

LOS DERECHOS “NO ENUMERADOS” EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Germán J. BIDART CAMPOS

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Los derechos no enumerados*. III. *El derecho internacional de los derechos humanos*. IV. *Los casos de Venezuela, Ecuador y Colombia*. V. *La incorporación constitucional de los derechos no enumerados*.

I. ANTECEDENTES

1. Desde que la Constitución de Filadelfia en su texto originario dio inicio al constitucionalismo moderno hubimos de sorprendernos porque carecía de una declaración de derechos. Las diez primeras enmiendas vinieron poco después a llenar el vacío.

¿Por qué hablamos de sorpresa? Porque acostumbrados como estamos a que los textos constitucionales contengan un *bill* de derechos, nos cuesta imaginar que el articulado sólo se ocupe de la organización del poder. Pero, más allá de lo que puede leerse o de lo que puede faltar en la “letra” de la Constitución, tomamos en cuenta la razón por la cual en los Estados Unidos su primer documento de 1787 careció de declaración de derechos: la tradición y la cultura de su tiempo la consideraban innecesaria y redundante, y daban por obvia su inclusión *implícita*.

Quiere decir que la omisión, muy lejos de responder a olvido o a menosprecio, era más bien la reafirmación de que en un Estado democrático no es imprescindible que los derechos consten por escrito, porque hacen a su esencia constitutiva.

2. A la inversa, inmersos como estamos nosotros ancestralmente en culturas de derecho escrito, somos muy aficionados a abundar en las

enumeraciones detallistas. Y no está mal, si es que conviene reflejar en la Constitución las valoraciones colectivas de la sociedad. Cuando nuestra seguridad reclama que nuestros derechos se hallen reconocidos en las normas de la Constitución para que no nos sean negados ni violados, debemos consentir que ella los incorpore y los enuncie.

3. Pero ¿qué nos queda como saldo cuando, por un lado, nos parece bien que la Constitución de Estados Unidos omitiera declarar los derechos porque la cultura social los daba por evidentes, y por el otro propiciamos que allí donde la sociedad se aferra al derecho escrito se satisfaga su adicción con un texto declarativo? Como en un punto medio de equilibrio nos queda una conclusión y una reserva: tratemos de consignar los derechos del mejor modo posible para promover su funcionalidad efectiva, pero a la vez reivindiquemos con ahínco el principio elemental que reconoce y admite *derechos innominados*. En definitiva, queremos decir que hay derechos “con normas” y “sin normas” porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito. Fuera de él, la Constitución les depara hospedaje en la medida que su sistema axiológico sea democráticamente generoso.

La lección constitucional que rescatamos nos enseña por ende a no clausurar los derechos en casilleros rígidamente cerrados, porque el ritmo creciente de las necesidades y las valoraciones sociales demanda la movilidad de continuas añadiduras complementarias. Para darles respuesta, los *derechos nuevos* y los *contenidos nuevos en derechos viejos* precisan que la interpretación de la Constitución y la integración de sus lagunas normativas escarben en profundidad y sin hermetismo las implicitudes de la constelación de principios y de valores.

II. LOS DERECHOS NO ENUMERADOS

4. Cuando hablamos de derechos no enumerados tenemos, por eso, que afrontar una doble implicitud: la de los derechos que no tienen norma de constancia, y la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos. En este último espacio de los contenidos implícitos siempre ponemos como ejemplo el de la libertad de prensa, que ya no puede limitarse a los medios gráficos, sino que ahora acopla todos los que el avance tecnológico va aportando aceleradamente, más la búsqueda,

la recepción y la difusión de información, hasta cubrir cuanto la comunicación social pone en circulación el circuito de la expresión libre.

5. El tema de los derechos implícitos como un capítulo del sistema axiológico se combina con el de los *valores* implícitos y los *principios* implícitos.

Hay Constituciones que enumeran valores y mencionan principios. El ejemplo quizá más conocido nos lo brinda España. Pero también las hay que no emplean en sus normas la palabra “*valores*” y sin embargo los contienen. Todo esto tiene que ver con las implicitudes en los dos supuestos recién recordados: si la Constitución cita valores apelando a esta denominación, nos sugiere pensar que implícitamente reconoce otros que no nombra; y si ni siquiera habla de valores, también nos invita a descubrirlos mediante un hilván con los fines y objetivos que surgen del modelo y del programa políticos que esa Constitución propugna. El ejemplo de este supuesto lo daría la Constitución argentina, tanto antes como después de su reforma de 1994.

Principios que las más de las veces también permanecen implícitos pueden ser: el principio *pro homine*, el principio *pro actione*, el principio *non laedere* (no dañar a otro), el principio del *favor debilis*, etc. El ligamen de estos principios con muchos de los derechos que suelen estar enumerados vuelve a mostrarnos las bisagras que unen lo implícito con lo explícito, y los valores y principios con los derechos. Todo en la unidad coherente del sistema axiológico.

6. Nos queda otro gozne, esta vez para trabar relación con los *bienes jurídicos* que, en general sin denominación explícita, tienen recepción constitucional. La lista incluiría a la vida, la salud, la propiedad, el ambiente, el mercado de bienes y servicios, la legalidad constitucional, etc.

En muchos casos, algunos de estos bienes presentan o adquieren una dimensión pluri o supraindividual que los erige en *bienes colectivos*. No hay duda de que este carácter aparece en el ambiente, en el mercado de bienes y servicios, y en muchos supuestos de la salud (por ejemplo, cuando se la protege a favor del conjunto social frente a males pandémicos como la drogadicción y el virus H.I.V.)

No ha de resultar extraña la referencia a bienes colectivos desde que tenemos bien asimilada en el derecho constitucional actual la exigencia de *intereses difusos*, *intereses colectivos*, y —en terminología de la Constitución argentina— “derechos de *incidencia colectiva*”. ¿Qué cosa, si no son bienes colectivos, están haciendo presencia en tales situaciones?

Acá también, una vez más, la existencia de estos intereses y derechos colectivos no exige que el léxico normativo consigne sus denominaciones, lo que nuevamente nos remite a los contenidos constitucionales implícitos.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

7. Hemos ahora de hacer el nexo con el *derecho internacional de los derechos humanos*, que no ignora la existencia de derechos implícitos.

Los tratados de derechos humanos contienen, individualmente, un listado de derechos enumerados, sea con carácter general como el Pacto de San José de Costa Rica en el sistema interamericano, o el Pacto de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos en el sistema universal; sea enfocando aspectos específicos o parciales como el Pacto de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención sobre Derechos del Niño. Pero son varios los tratados que también incluyen cláusulas fácilmente enrolables como de derechos implícitos. De un tenor o de otro según la fórmula que emplean, hacen reenvíos hacia fuera de sus textos para que por virtud de tal dispositivo queden reconocidos y a salvo otros derechos que ellos no contienen en su articulado, o que contienen con menor amplitud.

8. Una aclaración ejemplificativa nos obliga a interrumpir las citas que de inmediato haremos. Desde nuestra personal perspectiva, cuando una Constitución hace alguna referencia a tratados internacionales de derechos humanos nos permite respaldar la idea de que esos derechos que constan en normas que se hallan fuera de la Constitución deben meritarse como derechos implícitos en el hospedaje de esa Constitución. A la inversa, cuando un tratado queda abierto a mejores derechos que surgen de otra fuente internacional o del derecho interno de un Estado, también está significando que en su articulado valora como implícitos los derechos que se sitúan fuera de él.

En suma, lo explícito de las dos fuentes (interna e internacional) alimenta lo implícito también en las dos, componiendo un mismo conjunto de derechos. Esto nos ayuda a corroborar que los derechos que cuentan con norma explícita han de interpretarse de tal modo que no signifiquen negación de los que carecen de normativa propia.

Ahora, el retorno a los ejemplos.

9. El Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 29 las reglas para su interpretación, mencionando tres pautas que consideramos alusivas a derechos implícitos. Son los incisos b, c, y d, que dicen lo siguiente:

ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En el inciso b deja a salvo de limitaciones los derechos que tengan fuente en el derecho de un Estado parte o en una convención en que sea parte ese Estado. El inciso c impide excluir derechos inherentes a la persona o derivados de la democracia. El inciso d prohíbe excluir o limitar el efecto que surge de los instrumentos internacionales allí mencionados.

En los tres incisos el Pacto está adicionando a los derechos, libertades y garantías que son explícitos en su articulado, todo un arsenal que proviene de otras fuentes y al que se da recepción complementaria. Más allá del vocabulario empleado en la cita transcrita, no vacilamos en afirmar que hay allí un plexo de derechos implícitos.

10. El artículo 5o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es muy expresivo en su apartado 2, que dice así:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Norma equivalente, casi del mismo tenor, contiene el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Leemos en el artículo 41 de la Convención sobre Derechos del Niño que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las

disposiciones recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

Como último ejemplo, veamos el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado parte, o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

11. Todo este bagaje normativo es sumamente expresivo, porque disipando toda interpretación reduccionista da albergue a un posible arsenal de derechos que no están enumerados en el respectivo tratado sino que surgen de una fuente ajena a él, pero que él mismo acoge como implícitos en su sistema.

Esta tendencia del derecho internacional de los derechos humanos es un llamado de atención para que a la hora de interpretar y aplicar un sistema de derechos propio de un Estado democrático, seamos capaces de reconocer y tutelar determinados derechos aunque no contemos con una norma de constancia expresa que los enumere, y sepamos acudir al receptáculo de los innominados.

Ahora estamos por eso en condiciones de sostener que cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una cláusula sobre derechos implícitos, pero que carece de ella en su Constitución, tiene que integrar su plexo con derechos no enumerados en medida equivalente a la de la referida cláusula internacional, que lo obliga por virtud del tratado que el Estado en cuestión tiene ratificado internacionalmente.

Otro curioso caso a proponer puede ser éste: cuando una Constitución como la española carece de una norma constitucional sobre derechos implícitos, pero contiene otra que expresamente prescribe que las normas sobre derechos fundamentales y libertades reconocidos constitucionalmente, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal y los tratados ratificados por el Estado, se nos hace posible proponer que la remisión a esas fuentes internacionales atrapa a cuantos derechos implícitos pueden surgir de ellas, y los agrega a la Constitución. Otra vez, entonces, parece que la ausencia en la Constitución de una norma sobre derechos no enumerados es susceptible de suplirse acudiendo al derecho

internacional que ese Estado debe tomar como parámetro de interpretación en su sistema de derechos.

IV. LOS CASOS DE VENEZUELA, ECUADOR Y COLOMBIA

12. Un somero repaso de unas pocas Constituciones recientes ofrece rico material para la reflexión. Así, la Constitución de Venezuela de 1999 aglutina a los derechos y garantías que ella enuncia y a los contenidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y de ahí en más añade que esa dualidad normativa no se debe entender como negación de otros derechos y garantías que no figuren en ella (art. 22). De modo similar, la Constitución de Ecuador de 1998 dice que los derechos y garantías señalados en su texto y en los instrumentos internacionales no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento. Por fin, Colombia en su Constitución de 1991 consigna una norma equivalente.

Este tríptico americano admite resumirse así: cláusulas como las citadas que reconocen como implícitos a los derechos que no se hallan enumerados ni en la Constitución ni en los tratados vigentes, dejan percibir que todo cuanto esas dos fuentes contienen en forma explícita no niega otros derechos que no constan en ninguna de ambas fuentes. En otra versión, diríamos que lo que se unifica como explícito en las dos fuentes (interna e internacional) transfiere también a ellas el remanente implícito. Quiere decir que hay equiparación o igualdad en el conjunto de derechos enumerados que como producto surge de la Constitución y de los tratados, y que tal igualdad se visualiza a su vez en la sumatoria implícita que las dos fuentes reconocen como saldo.

¿Acaso este paisaje no nos está diseñando una paridad entre las Constituciones que hemos ejemplificado y los tratados de derechos humanos a los que ellas hacen referencia? Nos resulta fácil contestar afirmativamente.

Mucho más seguro es responder de igual modo en el caso de una Constitución que, como la argentina reformada en 1994, confiere jerarquía constitucional a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos.

13. La rápida mención que antes habíamos hecho del principio *pro homine* nos da oportunidad para reiterar ahora su aplicación, y compren-

der que hay que buscar siempre en las dos fuentes la norma más benéfica y favorable, y ello aun en el supuesto de que los instrumentos internacionales de derechos humanos no posean el mismo rango de la Constitución. Valga también imaginar todavía que a falta de una norma expresa sobre derechos implícitos en la Constitución, hay que ingeniarse para fundamentar la idea de que su existencia ha de tenerse como implícita. De ser así, la ausencia constitucional de una cláusula de admisión de derechos innominados se superaría al considerar que está implícita en el sistema axiológico. Todo para arrimar cuanto sea capaz de conferir acrecimientos favorables al plexo de derechos de la Constitución democrática.

14. Discurrir de la forma que hasta acá lo hemos hechos merece una explicación final. Por un lado, lo que se vuelve más visible en nuestro comentario es la promoción de los derechos humanos, esta vez en el rubro de los innominados. En este sentido, quisimos revalorizar el plexo implícito para darle presencia efectiva también en las Constituciones que, como la de México, carecen de una cláusula alusiva. Pero esta cara del propósito que nos llevó a elegir el tema de los derechos implícitos no es, quizá, ni la única ni la más importante. ¿Cuál es la otra, tal vez la más oculta?

Hemos querido sacudir los apegos a lo que llamaríamos “*positivismo* de la normatividad escrita”. Se trata del enfoque que agota al derecho en la formalidad las normas escritas, de modo que lo que no podemos leer en una norma o en un texto carece de existencia jurídica. Cabría hablar en sinonimia de positivismo legalista, todo lo cual en materia constitucional de derechos humanos equivale, poco más o menos, a sostener que los derechos son “*lo que el Estado define como tales*”, y “*los que el Estado escribe en una norma de constancia*”. En suma, un decisionismo voluntarista que en lo político acerca reminiscencias de Carl Schmitt, y en lo jurídico se parece al formalismo de una teoría “pura” de cuño kelseniano.

Extremando la postura y aplicándola a los derechos humanos, significaría que su sistema jurídico es completo y exhaustivo, no solamente porque no tiene lagunas o carencias, sino porque no hay más derechos que los que cuentan con una norma que es creación del Estado y que está formulada explícitamente.

V. LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS

15. No es menester acudir al iusnaturalismo para hacer la crítica. Basta inclinarse, desde cualquier línea iusfilosófica, a una noción que adscribe los derechos al ser humano con independencia de que estén expresamente reconocidos o consignados en una fórmula normativa de origen estatal. En otros términos, aquí subyace una afición axiológica que descubre valores objetivos (morales o jurídicos según la escuela de que se trate) y que desde ese nivel da razón de lo que son los derechos, para qué sirven, y qué ascendencia tienen (extra o supranormativa).

Que los derechos se incorporen a la Constitución reviste sin duda trascendencia institucional, porque su positivización implica insertarlos en el ordenamiento jurídico desde su cúspide, lo que se fortalece aún más si añade el aval del derecho internacional de los derechos humanos. Pero de esto a postular que proceden de la positividad como única fuente cuando el Estado tiene la generosidad de enumerarlos, hay una distancia tal que los rebaja al ras de la voluntad política y que renuncia a explicar qué es lo que los legitima. En una sola frase nos atrevemos a decir que la validez del sistema de derechos no resiste esta atadura a la positividad como explicación única. Si los derechos consisten solamente y esencialmente en normas, corremos además un riesgo fáctico (más allá del error filosófico), porque entonces identificamos al sistema jurídico con el derecho estatal y lo hacemos maleable a decisión del poder. Y al valor justicia lo degradamos con un relativismo escéptico desprovisto de todo parámetro objetivo, porque la última respuesta a los derechos la estamos dando desde dentro del Estado mismo.

16. Dos expresiones que tenemos acuñadas hace tiempo dicen así: “hay derechos *con normas y sin normas*”, y “los derechos *no están* en las normas”. Una y otra convergen a una idea común: la que considera a las normas como entes lógicos y, por ende, no tolera enfeudar a los derechos en el espacio de la lógica, así sea la lógica jurídica.

De ahí que si los derechos, para ser ontológicamente tales, exigen siempre estar enunciados en una norma de origen estatal, “derechos humanos, Estado y derecho escrito”, vendrían a confundirse en una equivocada trilogía.

Útil ha sido, como herramienta, el tema de los derechos implícitos porque tiende un puente hacia la iusfilosofía, y nos desembaraza de

aquello que habíamos denominado “positivismo de la normatividad escrita”.

Derechos *sin* normas son *derechos no enumerados o innominados*, que tienen recepción constitucional e internacional a pesar de que el orden de normas sea allí lagunoso, que no lo es el sistema axiológico del Estado democrático cuando remonta más allá y fuera de lo que está escrito. Derechos que *no* están en las normas (tanto si hay normas como si no las hay) son derechos que, a la manera como lo refieren las cláusulas constitucionales sobre derechos implícitos, reenvían a la dignidad humana, a la personalidad humana, a la naturaleza humana, a la forma democrática de Estado, fundamentos todos que trascienden a la normatividad, al voluntarismo político al hermetismo estatal.

17. Como la serie de los derechos implícitos carece de norma, la integración de ese vacío normológico consigue colmarlo por distintas vías: puede ir a la analogía, como lo hace la Constitución de la República Dominicana de 1994 cuando, en alusión a los derechos no enumerados, remite a los que son de igual naturaleza que los enumerados, puede recurrir a los principios y valores del sistema constitucional; y si ninguna de ambas vías le aporta solución, ha de emigrar de la positividad al plexo de valores, solución ésta que vuelve a ratificarnos que fuera del ordenamiento hay “algo” (valores) con entidad independiente y con cierta objetividad trascendente.

18. Esta apertura hacia los derechos implícitos evita estancarse en un determinado tiempo, que pudo ser el de la sanción de la Constitución, supera lo que en ese momento no fue previsto o fue objeto de olvido o ignorancia, ahorra reformas frecuentes para actualizar el texto constitucional y, en una sola palabra, es un antídoto contra el anquilosamiento.

La creatividad que a la fecha se moviliza al ritmo acelerado de las nuevas necesidades y de los avances científico-tecnológicos, con más lo que de bueno y favorable es capaz de brindar la globalización en el campo de la cultura, de la economía, de las relaciones internacionales, etc., hacen impacto en el sistema de derechos para demandarle continuos reajustes en lo que ya mencionamos como *nuevos derechos y contenidos nuevos en derechos viejos*. Si todo debiera estar escrito en el orden normológico acumularíamos atrasos y carencias. Los derechos innominados son —por eso— una válvula que da entrada a la oxigenación progresista y maximizadora. Hemos de saber aprovecharlos con valoraciones fecundas.

19. Pese a ello, hace falta una buena y amplia cosmovisión filosófico-política en el plano constitucional e internacional. El catálogo declarado normativamente ha de dar por verdad que no todo puede estar ni está dicho o escrito, lo que deja en claro que el ámbito residual de derechos no enumerados responde a un principio cardinal y básico de *no exclusión*: los derechos que cuentan con norma no excluyen (no niegan) a otros que quedan en silencio, sin nombre. Pero se trata, por cierto, de un *silencio normativo*, no *silencio axiológico*.