

Rafael de ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, ed. DEBATE, 1992, 151 páginas.

En su libro Rafael de Asís se aproxima a aquellos aspectos en los que la doctrina de los derechos fundamentales encuentra sus mayores dificultades. Por este motivo, el tema del libro es, en diferentes sentidos, un problema de límites. Es un problema de límites en primer lugar porque intenta acotar algunas zonas de penumbra en la construcción de los Derechos Fundamentales; se busca el punto en el que esta teoría muestra sus contradicciones y sus condicionamientos internos. Es una cuestión de límites también porque estos derechos se encuentran a caballo entre ámbitos diferentes de la vida de los hombres en sociedad (la moral y el Derecho). Es una cuestión de límites porque los propios derechos fundamentales surgen, en el constitucionalismo moderno, con la función de imponerse como barreras, o límites, a la actuación del Poder. Por último, es un problema de límites porque el planteamiento metodológico de la cuestión y la delimitación de sus presupuestos, determinan en gran medida las conclusiones de la teoría.

Para el autor, dos elementos son necesarios para la comprensión de la teoría de los derechos fundamentales: el primero, es su naturaleza histórica, es decir, el hecho de que a lo largo de su evolución han ido recibiendo contenidos e influencias dispares; el segundo, es la relación entre Derecho y poder, que es el lugar en el que surgen estos derechos y donde ejercen su función de límite.

En el modelo dualista para la comprensión de los derechos fundamentales (que el profesor Peces-Barba expuso y que el autor del libro acoge) el Poder es un factor determinante. El Poder es quien, mediante su actuación, asume ciertas pretensiones morales y hace que se conviertan en Derecho positivo. Naturalmente la relación Derecho/Poder no es un tema que pueda ser abarcado en su totalidad, porque en él confluyen factores muy diversos. A pesar de todo, el autor hace referencia en el campo de la teoría del Derecho a dos formas diferentes de entender la relación entre Derecho y fuerza; ensaya también la posibilidad de hacerlas compatibles entre sí con respecto al tema de la limitación del Poder.

La primera es la del profesor Peces-Barba, y también del profesor Bobbio, según la cual la norma fundamental kelseniana podría ser reformulada situando al Poder (en su terminología el «hecho fundante básico») en el lugar que ocupaba el presupuesto lógico-trascendental (o «norma fundamental») de la teoría del autor austriaco. Según esta opinión, en la base del ordenamiento jurídico existe un Poder, una voluntad política o, en otro sentido, un poder constituyente que, desde el plano empírico, es fundamento de la existencia real del sistema normativo. Lo cual naturalmente no supone, dicho sea de paso, que para estos autores el Poder, por sí sólo, pueda ser fundamento suficiente de la obligación política.

La otra teoría sobre la relación Derecho/Poder es la que aparece en la concepción del Derecho de A. Ross, y también deriva, aunque por diferente camino, de la teoría pura del Derecho. En ella, a diferencia del caso anterior, el Derecho es definido como regulación (y por lo tanto como racionalización) del uso de la fuerza en una sociedad determinada.

Me parece sin embargo que se podría diferenciar uno y otro concepto de Poder porque en ellos no se hace referencia a una realidad social idéntica. Incluso a pesar de que ambos son aspectos del conjunto de relaciones de Poder que se producen en una misma sociedad; y a pesar también de que en ambos casos aparecen relaciones de poder, de fuerza y consenso.

Es evidente que entre estas dos formas de poder existen conexiones tanto desde el punto de vista jurídico como desde el sociológico. Pero quizá en el «hecho fundante básico» existen también ámbitos de poder que no pueden ser reducidos definitivamente a Derecho; poderes incondicionados que escapan a cualquier limitación externa.

Es posible describir el Poder como fenómeno que en nuestras sociedades contemporáneas tiende a someterse en gran medida al Derecho. Pero es necesario describir también aquellos casos en los que al Poder le falta la voluntad de someterse a Derecho: en aquellos casos la teoría del Poder democrático ya no será descriptiva sino normati-

va. Es cierto que detrás del sistema jurídico existe un poder que se organiza y se manifiesta por medio del Derecho; pero ello no quiere decir que todo el Poder político pueda ser juridificado. El Derecho (y los derechos fundamentales son una parte de él) no puede abarcar completamente el fenómeno político. Los derechos fundamentales como instrumentos jurídicos no creo que puedan llegar a ser un límite absoluto del fenómeno del Poder político supremo: el poder es una realidad más amplia que el Estado y el Derecho.

La distinción entre dos modelos de relación entre Derecho y Poder, permite distinguir también entre dos funciones de los derechos humanos como límites. En el primer caso (el del Poder que fundamenta el Derecho) los derechos fundamentales son una autolimitación que el Poder político moderno se impone por razones de tipo «ideológico». Gracias a ese límite el Poder moderno, que quiere ser «poder racional», se diferencia de la pura fuerza, de la misma manera en que el estado civil se diferencia del estado de naturaleza incluso en la concepción del absolutista Hobbes. En el segundo caso (el del Poder ejercido y regulado mediante el Derecho) los derechos humanos como pretensiones morales se configuran como auténticos instrumentos jurídicos. De esta forma, pasan del plano político-moral al plano jurídico, y se convierten en «derechos» propiamente dichos.

De todos modos no hay duda de que, para poder hablar de derechos humanos, es necesario partir de una concepción moderna del Derecho y del Poder. La «filosofía de los límites del poder» (en sus dos vertientes clásicas de afirmación de las libertades individuales y de generalización e igualación en su disfrute material) se incorpora en este período histórico a la organización real de los Estados y a su sistema de legitimidad.

Pero precisamente por ello aparecen, incluso desde sus primeras manifestaciones históricas, situaciones paradójicas que afectan al núcleo mismo de la teoría y que son objeto del libro que se comenta. Ello se manifiesta ya desde la Declaración Francesa de 1789 la cual responde a la necesidad de hacer coincidir la ley positiva con la ley natural; es decir, la Declaración responde a la necesidad de crear unos instrumentos jurídicos que sean idénticos a los derechos naturales, tal como éstos son concebidos desde la moral. Es precisamente aquí donde aparece la paradoja del iusnaturalismo que alentaba la Declaración: la positivación resulta superflua si se afirma que los derechos existen con anterioridad a su reconocimiento positivo. Si los derechos naturales existen (es decir, si su contenido material les confiere de por sí existencia positiva), y son idénticos en la moral y en el Derecho, su positivación no añade nada que sea específicamente jurídico.

Parece ser pues que desde sus orígenes los derechos humanos han presentado contradicciones y aporías. Rafael de Asís en su libro presenta tres grupos diferentes de paradojas que, al cabo de dos siglos de evolución, han ido apareciendo.

El primer grupo gira en torno al problema de la autorreferencia de los sistemas normativos, es decir, al problema de la norma última del sistema jurídico. En el segundo grupo se incluyen algunas cuestiones derivadas de la complejidad de la evolución histórica de los derechos humanos. En la teoría clásica, el Estado era solamente el sujeto frente a quien se oponían los derechos. Sin embargo, a partir de la aparición del Estado social, el propio Estado ha pasado a tener una función activa en su realización e incluso en su extensión y profundización. En el libro se hace referencia a los fenómenos de multiplicación de los derechos fundamentales (sus procesos de generalización y especificación), así como al fenómeno del desarrollo normativo que es imprescindible para su ejercicio y protección (lo cual, a la vez que supone una limitación en la extensión de los derechos, hace posible su eficacia).

La última paradoja se encuentra en el problema de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Unos instrumentos que históricamente habían surgido para la limitación del poder del Estado son reclamados ahora para la limitación de poderes que se encuentran en el ámbito de la sociedad civil.

De estos tres grupos, en mi opinión, uno tiene mayor importancia que el resto: es el problema de la positivación jurídica de pretensiones morales que, en el fondo, remi-

te al de obligación política. Es el reflejo en la teoría de los derechos fundamentales de un tema que está presente a lo largo de toda la filosofía política moderna: Hobbes defendió la necesidad de privilegiar la unidad del poder soberano frente a cualquier posible límite jurídico. Rousseau, en cambio, intentó hacer compatible la libertad con la voluntad general, la cual se expresa por medio de las leyes. Entre nuestros contemporáneos, este mismo problema lleva a I. Berlin a recordar la diferencia entre libertad individual (negativa) y gobierno democrático (expresión de libertad positiva): con ello, siguiendo la tradición liberal, establece un límite a la posibilidad de utilizar la autoridad en nombre de la libertad.

Por su parte Rafael de Asís también hace referencia al carácter democrático del Poder y del Derecho. En efecto, el consentimiento democrático, junto con el respeto a los derechos fundamentales, es la forma característica de legitimación del Poder moderno frente a la libertad individual: es un Poder que se legitima al reconocer como límite de su actuación el respeto de la voluntad democrática y de los derechos individuales. Y sin embargo, vuelven a parecer otras dos paradojas.

Por un lado, los derechos fundamentales sólo serán eficaces si el Poder asume y defiende la moralidad que ellos contienen. La paradoja surge porque, como señala el autor del libro, un Poder que haya interiorizado plenamente la moralidad de los derechos fundamentales será un Poder que ya no necesita ser limitado.

Por otro lado, un problema semejante se presenta a propósito del otro principio de legitimación. El sistema será legítimo si respeta la voluntad democrática: por lo tanto alcanzará el máximo de legitimidad si respeta la voluntad unánime del pueblo (es decir, cuando toda voluntad individual coincide con la voluntad política). Sin embargo, en ese momento utópico se habrá perdido el rasgo definitorio del poder estatal, que es precisamente la posibilidad de imponer conductas contra la voluntad de los súbditos por medio del recurso a la fuerza. De esta forma el modelo democrático utópico se resuelve en una paradoja que consiste en que un Poder democrático es plenamente legítimo cuando el Poder es superfluo. La teoría no logra pues determinar cual es el límite ideal que separa la coacción legítima de aquella que vulnera la libertad individual.

Así pues, a propósito del tema de los derechos fundamentales como límites al poder, Rafael de Asís toca algunas de las claves de la filosofía político-jurídica moderna sin eludir, e incluso buscando sus paradojas y dificultades. Ello siempre es útil y nunca puede servir para negar los Derechos Humanos, sino para comprender que, a pesar de todo, vivimos, como dice el profesor Bobbio, en «el tiempo de los derechos».

Andrés GREPPI