

LOS DERECHOS NO ENUMERADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Sumario: I. Introducción. Art. 33 de la Constitución Nacional. II. Derecho Público Provincial. III. Derecho constitucional extranjero. Pacto de San José de Costa Rica. IV. Razón de ser de la cláusula de los derechos implícitos. V. Su eventual redundancia. VI. Tres dudas exegéticas: ¿derechos naturales o derechos positivos? VII. Consecuencias del fundamento iusnaturalista de los derechos no enumerados. VIII. Tipo de iusnaturalismo vigente en el art. 33 de la Constitución Nacional. IX. ¿Derechos personales o derechos del pueblo? X. ¿Derechos políticos, o derechos políticos y civiles? XI. Sobre la existencia de Declaraciones “no enumeradas” en la Constitución. XII. Compatibilidad entre el art. 33 de la Constitución Nacional y el Preámbulo. XIII. Derechos emanados del art. 33 de la Constitución Nacional: derechos naturales, derechos provenientes de la soberanía del pueblo, derechos derivados de la fórmula republicana de gobierno. XIV. Los derechos no enumerados en nuestra jurisprudencia y doctrina. XV. Conclusiones.

I. Introducción. Art. 33 de la Constitución Nacional.

Esta norma 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”.

Tal cláusula, llamada de los “derechos no enumerados” o de los “derechos implícitos”,¹ no figuraba en el proyecto constitucional de Alberdi ni en el texto constitucional sancionado en 1853. Tampoco constó en los demás documentos o iniciativas aparecidos desde 1810 hasta Case-

¹ La expresión “derechos implícitos” es utilizada por Joaquín V. González. Cfr. su *Manual de la Constitución Argentina*, 24^a. ed., Bs. As. 1951, ed. Estrada, p. 111.

ros, salvo en el proyecto federal para las Provincias Unidas de la América del Sur (1813), cuyo art. 51 incluía una norma del siguiente tenor: "...La enumeración en la Constitución de ciertos derechos, no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el Pueblo".²

El art. 33 vigente fue sancionado por la convención nacional constituyente "ad-hoc", el 23 de septiembre de 1860; pero proviene de la Convención del Estado de Buenos Aires —también de 1860— destinada a examinar las reformas a introducir en la constitución federal de 1853, a fin de incorporar a la Nación a la provincia-Estado separada desde 1852. Para el análisis de la cláusula, se torna pues imprescindible analizar tres documentos de la convención bonaerense: el despacho de la comisión examinadora de la constitución federal, el debate del primero de mayo de 1860 que obra en el Diario de Sesiones de la Convención examinadora, y el "*Redactor*" de la Comisión ejemplar número 6.³

La cláusula de los derechos no enumerados tiene su origen (para Agustín de Vedia, fue "calcada") en la enmienda IX de la Constitución norteamericana, que reza de este modo: "La enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo". Fue propuesta en 1789 y sancionada (como las diez primeras reformas) dos años después.⁴ Forma parte, pues, del "Bill of rights" estadounidense.

II. *Derecho Público Provincial*. Como siempre, el derecho constitucional de nuestras provincias contiene disposiciones de sumo interés, casi siempre ampliatorias de la norma federal de los derechos implícitos.

² Cfr. HELIO ZARINI, *Constitución de la Nación Argentina concordada con sus reformas y antecedentes* (Bs. As. 1973), ed. Astrea, pp. 95-96.

³ Cfr. por ejemplo Universidad Nacional de La Plata, "Reforma constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales". Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Instituto de Historia Argentina (La Plata, 1961). Integraron la Comisión Mitre, Sarmiento, Vélez Sársfield, Mármol, Barros Pazo, Domínguez y Obligado.

⁴ Las traducciones de la enmienda IX tienen lógicas variaciones. Otra distinta a la mencionada en el texto reza así: "La enumeración de ciertos derechos contenidos en la Constitución no será interpretada como negación o restricción de otros, retenidos por el pueblo". V. *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia*, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo (Bs. As. 1949), ed. Kraft, t. I, p. 45. En p. 43, v. la crónica de la sanción de las diez primeras enmiendas.

En concreto, los textos locales afirman que hay derechos no enumerados, aparte de los explícitos, derivados de las siguientes fuentes:

a) *forma republicana de gobierno*: Mendoza, art. 47; Corrientes, art. 29; Chaco, art. 11; Chubut, art. 5; Entre Ríos, art. 6; Formosa, art. 5; La Pampa, art. 27; Misiones, art. 29; Neuquén, art. 63; Río Negro, art. 24; Salta, art. 44. Algunas veces se habla de la "forma de gobierno establecida" o "adoptada", como lo hacen San Juan, art. 29; San Luis, art. 23; Santiago del Estero, art. 27;

b) *soberanía del pueblo* (o soberanía popular, según los casos): Buenos Aires, art. 43; Catamarca, art. 69; Corrientes, art. 29; Chubut, art. 5; Entre Ríos, art. 6; Formosa, art. 5; Jujuy, art. 40; La Rioja, art. 37; Neuquén, art. 63; Río Negro, art. 24; Salta, art. 44;

c) *sistema democrático*: Misiones, art. 29; Santa Cruz, art. 8; Córdoba, art. 42; Chaco, art. 11;

d) *el espíritu de las instituciones libres*: San Juan, art. 29; de "la libertad", indican Chaco, art. 11, y Misiones, art. 29;

e) *de la condición natural del hombre*: Córdoba, art. 42; La Pampa, art. 27; Santa Cruz, art. 8; derechos "inherentes al hombre", señala Santiago del Estero, art. 27; "del hombre en su calidad de tal": Buenos Aires, art. 43; Corrientes, art. 29; Catamarca, art. 69; La Rioja, art. 37; Entre Ríos, art. 6; Neuquén, art. 63; Chubut, art. 5 (la que agrega: "como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social". En sentido parecido, la Constitución de Formosa, art. 5);

f) *de la seguridad y dignidad de la persona humana*: Misiones, art. 29; Chaco, art. 11;

g) *justicia social*: Santa Cruz, art. 8;

h) *principios que inspiran a la Constitución*: Santa Fe, art. 6 (es uno de los textos más escuetos en la materia);

i) *derechos virtualmente retenidos por el pueblo* (Buenos Aires, art. 43; Catamarca, art. 69; Corrientes, art. 29; Jujuy, art. 40; La Rioja, art. 37; Tucumán, art. 22; San Luis, art. 23, habla de derechos "retenidos por el pueblo").

III. *Derecho constitucional extranjero. Pacto de San José de Costa Rica.* La cláusula de los derechos no enumerados parece comenzar en la constitución norteamericana, según ya se apuntó; y no es frecuente en el derecho constitucional contemporáneo, salvo el de América, que la consagra con algunas variaciones, haciendo referencia a estas fuentes de derechos implícitos:

a) *soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno.* Es la fórmula argentina, que comparten, por ejemplo, las constituciones de Honduras de 1936 (art. 81), Cuba de 1940 (art. 45), Bolivia de 1945 (art. 33), Perú de 1979 (art. 4), etc.;

b) *estado social democrático de derecho:* Perú de 1979, art. 4;

c) *derechos del pueblo en una democracia:* Puerto Rico, art. II, secc. 19;

d) *derechos y garantías derivados del régimen y principios de la Constitución:* Brasil de 1969, art. 153, inc. 36;

e) *derechos inherentes a la persona humana:* Venezuela de 1961, art. 50; Nicaragua de 1948, art. 111;

f) *de la dignidad del hombre:* Perú de 1979, art. 4;

g) *de los principios cristianos de la justicia social:* Costa Rica, art. 74;

h) *de otros derechos constitucionales de igual naturaleza:* República Dominicana, constitución de 1947, art. 7;

i) *derivados de las leyes y reglas del derecho internacional* (Portugal de 1976, art. 16).

Interesa recordar que el Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos (vigente en nuestro país por ley 23.054), declara también que en la interpretación de tal Convenio ninguna de sus cláusulas puede ser entendida para "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno": art. 29, inc. c.

IV. *Razón de ser de la cláusula de los derechos implícitos.* Parece oportuno aclarar el motivo que llevó a la existencia de la norma que comentamos. Al decir de Joseph Story, el propósito de la enmienda IX fue evitar la aplicación del principio interpretativo llamado "a contrario sensu", según el cual si la norma enuncia algo, prohíbe o im-

pide lo omitido: “*qui dicit de uno negat de altero; inclusione unius fit, exclusio alterus*” (lo que se dice de una cosa, se niega de otra; la inclusión de una excluye a la otra).⁵

Tal máxima o adagio, enseñan Aftalión, García Olano y Vilanova, nada prueba, ya que si el legislador menciona un acto o derecho, no necesariamente está condenando otro acto o derecho silenciado. Story agrega que, en efecto, la aplicación del argumento interpretativo “a contrario sensu” ha dado lugar a abusos “para sostener las más extrañas y las más perniciosas herejías políticas”. De ahí la conveniencia de que el legislador constituyente definiera con claridad el punto, como efectivamente lo hizo.

En Argentina, el trasplante de la enmienda norteamericana fue reconocido expresamente por la Comisión examinadora de la Convención del Estado de Buenos Aires, como por *El Redactor*, y tuvo igual motivación. Según el informe de la comisión, los derechos de los hombres no podían ser enumerados en la Constitución de una manera precisa, porque eso era una “tarea imposible”. Sarmiento, en las sesiones de la Convención, agregó que siempre en las constituciones habrá vacíos y omisiones en el enunciado de los derechos, “porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso”; y de ahí la conveniencia de incluir la cláusula de los derechos implícitos. *El Redactor*, finalmente, aclaró que el artículo en cuestión tenía que cumplir el papel de auxiliar interpretativo de la ley suprema: esto es, debía evitar que se entendiera que “lo que en la Constitución no está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor legal”.⁶

Un detalle digno de tenerse en cuenta son también ciertas consideraciones peculiares que hizo Sarmiento durante el debate. El distinguido sanjuanino dijo: “Ha nacido en los últimos tiempos una escuela doctrinaria, que se atiene a los hechos, y según ella el hecho decide del derecho, aunque sea contra todos los precedentes de la humanidad. Así es que es mejor reconocer estos derechos (los

⁵ V. sobre el problema, ENRIQUE R. AFTALIÓN, FERNANDO GARCÍA OLANO y JOSÉ VILANOVA, *Introducción al Derecho*, 5ª ed. (Bs. As. 1956), ed. El Ateneo, t. I, p. 458; J. STORY, *Comentario sobre la Constitución de EE.UU.*, trad. N. Calvo, Bs. As. 1888, t. II, p. 597.

⁶ Universidad Nacional de La Plata, ob. cit. en nota 3, pp. 114, 210, 394.

no enumerados) por documentos escritos, aunque no haya necesidad de ellos; porque hay ciertos principios generales a que obedece la razón humana”.⁷

En fin de cuentas, el art. 33 asumió una función protectora de los derechos personales, respondiendo así a una visión filosófico-política tuitiva frente al Estado. Fue sancionado, en efecto, “para mayor claridad, para evitar todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales”, según subrayó la Comisión examinadora.

V. *Su eventual redundancia.* En la Convención del Estado de Buenos Aires comisionada para revisar a la constitución federal, el diputado Esteves Saguí opinó que los arts. 14 y 19 de ésta resolvían con suficiencia el enunciado de los derechos fundamentales. El art. 14, como se sabe, alude a las principales facultades que la ley suprema reconoce a los habitantes; el 19, concluye que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En concreto, para Esteves Saguí el nuevo artículo que se proponía (hoy, número 33 de la Constitución), importaba una repetición innecesaria. Las objeciones de este legislador fueron contestadas primero por Mitre, quien apuntó que el principio insertado en la parte final del art. 19, y al que hicimos ya referencia, aludía a derechos individuales, o de cada persona; mientras que la norma proyectada era “para los derechos del pueblo, para ese ser colectivo que se llama humanidad”. Y para evitar que una interpretación en contrario vulnerase facultades implícitas del pueblo, era necesario incluir una cláusula como la propuesta.

Esteves Saguí replicó afirmando que detrás de la argumentación en pro del artículo, había un sofisma. Si se conceden derechos a los individuos, se otorgan esos mismos derechos, simultáneamente, a la sociedad: de ahí que la garantía final del art. 19, conferida a las personas, beneficiaba al pueblo todo. En conclusión, dijo, la reforma que se sugería “en realidad nada agrega, ni quita nada”.

Intervino en última instancia Vélez Sarsfield, quien

⁷ La advertencia de Sarmiento refiere quizá a la escuela histórica del derecho, que a través de Gustavo Hugo sostuvo la creación del derecho en la realidad, fuera de la autoridad legislativa, que se limita a reconocerlo, como después dirá también Savigny: V. ENRIQUE AFTALIÓN y otros, ob. cit., t. II, pp. 407 y 411.

reiteró que la última parte del art. 19 hacía alusión a derechos individuales, en tanto que el actual art. 33 comprendía tanto a derechos estrictamente personales como “de los pueblos”. Además, una cosa era expresar que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y otra —algo más— advertir que hay derechos no enumerados, aparte de los ya expresamente determinados en el texto constitucional.

Puesto a votación el artículo, fue aprobado, desechándose así la objeción de Esteves Saguí. La tesis de éste contó en su momento con la adhesión de Juan Francisco Seguí, quien opinó que “este artículo no tiene nada de malo, pero tampoco nada de bueno”, para después llamarlo “insignificante” y “redundante”, ya que “no dice nada nuevo”; y más tarde con la de Perfecto Araya.⁸ Sin embargo, esta opinión resulta infundada. El art. 19 in fine de la Constitución sienta el principio de reserva, en virtud del cual una persona (o grupo de personas, incluso el pueblo todo) no está privado de aquello que *la ley* no prohíbe, ni compelido a actuar cuando *la ley* no lo obliga. El art. 33, en cambio, declara que hay derechos *constitucionales* (y no meramente legales) implícitos, aparte de los derechos constitucionales explícitos. Obviamente, el art. 33 refiere a una escala jurídica superior a la ley ordinaria, y apunta de tal modo a una protección constitucional más alta, impidiendo que el legislador común por vía de ley cercene a esos derechos constitucionales no enumerados.

VI. *Tres dudas exegéticas: ¿derechos naturales o derechos positivos?* El art. 33 presenta varias dificultades en su interpretación. Las principales giran sobre su *naturaleza*, su *extensión* y su *tipología*.

La primera de esas incógnitas alude al basamento filosófico de los derechos no enumerados: esto es, si ellos son de derecho natural o de derecho positivo. La última postura ha sido recientemente sostenida, afirmándose que el referido artículo “no es una remisión a derecho natural alguno, sino una formulación de derecho positivo”, en virtud de la

⁸ V. ob. cit. en nota 3, p. 211 y sigts.; PERFECTO ARAYA, *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina* (Bs. As. 1908), t. I, p. 367; Instituto Histórico de la Organización Nacional, *Polémica sobre la Constitución* (Bs. As. 1982), p. 220, con transcripción de los trabajos de Juan F. Seguí publicados en “El Nacional Argentino” de Paraná, julio-agosto de 1860.

cual hay un marco normativo —enunciado por los conceptos de soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno— dentro del que los poderes públicos “deben optar por las alternativas jurídicas que les propone una realidad social dinámica”. La norma que se comenta permitiría así la positivación de las necesidades sociales.⁹

Las fuentes del artículo constitucional, en cambio, son terminantes para acreditar que la norma hace una remisión al derecho natural. Por un lado, el despacho de la Comisión examinadora comienza advirtiendo que el texto propuesto alude a “todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma... y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar”. Esos derechos de los hombres, prosigue el informe, “nacen de su propia naturaleza” y “forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades”. El objeto primario de los gobiernos, reitera la Comisión, “es asegurar y garantizar esos derechos naturales de los hombres y de los pueblos”. La expresión “derechos naturales” se repite también en el despacho, cuando comenta que es imposible enunciar a todos de manera explícita en la Constitución.¹⁰

Durante el debate en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, Sarmiento puntualizó que el artículo que tratamos procuraba resolver “todas aquellas omisiones de los derechos naturales”, insertando así principios “superiores a la Constitución”, grabados “en la conciencia universal de la humanidad”. Vélez Sarsfield, a su turno, sentó su alegato favorable a la norma, en la invocación de “derechos naturales”, que “nacen de la naturaleza del hombre...”¹¹

Digamos, por último, que la presencia de derechos naturales (emergentes del derecho natural, desde luego, y no simplemente del derecho positivo) en la cláusula de los derechos no enumerados, es sostenida también en los EE.UU. (Corwin y Peltason). Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo demás, en la célebre causa “Quinteros c. Cía. Anglo Argentina de Tranvías”, admitió

⁹ HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional* (Bs. As. 1978), ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, ps. 210/1.

¹⁰ Ob. cit. en nota 3, ps. 114/5.

¹¹ *Ibidem*, ps. 210/1 y 214.

que la constitución argentina “reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo”.¹²

Los “derechos no enumerados” del art. 33 de la Constitución Nacional, por tanto, son *derechos naturales positivizados* por la norma constitucional. Y no hay aquí paradoja o incongruencia alguna, ya que su *status* de derechos naturales no queda perdido (antes bien, resulta reforzado) por su recepción en la norma positiva constitucional.¹³

En conclusión, cabe admitir que el art. 33 de la Constitución es, por supuesto, una norma de derecho positivo; pero que se remite, según la notoria voluntad del constituyente, a derechos naturales, previos y jerárquicamente más relevantes que la Constitución misma. El reenvío al derecho natural es aquí palmario, sin perjuicio de que en la meritación y aplicación concreta del postulado constitucional, el concepto de “derechos naturales” se nutra tanto de principios formales inmutables (como el respeto a la vida, a la dignidad, a la familia, etc.), como de contenidos materiales variables, emergentes de las necesidades sociales actuales; vale decir, de los reclamos contemporáneos que surgen de “la naturaleza de las cosas”.¹⁴

VII. *Consecuencias del fundamento iusnaturalista de los derechos no enumerados.* La discusión en torno a la base jusfilosófica de los derechos implícitos trasciende la especulación teórica y pasa al plano fáctico, en cuanto se adviertan las proyecciones que enunció la propia convención del Estado de Buenos Aires.

La Asamblea destacó varias veces que los derechos amparados por el futuro art. 33 de la Constitución, por ser naturales, no podían ser cercenados por el legislador positivo. El despacho de la comisión examinadora afirma, como hemos visto, que aquellas facultades “son anteriores y superiores a la Constitución misma” y por tanto, “siempre

¹² EDWARD CORWIN y J. W. PELTASON, *La Constitución*, trad. por Miguel Pi de la Serra (Bs. As. 1968), ed. Bibliográfica Omeba, p. 149; “Fallos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 179:117.

¹³ V. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Los derechos del hombre* (Bs. As. 1974), ed. Ediar, p. 48.

¹⁴ V. GIUSEPPE GRANERIS, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, trad. de Jaime Williams Benavente (Santiago, 1979), ed. Jurídica de Chile, ps. 130/1, con el análisis de un derecho natural “inmutable en sus principios y mutable en sus aplicaciones”, o “eterno en la forma y temporáneo en la materia”.

deben ser salvadas". Toda ley que quebrantase esos derechos —aclara la comisión— destruiría los fundamentos de la sociedad misma. El art. 33 apunta, por ello, a que ellos "siempre deben quedar firmes e inmutables", y se dictó "para evitar todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales".¹⁵

Sarmiento fue muy explícito, precisando incluso algo que flotaba ya en el despacho de la comisión examinadora: que los derechos naturales son superiores a la ley ordinaria, y también "*superiores a la Constitución*". Más todavía: "*superiores a la soberanía popular*". Da como ejemplo de esa primacía la prohibición de que el padre mate o venda al hijo, aunque el derecho positivo alguna vez lo haya permitido.¹⁶

La doctrina de la supremacía de los derechos naturales por sobre nuestra ley fundamental fue remarcada por Vélez Sarsfield, cuando explicó que ellos son "*superiores a toda Constitución, superiores a toda ley*", y se reitera por *El Redactor* al señalar que tales facultades "*eran una limitación puesta a la soberanía popular misma*", ya que "*no pueden ser abolidas ni por la Constitución, ni por la voluntad de pueblo alguno; pues no hay pueblo que pueda reclamar como suyas estas conquistas, ni renunciarlas por su voluntad*".¹⁷

En síntesis, la ubicación de los derechos no enumerados dentro de la órbita del derecho natural, tal como lo planeó la constitución argentina, importa independizar tales derechos de la voluntad del legislador ordinario, del legislador constituyente y del pueblo mismo. Significa también el propósito de *petrificar* un segmento de la Constitución —el actual art. 33— a fin de impedir que alguien, en el futuro, pueda derogar su mensaje.

VIII. *Tipo de iusnaturalismo vigente en el art. 33 de la constitución nacional.* Es sabido que una teoría de los derechos no enumerados de raigambre iusnaturalista, puede tener distinta apoyatura doctrinaria, desde el momento que no existe una versión única del iusnaturalismo.

¹⁵ Ob. cit. en nota 3, ps. 114/5.

¹⁶ *Ibidem*, ps. 210/1.

¹⁷ *Ibidem*, ps. 214, 392/3.

Baste aquí aludir a dos corrientes principales:

a) la del iusnaturalismo *realista-cristiano*, que finca los derechos del hombre y del pueblo en un orden natural objetivo, acorde con la realidad social y la naturaleza de las cosas, orden o ley que en última instancia se fundamenta en algo absoluto, como es Dios. A este iusnaturalismo puede llamárselo “*trascendente*”;¹⁸

b) el iusnaturalismo *inmanentista*, también llamado “individualista”, edifica una teoría de los derechos naturales partiendo sólo del hombre, al que le reconoce atributos y facultades que surgen de su propio ser, sin referencia necesaria a orden o ley objetiva natural. Aquí, el hombre es “fuente autónoma” del derecho natural, el que se basa en definitiva en su voluntad y razón. Esta corriente iusnaturalista lleva a una concepción subjetivista de los derechos humanos.¹⁹

Las principales consecuencias de estas dos corrientes estriban en que el iusnaturalismo cristiano postula derechos naturales enmarcados bajo una ley divina, regulables prudentialmente según exigencias del bien común y acompañados siempre por una serie de deberes, que operan como correlato de aquellos derechos. La versión inmanentista, a su turno, tiende a perfilarlos en términos más discrecionales y voluntaristas, ya que su ejercicio se deposita en el libre albedrío de sus portadores, quienes por lo demás podrían extenderlos o circunscribirlos a su parecer.²⁰

¹⁸ Sobre el tema, consultar en particular a CARLOS IGNACIO MAS-SINI, *Los derechos humanos en cuestión*, en “Revista de Derecho público” (Santiago, 1983), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N^o. 33/4, p. 18 y sigts.

¹⁹ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ob. cit., p. 35/6; CARLOS I. MAS-SINI, ob. cit., p. 16 y sigts., quien advierte que esta versión del iusnaturalismo individualista inmanente conduce en sus manifestaciones más exageradas a una inflación ilimitada y vacía de los derechos humanos desarraigándolos de sus justos límites y de los deberes que les son correlativos, de tal modo que a la postre la doctrina sucumbe al carecer de sustento objetivo y trascendente. En cuanto a una impugnación de la teoría de los derechos humanos de raigambre racionalista-iusnaturalista, GREGORIO V. ROBLES MORCHON, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, en Universidad de Murcia, “Derechos Económicos sociales y culturales” (Murcia, 1981), p. 181 y sigts., quien concluye que actualmente la teoría de los derechos humanos opera como ideología para conseguir el poder o para conservar el poder (ob. cit., p. 192). Por nuestra parte, adherimos a una concepción realista-cristiana de los derechos naturales del hombre y de la sociedad.

²⁰ V. también JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. de H. Miri (Bs. As., 1972), ed. La Pléyade, y CARLOS IG-

Desde luego, interesa averiguar qué posición iusnaturalista siguió la constitución reformada en 1860, respecto a los derechos implícitos que estamos estudiando. En rigor de verdad, puede afirmarse que confluyeron en ese momento actitudes iusnaturalistas inmanentistas y cristiano-realistas, en proporción difícil de determinar. El despacho de la comisión examinadora, por ejemplo, habla de “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza. . . ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política. . .”, para acto seguido referirse a los mismos derechos naturales de los hombres y de los pueblos “constituidos por la Divina Providencia”. Sarmiento, refiriéndose a los derechos naturales, menciona normas no escritas como las del respeto a la vida, y dice: “ahí están grabadas conjuntamente la historia del progreso humano, del cristianismo, y aun las modificaciones que los bárbaros del Norte han introducido en la sociabilidad del mundo cristiano”, para concluir afirmando que “hay ciertos principios generales a que obedece la razón humana”. Mitre piensa en “principios inmortales, que son de su propiedad (de la humanidad), que son el resultado de la civilización”. Vélez Sársfield, cuando toma la palabra, se refiere a “todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la Sociedad y de la soberanía del pueblo”. *El Redactor*, por su parte, alude a los derechos del hombre como “legado de la humanidad entera, que ningún pueblo podría renunciar, sin renunciar a la historia y a los antecedentes de la civilización de la especie humana, y a la mancomunidad cristiana de que formaban parte”.²¹

La mezcla de posturas subjetivistas, voluntaristas e inmanentistas, donde los derechos naturales son obra de la razón; y de posiciones objetivistas y trascendentes, donde esos derechos derivan de la naturaleza real del hombre y de la sociedad, así como de la Divinidad, es pues notoria, y no debe llamar a asombro: es bien sabido que años antes, en 1852/3, la Constitución había amalgamado (con mayor

NACIO MASSINI, ob. cit., p. 17, donde subraya que la concepción individualista no somete a los derechos humanos naturales a ningún orden o ley objetiva natural.

²¹ Ob. cit. en nota 3, ps. 114/5, 210, 213, 214, 393.

o menor éxito, según los casos) principios racionalistas e iluministas con postulados teístas derivados del neotomismo español, simbiosis que explica que nuestra ley suprema tenga un techo ideológico mixto, no uniforme, y que sea portadora de ciertas contradicciones filosófico-políticas cuya dilucidación y resolución no es nada fácil.²²

IX. ¿Derechos personales o derechos del pueblo? Otro conflicto latente en el art. 33 de la Constitución Nacional es el concerniente a la titularidad de los derechos no enumerados; esto es, si son derechos de cada uno (derechos personales) o derechos colectivos (del pueblo).

El texto del art. 33, interpretado literalmente, parece inclinarse hacia esta última alternativa, ya que habla de los derechos que nacen “de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. En tal sentido, Mitre, cuando contesta las objeciones de Estevez Sagüí al artículo propuesto, subraya que el “derecho moderno” legisla no sólo para el individuo, sino “para el pueblo como entidad colectiva”; esto es, para “ese ser moral que se llama sociedad, y que científicamente hablando tiene derechos distintos”. Según Mitre, el art. 19 *in fine* de la Constitución, cuando enuncia el principio de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, expone un “derecho personal”; en tanto que en el artículo de los derechos no enumerados (hoy art. 33), la situación es bien distinta: “esto no es para los individuos, para las acciones aisladas, ni para los derechos del ciudadano, sino para los derechos del pueblo, para ese ser colectivo que se llama humanidad”.²³

Sin embargo, el despacho de la comisión examinadora evoca concretamente a “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza”, y a “los derechos de los pueblos” (esto se reitera enseguida: “los derechos naturales de los hombres y de los pueblos. . . siempre deben quedar firmes e inmutables”). La tutela de los derechos personales, junto con los colectivos, es aquí indiscutible, ya que

²² Cfr. ARTURO E. SAMPAY, *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853* (Bs. As., 1944), ed. Depalma, p. 7 y sigts.; NÉSTOR PEDRO SAGÜES, *Constitucionalismo Social*, en “Tratado de derecho del Trabajo” dirig. por Antonio Vázquez Vialard (Bs. As., 1982), ed. Astrea, t. 2, p. 760 y sigts.

²³ Ob. cit. en nota 3, p. 213.

según la comisión, el artículo procuraba evitar “todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales”. Vélez Sársfield, a su vez, repite que la norma comprende a “todos los derechos naturales de los hombres y de los pueblos”, y *El Redactor* —por último— menciona a los “derechos adquiridos por el hombre” y a los que se “reserva el pueblo”.²⁴

De los antecedentes argentinos cabe concluir pues que el art. 33, bajo el rótulo de los derechos no enumerados, abarca tanto a los derechos de las personas individuales como a los derechos de la colectividad. Su interpretación, por tanto, no puede ser meramente literal, sino también histórica: debe evitarse, pues, dar a la cláusula un inmerecido sentido restrictivo.²⁵

X. ¿Derechos políticos, o derechos políticos y civiles?
Las dudas exegéticas en torno al art. 33 prosiguen sobre el contenido de los derechos no enumerados: ¿tienen éstos raigambre exclusivamente “política”, o comprenden también derechos “civiles” (en la órbita jusprivatista del mundo jurídico)? Dicho de otro modo: los “derechos implícitos”, ¿son derechos del *hombre* o derechos del *ciudadano*?

Años ha, Carlos Sánchez Viamonte objetaba la redacción del art. 33 ya que éste, al afirmar los derechos no enumerados en la “soberanía del pueblo” y en la “forma republicana de gobierno”, aludía a derechos políticos, y no a otros derechos personalísimos relativos al ámbito de las relaciones privadas. César Enrique Romero, profundizando esa preocupación, escribió también que el artículo que tratamos “no puede oficiar de tonel de las Danaides”, y que por ende, los únicos derechos implícitos extraíbles de él, son los consecuentes a la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. La norma constitucional, en este punto, trataría entonces sólo de posibilidades jurídicas atinentes a la *libertad* y al principio legitimador republicano del poder político.²⁶

²⁴ *Ibidem*, ps. 114/5, 214, 393.

²⁵ Con lo que el art. 33 de la Constitución Nacional es, en alguna medida, una “norma infiel” en el sentido que le da Werner Goldschmidt a esta expresión (norma que no traduce correctamente la voluntad del legislador): V. WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed. (Bs. As., 1973), ed. Depalma, p. 197.

²⁶ V. CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Juicio de Amparo*, en Enciclo-

La tesis limitativa no es, sin embargo, la más acertada. Por un lado, debe tenerse presente que el concepto constitucional de "régimen republicano", acorde con su definición aristotélica, refiere a un sistema político *recto*, vale decir, *legítimo* o *justo*, en cuanto es una fórmula gubernativa que apunta hacia el bien común. Esa justicia del sistema republicano requiere desde luego la vigencia de *derechos políticos* (del ciudadano), pero también de *derechos civiles* (del hombre) sin los cuales no puede alcanzarse esa situación de bien común que perfila al gobierno republicano como algo bueno.²⁷

Expresado de otra manera, los derechos implícitos inferibles de la expresión "régimen republicano" mencionada por el art. 33 de la ley suprema, son aquellos derechos políticos propios de tal clase de sistema, *con más* los derechos civiles o privados necesarios para lograr el fin de bien común que integra el concepto de "República".

Además de lo dicho, las fuentes del art. 33 indican que el propósito del constituyente fue insertar aquí derechos implícitos políticos y civiles; derechos del ciudadano y derechos del habitante. El despacho de la comisión examinadora es definitorio cuando se refiere a los derechos naturales que hacen "al objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar". Por lo demás, la comisión aclara muy bien que "la enumeración que se hace en la primera parte de la Constitución de la Confederación, de los derechos y garantías de los individuos, que en algunos casos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas, no deben tomarse sino como ejemplos para ir de lo conocido y expreso, a lo desconocido o tácito. . ." En resumen, el actual art. 33 se extiende a *todo* el cupo de derechos y garantías reconocidos en los artículos precedentes (de derechos que son tanto políticos como civiles), y no solamente a una parte de ellos (los políticos).

Sarmiento, por si hubiese dudas, fundamenta el art. 33

pedia Jurídica Omeba, t. XVII, p. 200. El problema había sido ya contemplado por M. A. MONTES DE OCA (*Lecciones de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1902, ed. La Buenos Aires, t. I, p. 70). Cfr. asimismo ENRIQUE CÉSAR ROMERO, *Derecho Constitucional* (Bs. As., 1976), ed. Zavalía, t. II, p. 141.

²⁷ Cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜES, *Ley de Amparo* (Bs. As., 1979), ed. Astrea, p. 132.

en la conveniencia de suplir “*todas* aquellas omisiones de los derechos naturales, que se hubiese podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso”. Vélez Sarsfield, en igual orientación, menciona a “*todos* los derechos naturales, de los hombres y de los pueblos”. *El Redactor*, a su turno, reitera que el hoy art. 33 se explica porque una Constitución no puede enumerar “*todos* los derechos adquiridos por el hombre”.²⁸

En concreto, otra vez la letra del art. 33 de la Constitución Nacional refleja *menos* de lo que el constituyente quiso realmente decir. La norma es entonces de algún modo *infiel*,²⁹ y debiendo vencer la interpretación histórica a la interpretación literal, corresponde entender aquí en sentido extensivo a la norma, esto es, apreciándola comprensiva de derechos no enumerados políticos y civiles.

XI. *Sobre la existencia de Declaraciones “no enumeradas” en la Constitución.* Sánchez Viamonte ha detectado también una curiosa situación que plantea el art. 33 de nuestra ley suprema. La cláusula indica que “*las declaraciones, derechos y garantías*” que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de “*otros derechos y garantías*” no enumerados. Literalmente, hay pues “*declaraciones, derechos y garantías enumerados*”; y “*derechos y garantías*” no enumerados. No habría, entonces, “*declaraciones*” no enumeradas.³⁰

Es del caso averiguar si la no mención de las “*declaraciones*” entre los conceptos “*no enumerados*” en el art. 33 de la Constitución, resulta de una omisión consciente del constituyente, o producto de un mero error. Poco nos sirven las constancias de la Convención del Estado de Buenos Aires, ni de la convención nacional *ad-hoc*, que no disipan esa duda.

El problema se agrava, paralelamente, porque no existe consenso en nuestra doctrina sobre la distinción conceptual entre “*declaraciones*” y “*derechos*”, máxime cuando

²⁸ Ob. cit. en nota 3, ps. 114/5, 210 y sigts., 392 y sigts.

²⁹ WERNER GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 197, 263 y 268, quien aclara que la interpretación extensiva debe practicarse “si resulta que la norma en su sentido lingüístico usual se queda a la zaga de la voluntad auténtica de su autor, hay que ensancharla para que llegue a alcanzar aquél”.

³⁰ CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, ob. y pág. cit.

hay “derechos” enunciados en “declaraciones”; o “declaraciones” de las que pueden extraerse “derechos”.

En el despacho de la comisión examinadora y en los debates registrados en la Convención del Estado de Buenos Aires, así como en *El Redactor*, quedó sin embargo determinado que la norma se proponía salvaguardar derechos y garantías naturales, civiles y políticos, personales y colectivos. El art. 33 apuntó pues a algo práctico y operativo: tutelar facultades de las personas y del pueblo. En él, por tanto, no hay en principio “declaraciones” implícitas, sino atributos individuales y grupales que, aunque no indicados expresamente en la letra de la Constitución, fluyen de los principios del derecho natural, de la forma republicana y de la soberanía del pueblo.

XII. *Compatibilidad entre el art. 33 de la Constitución Nacional y el Preámbulo.* Al decir de varios autores (Rómulo Amadeo, Pablo A. Ramella, Juan P. Casiello), existe un conflicto intraconstitucional cuando se confronta la invocación del Preámbulo a Dios, “fuente de toda razón y justicia”, con el principio de “soberanía del pueblo” sostenido por el art. 33 de la Constitución. La oposición estaría aquí entre dos tesis aparentemente opuestas: el reconocimiento de la Divinidad como Ser Supremo, y por ello, origen de toda potestad (en el Preámbulo), por un lado; y la atribución de la soberanía a la comunidad (en el art. 33), por el otro.³¹

Para comprender mejor el problema, debe recordarse que el pensamiento pontificio tradicional condenó dos versiones de la democracia (que llamamos “democracia antropocéntrica”, y “democracia totalitaria”) basadas en postulados como los siguientes: que es el pueblo quien crea el Estado y el Gobierno; que todo el poder político deriva del pueblo; que él es fuente de todo derecho y de toda autoridad; y que el pueblo puede decidir arbitrariamente lo que quiera. Documentos como las encíclicas *Diuturnum Illud, Immortale Dei* (León XIII) o el célebre *Mensaje de Navidad* de Pío XII, perfilan con nitidez tal doctrina, que rechaza expresamente la noción de “soberanía del pueblo”,

³¹ Cfr. PABLO A. RAMELLA, *Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Bs. As., 1982), ed. Depalma, p. 84; JUAN P. CASIELLO, *Derecho Constitucional Argentino* (Bs. As., 1954), ed. Perrot, p. 279.

entendida como que el poder reside por derecho natural en la muchedumbre, independizada totalmente de Dios (*Inmortale Dei*, parágrafo 13).³²

Para la doctrina católica, la democracia es un régimen de por sí legítimo, siempre que se advierta que “el origen del poder civil hay que ponerlo en Dios, no en la multitud” (*Inmortale Dei*, párrafos 10 y 17); que la sociedad y el Estado no nacen de un pacto fundado en la voluntad humana, sino que son producto natural de la sociabilidad del hombre; y que el pueblo sólo debe resolver aquello que “sea justo y atienda a la común utilidad” (*Diuturnum Illud*, 4). Por ello, una “soberanía popular absoluta” (concebida como poder popular irrestricto, ilimitado e irrepreensible), no es compatible con el ideario papal.³³

La solución del conflicto que comentamos se encuentra por varios caminos. En primer término, están las constancias de la convención del Estado de Buenos Aires. *El Redactor* de la comisión examinadora es concluyente cuando señala que las constituciones modernas son “una limitación puesta a la soberanía popular misma”, y que las declaraciones de los derechos fundamentales “no pueden ser abolidas ni por la Constitución, ni por la voluntad de pueblo alguno”. En síntesis, esos pronunciamientos son “un legado de la humanidad entera, que ningún pueblo podía renunciar, sin renunciar a la historia y a los antecedentes de la civilización de la especie humana, y a la mancomunidad cristiana de que formaban parte”. El despacho de la Comisión, así como las palabras de Sarmiento (quien habla explícitamente de derechos “superiores a la soberanía popular”) y de Vélez Sarsfield, reiteran la primacía de los derechos naturales sobre cualquier derecho positivo.

En definitiva, el art. 33 de la Constitución no abona totalmente la tesis de una democracia antropocéntrica, dadas las remisiones teístas expuestas en la convención examinadora (v. *supra*, VIII); y descarta de plano la hipótesis de una democracia totalitaria: en este punto, la norma afirma precisamente todo lo contrario a un régimen popular despótico, ya que pregona una democracia encauzada, limi-

³² Cfr. nuestro estudio *Democracia y participación política en el pensamiento cristiano*, en “El Derecho”, 103-1015, parágrafo IV.

³³ Por eso, León XIII dirá que el poder político no depende del arbitrio de la muchedumbre (*Diuturnum Illud*, 17).

tada por el derecho positivo y, lo que es más importante, por el derecho natural. La “soberanía del pueblo” que invoca el art. 33 no es, entonces, la invocación a una potestad absoluta, sin topes, fronteras o frenos: es que, con cláusulas como la indicada, la Constitución (como dijera el superior tribunal de Iowa en los autos “Hunter v. Colfax”), es la protectora del pueblo contra los agravios y daños del propio pueblo.³⁴

La segunda vía de compatibilización entre el art. 33 de la Constitución y el Preámbulo viene precisamente de la propia doctrina católica, que contemporáneamente no ha rechazado el empleo de la expresión “soberanía del pueblo”, rectamente entendida, desde luego. En la encíclica *Redemptor Hominis*, Juan Pablo II destaca que el orden político actual “consiste en el hecho de que la sociedad y quien la compone, el pueblo, es soberano de su propia suerte”. Otros documentos cristianos de nuestros días indican también que el sano ejercicio de la soberanía popular (entrevista como derecho de la comunidad a decidir su destino, en función del bien común), “legítima la constitución misma del Estado y su ordenamiento jurídico”.³⁵

XIII. *Derechos emanados del art. 33 de la Constitución Nacional: derechos naturales, derechos provenientes de la soberanía del pueblo, derechos derivados de la fórmula republicana de gobierno.* De los párrafos precedentes queda claro que el art. 33 de nuestra ley suprema engloba en primer lugar, y sustancialmente, a los derechos naturales del hombre y de la sociedad. Pero también refiere, según el texto de la norma, a derechos “que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Esta parte final de la cláusula suscita varias cuestiones. La primera es entender qué quiere decir la Constitución con la expresión “soberanía del pueblo”, ya que ésta puede considerarse en el sentido rousseauiano de “soberanía popular” (donde el poder político reside en cada uno, siendo cada sujeto copropietario de una cuota parte de la soberanía).

³⁴ Cfr. BERNARD SCHWARTZ, *Los poderes del Gobierno*, trad. por José Juan Olloqui Labastida (México, 1966), Universidad Nacional Autónoma de México, t. I, p. 25.

³⁵ *Redemptor Hominis*, párrafo 17; Conferencia Episcopal Argentina, “Iglesia y Comunidad Nacional” (Buenos Aires, 1981), ed. Claretiana, p. 40, núm. 104.

nía. Ello da derechos individuales políticos insustraibles a cada ciudadano), o en el sentido francés revolucionario de “soberanía nacional” (aquí, la soberanía reside “en bloque”, indivisiblemente, en toda la comunidad nacional; los derechos políticos emanan entonces de la Nación en su conjunto, y no de cada miembro de ella).³⁶

La norma argentina, al referirse a derechos deducidos de la “soberanía del pueblo”, parece seguir en el punto a la redacción de la enmienda IX de los EE.UU., que alude a derechos “conservados” o “retenidos” por el pueblo. Pero en la Convención del Estado de Buenos Aires, así como en la convención nacional *ad-hoc* de 1860, no queda claro cuál de las acepciones indicadas más arriba tiene aquí la expresión “soberanía del pueblo”. En el despacho de la comisión examinadora bonaerense se habla del derecho natural “de los individuos y de las sociedades”, de derechos naturales “de los hombres y de los pueblos”, de “derechos y garantías de los individuos, que en algunos casos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas”, de “los derechos intransmisibles de los pueblos y de los hombres”, etc., pero sin precisarse el alcance doctrinario —en uno u otro sentido— de la frase “soberanía del pueblo”.

También es del caso averiguar la conexión entre los conceptos “soberanía del pueblo” y “forma republicana de gobierno”. En principio, parece no haber oposición entre ambas ideas, ya que uno de los ingredientes del sistema republicano es la atribución de la residencia del poder político en la comunidad,³⁷ sea originariamente, para las teorías agnósticas; sea por delegación divina, en las teístas (en algunas versiones de estas últimas, la soberanía del pueblo se circunscribe a su derecho a designar al gobernante, que recibiría el poder inmediatamente de Dios).³⁸

Lo que sí importa destacar, en la hermenéutica del

³⁶ Sobre los conceptos de “soberanía popular” y “soberanía nacional”, cfr. MALBERG R. DE CARRÉ, *Teoría General del Estado*, trad. por José Lión Depetre (México, 1948), ed. Fondo de Cultura Económica, p. 872 y sigs.

³⁷ JORGE L. GARCÍA VENTURINI, *Introducción dinámica a la filosofía política* (Buenos Aires, 1967), ed. Losada, p. 46. Históricamente, sin embargo, han existido repúblicas no democráticas, sino aristocráticas, como bien lo recuerda la clasificación de formas de gobierno que propone Montesquieu.

³⁸ Sobre las teorías “de la traslación” y “de la designación” en el pensamiento cristiano. Cfr. HEINRICH ROMMEN, *El Estado en el pensamiento católico*, trad. por Enrique Tierno Galván (Madrid, 1956), ed. Instituto de Estudios Políticos, p. 505 y sigs.

art. 33 de la Constitución Nacional, es que la idea de “soberanía del pueblo” tiene que situarse *dentro* de la idea de “forma republicana de gobierno”. El despacho de la comisión examinadora del Estado de Buenos Aires, cuando trata de la forma de gobierno seguida por la Constitución, habla de un régimen “que consiste en determinados poderes limitados por su naturaleza”; y *El Redactor*, por su parte, repite la declaración que atribuye a la Constitución de Kentucky, en el sentido que “el poder absoluto arbitrario sobre las vidas, libertad y propiedad de los hombres, no existe en una República, ni aun en las más grandes mayorías”.^{38 bis}

La “soberanía del pueblo” enfáticamente sostenida por el art. 33 de la Constitución Nacional, es entonces una soberanía *en el Estado republicano*, encauzada dentro de las pautas de poder moderado propias de ésta, según el concepto de república que maneja nuestra ley fundamental.

XIV. Los derechos no enumerados en nuestra jurisprudencia y doctrina. Un balance de las puntualizaciones anteriores permite dibujar el siguiente cuadro situacional de los derechos constitucionales implícitos:

a) están, en primer término, los *derechos y garantías no enumerados deducibles de las declaraciones, garantías y derechos ya enumerados*. Por ejemplo, el derecho al trato digno en las prisiones, que se infiere del art. 18 *in fine* de la Constitución, puesto que esta norma indica que las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigos improcedentes; el derecho a obtener una respuesta por parte del gobierno, que es una consecuencia del derecho de peticionar a las autoridades; o el derecho de la “justicia pronta” (o facultad de obtener un pronunciamiento judicial en un lapso razonablemente rápido), que emerge del principio constitucional del art. 18, de defensa en juicio (Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Mattei, Ángel”, en “Fallos”, de la CSJN, 272:188).

Estos derechos no derivan del art. 33 de la Constitución, sino de las otras cláusulas de las que son inmediatamente inferidos;

b) *derechos y garantías no enumerados, deducibles de los principios de soberanía del pueblo y de la forma repu-*

^{38 bis} Ob. cit. en nota 3, p. 394.

blicana de gobierno. Estos derechos nacen específicamente del texto del citado art. 33 de la Constitución Nacional, y el caso más típico, claramente admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el *derecho de reunión* (por ejemplo, “Campaña Popular en defensa de la ley 1420”, en “Fallos” cit., 207:251; “Faskowicz”, ídem, 240:235);

c) *derechos y garantías no enumerados, de derecho natural*, “anteriores y superiores a la Constitución misma”, según palabras de la comisión examinadora del Estado de Buenos Aires, *no incluidos en alguna de las alternativas anteriores*. Ellos nacen del art. 33 de la Constitución Nacional, bien que no de su letra, sino de su espíritu (v. parágrafo VI).

Importa ahora determinar en qué medida la cláusula de los derechos implícitos (letras b y c) se ha proyectado en nuestra experiencia jurídica; esto es, descubrir cómo se ha aplicado en la admisión y enunciado de derechos y garantías no enumerados expresamente pero derivados de la soberanía del pueblo, de la fórmula republicana y de los derechos naturales.

En el derecho norteamericano, la enmienda novena ha sido empleada como una *regla de construcción constitucional* destinada a evitar una interpretación restrictiva de los derechos personales, y a *elaborar* (especialmente por vía judicial) derechos incluso no contemplados en el texto constitucional, pero requeridos por una sociedad moderna y evolucionada. Como aspectos no enumerados de la libertad, pero reconocidos por la jurisprudencia, se mencionan, por ejemplo, el derecho de los padres a enseñar a sus hijos un idioma extranjero (“Meyer v. Nebraska”), o de enviarlos a una escuela privada (“Pierce v. Society of Sisters”), el derecho a procrear (“Skinner v. Oklahoma”), el derecho a no sufrir intromisiones en el cuerpo (“Rochin v. California”), etc.

En “United Public Workers v. Mitchell”, la Corte Suprema de Justicia federal de los EE.UU. dijo que la cláusula amparaba el derecho a comprometerse en actividades políticas, contra una legislación regulatoria federal irrazonable. En “Griswold v. Connecticut” (año 1965), el alto tribunal decidió que una ley de ese Estado que vedaba el

uso de anticonceptivos, afectaba el derecho a la intimidad matrimonial. Este derecho, expuso la Corte, está “en la penumbra de las garantías expresas de la Declaración de Derechos”, y resultaba uno de los no enumerados, amparado por la referida enmienda novena.

En la línea de la tutela del derecho a la intimidad, son célebres los casos “Roe v. Wade”, referente a la inconstitucionalidad de leyes de Texas represivas del aborto (la Corte consideró que la decisión en tal asunto correspondía a una mujer y a su médico antes que al Estado. El tema motivó, desde luego, una larga polémica, ya que en el fondo hizo prevalecer —sin acierto, entendemos— el valor libertad sobre el valor vida) y “Stanley v. Georgia”, donde reputó inconstitucional a la ley estadual que sancionaba la mera tenencia en el ámbito privado del propio domicilio, de materiales obscenos.³⁹

En la Argentina, el derecho a la intimidad es deducible del art. 19 de la Constitución (cuando enuncia que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”). Esto obliga a alertar al lector, en el sentido de que el derecho a la intimidad no es aquí un derecho “no enumerado” del art. 33, sino uno “no enumerado” del art. 19.

Conviene ahora recordar algunos derechos o garantías implícitos admitidos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como pauta general, el alto tribunal expone que *la Constitución reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo* (“Quinteros c. Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, en “Fallos”, 179-117). Entre ellos, la Corte presenta el *derecho a la vida*, “primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva”, reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (“Saguir Dib, Claudia Graciela: “Fallos”, 302-1284), y el *derecho a la integridad corporal*, que es un *derecho de la personalidad*, también preexistente a cualquier

³⁹ Sobre el desarrollo de la enmienda IX hemos seguido en su mayor parte a LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law* (Mineola, New York, 1978), ed. The Foundation Press, ps. 570, 893 y ss., 926 y ss.; ANTONIO LUÑO PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, 1984), ed. Tecnos, ps. 330/1; y EDWARD CORWIN y J. A. PETALSON, ob. y p. cit.

ordenamiento estatal (voto de los Dres. Frías y Guastavino en el caso precedente). En "S. A. Petroquímica Argentina", la Corte detectó el "principio de derecho natural" de que *nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otros*, "regla ética de proyección patrimonial" ("Fallos", 297-500).

El derecho de reunión, que vimos, fue situado específicamente en el área de los derechos no enumerados "políticos", o sea, extraíble de la soberanía popular y del régimen republicano mencionados por el art. 33 de la Constitución Nacional.

En materia de garantías no enumeradas, el caso sin duda más significativo es la admisibilidad jurisprudencial de la *acción de amparo*, inferida del art. 33 de la Constitución. En el célebre caso "Kot S.R.L." ("Fallos", 241-291). Allí, aun ante la falta de instrumentación legal de ese proceso, la Corte puntualizó que "siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera de alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo".

En el ámbito de nuestra doctrina juspublicista, la teoría de los derechos no enumerados ha tenido manifestaciones muy valiosas. Por ejemplo, el *derecho a la vida*, reconocido por la Corte como derecho natural implícito, es catalogado en la misma condición por Miguel S. Marienhoff, quien lo califica como una garantía constitucional innominada y obvia, porque sin ella no es posible ejercitar ninguno de los derechos reconocidos por la ley suprema.⁴⁰ Del derecho a la vida Marienhoff infiere también el *derecho a la integridad física y psíquica*, y Alberto Rodríguez Varela el *derecho a nacer*, con la consecuente inconstitucionalidad del aborto libre.⁴¹ El *derecho a la dignidad del hombre* lo hemos encontrado por nuestra parte como un enunciado de derecho natural protegido también por el art. 33 de la

⁴⁰ Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, en "La Ley", 1983-B-912.

⁴¹ ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *El Derecho a nacer*, en "El Derecho", 96-859.

ley fundamental,⁴² y de él pueden desprenderse otros derechos anexos a esa dignidad, como el de *alfabetización*.⁴³

En el orden de los derechos políticos inferibles del art. 33, como secuela de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, la doctrina argentina ha incluido con frecuencia el *derecho a la revolución*, facultad extrema del pueblo que se inserta como manifestación de otro derecho más amplio, como es el *derecho de resistencia a la opresión*.⁴⁴ El *derecho a la información* emana, igualmente, del régimen republicano, caracterizado en nuestro país por estar empapado del principio de publicidad de los actos de gobierno. Éste hace nacer asimismo el *derecho a la publicidad de las normas*, que Jorge R. Vanossi extrae del mentado art. 33.⁴⁵

También se ha atribuido al art. 33 el *derecho al adoctrinamiento político*, y el *derecho del pueblo a la consulta popular*, no obstante (respecto al último) la aparente prohibición que contiene el art. 22 de la Constitución.⁴⁶ El tema ha tomado auge a raíz de la reciente convocatoria dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional con referencia al caso del canal de Beagle. Hemos indicado, al respecto, que una versión actualizada de la democracia (y por ende, propicia para una democracia más participativa) puede justificar el recurso al referéndum, pero que cabe distinguir por un lado el derecho del cuerpo electoral a ser consultado, del derecho del gobernante a consultar a la comunidad. Este último puede en su caso emerger de otras prescripciones constitucionales, pero no del art. 33 de la Constitución, que refiere a derechos de las personas y de los pueblos, pero no a facultades de las autoridades públicas.

⁴² PEDRO NÉSTOR SAGÜES, *Ley de Amparo*, ob. y p. cit.

⁴³ Cfr. HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, ob. cit., p. 211, quien también elude entre los derechos no enumerados al de la protección a la salud. Por su parte, MIGUEL ÁNGEL EKMEDJIAN (*Análisis pedagógico de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1984, reimpresión, ed. Depalma, p. 60), incluye en el mismo rubro el derecho al honor.

⁴⁴ Por ej., cfr. ENRIQUE CÉSAR ROMERO, *Gobierno Revolucionario y declaración de reforma constitucional*, en "Jurisprudencia Argentina", 1957-1-151, sec. doctrina.

⁴⁵ V. nuestro libro *Las leyes secretas* (Bs. As., 1977), ed. Depalma, p. 89.

⁴⁶ V. nuestros trabajos *La legitimación del referéndum constitucional*, en "La Ley", 1978-B; *La convocatoria sobre el Beagle y la discusión sobre su constitucionalidad*, en "La Capital" de Rosario, 11/9/84.

XV. *Conclusiones.* El art. 33 de la Constitución Nacional es una norma de ricas proyecciones y a la vez de difícil interpretación.

1. El criterio hermenéutico que debe manejar aquí el jurista tiene que ser *histórico* y *extensivo*. Vale decir, que en primer lugar corresponde hacer prevalecer la voluntad del legislador constituyente (en particular, según lo actuado en la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860) por sobre el tenor literal del artículo. Al respecto, debe subrayarse que la norma es en alguna medida “infiel”, esto es, que dice menos de lo que el constituyente quiso decir.

2. Una exégesis histórica, extensiva y armónica del art. 33 de la Constitución, empalmada con las otras prescripciones constitucionales, muestra que existen “derechos no enumerados” deducibles de diversos artículos expresos de la Constitución; “derechos no enumerados” de tipo político, emergentes del art. 33 de la Constitución, como consecuencia de los principios de soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno; y “derechos no enumerados”, civiles y políticos, rescatables del espíritu del art. 33 de la ley suprema, que son derechos derivados del derecho natural.

3. Conforme con el mensaje del constituyente, los derechos naturales del art. 33 de la Constitución son superiores a la propia Constitución y a la misma soberanía popular. Asumen pues la condición de principios pétreos, intocables por el gobierno o la comunidad.

4. Los derechos no enumerados del art. 33 aluden tanto a derechos de las personas como a derechos de la sociedad.

5. El art. 33 de la Constitución debe ser interpretado flexiblemente, en el sentido de abarcar derechos personales y grupales relativos a una versión dinámica de la soberanía popular, de la República y de un derecho natural que tiene ciertos principios inmutables, pero cuyo contenido varía en función de una realidad cambiante y evolutiva.

6. Es aconsejable que una futura enmienda constitucional corrija los defectos de enunciado del art. 33; y con el objeto de reflejar el verdadero mensaje del legislador constituyente, precise que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías naturales del

hombre y de la sociedad, o derivados de la forma republicana de gobierno.

7. El art. 33 de la Constitución cumple un rol fundamental en la arquitectura jurídico-política de nuestra ley suprema. Implica un verdadero antídoto contra toda tentación totalitaria, ya que pone frenos al legislador ordinario, al legislador constituyente y al mismo pueblo, haciéndoles saber que hay vallas que ninguno de ellos está constitucional o éticamente autorizado a traspasar; y que existe un derecho trascendente, superior al positivo, cuya validez no depende de la voluntad o arbitrio de quien maneje el Poder.