

DE ASÍS ROIG, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», núm. 17, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Editorial Dykinson, 2001.

Rafael de Asís recoge y sintetiza en su, por ahora, último libro, algunas de las investigaciones y reflexiones que ha llevado a cabo en el marco del curso de doctorado *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, que el catedrático de la Universidad Carlos III ha venido impartiendo durante los últimos diez años en el Instituto de Derechos Humanos *Bartolomé de las Casas*.

Se trata de un texto cuya utilidad algunos pondrán en duda, bien porque entiendan que versa sobre cuestiones imposibles de solventar; bien porque –todo lo contrario– estimen que ya están definitivamente resueltas. Y tampoco faltarán quienes (sobre todo desde la dogmática jurídica) afirmen que se ocupa de temas irrelevantes, pues lo único verdaderamente importante, cuando de derechos se trata, es lo concerniente a su protección.

Estas opiniones no son, en ningún caso, compartidas por el autor de esta obra, a pesar de que la experiencia acumulada durante estos años le han hecho ser consciente de la dificultad de lograr una propuesta no problemática sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Sin embargo, este creciente escepticismo no ha llegado hasta el punto de hacerle desistir de tratar de encontrar respuestas definitivas al *qué* y el *por qué* de los derechos (o, si se prefiere una perspectiva funcional, al *para qué*), dada la enorme trascendencia que éstas tienen.

En efecto, estas cuestiones, junto a la indudable importancia teórica que tienen para la filosofía del Derecho, van también a condicionar la concepción misma que se maneje del conjunto del Ordenamiento, por lo que sus respuestas son vitales y todo esfuerzo encaminado en esa dirección, como es el caso de este libro, es de agradecer.

Y es, precisamente, en el ámbito de la protección de los derechos donde la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamento va a tener una mayor proyección *práctica*, pues va a depender de ésta la decisión sobre qué derechos van a ser objeto de una protección específica y cuáles no, así como la forma en que se va a articular esa especificidad.

Asimismo, la atribución de significado que se haga al contenido esencial de un derecho va a depender de la concepción que se maneje del mismo. No es ésta cuestión baladí, pues, como es sabido, los derechos son normas materiales básicas cuyo contenido (o, la interpretación que del mismo se haga) va a proyectarse sobre todo el Ordenamiento jurídico.

Una vez expuestos algunos ejemplos de la trascendencia que puede llegar a tener la apuesta que se haga por una u otra concepción de los derechos, Rafael de Asís pasa a describir aquélla que considera más cercana a los ideales de racionalidad, conclusión y universalidad: la teoría dualista.

Esta concepción, cuyo principal exponente es Gregorio Peces-Barba, se presenta como una construcción mínima, que subraya la relevancia del análisis del concepto y fundamento de los derechos y que huye de un racionalismo extremo, pues concibe a éstos como fruto de la razón, pero también de la historia. Se trata, por otra parte, de un modelo predominantemente procedimental en el que los derechos cumplen una función instrumental básica: son

el vehículo ineludible para lograr no sólo el respeto, sino también la promoción de los diferentes planes de vida individuales.

Ahora bien, el rasgo fundamental de las tesis dualistas (y que, precisamente, le da nombre) es su vocación de superar el tradicional antagonismo entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Los derechos no pueden ya contemplarse desde el ámbito ético o desde el jurídico exclusivamente sino que, muy al contrario, han de tenerse en cuenta ambas perspectivas de forma conjunta. Esto es, no cabe concebirllos sólo como pretensiones morales, dotados de una justificación ética independientemente de su incorporación al Derecho (circunstancia que no sólo no les privaría de validez sino que, al contrario, sería éste quien quedaría invalidado) sino que para su consideración como auténticos derechos fundamentales válidos es imprescindible que hayan sido positivizados (*fuera del Derecho no hay derechos*)¹.

Y es precisamente aquí donde se origina una de las dudas de esta aproximación dualista ¿prevalece una de estas exigencias sobre la otra? Pues bien, si tenemos en cuenta que lo que esta teoría viene a decir es que donde el Derecho no reconoce derechos fundamentales, los ciudadanos no los poseen, y que aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico considera fundamentales y que no tienen una justificación moral no deben ser denominados de esta forma, parece claro que el requisito de juridicidad prevalece sobre el de moralidad, pues sin el primero no hay derechos, mientras que sin el segundo sí que los hay –si bien no estarían justificados. Se trata, así, de una teoría de los derechos que, se diga lo que se diga, según el profesor De Asís, puede ser considerada como plenamente positivista, pues lo único que la separa del positivismo más «clásico» es la exigencia de justificación moral de aquello que quiere ser denominado como derecho. Pero esto de ninguna manera es contrario al positivismo, al menos a aquél que defiende una conexión aleatoria entre Derecho y moral.

Ahora bien, no vale cualquier concepción de Derecho y de moral, sino que el dualismo sitúa el discurso de los derechos dentro de unos marcos moral y jurídico (un *marco referencial*) determinados, para cuya correcta comprensión es conveniente tener presente la diferenciación que Rafael de Asís realiza entre metafundamento y fundamento de los derechos. La distinción entre ambos conceptos radica en si nos situamos en un ámbito de justificación abstracto o concreto, es decir, si los derechos se justifican sin apenas referencias a cualesquiera situaciones espaciales o temporales o con ellas.

Paralelamente, es posible distinguir entre metaconcepto y concepto. De nuevo, el primer término hace referencia a un ámbito conceptual abstracto, con mínimas referencias a circunstancias espaciotemporales, en tanto que el segundo lo hace a uno concreto, donde éstas sí aparecen plenamente.

Pues bien, el dualismo se caracteriza por manejar una idea de moral y de Derecho que se identifican, precisamente, con el metafundamento y el metaconcepto y que se constituyen, así, en presupuestos de este modelo.

El marco moral de referencia en el que se inserta el concepto de derechos que aquí se defiende puede ser descrito atendiendo a la construcción del

¹ Sin embargo, en sus últimos trabajos, el rector de la Universidad Carlos III ha añadido una tercera exigencia: su susceptibilidad de ser eficaces en la realidad social en que se insertan (y aun podría añadirse una cuarta: su carácter político, en tanto mediadores entre la ética y lo jurídico).

dinamismo de la libertad, elaborada por Gregorio Peces-Barba. Desde esta perspectiva se concibe al individuo como sujeto moral, lo que implica considerarlo como un ser dotado de dignidad y de capacidad de elección (libertad de elección) y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral).

Se trata, por tanto, de un marco moral de carácter básicamente formal, pero no completamente vacío, sino que implica determinadas exigencias de tipo material. La primera de éstas sería el respeto a la idea de igualdad, pues se concibe a todos los seres humanos como dotados de igual capacidad de elección. Pero, además, para que esta libertad de elección pueda ser efectiva, es necesario la satisfacción real de ciertas necesidades básicas y, previa y fundamentalmente, es preciso que se garantice la posibilidad de subsistir, esto es, la integridad física. En definitiva, es posible afirmar que el discurso moral descrito a través del dinamismo de la libertad tiene un componente sustantivo que va a servir para restringir algunos de los posibles contenidos de la libertad moral, pues no se va a permitir la inclusión en la discusión moral de aquellas actuaciones dirigidas a acabar con la vida humana o, de forma más amplia, con la libertad de elección de los demás.

En cualquier caso, desde una idea de moralidad como la aquí defendida los derechos aparecerían justificados como aquellos instrumentos que permiten el logro de diferentes planes de vida, desde el presupuesto de la libertad de elección. Se trata de instrumentos que tienen una vertiente histórica, fruto de consensos y disensos, y que han ido surgiendo de forma escalonada, a lo largo de un proceso que podemos simplificar en tres fases: derechos individuales y civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales (correspondientes a los tres tipos clásicos de libertad: como no interferencia, como participación política y como instrumento promocional).

En cuanto al marco jurídico, que, teniendo en cuenta la distinción más arriba expuesta se presentaría como metaconcepto, viene dado por uno de los rasgos indispensables que identifican al dualismo, como es la necesidad de incorporar al Derecho las pretensiones morales básicas, lo que a su vez implica manejar un concepto de lo jurídico desde el que se preste atención al poder político.

En efecto, para este modelo el criterio último de validez del Derecho hay que buscarlo en el Poder, que se constituye como el hecho fundante básico que dota de validez al Ordenamiento jurídico (que, a su vez, se convierte en elemento racionalizador del poder). Los rasgos del marco moral antes apuntados, por su parte, se proyectan, en este modelo de conexión, tanto en la perspectiva externa como en la interna, señalando la necesidad de un poder que sea capaz de asumirlos y de un Derecho que sea capaz de incorporarlos.

En este sentido, (y pasando del metaconcepto al concepto, o lo que es lo mismo, de lo abstracto a lo concreto) la configuración del poder que se presenta como más idónea para la concepción de los derechos que aquí se defiende es la que se identifica con lo que Rafael de Asís denomina *Estado Democrático exigente*, que coincide, a grandes rasgos con la concepción que del mismo mantiene Habermas. Este modelo de Estado es definido por el autor como «un Estado de Derecho que se caracteriza por defender una serie de contenidos de moralidad en forma de derechos individuales y sociales, protección del pluralismo y participación, entendidos en términos procedi-

mentales y desde ellos se evalúan las decisiones del Poder proyectadas en el Derecho».

Pero éste no es simplemente uno de los posibles modelos de Estado de Derecho en que los derechos pueden tener cabida, sino el único válido para el dualismo, pues, concluye el catedrático de la Universidad Carlos III, «es posible afirmar que en la actualidad toda actuación contraria a los rasgos que identifican al Estado Democrático exigente es una actuación también contraria a los derechos, ya sea de forma directa o indirecta».

Ramón RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén