

PILAR ZAMBRANO  
JUAN CIANCIARDO

# LA INTELIGIBILIDAD DEL DERECHO

UNIVERSIDAD DE NAVARRA  
PAMPLONA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I. LOS <i>A PRIORI</i> DE LA CULTURA DE DERECHOS</b> .....	13
1. PLANTEAMIENTO .....	13
2. LAS PRETENSIONES IMPLÍCITAS EN ALGUNOS DE LOS RASGOS DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS ..	15
2.1. Los derechos y su reconocimiento .....	15
2.2. La proyección internacional del reconocimiento y la protección de los derechos .....	19
2.3. Los derechos y los principios iusfundamentales .....	23
2.4. La justificación y los alcances del principio de proporcionalidad .....	25
2.5. La razonabilidad como exigencia de la decisión judicial .....	
3. EN BUSCA DE UNA COMPRENSIÓN .....	30
3.1. Derecho y OMI .....	33
3.2. Hacia las razones últimas .....	38
3.3. Los presupuestos lógicos de las pretensiones de corrección y de objetividad .....	42
<b>CAPÍTULO II. ¿PARA QUÉ UN DERECHO QUE REMITE A LA MORAL?</b> .....	47
1. LA ADOPCIÓN DEL PUNTO DE VISTA INTERNO Y EL PROBLEMA DE LA RELEVANCIA DEL DERECHO ..	47

	<u>Pág.</u>
2. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO Y LA RELEVANCIA DEL DERECHO COMO RAZÓN PARA LA ACCIÓN .....	52
3. LOS PRESUPUESTOS DE LA PREGUNTA ACERCA DE LA RELEVANCIA DEL DERECHO .....	53
3.1. Primer presupuesto: el individuo desea tomar en cuenta principios morales y actuar en consecuencia .....	53
3.2. Segundo presupuesto: el individuo sabe lo que disponen los principios morales .....	56
3.2. Tercer presupuesto: los principios morales siempre estipulan una solución (y no varias) .....	57
4. UNA RELECTURA DE LA EXISTENCIA Y LA COGNOSCIBILIDAD DEL OMI COMO FUNDAMENTO DE LA RELEVANCIA DEL DERECHO .....	57
5. UNA RELECTURA DEL PRESUPUESTO DE LA NATURALEZA CONCLUYENTE DE LA MORAL COMO FUNDAMENTO DE LA RELEVANCIA DEL DERECHO ....	62
5.1. El Derecho como práctica colectiva .....	62
5.2. Un razonamiento jurídico en dos niveles .....	64
5.3. La superación de la paradoja de la irrelevancia en el razonamiento práctico .....	67
5.4. La superación de la paradoja de la indeterminación radical del derecho positivo .....	68
6. RECAPITULACIÓN .....	69
7. LA PERSISTENCIA DEL REGRESO AL INFINITO, LA CIRCULARIDAD Y LA FALACIA NATURALISTA .....	71
8. LA PERSISTENCIA DE LA CIRCULARIDAD TAUTOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO .....	79
<b>CAPÍTULO III. EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE PARA LA ACCIÓN. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA IUSNATURALISTA DEL DERECHO DE JOHN FINNIS .....</b>	<b>85</b>

	<u>Pág.</u>
1. PLANTEAMIENTO .....	85
2. LAS MOTIVACIONES PARA ACTUAR: RAZÓN DIRECTIVA, RAZÓN MORAL Y EMOCIÓN O INTERÉS ...	87
2.1. Razón pre-moral y razón moral .....	87
2.2. Razón y emoción .....	92
3. EL DERECHO COMO RAZÓN PARA LA ACCIÓN .....	94
4. EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE .....	99
5. LA OBLIGACIÓN MORAL Y LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE OBEDECER AL DERECHO .....	102
6. ALGUNAS DIFICULTADES EPISTÉMICAS EN LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIÓN EN SENTIDO JURÍDICO Y OBLIGACIÓN EN SENTIDO MORAL .....	105
7. RECAPITULACIÓN .....	112
<b>CAPÍTULO VI. LA RELEVANCIA DEL DERECHO Y SU CONEXIÓN INTERPRETATIVA CON LA MORAL Y LA POLÍTICA .....</b>	<b>115</b>
1. PLANTEAMIENTO .....	115
2. LOS DESAFÍOS COGNITIVOS DE LA INTEPRETACIÓN CONCRETA O JUDICIAL .....	119
2.1. El problema de la variabilidad .....	119
2.2. Los desafíos del juicio de individuación de los hechos del caso: perspectiva externa, intencionalidad y libertad .....	120
2.3. Los desafíos cognitivos del juicio de imperio: la indeterminación del futuro .....	124
3. KELSEN Y LA AUTONOMÍA DE LA TIPIFICACIÓN JURÍDICA .....	125
3.1. El intento kelseniano .....	125
3.2. Discrecionalidad del juicio de individuación de los hechos y del imperio judicial. Una consecuencia lógica de la autonomía semántica .....	127

	<u>Pág.</u>
4. UNA LECTURA DE RONALD DWORKIN Y SU TESIS DE LA INTERDEPENDENCIA ENTRE JUSTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN .....	130
4.1. Interpretación y justificación como caras de una misma moneda .....	130
4.2. La interpretación judicial: entre la construcción de un derecho ideal y la fidelidad al derecho real .....	131
4.3. Los juicios de la decisión judicial .....	134
5. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DE LA INTELIGIBILIDAD DEL DERECHO .....	136
5.1. Una defensa de la lectura moral del Derecho como corolario inevitable de la naturaleza discursiva y práctica del Derecho ..	136
5.2. De la intención a la teleología. La ambivalencia de la capacidad orientativa del thelos .....	138
5.3. Circularidad o tautología .....	140
5.4. Convencionalismo semántico y tautología .....	142
5.5. Hacia una superación de la tautología y del regreso al infinito: sobre la inteligibilidad intrínseca de conceptos, fines y acciones .....	147
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>151</b>

## INTRODUCCIÓN

El análisis de los rasgos más característicos del Estado constitucional de Derecho por el que nos toca en suerte transitar permite concluir que en él es evidente la conexión entre Derecho, Moral y Política. Esta conexión, como afirmó Nino, permite al menos potencialmente justificar al Derecho (da razón de su existencia, lo fundamenta) e interpretarlo (resolviendo los problemas que plantean su textura abierta, sus ambigüedades u opacidades). Lo hace, en última instancia (ya veremos que hay etapas intermedias que recorrer), inteligible. Sin embargo, la aceptación de esa evidencia y el ejercicio satisfactorio de uno y otro rol generan varias preguntas inquietantes. Por ejemplo: ¿cuánta Moral es admisible en el Derecho? y ¿qué Moral se relaciona con él, entre las múltiples concepciones acerca de lo bueno que existen? Cuanto mayor sea la conexión, menor será, al menos hipotéticamente, la relevancia del Derecho: es decir, cuanto más necesario sea acudir a la Moral para resolver los problemas jurídicos y para fundamentar al Derecho, entonces menos importante será el Derecho mismo, más se justificarán las dudas que habrá acerca de su trascendencia y mayor será la importancia de los jueces con jurisdicción constitucional. Por otro lado, paralelamente, cuanto más debatidos sean los principios morales con los que el Derecho de modo necesario se relaciona, menos se justificará su existencia, más discutibles serán las decisiones que se adopten con base en él y más difícil será diferenciarlo de la violencia. De modo paradójico, una conexión máxima entre Derecho y Moral pareciera hacer del Derecho un fenómeno superfluo e irrelevante (la Moral alcanzaría), y una conexión mínima produciría, al menos a primera vista, idéntico efecto (el Derecho no sería otra cosa que el rostro amable de la violencia).

Preguntas y temas que dan razón de ser a este libro. El interrogante de fondo que lo vertebra se refiere a las condiciones que permiten que el fenómeno jurídico sea inteligible. Su novedad estriba en la perspectiva desde la que se pretende llevar a cabo una aportación a este debate. Se trata, concretamente, de indagar hasta qué punto pensar en el Derecho como un fenómeno distinto de la violencia (como el producto y la razón de ser de un Estado convencional de Derecho) implica (de manera necesaria, aunque no siempre explícitamente asumida) la asunción de una teoría del discurso que

otorgue primacía a la referencia por sobre el significado, y su conexión con concepciones de la persona y del bien común más robustas de lo que habitualmente tendemos a sospechar (o incluso estamos dispuestos a aceptar) en una sociedad en la que el pluralismo acerca de lo bueno es muchas veces presentado como un absoluto inexcusable.

\* \* \*

En el primer capítulo, «Los *a priori* de la cultura de derechos», nos referiremos a cinco caracteres de la cultura de derechos actual: el hecho de que los derechos humanos son «reconocidos» por los tratados y las constituciones (y no «creados» o «inventados»); la proyección internacional que han adquirido el reconocimiento, la protección y la tutela de los derechos; la distinción entre principios y reglas; el principio de proporcionalidad y la razonabilidad como exigencia de la decisión judicial (§2). Intentaremos mostrar que en cada uno de estos rasgos se formula implícitamente una pretensión de conexión con la Moral y con la Política (§2). En un segundo momento nos preguntaremos por las razones últimas que se esconden en (o subyacen a) esa implícita pretensión de conexión (§3.2) y cuáles son sus presupuestos lógicos (§3.3).

En el segundo capítulo, «¿Para qué un Derecho que remite a la Moral?», trataremos la así llamada «paradoja de la irrelevancia y de la superfluidad» del Derecho en el pensamiento de Carlos NINO. Su abordaje de este problema tiene una profundidad y una originalidad singulares, quizá gracias a su biografía intelectual: para él la Filosofía jurídica fue un punto de llegada, luego de un largo camino que tuvo como escalas el Derecho Penal, la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional. Fue actor y espectador de un momento político muy interesante, el de la emergencia de las democracias en Latinoamérica (en especial, aunque no únicamente, en Argentina, su país), y del reverdecer de las teorías de la justicia: su intento de encontrar un camino que pudiera sintetizar, poner en diálogo y superar las propuestas de RAWLS y de HABERMAS es, por lo menos, digno de ser leído. Propondremos para el estudio de las ideas de Nino la adopción del punto de vista interno: la consideración del Derecho como razón para la acción. La captación de su especificidad requiere distinguirlo como razón de los meros motivos, y de razones de otro tipo (las morales). Como se mencionó al comienzo, esta búsqueda se complica por la inevitabilidad de justificar e interpretar el Derecho de la mano de la Moral (porque sólo la Moral proporciona razones categóricas y concluyentes, como muestra el propio Nino). La pregunta acerca de la superfluidad y la relevancia del Derecho dista de ser una especulación de laboratorio sin impacto sobre el trabajo del operador jurídico, especialmente en nuestros días: en un Estado convencional de Derecho el lugar de los derechos humanos es central, y los derechos padecen —o disfrutan—

de una textura muy abierta. Cuanto más derechos, más conexión (al menos interpretativa) del Derecho con la Moral, menor relevancia del Derecho (de la ley), más poder para el juez (con los problemas que esto conlleva desde el punto de vista de su —como mínimo— cuestionada legitimidad de actuación en el ámbito de la *judicial review*). La tensión entre todos estos factores es fácilmente perceptible en multitud de casos constitucionales actuales. Por otra parte, la irracionalidad está al acecho: si la textura abierta de las reglas reclama principios, la textura aún más abierta de los principios requiere otros principios más abstractos que permitan superar la indeterminación o reglas que lleven a cabo esa tarea. En el primer caso se plantea como problema el de la necesidad de evitar el regreso al infinito o un corte dogmático falaz (el naturalismo); en el segundo, el de no incurrir en una circularidad tautológica. Una y otra dificultad quedarán planteadas, aunque no resueltas, al final de este segundo capítulo (§7 y §8).

En el tercer capítulo nos propusimos ofrecer una descripción y un análisis del Derecho «como razón para la acción» desde la teoría iusnaturalista de John FINNIS. Se intentó dar un paso más respecto de lo estudiado en el capítulo anterior, preguntándonos ahora en qué sentido puede afirmarse que el Derecho es una «razón», en primer lugar, y por qué lo es, en segundo término. Finnis, como veremos, define al Derecho como una razón de un tipo especial: «excluyente», es decir, capaz de cortar la deliberación (el flujo del razonamiento práctico) del agente desplazando posibles razones contrapuestas e imperando una conducta concreta. Sin embargo, este carácter excluyente no impide, en opinión de FINNIS, que el agente pierda su capacidad moral para continuar con la deliberación y juzgar la justicia o injusticia del Derecho. En el desarrollo del capítulo criticaremos (matizaremos) estas dos últimas ideas, basados especialmente en la distinción entre principios y reglas, por un lado, y en la naturaleza del razonamiento práctico, por otro. Sostendremos que el Derecho manifiesta una pretensión limitada, *prima facie*, de obediencia invariable, pero no una pretensión de asentimiento interno invariable a sus reglas.

En el cuarto y último capítulo nos planteamos cómo es, entonces, la conexión justificatoria e interpretativa entre Derecho, Moral y Política. Es quizá el segmento más ambicioso del libro. Partiendo de una crítica a las posturas de Nino (porque su concepción de los principios, pese a su extraordinaria lucidez y creatividad, lo conduce a un regreso al infinito o a un círculo vicioso, y en uno y otro caso, en última instancia, a una falacia) y de Finnis (por lo afirmado en el párrafo anterior), procuraremos identificar las condiciones epistémicas implicadas en la afirmación de que el Derecho es verdaderamente capaz de ejercer un control cualitativo y cuantitativo sobre la dimensión creativa de la adjudicación, evitando su confusión con la Moral, que lo condenaría a la irrelevancia, o con el puro poder, que lo tornaría fútil, indistinguible de la violencia.



\* \* \*

Las primeras versiones de los Capítulos I y II fueron escritas por JUAN CIANCIARDO. Las de los Capítulos III y IV, por PILAR ZAMBRANO. Esas primeras versiones fueron corregidas y en buena medida escritas nuevamente por el coautor que no la escribió, a punto tal que lo que el lector encontrará aquí tiene en ocasiones una relación lejana con la redacción original (aspiramos a haber logrado, como resultado de este trabajo conjunto, más profundidad, coherencia y claridad en el desarrollo de cada uno de los capítulos). De alguna manera, la razón de ser de la coautoría del libro radica en la conexión entre los trabajos precedentes de cada uno de los autores y la secuencia seguida en los temas: los dos primeros capítulos van desde el Derecho constitucional y la Teoría de los derechos humanos hasta la Filosofía del Derecho, y los dos últimos siguen el camino inverso. El proceso que se siguió, como es fácil imaginar, hizo que la elaboración fuese lenta, con idas y vueltas, cambios importantes, discusiones a veces no carentes de firmeza, pero a la vez muy enriquecedor —en todos los sentidos presumibles— para los autores.

\* \* \*

El libro no hubiera podido escribirse sin la enorme generosidad de muchísimas personas que nos brindaron ayuda de múltiples modos. Damos las gracias a Pedro Serna, Carlos Ignacio Massini Correas, de quien tanto hemos aprendido, a los profesores Fernando Toller, Pedro Rivas, Juan B. Etcheverry, Alfonso Santiago, Rodolfo Vigo y Jorge Albertsen, colegas y amigos de la Universidad Austral de la Argentina, con quienes trabajamos desde 1999 hasta 2016, a los profesores Caridad Velarde, Borja López-Jurado, Ángel Gómez Montoro, Pablo Sánchez Ostiz, Luis Barzotto, David Thunder, Ángela Aparisi, María Cruz Díaz de Terán, Fernando Simón, Juan Carlos Hernández y Mercedes Galán (colegas y amigos de la Universidad de Navarra, en la que trabajamos desde 2016), a los profesores María Carmelina Londoño, Juan Fernando Córdoba, Luciano Laise y Fabio Pulido (Universidad de La Sabana), a la profesora María Marta Didier (Universidad Católica de Santa Fe), y a los profesores Guillermo Tenorio, Juan M. Acuña y Luis J. Béjar (Universidad Panamericana). A Gabriel Mora Restrepo agradecemos su aliento y apoyo intelectual y editorial.

Dedicamos el libro a quienes son el sentido último del esfuerzo que está detrás de sus páginas: Cristina Sánchez Zinny (q. e. p. d), Luis Zambrano, Raquel Rocca y Héctor Cianciardo, nuestros padres, y a Teresa, Juan, Pedro, Luis, Guadalupe, Ángeles, Paula y María Cristina Cianciardo, nuestros hijos.

PILAR ZAMBRANO Y JUAN CIANCIARDO  
*Pamplona, diciembre de 2018*

# CAPÍTULO I

## LOS A PRIORI DE LA CULTURA DE DERECHOS

**Sumario:** 1. Planteamiento. –2. Las pretensiones implícitas en algunos de los rasgos de la cultura de los derechos. 2.1. Los derechos y su reconocimiento. 2.2. La proyección internacional del reconocimiento y la protección de los derechos. 2.3. Los derechos y los principios iusfundamentales. 2.4. La justificación y los alcances del principio de proporcionalidad. 2.5. La razonabilidad como exigencia de la decisión judicial. –3. En busca de una comprensión. 3.1. Derecho y OMI. 3.2. Hacia las razones últimas. 3.3. Los presupuestos lógicos de las pretensiones de corrección y de objetividad.

### 1. PLANTEAMIENTO

El reconocimiento de derechos es, sin lugar a dudas, el rasgo más sobresaliente de los sistemas jurídicos contemporáneos. Puede afirmarse, en este sentido, que desde mediados del siglo pasado transitamos una cultura de derechos. Uno de los términos con los que se ha designado este fenómeno es el de «neoconstitucionalismo», que ahora bien podría ser complementado con el de «convencionalismo»<sup>1</sup>. En este capítulo intentaremos defender la tesis de que los aspectos centrales de esta cultura de derechos manifiestan dos pretensiones, que implican, a su vez, una serie de presupuestos lógicos que, en terminología de REINACH, podríamos denominar, respectivamente, los *a priori* formales y materiales del Derecho constitucional y convencional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El carácter supremo o definitivo de las Constituciones estatales y de las decisiones de los órganos judiciales supremos de cada país se ha visto desplazado en lo referente a los derechos humanos por la evolución de los sistemas de protección internacional. Es el caso, por ejemplo, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ámbito en el que desde el año 2000 la Corte Interamericana inició un proceso progresivo de reconocimiento del así llamado «control de convencionalidad», mediante el que interpreta una norma jurídica «y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana» (CIDH, Caso Las Palmeras vs. Colombia, Sentencia de 4 de febrero de 2000, párr. 33). *Cfr.* REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008. En este sentido preciso es que puede hablarse, creemos, de «convencionalismo».

<sup>2</sup> REINACH, Adolf, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, edición, traducción y estudio preliminar de Mariano Crespo, Granada, Comares, 2010. Sobre el interés en el estudio de los *a priori*, *cfr.* RECASENS SICHES, Luis, «Situación presente y proyección de futuro de la filosofía

La primera pretensión es la existencia de un orden axiológico y normativo independiente (que denominaremos de aquí en más orden moral independiente —OMI—) de la propia cultura de derechos y de toda praxis humana. La segunda, directamente ligada con esta primera, es que la validez de la cultura de derechos depende de su nivel de adecuación a ese orden axiológico y normativo independiente (OMI). El presupuesto lógico de estas dos pretensiones, y especialmente de la segunda, es la inteligibilidad intrínseca tanto del OMI considerado en abstracto, como en su relación de adecuación a la cultura de derechos.

Las dos pretensiones aparecen o se manifiestan, al menos, en los siguientes rasgos de la cultura de derechos: a) el reconocimiento de los derechos; b) la relación de los sistemas jurídicos estatales con sistemas jurídicos supraestatales; c) las Constituciones como resultado de un entramado de principios y reglas; d) el principio de proporcionalidad; e) el principio de razonabilidad. Los tres primeros caracteres pertenecen a la estructura de los estados neoconstitucionales; los dos últimos son aspectos de la interpretación autoritativa de los derechos y de su determinación legislativa.

Se examinará, concretamente, la conexión o imbricación entre un OMI y lo siguiente: a) el hecho de que las normas jurídicas referidas a los derechos expresan que se los «reconoce» (y no que se los instituye, crea o inventa); b) las conexiones cada vez más evidentes y profundas entre los sistemas jurídicos estatales y los sistemas jurídicos supraestatales —el neoconvencionalismo—; c) las Constituciones como resultado de un entramado de principios y reglas (no son, no pueden ser, un modelo puro de principios ni un modelo puro de reglas); d) el principio de proporcionalidad, tanto en su fundamentación como en cada uno de sus tres subprincipios; e) el principio de razonabilidad. De este modo se cubrirán varios de los caracteres o aspectos cruciales de la así llamada por Alec STONE SWEET «fórmula básica» del nuevo constitucionalismo difundido desde los años noventa del siglo pasado: «una Constitución escrita, profundamente arraigada, una declaración de derechos fundamentales, y algún modo de control de constitucionalidad judicial que permita proteger esos derechos»<sup>3</sup>.

---

jurídica», *Anales de la Facultad de Derecho*, Tercera Época, vol. III, enero a diciembre de 1956, núm. 5.

<sup>3</sup> STONE SWEET, Alex, «Constitutional Courts», en ROSENFELD, Michel, and SAJÓ, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 816-830

## 2. LAS PRETENSIONES IMPLÍCITAS EN ALGUNOS DE LAS RASGOS DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS

### 2.1. LOS DERECHOS Y SU RECONOCIMIENTO

En un artículo de hace ya varios años el profesor de la Universidad de Navarra Javier HERVADA formulaba una observación que con el tiempo no ha hecho más que ganar interés<sup>4</sup>. HERVADA ponía de relieve que: a) la totalidad de las declaraciones y de los tratados referidos a derechos humanos consiguan expresamente que «reconocen» los derechos allí enumerados, y b) que esta circunstancia constituye un «problema» para la Filosofía del Derecho<sup>5</sup>.

No le faltó razón al profesor español en ninguna de las dos afirmaciones. En primer lugar, los derechos humanos son *reconocidos* (ésta es la expresión exacta que se recoge en los textos) por el legislador estatal o internacional y por los jueces encargados de su defensa, y es en ese hecho, en el reconocimiento, donde reside precisamente su signo de identidad, es decir, aquello que permite distinguir a los derechos humanos de esos otros derechos que, sí, son inventados o «puestos» (*positum*) por el hombre (aunque remitan, también, a instancias que no son fruto de una invención). Veamos algunos ejemplos existentes al respecto:

a) En la *Declaración de derechos de Virginia* (1776) se dice (sect. 1):

«That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity».

b) En el «Preámbulo» de la *Declaración de Independencia* (1776) de los Estados Unidos se habla de derechos de los que el hombre ha sido dotado por el Creador en función de los cuales se instituyen los gobiernos:

«Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos

<sup>4</sup> Cfr. HERVADA, Javier, «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho», *Persona y Derecho* 9 (1982), pp. 243-256.

<sup>5</sup> Sostuvo textualmente HERVADA: «Por derechos humanos se entienden comúnmente aquellos derechos —sin entrar ahora en si ese apelativo es exacto— que el hombre tiene por su dignidad de persona —o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana—, que deben ser reconocidos por las leyes; en caso de que esos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se admite que la falta de reconocimiento —el hecho de que no se respeten esos derechos— genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva. Si se trata de derechos que deben ser reconocidos, cuya contravención genera injusticia e incluso el derecho a la resistencia, la conclusión parece evidente: por derechos humanos entendemos unos derechos que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de estos derechos se dice que se declaran; y de ellos se dice también que se *reconocen* —no que se otorgan o conceden— por las leyes positivas» (HERVADA, 1982, p. 244).

inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad».

c) Una idea semejante, referente a unos derechos preexistentes (o «anteriores») a las leyes positivas en función de los cuales nacerían las comunidades políticas y los gobiernos, se repite en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, en la que aparece la expresión *droits de l'homme* de la que deriva la de *derechos humanos*. «Para sus redactores, la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, estos derechos son derechos naturales, inalienables y sagrados, la Asamblea Nacional los reconoce y declara —no los otorga, concede o constituye— y su conservación es la finalidad de toda comunidad política; dentro de estos derechos figura la resistencia a la opresión»<sup>6</sup>.

d) Más cercanos ya en el tiempo, en la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948) se habla repetidamente de derechos esenciales del hombre y se afirma que «los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana».

e) En la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (ONU, 1948) se comienza señalando que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»; se dice también que los derechos deben ser «protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión»; se afirma en el art. 1 que «todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos»; como señala HERVADA, «constantemente se habla de reconocimiento, respeto y protección, nunca de otorgar o conceder. Y es obvio que se reconoce, respeta y protege por las leyes lo que preexiste a ellas» (...), «lo que por ellas existe, se otorga y se concede». Por otra parte, «en el lenguaje de la *Declaración Universal*, la tiranía y la opresión son los “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” originados por “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos”»<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> HERVADA, 1982, p. 245, remitiendo al Preámbulo y al art. 2 de esa Declaración.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 246.