, diritto, scienza giuridica", *Foro Italiano*, parte V, 2002, c. 151 e ss.; MARIA ROSARIA FERRARESE. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Mulino, 2002, p. 7 e ss.

più ricchi a scapito dei paesi meno fortunati e a livello interno una maggiore disuguaglianza sociale.

In questo panorama i nuovi protagonisti del mercato, nell'ansia di tutelare sempre più i propri interessi, creano le proprie regole, sia attraverso enti tecnici, come l'Organizzazione Mondiale del Commercio, sia attraverso i grandi studi internazionali di avvocati a servizio delle multinazionali. In questo modo, però, milioni di persone sono soggette a norme e regole create senza alcun controllo democratico e senza nessuna trasparenza.

Ecco allora che accanto alla globalizzazione dell'economia già in corso si deve anche discutere della globalizzazione del diritto⁸ e della democrazia⁹, anche perché, bisogna ribadire, il rapporto tra globalizzazione economica e diritto ha le proprie particolarità, laddove a livello economico e politico il processo di *fluidificazione* dei confini si è realizzato spontaneamente, come risultato della nascita di reti di comunicazione mondiale che soltanto ora, si avverte, inizia ad esigere la fissazione di limiti. In ambito giuridico, al contrario, la realizzazione della globalizzazione richiede il superamento di alcune regole, circostanza possibile soltanto mediante la creazione di altre regole¹⁰. Regole tuttavia che riflettano tutti gli interessi presenti nel mercato e non soltanto, come succede oggigiorno, quelli del *business community*, e, cosa più importante, regole che rispettino il valore primario della persona e che assurgano a realizzazione dei diritti e libertà fondamentali.

Così, per evitare il rischio di un nuovo dominio "coloniale" s'impone la necessità di un nuovo paradigma in grado di assicurare lo sviluppo sostenibile e ugualitario nell'ottica della prevalenza dei diritti umani e del valore democratico, presentandosi quindi come imperativo l'intervento del diritto al fine di evitare che le leggi economiche diventino una minaccia al pieno sviluppo della persona.

Difatti, come avverte PERLINGIERI (2006), non occorre investire (solo) sul mercato per fare grande un Paese ma sulla promozione della cultura alla

8 PIETRO PERLINGIERI. "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 84 e ss.; STEFANO RODOTÀ. "Ciò che resta del diritto ai tempi della globalizzazione", *La Repubblica* 28 giugno 2002, p. 17; GIAN MARIA FLICK. "Globalizzazione e diritti umani", *Jus*, 2000, pp. 172 e ss.

9 Così, FRIEDRICH MÜLLER. "Democracia e exclusão social em face da globalização", [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm].

10 GIAN MARIA FLICK. "Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, pp. 596 e ss.

responsabilità di chi opera nel mercato¹¹ e sullo sviluppo sostenibile¹² che per essere tale non implica l'arresto del progresso, bensì il suo realizzarsi nel pieno rispetto della persona e dei suoi valori e cioè una promozione della democrazia allo sviluppo¹³. In questa prospettiva, meritevoli sono quelle iniziative dirette ad investire su progetti eco-sostenibili come il settore delle energie rinnovabili, al fine di garantire, in un'ottica di giustizia sostanziale, l'equa distribuzione delle risorse¹⁴. Solo così l'accesso alle risorse viene maggiormente garantito anche ai soggetti deboli che diversamente rischiano di rimanerne esclusi. Di ciò è pienamente consapevole l'Unione Europea che da qualche tempo, anche sulla spinta di impegni assunti a livello internazionale (quale il protocollo di Kyoto della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici), promuove una regolamentazione del mercato energetico europeo diretta al raggiungimento di due importanti obiettivi: controllo del consumo di energia europea e incremento del ricorso all'energia da fonti rinnovabili¹⁵. Siccome la regolamentazione del mercato energetico non può essere fine a se stessa, l'intervento del legislatore comunitario persegue sia la finalità di salvaguardia dell'ambiente e del clima sia del mantenimento di condizioni di vita buone per le generazioni future, con ciò realizzando importanti valori di natura esistenziale.

Nell'ambito della valorizzazione della persona nel mercato emerge come nell'attuale società globalizzata, l'impresa non deve occuparsi soltanto delle sue componenti interne, ma necessariamente anche delle componenti esterne, imponendosi la presa di coscienza della necessità di assumersi anche una responsabilità sociale¹⁶.

11 PIETRO PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, cit., pp. 482 e ss., 506 e ss.

12 GIUSEPPE VETTORI. "Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra le due crisi", in *Contratto e Impresa*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 915 e ss., secondo cui tale espressione costituirebbe una clausola generale in linea con quanto previsto nel Trattato di Lisbona. L'art. 3 del Trattato, infatti, impone che l'Unione si attivi affinché si concretizzi uno sviluppo sostenibile che stimoli lo Stato a tutelare il mercato, ma nella prospettiva di realizzare una maggiore coesione sociale.

13 PIETRO PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, cit. pp. 506 e ss.; FRANCESCO PROSPERI. "Etica, diritto e mercato globale", in *Mercato ed etica*, PAOLA D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), Napoli, ESI, 2009, pp. 368 e s.

14 PIETRO PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, cit. pp. 481 e ss., 504 ss.; FRANCESCO PROSPERI. "Etica, diritto e mercato globale", cit., pp. 367 e ss.

15 V. Direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

16 Su tale problematica v. FRANCO RIOLO. *Etica degli affari e codici etici aziendali*, Edibank, Milano, 1995.

D'altronde, la Costituzione italiana, nell'art. 41, ha delineato un modello di impresa portatore di benessere per la comunità e rispettoso dei diritti della persona umana, indicando al legislatore ordinario la via da seguire per raggiungere tale obiettivo, ossia l'impresa socialmente responsabile¹⁷. Ciò tuttavia, come si sa, non accade in altri ordinamenti per cui il richiamo all'etica diventa un tentativo di superare la mancanza di una regola comune attraverso il ricorso a valori comuni. Il problema risiede così nella mancanza di principi normativi comuni nella società globalizzata dove, in verità, traspare l'esigenza di individuare un minimo comune denominatore nell'applicazione e nella gestione dei sistemi. Incrementare la RSI significa in definitiva, promuovere lo strumento "volontario" che porti ad un maggiore equità dei diritti dei lavoratori nel mondo. Sì, perché la diversità delle regole consente uno sfruttamento e determina una molteplicità di ricadute negative che incidono direttamente sulla nostra società. Da qui l'imperativo di diffondere l'educazione al consumo sostenibile. Il ruolo dei consumatori diventa così fondamentale nella lotta allo sfruttamento, imponendo alle imprese una maggiore attenzione verso i diritti dei lavoratori. Sì perché non si può dimenticare che la situazione deteriorata dei lavoratori dei paesi dell'Est, dell'India, Cina, rende vulnerabile anche la situazione dei lavoratori italiani giacché soggetti al "ricatto" dell'impresa di delocalizzare la produzione laddove le loro richieste dovessero diventare troppo pressanti.

II. L'IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA

Senza voler presentare concetti e asseritive circa il complesso rapporto fra diritto e democrazia, il lavoro parte dal presupposto dell'impossibilità di una democrazia senza diritto (mentre è vero il contrario), posto che la democrazia esige norme definitorie dei modi di acquisto e di esercizio del potere, come ha ben sintetizzato NORBERTO BOBBIO.⁻

Basti pensare alla Costituzione brasiliana del 1988, la quale, nel consolidare la rottura con il regime autoritario militare instaurato nel 1964, segna in ambito giuridico l'inizio di un processo di democratizzazione dello Stato brasiliano.

¹⁷ V., sul punto, GIORGIO OPPO. *Impresa e mercato*, *Rivista di diritto civile*, 1, 2001, p. 63, secondo cui "Il mercato assurge a luogo di conciliazione di interessi in nome dei valori espressi dall'art. 41, comma 2, Cost.".

Durante i regimi totalitari le più grandi sfide dell'America Latina furono l'apertura politica, la stabilità economica e la riforma sociale. Dopo la rottura con la dittatura, nel tentativo di mantenere il passo con i paesi più progrediti, il problema è diventato l'inclusione nell'economia globalizzata, aspetto che purtroppo ha contribuito ad aumentare le disuguaglianze sociali e la disoccupazione e, di conseguenza, la povertà e l'esclusione sociale. La transizione democratica, quindi, mette in evidenza come la sfida maggiore consista nel consolidamento della democrazia, da realizzare mediante l'effettività del pieno esercizio di diritti e libertà fondamentali, giacché la mera realizzazione di elezioni libere non è sufficiente per garantire una società giusta e ugualitaria.

Prendendo ancora il Brasile come esempio, la mancanza di maturità della democrazia brasiliana può essere misurata anche dagli strumenti che il Governo utilizza per imporre la propria volontà e le proprie decisioni, contornando così l'ostacolo rappresentato dal Parlamento. Ci si riferisce alla c.d. "Misura provvisoria" (*Medida provisória*), creata a immagine e somiglianza del Decreto-legge¹⁸ che durante la dittatura era utilizzato per imporre la volontà del potere Esecutivo alla società, con la soppressione della funzione del Potere Legislativo. La misura provvisoria fu creata durante la presidenza Sarney e incorporata alla Costituzione del 1988, per essere utilizzata soltanto in situazioni eccezionali ove fossero coinvolti grandi interessi nazionali. Tuttavia, così come accade nella dittatura con il decreto-legge, la misura provvisoria occupa un posto definitivo nell'attuale scenario politico brasiliano: circostanza che contribuisce a confermare che la democratizzazione è un processo, perché molteplici sono i paesi che seguono questo sviluppo democratico, ma che non sono democratici nelle decisioni che prendono. Nel rispetto dei principi costituzionali, specie quelli di tutela della persona e della democrazia, non si dovrebbe confondere "decisione per maggioranza" e "governo della maggioranza". Quest'ultimo, infatti, misconoscendo i "diritti delle minoranze", rischia di trasformarsi in una "dittatura della maggioranza"¹⁹. È necessario

18 La vigente Costituzione del 1988 ha recepito il decreto-legge italiano (*medida provisória*), tipico di un contesto parlamentarista e quindi non adatto al regime presidenzialista brasiliano: così ANA LUCIA DE LYRA TAVARES. "Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro", in *Prisma jurídico*, São Paulo, v. 5, 2006, p. 69.

19 Sulla questione v. le interessanti riflessioni di ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *La democrazia in America*, Torino, UTET, 2007.

evitare, in questo modo, un sistema politico in cui le maggioranze votano soltanto, ma effettivamente non decidono²⁰.

È importante sottolineare in proposito, che il fenomeno del diritto non è soltanto strutturale, ma è caratterizzato anche dal profilo funzionale: un aspetto funzionale che corrisponde ad una funzione di mediazione e di superamento del conflitto, non mediante la legge della forza, ma attraverso la forza della legge; un aspetto funzionale che si diversifica in relazione al momento storico determinato.

La costituzionalizzazione del diritto costituisce un'esigenza di unità del sistema e del rispetto alla gerarchia delle fonti, oltre a rappresentare l'unica via possibile per evitare il rischio di degenerazione in uno stato di diritto meramente formale. Il diritto è cultura, ma la cultura ufficiale non può condizionare la concretizzazione dei valori presenti nell'ordinamento giuridico, senza porsi in una posizione di aperta violazione della legalità umana e delle sue esigenze esistenziali. In quest'ottica, anche le regole ermeneutiche devono essere espressioni della struttura e della logica del sistema giuridico e non della logica astratta del giurista²¹.

III. L'IMPORTANZA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Dalla presa di coscienza che la Costituzione non costituisce soltanto un programma per il legislatore, ma rappresenta concretamente un valido strumento per gli operatori del diritto, rendendo possibile l'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, i diritti fondamentali hanno acquistato forza e un più alto grado di effettività. Non a caso,

20 La conseguenza dell'approvazione di una legge non è necessariamente il conseguimento di una legge giusta, come ben osserva MARCELLO GALLO. *Il principio di maggioranza*, in *Critica del diritto*, 2000, pp. 7 e s., commentando il lavoro di LUCIANO CANFORA. *Un mestiere pericoloso. La vita quotidiana dei filosofi greci*, Palermo, Sellerio Editore, 2000. L'a afferma che la ragione per cui la volontà della maggioranza debba sempre prevalere su quella della minoranza non risiede nella superiore saggezza assicurata dal numero giacché "nessuno potrà mai ragionevolmente sostenere che, su cinque votanti, tre si trovino necessariamente nel giusto e due in torto". Il fondamento della regola della maggioranza quindi si trova non nella maggiore aderenza alla verità storica e nella conseguente giustizia della risoluzione bensì nell' "esigenza di un criterio oggettivo, spoglio di ogni pulsione soggettivistica, alla cui stregua si affermi qual è la volontà espressa da un corpo deliberante" (p. 8).

21 PIETRO PERLINGIERI. "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", *Rassegna di diritto civile*, 1980, pp. 107 e s.

GUSTAVO ZAGREBELSKY (2012) ha di recente affermato che “una Costituzione ignorata equivale ad una Costituzione abrogata”²², ricordando che “La Costituzione non è un codice di condotta, del tipo d’un codice penale, che mira a reprimere comportamenti difforni dalla norma. È invece la proposta d’un tipo di convivenza, secondo i principi ispiratori che essa proclama”. “Il rispetto della Costituzione”, continua, “non si riduce quindi alla semplice non-violazione, ma richiede attuazione delle sue norme, da assumersi come programmi d’azione politica conforme”.

Pertanto, se da un lato la ricerca di un fondamento assoluto per i diritti umani può essere considerata superflua, giacché dalla Dichiarazione dei diritti dell’uomo essi hanno raggiunto un consenso molto ampio, è anche vero che non si riesce ad andare oltre l’asserzione che si tratta di bisogni o di interessi primari della persona umana. Ciò ha portato gli studiosi ad affermare che il problema odierno non è dimostrare la loro esistenza, ma, al contrario, consiste nella sfida della loro tutela, perché spesso sono proprio gli Stati a disattenderli e a non rispettarli²³.

La stessa Europa ne è un esempio. L’idea della legittimazione attraverso i diritti fondamentali è parte della tradizione politica e giuridica di molte culture europee. Difatti, quasi la totalità delle costituzioni moderne riconosce espressamente i diritti fondamentali e prevede la sottoposizione a controllo di tutti gli atti dei poteri pubblici, incluse le leggi. Inoltre gli Stati hanno elaborato e sottoscritto Carte e trattati internazionali con i quali, benché con finalità diverse, accettarono di limitare l’esercizio della propria sovranità, riconoscendo anche a Enti sovranazionali, istituiti a tale fine, il compito di definire politiche comuni. È certo anche l’impatto che ha avuto, e che continua ad avere, il processo di globalizzazione sui diritti degli individui. Si assiste, infatti, ad un doppio fenomeno: da un lato si ha un incremento del numero di Testi di tutela dei diritti volti ad estendere gli strumenti di garanzia alle libertà degli individui, ma nel contempo crescono le esigenze meritevoli di tutela che assurgono a categoria di veri diritti fondamentali²⁴.

22 GUSTAVO ZAGREBELSKY. “(2012), Si può amare la nostra Costituzione?”, in *La Repubblica*, quotidiano del 22 dicembre 2012, p. 33.

23 NORBERTO BOBBIO. *L’età dei diritti*, 2.^a ed., Torino, Einaudi, 1990, p. 16.

24 Diritti fondamentali che, non possiamo dimenticare, sono diritti storici: in questo senso, NORBERTO BOBBIO. *L’età dei diritti*, cit., pp. XIII e ss.

Tutti gli Stati membri dell'Unione europea fanno parte del Consiglio d'Europa e, nel ratificare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, riconobbero la Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo quale organo di tutela e di interpretazione della Convenzione. Attraverso la CEDU e la giurisdizione della Corte di Strasburgo, si è creato così uno *standard* minimo in relazione al quale tutti gli Stati membri sono chiamati a garantire i diritti fondamentali. Di conseguenza, i diritti fondamentali e la tutela dell'individuo dinanzi allo Stato sono divenuti oggi così essenziali ai fini della legittimità dei sistemi politici, che un potere politico che non soddisfi queste esigenze senza dubbio sarà considerato illegittimo.

Con il costituzionalismo contemporaneo la dottrina si impegna nel tentativo di elaborare un diritto più vicino alla realtà, quale compromesso con l'emancipazione sociale. Siamo dinanzi ad un nuovo costituzionalismo ove emerge la necessità di tutela non tanto nei confronti dello Stato, ma di altri soggetti, ossia il mercato, giacché viviamo in un'epoca in cui la *lex mercatoria* raggiunge dimensione universale e globalizzata, come se fosse imposta dalle forze egemoniche internazionali²⁵.

A. I DIRITTI FONDAMENTALI E LE LIBERTÀ ECONOMICHE

Quando si discorre di globalizzazione viene in mente, da subito, la parola "mercato". E la globalizzazione è appunto il risultato di un potere prevalentemente economico ma, ciò non significa che non possa essere caratterizzata da un volto umano²⁶. A tal fine, occorre spostare l'analisi del fenomeno dal punto di vista del mercato a quello della centralità della persona e del rico-

25 Afferma PIETRO PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, cit., che i nuovi valori propugnati dalla Costituzione ha invertito l'ordine giuridico della società. Laddove questo riconosce uno *status* privilegiato alla persona umana, subordinando l'intero ordinamento in questa direzione, assume il compromesso fondamentale di eliminare gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona e auspica un intervento pubblico non più garantista, ma un intervento promozionale, nell'ottica della giustizia distributiva, la quale si presenta come l'espressione diretta della solidarietà civile.

26 STEFANO RODOTÀ. "Ciò che resta del diritto ai tempi della globalizzazione", cit., p. 17. Su questo punto v. le interessantissime pagine di RALF DAHRENDORF. *La libertà che cambia*, trad. It., Roma-Bari, Laterza, 1984.

noscimento dei diritti dell'uomo, presupposti necessari per arrivare a una simile caratterizzazione.

Anche nell'Unione europea si manifesta questo problema, tanto che l'Unione pian piano va direzionandosi verso una globalizzazione attraverso i diritti e non il mercato²⁷. SÌ perché il presupposto della legittimità democratica dell'Unione Europea, come di qualsiasi Paese, è dato dall'effettività della tutela dei diritti fondamentali. Il sistema di protezione dei diritti dell'uomo in ambito comunitario è stato un processo lento e conturbato. Nonostante la maggiore apertura dei vari Trattati europei verso gli obiettivi sociali e esistenziali e la contribuzione della giurisprudenza comunitaria, l'evoluzione in questa direzione si può dire in qualche modo consolidata soltanto a partire dal Trattato di Lisbona che ha conferito valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali di Nizza. Ciò tuttavia non significa assolutamente che il traguardo sia stato raggiunto perché, sebbene in forma decrescente, continua a prevalere la cultura mercantile: infatti, non esiste ancora una tutela forte della persona umana laddove la persona, prevalentemente, ancora non è tutelata come tale ma come lavoratore, consumatore, investitore. Si tratta dunque di una evoluzione *in itinere* perché incentrata sull'individualismo e non sul personalismo. Difatti mentre l'individualismo consiste soltanto nell'attribuzione di diritti, il personalismo comporta un insieme di diritti e di doveri, per cui la libertà è fonte di responsabilità.

Non è possibile costruire un mercato senza regole: regole che, del resto, devono garantire a tutti il rispetto dei propri diritti. Dal momento che la società non si riduce al mercato e alle sue regole²⁸, compete allora al diritto indicare i limiti e i correttivi che non possono essere determinati soltanto in ragione della ricchezza o della sua distribuzione, bensì devono contribuire a raggiungere e rispettare i valori che sono alla base dell'ordine giuridico²⁹.

L'ordinamento del mercato deve assicurare un trattamento ugualitario a tutti, evitando lo sfruttamento e l'esclusione sociale. Attuale, pertanto, è l'avvertenza a non sovrastimare il ruolo dell'economia, considerandola l'unica forza strutturale della società, laddove nel ridurre il diritto a mera

27 STEFANO RODOTÀ. "Il codice civile e il processo costituente europeo", *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 21 e ss.

28 PIETRO PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, cit., pp. 477 e ss.

29 V. sul punto le interessanti considerazioni di AMARTYA K. SEN. *Etica e Economia*, Bari, Laterza editore, 2006.