

LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS EN EL CONSTITUCIONALISMO AMERICANO Y EN EL ARTÍCULO 29.C) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por HÉCTOR GROS ESPIELL *

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DERECHOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO. CONSTITUCIONES QUE CONTIENEN NORMAS AL RESPECTO.—3. CONSTITUCIONES QUE NO CONTIENEN NORMAS RELATIVAS A ESTA CUESTIÓN.—4. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO AL RESPECTO.—5. LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS O NO ENUNCIADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La existencia en múltiples constituciones americanas de una norma referente a los derechos humanos no enunciados o no enumerados en las correspondientes declaraciones constitucionales de derechos, de derechos y garantías o de derechos, deberes y garantías¹, constituye una característica

* Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Algunos textos constitucionales se refieren a derechos —y a derechos y garantías y otros, en fin, a derechos, deberes y garantías— no enumerados o no enunciados. La doctrina los ha llamado a veces derechos implícitos (por ejemplo, CARLOS ERNST, *Los Derechos implícitos*, Córdoba, 1994), a veces derechos inherentes (por ejemplo, CARLOS SACHICA, «Los Derechos inherentes en la Constitución de Colombia», en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, San José, 1998). En otras ocasiones se les califica simplemente como derechos no

del Derecho Constitucional americano. En efecto, no es común —y por el contrario es muy difícil— hallar disposiciones análogas en el Derecho Constitucional comparado de otros continentes².

Estos derechos no enunciados o no enumerados han sido llamados a veces por la doctrina «derechos implícitos» o «derechos inherentes», ya que, cuando se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, sólo pueden encontrarse en una concepción jusnaturalista, en virtud de la cual existen derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional. La situación no es exactamente igual —pero es sin embargo análoga— cuando el texto constitucional deriva estos derechos no enunciados de la idea democrática, del origen popular del poder político, del régimen representativo o de los derechos del pueblo. Por eso, ante estas dos situaciones distintas, para evitar posibles confusiones que pueden resultar de la utilización de términos nacidos de nociones políticas diferentes, aunque necesariamente vinculadas, es que preferimos llamarlos simplemente derechos no enunciados o no enumerados.

En la mayoría del constitucionalismo americano la enunciación o enumeración de algunos derechos aparea la necesaria consecuencia —en virtud de que las Constituciones no atribuyen o crean derechos, sino que se limitan a proclamar algunos derechos preexistentes y a garantizar y proteger su existencia— que si esos derechos no están expresamente declarados,

enunciados o no enumerados. En general la referencia a estos derechos se funda en la recepción constitucional de una filosofía jusnaturalista, por lo que han sido a veces también designados como derechos naturales. En muchos casos puede ser así, cuando el texto constitucional se refiere a los derechos no enunciados como aquellos inherentes al ser humano, pero en otros supuestos pueden no ser derechos naturales, por ejemplo en los casos en que no hay referencia constitucional del tipo señalado, sino a otros presupuestos (soberanía del pueblo, forma de gobierno, etc). Véase PABLO RAMELLA, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1986, y CARLOS S. NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

² En efecto, nada se encuentra, por ejemplo —pero podrían citarse además casi todos los textos constitucionales europeos vigentes—, ni en la Constitución francesa de 1958 cuyo Preámbulo remite al de la de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ni en la Constitución española de 1978, ni en la Constitución italiana de 1947, ni en la de la República Federal de Alemania de 1949, ni en la de Grecia, ni en la de los Países Bajos. Una interesante excepción es la de la primera constitución republicana de Portugal (art. 4), que tomando como fuente a la Constitución del Brasil de 1891 incluyó una norma sobre los derechos no enunciados (MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa*, Lisboa, 1913, p. 204). Este texto se mantuvo, pero muy restringido y en el marco de otra concepción política en la Constitución de 1933, cuyo artículo 8.20.º1 dispuso: «A especificação destes direitos e garantias não exclui quaisquer outros constantes da Constituição ou das leis, entendendo-se que os cidadãos deverão sempre fazer uso delles se ofensa dos direitos de terceiros, nem lesão dos interesses da sociedade ou dos princípios da moral». Nada hay en la Constitución portuguesa hoy vigente.

pero poseen las características que exigen los textos constitucionales, se consideran igualmente reconocidos y deben ser, por ende, protegidos y garantizados.

Esta conclusión resulta asimismo de la relación del hombre con el Estado en la concepción liberal democrática, con el deslinde entre el albedrío del primero y la potestad del segundo que «puede precisarse con la siguiente fórmula distributiva: en principio, la esfera nata de la libertad individual es ilimitada, mientras que las derivadas atribuciones del Estado están rigurosamente preestablecidas»³.

2. Aunque se acepte la idea de que los derechos humanos no declarados o no enunciados expresamente en el texto constitucional deben considerarse igualmente existentes, en virtud del fundamento filosófico de las constituciones democráticas liberales, se ha conceptualizado, con razón práctica, que es útil —y hasta necesario— incluir en las Cartas Supremas disposiciones que establezcan de manera directa y expresa, que la enumeración o la enunciación de derechos no es taxativa y que esa enunciación o enumeración no excluye otros que derivan de la naturaleza humana o de los caracteres esenciales del sistema político. De esta forma, además, se mantiene abierto, renovado y actualizado, el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos⁴.

La inclusión de una norma de este tipo en las declaraciones constitucionales de Derechos se basa en una concepción filosófica general en la idea fundamental del Estado democrático de que la persona humana puede lícitamente hacer —tiene libertad para hacer— todo lo que no vaya contra el derecho de otra u otras personas y no está legítimamente prohibido. De aquí que, con respecto de los derechos y libertades, no existe —y sea conceptualmente errónea e inaceptable— la regla hermenéutica a veces citada, pero inaplicable en cuanto a derechos, deberes y garantías, «Inclusio unius alterius est exclusio».

La historia y la práctica constitucional han demostrado la utilidad, y hasta podría decirse la necesidad, para evitar equivocadas tendencias y para aclarar y hacer indudable la solución correcta de una norma constitucional que precise sin dejar duda alguna que la enumeración de derechos, o de

³ ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1942, p. 63.

⁴ Bidart Campos ha dicho con razón: «... hay constituciones con una norma expresa sobre los derechos no enumerados o implícitos a los que no se puede negar ni desconocer constitucionalmente por el hecho de estar ausentes en el catálogo declarativo, que no debe recibir el carácter taxativo o exhaustivo. Queda la rendija de la implitud para dar entrada a otros derechos que, pacificados con los enunciados en normas expresas, tienen que disfrutar del amparo de la Constitución en un mismo nivel jerárquico con los otros y con ella misma» (*Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1989, p. 359).

derechos y garantías, o de derechos, deberes y garantías, no es taxativa y que no excluye otros inherentes a la naturaleza humana o que, además, resultan de ciertos extremos que las diversas constituciones determinan.

3. Pero hoy, asimismo, esta apertura existe en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su vertiente regional americana, en virtud del artículo 29.c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

4. Es mi intención hacer una reseña de la cuestión en el Derecho Constitucional americano, luego estudiar la significación de la citada norma del Pacto de San José y después encarar la cuestión de la relación del Derecho Constitucional con el Derecho Internacional, y viceversa, en esta materia.

2. LOS DERECHOS NO ENUNCIADOS O NO ENUMERADOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO. CONSTITUCIONES QUE CONTIENEN NORMAS AL RESPECTO

5. El origen del constitucionalismo latinoamericano en esta cuestión se encuentra en la Enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos.

Es sabido que la Constitución de 1787 no contenía una Declaración de Derechos, aunque la filiación filosófica del texto constitucional, claramente expuesta ya en la Declaración de la Independencia de 1776 y en el Preámbulo de la Constitución, suponía la existencia y reconocimiento de estos derechos⁵.

Hamilton, en *El Federalista*⁶, justificando la inexistencia de una Declaración de Derechos Humanos en la Constitución de 1787, decía que estos derechos estaban reconocidos en diversas partes del texto constitucional, por lo que era innecesario hacer mayores precisiones. Pero además agregaba —lo que es muy importante con respecto a los derechos del pueblo no declarados— lo siguiente: «Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y como lo retiene todo no necesita reservarse ningún derecho particular».

De todos modos esta carencia inicial fue suplida en 1791 por las diez primeras enmiendas⁷.

⁵ A. HAMILTON, en *El Federalismo*, LXXXIV.

⁶ A. HAMILTON, en *El Federalista*, LXXXIV, edición Fondo de Cultura Económica, México, 1943, p. 376.

⁷ ROBERTO ALLEN RUTHLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, Collier Books, New York, 1966.

La enmienda IX dispone: «La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el Pueblo».

Ya Story señaló que «esta disposición fue admitida para preservarse contra el empleo peligroso de la máxima demasiado repetida que una afirmación en los casos particulares importa una negación en todos los demás⁸. En igual sentido un comentarista posterior dijo: «This is a statement of the rule of construction than an affirmation on particular cases implies a negation in all others. A step beyond the enumeration is unconstitutional and void»⁹.

Muchos años después, otro comentarista ilustre de la Constitución de los Estados Unidos, Edward S. Corwin, decía a su vez, ilustrando la IX Enmienda: «Existen ciertos derechos de un carácter tan fundamental que ningún gobierno libre debe infringirlos, sea que están enumerados o no en la Constitución»¹⁰.

Recientemente la IX Enmienda ha sido aplicada por la Corte Suprema para justificar la protección constitucional de derechos no enunciados o no enumerados en las disposiciones constitucionales¹¹.

6. La IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos influyó muy pronto en el pensamiento constitucional rioplatense.

Veamos un ejemplo. Aunque habrá que esperar a 1860 en la Argentina y a 1918 en el Uruguay para que un texto análogo o similar se recogiera en una Constitución en vigor, ya en 1813, en el proyecto federal denominado «Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur», de inspiración artiguista, probablemente redactado por Felipe Santiago Cardozo, Diputado oriental por Canelones ante el Congreso Constituyente reunido en Buenos Aires¹², la idea se recibió y tuvo una concreta expresión normativa. El artículo 51 de este Proyecto, en

⁸ J. STORY, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, trad. de Nicolás Antonio Calvo, t. II, Buenos Aires, MDCCCLXXXVIII, p. 597.

⁹ THOMAS JAMES NORTON, *The Constitution of the United States*, Boston, 1922, p. 224.

¹⁰ EDWARD S. CORWIN, *La Constitución Norteamericana y su actual significado*, Kraft, Buenos Aires, 1943, p. 206.

¹¹ CHARLES J. COOPER, «Limited Government and Individual Liberty: The Ninth Amendment's Forgothen Lesson», y EDWARD J. ARLER, «The Ninth Amendment and Contemporary Jurisprudence», in *The Bill of Rights*, Edited by Eugene W. Hickok, Jr., University Press of Virginia, 1991, pp. 420-421 y 432-448.

¹² EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. VI, 2.ª parte, Buenos Aires, 1936, p. 633; ALBERTO DEMICHELLI, *Origen Federal Argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 107-130; ALBERTO DEMICHELLI, *Formación Constitucional Rioplatense*, t. II, Montevideo, 1955, pp. 205-215; ARIOSTO D. GONZÁLEZ, *Las primeras fórmulas Constitucionales de los Países del Plata*, Montevideo, 1941, pp. 57 a 59; EDUARDO ESTEVA, *Lecciones de Derecho Constitucional 2.º*, t. I, *Historia Constitucional del Uruguay*, Montevideo, 1993, p. 28.

efecto, dispuso que: «La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el Pueblo». La fuente estadounidense es clara y directa, ya que es evidente que se trata de un texto redactado en español sobre la base de una traducción de la IX Enmienda¹³. Marca, de todos modos, el inicio de una línea constitucional que, con variantes importantes respecto del texto estadounidense y del proyecto rioplatense de 1813, habría de continuar fecundamente, aportando nuevos enfoques.

7. La Constitución argentina de 1853 no contenía ninguna disposición a este respecto.

Pero la reforma constitucional de 1860¹⁴ incluyó una norma que pasó a ser el artículo 33, que dispuso: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Esta norma tuvo su fuente directa en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos¹⁵.

El informe de la Convención de 1860 dice con gran precisión y justeza: «...la enumeración que se hace en la primera parte de los derechos y garantías de los individuos, que en algunos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas, no deben tomarse sino como ejemplos para ir de lo concreto y lo expreso a lo desconocido y tácito»¹⁶.

Este precepto se ha mantenido hasta hoy y la Constitución vigente, de 1994, contiene una norma que tiene igual redacción que en 1860 y 1949 y se individualiza con el mismo número 33.

Joaquín V. González, comentando el texto incluido en 1880, ha dicho:

«Los derechos que la Constitución enumera no son todos los que pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil. Además, al declararlo así, la

¹³ Las once primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos fueron conocidas en el Río de la Plata a través de la obra *La Independencia de Costa Firme justificada por Tomás Paine treinta años ha*, de MANUEL GARCÍA DE SENA, publicada en Filadelfia en 1811 (ARIOSTO D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 62 y ss.). Una edición de la obra de García de Sena, con prólogo de Pedro Grases, fue hecha en Buenos Aires en 1949. Pedro Grases escribió, asimismo, el libro *Manuel García de Sena y la Independencia Hispanoamericana*, Caracas, 1953.

¹⁴ CARLOS ERNEST, *Los Derechos implícitos*, cit.; PABLO RAMELLA, *Derecho Constitucional*, cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Edinar, Buenos Aires, 1989.

¹⁵ JOSÉ ARMANDO SECO VILLALBA, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pp. 131-134 y 163. Este autor cita como fuente, además, la Constitución de California de 1849.

¹⁶ *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires*, 1860, pp. 193-197.

Constitución Argentina, como la de los Estados Unidos, confirmó “el principio de que las Constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y defenderlos, y que si algunos son especialmente enumerados y protegidos, sólo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos”¹⁷.

La doctrina argentina ha destacado la importancia del artículo 33¹⁸ relativo a la presencia constitucional de los derechos y garantías no enunciados expresamente en la Carta, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Esta norma ha permitido, en particular, reconocer constitucionalmente por la Corte Suprema la protección constitucional del derecho de reunión¹⁹.

Hay que señalar desde ya que el texto argentino se refiere a derechos y garantías, mientras que la fuente estadounidense habla sólo de derechos y que mientras ésta individualiza tales derechos como los «retenidos por el pueblo», la Constitución argentina lo hace con respecto a los que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Comentando el artículo 36 de la Constitución de 1949 —que correspondía al 33 de la de 1853, modificada en 1860— han dicho Faustino Legón y Samuel W. Medrano: «La omnicompreensiva invocación de los derechos no enumerados —análoga a la que contiene la novena enmienda norteamericana— persiste en el artículo 36. Fue introducida entre los retoques de 1860. Consagra la preeminencia del derecho natural y de los postulados de la civilización cristiana, como lo expresaron los propulsores de la iniciativa. Eco de las palabras de Vélez Sarfield y Sarmiento, vertidas entonces, resultan las de un miembro de la última Convención: «fuera del derecho positivo existe un derecho no escrito, anterior y superior... Es el derecho histórico, que se forma sedimentariamente a través de los tiempos, y el derecho natural que cada hombre lleva impreso en su alma como un sello de la divinidad»²⁰.

Es posible sostener actualmente que el artículo 33 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, que le da a diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos jerarquía constitucional (art. 75, núm. 22), debe interpretarse en el sentido de que los derechos enunciados en esos instrumentos han pasado a aumentar, enriquecer y de-

¹⁷ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, párrafo 92, Edición Estrada, Buenos Aires, 1951, pp. 111-112.

¹⁸ Además de la clásica obra de Joaquín V. González, véanse, por ejemplo, los libros citados de Ramella, Ernest, Nino y Bidart Campos.

¹⁹ ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ, *La Constitución Argentina anotada con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Kraft, Buenos Aires, 1945, p. 205.

²⁰ FAUSTINO J. LEGÓN y SAMUEL W. MEDRANO, *Las Constituciones de la República Argentina*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, p. 151.

sarrollar la enumeración constitucional (arts. 14-20). De tal modo por una vía distinta, en cierta forma indirecta, se llegaría a una conclusión análoga a la que resulta expresamente de las nuevas normas constitucionales en cuanto a los derechos implícitos en las Constituciones de Brasil, Colombia y Ecuador.

Esta interpretación que ya había sido vislumbrado por Bidart Campos antes de la Reforma Constitucional de 1994²¹ resulta ahora, para mí, indudable.

Es interesante destacar que en el Derecho Constitucional Provincial se encuentran en la República Argentina normas análogas al artículo 33 de la Constitución Nacional. Un ejemplo a recordar es el de la Constitución de Córdoba de 1987, cuyo artículo 20 dispone: «Los derechos enumerados y reconocidos por esta Constitución no importan denegación de las demás que se derivan de la forma democrática de gobierno y de la condición natural del hombre».

8. La Constitución uruguaya de 1830 no incluía en la Sección XI, dedicada a los derechos declarados —aunque su título era «Disposiciones Generales»— ninguna disposición sobre los derechos no enunciados o no enumerados.

Fue en la Constitución de 1918 que se incluyó una norma al respecto. Esta Carta se refería a la cuestión en su artículo 173 de la Sección XII titulada «Derechos y Garantías». Esta disposición, modificada en 1934, pasó a ser el artículo 63 de la de 1934, el 63 de la de 1942, el 72 de la de 1951, el 72 de la de 1966 y el artículo 72 de la vigente de 1996.

La consideración del tema de los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en la Constituyente de 1916-1917 fue de interés, como lo ha destacado, citando los debates, Alberto Ramón Real²². Sigue siendo importante recordar estos antecedentes y, en especial, reproducir el muy destacado informe de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente.

La historia de la cuestión es la siguiente:

En la Convención Nacional Constituyente varios proyectos presentados incluyeron una disposición sobre los derechos no enumerados o no enunciados. Es el caso del de la Corporación de Constituyentes Nacionalistas (art. 166), del de Alfredo Vázquez Acevedo (art. 149), del de Enrique Azarola —presentado por Antonio María Rodríguez— (art. 224) y del de Horacio Jiménez de Aréchaga (art. 211)²³.

²¹ *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 260.

²² «Los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya», en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, Montevideo, 1971.

²³ *Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917)*, t. I, Montevideo, 1918, pp. 192, 219, 267 y 454.

La idea fue recogida en el Pacto de los Partidos (Pacto de los Ocho) y en virtud del cual la Constitución —aprobada luego por la Convención Nacional Constituyente y por el Pueblo— fue, como dijo la Comisión de Constitución: «obra de acuerdo y transacción entre los dos grandes partidos del país»²⁴.

La Comisión de Constitución incluyó en su proyecto el artículo que estaba ya antes en el Pacto, inspirado directamente en los proyectos citados, que pasó a ser luego el artículo 173 de la Constitución de 1918. Justificó así la Comisión la norma propuesta en su informe, redactado por Washington Beltrán:

«Hámlton, en *El Federalista*, explicando la grave omisión de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, respecto a la declaración de derechos y garantías, afirmaba que prefirieron no haber dicho nada antes que hacer una enumeración incompleta de aquéllos.

Las primeras enmiendas efectuadas a la Constitución americana evitan la crítica hecha por Hámlton. Formulan, por considerarla imprescindible salvaguardia de las libertades individuales, una declaración de derechos y garantías, pero en seguida establecen en el artículo 9.º este precepto: “No se da jamás a la enumeración de los derechos en esta Constitución consignados una interpretación que niegue o derogue los que se haya reservado” (*sic*).

En la Constituyente Argentina de 1860, inspirados en el ejemplo americano, se propuso el artículo 33, que dice así: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”».

Este artículo —análogo al que vuestra Comisión os propone— fue defendido en la Constituyente de 1860 por los hombres más esclarecidos de la República Argentina: pugnaron por su triunfo Mitre, Sarmiento y Vélez Sarfield.

Es al amparo de esta disposición que ha podido defenderse en toda su amplitud el derecho de reunión, pues aun cuando no está consignado en la Constitución Argentina —como lo está en la nuestra de modo expreso— es un derecho que no puede ser negado, porque nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno²⁵.

Este artículo 172 de la Carta de 1918 dispuso:

²⁴ *Diario de Sesiones*, cit. (1917), t. IV, Montevideo, 1918, p. 492, segunda columna; WASHINGTON BELTRÁN, *En la Constituyente (Discursos e Informes)*, Montevideo, 1918, pp. 123-126, 173-191.

²⁵ *Diario de Sesiones*, cit. (1917), t. IV, Montevideo, 1918, p. 492, primera columna; WASHINGTON BELTRÁN, *op. cit.*, p. 275.

«La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno».

En 1934 a la expresión «derechos y garantías» se le agregó «deberes»²⁶. Hoy reza así:

«La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

A diferencia de los textos estadounidense y argentino, la norma uruguaya actual es aplicable a los derechos, deberes y garantías no enumerados o no enunciados expresamente.

Y los derechos, deberes y garantías que entran en la previsión constitucional —distinguiéndose también de estas dos fuentes— son los que son inherentes a la naturaleza humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno.

Dos son, en consecuencia, las posibilidades constitucionales para que un derecho, un deber o una garantía no enumerado o no enunciado expresamente pueda ser, pese a ello, reconocido, protegido y garantizado constitucionalmente.

Primero. Que sea inherente a la personalidad humana. Es una situación clara y coherente con la filosofía constitucional. Los derechos inherentes a la naturaleza humana son los derechos inmanentes, los consustanciales con la calidad de la persona humana, los que resulta de la dignidad del ser humano.

Segundo. Los que derivan de la forma republicana de gobierno. Ya aquí el texto constitucional no es tan feliz. No es claro ni fácil determinar qué derechos, deberes y garantías derivan de la forma de gobierno republicana, que puede, en algunas de sus manifestaciones, implicar una concepción autoritaria. Por lo demás, nuestro sistema de Gobierno no es sólo republicano, sino, según el artículo 82, «democrático republicano». Para ser coherentes es necesario integrar el artículo 72 con el 82 y llegar a la conclusión que la forma de gobierno referida en este artículo 72 es necesariamente la republicana democrática.

²⁶ En la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente, el 3 de enero de 1934, al considerarse el artículo 173.z), el Dr. Salgado hizo moción para que se diga «derechos, deberes y garantías», «de acuerdo con el título ya aprobado en esta Sección». Y el Dr. Secco Ylla propuso «que se forme con este artículo el Capítulo III de esta Sección». Ambas propuestas fueron aprobadas (*Comisión de Constitución de la III Convención Nacional Constituyente*, Actas, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935, p. 92).

La doctrina uruguaya ha prestado y sigue prestando hoy atención muy especial al artículo 72 de la Constitución²⁷. Esta atención ha permitido, prever y fundar su aplicación a situaciones diferentes —es decir, a derechos, deberes y garantías, no expresamente previstas—, proyectar este tipo de normas hacia el Derecho Internacional²⁸ e incluso intentar basar un cambio en la concepción tradicional uruguaya sobre el nivel jerárquico interno de los tratados internacionales en la aplicación 72 de la Constitución²⁹. Ha

²⁷ JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución Nacional*, t. II, Editorial Medina, Montevideo, 1946; ALBERTO RAMÓN REAL, «Los principios generales de Derecho en la Constitución Uruguaya», en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, Montevideo, 1971.

²⁸ HÉCTOR GROS ESPIELL, «Los Derechos Humanos en la Constitución Uruguaya y su Protección Internacional», en *Estudios en homenaje a Germán Bidart Campos* (en prensa); DANIEL HUGO MARTINS, «La participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la redacción del Proyecto de Convención», Cap. V, en HÉCTOR GROS ESPIELL, *Ami-
corum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

²⁹ JUAN PABLO CAJARVILLE, «Reflexiones sobre los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya», en *Estudios en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996; MARTÍN J. RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional*, t. II, Montevideo, 1998, pp. 108, 112, 116, 172; HÉCTOR GROS ESPIELL, «Los Derechos Humanos en la Constitución Uruguaya y su Protección Internacional», en *Estudios en honor de Germán Bidart Campos* (en prensa). En este trabajo he dicho:

«¿Qué efecto y significado puede tener el artículo 72 de la Constitución uruguaya sobre la cuestión del nivel jerárquico de los tratados internacionales en vigencia ratificados por la República?»

Recordemos que esta norma, incorporada al Derecho Constitucional uruguayo en la Carta de 1918, que establece un criterio muy difundido en el Derecho comparado latinoamericano— y que tiene su fuente inicial en la Enmienda IX (1791) a la Constitución de los Estados Unidos y en el artículo 33 de la Constitución argentina de 1853 luego de la enmienda ampliatoria efectuada en 1860—, dispone que: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Me parece evidente que el Derecho Internacional es apto en el Uruguay, para ampliar, en su proyección interna, “la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución”, en cuanto puede declarar, proclamar, definir y tipificar derechos que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Esto es así con respecto a los Derechos incluidos y proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a pesar de su carácter no convencional, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pese a la misma falta de naturaleza convencional, en otras Declaraciones de sentido especialmente relevante, en los dos pactos internacionales de Derechos Humanos, en las convenciones en la materia de las Naciones Unidas y de la familia de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Protocolo sobre Derechos sobre la Tortura, a la Convención sobre Desaparición de Personas y en otros inherentes a la persona humana, como, por ejemplo, el Derecho al Desarrollo, el Derecho al Medio Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado y el Derecho a la Paz. Tales derechos podrían pasar asimismo a ser derechos constitucionalmente garantizados y protegidos en el Uruguay, al igual que los derechos expresamente enunciados en la Constitución.

Pero ¿qué significa esto, además, que por aplicación del artículo 72 el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —especialmente el de naturaleza con-

permitido afirmar el reconocimiento constitucional de nuevos derechos y ha hecho posible que garantías no previstas, como el amparo, antes de su regulación por ley, se consideraran, por la doctrina y la jurisprudencia, como existentes.

La Constitución uruguaya, cuya sección II, desde 1934 se titula «Derechos, Deberes y Garantías», no sólo acepta implícitamente que todo derecho genera deberes correlativos, sino que se refiere expresamente a algunos deberes específicos, que ciertas personas poseen (por ej., arts. 41, 42, 44, 53).

Por la aplicación del artículo 72, es posible reconocer la existencia de otros deberes, además de los expresamente enunciados³⁰. Hay que señalar que en el Derecho Constitucional las normas análogas a nuestro artículo 72 se refieren a «derechos» o a «derechos y garantías». Es muy difícil encontrar la referencia a deberes, sólo he encontrado la referencia a los deberes en las Constituciones de Guatemala y de República Dominicana, como lo hace la Constitución uruguaya. La Constitución uruguaya sin condicionar, en forma alguna, la protección y garantía de los Derechos Humanos al cumplimiento de los deberes, reconoce que sin un adecuado y complementario equilibrio de derechos y deberes es imposible la existencia de un orden democrático y justo.

Es importante tener en cuenta que la referencia expresa a los deberes que hace la Constitución uruguaya demuestra que entre nosotros el reconocimiento de los deberes es una afirmación de la corriente filosófica democrática que exige un adecuado equilibrio de derechos y deberes, aunque teniendo siempre como base conceptual que el cumplimiento de los deberes no es condición para el reconocimiento, protección y defensa de los derechos.

No puede haber duda del acierto que tuvo la Constitución de 1918 de incluir el artículo 172, precedente directo del actual artículo 72.

vencional— como consecuencia de la vigencia y de la ratificación por la República de los pertinentes tratados tendría internamente jerarquía constitucional?

El tema ha sido objeto de reciente consideración doctrinaria en el Uruguay.

Considero que la respuesta debe ser negativa, pero que es preciso matizar esta posición.

El artículo 72 no puede ser interpretado —ni de acuerdo con su letra ni según su espíritu, su objeto y su fin— como produciendo el efecto de dar a los tratados sobre Derechos Humanos, ratificados y en vigencia en el Uruguay, jerarquía constitucional interna.

Significa, y esto ya es mucho, que los derechos, deberes y garantías, enunciados en esos instrumentos internacionales convencionales y en ciertos casos en otros de carácter declarativo, cuando “son inherentes a la personalidad humana”, o “se derivan de la forma republicana de gobierno”, pueden completar la nómina de los “derechos, deberes y garantías” que hace la Sección II. Y esos derechos, deberes y garantías podrán ser, de tal modo, protegidos y garantizados como los otros que enumera expresamente la Constitución».

³⁰ EDUARDO ESTEVA, *Derecho Constitucional II*, t. VI, *Lecciones de Derecho positivo vigente (Primera parte)*, Montevideo, 1982, p. 92.

En efecto, aunque la filosofía política en que se basaba la Constitución de 1830 permitía llegar a la misma conclusión que en 1918 se recogió expresamente no es posible olvidar que esta previsión hecha en el 18 era necesaria, ya que cerraba toda posibilidad de aplicar al caso la peligrosa regla «*inclusio unius, exclusio alterius*» que había sido invocada al respecto por alguna doctrina extranjera.

Además de este efecto tan positivo para poner fin a toda posible interpretación restrictiva en materia de derechos, deberes y garantías, el texto constitucional ha permitido y permite la evolución, actualización y modernización de la Declaración Constitucional de Derechos, Deberes y Garantías, haciendo posible el reconocimiento jurisprudencial y la aceptación doctrinaria, con efectos prácticos y reales, de nuevos derechos, deberes y garantías, que responden a las nuevas necesidades y exigencias del ciudadano y de la sociedad.

9. Corresponde ahora hacer una referencia, aun siendo parcial y limitada, a diversas constituciones latinoamericanas que incluyen disposiciones de este tipo.

Aunque este análisis comparativo no sea completo, alcanza para mostrar claramente una tendencia general al respecto en el Derecho Constitucional latinoamericano.

10. La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1980. Esta Constitución dispone en su artículo 5, numeral 77,2:

«Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte».

En esta disposición hay que señalar que los derechos y garantías no excluidos, pese a no estar enunciados expresamente, son los que resultan «del régimen y de los principios por ella adoptados», así como los que son la consecuencia de los «tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte».

Esta referencia a tratados internacionales que hace la Constitución del Brasil, que se encuentra también en las Constituciones de Ecuador («instrumentos internacionales») y de Colombia («convenios internacionales vigentes»), muestra una nueva línea en la materia en el Derecho Constitucional latinoamericano.

Hay que destacar, sin embargo, que la Constitución del Brasil al referirse sólo a los «tratados internacionales» o la de Colombia a los «convenios internacionales» excluyen a la Declaración Universal y a la Declaración Americana de Derechos Humanos, lo que no ocurre en la Constitución

del Ecuador que se refiere a los «instrumentos internacionales» en general, lo que incluye a los textos de tipo declarativos.

Esta norma de la Constitución del Brasil responde a la continuidad de una línea conceptual que se mantuvo siempre en el Brasil republicano³¹, con textos prácticamente iguales (art. 78 de la Constitución de 1891, art. 114 de la Constitución de 1934, art. 123 de la Constitución de 1937 y art. 114 de la Constitución de 1946). Pero ninguno de estos antecedentes se refieren a los «tratados internacionales», cuya mención constituyó la gran novedad de la Constitución de 1980.

Pedro Calmon, comentando el artículo 144 de la Constitución de 1946, ha dicho acertadamente:

«A Constituição pressupõe a liberdade individual ampla e juridicamente considerada, e a assegura em harmonia como a justiça que oferece a todos, exatamente para que não se malogrem os seus mandamentos. Se os direitos individuais fossem expressos, com a exclusão dos implícitos, seria a Constituição sofismada, e ficaria inaplicável, em muitos pontos de sua dogmática. Para que se não diga que prevalece no caso a regra, “inclusio unius, exclusio alterius”, estabeleceu ela o princípio, de que os preceitos declarados no art. 141, se completam com os decorrentes do sistema político (a República democrática) e do texto constitucional na sua integridade»³².

Y Pontes de Miranda al comentar el artículo 123 de la Constitución de 1937 dice con razón, en una afirmación que se aplica a todas las normas constitucionales análogas que existen en el Derecho comparado americano: «Una de las consecuencias del artículo 123 es negar respecto de los derechos y garantías, la aplicación de la regla *inclusio unius alterius est exclusio*»³³.

³¹ CARLOS MAXIMILIANO (*Commentários a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, 1918, p. 777), comentando el artículo 78 de la Constitución de 1891, dice:

«O texto não cria direitos: reconhece-os, protege-os. Especialmente enumera os mais importantes ou mais espostos violação.

Por isso os dispositivos asseguradores de prerogativas e regalias não diminuem o valor nem a estima de outras, sobre as quaes solemcopu a Comstotuinte apesar de serem peculiares ao regimen triumphante. Vigora um systema de poderes limitados; na duvida, prevalece a exegese favoravel ao individuo, propicia liberdade.

Outra razão de existir milita ainda, a favor do art. 78: evitar, a respeito das franquias populares e dos direitos do homem, o emprego da regra de hermeneutica, em virtude da qual a affirmação em casos particulares importa a negação em todos os outros, e, vice-versa, negar em um caso expresso implica affirmar nos demais (inclusio unius alterius est exclusio)».

³² PEDRO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro, Constituição de 1946*, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1947, p. 308.

³³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários... Constituição Federal de 10 novembro de 1937*, t. III, Pongetti Editores, Rio de Janeiro, 1937, p. 545.

11. La Constitución de Bolivia de 1964. Su artículo 35 dice:

«Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Esta disposición tiene una larga tradición en el Derecho Constitucional Boliviano. Concuerta en el artículo 33 de la Constitución de 1947³⁴.

12. El caso de la Constitución de Colombia de 1991 es especialmente interesante. En efecto, su artículo 94, no sólo trata de los derechos y garantías enumeradas en la Constitución —que no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ella, sino que incluye en esa situación a los derechos y garantías contenidas en los «convenios internacionales vigentes». Esta referencia a los convenios o «tratados internacionales» se encontraba ya en el artículo 77, inciso 2, de la constitución del Brasil de 1980, y se halla también, con la denominación de «instrumentos internacionales», en el artículo 19 de la Constitución ecuatoriana de 1995.

En el Derecho Constitucional colombiano anterior a 1991 no existía una norma similar³⁵.

Estas referencias constitucionales a los «tratados» o «convenios internacionales» o a «los instrumentos internacionales» hecha por el artículo 91 de la Constitución de Colombia, y por los artículos 77 y 19 de las Constituciones de Brasil y Ecuador, con respecto a los derechos no expresamente enunciados o enumerados en ellas, es particularmente significativa. No sólo porque permiten la integración en el Derecho Interno de derechos declarados o proclamados en el Derecho Internacional por medio de convenios internacionales vigentes, u otros instrumentos internacionales, sino también por su interacción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia de la norma paralelamente análoga a las de las Constituciones colombiana, brasileña y ecuatoriana —y las otras similares contenidas en la gran mayoría de las constituciones latinoamericanas—, incluida en las disposiciones sobre interpretación, en el artículo 29.c) del Pacto de San José.

³⁴ CIRO FÉLIX TRIGO, *Derecho Constitucional Boliviano*, Editorial Cruz del Sur, La Paz, 1951, pp. 387-388.

³⁵ RAFAEL BALLÓN, *Constituyente y Constitución de 1991*, Editorial Jurídica de Colombia, Bogotá, 1991, pp. 333 y 334; CARLOS LLERAS DE LA FUENTE, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, 1992, p. 203.

13. La Constitución de Costa Rica de 1949. El artículo 74 establece:

«Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables, su enunciación no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley».

Lo curioso de esta disposición es que se refiere sólo a los «Derechos y Garantías Sociales» (Título V, Capítulo único) y que no existe una norma análoga referida a los Derechos y Garantías individuales (Título IV).

14. La Constitución vigente del Ecuador, de 1998, dispone en su artículo 19:

«Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarias para su pleno desenvolvimiento moral y material».

Una norma constitucional de este tipo tiene una larga tradición en el Ecuador. Pueden citarse, por ejemplo, los artículos 158 de la de 1929 y 157 de la de 1945³⁶.

Esta norma, relativa a los derechos y garantías, debe ser destacada en cuanto hace referencia a los «instrumentos internacionales». Esta referencia la aproxima a lo que al respecto establecen las Constituciones brasileña y colombiana, que, sin embargo, dan a la invocación de los textos internacionales un sentido distinto, ya que lo hacen para especificar que los derechos incluidos en estos instrumentos pueden pasar a integrar la nómina de los enunciados constitucionalmente. La norma ecuatoriana, en cambio, se refiere a los instrumentos internacionales para especificar que los derechos enunciados en ellos no excluyen, al igual que los enunciados en la Constitución, otros derechos.

La Constitución del Ecuador se refiere a los «instrumentos internacionales», la de Colombia a «convenios internacionales vigentes» y la de Brasil a «los tratados internacionales».

La Constitución ecuatoriana exige que los derechos que pueden pasar a enriquecer la enumeración constitucional e internacional deriven de la naturaleza de la persona y sean necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material. No indica, en cambio, como la gran mayoría de los otros textos constitucionales latinoamericanos, que pueden también ser derechos o garantías que resultan de la forma democrática, o democrática representativa o republicana democrática de gobierno.

³⁶ RAMIRO BORJA Y BORJA, *Derecho Constitucional Ecuatoriano, Apéndice*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1956, pp. 554 y 619.

15. La Constitución de El Salvador de 1983. El artículo 52 de esta Constitución dispone:

«La enunciación de los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de la justicia social».

Sobre la limitación de esta norma a los derechos sociales y la ausencia de una disposición análoga relativo de los derechos y garantías individuales, cabe hacer el mismo comentario que el efectuado respecto de una norma muy similar —que sin duda fue la fuente del artículo salvadoreño—: el artículo ya citado de la Constitución de Costa Rica de 1949.

16. La Constitución de Guatemala de 1985. Su artículo 44 (Derechos inherentes a la persona humana) dispone:

«Los derechos, deberes y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuran expresamente en ella, son inherentes a la persona humana».

Existen antecedentes al respecto en el Derecho Constitucional Guatemalteco. Por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución de 1954 y el artículo 72 de la de 1956.

Junto con la República Dominicana y Uruguay la Constitución de Guatemala se refiere también a los deberes.

17. La Constitución de Honduras de 1982. Su artículo 63 dice:

«Las declaraciones, derechos y garantías que enuncia esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre».

18. La Constitución de Paraguay de 1992 en su artículo 45 establece:

«La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuran expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía».

El Derecho Constitucional paraguayo tiene una larga tradición en cuanto a la existencia de una norma de este tipo. Deben citarse al respecto el

artículo 34 de la Constitución de 1870 y el artículo 80 de la Constitución de 1967. Nada había, en cambio, sobre la cuestión en la Constitución de 1940.

19. La Constitución del Perú de 1993. Su artículo 3 dispone:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Esta norma es igual al artículo 4 de la Constitución peruana de 1979.

La Constitución peruana sólo se refiere a derechos. No menciona las garantías ni los deberes.

20. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1952 dispone en la Sección 19 de su artículo II (Carta de Derechos):

«La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva, ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente».

21. La Constitución vigente de la República Dominicana, de 1994, establece en su artículo 10: «La enunciación contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza». El artículo 8, incluido en el Título II, Sección I, «De los Derechos Individuales y Sociales», enuncia los Derechos. El artículo 8 (Sección II, «De los Deberes») enumera, como lo indica el título, los Deberes³⁷.

Esta disposición existe en el Derecho Constitucional dominicano desde 1924³⁸.

Es interesante señalar que en cuanto a la extensión de la enunciación la Constitución dominicana se refiere a los derechos y deberes. Es, junto con las de Guatemala y el Uruguay, la única que hace referencia en una disposición de este tipo a los deberes. Pero, a diferencia de la uruguayana, no in-

³⁷ JUAN M. PELLERANO GÓMEZ, *La Constitucionalización de los Tratados. Estudios Jurídicos*, vol. IV, núm. 1, Santo Domingo, enero-abril 1994; JUAN M. PELLERANO GÓMEZ, *Constitución y Política*, Santo Domingo, 1990, pp. 135-137.

³⁸ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, «Comentario al artículo 1», en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 2.

cluye expresamente a las garantías, que están referidas, en cambio, en prácticamente todos los textos del Derecho Constitucional latinoamericano que contienen una norma de este tipo.

Pero, además, la Constitución dominicana se diferencia de todas las demás —usando asimismo una terminología diferente— en que no se determina que se trata de los derechos (o de derechos y deberes) inherentes a la naturaleza humana, o que se derivan del sistema político institucional del Estado, de una determinada forma de gobierno o de la soberanía del pueblo, sino de aquellos «de igual naturaleza». Obviamente quiere decir de derechos y deberes de igual naturaleza a los expresamente enumerados por la Constitución.

22. La Constitución de Venezuela de 1961. Su artículo 50 dispone:

«La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ella. La falta reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos».

Este artículo de la Constitución de Venezuela de 1961 responde a una antigua tradición que se ha mantenido invariable en todo el proceso constitucional venezolano del siglo XX (Constitución de 1909: artículo 25; Constitución de 1914: artículo 23; Constitución de 1922: artículo 23; Constitución de 1925: artículo 33; Constitución de 1928: artículo 33; Constitución de 1929: artículo 33; Constitución de 1931: artículo 33; Constitución de 1936: artículo 33; Constitución de 1949: artículo 34; Constitución de 1947: artículo 25; Constitución de 1953: artículo 32).

3. CONSTITUCIONES QUE NO CONTIENEN NORMAS RELATIVAS A ESTA CUESTIÓN

23. Algunas constituciones latinoamericanas no contienen una norma de esta naturaleza. Entre ellas es interesante tener en cuenta las de Cuba, Nicaragua, México, Haití y Chile e indicar las posibles razones de este apartamiento de la línea general, y sus consecuencias, según la diferente filiación política e ideológica de los diversos textos constitucionales.

Naturalmente como en el caso de la nómina de las constituciones que incluyen normas sobre derechos, o derechos y garantías, o deberes, derechos y garantías no enunciados o enumerados expresamente, este análisis de los casos en que no hay normas al respecto, no pretende ser exhaustivo y completo. Sólo muestra algunos ejemplos.

24. La Constitución de México de 1917 no contiene una norma relativa a los derechos no enumerados o no enunciados.

Tampoco existía en la Constitución de 1857.

Analizando esta situación ha dicho Héctor Fix-Zamudio:

«Llama la atención que en la Constitución de 1857, no obstante la declaración categórica de los derechos humanos, que son el objeto y la base de las instituciones sociales, no se hubiese establecido al mismo tiempo, como consecuencia de esta concepción claramente iusnaturalista, una disposición similar al artículo IX de la Constitución federal de los Estados Unidos y en varias otras de América Latina, entre las cuales destaca el artículo 33 de la Constitución argentina de 1853, reformada en 1860 y por tanto contemporánea de la nuestra, sobre la existencia de derechos o garantías implícitos, es decir, que la enumeración de los derechos consagrados por la Constitución no debía entenderse como negación de aquellos que conserva el pueblo (Estados Unidos) o que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno (Argentina).

Coincidían los tratadistas mexicanos de la época, entre ellos José María Lozano e Isidro Montiel y Duarte, en el sentido de que los derechos del hombre eran anteriores y superiores a la Constitución, la que únicamente consagraba los de mayor importancia, los cuales, por el hecho de ser enumerados en los preceptos fundamentales, se transformaban en garantía de acuerdo con la romántica idea de los revolucionarios franceses de que bastaba consagrar un derecho en un texto constitucional para que el mismo fuese respetado por gobernantes y gobernados»³⁹.

Explicando la ausencia en la Constitución de 1917 de una norma de tipo de las que estamos examinando y pensando en las consecuencias de estas ausencias, ha dicho el mismo autor:

«Tenemos la convicción de que los constituyentes de Querétaro no tenían una idea precisa de las concepciones iusnaturalista o positivista de los derechos humanos, pero la misma redacción del precepto constitucional nos indica que consideraban que los propios derechos fundamentales debían ser conferidos expresamente por la Constitución y no simplemente reconocidos como anteriores a la misma; de manera que en nuestro sistema no se pueden concebir los derechos o garantías implícitos, o sean aquellos que sin estar consignados en la ley suprema, se desprenden de la soberanía del pueblo o de la forma republicana o democrática de gobierno, como lo establecen otros textos constitucionales en América Latina».

³⁹ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 3.

25. La Constitución de Cuba de 1976 no contiene ninguna norma sobre los derechos no enumerados. Nada dice al respecto el Capítulo VII (Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales).

Esta situación es consecuencia natural de la filosofía política en que se funda esta Constitución y de la naturaleza y límite de los Derechos, Deberes y Garantías en un «Estado socialista de trabajadores» (art. 1).

Podría estimarse que en la Constitución de Cuba socialista la Constitución es atributiva y constitutiva de Derechos y que los que no están enunciados o enumerados no están reconocidos ni protegidos constitucionalmente.

Es interesante comprobar que en el Derecho Constitucional cubano anterior a 1959 la situación era diferente. En efecto, la Constitución arrasada en su momento por la dictadura de Batista, promulgada en julio de 1940, disponía en el inciso cuarto de su artículo 40:

«La enumeración de los derechos garantizados en este Título no excluye los demás que esta Constitución establezca, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Una disposición similar se encontraba ya en la primera Constitución de Cuba independiente, la de 1901, cuyo artículo 36 establecía:

«La enumeración de los derechos garantizados expresamente por esta Constitución no excluye otros que se derivan del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

26. La Constitución de Nicaragua de 1987 tampoco contiene ninguna disposición del tipo de las que analizamos. En cierta forma esto se explica por el contenido político e ideológico en el que se fundó la Constitución de 1987, en la Nicaragua posterior a la caída de Somoza y por las características del régimen sandinista.

Las reformas parciales posteriores, de 1990 y 1995, nada modificaron al respecto.

Sin embargo, el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua se refiere a los «derechos inherentes a la persona humana» y a «la plena vigencia de los derechos consignados» en los instrumentos internacionales que enumera.

De esta norma puede deducirse que, aún sin disposición expresa, es posible reconocer derechos no enunciados, «inherentes a la personalidad humana» o que se encuentran proclamados en los instrumentos internacionales que cita y a los que se remite la Constitución.

Sin embargo, la Constitución anterior de Nicaragua, la de 1950, disponía en su artículo 125: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la persona humana o que se deriven de la forma establecida de Gobierno». Lo mismo se encontraba en la de 1948 (art. 111), en la de 1939 (art. 137) y también en otros textos anteriores.

27. La Constitución de Haití de 1987 tampoco contiene nada al respecto en su Título III, Capítulo II («De los Derechos Fundamentales»). Esta situación es comprensible por la filiación, no totalmente asimilable al restante Derecho Constitucional Latinoamericano, que tiene el Derecho Constitucional Haitiano y la inexistencia consiguiente de un paralelismo.

Sin embargo, la filosofía política de la Constitución Haitiana es análoga a la de los países latinoamericanos, que reconocen la existencia de derechos no enumerados, ya que se basa en el respeto necesario de la persona humana e invoca especialmente la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19).

28. La Constitución de Chile de 1980 no incluye una norma sobre los derechos no enumerados o enunciados.

Pese a ello puede sostenerse que implícitamente tal situación existe y se acepta en virtud de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 5, que dice:

«El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes».

29. La Constitución de Panamá de 1972. Ni en esta Constitución ni en las de 1946, 1941 y 1904 se encuentran normas relativas a los derechos no enumerados o no enunciados.

4. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO AL RESPECTO

30. Intentaremos ahora ordenar, en cuanto a las fórmulas empleadas, todo este Derecho Constitucional americano, clasificando los distintos elementos. Es, lógicamente, sólo un intento preliminar de una clasificación de carácter necesariamente parcial. En cada caso es preciso tener en cuenta el texto propio de cada norma constitucional pertinente:

a) Algunos textos se refieren a que los derechos no enunciados o no enumerados expresamente «no excluyen los otros que...» (Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana, Uruguay).

En otros casos la fórmula usada es que enumeración «no será entendida como negación de otros que» (Argentina, Bolivia, Colombia, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela).

En un caso se dice que la no inclusión constitucional «no podría alegarse para negar o menoscabar otros...» (Estados Unidos).

b) Ciertos textos se refieren sólo a derechos (Estados Unidos y Perú).

Otros a derechos y garantías (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela).

Otros, a derechos, deberes y garantías (Guatemala, República Dominicana y Uruguay).

c) La gran mayoría de los textos constitucionales examinados se refieren a los derechos humanos en general, sin especificar ni invocar especialmente los civiles, los económicos, los sociales y los culturales. Sin embargo, en dos casos la previsión expresa relativa a los derechos no enunciados o no enumerados está referida sólo a los derechos sociales (Costa Rica y El Salvador).

d) Los derechos a los que se aplican las disposiciones constitucionales son:

- Los otros retenidos por el Pueblo (Estados Unidos).
- Los inherentes a la personalidad humana o a la dignidad humana (Uruguay, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela).
- Los que resultan de la soberanía del pueblo (Bolivia, Perú).
- Los que derivan de la Democracia o de una forma política determinada: republicana representativa, republicana democrática o democrática representativa (Bolivia, Honduras, Perú, Argentina y Uruguay).
- Los derechos que poseen igual naturaleza que los derechos no expresamente enunciados o enumerados (República Dominicana).
- Los que resultan del régimen y los principios adoptados por la Constitución (Brasil).
- Los que están reconocidos en tratados, convenios e instrumentos internacionales (Brasil, Colombia y Ecuador).

5. LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS O NO ENUNCIADOS
EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO
DE LOS DERECHOS HUMANOS

31. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existen normas sobre los derechos no enumerados o no enunciados ni en los instrumentos de sistema universal de las Naciones Unidas, ni en el sistema europeo ni en el de la Convención Africana.

Sin embargo, fundándose en la naturaleza de los Derechos Humanos y en la filosofía política en que se basa, cierta doctrina y la jurisprudencia de la Corte Europea, han tenido en cuenta, aunque de una manera implícita, en base a una interpretación evolutiva de la Convención que tenga en cuenta las cambiantes realidades, que otros derechos no enumerados o no enunciados pudieran, en cierta forma, considerarse incluidos en el sistema internacional europeo de protección⁴⁰.

32. Nada hay tampoco en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aunque por su filiación y fundamentos filosóficos y políticos puede decirse que existía y existe la posibilidad de considerar incluidos otros derechos, deberes y garantías no expresamente enumerados o no enunciados.

33. En cambio, el artículo 29.c) (Normas de interpretación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una norma expresa a este respecto.

Esta norma dice:

«Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno».

La Convención Americana [art. 29.c)] se refiere a «derechos y garantías» y a la «forma democrática representativa de gobierno».

El artículo 29.c) de la Convención Americana juega —en cierto sentido, aunque no de manera idéntica— respecto de los «derechos y garantías», que pueden ser objeto de protección internacional regional, el mismo efec-

⁴⁰ GÉRARD COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, París, 1989, pp. 13, 21-23.

to que las normas pertinentes del Derecho Constitucional comparado latinoamericano generan con respecto a los derechos, deberes o garantías, no expresamente enunciados en los textos constitucionales, pero que, sin embargo, han de ser objeto de protección y garantía constitucional en virtud de la aplicación de esas normas.

Las normas, las internas y la internacional [art. 29.c)], se integran y accionan recíprocamente.

Con razón ha dicho Bidart Campos, comentando esta norma, que ella «tiene por cierto que el ser humano explaya sus derechos mucho más allá de los que expresamente formulan las normas del Pacto»⁴¹.

34. La inclusión en el proyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presentado por el Uruguay en la Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de 1965, se debió a una iniciativa del profesor Alberto Ramón Real en el Simposio organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República⁴², para estudiar el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos adoptado en Santiago de Chile en 1959. La propuesta del profesor Real, que invocó la Constitución Uruguaya, es un ejemplo más de la incidencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Internacional.

El proyecto elaborado en el Simposio de Montevideo fue hecho suyo por el Gobierno uruguayo y presentado oficialmente a la Conferencia de Río. Este proyecto, junto con el originario del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de Santiago y el proyecto de Chile, fueron remitidos para ser estudiados al Consejo de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴³.

La Comisión, en el texto final que elaboró, incluyó, con modificaciones redaccionales, la iniciativa presentada por Uruguay sobre los derechos, deberes y garantías no enunciados expresamente.

Este proyecto, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ajustado y con cambios parciales de redacción, limitado a los derechos y garantías, fue el artículo 27.c) del proyecto incluido en el documento N.º 5 de la Conferencia de San José, fechado el 22 de septiembre de 1969. Se

⁴¹ *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, cit., t. III, p. 259.

⁴² *Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1959, p. 165; HÉCTOR GROS ESPIELL, *Le Système Interaméricain comme Régime Régional de Protection des Droits de l'Homme*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, La Haye, 1957.

⁴³ DANIEL HUGO MARTINS, *La participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la redacción del Proyecto de Convención (Pacto de San José de Costa Rica)*, Cap. V («Las sugerencias de la C.I.D.H. en la protección de los Derechos y Libertades no reconocidos expresamente en la Convención», en HÉCTOR GROS ESPIELL, *Amicorum Liber*, vol. I, p. 800, Bruxelles, 1997).

mantuvo, finalmente como artículo 29.c), con la sola eliminación de la palabra «republicana» y la referencia, en cambio, a la «forma democrática representativa de gobierno», en el texto incluido en la Convención adoptada el 22 de noviembre de 1969, es decir, en el Pacto de San José.

35. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado en su jurisprudencia el artículo 29 en general, pero no el inciso c) en especial. En efecto, no ha hecho hasta hoy uso de esta disposición relativa a un criterio hermenéutico que impide interpretar ninguna de sus disposiciones en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes a la naturaleza humana o se derivan de la forma democrática de gobierno.

36. El artículo 29.c) de la Convención Americana tiene internacionalmente, en el régimen de protección internacional regional de los derechos humanos, el efecto ya señalado. Esta consecuencia o efecto significa que para todos los países partes en la Convención existe ahora, en lo que respecta al régimen internacional de protección de los derechos humanos, un sistema análogo, respecto de los derechos no enunciados o no enumerados, al previsto en la mayoría de los textos constitucionales americanos.

Ha jugado así la Convención un papel expansivo y unificador, en el ámbito internacional, de una fórmula nacida en el Derecho Constitucional y que ahora existe, internacionalmente, tanto para los Estados Partes que han seguido en su Derecho Interno esa fórmula, como para los Estados Partes que no han consignado una norma análoga en su Derecho Constitucional.

37. El artículo 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el título de «Reconocimiento de Otros Derechos», dispone:

«Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77».

Estos dos artículos se refieren al procedimiento para adoptar enmiendas a la Convención (art. 76) y al procedimiento para elaborar «proyectos de protocolos adicionales» a la Convención, «con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades» (art. 77).

¿Qué significado tiene la posibilidad de incluir expresamente, por vía de protocolos adicionales a la Convención, otros derechos a los que ser aplicable el régimen de protección de ésta, ante lo dispuesto por el artículo 29.c) de la misma Convención?

Es preciso interpretar estas dos normas —los artículos 31 y 29.c) del Pacto de San José— de una manera armónica y sistemática, que no excluya a ninguno de ellos y que, por el contrario, permite la coherente aplicación de ambos.

Con este criterio se llega a la conclusión que el posible reconocimiento expreso, por protocolos adicionales, de otros derechos y libertades a efectos de incluirlos en el régimen de protección previsto por la Convención (art. 31), no excluye la también posible aceptación de la existencia de otros derechos, que asimismo gozarán del régimen convencional de protección, siempre que ellos fueran «inherentes al ser humano» o que se «deriven» de la forma democrática representativa de gobierno» [art. 29.c)].

En este último caso serán los órganos competentes para «conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes», es decir, la Comisión y la Corte Interamericana, los encargados de determinar que un derecho no enunciado expresamente, cuando cumple con las exigencias del artículo 29.c), debe considerársele incluido en el régimen de protección del Pacto de San José».

De todas maneras lo que es evidente es que la posibilidad eventual de recurrir, para reconocer un derecho o una libertad, a lo dispuesto por el artículo 29.c), no debe inhibir la deseable aplicación del régimen de los artículos 31 y 77, a efectos de incluir progresivamente —de una manera expresas, indiscutible, precisa y clara— uno o más nuevos derechos, no enunciados en la Convención, en el régimen de protección que ésta establece.

6. CONCLUSIONES

38. La existencia de normas relativas a los derechos no enunciados o no enumerados en la Constitución, a efectos de asegurar su garantía y protección, cuando poseen determinados elementos o carácter —que varían según las diferentes constituciones—, es una característica del Derecho Constitucional comparado americano. Pocas excepciones pueden señalarse. Pero incluso en algunas de ellas —quizás en los casos más interesantes política e ideológicamente— esa inexistencia de disposiciones al respecto está en contradicción con una tradición constitucional anterior, que era análoga y paralela a la de la gran mayoría de los países americanos.

La presencia de este tipo de normas es una consecuencia de la filosofía jusnaturalista en cuanto fundamento de los Derechos Humanos, inmanentes a la naturaleza humana, resultantes de la dignidad de la persona, anteriores al Estado y a la Constitución, que ésta se limita a definir, precisar, garantizar y proteger.

Incluso en algunas constituciones en que no hay disposiciones expresas sobre los derechos no enunciados o no enumerados, es posible llegar a igual conclusión a la que se arriba en virtud de estas normas, en base a la aplicación de la filosofía política que está en la base de esas Constituciones.

Sin embargo, es útil que la Constitución encare la cuestión de los derechos no enunciados o no enumerados, ya que el silencio podría ser erróneamente interpretado como negación de los derechos no declarados o no enumerados expresamente.

Es conveniente que se incluya en la previsión relativa a los casos no enumerados o no enunciados no sólo a los derechos sino también a las garantías y a los deberes, como lo hacen algunas constituciones americanas.

Normas de este tipo son necesarias para asegurar la protección constitucional de los nuevos derechos, deberes y garantías, que van surgiendo como consecuencia de nuevas necesidades del Hombre y de la Comunidad, cada día más acuciantes, y de más compleja satisfacción.

Hoy —además de la referencia a la soberanía del pueblo, a la dignidad de la persona, a sus derechos inherentes, al sistema político constitucional, a la Democracia o a la forma de gobierno como elementos de los que derivan el reconocimiento, protección y garantía de los derechos no declarados, enunciados o enumerados constitucionalmente de manera expresa— debe hacerse referencia a los derechos, garantías y deberes incluidos en instrumentos internacionales.

La recepción de la cuestión de los derechos, deberes y garantías no enumerados o no enunciados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, iniciada por la Convención Americana de Derechos Humanos, abre un camino importante en la acción del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, al mismo tiempo que permite una evolución progresiva y abierta para la protección internacional de nuevos derechos.