

# El derecho como garantía de lo ético. La salvaguarda de los derechos humanos

The Law as a Guarantee of the Ethical:  
The Safeguard of Human Rights

Jesús Pedro PAYO DE LUCAS

Universidad Nacional de Educación a Distancia/ IES Aldebarán de Fuensalida, Toledo.

*jesuspayo@yahoo.es*

Recibido: 28/11/2012

Aprobado: 24/04/2013

## Resumen:

El presente artículo pretende establecer las relaciones entre la Ética, la Moral y el Derecho desde las vertientes iusnaturalista y positivista. Y la conexión de estos niveles, el ético y el jurídico especialmente, se nos propone claramente en relación con los derechos humanos. En este sentido cabe citar además, por su actualidad, el iusalternativismo. En este contexto se hace imprescindible examinar el fundamento o fundamentos de los derechos humanos que permitan su protección en el futuro, sobre todo desde el punto de vista del consensualismo. Por último, nos centramos en la estructura de los derechos humanos y la necesidad de su persistencia para evitar tragedias humanas como fueron las experiencias deshumanizadoras del Holocausto, del genocidio y de los campos de exterminio.

*Palabras claves:* Iusnaturalismo, Positivismo Jurídico, Consensualismo, Holocausto, Genocidio.

**Abstract:**

The present article tries to establish the relationship between Ethics, Morality and Law from the iusnaturalistic and positivist point of view. We clearly show the link between these levels, especially the ethical and legal, and human rights. In this respect the paper also cites, because of its present importance, an ius-alternativism. It is essential in this context to examine the foundation or foundations of human rights that allow for its future protection, above all from a consensualist point of view. Finally, we focus on the structure of human rights and the necessity for their persistence in order to avoid tragedies such as the dehumanizing experiences of the Holocaust, genocide, and extermination camps.

*Keywords:* Iusnaturalism, Juridical Positivism, Consensualism, Holocaust, Genocide.

**I. La conexión entre los niveles éticos y jurídicos. El Derecho como garantía de la ética/moral**

¿Es la ética o la moral independiente del derecho? ¿Constituyen esferas autónomas? Podría decirse que sí, si enfocamos el problema desde el punto de vista kantiano: la moral es el reino del deber. La ética gira en torno a los imperativos categóricos: aquello que se hace por deber, sin consideración de sus consecuencias: los mandatos de una razón práctica. Sin embargo, el derecho giraría en torno a los imperativos hipotéticos: los mandatos conforme a las leyes heterónomas que no se da la conciencia, sino que las impone el Estado. La dimensión ética en esta perspectiva kantiana es trascendental, mientras que el derecho es claramente categorial. Pero también podría afirmarse la mutua autonomía desde la perspectiva del positivismo jurídico que ha solido configurarse como una contrafigura de la posición kantiana. La ciencia del derecho se funda proclamando su autonomía respecto de la ética y de un ideal único de justicia: la esfera jurídico-positiva no es conmensurable con la esfera de la ética.

Pero considerando histórica y antropológicamente que el derecho se define como un conjunto de normas reguladoras del comportamiento humano en una determinada sociedad, que se fijan y hacen obligatorias con la aparición del Estado o del poder público, es imposible no establecer relaciones entre ambos niveles (el ético/moral y el jurídico) puesto que el derecho es un sistema que hace posible la efectividad de la ética, su positividad. Si entendemos la ética como un conjunto de normas que promueven la seguridad e integridad personal del individuo, y la moral como el conjunto de normas que se dirigen a la estabilización, conservación y progreso de una sociedad –el conjunto de sus *mores*–, podemos entender que la efectividad de la protección individual y social a través de normas sólo puede hacerse operativa a través del derecho positivo, de la legalidad. En cualquier caso, la ética como conjunto de virtudes que tiene que ver con el individuo y la sociedad se engrana con el derecho que si bien no refleja unívocamente las normas éticas y morales, sí que las positiviza, las ajusta, resuelve sus posibles enfrentamientos, etc.

La conexión de ambos niveles, el ético y el jurídico, se nos propone en relación con los derechos humanos (por ejemplo, los recogidos en la declaración del 1789 o de 1948, porque la proclamación política de los mismos no se hizo sino en la revolución francesa, si bien su proclamación teórica puede retrotraerse a Locke y a los ilustrados), y lo primero que cabría hacer es una consideración sobre el propio término *derechos*. Porque el término no es exento, no es independiente de la perspectiva sobre qué sea lo ético, lo moral o lo jurídico. ¿Cabe interpretarlo en el sentido exclusivo de derechos positivos o reconocidos por los códigos legislativos? ¿O podemos afirmar que tales derechos existen ya dados positivamente, a un nivel no jurídico, antes de su reconocimiento en una declaración o mediante la ley? Es, en definitiva, el enfrentamiento entre las dos grandes corrientes que se han enfrentado en la Historia del Derecho: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en este caso aplicado a los derechos humanos.

## **II. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico como filosofías del Derecho en general y de los derechos humanos en particular. Otras alternativas derivadas**

El iusnaturalismo podría definirse como aquella doctrina que considera que existe una fuente heterónoma que legitima el derecho positivo: la ley natural no escrita, que es inmutable y eterna porque depende de la naturaleza misma de las cosas, del ajustamiento racional al deber ser o de la voluntad divina. “Son tres las ideas que han servido de fundamento al derecho natural –dice el axiólogo alemán Helmut Coing–: la idea de justicia, la idea de libertad moral y la idea de ciertas regularidades o legalidades en la naturaleza del hombre”.

El positivismo jurídico, sin embargo, afirma, como vimos, la autonomía del derecho positivo, tanto en relación con la supuesta ley natural como respecto de cualquier otro condicionamiento de tipo histórico o axiológico. Para el positivismo no hay una naturaleza humana fija, estable y universal que, dotada de una legalidad inmutable, sirva de fundamento metajurídico al derecho positivo creado por un Estado e impuesto coactivamente: no hay derecho natural porque la naturaleza humana es un producto cultural y las leyes no son más que la consecuencia de un asenso social.

Indudablemente, ambas posiciones tienen una virtualidad crítica innegable al tiempo que arrostran compromisos metafísicos. El iusnaturalismo critica que los derechos humanos solamente puedan derivarse como tales derechos a partir de los ordenamientos jurídicos positivos, mientras que mantiene la metafísica de una naturaleza humana permanente y autónoma. Y el positivismo se opone a semejante metafísica y sostiene la estricta positividad de los derechos y, por lo tanto, la tesis metafísica del relativismo, en una u otra versión. Bien cierto es que, después de la “Filosofía del Derecho” de Hegel, el iusnaturalismo llegó a reconocer la gran influencia que los factores históricos han tenido en la conformación de los ideales de justicia y en la idea de naturaleza humana, como después de Kelsen es inevitable reconocer la posibilidad de construir una ciencia jurídica rigurosa, basándose en criterios formales. Y en el caso del positivismo no sólo se reconoce la importancia de los ideales y de las valoraciones como trampolines críticos de los ordenamientos jurídicos, sino que, además, se trata de positivizar los ideales de nuestra civilización occidental, siendo la declaración de los derechos humanos del 48 un ejemplo de ello.

En cualquier caso, los problemas de la realización de la idea de justicia, de las

relaciones entre justicia y derecho siguen vivos e, históricamente podría citarse a movimientos como la axiología, que trata de oponerse al relativismo positivista y marxista, mediante la definición de una esfera de valores permanentes entre los que puede establecerse una clara jerarquía. Los valores no son cosas naturales, sino que deben ser y, por tanto, han de acabar triunfando sobre la realidad que les impide su realización en el derecho. Los valores no se justifican por su pasado, sino por su futuro, lo que implica una dialéctica similar, de algún modo, al marxismo que la axiología pretende combatir. Como también podríamos citar al iusalternativismo (uso alternativo del derecho), que comienza reconociendo el carácter clasista y formalista del derecho y que aboga por la introducción de mecanismos correctores en la práctica cotidiana de la justicia, favoreciendo al débil y al oprimido y alentando el ideal de igualdad en el marco de las sociedades capitalistas.

Todo ello parece justificar pragmáticamente la afirmación del filósofo francés Jacques Maritain cuando, tras la aprobación de la declaración del 48, en la que personas de ideologías opuestas mostraban su acuerdo en una lista de derechos, decía: “Estamos de acuerdo en lo tocante a estos derechos, pero con la condición que no se nos pregunte el porqué”. Recomendación prudente porque los signatarios de la Declaración de la ONU, si bien estaban de acuerdo en la naturaleza de la obligación de la misma (la Asamblea General de las Naciones Unidas), discrepaban, sin embargo, en el fundamento material de sus contenidos.

### **III. Sobre el fundamento de los Derechos Humanos**

Al relacionar Ética y Política, o al hablar tanto de las normas políticas como de las éticas o morales, podemos distinguir entre el contenido de las mismas (lo que puede llamarse su fundamento material) y la fuerza de obligar que las sustentaba (lo que podría llamarse su fundamento formal); ambos momentos son indisociables, aunque sí puedan discernirse, porque apelar a la fundamentación de los derechos humanos (aquello a lo que se refería paradójicamente Maritain) no es otra cosa que elaborar una teoría filosófica sobre los mismos.

En relación con los derechos humanos ha habido posiciones consistentes en afirmar que lo verdaderamente importante de los derechos humanos no es fundamentarlos, sino protegerlos. Como solución pragmática valga, pero no hay que dejar de considerar que ningún derecho está exento, sino que tiene una historia, un itinerario que constituye su fundamento, y que no hay protección completa si no depende de la fuerza de su fundamentación. En cualquier caso, la fundamentación de los derechos humanos sólo cabría buscarla en el hombre mismo o en otros niveles más allá del hombre, digamos que sobrehumanos o infrahumanos. Y en este sentido una de las fundamentaciones tradicionales, propia del agustinismo político es la fundamentación teológica de los derechos humanos. Es común en las religiones monoteístas acudir a los libros sagrados para encontrar tanto el fundamento de los contenidos como de la fuerza de obligar de los derechos humanos. Y, a pesar del papel positivo del cristianismo en la declaración de los derechos humanos, también es históricamente cierto que la proclamación de los mismos a principios del siglo XVIII fue perfilándose a partir de la crítica a los fundamentos teológicos o sobrenaturales dados por las tradiciones culturales cristianas.

En el otro extremo encontramos las fundamentaciones factualistas que ponen el hecho mismo de la vigencia jurídica de los derechos como su base. La versión más corriente de este *factualismo* está en el *consensualismo*, sobre todo si el consenso es virtualmente

universal y se concreta en formulaciones casi-jurídicas. Dice Bobbio: “[...] consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en cierto modo, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”.<sup>1</sup>

La otra posibilidad que queda abierta es la de la fundamentación de los derechos humanos en el hombre mismo, históricamente considerado, no como especie única, sino como conjunto de sociedades que tienen ritmos de desarrollo y evolución sociocultural distintos. Ello quiere decir que los derechos humanos tienen una génesis que ni es homogénea ni simultánea en relación con los hombres como individuos socialmente configurados (El hombre fuera de la sociedad política, decía Aristóteles, es o bien algo más o algo menos que hombre. Y sería en el marco diverso y no siempre armónico de esta sociabilidad donde habría que encontrar la fundamentación específica de los derechos humanos). En esta línea entendemos que se desarrolla la posición de la ética materialista de Gustavo Bueno cuando establece el fundamento de los derechos humanos en la misma individualidad orgánica de los hombres, en cuanto que sujetos corpóreos operatorios:

En la medida en que llamamos éticos a estos deberes, que van referidos a los cuerpos individuales, cabría reexponer nuestra tesis diciendo que los fundamentos materiales de los derechos humanos se encuentran en las normas éticas y que sus fundamentos formales se encuentran, en primer lugar, en la moral (los mores) en los cuales se integran y consolidan aquellas normas éticas y, en último lugar, en el mismo ordenamiento jurídico de los diferentes sistemas de normas morales en concurrencia o conflicto mutuo, en tanto tal ordenamiento logra mantener a flote las normas éticas<sup>2</sup>.

#### IV. La estructura de los Derechos Humanos

La Declaración del 48, aprobada por lo más parecido que pueda haber a un Parlamento universal que hable en nombre de la Humanidad, consta de un preámbulo en el que parte de la constatación de que los derechos humanos ya existen, antes de su reconocimiento, y que ha sido su violación, desprecio u olvido el que ha causado las grandes tragedias de la Humanidad, como la que acababa de concluir tres años antes. Y a continuación ofrece una lista sin ninguna división en títulos o apartados, de 30 artículos en los que se reconocen tales derechos. Da por supuesto que tales derechos existen y no entra en la cuestión de la fundamentación por las razones antedichas. Todo ello hace que la declaración tenga un carácter necesariamente genérico y abstracto y que considere como sujetos de atribución de los derechos declarados a los individuos personales, a las personas individuales (sólo en una ocasión, el punto tercero del artículo 16, hace de la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad y le reconoce el derecho de la protección de la sociedad y del estado). Ahora bien, es fácil advertir en la Declaración bloques diferentes. Aquí exponemos la distinción que Bueno encuentra, que no es de tipo histórico, sino sistemático. El primer bloque (del 1 al 24) agruparía los derechos orientados a desligar al individuo de su matriz social o política, dándole un conjunto de facultades absolutas (desde la razón y la conciencia, hasta su derecho a no ser sometido a tortura) que constituirían la esfera de su

<sup>1</sup> “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de los derechos humanos*, 1982.

<sup>2</sup> Bueno, Gustavo. *El sentido de la vida*. Oviedo, Pentalfa Ediciones, 1996, p. 361.

individualidad personalizada. El segundo bloque (15 al 29) agruparía a los derechos que podrían considerarse orientados a establecer líneas de reincorporación del individuo abstracto, ya constituido como persona, a los contextos sociales y políticos mediante el otorgamiento de facultades relativas a los mismos, pero manteniendo en todo caso la perspectiva subjetiva ética, en conflicto virtual con las obligaciones morales. Este segundo bloque comprendería a su vez dos subgrupos: primero, el de las fórmulas orientadas a definir las facultades relativas en función de estructuras propias de la sociedad civil (artículos del 1 al 15). Por ejemplo: “Art. 15. Todo individuo tiene derecho a una nacionalidad”. En segundo lugar, las fórmulas orientadas a definir las facultades relativas en función de estructuras propias de la sociedad política (artículos del 21 al 30). Por ejemplo: “Art. 21. Toda persona tiene el derecho de tomar parte en la dirección de los asuntos públicos de su país”.

## **V. La Experiencia del Holocausto**

Como antítesis y negación de los Derechos Humanos aparece la experiencia del holocausto. Partimos del significado griego de *holokauston*: La cremación total de la víctima hasta que no queden más que sus cenizas. El holocausto es la amortización de los derechos humanos, de la justicia, de la moral. Es la destrucción biológica, económica, política, religiosa y de la memoria de muchas culturas, especialmente la judía. Representa la violación de los vínculos espirituales de los humanos con la naturaleza y el cosmos.

Los que han sobrevivido a las guerras y genocidios del siglo XX, han tenido enorme dificultad en expresar sus experiencias. En los campos de concentración y exterminio judíos, el horror vivido se encontraba más allá de lo que el lenguaje puede expresar. La angustia y el terror conducen al abismo, a la pérdida del sentido de la realidad, pues la víctima traspasa la frontera de lo que se puede decir. Aparece la incapacidad de describir la destrucción, lo cual conduce al olvido de la experiencia. Muchas víctimas acaban en el silencio.

El genocidio judío significa la deshumanización, la pérdida de todo derecho, el abuso de la ciencia como queda demostrado en los campos de exterminio europeos. Además significa la indiferencia de instituciones y aparatos técnicos. Las víctimas son incontables, se expanden en el tiempo de forma ilimitada, pues comprende a millones de humanos aniquilados, muchos de ellos sin dejar rastro. Es la muerte frente a la vida, la inversión metafísica del ser. El triunfo de la nada, la expresión del nihilismo moderno. El holocausto representa la devastación a gran escala, desde los campos de reconcentración de la Cuba colonial, a los campos nazis o los gulags soviéticos. Todos ellos representan el límite del sentido, la existencia del vacío como condición de nuestra modernidad.

El genocidio representa la nada como principio teológico, moral, epistemológico y político. Representa el fracaso de la ciencia moderna. Sólo queda la suspensión escéptica del logos tecnológico, civilizador. Es el triunfo de Leviatán, el principio del terror y la muerte desde el poder político, desde el estado y la ley. Desde la política se intenta la disolución del ser humano, del ser físico y social, aboliendo la imaginación y la emoción. Se disuelven todos los vínculos comunitarios humanos, dando paso a la violencia característica del estado absoluto, disolviendo la memoria y la sensibilidad del pueblo judío, dando lugar al triunfo de un determinado tipo de conciencia hegemónica. Y la consecuencia existencial, como advierte Hegel, es la angustia, la transformación de la vida en la muerte, del ser en el no ser.

La angustia se instala en el sujeto. Y se produce la inversión de los valores: la muerte es la energía que incita al trabajo, que fortalece una cultura, que impulsa un determinado progreso, el progreso de la razón del mal. Aparece una nueva construcción mística, filosófica y política, la del terror. Lo negativo se impone y permanece, la destrucción y la aniquilación como fundamento del humanismo. Aparece en el planeta la idea de devastación incontrolable, el sacrificio, la destrucción absoluta del ser, la amenaza del holocausto de la humanidad. Es un nuevo modo de dominación absoluta en búsqueda de la supremacía global por parte de un grupo de hombres frente a una masa humana planetaria dispuesta a perecer como consecuencia de la violencia y de la degradación social. La nada se convierte en el principio de soberanía universal, aniquilando todo lo subsistente. Es una consecuencia ontológica. Es la nueva visión de la humanidad: la visión del límite de la supervivencia.

Hegel, y también Nietzsche, subrayaron el significado básico de la violencia como el sustrato básico de la separación de la conciencia y de la vida, de la imposición de las relaciones humanas entre sumisión y obediencia, y a partir de esa violencia se genera un complejo universo moral y político de jerarquías, deberes y servicios cuya existencia se excusa como claves para el progreso histórico de la humanidad. Pero en el fondo ambos pensadores hicieron ver que cualquier violencia, y sobre todo el holocausto, representa la regresión de la humanidad, el triunfo del totalitarismo y el genocidio, del terror y el temblor.

El holocausto judío es la consecuencia última de la violencia y de la guerra, del estado de excepción, del estado totalitario. Esta perspectiva política arranca en Hobbes y se plantea en el siglo XX bajo nuevas estrategias. El genocidio es el último grito del resentimiento, del triunfo de la economía destructiva y del triunfo del poder desnudo. Es el triunfo de la infelicidad y del malestar en la cultura, de la desintegración y de la agresividad social. No debemos olvidar los vaticinios de genocidios, escarnio y horror que tanto Nietzsche como Freud anunciaron para el siglo XX.

Las teorías del estado totalitario de Hobbes y Carl Schmitt anunciaron la instauración de la muerte, la angustia y el horror en el interior de la vida de los hombres, en el interior de la conciencia racional, en la política y en la universalidad de la ley. Es el triunfo de la muerte, de la muerte como vacío. Por eso decimos que tras el holocausto comienza el posthumanismo. Del mismo modo, el *Novum Organum* de Francis Bacon representa el triunfo epistemológico de la ciencia, de la expansión y la explotación, representa el triunfo de la ciencia que busca el principio de rentabilidad, de la productividad y de la potencia. Bacon pide el desarrollo, la expansión del conocimiento bajo una nueva ciencia inductiva, cuyo objetivo fuera la dominación tecnológica y el dominio de la memoria y de la filosofía. Su nueva epistemología científica se reduce, como vemos, a puro dogmatismo. El progreso no coincide con la prosperidad de todos los humanos, ni con el triunfo de la libertad, sino con la dominación de unos sobre otros. *Novum Organum* de Bacon ha justificado la rapiña y el dominio territorial, el amasar riquezas y el someter a pueblos enteros en nombre del progreso y de la ciencia. Ha justificado la destrucción de la moral, de expresiones artísticas e intelectuales, la supresión de la dignidad del ser humano. Ha conducido al instinto de destrucción y la voluntad hacia la nada, como afirma Eduardo Subirats.

La civilización occidental, tras el exterminio, se hace nihilista. La historia de nuestro último siglo deja a nuestros ojos un proceso de devastación, negación y vaciamiento del hombre y sus derechos, de la justicia y de la moral. Europa, África y Latinoamérica son objeto de expolios y genocidios. Tras dos guerras masivas se trató de eliminar aquello que recordara al islam, judaísmo o a la cultura gitana. Se arrasan culturas como la de

Corea, Vietnam, Laos y Camboya. El imperio soviético líquida restos de la cultura islámica, Chechenia, Afganistán; China lo hace con la cultura tibetana. Estados Unidos devasta Hiroshima y Nagasaki con bombas nucleares. Sangre y destrucción, persecución y horror, tortura y corrupción, muerte sacrificial. Desintegración humana y de la sociedad, espacios laberínticos y vacío de poder. Soledad y angustia en la alienación del ser. Un ser alienado y dañado, como afirma Kafka en alguna de sus obras: *la muerte del humano*.

El genocidio significa la muerte del hombre, la condición terminal del sujeto histórico, el final de la luz de la razón, la dominación agresiva, el vaciamiento de los sentidos, el aniquilamiento de la memoria y de la capacidad reflexiva, el final del “cogito ergo sum”. La disolución de los vínculos intelectuales, sentimentales y sexuales de cualquier comunidad, la negación de la existencia. La muerte del hombre significa la existencia dañada, biológica y políticamente manipulada, torturas. Adorno o Anders lo ponen de manifiesto en sus estudios sobre las sucesivas catástrofes civilizatorias de nuestro tiempo.

El nazismo legitimó el humanismo científico, como instrumento de aniquilación total de la humanidad, con su totalitarismo basado en su propia naturaleza técnica. Ha banalizado la experiencia del holocausto, ha distorsionado violentamente la realidad, construyendo la nueva moral de la manipulación, del confinamiento carcelario, de la descomposición final, del fin de la existencia, de la regresión intelectual y moral en la conciencia humana. Y el ejemplo es Eichmann, ejemplo de banalización y cinismo. Responsabilizó al aparato del Estado para legitimar sus propios crímenes bajo el principio de obediencia y banalidad del mal, según afirma Hanna Arendt. Buscó legitimar el genocidio, la guerra total, la dominación y el poder despótico, inhumano y corruptor, el vacuum absoluto. Eichmann se convierte en el representante del terror absoluto, el temible Dios Leviatán, Abaddon, el ángel exterminador del Apocalipsis.

## **Bibliografía**

- Adorno, Theodor, *Dialéctica de la Ilustración*, Ediciones Akal, 2007.
- Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Debolsillo, 2006.
- Bacon, Francis, *Novum Organum*, Barcelona, Debolsillo, 1979.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los Derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Bueno, Gustavo, *El sentido de la vida*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 1996, págs. 337–375, Lectura quinta, Los «derechos humanos».
- Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1961.
- Fernández-Galiano, Antonio; de Castro Cid, Benito, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. Madrid, Universitas, 1999.
- Hegel, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1968.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1986.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.
- Ricoeur, Paul (coord.), *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Barcelona, Serbal/UNESCO, 1985.
- Subirats, Eduardo, *Figuras de la conciencia desdichada*, Madrid, Taurus, 1979.
- *El continente vacío: la conquista del nuevo mundo y la conciencia moderna*, Anaya, Madrid, 1994.
- *Viaje al fin del paraíso*, Buenos Aires, Losada, 2004.
- *Violencia y Civilización*, Buenos Aires, Losada, 2006.