



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 10 - 1996.

• T. Fernández de la Vega. La población desplazada	11
• A. Giménez Pericás. Deberes y derechos de las víctimas	23
• L. Lledot Leira. La libertad condicional	45
• A. Messuti. Obligaciones humanas	57

JORNADA INTERNACIONAL: “Actualización de la Psiquiatría legal: el ingreso involuntario ...”

• I. Azkuna. El consentimiento informado	71
• Mª J. Conde. Protección de los derechos humanos	75
• R. Eiselé, B. Busino y J. Guimón. Les hospitalisations psychiatriques à Genève: le cas des entrées non volontaires	79
• J. García-Campayo y C. Sanz Carrillo. Transmisión de los conocimientos psiquiátricos a los nuevos jurados	99
• A. Iruin. Normativa administrativa y conflictividad	113
• E. López, J. Medrano, L. Osa, E. Aristegui y M. Silva. Evolución de los ingresos involuntarios en una UPHG	123
• G. Portero. Valoración médico forense de la enfermedad mental	135
• J. Mª Unanue. Intervención frente a la emergencia	149
• I. de Miguel. La Psiquiatría como instrumento de apoyo	165

CURSO DE VERANO: “Menores infractores en el tercer milenio desde la Criminología y la Victimología”

• L.M. Bandrés Unanue. Actuaciones de la Diputación Foral	171
• A. Beristain. Menores infractores-víctimas ante las N.U.	177
• E. Giménez-Salinas. La mediación en la justicia juvenil	193
• J. Urrea Portillo. Ética, razón y empatía	213
Dureza emocional prematura	229
Niños y jóvenes víctimas de agresión sexual	237
• I. Germán y A. Rodríguez. Los valores en la actualidad	255
III Promoción de Master y IX de Criminólogos	263
Nombramiento de Miembro de Honor a Eduardo Chillida	269
Memoria del IVAC-KREI	271
• Índices de Eguzkilore: año 1976 y años 1987-1996	331

OBLIGACIONES HUMANAS. APUNTES PARA LA FORMULACIÓN DE UNA IDEA

Ana MESSUTI

*Ex-Profesora de la Universidad
de Buenos Aires*

Resumen: Es necesario realizar una reflexión sobre la naturaleza del ser humano, sobre la responsabilidad del hombre frente a sus semejantes, entendiendo que el hombre, como sujeto de derecho, se construye en base a las obligaciones que estamos dispuestos a asumir. Pero hay que tener en cuenta que el concepto de obligación prevalece sobre el concepto de derecho. El problema reside en traducir en términos jurídicos la obligación, que no plantea problemas en términos morales.

Laburpena: Giza-izaerari buruzko eta beste gizakien aurrean gizakiaren erantzukizunari buruzko gogoeta bat egitea behar beharrezkoa da; kontutan hartuz gizakiak –zuzenbide subjektu bezala– berak onartzeko prest dagoen betebeharretan oinarrituz bere burua eraikitzen duela. Baina, betebeharrak kontzeptuak eskubidearen gainean nagusitzen duela aintzat hartu behar da. Betebeharra hitz juridikoetan itzulean datza arazoa, kontutan hartuz betebeharrak ez duela arazorik planteatzen hitz moraletan.

Résumé: Il est nécessaire de mener une réflexion sur la nature humaine, sur la responsabilité de l'homme face aux autres, en comprenant que l'homme, comme sujet de droit, est construit sur la base des obligations qu'on est prêt à assumer. Mais il faut tenir compte du concept d'obligation qui prévaut sur le concept de droit. Le problème réside en traduire en termes juridiques l'obligation, qui ne pose pas des problèmes en termes éthiques.

Summary: A reflection about human nature, about human responsibility towards each others is needed, understanding that man, as a subject of rights, is built on the basis of obligations we are willing to assume. But we must take into consideration that obligation concept prevail over the Law concept. The problem is to translate obligation into juridical terms, not into moral terms.

Palabras clave: Naturaleza Humana, Responsabilidad, Concepto de Obligación, Concepto de Derecho.

Hitzik garrantzizkoenak: Giza-izaera, Erantzukizun, Betebeharrak kontzeptua, Eskubide kontzeptua.

Mots clef: Nature Humaine, Responsabilité, Concept d'Obligation, Concept de Droit.

Key words: Human Nature, Responsibility, Obligation Concept, Law Concept.

I

La separación propugnada por el positivismo entre el derecho y los valores metajurídicos, entre el derecho y la moral, su deseo de purificar aquél de todo elemento extraño, o considerado extraño, a la estructura puramente formal de la norma jurídica, ha impuesto límites empobrecedores al estudio del derecho.

Me refiero concretamente al estudio del derecho, porque al derecho, que es el objeto de estudio, no le han impuesto límites. Aun sin entrar a analizar su contenido, continúa teniendo determinada estructura, determinada forma, que obedece evidentemente a características comunes de los sujetos a los que está dirigido. Estas características comunes determinan en cierto modo la forma en que se enuncia la norma, pero también su contenido. Hart señala que hay normas que son tan fundamentales que si un sistema jurídico no las tuviera, carecería de sentido el hecho mismo de tener normas. El contenido de esas normas reflejaría ciertos principios morales básicos que prohíben el homicidio, la violencia; en pocas palabras, que responden a una finalidad común, que es la supervivencia en proximidad de nuestros semejantes¹. A esta finalidad Hart la denomina "humble aim", y a ese contenido "humble minimum". Parecería que se estuviese refiriendo a una supervivencia meramente física, a la preservación de la vida social a un nivel muy mínimo (tal vez el calificativo de "humilde" confirme esta interpretación), pues desea evitar el conflicto latente en la diversidad de valores y fines de las distintas culturas y formaciones sociales, sin embargo, la naturaleza del ser humano nos permite ir un poco más allá de las características meramente físicas. La naturaleza del ser humano no se limita a una naturaleza física; es mucho más compleja, rica, exigente, pero también más frágil y vulnerable que la del animal. Esta concepción de la naturaleza del ser humano nos la recuerda S. Cotta recordando a su vez las palabras de Hegel en el sentido de que la expresión naturaleza tiene un significado ambiguo, pues en el hombre denota su espiritualidad, su racionalidad, además de su naturaleza propiamente dicha². Esa segunda naturaleza del hombre, su naturaleza espiritual-racional, se expresa en las instituciones sociales, en las normas morales, jurídicas. En todas las formas sociales de la existencia racional-real, desde la familia hasta la sociedad civil y la comunidad política.

Todo ello no expresa algo artificial, ajeno al ser del ser humano. Todo ello, al contrario, es lo propio del ser del ser humano, es la configuración misma de su humanidad. Los hombres son seres en relación, no sólo en términos meramente fácticos o contingentes, sino absolutamente fundamentales, pues la existencia es siempre una coexistencia. De ello se deduce la conciencia de la esencialidad que tiene para cada individuo mantener la relación coexistencial. Finnis, citando a Santo Tomás, dice que las formas básicas del bien y del mal, que pueden ser aprendidas por cualquier ser humano capaz de razonar, son *per se nota*, es decir autoevidentes, e indemostrables. No pueden inferirse de principios especulativos. Pero tampoco pueden inferirse de los hechos. No se derivan ni infieren de nada. Al discernir cuál

1. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Nueva York, 1993, p. 80.

2. S. Cotta, *Diritto Persona Mondo Umano*, G. Ciappichelli Editore, Turin, pp. 190-191.

es el bien que se debe obtener (*prosequendum*), la inteligencia procede en forma diferente de la forma en que procede cuando discierne "what is the case" (desde un punto de vista histórico, científico o metafísico)³. Para Finnis una de las formas básicas del bien es el razonamiento práctico, que configura nuestra participación en los otros bienes, guía nuestros compromisos, la elección de nuestros proyectos, y nuestra modalidad de acción en general.

II

Evidentemente es este tipo de razonamiento el que permite considerar como un bien la existencia de nuestro semejante. En la *Ética Nicomaquea*, en la parte dedicada a la amistad, partiendo de la premisa de que la vida pertenece a las cosas buenas y agradables, lo cual se comprueba por el hecho de que todos la desean, y de la premisa de que el hombre virtuoso observa la misma disposición consigo mismo que con su amigo, "puesto que su amigo es otro él", se deduce que así como se tiende a conservar la propia existencia se debe tender a conservar la existencia del amigo⁴.

Una interpretación lata de la palabra amigo, es decir, una interpretación que nos permita extenderla más allá de un vínculo estrecho entre dos personas, "de la donación efusiva desinteresada y gratuita de la propia intimidad"⁵, nos permitiría aplicar ese razonamiento a personas con las que no mantenemos una relación íntima, ni siquiera cercana, pero con las que compartimos ciertos espacios y tiempos comunes. Precisamente en el mismo párrafo de la *Ética Nicomaquea*, al referirse a la conciencia de la existencia del amigo, en un sentido positivo, se dice que esa conciencia "se producirá en la convivencia y comunicación de palabras y pensamientos. He ahí, a lo que parece, cómo debe definirse la convivencia entre los hombres, y no, como en el ganado, por el hecho de triscar en el mismo pasto". Pero también en el otro capítulo dedicado a la amistad, se dice que la amistad y la justicia se refieren a las mismas cosas y radican en los mismos sujetos. "En toda asociación parece haber cierta justicia, y también cierta amistad; y así notamos darse nombre de amigos los que juntos navegan y los que juntos combaten, así como los asociados en cualquier otra especie de compañía. En la medida en que están asociados, en esa misma existe la amistad, y también la justicia"⁶. Recordando esta concepción, S. Cotta señala: "quello che la amicizia rappresenta sul piano dei rapporti interpersonali, è rappresentato dalla politica sul piano dei rapporti associativi"⁷.

3. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1993, p. 34.

4. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1954, IX (I), 9, 11709-b.

5. P. Laín Entralgo, *Teoría y relatividad del otro*, citado por A. Beristain en *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 145.

6. *Ibidem*, VIII (9) 1159 b-1160 a.

7. S. Cotta, *Il Diritto nell'esistenza*, Giuffrè Editore, Milán, 1985, p. 74.

III

El reconocimiento del valor de la existencia del amigo como un bien es el fundamento de mi preocupación por ella. Precisamente para Jonas el punto de partida del sentimiento de responsabilidad no es la idea de responsabilidad general, sino el reconocimiento de la bondad intrínseca del objeto de nuestra responsabilidad. En el caso de las relaciones intersubjetivas, es el reconocimiento del valor intrínseco de ese sujeto que es el objeto de la responsabilidad. En primer lugar, entonces, debe admitirse el deber ser del sujeto destinatario de la responsabilidad; en segundo lugar, el deber hacer del sujeto responsable⁸.

La responsabilidad es esencialmente un vínculo entre personas. El arquetipo de toda responsabilidad es la del hombre frente al hombre. El sujeto al que debe referirse la reflexión ética es el sujeto responsable, no el individuo aislado. Con estas palabras Bonhoeffer da por supuesto que la característica definitoria del sujeto responsable es la vida en relación con sus semejantes. Dice que no importa cuán amplia sea la responsabilidad, es decir, si se extiende a otra persona, a una comunidad, a grandes grupos. Nadie puede huir de la responsabilidad que le corresponde. Incluso el individuo aislado vive vicariamente porque vive su vida en representación de cada hombre, de la entera humanidad. La idea de ser responsable de uno mismo sólo tiene sentido si se la refiere a la responsabilidad que se tiene frente a uno mismo en cuanto ser humano, por el hecho de ser hombre. La responsabilidad frente a uno mismo en realidad es una responsabilidad frente al hombre, frente a la humanidad⁹.

La señal distintiva del hombre, el hecho de que sólo él pueda ser responsable, significa al mismo tiempo que debe ser responsable frente a quienes son semejantes a él y, como tales, sujetos potenciales de responsabilidad. En ese sentido Bonhoeffer dice que otro aspecto de la acción responsable (a la que inscribe en un discurso profundamente cristiano) reside en la necesidad de tener en cuenta la responsabilidad de los demás hombres. La acción responsable se distingue de la prepotencia precisamente porque ve en el otro hombre un ser responsable, aún más, porque lo hace consciente de su responsabilidad. Dice que la responsabilidad del padre o del hombre de gobierno está limitada por la del hijo o por la del ciudadano. De ello deduce que no puede existir una responsabilidad absoluta, que no encuentre límites precisos en la responsabilidad de los demás¹⁰.

Conforme a este enfoque, el ser responsable es una característica constitutiva del hombre, como lo es la palabra. Si ello se acepta, la responsabilidad debe incorporarse a la definición del ser humano. Ser responsable, no importa por quién, no importa en qué medida, no importa cuándo, forma parte del ser del hombre. Jonas deduce del hecho de que el hombre pueda ser responsable el deber que tiene el hombre de ser responsable¹¹. También deduce del hecho óntico bruto de

8. H. Jonas, *Le Principe Responsabilité*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1995, pp. 140-141.

9. D. Bonhoeffer, *Ética*, Bompiani, 1992, pp. 189 y ss.

10. *Ibidem*, p. 197.

11. H. Jonas, *op. cit.*, pp. 140-141.

la existencia el mandamiento ontológico de la continuación de la existencia. Afirma que la existencia del hombre siempre tiene la prioridad. Por lo tanto mantener abierta la posibilidad de la existencia es el primer contenido de la responsabilidad¹². Creo, sin embargo, que no puede deducirse sin más de la misma existencia, violando la prohibición del salto del ser al deber ser, el imperativo de continuar la existencia. Prueba de ello es que se hace una referencia a la prioridad de la existencia, por lo tanto, a la asignación de un valor a la existencia. Porque le asignamos ese valor, no porque existimos meramente, debemos mantener abierta la posibilidad de la existencia.

IV

El derecho hace posible la continuidad de la relación. Crea un ambiente en el que la coexistencia es posible. Hegel se refiere al estatuto jurídico, o situación jurídica (*der rechtzustand*)¹³. También Kant hacía referencia a una situación o estatuto jurídico. Es interesante observar que al hablar del Estado, donde el hombre ha sacrificado una parte de su libertad exterior a la consecución de un fin, dice que el hombre se encuentra en una situación de dependencia legal, en un estatuto jurídico, por consiguiente en una situación jurídica total, pues esta dependencia procede de su propia voluntad legisladora¹⁴. El estatuto jurídico es esa relación de los hombres entre sí, que contiene las condiciones bajo las cuales cada uno puede gozar de sus derechos¹⁵.

No obstante, no son los derechos el eje de la filosofía del derecho de Kant, sino el concepto de deber, y en términos más amplios, el concepto de responsabilidad. Esta constituye la situación objetiva del sujeto de derecho. La responsabilidad permite observar el vínculo ineludible entre lo objetivo y lo subjetivo, entre una situación objetiva, como la responsabilidad, y un sujeto.

La imagen del hombre, y la imagen de éste como sujeto de derecho, no se construye sobre la base de los derechos que estamos dispuestos a reconocerle sino sobre la base de las obligaciones que estamos dispuestos a asumir frente a él, y, en cuanto lo reconocemos como nuestro semejante, sobre la base de las obligaciones de las que lo haremos titular.

V

El concepto de obligación prevalece sobre el concepto de derecho. Es el concepto de obligación y no el derecho el que conforma la imagen del sujeto de derecho acorde con el sujeto de la ley moral. Un derecho nunca es eficaz por sí solo. Es

12. *Ibidem*, pp. 141-142.

13. Hegel, *Phénoménologie de l'Esprit*, Aubier, 1991, p. 325.

14. Kant, *Méthaphysique des Moeurs - Doctrine du Droit*, Librairie Philosophique J. Urin, Paris, 1988, p. 198.

15. *Ibidem*, p. 187.

preciso que exista una obligación que le corresponda. Simone Weil describe muy categóricamente la situación: el hombre tiene solamente deberes, entre los cuales se encuentran algunos que tiene frente a sí mismo. Desde su punto de vista, los demás tienen derechos frente a él. Pero cuando él se considera desde el punto de vista de los demás, también tiene derechos¹⁶.

En el mismo sentido, es interesante recordar a V. Jankélévitch: “todo es deber para mí”, y, por consiguiente, tus derechos son percibidos, vividos por mí, como mis deberes primeros, los más urgentes, los más imperativos. Los derechos del otro son para mí otros tantos deberes que debo asumir y preservar celosamente, “comme on veille sur un trésor infiniment précieux”. Pero, aclara, ello no significa que sea verdad la situación inversa, es decir, que los deberes de uno correspondan simétricamente a los derechos del otro¹⁷.

Se trata, por supuesto, de un discurso moral y no jurídico. Sin embargo versa sobre un aspecto fundamental del discurso jurídico: la relación entre derecho y deber. En el campo jurídico esta relación se ha considerado generalmente simétrica, o privilegiando al derecho frente al deber.

Al comienzo, señala Carbonnier, era el derecho objetivo del que derivaba toda una serie de derechos subjetivos. Pero se ha verificado una transformación; el derecho objetivo se fragmentará en una red de derechos subjetivos. Esta tendencia hacia la subjetivación del derecho responde, en el ámbito de las ciencias humanas, al lugar conquistado por la psicología en detrimento de la sociología, dado que los sociólogos privilegian las instituciones y los psicólogos al individuo, y, en el ámbito ideológico, a la exaltación permanente de los derechos humanos, acompañada de una cierta postergación de los valores colectivos (el pueblo, la democracia, etc.)¹⁸.

Raz sugiere que una moral basada en derechos es una moral empobrecida. El derecho es el fundamento de un deber. Sin embargo el gobierno tiene ciertos deberes, obligaciones, que no derivan de derechos individuales. Y no sólo el Estado. Por ejemplo, la existencia de bienes colectivos afecta a la vida de muchos individuos. Pero, añade, no puede decirse que exista un derecho individual a un bien colectivo. Da el ejemplo del propietario de una obra de arte. Nadie concretamente tiene el derecho de exigirle que no la destruya. Mejor dicho, de exigirle que se abstenga de ejercer el derecho de destruirla. No obstante, puede existir la obligación, no derivada del derecho de nadie en particular, de preservar una obra que constituye un bien colectivo¹⁹.

A ese respecto, Hegel reconoce que el concepto de unión de deberes y derechos (los esclavos no tienen deberes porque no tienen derechos) contiene la fuerza interna del Estado. En la idea concreta, los momentos de unos y otros se diferencian

16. S. Weil, *L'enracinement*, Gallimard, París, 1949, Cap. I.

17. J. Jankélévitch, *Le Paradoxe de la Morale*, Editions du Seuil, París, 1981, pp. 176 y ss.

18. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, Flammarion, París, 1996, p. 122.

19. J. Raz, “Right-Based Moralities”, en *Theories of Rights*, Oxford University Press, New York, 1995, p. 197.

y adquieren un contenido diverso. En la familia, el hijo no tiene derechos del mismo contenido que los deberes correspondientes del padre. Y lo mismo se aplica a los ciudadanos frente a su gobierno. Sin embargo, admite, el individuo en el cumplimiento de sus deberes tiene que encontrar la satisfacción de su propio interés, satisfacción por la cual la cosa universal se convierte en cosa particular suya propia. El interés particular no debe ser suprimido sino puesto en armonía con el universal. El individuo, dice Hegel, súbdito en cuanto a sus deberes, encuentra en cuanto ciudadano, en el cumplimiento de esos deberes, la defensa de su persona y de su propiedad, la consideración de su bienestar individual y la satisfacción de su esencia sustancial, la conciencia y el sentimiento de sí, de ser miembro de la comunidad. Es en el cumplimiento mismo de sus deberes donde encuentra su conservación y su existencia²⁰.

VI

Tal vez sea en este sentido en el que podamos hablar de un estatuto jurídico o de una situación jurídica: un ambiente que induce al mantenimiento de las promesas, al cumplimiento de los compromisos, a la coexistencia armoniosa. Sin que esté permanentemente presente la amenaza de la sanción. A propósito de ésta Hegel considera que se dirige hacia la “no libertad”, pues el hombre amenazado es considerado no según su libertad y dignidad “sino como un perro”²¹.

Es una imagen mucho más digna del hombre la que no lo induce a actuar o a abstenerse de actuar a través de amenazas, sino mediante su inserción en una comunidad de seres responsables.

Carbonnier se pregunta cuál es la fuerza que determina a un hombre a mantener sus promesas. Y responde afirmando que el sujeto de derecho cuenta con la reciprocidad. No es necesaria una reciprocidad rigurosa, sino el convencimiento de los vínculos generalizados que se van a crear con el gesto, porque otros lo repetirán, no necesariamente frente a él, sino frente a otros, y así sucesivamente. De esta reciprocidad virtual nacerá una seguridad general. Cita a George Herbert Mead y su teoría del “otro generalizado”; el fundamento de la vida social reside en la capacidad que tiene cada uno de nosotros de ponerse en el lugar del otro, la capacidad de imaginarse que la conducta que uno va a adoptar será reproducida, “reproduced”, ulteriormente por los demás²².

Volviendo a V. Jankélévitch, coincide con esta misma percepción de un ambiente creado, establecido, más que por derechos por obligaciones, deberes. “Nous disions: je n'ai que des devoirs. Mais comme tout le monde, Dieu merci... L'ensemble de ces devoirs d'autrui m'assure une certaine latitude d'agir, deblaye autour de moi une notable liberté de mouvement comme une frange de pouvoir...”

20. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, 1974, p. 247.

21. *Ibidem*, p. 378.

22. J. Carbonnier, *Flexible Droit*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., Paris, 1992, p. 106.

D'une manière ou d'une autre, que je l'aie voulu ou non, l'universalité des devoirs d'autrui envers moi me rendra la vie plus vivable, l'action plus viable, la coexistence plus respirable, le monde plus habitable..."²³.

Raz también reconoce la existencia de un horizonte ético más amplio que el encerrado en la dualidad derecho-deber. Afirma que si se reconoce el valor intrínseco de la vida en sociedad, ese valor aportará el fundamento de las obligaciones de cada miembro de la sociedad frente a los demás²⁴.

VII

No nos ocupamos ahora de la responsabilidad por el daño causado ni de la responsabilidad derivada de determinada posición en el marco de relaciones laborales, familiares, políticas, etc. A este respecto Hart traza una clasificación de los distintos significados del término responsable: la responsabilidad derivada de la posición o función; la responsabilidad causal; la responsabilidad expresada por la palabra inglesa "liability", que se refiere concretamente a la vinculación entre el sujeto y el castigo o la reparación que le corresponde; y la responsabilidad en el sentido de que el sujeto reúne determinadas condiciones que permiten imputarle sus actos u omisiones²⁵.

La historia de esta palabra revela que en un comienzo se la utilizaba sin que reflejase la idea de una falta cometida, por la que se debiese responder²⁶.

En realidad el sentido que deseamos atribuirle aquí es el de "hacerse cargo". En un marco amplio, el sentido de asumir las obligaciones que corresponden a un ser humano frente a sus semejantes; en una acepción más concreta, el de hacerse cargo del otro, del *alter ego* de la relación jurídica.

El contenido de la obligación derivada de esa responsabilidad, que en realidad podemos calificar de situación de responsabilidad, reflejaría la sensibilidad del ser humano frente al ser humano. Y el fundamento de esa obligación sería la consideración de la existencia del otro como un bien, la consideración de la coexistencia armoniosa con el otro como un bien. Frente a un derecho en el que es suficiente abstenerse de causar daño al otro, es decir, formulado en términos de prohibición, un derecho que prohíbe ser causa de daño a otro, postularíamos un derecho que estableciese la obligación de evitar el daño, de mitigar el daño, de responder en alguna forma al sufrimiento del otro.

23. V. Jankélévitch, op. cit., p. 176.

24. J. Raz, op. cit., p. 200. Véase también en la misma obra, el artículo de J. L. Mackie, que expone el enfoque opuesto.

25. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968, pp. 210 y ss.

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

VIII

L. Boltanski nos recuerda la historia del buen samaritano, que describe una respuesta ante el sufrimiento, una reacción ante el espectáculo del sufrimiento. En esta historia se da la conjunción entre la posibilidad de conocer el sufrimiento del otro y la posibilidad de actuar frente a ese sufrimiento²⁷. Precisamente por esta conjunción se da una situación “que propone” un compromiso. Compromiso que puede ser rechazado, pero solamente como indica el ejemplo de los dos primeros viajeros, apartando la mirada del sufrimiento y alejándose rápidamente. Pero ¿cómo se acepta el compromiso? Mediante la acción. Es un compromiso que se traduce en la acción. “Las exigencias morales frente al sufrimiento convergen todas hacia un solo imperativo, el de la acción”²⁸.

En efecto, las palabras de Cristo “ve y haz lo mismo” convierten la historia contada en paradigma de acción, dice P. Ricoeur, y añade, no hay sociología del prójimo, la ciencia del prójimo se encuentra “tout de suite barrée par une praxis du prochain”. No se tiene un prójimo, uno se hace prójimo de algún otro. Los dos viajeros que rechazan el compromiso, que no se hacen cargo del sufrimiento del otro, tienen determinada categoría social, y están tan absorbidos por lo que ésta supone que no están disponibles ante la sorpresa del encuentro con el otro. El samaritano, en cambio, que acepta el compromiso, que se hace cargo, representa la categoría de la no categoría. Su situación le permite estar disponible para el encuentro. La actitud que asume es la relación directa “hombre a hombre”²⁹.

A. Beristain nos recuerda la misma parábola en el contexto de su reflexión sobre la proximidad. “El sacerdote y el levita han visto al hombre menesteroso, herido... Pero, no se acercan a él, ni tan siquiera le encuentran, ni se hacen prójimos. El samaritano le ve y crea la relación de proximidad, de atender al necesitado, al menesteroso, entenderle y tener atenciones con él... El prójimo cobra así valor absoluto, liberado de estigmas, de circunstancias y relaciones sociales”³⁰.

S. Cotta se refiere a esta parábola en el contexto del deber de asistencia a personas en peligro. Afirma que se puede justificar la exigencia de dicha asistencia por la necesidad funcional de dicho comportamiento para el ser y el permanecer de una esfera específica de la coexistencia humana³¹.

El problema reside en traducir en términos jurídicos la obligación que no plantea problemas en términos morales. Pero si inscribimos la relación coexistencial jurídica en el marco de la situación de responsabilidad, del estatuto de responsabilidad al que nos hemos referido, la obligación de dar una respuesta al

27. L. Boltanski, *La souffrance à distance*, Métailié, Paris, 1993, p. 22.

28. *Ibidem*, p. 9.

29. P. Ricoeur, *Histoire et vérité*, Édit. du Seuil, Paris, 1955, p. 100.

30. A. Beristain, *op. cit.*, p. 147.

31. S. Cotta, *Diritto Persona Mondo Umano*, G. Ciapichelli Editore, Torino, p. 249.

sufrimiento del otro, de actuar de manera tal que garanticemos activamente su existencia, tendría también una justificación en el plano jurídico.

IX

Ahora bien, es indudable que el hacer del hombre en el mundo ha cambiado notablemente. Los adelantos de la ciencia y de la técnica han ampliado las posibilidades del hacer. El "homo faber" prevalece sobre el "homo sapiens". La ética tiene que ver con el hacer; por lo tanto, la transformación de la esencia del hacer humano hace necesaria la transformación de la ética. Por lo menos ello ya se reconoce en la extensión del ámbito del hacer. Al extenderse este ámbito debe extenderse también el ámbito de la responsabilidad del autor del hacer. Así lo demuestra todo el discurso con respecto a la responsabilidad frente a las generaciones futuras, frente a la naturaleza, frente a la vida misma del hombre sobre la tierra. Pero este reconocimiento de una evolución paralela entre el progreso científico y la responsabilidad que dicho progreso trae aparejada está orientado casi exclusivamente hacia el futuro. El progreso, el adelanto, traducen una marcha hacia adelante. Una marcha que a menudo es ciega ante las exigencias del presente.

Esta indiferencia ante el presente refleja el error de la antropología en la que se basa, señala Jonas, un error de concepción de la esencia del hombre. La presencia de éste, a diferencia de la de la larva, que solamente debe convertirse en mariposa, es valiosa en todo momento³².

No obstante, se percibe ahora una sensibilidad más aguda en general frente al ser humano, una búsqueda por asegurar su existencia en el futuro, por evitar el dolor (en algunas ocasiones en el presente mismo). Tal vez se intente reflejar en las diversas formulaciones de los derechos humanos esa sensibilidad frente al sujeto de derecho en su calidad humana. La misma insistencia en estas formulaciones nos hace pensar en su posible ineficacia. Por ello considero acertada la definición de Dworkin en el sentido de que los derechos deben entenderse como cartas de triunfo ("trumps") frente a la justificación básica de decisiones políticas que establecen un determinado objetivo para toda la comunidad. Es decir, constituyen una forma de defensa del individuo frente a la consecución de objetivos sociales³³.

X

Parecería que el terreno más propicio para la evolución jurídica fuese el derecho penal. La tendencia hacia la suavización de las penas, ya señalada por Durkheim, observada por Foucault, refleja la "mala conciencia del derecho penal", que, como dice Carbonnier, tiene la singularidad de ser, de desear ser, doloroso³⁴.

32. N. Jonas, op. cit., p. 294.

33. R. Dworkin, "Rights as Trumps", en *Theories of Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 153-168.

34. J. Carbonnier, *Droit et passion du Droit*, Flammarion, Paris, 1996, p. 144.

“Le droit pénal est le plus théâtral de tous les droits, c’est lui qui peut remuer l’opinion, susciter un quatorze juillet... Aussi est-il changeant plus que d’autres; le théâtre appelle les coups de théâtre...”³⁵.

Como una escena teatral describe Foucault la reacción violenta del pueblo ante el horror de los suplicios. En el teatro del suplicio el espectador deja de serlo, abandona su papel pasivo, y asume un papel protagonista. Acepta el compromiso que le propone la situación. Como el buen samaritano, “crea la relación de proximidad”. Decide que el supliciado deje de ser “objeto” de su contemplación para transformarse en destinatario de su acción: lo convierte en su prójimo.

Foucault se pregunta cómo surgió ese horror tan unánime frente a los suplicios, con la subsiguiente insistencia lírica por los castigos que se considerarían humanos. La necesidad de eliminar los suplicios se expresa como un “cri du coeur ou de la nature indignée”. En el peor de los asesinos, hay una cosa al menos que se debe respetar: su “humanidad”. Se pregunta también cómo se han articulado, en una estrategia única, esos dos elementos siempre presentes en la reivindicación de una pena más suave: medida y humanidad. El castigo debe tener la “humanidad” por medida. El hombre que se ha hecho valer contra el patíbulo es un hombre medida, un hombre límite³⁶.

No podemos dejar de notar un paralelismo en el empleo del término “humanos” en dos expresiones distintas: los castigos humanos y los derechos humanos. Ambos denotan un acento especial en la humanidad, como atributo, del destinatario del castigo o del titular de los derechos. En ambos casos se establece un parámetro, un límite. Incluso un límite infranqueable. La medida del castigo está dada por la humanidad del castigado. Su ser como ser humano. En cuanto a los derechos, el término humanos denota su inviolabilidad, la existencia de derechos que es imprescindible respetar. Si se despojara al sujeto de esos derechos se estaría menoscabando también su ser como ser humano. Es decir, hay ciertos derechos que no se pueden desconocer, así como hay ciertos castigos que no se pueden aplicar. En ambos casos el límite es el “hombre límite”. Y se apoya en una idea, “la vaga pero poderosa idea de la dignidad humana”³⁷. Esta idea supone, como dice Dworkin, que hay formas de tratar al hombre que son incompatibles con el reconocimiento de ese mismo hombre como miembro pleno de la comunidad humana.

Sin embargo, considero que la expresión dignidad humana no debe relacionarse sólo con un sujeto pasivo, tal como lo denotan los verbos “tratar” y “reconocer”. Un sujeto que recibe un castigo, un sujeto al que se reconocen derechos, es decir, frente al que hay que comportarse de determinada forma. Un sujeto que reaccionaría sólo en segundo término, como respuesta, si no se le respetaran los derechos que se le han reconocido.

35. *Ibidem*, p. 135.

36. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, París, 1975.

37. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, p. 198.

XI

El sujeto de derecho que se configuraría sobre la base del establecimiento de obligaciones humanas sería un sujeto activo. Un sujeto siempre disponible para asumir el compromiso de hacerse cargo del otro. El sistema jurídico de ese sujeto de derecho le señalaría una conducta, una modalidad de vida.

A este respecto, Carbonnier, en un artículo titulado "Variations sur la loi pédagogue", dice que si la ley ha sido proclamada educadora, significa que se la ha hecho salir de lo jurídico para hacerla penetrar en la moral, y nos recuerda a Platón, en *Las Leyes*, como el inspirador de la pedagogía legislativa³⁸. El reconocimiento de esta función pedagógica aparece claramente cuando se pregunta: "¿y va a ser el legislador el único entre los escritores que no tenga derecho a dar consejos acerca del bien, de lo bello y de lo justo, y a enseñar su naturaleza, o la manera en que deben cultivar estas cosas los hombres que quieran ser felices?"³⁹.

El derecho, en lugar de tener que defenderse de la moral, marcando claramente las fronteras entre uno y otro, se aventuraría en un ámbito más amplio, abriéndose entonces los vasos comunicantes entre valores jurídicos y valores sociales, entre moral y derecho, entre sensibilidad humana y norma jurídica.

XII

Las obligaciones serían humanas en la medida en que respetarían la sensibilidad del ser humano frente al ser humano. Pero además lo serían por la existencia, también aquí, de un parámetro, de un límite infranqueable; un límite, en este caso, más allá del cual no se podría no actuar. Parafraseando lo dicho sobre los derechos, en cuanto a las obligaciones el término humanas denota su exigibilidad, la existencia de obligaciones que es imprescindible cumplir. Si se eximiera al sujeto de esas obligaciones se estaría menoscabando también su ser como ser humano.

Tal vez de la tendencia señalada en el derecho penal, derecho cuya vinculación al sufrimiento y al dolor es directa, y en el que se puede exigir paulatinamente una disminución de ese dolor y ese sufrimiento, dado que son consecuencia de la aplicación de la pena y, por consiguiente, resultado de una voluntad deliberada, y amparada por el derecho, de causarlos, surja una tendencia en el sistema jurídico en general hacia la exigencia de una conducta más activa frente al dolor o la fragilidad del otro.

De un rechazo a ser causa eficiente de sufrimiento puede, ¿por qué no?, llegarse a una voluntad deliberada de evitar el sufrimiento del otro, de hacerse cargo de su indigencia, aunque no seamos causa del uno ni de la otra. De un derecho que se sirve del sufrimiento para inducir determinadas conductas a un derecho que induzca determinadas conductas para evitar o suprimir el sufrimiento. De un derecho que tolera la indiferencia hacia un derecho que despierte una sensibilidad activa y, aun más, exija que se actúe en consecuencia.

38. J. Carbonnier, *Flexible Droit*, L.G.D.J., París, 1992, Deuxième Partie, Cap. V, p. 142.

39. Platón, "Las Leyes, o de la legislación", 858 a/859b, en *Obras Completas*, Aguilar, Madrid, 1969, p. 1435.