



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 8 Extraordinario. Diciembre 1995.

II Coloquio Internacional

“Racismo, Minorías, Cárcel y DD.HH.”

• A. Beristain. Presentación - Aurkezpena	10
Acto de Apertura	
• J.A. Ardanza. Mensaje del Excmo. Sr. Lehendakari	19
• F. Mayor Zaragoza. Mensaje del Director General de la Unesco	21
• R. Jáuregui Atondo. Minorías, discriminación y xenofobia	23
• A. Giménez Pericás. Los refugiados	33
• J.L. Manzanares Samaniego. El Refugiado y el Asilo	43
• M. Retuerto Buades. Emigración, DD.HH. de los extranjeros ..	55
• W. Villalpando. El refugiado: nuevas características	69
• J.Mª Bandrés Molet. Normas Internacionales y Nacionales	79
• A. Beristain. Minorías en el CE (1995) y las NN.UU. (1994)	85
• E. Ruiz Vadillo. La armonía del sistema jurídico	107
• J. Giménez García. Relación entre delincuente y víctima	119
• T. Peters e I. Aertsen. Mediación para la reparación	129
• Mª A. Mtz. de Pancorbo. Integración o preservación	149
• A. Messuti. Significado de la expresión Derechos Humanos	161
• G. Picca. Intégration sociale et exclusion sociale en Europe	175
• M. Fernández Pérez y V. García-Redondo Ramos. Tolerancia y antropología pedagógica de la comprensión	183
• J. Castaignède. La lutte contre les discriminations raciales	209
Solemne Acto Académico y de Clausura	
• E. Galdós. Solidaridad, fraternidad y paz	229
• I. Oliveri Albisu. Globalización, desigualdad y racismo	231
• J.L. de la Cuesta. Relación general	237

EGUZKILORE

Número Extraordinario 8.
San Sebastián
Diciembre 1995
161-174

SIGNIFICADO DE LA EXPRESION DERECHOS HUMANOS EN RELACION CON EL REFUGIADO COMO SUJETO DE DERECHO

Prof^a. D^a. Ana MESSUTI

*Asociación Americana de Juristas
Ginebra*

Resumen: Se analiza la expresión derechos humanos y su aplicación y respeto en lo referente al refugiado, estudiando este concepto en la relación individuo-Estado. Junto a esto, se subraya la necesidad de cambiar el fundamento mismo del derecho, y se exponen algunos principios generales que deben configurar el ordenamiento jurídico.

Laburpena: Giza eskubideak hitza eta bai bere aplikazio eta zeresana, errefuxiatu dagokionean, azterzen dira, kontzeptu hau norbanako-Estatu erlazioan ikertuz. Honetaz gain Zuzenbidearen oinarria bera aldatzeko beharra nabarmentzen da, eta arau orokor batzuk, arauketa juridikoa konposatu behar dutenak, aurkeztu egiten dira.

Résumé: On analyse l'expression droits de l'homme et son application et respect en ce qui concerne le réfugié, en étudiant ce concept dans la relation individu-Etat. De même, on souligne la nécessité de changer le fondement du droit, et on présent quelques principes généraux qui doivent donner forme à l'ordonnement juridique.

Summary: Human right concept, its application and respect relating to refugees are analyzed, studing this expression in the individual-State relation. Likewise, it is underlined the necessity of change the Law foundation, and some general principles that should form the juridical order are presented.

Palabras clave: Derechos Humanos, Refugiado, Ordenamiento jurídico, Principios generales del derecho.

Hitzik garrantzizkoenak: Giza eskubideak, Errefuxiatu, Arauketa juridikoa, Zuzenbidearen arau orokorrak.

Mots clef: Droits de l'Homme, Réfugié, Ordonnement juridique, Principes généraux du droit.

Key words: Human rights, Refugee, Juridical order, General principles of Law.

I. INTRODUCCION

Tal vez en el derecho los conceptos se van abriendo camino más lentamente porque el tiempo en el que se desarrolla es un tiempo más impermeable y más resistente a las presiones exteriores, precisamente porque su función principal es la de garantizar la continuidad de las relaciones.

Un concepto que se presenta cada vez con más frecuencia es el de los derechos humanos. Se lo utiliza en los contextos más diversos, y esa diversidad contribuye a la imprecisión que caracteriza a esa expresión. Cabe atribuir esa imprecisión a la falta de una definición clara o uniforme de los derechos que la expresión denota. Sin embargo no debería ser así.

Más o menos todos sabemos lo que queremos decir con la palabra "humanos". Sobre todo, sabemos aquello que queda excluido de su significado: todo el reino animal, todo el reino vegetal, todo el reino mineral. Pero también ese término excluye toda una serie de atributos que se van reconociendo al ser humano desde que nace.

El ordenamiento jurídico incorpora en sus normas al individuo humano dotándolo de sucesivos atributos. Desde su misma concepción lo va "vistiendo" de una serie de calificaciones. En primer lugar, es una "persona", es hijo de tal o cual persona, tiene tal o cual nombre, es titular de estos o aquellos derechos y es ciudadano de este o aquel Estado.

La relación del individuo humano con el derecho se manifiesta en una tendencia progresiva por la que se va construyendo o perfeccionando un sujeto de derecho.

Para encontrar al individuo humano, al ser humano, despojado de todos esos atributos, debemos marchar en el sentido contrario, invertir la tendencia progresiva y emprender una regresiva. Debemos ir quitando poco a poco todos los atributos conferidos por la norma jurídica.

Esto explica por qué la expresión "derechos humanos" tropieza con algunas dificultades en el ámbito jurídico: puede dar a entender que hay derechos que humanos no son, o que nos interesan sólo aquellos derechos que se relacionan concretamente con el ser humano. Pero cabe objetar que ni el "derecho" ni los "derechos" existirían sin relación con el ser humano. En todo caso se trata de una redundancia, pero que revela la intención de poner el acento en lo "humano" de los derechos. Indica que hemos recorrido la tendencia regresiva y que finalmente nos encontramos con un sujeto sin atributos, pero por eso mismo vulnerable hasta tal punto que los derechos que se le deben garantizar no son los que tienden a facilitarle la vida social o política, sino aquéllos que tienden a asegurarle su vida misma, la continuación de su vida, o bien, la continuación de una vida propia de un ser humano.

Hanna Arendt¹ se refiere a los refugiados, o a quienes buscan refugio, como a seres humanos que han perdido cualquier otra cualidad o relación específica. En primer lugar, han perdido la protección del Estado al que pertenecían. Son dos conceptos clave: Estado y pertenencia, que denotan una situación en la que se da un juego de relaciones, de derechos y deberes recíprocos. Cuando el sujeto se ve obli-

1. Arendt, H., *L'imperialisme*, Ed. Fayard, Paris, 1982, p. 288.

gado a abandonar el Estado al que pertenece, se interrumpe ese juego de relaciones que con ese Estado mantenía. En condiciones normales ello no sucede, pues el Estado continúa brindando protección incluso más allá de sus fronteras, a través de sus relaciones con los demás Estados a los que solicita la hospitalidad para sus propios ciudadanos.

En el refugio, el sujeto se dirige directamente, sin la mediación de su Estado de pertenencia, a otro Estado. Es decir, no se dirige en calidad de ciudadano ni de súbdito de ningún Estado. Se dirige simplemente como ser humano. Por consiguiente, la relación entre los "derechos humanos" y el orden jurídico se puede ver con claridad estudiando la situación del refugiado, pues esa claridad se ve oscurecida ante la figura del ciudadano, en la que toda la red de atributos oculta al ser humano al que han sido conferidos. Pero cuando la red cae, es indispensable formularse la siguiente pregunta: ¿qué atributos, qué derechos, qué protección brinda el ordenamiento jurídico al individuo humano, al hombre sin más?

Quizá sea precisamente a estos atributos, a estos derechos, a esta protección, a los que nos estemos refiriendo cuando hablamos de derechos humanos.

El refugiado, independientemente de la forma en que se lo defina en los instrumentos jurídicos, es sólo un ser humano en busca de refugio. La única identidad que puede hacer valer es su situación de peligro, de temor (véase el artículo 1 de la Convención del 51).

La pertenencia, basada en tal o cual condición, está íntimamente ligada a la presencia, y ésta se verifica en determinado espacio. Los Estados determinan las condiciones que se deben reunir para que la "presencia" en sus respectivos espacios (territorios) sea posible. Esos espacios así delimitados confieren una realidad social al sujeto. Es la realidad garantizada por el hecho de que a la presencia del sujeto corresponde un reconocimiento. Este espacio es el espacio que ha perdido el refugiado. El refugiado entra en un espacio en el que a su "aparecer" físico no corresponde ninguna presencia reconocida por los demás, ni como individuos ni como comunidad.

II. LA LIBERTAD

Las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se formulan, sin embargo, no para reconocer los derechos del hombre sino los del ciudadano en cuanto hombre. En realidad su propósito es salvaguardar determinados derechos del ciudadano contra posibles violaciones por parte de las mismas instituciones jurídicas y políticas. Es consecuencia de la "laicización" de la sociedad, que hace necesario asegurar derechos sociales y humanos que hasta entonces habían quedado fuera del orden político, pues estaban garantizados por fuerzas sociales y religiosas.

Los individuos debían ser protegidos frente a la nueva soberanía del Estado. Por ello se proclaman los derechos que se desea garantizar como "sagrados e inalienables", intentando sustituir el tipo de protección de la que antes gozaban. Pero también con el propósito de erigirlos como una barrera, un límite infranqueable a la arbitrariedad del legislador o del Estado.

Existe, como vemos, un paralelismo entre el nacimiento del Estado-Nación, con una soberanía fortalecida, y la proclamación de los derechos del hombre. Como si al culminar la organización política de la comunidad en el Estado, fuese indispensable recordar la existencia del individuo humano, para no dejarlo abandonado a una fuerza tanto más poderosa².

El concepto de los “derechos humanos” surge como garantía en el marco de una relación determinada: individuo-Estado. Por lo tanto, no era al hombre sin más a quien se garantizaban los derechos del hombre, sino al hombre en su relación con el Estado. Al hombre en cuanto miembro del pueblo de un Estado, al hombre en cuanto ciudadano.

El derecho fundamental que propugnan las Declaraciones de los Derechos Humanos en general es la libertad. Los demás, igualdad, propiedad, seguridad, le están subordinados, porque se supone que se defiende la igualdad entre hombres libres, la seguridad es la seguridad de la vida libre y la propiedad corresponde a todo ciudadano, por lo tanto, también hombre libre.

Kant deriva el concepto de derecho del concepto de libertad. El derecho es la condición restrictiva impuesta a la libertad de cada uno, en el sentido de que no debe ser incompatible con la de los demás. Define al derecho como el conjunto de condiciones mediante las cuales el arbitrio de cada uno se puede acordar con el arbitrio del otro siguiendo una ley general de libertad³.

Todos los ordenamientos jurídicos modernos se han basado en la libertad como principio fundamental. Por un lado, la libertad es esencial para concebir un sujeto de derecho responsable de sus actos. Por lo tanto sirve de presupuesto. Por otro, la libertad se garantiza como un derecho inalienable de ese mismo sujeto de derecho, por definición “libre”. El individuo sólo puede ser sujeto de derecho en tanto es libre, y se le garantiza la libertad en cuanto es sujeto de derecho.

Cuando aparece el refugiado, se presenta en el horizonte social y jurídico un ser cuya situación de indefensión y vulnerabilidad es tal que pierde todo sentido el reconocimiento de la libertad como derecho fundamental. La libertad se presenta como secundaria frente a la necesidad de asegurar la supervivencia, es decir, el derecho a la vida. Para ser libres antes debemos “ser”. Si deseamos identificar una naturaleza común al hombre no será el hecho de que todos hayan nacido libres, sino el hecho, el mero hecho, de que todos hayan nacido. Y es por su situación de despojo que el refugiado nos hace reflexionar en ese sentido.

Estar privado de los derechos del ciudadano significa ante todo estar privado de un lugar en el mundo. Ese lugar al que el ciudadano tiene derecho es el lugar donde nuestras opiniones tienen significado, nuestras acciones tienen efectos.

Para el refugiado, señala H. Arendt, la prolongación de la vida depende de la caridad y no del derecho, pues no existe ninguna ley que obligue al Estado a brin-

2. *Droits de l'homme et philosophie*, anthologie présentée par F. Worms, Presses Pocket, 1993, pp. 28 ss.

3. Kant, E., *Métaphysique des mœurs*, Ed. Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1988, p. 104.

darles lo indispensable para subsistir. Su libertad de movimiento, en caso de que la tenga, no le confiere ningún derecho de residencia, derecho del que el delincuente goza automáticamente en prisión. Y la libertad de opinión del refugiado, en su caso, no tiene valor alguno, dado que de todos modos aquello que pueda pensar fuera de su país no tiene ninguna importancia⁴.

El refugiado ha perdido mucho más que el derecho a la libertad: ha perdido el derecho a tener derechos.

Incluso cabe decir que el esclavo se encontraba en mejores condiciones, pues formaba parte de la comunidad, su trabajo era necesario, aprovechado, explotado, y gracias a eso ocupaba un lugar en la sociedad.

No es la pérdida de derechos concretos, sino la pérdida de una comunidad nacional deseosa y capaz de garantizarlos, lo que aquí está en juego. Por ello precisamente es tan importante la figura del refugiado. Representa una situación excepcional, no porque se presente muy raramente, sino porque los ordenamientos jurídicos sólo responden a ella con normas de excepción.

El Estado conoce sólo dos opciones: la repatriación o la naturalización, es decir, la asimilación. La primera significa una transgresión de las normas internacionales. Y si a pesar de eso se recurre a ella, hay que tener presente que en muchos casos no hay ninguna "patria" a la que pueda ser repatriado el refugiado. Su desgracia no reside en ser oprimido, sino en que nadie se interese ni siquiera en oprimirlo. La asimilación conlleva otro tipo de problemas y merece una reflexión aparte.

III. UN HORIZONTE NORMATIVO MAS AMPLIO

Estado-Nación significa Estado que hace del nacimiento el fundamento de la atribución de derechos. Los derechos son atribuidos al hombre en la medida en que constituye el presupuesto del ciudadano. El refugiado representa en la estructura del Estado-Nación un elemento sumamente inquietante, porque al romper la identidad entre el hombre y el ciudadano, entre nacimiento y nacionalidad, pone en crisis también, al menos en cierto sentido, la idea de soberanía. Agamben considera que al destruir la antigua trinidad "Estado, Nación, Territorio", el refugiado merece ser considerado la figura central de nuestra historia política⁵.

El refugiado nos demuestra la insuficiencia de los conceptos jurídico-políticos tradicionales. En efecto, descubrimos ante todo la insuficiencia del concepto de sujeto de derecho en el marco normativo estatal desde el momento en que descubrimos que hay muchos más hombres que ciudadanos. Y en consecuencia también nos damos cuenta de que las normas jurídicas nacionales no contemplan situaciones en las que están en juego muchos principios fundamentales de coexistencia.

4. Arendt, H., op. cit., p. 281.

5. Agamben, G., *Au-delà des droits de l'homme*. Le Front du Refuge - Refugiés, exilés, demandeurs d'asile, citoyens? - De la démocratie, L'ARROSEUR ARROSE, p. 191.

La concepción de los derechos humanos fundada en la existencia supuesta de un ser humano en tanto tal, se desmorona cuando quienes la profesan se encuentran frente a hombres que han perdido realmente cualquier otra cualidad o relación específica aparte del mero hecho de ser "seres humanos".

Los derechos humanos habían sido calificados de inalienables porque quería afirmarse su independencia de todo gobierno, pero esa misma independencia significaba que no había ninguna autoridad que los protegiese ni ninguna institución que los garantizara.

El hecho de que en el Estado apenas haya espacio para el hombre en sí queda demostrado por el carácter provisional que siempre se ha asignado al estatuto del refugiado, dado que se trata de un estado que conduce a la naturalización o a la repatriación. Un estatuto estable del hombre en sí es inconcebible en el derecho del Estado-Nación.

Notable, sin duda, es que el hombre, el ser humano creador del derecho, se vea excluido a priori de su propia obra, que sea preciso que ésta lo reconozca expresamente, lo incorpore, para no quedar relegado al mundo puramente físico.

Sin embargo, a pesar de no estar previsto en su propia obra, el hombre en sí existe. El derecho no es nada más que una parte de la experiencia humana. Pertenece a esta experiencia en cuanto "sirve" al hombre, como instrumento y nada más que como instrumento, para alcanzar los fines que se propone. El hombre constituye el "principium reddendae rationis" del derecho. Es su origen y causa.

Cuando un instrumento deja de ser adecuado para la consecución de los fines que lo justifican se modifica o sustituye.

Es evidente que el derecho positivo estatal no nos indica un comportamiento satisfactorio desde el punto de vista humano para responder a la situación del refugiado. El pensamiento basado en el derecho estatal, es decir, en términos de "nacional" y "no nacional", da lugar a los conceptos de inmigración, asilo, refugio, pero a la vez impide dar una respuesta adecuada a las situaciones que reflejan esos conceptos⁶.

En primer lugar, partiendo de la base de la necesidad ineludible del derecho para la coexistencia, habría que reconocer que no es al derecho en sí al que deseamos sustituir, sino al derecho reducido al derecho estatal. Para superar esta reducción habría que superar el concepto de Estado como única fuente de derecho.

Por ejemplo, G. Gurvitch⁷ señala que no se puede sostener la ineludibilidad del vínculo entre el Estado y el derecho positivo sin afirmar que el Estado es el único "hecho normativo" (con esta expresión se refiere a la creación de derecho). Pero esta afirmación está desvirtuada por la existencia de innumerables centros creadores de derecho.

6. Caloz-Tschopp, M. et autres, *Asile-Violence-Exclusion en Europe*, Cahiers de la Section des Sciences de l'Education de l'Université de Genève, 1994, p. 375.

7. Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Ed. A. Pedone, Paris, 1935, p. 146.

Además, constata, el Estado no puede considerarse un hecho normativo primario, pues se apoya necesariamente en el derecho de la comunidad internacional. La primacía del derecho estatal se debe a una determinada circunstancia histórica, es decir, a la ausencia de otros hechos normativos de carácter común y no particular. Pero apenas se organizan comunidades e instituciones que pueden representar el interés general en el aspecto económico, social e internacional pierde justificación la primacía del Estado.

G. Gurvitch intenta establecer la jerarquía entre el hecho normativo de la Nación y el de la comunidad internacional. Nos recuerda que nos encontramos frente a hechos normativos que encarnan valores positivos. Para que el Estado pueda realizar los valores que le corresponden, dice, debe encontrar su lugar insustituible en el marco de la comunidad internacional. Concluye sosteniendo que es el derecho de la comunidad internacional el que debe prevalecer.

Interesante es el intento de Kant por conferir legitimidad a un derecho internacional que denomina "derecho cosmopolita"⁸. Se trata de un aspecto de su teoría jurídica que no ha desarrollado y que aparentemente se fundaría en un derecho natural. Dado que la naturaleza ha encerrado a todos los pueblos de la tierra en el globo terráqueo, los hombres se encontrarían dentro de los límites de una comunidad "de commercium", es decir, en una comunidad de relaciones constantes, dada la comunicabilidad (y se refería a las posibilidades de comunicación que existían en ese entonces...) entre las distintas regiones de la tierra. Este derecho, basado en esas circunstancias geofísicas, es denominado por Kant "derecho cosmopolita", en la medida que tiende a una posible unión entre todos los pueblos. Nos referimos a esta reflexión de Kant porque es pertinente para nuestro tema en cuanto reconoce el derecho de todos los "ciudadanos de la tierra" de intentar vivir en comunidad con los demás. Para lograr este objetivo, en el marco de este derecho cosmopolita, tendrían también el derecho de explorar todas las regiones de la tierra. Es decir, no se trata de un derecho internacional, entre naciones, sino de un derecho de los individuos a desplazarse por la tierra, en su calidad de "ciudadanos de la tierra", y a relacionarse con todos los demás habitantes del globo.

Sólo ampliando el horizonte jurídico más allá de las fronteras del Estado se podrá dar una respuesta a la presencia del refugiado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948) contiene a este respecto una disposición sumamente interesante. Se trata del artículo 28: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

Se reconoce el derecho de cada persona a gozar de la protección de un orden internacional. Introduce cierta imprecisión el término "social". Pero es evidente que para que "se hagan plenamente efectivos" los derechos y libertades proclamados no puede resultar suficiente un orden social. Merece una atención especial el reconocimiento de un derecho individual a "que se establezca" un

8. Kant, E., *op. cit.*, pp. 234 y 236.

orden normativo. Es decir, que el individuo no queda subordinado exclusivamente al Estado, sino que, sin depender de la mediación del Estado, puede contar con la protección de normas que trascenderían el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, tampoco serían normas internacionales, es decir, concertadas entre las naciones, porque volveríamos a depender de los Estados. Tal vez podríamos denominarlas “universales” como la Declaración misma. El problema de la efectividad, de la posibilidad de “hacer cumplir”, que se plantea con respecto al derecho internacional, se plantearía con respecto a estas normas, pero este aspecto concierne a la definición misma de derecho y requeriría un estudio aparte.

IV. LA RESPONSABILIDAD EN LUGAR DE LA LIBERTAD

Sin embargo, no es suficiente la ampliación del horizonte normativo, el reconocimiento de otras fuentes de derecho además del derecho estatal, el establecimiento de un orden jurídico meta o supra-nacional, para que la situación que tenemos ante nosotros cuando nos encontramos ante los refugiados obtenga una respuesta adecuada y satisfactoria. Es preciso cambiar el fundamento mismo del derecho. Y por fundamento entendemos los principios en los que se sustenta, es decir, los derechos y obligaciones en los que se apoya y de los que se deducen todos los demás.

El fundamento del derecho en el principio de la libertad responde a una concepción de sistema normativo destinado a regular las relaciones entre individuos y Estado, y sólo en forma indirecta las relaciones entre individuos entre sí. En el marco de las relaciones entre individuo y Estado reviste fundamental importancia garantizar la libertad de la parte más débil de la relación, es decir, el individuo.

Si cambiamos nuestra concepción de la función del sistema normativo, si consideramos que no está destinado en primer lugar a regular las relaciones entre individuos y Estado sino entre individuos entre sí, y sólo en segundo término y en la medida en que el Estado representa la organización política de la comunidad de individuos, las relaciones entre individuos y Estado, pierde su lugar prioritario la libertad como fundamento.

Al poner de relieve la dimensión intersubjetiva del sistema normativo, la responsabilidad ocupa el lugar prioritario.

Para Kant, cuya filosofía se basa en el concepto de libertad como premisa fundamental, la responsabilidad jurídica constituye la situación objetiva del sujeto de derecho. La responsabilidad jurídica permite comprender el vínculo ineludible entre una situación objetiva y un sujeto. Aclara que la situación objetiva es una situación de intersubjetividad. Sin intersubjetividad no habría sujeto de derecho, porque el derecho nace de la relación entre los sujetos. La responsabilidad pierde sentido fuera de la coexistencia. Pero la coexistencia no es posible sin responsabilidad⁹.

“Avant le couple liberté-non liberté s’instaure une vocation allant au delà du dessein limité et égoïste de celui qui n’est que pour soi et se lave les mains du malheur

9. Kant, E., *op. cit.* Introduction à la doctrine du droit.

et des fautes qui ne commencent pas dans son présent”¹⁰. Esta vocación de “ir más allá”, como dice Levinas, de preocuparnos por sufrimientos que no hemos causado, es la responsabilidad.

Es una responsabilidad desvinculada de toda relación causal con la situación que tenemos ante nosotros.

“Nous ne sommes pas tous coupables, mais nous sommes tous responsables”¹¹.

Una breve reseña de la etimología de la palabra indica que “responsum” derivaba de “responder”, que a su vez nos remitía a “sponsio”. Esta institución ocupaba un lugar clave en el derecho romano arcaico. El “sponsor” era el deudor, el que en el diálogo de la estipulación, mediante una respuesta afirmativa a la pregunta, se comprometía a determinada prestación. El “responsor” era la caución. En un segundo intercambio de palabras se obligaba a “responder” por la deuda principal de otro. Es decir, que la palabra “responder” suponía garantizar el curso de los acontecimientos futuros. En términos concretos, se “responde” a una exigencia. En el origen de esta palabra “responder” o de la expresión “ser responsable” no se encuentra en ningún momento la idea de falta (que aparece mucho más adelante)¹².

En cambio, siempre está presente la idea de diálogo, de comunicación, de respuesta, en el sentido más estricto. Se responde a otro. Se da una respuesta a alguien que no es uno mismo. De mi “ semejanza ” al otro nace una exigencia que no puedo ignorar.

Ser responsable significa ser capaz de dar una respuesta. Incumbe al derecho convertir esa capacidad en obligación, transformar ese poder en deber. El derecho debe garantizar la continuidad de la respuesta. No dejarla librada al arbitrio en un futuro incierto.

En la “estipulatio” responder significaba cierto deseo de controlar el futuro. Prever en cierto modo los acontecimientos. No dejar que el tiempo se apoderara de nosotros. Pero, “l’avenir c’est l’autre. La relation avec l’avenir c’est la relation même avec l’autre”¹³. En ese sentido, es preciso que el derecho regule la relación con el otro en términos de responsabilidad. Para garantizar la respuesta, para asegurarle al otro nuestra respuesta.

No hay ninguna garantía de que se responderá a la exigencia nacida de nuestra semejanza con los otros seres humanos.

“Al principio, el rechazo del otro se expresa en una actitud de desconfianza ... Desconfianza que no se traduce inmediatamente en hostilidad, pero que altera el

10. Levinas, E., *Dieu, la mort et le temps*, Ed. Grasset, París, 1993, p. 201.

11. Caloz-Tschopp, M., *op.cit.*, p. 376.

12. Villey, M. “Esquisse historique sur le mot responsable”, en *Archives de philosophie du droit*, N° 45, 1977, p. 464.

13. Levinas, E., *Le temps et l’autre*, Ed. Fata Morgana, 1948.

movimiento natural de la atención y de la simpatía. El otro, para quien desconfía, es a priori sinónimo no de promesa sino de amenaza”¹⁴.

A fin de que el otro no represente una amenaza sino una promesa, para que no sea percibido confusamente como el peligro que viene de afuera, es necesario establecer jurídicamente esa responsabilidad. Rehusar la confianza no significa rehusar un sentimiento, supone rehusar una ayuda. Entre la hostilidad y la solidaridad se encuentra la indiferencia, cual umbral que se debe franquear. Sólo se puede hablar de vida social respetuosa del ser humano si la obligación fundamental no se reduce, como en el caso de la libertad, a una omisión, a un “no hacer en contra de”. No basta no matar, es preciso evitar que el otro muera. Y para ello se requiere una acción positiva, un “hacer a favor de”. Se plantea la necesidad de hacer algo más que reconocer simplemente determinados derechos y garantizar la posibilidad de su ejercicio. Se trata de atender a determinadas necesidades de cuya atención puede depender la vida misma de los seres humanos.

En consecuencia, no podemos seguir hablando de derechos. Debemos hablar de obligaciones. No se trata de garantizar o reconocer, sino de dar. No se nos pide que nos abstenamos, sino que procedamos, que hagamos.

Así como consideramos necesario garantizar jurídicamente nuestros contratos, afianzar nuestras relaciones civiles y comerciales en el ámbito jurídico, debemos también reconocer que nuestras relaciones humanas, en el sentido más estricto, nuestra responsabilidad como seres humanos nada más frente a otros seres humanos, que son nada más que seres humanos, merecen la seguridad que sólo el derecho puede darnos.

V. ALGUNOS PRINCIPIOS GENERALES

A diferencia del positivismo kelseniano que centra el concepto del derecho en la norma, y, en otros términos, en la relación jurídica (la persona “es” los derechos y deberes, una unidad conceptual de derechos y deberes), hay ciertas tendencias en la filosofía del derecho que centran dicho concepto en la persona o sujeto de derecho.

El personalismo considera por supuesto a la persona en su relación con las demás, es decir, en comunidad, pero ésta es una comunidad de personas. Existe una jerarquía: la persona es la unidad constitutiva de la comunidad y, al mismo tiempo, el fin de la misma, su razón de ser.

La historia del personalismo es la historia del esfuerzo por humanizar la humanidad¹⁵. Es decir, por dar una dimensión humana a las obras humanas. En términos jurídicos, la persona es a la vez el sujeto de derecho y la finalidad del derecho.

Es también en ese sentido que S. Cotta formula como un principio general del derecho el “principio antropontológico”.

14. Mounier, E., *Traité du caractère, antologie*, Seuil, Paris, 1974, p. 221.

15. Mounier, E., *Le personalisme*, Ed. PUF, Paris, 1992, p. 7.

Lo explica en los siguientes términos: el hombre es “constitutivo del senso dei fenomeni componenti l’esperienza giuridica”¹⁶. Es decir, el derecho encuentra su sentido en el hombre.

El corolario prescriptivo de este principio es el siguiente: “se debe respetar al hombre por lo que es”. Y de este corolario pueden deducirse a su vez varios principios, que configuran un verdadero sistema normativo. La atención se desplazaría, en este sistema, de la sociedad histórica, ámbito concreto del ordenamiento jurídico, hacia el hombre, el sujeto de derecho, la persona humana.

En cierto modo, es una marcha de lo general, la comunidad estatal, hacia lo particular, el sujeto persona, pero esta marcha nos permite dar un salto hacia lo universal. El concepto de persona no reconoce ninguna frontera, ningún límite, ninguna condición.

Otro principio formulado por S. Cotta, y que expresa esta idea, es el “principio de igualdad”. Este principio prescribe la exclusión de todas las discriminaciones posibles con respecto al “ser del ser humano”¹⁷.

Siempre reafirmando el valor supremo de la persona humana en el contexto del sistema jurídico cabe también enunciar el “principio de personalidad”. En virtud de este principio cada individuo tiene derecho al reconocimiento de su cualidad ontológica de hombre, es decir, de sujeto y no de objeto de la relación¹⁸. Pero para que este principio sea verdaderamente respetado es indispensable excluir cualquier posible excepción. No tolera excepciones. Si se admitiera alguna excepción, se admitiría una reducción del ser humano a cosa y se desconocería la paridad entre los seres humanos.

Y este principio permite deducir lógicamente otro, el “principio de la paridad ontológica”, que significa en las palabras de S. Cotta lo siguiente: “la relazionalità empirica poggia sulla parità ontologica delle persone, per cui nessun uomo può denegare dignità e valore all’altro senza denegarli se stesso”¹⁹.

Todos estos principios tenderían a configurar el “Lebenswelt” jurídico, es decir, el mundo jurídico vital, la vida en su forma jurídica, porque sería un derecho fundamentalmente, esencialmente orientado a la vida, por encima de cualquier otra consideración.

Este respeto del hombre por lo que es se expresa en forma activa en las palabras de San Agustín “Volo ut sis”. Este “quiero que seas” expresa también mi compromiso de hacer todo lo posible para que el otro sea.

16. Cotta, S., *I principi generali del diritto - considerazioni filosofiche*, Roma, 1992, p. 39.

17. Cotta, S., *ibidem*, p. 43.

18. Cotta, S., *Il diritto nella esistenza*, Ed. Giuffrè, Milano, 1985, p. 139.

19. Cotta, S., Persona (filosofía del derecho), *Enciclopedia del diritto*, XXIII volume, Ed. Giuffrè, Milano, 1983, p. 168.

VI. EL SER 'QUALUNQUE'

Todos estos principios y los corolarios que de ellos pueden deducirse configuran la estructura de la "Rechtszustand", la condición del derecho, en la que se configura una identidad en la que todos valen, y cada uno vale, en tanto persona²⁰. Esta atribución indiferenciada de valor impone un límite a la razón y a la voluntad del ente político estatal.

G. Agamben dice que en la enumeración escolástica de los trascendentales, 'quodlibet ens est unum, verum, bonum seu perfectum', cualquier ente es uno, verdadero, bueno o perfecto, el término que condiciona el significado de cada uno de los demás es el adjetivo "quodlibet". Su traducción corriente le asigna el significado de "el ser, sin que importe cuál sea". Sin embargo, dice lo contrario del latín, porque "quodlibet ens" no es el ser que no nos importa, cualquiera sea, sino el ser "tal" que de todos modos, en cualquier caso, nos importa. Viene así a la luz el "ser tal", que siempre queda oculto por las condiciones de pertenencia. Este ser no toma su individualidad de una propiedad determinada (raza, nacionalidad, etc.) ni de la indiferencia con respecto a una propiedad determinada, sino solamente de su "ser tal cual es". Vale la pena citar las palabras de G. Agamben: "Il quale non ha altra esistenza che "il tale", e il tale non ha altra essenza che "il quale". Essi si contraggono l'uno sull'altro, si spongono a vicenda, e ciò che esiste e "l'esser tale", una tal-qualità assoluta, che non rimanda ad alcun presupposto"²¹.

Sin embargo, un ser privado de cualquier identidad representable no tiene actualmente para el Estado importancia alguna (sólo para su expulsión). El dogma del carácter sagrado de la vida humana debe ser interpretado literalmente. La vida humana sin ningún atributo, es decir, elemento de pertenencia o identidad atribuido por el Estado, es "sacra" en el mismo sentido que este término (sacer) tenía en el derecho romano: sacer era aquél que había sido excluido del mundo de los hombres y al que, si bien no se le podía sacrificar, se le podía matar sin que su muerte se considerase homicidio.

VII. CONCLUSION

Es posible establecer un vínculo entre los principios generales del derecho que hemos formulado y estas reflexiones sobre el ser tal sin ningún atributo, ningún presupuesto. Ambos traducen la voluntad de valorizar al ente desvalorizado en el contexto del Estado. Si bien en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se enuncia el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6), en tanto ese reconocimiento deba tener lugar en el marco de un orden jurídico estatal, su efectividad quedará librada a este orden.

Parecería que, en última instancia, la aplicación efectiva de los derechos enunciados en toda la Declaración estuviesen subordinados a la existencia de uno solo de ellos, el enunciado en el artículo 15: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad". Porque en última instancia dependerá de su condición de nacional de determinado Estado el goce efectivo de los derechos reconocidos.

20. Hegel, G.W.F., *Phänomenologie de l'esprit*, Ed. Aubier, París, 1991, p. 325.

21. Agamben, G., *La comunità che viene*, Ed. Einaudi, Torino, 1990, pp. 3 y 4.

Por ello el concepto del refugiado es tan importante para la teoría general del derecho. Nos obliga a franquear los límites del ordenamiento jurídico estatal, tras haber constatado su insuficiencia. Pero aún más importante es que nos pone frente al ser humano en su más desnuda humanidad.

Sin embargo, no se trata de consideraciones independientes. Al contrario, descubrimos precisamente la insuficiencia del orden jurídico estatal porque hemos descubierto que en él no hay lugar para el ser humano sin más, y frente a éste no basta el reconocimiento de derechos, es indispensable asegurar la posibilidad de ejercicio efectivo de esos derechos.

La transición del derecho como deber al derecho como libertad, a fines del siglo XVIII, dio lugar a una nueva forma de disciplina. En el régimen anterior, el individuo disciplinado era aquél que se conformaba al conjunto de normas que regían en forma exhaustiva sus actos. En el régimen del nuevo derecho, el individuo disciplinado debía saber determinar libremente sus actos, respetando al mismo tiempo la libertad de los demás. La disciplina colectiva, basada en la obediencia ciega, ha cedido su lugar a una disciplina individual, basada en el libre albedrío²².

Tal vez haya que encontrar un equilibrio, una forma positiva de vincular la libertad de uno a la libertad del otro, reconociendo que no es suficiente un respeto pasivo, porque se requiere una responsabilidad activa.

El refugiado es una figura crítica, en el sentido de que pone en crisis los enunciados normativos, descubre su vacuidad. No se pueden reconocer jurídicamente derechos que no pueden ser ejercidos si no se establecen obligaciones que hagan posible ese ejercicio. No es suficiente el establecimiento de obligaciones estrictamente correspondientes, es decir, la obligación de no obstaculizar el ejercicio del derecho. Es necesario establecer una serie de obligaciones cuyo cumplimiento creará las condiciones para que el ejercicio del derecho sea posible.

La formulación de los principios que reconocen el valor de la persona humana representan un intento de establecer ciertos criterios para determinar la "juridicidad" de un orden "jurídico" estatal, dado que si bien son meta-ordenamientos, no son meta-jurídicos.

Es posible que se les atribuya el mismo valor que a las Declaraciones formuladas en el marco internacional, pero se trataría de ir configurando un sistema de normas fundadas en el respeto a la persona humana, que fuera poco a poco poniendo en tela de juicio la validez jurídica, es decir, la juridicidad misma, de los ordenamientos que no las respetaran. Este criterio de "juridicidad" reflejaría una definición del derecho basada en el reconocimiento de su carácter de instrumento destinado a asegurar una coexistencia respetuosa del ser humano.

No se trataría de descubrir un derecho natural abstracto e ideal, sino de procurar la "naturalidad" del derecho positivo. Es decir, de un "diritto positivo che risulta naturale"²³, porque se habría formulado en plena conformidad con la naturaleza específica del ser humano.

22. Winiger, B., "Disciplines et droit: du devoir à la liberté", *Equinoxe* N° 11, Genève, 1994, pp. 50 a 59.

23. Cotta, S., *I principi generali del diritto*, op. cit., p. 46.

Ahora bien, está en nosotros no engañarnos en una búsqueda de esta naturaleza. "L'homme de la philosophie, si faible, si effacé par l'Être et ses avatars, n'a pu entrer sur la scène de la pensée que masqué et falsifié: l'homme-daimon, l'homme-créature, l'homme-individu, l'homme-sujet, l'homme-surhomme, l'homme-Dasein, etc".

Desplazado, olvidado en tantas aventuras que no le conciernen realmente ha debido ceder su lugar a los "antropoides filosóficos"²⁴. Y uno de ellos es nuestro "sujeto de derecho". Al ser humano no debemos buscarlo, lo tenemos frente a los ojos.

Tal vez haya que desandar el camino recorrido —la tendencia regresiva de la que hablamos al principio de este trabajo— desde el sujeto, la persona, el individuo, el ciudadano, el extranjero, llegar al hombre, mejor dicho, volver al hombre.

Cabe preguntarse con Carbonnier²⁵ si acaso el hombre se puede definir. Y respondernos, con él, que no lo sabemos, pero ahí está, es un cuerpo, una realidad visible, tangible, audible, dotado de inteligencia y de voluntad ... "Homme résume tout".



De izda. a dcha.: D. Szabo, D. Beltrán, M^a J. Conde y C. Furtado.

24. Laruelle, F., *Théorie des étrangers*, Ed. Kime, París, 1995, p. 22.

25. Carbonnier, J., *Flexible droit*, Ed. I.GDJ, París, 1992, p. 190.