

JUSTICIA FEDERAL: BRASIL X VENEZUELA - SOBERANÍA ANTE LA DIGNIDAD HUMANA

Tarcísio Corrêa Monte

Resumen

El objetivo de este trabajo es enfocar en el contexto actual de América Latina los conceptos fundamentales a ser analizados por la Justicia Federal al tratar con la situación de los refugiados venidos de Venezuela y la protección de sus Derechos Fundamentales. Siendo así, se empieza a ver la necesidad de modificación progresiva del concepto de soberanía, pues se refuerza la concepción de que los Derechos Humanos son innatos de la condición humana, que no puede quedarse desamparada bajo un argumento del amparo del derecho de cada país. A continuación, se estudia que la teoría moderna principal es garantizar la dignidad humana, el ser humano como un fin en sí mismo, algo para firmar bases permanentes en la conciencia de la comunidad internacional. Los orígenes del sistema internacional de protección de los refugiados se hallan en el periodo posterior a la Primera Guerra, cuando la coyuntura de desplazamiento internacional de millones de personas llamó la atención de los países. En este contexto, como marco histórico de decisiva importancia para los Derechos de los Refugiados e incluso para los Derechos Humanos, surge entonces el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR en 1950, con la misión de ayudar a millones de personas apátridas y desarraigadas en el globo. A lo largo de los últimos 60 años, el ACNUR ha desarrollado los conceptos de la Convención de 1951, desempeñando su tarea de órgano internacional humanitario. Inmediatamente se constata como el Consejo de Seguridad de la ONU tiene un enorme poder para aplicar sanciones efectivas a países que

Abstract

The aim of this work is to focus, in the current context of Latin America, the fundamental concepts to be analyzed by the Federal Justice in dealing with the situation of refugees from Venezuela and the protection of their Fundamental Rights. Being so, the international community came across the need for progressive modification on the concept of sovereignty, based on the notion that human rights are innate to the human condition, which can not remain helpless under the argument that national laws have a superior rank. Then we study that the main current theory is to guarantee human dignity, the human being as an end in itself, something to sign permanent bases in the consciousness of the international community. The origins of the international system of refugees protection are in the period after the First World War, when the conjuncture of international displacement of millions of people struck countries. In this context, as a historical frame of decisive importance for the Rights of Refugees and even for Human Rights, the United Nations High Commissioner for Refugees arises then - UNHCR in 1950, with the mission to help millions of stateless and uprooted people on the globe. Over the past 60 years, UNHCR has developed the concepts of the 1951 Convention, developing their task as an international humanitarian organ. Then, it is observed as the Security Council of the UN has great power to implement effective sanctions to countries that do not obey international standard rules. As

no obedezcan las normas internacionales. Como el tema de los Derechos Humanos tiene relación también con la protección de la paz y de la seguridad mundial, este órgano y los Estados pueden hacer presión eficaz sobre la opinión pública global y sobre la comunidad internacional, pues el tema de los Derechos Humanos es, desde hace décadas, un factor de tensión sobre el concepto antiguo y clásico de soberanía. A continuación se pasa a un análisis más detenido del tema de la soberanía. Se observa como el concepto inicial de soberanía ha experimentado cambios para adaptarse a los tiempos actuales. Se examina entonces que siempre se ha considerado la soberanía como un concepto creado para la legitimación de los poderes del Estado. Pero este concepto quedó superado en un mundo marcado por una constante interdependencia entre las naciones, causada por la globalización. Al final, se trazan consideraciones sobre el tema de la dignidad humana en lo que se refiere a los refugiados.

Palabras clave: Justicia Federal, Derechos Humanos, Refugiados, Soberanía, Dignidad.

Resumo

O objetivo deste trabalho é enfocar, no contexto atual da América Latina, os conceitos fundamentais a serem analisados pela Justiça Federal ao lidar com a situação dos refugiados vindos da Venezuela e a proteção de seus Direitos Fundamentais. Sendo assim, começa-se a ver a necessidade de alteração progressiva do conceito de soberania, com base na noção de que os direitos humanos são inatos à condição humana, que não pode permanecer desamparada diante do argumento de blindagem do Direito Nacional de cada país. Em seguida, estudamos que a principal teoria moderna é a de garantir a dignidade humana, o ser humano como um fim em si mesmo, algo para assentar bases permanentes na consciência da comunidade internacional. As origens do sistema internacional de proteção dos refugiados estão no período após a Primeira Guerra Mundial, quando se deu a conjuntura de

the issue of human rights is also related to the protection of peace and world security, this Council and the States can make effective pressure on global public opinion and the international community, as the issue of human rights has been for decades a factor of tension on the old and classic concept of sovereignty. It is then passed to a further analysis of the issue of sovereignty. It is noted as the initial concept of sovereignty has undergone changes to adapt to the modern times. It is examined then how always sovereignty was conceived to legitimize the powers of the State. But this concept was overcome in a world marked by constant interdependence among nations, caused by Globalization. In the end, considerations on the subject of human dignity in regard to refugees are drawn.

Keywords: Federal Justice, Human Rights, Refugees, Sovereignty, Dignity.

deslocamento internacional de milhões de pessoas atingidas na Europa. Neste contexto, como um quadro histórico de importância decisiva para os direitos dos refugiados e até mesmo para os Direitos Humanos, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados surge então - ACNUR em 1950, com a missão de ajudar milhões de apátridas no globo. Nos últimos 60 anos, o ACNUR desenvolveu os conceitos da Convenção de 1951, desempenhando sua tarefa de órgão internacional humanitário. Em seguida, observa-se que o Conselho de Segurança da ONU tem um grande poder de implementar respostas eficazes aos países que não obedecem às normas internacionais. Como a questão dos direitos humanos também está relacionada com a proteção da paz e segurança mundiais, este organismo e os Estados podem fazer pressão eficaz sobre a opinião pública mundial e sobre a

comunidade internacional, pois questão dos direitos humanos tem sido durante décadas, um fator de tensão sobre o conceito antigo e clássico de soberania. Em seguida, passa-se a uma análise mais aprofundada da questão da soberania. Nota-se que o conceito inicial da soberania passou por mudanças para se adaptar aos tempos modernos. Em seguida, examina-se como a soberania sempre foi um conceito criado para legitimar poderes

do Estado. Mas este conceito foi superado em um mundo marcado pela interdependência constante entre as nações, causada pela Globalização. No final, são elaboradas considerações sobre o tema da dignidade humana em relação aos refugiados.

Palavras-chave: Justiça Federal, Direitos Humanos, Refugiados, soberania, dignidade.

1 Introducción

El enorme problema de los venezolanos en Brasil supera a los gobiernos, provocando violencia y xenofobia. Grupos de vecinos de Pacaraima (Roraima, Brasil) atacan inmigrantes en la frontera y les fuerzan a volver a Venezuela. El Gobierno brasileño intenta distribuir a los refugiados por varias ciudades.

Roraima, uno de los estados brasileños más carentes, acaba de volver a pedir al STF el cierre temporal de la frontera con Venezuela para bloquear la inmigración. El Estado de la Federación se reconoce impotente y sin respuesta ante la llegada de miles de refugiados venezolanos. Argumentan querer impedir un conflicto mayor entre venezolanos y brasileños". Los problemas de los últimos meses dejan claro que el proceso que viene creciendo desde hace año y medio les ha dejado los dos países en situación de tragedia humanitaria¹.

En este contexto, la Justicia Federal en Brasil ha contribuido para resolver la crisis. Los inmigrantes y los refugiados podrán aclarar las dudas que tengan en los despachos federales.

La Justicia Federal de Río Grande del Sur promovió un conjunto de actos para orientar a inmigrantes y refugiados. La iniciativa es una asociación del Grupo de Asesoramiento a Inmigrantes y

¹ El DIARIO. ESPAÑA. Disponible en: https://www.eldiario.es/internacional/refugiados-venezolanos-Brasil-sobrepasa-gobiernos_0_805969819.html

² AJUFE. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponible en: <https://ajufe.org.br/imprensa/noticias/7501-imigrantes-e-refugiados-poderao-esclarecer-duvidas-em-mutirao-promovido-pela-justica-federal-do-rio-grande-do-sul>

Refugiados de la UFRGS (Gaire) y el Servicio de Asesoramiento en Derechos Humanos para Inmigrantes y Refugiados de la PUCRS (Sadhir) garantizando a ese público mayor conocimiento sobre la legislación brasileña, derechos y deberes, además de ofrecer condiciones para la inclusión de ellos en el país. La Justicia Federal tiene papel fundamental en el proceso ya que trata de cuestiones como solicitudes de naturalización y de nacionalización, visados, previsión, matrimonio, acceso a la educación y la salud, entre otras cuestiones, cuando involucren directamente órganos federales o conexión internacional directa.

En esta interface, es extremadamente relevante aclarar conceptos modernos de soberanía, dignidad humana y situación de los refugiados para contribuir con el importantísimo trabajo jurisdiccional de la Justicia Federal, temas estos que se buscará exponer en el presente trabajo.

2 El moderno concepto de soberanía:

La soberanía es una cualidad fundamental del Estado, siendo este una autoridad suprema. Emite pues mandatos obligatorios. Pero el poder efectivo de hacer que los otros adopten cierto comportamiento no es suficiente para generar una autoridad.

El individuo que tiene autoridad debe haber recibido el derecho de dar órdenes, mientras que los otros son obligados a obedecerlo. Este poder solo le puede ser dado a un individuo por un ordenamiento normativo.

Solo un ordenamiento normativo puede ser soberano, supremo. Un poder físico, como un fenómeno apenas natural, jamás puede ser soberano. Así que el derecho nacional es el ordenamiento supremo y el derecho internacional tiene su fundamento de validez en el derecho nacional.

La soberanía de un Estado no es, por lo tanto, un hecho que pueda o no ser observado. Solo se puede concebir que un Estado es soberano dependiendo de la teoría que se adopte. Una vez aceptada

la teoría de la primacía del Derecho Internacional, el Estado no es soberano. Podría ser declarado soberano solo en sentido relativo (ningún otro ordenamiento es superior al ordenamiento jurídico nacional; el Estado está sometido solo al Derecho Internacional).

Si, por otro lado, se adopta la noción de primacía del Derecho Nacional, el Estado es soberano en sentido absoluto, superior a cualquier ordenamiento, incluso al Derecho Internacional.

Se ve, siendo así, que Kelsen ve la soberanía como cualidad del ordenamiento normativo, rechazando su identificación como mero atributo de la voluntad. En un Estado soberano, el ordenamiento jurídico nacional está por encima de cualquier otro.

Otro filósofo y jurista con gran contribución a los temas aquí tratados fue Carl Schmitt (1888-1985). Este adoptó un concepto decisionista: el soberano no es aquel que tiene poder de dominación, sino aquel que decide en casos de estado de excepción, pues, en casos graves, el derecho estatal queda suspendido, correspondiendo al soberano adoptar una decisión concreta para resolver algún problema serio que requiera respuesta inmediata.

La decisión, para él, forma parte del Derecho, de su proceso de creación, no siendo la soberanía proveniente del ordenamiento jurídico abstracto.

El Estado, según Schmitt, es una unidad política determinante, que decide y crea la norma, lo que demuestra su carácter político. Él rechaza la idea de Kelsen de ordenamiento jurídico abstracto y de negación de todo lo que provenga directamente deducido de la ley. Esta separación entre el orden jurídico y la realidad social constituye el principal punto de divergencia entre Kelsen y Schmitt³ en lo que toca al presente tema.

³ SHAPIRO, Kam. Carl Schmitt and the Intensification of Politics. Blue Ridge Summit, US: Rowman & Littlefield Publishers, 2008. ProQuest ebrary. Copyright © 2008. Rowman & Littlefield Publishers. All rights reserved. "How could sovereign over dynamic technological and economic processes be extracted from struggles between antagonized social interests and at the same time be (democratically) legitimated? In the brief, volatile history of the Republic, Schmitt's attempts resolve between political form and constituent power, or norm and exception, critical . . . were the shifted between Catholic rationalism and authoritarian nationalism, constitutional reform and conservative revolution. Balakrishnan suggests

Para Schmitt, el derecho solo existe donde hay decisión personal, y quien decide es el soberano. Por lo tanto, en ocasiones extremas, en que el ordenamiento no incluye los medios necesarios para la resolución de los conflictos, o los mecanismos existentes no son adecuados o útiles, la soberanía viene como poder de decidir sin estar restringida por límites creados por las normas.

La soberanía es, fundamentalmente, un poder de tomar decisiones políticas sobre eventos anormales y atípicos no reglados por el Derecho. Al poder soberano ilimitado, entonces, se da la posibilidad de suspensión del ordenamiento existente en casos así.

Para la teoría decisionista, la decisión última pertenece al soberano. Lo principal no está en la exclusividad de ejercicio de la coerción o de la dominación, sino en la decisión. Schmitt concibe la existencia de una unidad política que es determinante de la soberanía. Esta unidad política que decide quién es amigo o enemigo y los destinos de la nación. Si tiene lugar la pérdida de la autoridad de decidir, el Estado deja de ser una entidad política autónoma para convertirse en una simple organización de la economía o de la sociedad civil.

Así pues, el Estado puede suspender el Derecho independientemente de cualquier mecanismo normativo, dado que la decisión es absoluta, para la propia preservación del Estado. La soberanía no es de la norma, sino de quien decide.

Siguiendo las ideas decisionistas, aparece el filósofo Herman Heller (1891-1933), que defiende la idea de soberanía como cualidad de independencia absoluta de una unidad de voluntad ante cualquier otra voluntad decisoria universal efectiva. Para él, no se puede separar la norma jurídica de la decisión individual de voluntad, pues es esta decisión la que crea el Derecho. El Estado

Schmitt's shifts in position and perspective reflected the instability of his times – the absence of a "hegemonic center of gravity" – as well as his changing institutional affiliations. These factors, for example, make sense of Schmitt's reversion to a more robust constitutionalism in his *Verfassungslehre*, which he composed during the relative stability of the Republic between 1924 and the economic collapse of 1929.²¹ Disponible en: <http://0-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/reader.action?docID=10437353>.

no puede ser considerado soberano, pues este es una abstracción. Quien tiene soberanía es el pueblo, que ejerce el poder por medio de los mecanismos de mayoría y representación.

Heller defiende que la soberanía es absoluta. Entiende que no hay incompatibilidad con la idea de mutua dependencia entre los Estados o incluso con la existencia del Derecho Internacional. Las obligaciones provenientes de los tratados no merman el aspecto absoluto de la soberanía. En realidad, son las bases del Derecho Internacional, que se basa en la validez de los ordenamientos estatales.

El Derecho Internacional es hecho por los Estados soberanos, que lo crean y son sus sujetos. La soberanía, por lo tanto, es importante para la construcción del Derecho Internacional. Poder soberano no significa poder único, sino poder ejercido dentro de los límites de un territorio específico, en el cual no se concibe instancia de decisión más alta. Cuando este Estado esté bajo alguna grave amenaza, es posible suspender los límites del derecho para garantizar la seguridad del Estado y su existencia.

Por último, en esta trayectoria histórico-evolutiva del concepto de soberanía, no se puede dejar de mencionar el pensamiento de la teoría pluralista, de la cual el autor Harold Joseph Laski (1893-1950) es ejemplo importante. La soberanía es una cualidad absoluta del poder del Estado, pero no es arbitraria, pues está sometida a las normas jurídicas y es restringida por los grupos sociales de la comunidad estatal y también por la competencia de otros Estados de la comunidad internacional.

En este ámbito, afirma Verdu⁴:

“La formalización jurídica de la soberanía, atribuida al Estado, supone cierta objetivación y neutralización, cuyas consecuencias pueden ser graves desde un enfoque excesivamente positivista. En este sentido, hay

⁴ VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Volume II. Madrid. Editorial Tecnos. 1977. P. 127.

que examinar las siguientes afirmaciones de Laski. << Es importante darse cuenta de que, hecha de este modo, la atribución al Estado de la cualidad de soberano no significa nada más que una mera fuente de referencia formal. Es la descripción de una estructura, no un juicio de valor. No quiere decir solamente que el Estado es supremo, por encima de todas las demás formas de asociación, porque tiene formalmente competencia para obligar. Sus mandatos pueden de hecho ser injustos o equivocados; pero ni la equivocación ni la injusticia suponen ninguna diferencia para el derecho formal que tiene legalmente el Estado a exigir, incluso por la fuerza, obediencia a sus órdenes>>”.

En el ámbito del Estado hay otros grupos sociales dotados de soberanía, pudiéndose hablar de soberanía económica, soberanía sindical, soberanía religiosa etc.

El Estado no es la única fuente que desarrolla todo un sistema de poder. Por esto, Laski defiende el rechazo del concepto de soberanía. En sus relaciones externas, el Estado es solo un ente puesto en una sociedad de Estados; en situación de conflicto armado, vale la voluntad conjunta de todos los Estados.

Por esto, en el ámbito internacional, la concepción de soberanía no sería compatible con los objetivos de la humanidad, pues la prosperidad del mundo es indivisible y una, estando por encima de las divergencias. En este contexto, la coordinación de los diferentes puntos de vista es esencial para la paz.

Existen, por tanto, en el mundo contemporáneo, múltiples centros de poder. Con la existencia de variadas fuentes de producción de normas, con nuevos agentes y actores sociales como fuerzas del mercado, empresas multinacionales, organismos internacionales y comunidades económicas, comienza la extinción del concepto de soberanía nacional.

La corriente pluralista, por lo tanto, defiende la idea de compartir la soberanía. Incluye el concepto de pluralismo político.

El poder soberano, pues, actualmente no es un poder solamente político, sino que es jurídico.

Pese esta evolución en el concepto, la soberanía continua considerándose como: - noción de un poder jurídico más alto, en que, dentro de las fronteras del Estado, este es el que tiene el poder de última decisión, incluso sobre la eficacia de cualquier norma de derecho; - independencia, en que un Estado no es sometido a ningún otro.

Esta concepción jurídica de soberanía tiene por irrelevante la fuerza material que tenga un determinado Estado, pues se basa en el respeto mutuo e igualdad jurídica entre los Estados de la comunidad internacional.

Incluso aunque exista la primacía de la voluntad de un Estado más fuerte dentro de los límites jurisdiccionales de uno más débil, esto es siempre un acto ilícito. Y esta violación de la soberanía genera sanciones. El carácter ilícito de la conducta permanece pese a que sea difícil aplicar materialmente las sanciones al Estado más fuerte y esto puede ser usado para futuras reprimendas y solicitudes de ayuda de otros Estados.

La soberanía, por lo tanto, ya no es considerada en su carácter absoluto como lo era antiguamente. Es concebida teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico internacional, estando el Estado soberano sometido a ella.

Se ve pues que la cuestión de la soberanía siempre ha sido un tema difícil y es cada vez más complejo. Nuevos estudios y denominaciones surgen en un mundo marcado por la creación de nuevos centros de poder, tanto jurídico-formales como la Organización de Las Naciones Unidas y la Unión Europea y sus respectivos tratados vinculantes, como también por centros de poder económico de innegable influencia material, como las grandes agrupaciones de empresas multinacionales multimillonarias.

En este ámbito de discusión acerca de los conceptos fundamentales de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, es importante destacar que algunos autores de gran y merecida

reputación han tratado acerca de la idea de Pluralismo Jurídico.

Para empezar, mencionamos el pensamiento de Neil Walker⁵, profesor de la Universidad de Edimburgo, según el cual la idea de pluralismo divide opiniones, pues las características que lo hacen parecer atractivo para algunos, en un mundo globalmente conectado, también cuentan con el escepticismo de otros. Explica el profesor el origen del concepto:

“The idea of constitutional pluralism derived a lot of its initial focus and momentum from the circumstances of high-profile constitutional clashes over the implications of Europe’s supranational arrangements. The key sites of these clashes were the supreme or constitutional courts of the Member States. Faced with issues such as the compatibility of new instruments of supranational authority with national standards of human rights, the reconciliation of a Treaty-by-Treaty expansion of overall supranational jurisdiction into areas of public policy traditionally associated with the nation state with the basic idea of national democratic control, the tension between accession to a mature transnational polity and a minimum sense of sovereign self-determination, or the extent to which transnational security concerns may encroach on core national responsibilities in criminal justice, national courts have in a prolonged series of high profile cases been required to adjudicate on the basic source and conditions of final constitutional authority in contexts where the states and the EU palpably possessed overlapping competence.”

Como otro ejemplo podemos destacar a Luis Ignacio Gordillo Pérez⁶, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Deusto,

⁵ WALKER, Neil. *Constitutionalism and Pluralism in Global Context. Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Edited by Matej Avbelj and Jan Komárek. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2012. P. 21.

⁶ GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Madrid.

que es uno de los autores que en España ha estudiado en profundidad las cuestiones relacionadas con el pluralismo ordinamental:

“Existe una creciente y activa doctrina que aboga por una concepción pluralista del Derecho Internacional y del gobierno mundial. Aunque parte de la literatura inicial sobre el pluralismo jurídico era de naturaleza más sociológica que normativa, la doctrina más reciente sobre el pluralismo jurídico internacional y global destaca por su defensa de las ventajas normativas de esta concepción. Sus defensores sostienen que enfatiza el valor de la diversidad y la diferencia entre los distintos sistemas normativos y de gobierno nacionales e internacionales y critican que los enfoques constitucionalistas no son deseables y resultan poco plausibles en tanto persiguen alcanzar la coherencia entre los distintos niveles de los ordenamientos jurídicos y de gobierno”.

El autor explica que los estudiosos del pluralismo jurídico internacional están acompañados con los de las maneras de articular la idea de gobierno mundial (global governance). Enseña que los desarrollos más relevantes en el tema tienen relación con el problema de la responsabilidad y prestación de cuentas de actores globales como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y su posición de gobierno mundial, sobre todo en lo que toca a la aplicación directa de sanciones económicas. Entonces los ajustes pragmáticos propuestos por los que defienden el pluralismo jurídico son preferibles a las medidas basadas en ideales de unidad y coherencia.

De esta forma, Gordillo Pérez demuestra que las ideas pluralistas de ordenamiento jurídico internacional defienden la manutención de un espacio para la innovación, para la resistencia y para la discusión, proporcionando reajustes recíprocos y tolerancia entre ordenamientos distintos.

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012. P. 460.

En lo que se refiere a los derechos humanos, el autor incluye un interesante ejemplo sobre la posibilidad de existencia de tratamientos diversos en diferentes sistemas⁷:

“Una cuestión delicada que ha permanecido largo tiempo sin ser respondida es la de si existía alguna posibilidad de controlar, a través de la obligación de respetar los derechos fundamentales, no solamente las medidas nacionales positivas de ejecución o implementación del Derecho Comunitario, sino también aquellas que restringían el ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado. En el caso, Rutili, el Tribunal estimó que una medida nacional que restringía la libre circulación por motivos de orden público podría ser analizada a la luz de los principios y límites consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto el Tribunal dispuso que << las referidas limitaciones a las competencias de los Estados miembros en materia de policía de extranjeros se presentan como la manifestación específica de un principio más general consagrado en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (...) que disponen en términos idénticos que las restricciones de que, por razones de orden público y de seguridad pública, sean objeto los derechos garantizados por los artículos citados no podrán rebasar el ámbito de lo que resulte necesario para la salvaguardia de dichas necesidades << en una sociedad contemporánea>>.”

Finalmente, otro gran autor que aporta excelentes contribuciones para el estudio del tema es el Profesor Peter Häberle⁸, según el cual se puede hablar de un Estado constitucional cooperativo, en que la cooperación no ocurre solo a nivel político,

sino especialmente jurídico, equivaliendo a un modelo de Derecho Internacional cooperativo:

“El Estado constitucional es, desde el punto de vista de la tipología ideal, el modelo de Estado propio de la sociedad abierta. La <<apertura>> que ostenta representa cada vez más una de sus dimensiones, la dimensión internacional – léase, transnacional -, a la que corresponde también ineludiblemente su propia responsabilidad. El Estado constitucional cooperativo es aquel Estado que de forma <<activa>> se ocupa de los demás Estados, se ocupa también de las demás instituciones nacionales y supranacionales, así como igualmente de los ciudadanos de sus respectivos países, ciudadanos que ya no le son en modo alguno <<extraños>>, del mismo modo en que su apertura a todo lo relativo al medio ambiente se convierte en una <<apertura al mundo>>.”

Es este sentido, Häberle, expresamente, defiende que una de las características principales del Estado constitucional cooperativo es la << apertura>>⁹ ante posibles vinculaciones internacionales que incluso generen efectos ejecutivos inmediatamente en el ámbito interno estatal – permeabilidad, incluso en lo que se refiere a los derechos humanos y fundamentales consagrados a nivel global por medio de realización en el contexto de la cooperación. Derecho interno constitucional y derecho internacional “terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible¹⁰”.

Siempre se consideró la soberanía como un concepto creado para la legitimación de los poderes del Estado. Pero este concepto está superado. En un mundo marcado por una constante interdependencia y estrecha ligación entre las naciones, causada por la globalización, en que el Planeta Tierra se muestra pequeño

⁷ GORDILLO PÉREZ, Ob. Cit. P. 130.

⁸ HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid. Tecnos. 2002. P. 259.

⁹ Häberle, Peter. Ob. Cit. P. 294.

¹⁰ Häberle, Peter. Ob. Cit. P. 263.

con toda la evolución tecnológica de las últimas décadas, lo que se busca hoy es la satisfacción de los individuos en la sociedad global, posibilitando la protección de los derechos de toda la especie humana y no solo de determinadas personas pertenecientes a un específico Estado o región.

En este sentido, Pablo Lucas Verdu¹¹ ya enseñaba que:

“No hay que pensar que tal Declaración Internacional de los Derechos Humanos sea superflua, porque los países civilizados, que han alcanzado cierto grado de madurez política, poseen Declaraciones algunas pródigas en la enumeración de Derechos y libertades que conceden a sus ciudadanos. Ahora bien, es menester garantizarlos en el ámbito internacional a consecuencia de la intensificación de las relaciones entre los pueblos y del acortamiento de distancias para obligar a regímenes políticos que propenden a desconocer o mutilarlos a que los respeten. Urge que los Estados no nieguen a los extraños (extranjeros o apátridas) ciertos Derechos supraestatales. Es también importante que los Derechos connaturales a la persona humana se garanticen en los ámbitos interno e internacional”.

El reto de este siglo es compatibilizar el respeto al ejercicio de la soberanía por los Estados con la creación de soluciones y mecanismos que posibiliten la efectiva protección de los Derechos Humanos¹², teniendo en cuenta la necesidad de preservación de la dignidad humana, sin la cual pierde sentido la propia existencia de las instituciones creadas por el Derecho.

¹¹ VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Volume III. Madrid. Editorial Tecnos. 1976. P. 58.

¹² RAMÍREZ, Luis Felipe Piedrahita. La soberanía como responsabilidad y los fundamentos del nuevo intervencionismo humanitario Estudios de Filosofía. Jun 2015 (51):45-74. Información del editor: Medellín: Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia. Año de la

3 Relativización del concepto de soberanía ante los derechos humanos de los refugiados

La idea de dignidad es la base más importante para la evolución del Derecho Internacional. Es el punto de partida y al mismo tiempo un referente permanente para los derechos humanos, siendo un parámetro y también un instrumento para concretizarlos.

A lo largo de la era moderna hubo una gran transformación de conceptos y nociones bajo la idea de que la vida es el bien más importante para el ser humano. La postura nazi de considerar las personas desechables y que tuvo lugar durante la Segunda Guerra sirvió como un campo para el posterior surgimiento o refuerzo de valores e ideales, entre ellos la dignidad humana como reacción el mundo occidental¹³.

Era necesario enfrentar, incluso teóricamente, la noción de que los seres humanos son superfluos. No se puede eliminar y

publicación: 2015 “Las tensiones entre soberanía y protección de los derechos humanos, así como los factores que inciden en la erosión de la autonomía y soberanía estatal, generan un marco propicio para el surgimiento de la nueva concepción de la soberanía. La idea de la “soberanía como responsabilidad”, núcleo teórico y normativo de la R2P formulada por la ICISS, tiene sus antecedentes en el contexto del estallido de la ola de intervenciones y misiones de paz de la década de los noventa (Hehir, 2010: 112ss; Glanville, 2013a: 174ss). Formulada por primera vez por Francis Deng”. Disponible: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-36282015000100004&lng=en&tlng=en. Acceso en 23/02/2016.

¹³ VILLA, Dana R. Politics, Philosophy, Terror : Essays on the Thought of Hannah Arendt. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 1999. ProQuest ebrary. “The criminal indictment against Eichmann implied that “not only had he acted on purpose” in transporting so many Jews to their deaths, but that he had done so “out of base motives and in full knowledge of the criminal nature of his deeds.” 27 Yet Eichmann, whose “normality” had been attested to by more than a few psychiatrists, insisted that what he had done was no crime at the time. Moreover, he was certain that he was no “dirty bastard” in the depths of his heart, nor did he think that he harbored a fanatical hatred of the Jews. Even more perplexing was how he remembered “perfectly well that he would have had a bad conscience only if he had not done what he had been ordered to do— to ship millions of men, women, and children to their death with great zeal and the most meticulous care.” 28 Nobody at the trial, including the judges, chose to believe Eichmann’s self-presentation as a law-abiding citizen, free of fanatical hatred, one who was simply unaware of the criminal nature of his actions. As Arendt put it: The prosecutor did not believe him, because that was not his job.... And the judges did not believe him, because they were too good, and perhaps also too conscious of the very foundations of their profession, to admit that an average, “normal” person, neither feeble-minded

destruir personas y pueblos sin cualquier consideración sobre su valor intrínseco como individuo.

Los seres humanos no pueden, pues, ser usados como medio para un fin. Cada individuo es un fin en sí mismo que no puede ser desconsiderado¹⁴.

El totalitarismo de Hitler tenía entre sus características la cosificación del ser humano. Los judíos, por ejemplo, podrían ser eliminados en cámaras de gas en Auschwitz o usados para trabajos forzados, todo como parte de un plan para usar a las personas como un medio para alcanzar los fines del Nazismo. Hasta el pelo de las personas era rapado en los campos de concentración para hacer tapetes o ropa.¹⁵ Todo esto representaba un enorme acto de retroceso histórico de todo lo que había logrado evolucionar la humanidad en términos de derechos humanos desde la eclosión del Cristianismo,

nor indoctrinated nor cynical, could be perfectly incapable of telling right from wrong. They preferred to conclude from occasional lies that he was a liar – and missed the greatest moral and even legal challenge of the whole case. Their case rested on the assumption that the defendant, like all “normal persons,” must have been aware of the criminal nature of his acts, and Eichmann was indeed normal insofar as he was “no exception within the Nazi regime.” However, under the conditions of the Third Reich only “exceptions” could be expected to act “normally.” This simple truth of the matter created a dilemma for the judges which they could neither resolve nor escape. 29” Disponible en: <http://0-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/reader.action?docID=10031914>. Acceso en 31/03/2016.

¹⁴ SENSEN, Oliver. Kant on Human Dignity. Berlin/Boston, DE: De Gruyter, 2011. ProQuest ebrary: “It is central to Kant’s moral philosophy that one should always respect all other human beings. He famously credits Rousseau for his appreciation of the importance of respecting all human beings: I am an inquirer by inclination. I feel a consuming thirst for knowledge [...]. There was a time when I believed this constituted the honor of humanity, and I despised the people, who know nothing. Rousseau set me right about this. This binding prejudice disappeared. I learned to honor humanity, and I would find myself more useless than the common laborer if I did not believe this attitude of mine can give worth to all others in establishing the rights of humanity. 4 Kant holds that all human beings should be respected. Even a vicious man [Lasterhafte] deserves respect as a human being (cf. TL 6:463). Kant articulates this requirement in his Formula of Humanity as an end in itself, which he calls the supreme limiting condition of one’s freedom: “So act that you use humanity, whether in your own person or in the person of any other, always at the same time as an end, never merely as a means.” (GMS 4:429)”. Disponible en: <http://0-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/reader.action?docID=10515760>. Acceso en 31/03/2016.

¹⁵ United States Memorial Museum: “Como muchos de los otros campos de concentración, Auschwitz I contaba con cámara de gas y crematorio. En un comienzo, los ingenieros de las SS construyeron una cámara de gas improvisada en el sótano del edificio de la prisión, el Edificio 11. Luego se construyó una cámara de gas permanente, más grande, como parte

con sus ideales de universalidad y fraternidad, como hemos visto en el primer capítulo.

En este ambiente, la reacción jurídica posterior a la Segunda Guerra Mundial fue sustancial. Tanto es así que, que las Constituciones que redactaron en las décadas siguientes se preocuparon en consagrar derechos fundamentales y el valor que deberían servir de guía no solo para la conducta del Estado en general sino también para garantizar la defensa de los individuos frente a todos y en todos los aspectos. La idea era crear una sistemática de protección de los derechos humanos y de su dignidad para que no se volvieran a producir nunca más atrocidades como las de la Segunda Guerra.

En lo relativo al concepto de dignidad, es interesante tener en cuenta que esta no depende del merecimiento social o personal. Es inherente a la vida de las personas. Es un derecho que precede la propia idea de Estado. Así que hoy la preocupación mayor es no permitir que lo mismo vuelva a pasar, pero ahora con los refugiados. No se puede dejar de considerar sus vidas como un fin en sí mismo. En el mundo contemporáneo, donde tantos tratados sobre derechos humanos ya fueron celebrados, no hay como concebir o aceptar que millares de niños se ahoguen¹⁶ en las aguas del Mediterráneo o

del crematorio original, en un edificio independiente fuera del recinto donde se encontraban los prisioneros. En el hospital de la Barraca (Edificio) 10 de Auschwitz I, los médicos de las SS llevaron a cabo experimentos médicos. Realizaron investigaciones seudocientíficas en niños, mellizos y enanos y practicaron esterilizaciones forzadas, castraciones y experimentos de hipotermia en adultos. El más conocido de estos médicos fue el Capitán de las SS Dr. Josef Mengele. Entre el crematorio y la barraca donde se realizaban los experimentos médicos se levantaba la “Pared Negra”, donde los guardias de las SS ejecutaron a miles de prisioneros.” Disponible en: <https://www.usmmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007021>. Acceso en 31/03/2016.

¹⁶ El Mundo: “En la foto también hay un espacio para todos los traficantes de personas que están haciendo el negocio de sus vidas en Turquía a costa del dinero de los sirios. O los oportunistas griegos que los meten en furgonetas del Pireo a Macedonia. O los austriacos de los camiones frigoríficos con gente hacinada en su interior. La bolsa o la vida. Y ojo a los políticos europeos, fíjense bien. Ahí están todos. Los del efecto llamada, los de las cuotas de refugiados y hasta algún cardenal intentando averiguar si los que vienen son o no trigo limpio. Están todos ahí. Y Frontex pidiendo más patrulleras, y el gobierno de Tsipras poniéndose de perfil, alcaldes de islas griegas metiendo a niños refugiados en calabozos junto a criminales, Erdogan sacando la calculadora después de cada tragedia, la ultra derecha alemana quemando

permitir que permanezcan muchas decenas de miles de huérfanos¹⁷ sin ningún tipo de ayuda, encarcelados entre las fronteras de los Estados europeos.

Las cosas tienen precio. Las personas tienen dignidad. Cuando una cosa tiene precio, se puede cambiar por otra de valor equivalente. Pero las personas están por encima de cualquier precio y no hay como cambiarlas por algo equivalente. Tienen dignidad. Ni siquiera ellas mismas pueden renunciar a su dignidad y tienen derecho a que esta sea respetada por todos los demás individuos y por el Estado. Es en este camino en el que se construyen todos los demás derechos esenciales de las personas como privacidad, integridad física, honor, vida etc.

Como el ser humano había creado el veneno del Holocausto, había de crear su antídoto. La dignidad entonces vuelve a ser estudiada y propagada con hincapié en la idea de ser la base de los derechos fundamentales, algo sin lo cual las personas no pueden convivir y sobrevivir.

La idea de un mundo en el que el ideal de construcción del bien común de todas las personas de todos los pueblos y naciones se contraponen con la realidad actual con que son tratados los refugiados, apátridas y desplazados en general. Para que esto cambie es necesario una toma de medidas efectivas por una tutela internacional, siendo el tema de protección de los derechos humanos un asunto verdaderamente de discusión mundial a transponer cualquier frontera o soberanía.

albergues y Orban construyendo su muro de espinos. Aylan Kurdi murió en septiembre de este año en una playa para turistas en Bodrum. Hoy ha vuelto a morir porque su ejemplo no sirvió de nada. En la foto también está la compasión que nos provocó a todos ver su cuerpo inerte en la arena. Y las frases de los políticos que tenían que haber abierto un pasillo seguro para evitar muertes como la suya y no lo hicieron." Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/10/15/561fcde022601d1a738b45e4.html>. Acceso en 31/03/2016.

¹⁷ The Telegraph. David Cameron rejects calls to take 3,000 orphaned child refugees from Europe. David Cameron will take child refugees from camps near Syria but will reject calls to take 3,000 orphans who have already made it to Europe amid concerns about creating a 'perverse incentive' for them to come to Europe. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/immigration/12126267/David-Cameron-rejects-calls-to-take-3000-orphaned-child-refugees-from-Europe.html>. Acceso en 31/03/2016.

Claro que, como vimos en el capítulo primero, hubo un inmenso desarrollo de los derechos humanos a lo largo de las últimas décadas. Varias Constituciones incluyeron los derechos fundamentales en sus textos después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el individuo, la persona, pasó a ser considerado sujeto de derecho internacional.

En este ámbito, Kant presenta una sólida base filosófica para el tema al tratar de la hospitalidad universal, como lo demuestra Thiebaut:

"Kant, en el Segundo Artículo Definitivo del pequeño tratado sobre la Paz Perpetua, habla de la hospitalidad como el derecho -y no la filantropía- que asiste a un extranjero a no ser recibido hostilmente, como si fuera un enemigo. No es este derecho, matiza, el de ser huésped, sino el derecho a ser visitante, el derecho que a todos los seres humanos asiste a presentarse en público. La razón de este derecho, prosigue Kant, es la común posesión de la superficie de la tierra por la especie humana, una posesión que irá haciéndose cada vez más pública y más jurídica en el derecho público de la Humanidad, un derecho que configura una comunidad cosmopolita que será, precisamente, el camino hacia un estado pacífico definitivo. El rechazo de la guerra-ahora una guerra entre Estados- está, de nuevo, en la base de esa aspiración a la paz. (...) Pero no sólo basta eliminar las condiciones que hacen posible la guerra; hay, también, que pensar las condiciones que hacen posible la paz. Entre ellas destaca Kant la que acabamos de mencionar: el derecho de visita y la obligación de hospitalidad que, estima él, favorece el conocimiento y el comercio. (...). Pero entonces Kant altera la perspectiva: empieza a hablar de cómo los europeos han llegado a otros continentes -a África, a Asia, a América- como conquistadores, como si fueran propietarios de un trozo de tierra que ahora reclaman para sí. [El argumento de la conquista,

de toda conquista, como ha recordado Carol Pateman recientemente (cf. Pateman y Mills 2007), es que la tierra conquistada se concibe como *terra nullius*, territorio de nadie, y a ello alude también Kant.] Los conquistadores europeos saquean, oprimen a los indígenas, instauran la esclavitud. (...). Tal vez ese cambio de perspectiva sea, entonces, el motivo que subyace a la razón de la común propiedad de la tierra: al igual que no podemos llegar a otras tierras como si fuéramos propietarios, tampoco podemos pensarnos como propietarios del territorio que habitamos, debemos estar dispuestos a que lleguen otros a nuestras tierras y debemos compartir toda la tierra con toda la especie humana. Si ésta es la idea de Kant –y puede disputarse la interpretación que he dado–, las consecuencias son más radicales de lo que inicialmente parecía”¹⁸.

Así pues, los derechos humanos se extienden por todo el globo. El objetivo es que la humanidad logre obtener su efectividad, con base en la solidaridad entre los seres humanos y la aceptación de su naturaleza universal. Todos los pueblos del mundo deben tener derechos iguales. Hay que luchar para que haya fraternidad sin discriminación, buena calidad de vida e igualdad de posibilidades para todos. Este es el camino para un futuro próspero para todos.

Ya hubo momentos en el siglo XX (1914-1919 y 1939-1945) en que millones de europeos tuvieron que huir de la guerra y de su brutalidad y bestialidad. Migraron hacia tierras lejanas como América por ejemplo para escapar de la crueldad y del exterminio. En un ejercicio imaginativo para nada complejo podríamos preguntarnos: ¿Y si esto volviera a pasar? Una nueva guerra sin

precedentes en cuanto a tamaño: ¿podrían los países norteafricanos cerrar los puertos y fronteras y dejar a los europeos ahogándose en sus playas? Se sabe que la respuesta es no.

Por esto, la idea de protección de los derechos humanos es universal. Vale para todos los pueblos. No importa su origen. Y cuando la historia exige tomar acción, dudar es como empezar a cavar un agujero cada vez mayor.

La dignidad humana es un valor supremo que irradia el contenido de todos los demás derechos humanos. Va más allá de los derechos individuales, significando también la tutela de los derechos sociales, para una protección integral del individuo. Y para tener el amparo de su dignidad, no importa el vínculo de determinada persona con un país específico. El simple hecho de su existencia ya le garantiza el apoyo del orden jurídico internacional. El ser humano pasa a ser sujeto de derechos en el ámbito internacional.

En este sentido, Kant tenía una concepción de una ciudadanía cosmopolita:

“Porque lo que parece desprenderse de lo que dice es que un derecho de visita generalizado o universal –de otros en nuestra casa, de nosotros en la suya– es muestra de que nadie es propietario del país que habita o, si lo vemos desde los ojos de la segunda persona, que todos somos extranjeros en nuestros territorios. Somos, en una parte esencial de nuestra condición ciudadana, extranjeros de nosotros mismos, una condición que Julia Kristeva (1991) ubica como la fundamental para poder hacer del extranjero que llega a nuestra puerta –y a quien, según Kant, asiste un derecho de hospitalidad– un amigo con quien podemos entendernos. Sólo podemos, tal vez, entendernos con el extranjero si participamos de una cierta condición de extranjería, aunque sean distintas la suya y la nuestra. Sólo podemos comprender y ser hospitalarios con el extraño si nosotros –de nuevo, como en la tolerancia– somos seres auto-extrañados. Una ciudadanía cosmopolita que nos haga

¹⁸ THIEBAUT, C. (2010). Tolerancia y hospitalidad. Una reflexión moral ante la inmigración, *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, ISSN 0210-1963, N° 744, 2010 (Ejemplar dedicado a: Políticas migratorias y sociedad integrada = Migration Politics and Integrate Society), páginas 543-554. También Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3272934>. Acceso en 15/03/2016.

a todos propietarios de toda la tierra nos hace también a todos extranjeros en cada uno de los territorios que han delimitado la geografía y la historia. Es oportuno citar brevemente a Kant para concluir nuestro paso por él: “La comunidad, más o menos estrecha, que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho cometida en un sitio repercute en todos los demás. De ahí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes que, de ese modo, se eleva a la categoría de derecho público de la Humanidad (Kant 2002, Tercer Artículo Definitivo de la Paz Perpetua).” (...) Kant reconoce al indicar que las violaciones del derecho en algún lugar del globo nos repercuten a todos. Es en este contexto, también negativo y no sólo positivo, de la globalización en el que hay que repensar hoy la hospitalidad.”¹⁹

La lógica de los sistemas totalitarios giraba en torno de la idea de que los seres humanos son superfluos y no tenían lugar en un planeta común. Esto no puede continuar en el mundo contemporáneo. Los derechos humanos deben ser implementados en la práctica como política de cooperación internacional para servir de freno y escudo ante situaciones actuales como el crecimiento del fundamentalismo religioso, la limpieza étnica, los ataques terroristas, el aumento de la pobreza y la amenaza de ofensivas nucleares.

Es necesario que la comunidad internacional siempre se mantenga atenta a posibles retrocesos en materia de derechos humanos, pues hay siempre el riesgo de repetir su historia, pese a que sea obvia la necesidad de aprender del pasado.²⁰ Por esto es

¹⁹ THIEBAUT, C. (2010). Ob. Cit. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3272934>. Acceso en 15/03/2016.

²⁰ Daily Mail: “Anne Frank's stepsister who survived Auschwitz has compared Donald

necesario crear una nueva concepción de orden internacional de mayor respeto y efectividad de los derechos humanos.

En este ambiente, es indispensable tener en cuenta la necesidad de relativización del concepto clásico de soberanía como se ha visto en el capítulo II de este trabajo, así como el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional.

La universalidad de los derechos humanos implica una revisión del concepto tradicional de soberanía. Se empiezan, pues, a ver intervenciones en el ámbito nacional en pro de la tutela de los derechos humanos. El individuo, por lo tanto, tiene derechos garantizados en el plano internacional. La manera con que un país trata a sus ciudadanos deja de ser un problema meramente interno, doméstico. Y en realidad, lo que se propone aquí es que el modo con que tratan a los extranjeros que llaman a sus puertas también debe desencadenar una reacción internacional.

Pero la idea que no se puede olvidar es la premisa de que la efectiva protección de derechos tiene como base el cumplimiento de deberes. Los derechos humanos requieren tal contrapartida. Todos, los individuos y las comunidades, no tienen solo derechos. Tienen también deberes humanos ante sus semejantes. Hay una responsabilidad de los Estados en cuanto a garantizar que los derechos de todos sean amparados, incluso de los exiliados, apátridas y refugiados²¹.

Trump to Adolf Hitler. Eva Schloss, now aged 86, met Anne in Amsterdam where both their families took refuge after fleeing from Nazi Germany. After the war, Eva's mother Fritzi married Anne's father Otto Frank. Now, in an interview to mark International Holocaust Remembrance Day, Schloss has reflected on the traumatic period - and she sees little difference between Hitler's rhetoric and that of aspiring president Donald Trump.” Disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3420430/He-Hitler-Anne-Frank-s-stepsister-survived-Auschwitz-compares-Donald-Trump-Nazi-dictator.html>. Acceso en 31/03/2016.

²¹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Revista Brasileira de Direito, ISSN-e 2238-0604, Vol. 7, N° 2, 2011 (Exemplar dedicado a: Revista Brasileira de Direito), 49-67. “Também em 1948 surge a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, formada por trinta e oito artigos, mas incorporando deveres. Nessa seara, preconiza no art. 29 que “o indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente sua personalidade”, entendimento mantido nos demais dispositivos. Heiner Bielefeldt entende que direito e dever possuem uma complexa relação indissolúvel de correspondência. Outro documento de transcendental importância na valorização dos direitos de

Por lo tanto, se ve que no basta proclamar los derechos humanos de los refugiados, sino que es necesario protegerlos de forma efectiva.

Los derechos humanos están directamente relacionados con las nociones de paz y democracia²².

Los conceptos de derecho y deber están interrelacionados. Así que a los Derechos Humanos corresponde el deber de respetarlos. Los derechos de los individuos son considerados como naturales e inherentes a la condición humana, pero no les fueron dados todos al mismo tiempo. Esto se puede constatar con los derechos políticos por ejemplo y cómo pasó mucho tiempo para que las mujeres tuviesen derecho de votar.

El gran punto de inflexión en la teoría del Derecho Internacional en relación al individuo fue la toma de consciencia de su estatus de sujeto de Derecho Internacional, con poder para presentar peticiones a las instancias internacionales y comunicar violaciones de derechos internacionalmente garantizados²³.

En todo este contexto de protección de la dignidad humana como pilar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y

personalidade é a Convenção Americana sobre Proteção de Direitos Humanos, aprovada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica. Bastante conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, dito documento constitui-se de oitenta e dois artigos, nos quais se estabelecem direitos (do art. 3º ao 26) e deveres (art. 32), nestes consignadas as obrigações para com a família, a comunidade e a humanidade. O art. 33 e os seguintes ocupam-se dos meios de proteção dos direitos, com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na capital costarricense.

²² BUENO, Roberto. A democracia e seus fundamentos em Norberto Bobbio. Eidos: Revista de Filosofia, ISSN-e 2011-7477, N.º 12, 2010, 88-118: "Salienta Ruiz-Miguel uma das frases prediletas de Bobbio de que as democracias justamente se caracterizam pelo princípio de que preferem contar cabeças (e fazê-las contar) do que cortá-las (cf. Ruiz-Miguel, 1994, p. 126). Em outro momento, quando aborda o problema dos direitos humanos, Bobbio volta a referir-se ao valor da democracia como processo de solução de conflitos de forma pacífica (cf. Bobbio, 1993c, p. 14). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3256937>. Acceso en 31/03/2016.

²³ MANSILLA, Hugo Llanos. La persona humana como sujeto de derecho internacional. Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 12, N.º 1, 1985, 107-121: "La persona humana ha pasado a pasado a ser titular innegable de un sinnúmero de derechos y también de deberes en el orden internacional." Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649484>. Acceso en 31/03/2016.

la situación actual de los refugiados que llegan a Europa, se debe tener en cuenta la necesidad de revisar algunos puntos relacionados a la relación soberanía e intervención humanitaria. Esta pues relativiza el carácter cerrado del concepto de poder soberano y de autodeterminación atribuido a los Estados. Sin embargo es un procedimiento genuino en situaciones que claman por la defensa de los Derechos Humanos. Y en este ambiente, de todos modos, no se puede olvidar que es un instrumento subsidiario y complementario. Es decir: solo en las ocasiones en que un Estado viola Derechos Humanos es cuando se produce la actuación del sistema internacional humanitario.

En realidad, el concepto de soberanía absoluta no se puede sustentar pues el ser humano, viviendo en sociedad, se somete a reglas de conducta, creadas para zanjar conflictos y garantizar la paz social. Esto se da tanto en cuanto a ciudadanos y protección de sus derechos internamente, como en la relación de los Estados entre sí y con nacionales de otros países. Este concepto de respetar la libertad de los otros al ejercer sus derechos se transfiere también a la comunidad internacional. La libertad entonces es un concepto que solo tiene sentido mientras sea concebida como algo limitado por parámetros: así pues, la soberanía no permite a los Estados hacer lo que quieran, sino que éstos deben considerar las normas de Derecho Internacional y la dignidad humana. Por lo tanto, bajo el escudo del discurso de la soberanía un Estado no puede mantener legítimamente una postura militarista o autoritaria.

Se observa pues que, así como los individuos tuvieron que ceder parte de su libertad para que fuera posible una convivencia pacífica en sociedad, los Estados también tienen que respetar las normas del Derecho Internacional como punto necesario en el camino hacia la paz y armonía en el planeta. Hay una obligación de estos ante la comunidad internacional. La soberanía es limitada por los principios del derecho natural y por la necesidad de coexistencia en paz.

El Estado Absoluto como concepto intocable deja de existir, como hemos visto, con la Revolución Francesa. La soberanía pasa

a ser ejercida por la voluntad popular y no por el monarca. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano entonces incluye el individuo como titular del poder soberano. La relación entre gobernantes y gobernados cambia de manera sustancial:

“Artículo 2: La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”²⁴

Con esto se crea la nueva concepción de individuo no como mero súbdito sino como ciudadano. Los documentos internacionales posteriores así como las nuevas Constituciones que surgieron pasaron a prever el individuo como titular de derechos, aptos a darle la condición de sujeto de Derecho Internacional. Los Estados no serían los únicos sujetos de Derecho Internacional, relacionándose con base en concepciones de soberanía absoluta e ilimitada autodeterminación.

En consecuencia, la idea contemporánea de Estado es de ente creador y garante de condiciones sociales más justas e iguales, en la que se tiene en cuenta la responsabilidad compartida por el bienestar de la humanidad y la solidaridad entre los pueblos.

En este ámbito, se sabe que el respeto de los Derechos Humanos (indivisibles y universales) no es asunto apenas interno de cada país, sino de toda la comunidad internacional. Así pues, un Estado europeo no puede tratar, por ejemplo, a los refugiados que acuden a sus puertas de cualquier manera.

Al firmar un tratado internacional o participar en organizaciones internacionales o incluso formar parte de la Organización de Las Naciones Unidas, un Estado renuncia soberanamente a una parte de su soberanía. El acto de comprometerse a respetar Derechos

²⁴ CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. Disponible en www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../es_ddhc.pdf. Acceso en 29/03/2016,

Humanos y las respectivas Convenciones Internacionales es un acto soberano también que después es irrespetado según su libre albedrío. Incluso la Declaración Universal de los Derechos Humanos es vista como *ius cogens*²⁵ como norma de derecho consuetudinario internacional.

La intervención humanitaria viene entonces en este contexto como mecanismo para garantizar en la práctica la protección de los Derechos Humanos. Es lo que enseña Arrieta:

“podemos decir que la intervención humanitaria consiste actualmente en acciones coercitivas armadas adoptadas por uno o varios Estados en el territorio de otro Estado para evitar la violación masiva de derechos fundamentales, así como para garantizar la provisión de asistencia humanitaria cuando el gobierno soberano la impide. Así pues la intervención representa una excepción a tres de los principios básicos del Derecho Internacional, y, en particular de la Carta de las Naciones Unidas: el de soberanía de los Estados, el de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados y el de la prohibición del uso de la fuerza armada. Ahora bien, hay que decir que en dicha Carta no se menciona explícitamente la figura de la intervención humanitaria, lo cual facilita la controversia. Su justificación suele derivarse normalmente de una interpretación extensiva que ha comenzado a hacerse del capítulo VII de la Carta,

²⁵ MEJÍAS, Antonio Varón. Orden público internacional y normas “*ius cogens*” una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la convención de Viena de 1969: Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, ISSN 0124-0021, N°. 32, 2010, 211-229: “Igualmente, se plantean ejemplos no exhaustivos de situaciones que podrían ser contrarias al *ius cogens*, semejantes en términos generales a las expuestas por Fitzmaurice y Sir. H. Lauterpacht³⁶. De la misma manera que Fitzmaurice, se incluyen las Convenciones de Ginebra de 1949 y, adicionalmente, la Convención para la represión y sanción del crimen de Genocidio de 1.948 como contentivas de normas *ius cogens*³⁷. Se considera que estas normas constituyen principios fundamentales de los cuales no se pueden sustraer los Estados, aun cuando tengan la potestad de denunciarlos dentro de los tratados internacionales que los contienen. La imposibilidad de hacerlo se basa en la razón del objeto de la convención más que en su naturaleza integral³⁸.” Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3295808>. Acceso en 31/03/2016.

que le permite al Consejo de Seguridad adoptar medidas de fuerza contra Estados que hayan quebrantado o amenazado la paz internacional, al considerarse que la violación grave de los derechos humanos fundamentales es constitutiva de tal quebrantamiento o amenaza.”²⁶

Así que la antigua idea de competencia nacional exclusiva dentro de sus territorios ya fue sustituida cuando empezaron estos a dar aquiescencia a la supervisión de órganos internacionales, incluso en el ámbito mundial como la Organización de las Naciones Unidas. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así, adquiere un carácter universal que ni siquiera es marcado por mera reciprocidad, o sea, se debe exigir obediencia de todos los Estados, independientemente de sus obligaciones convencionales. Aunque no hayan firmado un determinado tratado, deben respetar los derechos humanos de sus ciudadanos y de los nacionales de otros países, incluso aunque en estos últimos tampoco haya protección efectiva.

4 Conclusiones

Cuando un Estado, en claro y libre ejercicio de su soberanía, firma tratados internacionales de derechos humanos, este pasa a tener obligaciones jurídicas de promoción y defensa de estos derechos. Tiene entonces el deber de actuar en este sentido para mantener la buena fe y no impedir el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Pasa el Estado a tener obligaciones jurídicas de respetar el Derecho internacional y crear mecanismos internos para armonizar su legislación a tales preceptos.

En este contexto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos prevé:

²⁶ ARRIETA, Itziar Ruiz-Giménez. La historia de la intervención humanitaria: el Imperialismo altruista. Madrid. Catarata. 2005. P. 12.

“Artículo 30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”

Así pues, la protección a los Derechos Humanos es amplia y así debe ser su interpretación: en favor de su mayor efectividad y garantía.

Lo que pasa es que la gran mayoría de los Estados no están voluntariamente dispuestos a autorizar que fuerzas externas analicen y juzguen acciones en relación a los Derechos Humanos.

Entonces se entiende que la noción de una soberanía extrema está obsoleta. El Derecho Internacional camina pues hacia el ideal de bien común universal. Lo que se debe concretizar hoy es la idea de una soberanía limitada y subordinada a la comunidad internacional cuando se trata de Derechos Humanos. La violación de los Derechos Humanos de los refugiados no está en el dominio reservado interno de Serbia, Grecia o Hungría. Todos los Estados del mundo deben garantizar un estándar mínimo de protección previsto en las Convenciones Internacionales.

En este escenario de protección de los Derechos Humanos hay un debilitamiento de la noción de no injerencia internacional en asuntos internos. Sin embargo, es posible la coexistencia de la garantía de los Derechos Humanos con el concepto de soberanía, pero este último ya no es visto de un modo absoluto como era concebido antes.

Toda la discusión sobre los Derechos Humanos siempre debe partir de la premisa de que el ser humano es un fin en sí mismo, que debe ser protegido tanto interna como externamente. La dignidad humana es el escudo que puede evitar que catástrofes humanitarias como las causadas por el Nazismo vuelvan a suceder.

En este sentido Pascual Lagunas:

“Un derecho es una institución jurídica resultante de la juridificación de postulados preexistentes en la conciencia social a lo largo de un período histórico determinado. En este sentido, la trayectoria del concepto de dignidad, jurídicamente hablando, es singular, y en cuanto a su configuración histórica, no es evolutiva. A lo largo de la historia, la juridificación de la dignidad humana, no ha seguido un proceso progresivo de positivación claro ni ha sido real y efectivamente considerada como una cualidad inherente a todos los seres humanos, hasta bien entrado el S. XX, tras la concienciación mundial sobre los derechos de las personas, a raíz del sangrante conflicto de la Segunda Guerra Mundial y los horrores perpetrados por el régimen de Hitler. La concepción de la dignidad como una cualidad moral y espiritual inherente a todo ser humano, aunque de raíces probablemente más antiguas, se consolida en la doctrina cristiana que atribuye la dignidad a todo ser humano por el mero hecho de serlo, dado que cada persona lleva en sí misma un reflejo de la divinidad que lo creó. El mismo Jürgen Habermas, un hombre que se ha autodefinido en numerosas ocasiones como ateo, en su diálogo con J. Ratzinger estima que la traducción filosófica de la idea de que el hombre es imagen y semejanza de Dios fortalece las tesis filosóficas de la idéntica dignidad entre todos los seres humanos, uno de los fundamentos básicos del Estado liberal de Derecho. Precisamente, el Gobierno del Tercer Reich, paradigma de política de Estado dirigida a la anulación de la legitimidad moral del Derecho y de las Instituciones Públicas, se distinguió por realizar una intensísima propaganda oficial en contra de la doctrina cristiana de respeto a la vida y a la dignidad de todos los seres humanos.”²⁷

Se ve pues que el respeto a la dignidad humana es un verdadero principio *ius cogens* del Derecho Internacional, fortaleciendo a los individuos ante sus Estados así como ante los Estados extranjeros. Es en este ambiente que el Derecho Internacional empezó a crear mecanismos de responsabilización internacional, incluso con aplicación de medidas coercitivas en ocasiones extremas. No se puede olvidar, pues, que ningún Estado vive aislado, sino incluido en un orden internacional. La situación de la comunidad internacional hoy demanda que los Estados contemporáneos se adapten a los intereses de toda la humanidad. Así que si un Estado, dondequiera que esté ubicado, percibe una violación de Derechos Humanos de refugiados en su territorio, este debe actuar inmediatamente para cesar tal transgresión, so pena actuación de los mecanismos de los organismos internacionales.

Referencias

El DIARIO. ESPAÑA. Disponible en: https://www.eldiario.es/internacional/refugiados-venezolanos_Brasil-sobrepasa-gobiernos_0_805969819.html

AJUFE. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponible en: <https://ajufe.org.br/imprensa/noticias/7501-imigrantes-e-refugiados-poderao-esclarecer-duvidas-em-mutirao-promovido-pela-justica-federal-do-rio-grande-do-sul>

SHAPIRO, Kam. Carl Schmitt and the Intensification of Politics. Blue Ridge Summit, US: Rowman & Littlefield Publishers, 2008. ProQuest ebrary. Copyright © 2008. Rowman & Littlefield Publishers. All rights reserved.

prudencia del Tribunal Constitucional. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2009. Disponible en <http://0-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/reader.action?docID=10485768>. Acceso en 29/03/2016.

²⁷ PASCUAL LAGUNAS, Eulalia. Configuración jurídica de la dignidad humana en la juris-

VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Volume II. Madrid. Editorial Tecnos. 1977. P. 127.

WALKER, Neil. Constitutionalism and Pluralism in Global Context. Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond. Edited by Matej Avbelj and Jan Komárek. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing. 2012. P. 21.

GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. Constitución y ordenamientos supranacionales. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012. P. 460.

HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid. Tecnos. 2002. P. 259.

VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Volume III. Madrid. Editorial Tecnos. 1976. P. 58.

RAMÍREZ, Luis Felipe Piedrahita. La soberanía como responsabilidad y los fundamentos del nuevo intervencionismo humanitario. Estudios de Filosofía. Jun 2015 (51):45-74. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-36282015000100004&lng=en&tlng=en. Acceso en 23/02/2016.

VILLA, Dana R.. Politics, Philosophy, Terror : Essays on the Thought of Hannah Arendt. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 1999. ProQuest ebrary. Disponible en: <http://0-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/reader.action?docID=10031914>. Acceso en 31/03/2016.

SENSEN, Oliver. Kant on Human Dignity. Berlin/Boston, DE: De Gruyter, 2011. ProQuest ebrary: Disponible en: <http://0-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/reader.action?docID=10515760>. Acceso en 31/03/2016.

UNITED STATES MEMORIAL MUSEUM: Disponible en: <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007021>. Acceso en 31/03/2016.

EL MUNDO: “Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/10/15/561fcde022601d1a738b45e4.html>. Acceso en 31/03/2016.

THE TELEGRAPH. David Cameron rejects calls to take 3,000 orphaned child refugees from Europe. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/immigration/12126267/David-Cameron-rejects-calls-to-take-3000-orphaned-child-refugees-from-Europe.html>. Acceso en 31/03/2016.

THIEBAUT, C. (2010). Tolerancia y hospitalidad. Una reflexión moral ante la inmigración, Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura, ISSN 0210-1963, N° 744, 2010 (Ejemplar dedicado a: Políticas migratorias y sociedad integrada = Migration Politics and Integrate Society), páginas 543-554. También Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3272934>. Acceso en 15/03/2016.

DAILY MAIL: “Anne Frank's stepsister who survived Auschwitz has compared Donald Trump to Adolf Hitler.. Acceso en 31/03/2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Revista Brasileira de Direito, ISSN-e 2238-0604, Vol. 7, N°. 2, 2011 (Exemplar dedicado a: Revista Brasileira de Direito), 49-67.

BUENO, Roberto. A democracia e seus fundamentos em Norberto Bobbio. Eidos: Revista de Filosofía, ISSN-e 2011-7477, N°. 12, 2010, 88-118: “Salienta Ruiz-Miguel uma das frases prediletas de Bobbio de que as democracias justamente se caracterizam pelo princípio de que preferem contar cabeças (e fazê-las contar) do que cortá-las (cf. Ruiz-Miguel, 1994, p. 126). Em outro momento, quando aborda o problema dos direitos humanos, Bobbio volta a referir-se ao valor da

democracia como processo de solução de conflitos de forma pacífica (cf. Bobbio,(1993c, p. 14). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3256937>. Acceso en 31/03/2016.

MANSILLA, Hugo Llanos. La persona humana como sujeto de derecho internacional. Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 12, N° 1, 1985, 107-121: Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649484>. Acceso en 31/03/2016.

CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. Disponible en www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../es_ddhc.pdf. Acceso en 29/03/2016.

MEJÍAS, Antonio Varón. Orden público internacional y normas "ius cogens"una perspectiva desde la comisión de derecho internacional y la convención de Viena de 1969:"Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3295808>. Acceso en 31/03/2016.

ARRIETA, Itziar ruiz-Giménez. La historia de la intervención humanitaria: el Imperialismo altruista. Madrid. Catarata. 2005. P. 12.

PASCUAL LAGUNAS, Eulalia. Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

España: J.M. BOSCH EDITOR, 2009. Disponible en <http://0-site.ebrary.com.fama.us/es/lib/unisev/reader.action?docID=10485768>. Acceso en 29/03/2016.

CONTRATOS COLIGADOS E RESPONSABILIDADE DO FINANCIADOR POR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO.

Tiago Bitencourt de David

Juiz Federal Substituto - Terceira Região.
Mestre em Direito (PUCRS).
Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER).
Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha).
Bacharel em Filosofia (UNISUL).

Resumo

O presente artigo explora algumas possibilidades de compreensão a respeito da influência do adimplemento defeituoso do contrato de compra e venda sobre o respectivo financiamento imobiliário. Perquirem-se as razões pelas quais a jurisprudência vem responsabilizando a instituição financiadora em alguns casos e em outros não, averiguando-se a correção dos argumentos que levam a tal diversidade de resultados. Para tanto, examina-se a figura dos contratos coligados e sua utilização em situação como a da coexistência da aquisição de imóvel e empréstimo contraído para tal finalidade.

Palavras-chave: contratos coligados; vício de construção; responsabilidade do financiador.

Abstract

This article explores some possibilities of comprehension about the influence of breach of warranty on a buy-sell agreement about the respective financing. Asserting the reasons why the jurisprudence comes blaming the financier in some cases and doesn't in others, searching the correctness of arguments that sustain the diversity of results. Indeed, examining the linked contracts institution and this practice in the case of buy-sell and the loan utilized to this aim.

Keywords: linked contracts; construction defect; financier liability.