

# ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Político de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

1. Formular esta pregunta y pretender modestamente contestarla ofrece atractivos y riesgos. Puede, además, no ser simpática si se supone que implica renovar, sin demasiada perspectiva de éxito, la antinómica dualidad de "derecho natural versus derecho positivo". ¿Habrá algo un poco más nuevo y menos polémico para comentar en esta nota?

El título se nos ocurrió hace tiempo, cuando tantas veces pensamos por qué desde el constitucionalismo moderno de fines del siglo XVIII hasta el actual del constitucionalismo social –siempre en el marco del estado democrático– se nos hizo habitual incluir en la constitución escrita un listado de derechos de la persona humana con más, en muchos casos, un plexo de derechos no enumerados o implícitos.

2. En el origen de cada constitución que a su contenido normativo y axiológico le inserta un sistema de derechos, las motivaciones pueden ser varias, y hasta distintas. Pero, en esa diversidad, ¿subyace algo común a todas, más allá de cuál sea la cultura social, el imaginario colectivo, la eventual tradición histórica, etc.? Sin apresurarnos, nos tentamos a contestar afirmativamente: hay "algo" compartido. Qué es, habrá de demandarnos alguna breve explicación personal en este trabajo.
3. Una primera cosa: si en un estado con escasa o nula afición democrática se dicta una constitución que, a su manera y estilo, incluye una declaración de derechos, podemos seguramente suponer que lo hace para dar una buena imagen, ya que se ha vuelto "moda" jurídica que las constituciones no se reduzcan a la parte orgánica dedicada al poder, sino que le acoplen la llamada parte dogmática donde aparecen los derechos.

Esta respuesta sería bastante pobre y muy poco explicativa, si de inmediato no adelantáramos otro interrogante del siguiente tenor: aun cuando una constitución sin filiación democrática incorpore derechos para mostrar al mundo un rostro favorable, ¿por qué decide enrolarse en esa línea y no, más bien, asumir la sinceridad de su propia opción no democrática? Diríamos que tal mimetismo obedece a que hay "razones" fuertes en torno del "por qué" una constitución "debe" acoger un sistema de derechos.

4. Tal vez esto sea un retorno a la pregunta originaria: ¿por qué el constitucionalismo moderno dio auspicio inicial a las declaraciones de derechos, y por qué el constitucionalismo posterior les confirió desarrollo progresivo y maximizador?

Como curiosidad, retrocedamos al texto primitivo de la constitución de Filadelfia, que careció de declaración de derechos hasta que, años más tarde, se le añadieron al articulado originario las

diez y catorce primeras enmiendas. Seguramente –acá reside la curiosidad– una constitución que en su articulado carecía de normas referidas a derechos nos hace comprender que la "razón" de esa ausencia y de ese vacío normológico obedeció a que resultaba demasiado vigorosa en la sociedad estadounidense la "razón" de que los derechos ni siquiera precisan que se los declare o que se los escriba en la constitución. Tienen un fundamento y una raíz tan hondamente enclavados en la cultura tradicional de las colonias inglesas de Norteamérica, que casi da lo mismo incluirlos que no incluirlos.

Pero, aun así, la "razón" existía. Presencia y ausencia de declaración de derechos compartieron una misma razón: *hay derechos con normas y sin normas, porque los derechos no están en las normas.*

5. Mucho nos gusta, desde hace tiempo, afirmar que hay derechos con normas y sin normas, y que los derechos no están en las normas. En la constitución de Filadelfia no había normas, pero había derechos, y había razón para que los hubiera. Se quedaron en silencio: ¿"no enumerados"?, ¿"implícitos"? Se quedaron porque la ya mencionada tradición cultural de la sociedad de su tiempo, y las valoraciones heredadas, daban sobrada razón a su presencia. Derechos con normas y sin normas. ¿Qué será lo que queremos decir con esta afirmación?

Más allá de lo histórico, queremos ante todo decir que los derechos que, con o sin normas, están en la positividad, en el derecho positivo, muestran que esta positividad no se reduce a normas ni se agota en las que hay. De ser así el derecho consuetudinario no sería derecho positivo. ¡Y vaya si lo es! Si alguien tiene duda, que lo pregunte a nuestras comunidades indígenas y tendrán buena respuesta. Y exacta.

6. En un paso más adelante, ya concedida la presencia de los derechos en la positividad, con normas o sin normas, hay que ver por qué (con qué razón) las constituciones escritas son adictas a una *declaración de derechos*, con lo que la positividad constitucional de los derechos (con normas de reconocimiento) nos reclama indagar dónde auscultan los autores de la constitución para elaborar el plexo de derechos. Todavía más: también cuando una constitución reconoce y contiene derechos no enumerados, estos derechos (sin norma) están dentro de la positividad constitucional. Pero ¿dónde se los busca, dónde se hurga para elaborar la lista implícita, a qué hontanar acudimos a fin de integrarla de la mejor manera posible?
7. Todo esto lleva un trasfondo: ¿es que la razón por la cual la positividad constitucional aloja un sistema de derechos –con nor-

mas o sin normas— se ubica más allá de la positividad, por afuera de ella, o por encima de ella, o en cualquier ámbito que cada quien le asigne, pero siempre extramuros de la positividad?

Veamos un poco. Si alguien dice: los derechos que la positividad constitucional contiene provienen de la voluntad del constituyente, o, enunciado en otro lenguaje: son “los” que el poder dice que son, y son “lo” que el poder dice que son, ese alguien niega, consciente o inconscientemente, que los derechos posean alguna ascendencia extrapositiva. Habría que conceder que ello equivaldría a la más rotunda afición positivista: nada de lo que compone el sistema de derechos (ni siquiera su fuente o su razón) se halla fuera de la positividad. Con normas o sin normas, los derechos no cuentan con otra presencia y otra entidad distinta de la que les otorga la positividad.

8. Ni qué recordar que afirmaciones de tal índole riñen fuertemente con el iusnaturalismo. Pero entonces, ¿hay que ser iusnaturalista para admitir que el sistema constitucional de derechos —con normas o sin normas— responde a una o más razones que están fuera de la positividad? ¿El “por qué” hay derechos en la constitución no tiene otra razón como no sea la derivada de la voluntad decisoria del poder —constituyente, o constituido—?

Nos costaría muchísimo contestar que es así. Hasta una constitución que, por exhibir una imagen (quizá enmascarada y no sincera) según la moda del constitucionalismo democrático, incluyera una declaración de derechos, estaría acudiendo por fuera de la positividad para asumir la referida imitación democrática. O sea, la razón de su remedo le llegaría de allende la pura positividad.

Con cuánta más razón habríamos de reconocer que las constituciones que por afición democrática valoran como debido el reconocimiento de los derechos que declaran, están haciendo pie en algún piso que no es el mismo piso donde la positividad se asienta. Cuál o cómo sea aquel piso extrapositivo remite a disquisiciones amplias, extensas y profundas de neto corte iusfilosófico, pero trascendentales para un constitucionalismo democrático.

9. Quienes apelen al derecho que confiere la libertad de expresar lo que se piensa y sinceramente digan que la fuente o fundamento único y último de los derechos se sitúa en la pura positividad de la constitución, se acercan mucho —quizá demasiado— a quienes participan de la ya recordada idea de que los derechos son “los” que el estado dice que son, y son “lo” que el estado dice que son. Positividad al ras del decisionismo voluntarista. Y para quienes los derechos sólo son los que están en las normas, habría que preguntarles si la doctrina constitucional de los derechos no enumerados les es compatible con su rígido positivismo, ya que si los derechos no enumerados carecen de norma, se hace bastante difícil depararles un sitio coherente en y con la positividad normológica.
10. Traigamos a colación una fecunda idea de Bobbio: más que auscultar el fundamento de los derechos, una vez que el consenso en torno de los internacionalmente declarados se hace vigoroso, lo importante es empeñarse en conseguir que se vuelvan efectivos y eficaces. Y esto nos lleva personalmente hacia el trialismo de Goldschmidt, que hace años profesamos.

En efecto, si los derechos no están en las normas, y si hay derechos con normas o sin normas, la dimensión de las normas —lo normológico— no agota la realidad del mundo jurídico, en el que hay otras dos dimensiones: la sociológica de las conductas humanas, y la del valor —o dikelógica, o axiológica—.

En la dimensión sociológica de las conductas es donde, parafraseando a Bobbio, hemos de lograr y hospedar la efectividad y la eficacia de los derechos. Y en la dimensión del valor hemos de abrir el arco plural de valores que —en conexidad con los derechos— deben realizar las conductas con signo positivo, tanto como erradicar los disvalores (con signo negativo, como injusticia, insolidaridad, exceso de poder, etc.).

11. Sin entrar en un excesivo afán de purismo lingüístico o etimológico, digamos ahora que ocuparse del *fundamento*, de la base, del piso, o de la ascendencia de los derechos que se albergan —con normas o sin normas— en la positividad constitucional, significa intentar descubrir el “por qué” y la razón de ese mismo alojamiento positivo que damos a los derechos. A qué responde, por qué y para qué incluimos un sistema de derechos aliado al sistema axiológico en la constitución. Tal razón, ese por qué y ese para qué, siempre fuera de la positividad, podrá guardar —o no— parentesco con el iusnaturalismo pero, de cualquier manera y siempre, significará que los derechos no son “los” que el estado dice que son, ni son “lo” que el estado dice que son. Son algo distinto de la mera positividad, y la distinción que les viene desde fuera de la positividad es, precisamente, la que por su ascendencia incita a convencernos de que a los derechos hay que darles efectividad y eficacia porque concurre una *razón*: porque “valen” como derechos por *razones metapositivas* (extra o supra, como guste más). Tampoco importa demasiado aquí que esa valencia metapositiva de los derechos posea ontológicamente naturaleza jurídica, o solamente ética.
12. Si positivismo equivale a exclusividad del derecho positivo en una especie de monismo jurídico, el iusnaturalismo sería —en su versión más lata— una teoría que siempre coloca “algo” por sobre la positividad. Ese tal “algo” podrá ser el derecho natural en su versión clásica, o uno o más principios de raigambre ética, o el conjunto-promedio de valoraciones colectivas de una sociedad, etc.

El rescate supra o extrapositivo de los derechos siempre nos conduce de un modo u otro, como es fácil comprenderlo, a dotar al constitucionalismo democrático con una plataforma suficientemente *objetivada por fuera o por encima de la constitución*, como para convencernos de que en ésta hay un sistema de derechos porque “debe haberlo” a efectos de satisfacer aquel “algo” que, en el párrafo anterior, ubicábamos por sobre la positividad. Se trata, al fin y al cabo, de una legitimación exógena para el contenido axiológico de la constitución, buscando que su sistema de derechos no quede en dependencia del voluntarismo decisionista del estado que, a la postre, peca de relativismo peligroso.

13. Pero recuperemos la pregunta y la duda: ¿es siempre una modalidad iusnaturalista la que ha conducido y conduce a incorporar un sistema de derechos en la constitución?

Si, conforme lo insinuamos ya antes, iusnaturalista es toda teoría que reconoce “algo” por fuera o por sobre la positividad, hay

que contestar afirmativamente: toda constitución que por razones ajenas a la mera positividad confiere alojamiento a un sistema de derechos, es iusnaturalista. Personalmente, no nos repele esta respuesta. Pero las fuertes aversiones al iusnaturalismo tal vez aconsejan revisar lo drástico de la afirmación.

Digámoslo en forma negativa: los derechos que contiene la constitución *"no son tales" porque el estado lo diga, ni son "lo" que el estado dice que son*. Si eso fuera así, los derechos serían un producto puramente estatal ("lo" que el estado dice que son), y su lista solamente constaría del simple enunciado voluntarista también estatal ("los" que el estado dice que son).

14. Entonces, si no nos plegamos a sostener tal postura, reconocamos que alguna razón extra o suprapositiva da motivación fundamental al sistema de derechos; "fundamental" porque los fundamenta. ¿Dónde? Fuera de la positividad. Y ese fuera podrá explicarlo la iusfilosofía, pero objetivamente –con un punto de vista o con otro– no es errado condensarlo en un axioma constitucional personalista: *el ser humano necesita para su "bien-estar" que en su convivencia sociopolítica se respete y promueva su dignidad de persona con un buen sistema de derechos*.

No ha de sonar extravagante todo esto, porque el constitucionalismo moderno surgió para proteger a la persona humana de toda clase de posibles absolutismos. No en vano el poder limitado y el sistema de derechos se erigieron en claves del régimen democrático. Ya no iba a ser, no iba a poder ser la

voluntad del estado (lo que el príncipe quiere tiene fuerza de ley) la fuente de concesiones gratuitas, porque algo (diríamos: mucho), desde fuera, daría sustento a la pretensión de convivir en libertad.

El "porqué" y la razón del sistema de derechos se anudaría así a la dignidad humana, al valor ético de la personalidad del ser humano, y a la convicción de que el estado, el poder, y la misma constitución han de cumplir una función ministerial de servicio para que la convivencia societaria aporte beneficios a cada uno de los integrantes de la comunidad, en solidaridad con el conjunto.

15. En vocabulario no jurídico, cabría decir que el sistema de derechos no es un regalo, ni una dádiva, ni una donación que se inserta por buena voluntad del estado en la constitución. Es una exigencia que, desde fuera de la positividad, con fuerza moral o con fuerza jurídica (según cada teoría prefiera), logra recepción en la positividad. De tal afirmación deducimos otra, como respuesta a la pregunta del título: *la incorporación constitucional de un sistema de derechos no es una respuesta positivista*. Si algunos resisten la versión más comprometida de que la respuesta es iusnaturalista, concedemos atenuarla del siguiente modo: *la incorporación constitucional de un sistema de derechos muestra intersecciones con el iusnaturalismo, o con versiones iusfilosóficas análogas*. Por análogas entendemos todas las que creen o admiten que, fuera o sobre la positividad, hay "algo" que implica un "deber-ser" axiológico para esa positividad: que un sistema constitucional de derechos tutele y promueva eficazmente la dignidad de la persona humana.