

ARTÍCULOS  
DOCTRINALES



## EL SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS

Edgar CARPIO MARCOS\*

**RESUMEN:** El autor hace referencia al significado de la cláusula de los derechos no enunciados en la Constitución Peruana y señala como antecedente histórico y político al *Bill of Rights*, que en 1791 se incorpora a la Constitución de los Estados Unidos a través de la IX Enmienda, y como antecedente ideológico la teoría del Contrato Social del racionalismo iusnaturalista con un presupuesto individualista. También analiza la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que determina que los derechos naturales son anteriores y superiores a la creación del Estado, debiendo éste edificarse con la finalidad de preservar dichos derechos. Con estos antecedentes elabora su conclusión: en la Constitución Peruana los derechos no enumerados tienen su explicación en la concepción insnaturalista de la Constitución de los Estados Unidos, pero sin suponer un “Transplante normativo”. Del principio de la dignidad humana establecido en la Constitución se derivará la propia justificación de aquel conjunto mínimo de derechos o atributos subjetivos con los que ha de contar el hombre, que pueden o no estar detallados en la Constitución, pero que es absolutamente necesario reconocer para que éste pueda desarrollar responsablemente su proyecto vital.

**ABSTRACT:** The author makes reference to the unlisted rights clause in the Peruvian Constitution, giving as historical and political antecedent the Bill of Rights incorporated into the Constitution of the United States in 1791, by means of the IX Amendment and, as ideological antecedent, the theory of the Social Contract of ius naturalist rationalism with an individualist proposal. He also analyzes the French Declaration of 1789 on the Rights of Man and the Citizen, which determines that natural rights are prior and superior to the creation of the State, which should be erected for the purpose of preserving such rights. Based on these antecedents he prepares his conclusions: in the Peruvian Constitution the explanation of the unlisted rights lies in the ius naturalist concept of the United States Constitution, but without supposing a “Normative transplant”. The actual justification of that minimum group of subjective rights or attributes which Man must enjoy, but which are absolutely necessary whether or not they are detailed in the Constitution, will be derived from the principle of human dignity established in the Constitution, but which it is absolutely necessary to recognize in order for the latter to responsibly develop its vital function.

\* Profesor de derecho constitucional en la Universidad de Lima y en la Universidad San Martín de Porres. Asesor del Tribunal Constitucional.

## I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de los derechos no enumerados, que la Constitución actual del Perú recoge en el artículo 30.,<sup>1</sup> representa, sin hipérbole alguna, el punto de partida y el de culminación de cualquier intento por descifrar el régimen constitucional al que se encuentran sometidos los derechos en un ordenamiento jurídico determinado y, muy especialmente, en el caso del ordenamiento constitucional peruano.

No obstante ello, el significado político, filosófico y jurídico que detrás de su concreción normativa subyace, ha sido una cuestión virtualmente ignorada por la doctrina<sup>2</sup> y práctica judiciales, y ello no es una apreciación que sea solamente válida para el caso peruano, pues es ese también el estado de la cuestión de los Estados Unidos de Norteamérica, país donde por primera vez se incorpora una cláusula semejante.<sup>3</sup>

Este hecho, salvo en el ordenamiento norteamericano, al que por diversas circunstancias que más adelante vamos a tratar de abordar, no le es extensivo, sin embargo, tiene su explicación: las modernas democracias constitucionales son regímenes que cuentan con Constituciones en las que normalmente se han incorporado un catálogo bastante completo y detallado de derechos y libertades que no solamente cubren sus más diversos ámbitos, sino que adicionalmente se encuentran “reforzados” con diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos; los que además de incorporar como parte de su ordenamiento interno a un

1 Dicho precepto establece que “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”.

2 Cfr. en nuestro continente, y a manera de excepción, los muy meritorios trabajos de Néstor Pedro Sagüés, “Los derechos no enumerados en la Constitución nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 1986, t. XIV, pp. 103 y ss.; Molina, José Enrique, “Los derechos constitucionales tácitos en los tratados internacionales ratificados por Venezuela”, en AA. VV., *Hacia un nuevo orden constitucional. Memoria del II Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Maracaibo, 1992, pp. 337 y ss.; Jiménez, Eduardo Pablo, “Los derechos implícitos de la tercera generación. Una nueva categoría expansiva en materia de derechos humanos”, *El derecho*, Buenos Aires, 6 de mayo de 1992, pp. 2 y ss.

3 Corwin, Edward, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fraterna, 1987, p. 587, donde alude, precisamente, al estado de “benigno descuido” a la que se ha postrado esta cláusula de la Constitución americana, tras la adopción de la “teoría de la penumbra” de los derechos por la Suprema Corte.

sinnúmero de atributos subjetivos, en más de una ocasión, inclusive, les ha dotado del mismo valor y jerarquía del que gozan los derechos enunciados en los códigos fundamentales.<sup>4</sup>

En este contexto, obviamente ya no sólo la racionalidad de un tipo de cláusula como la de derechos no enumerados parece estar en entredicho, bien sea por su virtual inoperancia práctica, o para decirlo de otro modo, por constituir una norma de franca eficacia inútil; sino que, además, su propia concreción normativa en las declaraciones de derechos de los textos constitucionales pareciere estar enmarcado en un proceso lento, y tal vez seguro, de extinción.

Pues bien, y creo que esta es una cuestión que hay que ponerla de manifiesto desde el inicio: ni la cláusula de los “derechos implícitos” se encuentra desprovista de eficacia alguna, ni mucho menos su configuración constituye una norma carente de significado en la dilucidación del régimen jurídico al que se encuentran sometidos los derechos y libertades en un Estado constitucional.<sup>5</sup>

## II. LOS SUPUESTOS HISTÓRICOS, POLÍTICOS Y FILOSÓFICOS DE LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS

Aunque la configuración formal de la cláusula de los derechos no enumerados se remonte al *Bill of Rights* que en 1791 se incorporó a la Constitución de los Estados Unidos, a través de la novena enmienda, por virtud de la cual “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada como la negación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo”; los supuestos políticos y filosóficos que la condicionan no son otros que los del propio sistema que representa el

4 Tal era el caso del ya derogado artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 que, como se sabe, alojó entre las normas revestidas de supremacía constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Cfr. nuestro trabajo, “Constitución y tratados sobre derechos humanos”, *El Constitucionalista*, Revista de Estudios Constitucionales, núm. 1, Lima, 1995, pp. 7 y ss.

5 Cfr. Haberle, Peter, “Avances constitucionales en Europa oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, en AA. VV., *Pensamiento constitucional*, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1995, pp. 156 y ss., donde destaca el carácter de “cláusula de desarrollo de derechos fundamentales”, así como la importancia de su incorporación en las modernas Constituciones.

Estado liberal inaugurado a finales del siglo XVIII tanto en Europa como en América.

No viene al caso detallar los pormenores históricos con que, de a pocos, se van consolidando las premisas ideológicas que sirvieron de *substractum* a los revolucionarios franceses y americanos para derrocar al *Ancien Regimen*, y levantar, tras su sombra,<sup>6</sup> el nuevo orden político.

Lo que sí es necesario recordar es que tras ambas experiencias históricas, los supuestos ideológicos que las fundamentan no son otros que los de la doctrina del contrato social del racionalismo iusnaturalista, que con antecedentes en las formulaciones de los teóricos de la contrarreforma, y aún en el renacimiento, encuentran su encumbramiento en nombres como Hobbes, Kant, Locke y Rousseau.<sup>7</sup>

Esbozado en sus caracteres más generales, y sin que ello importe obviamente uniformidad de criterios entre todos los pensadores que la teorizaron, un dato común del que parte toda la fabulosa construcción teórica de esta escuela, es el presupuesto individualista, el exacerbamiento de lo que Macpherson<sup>8</sup> ha llamado el “individualismo posesivo” que, como doctrina política y filosófica, se habría de enarbolar hacia el siglo XVIII, a partir de la inversión de los supuestos lógicos y antropológicos que sustentaron al absolutismo.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina del *pactum societatis*, el Estado no es más que una creación artificial, articulada por medio de un contrato

6 Entre el Antiguo Régimen y el proceso de gestación del moderno Estado liberal, no existe un abrupto rompimiento de la lógica de los antecedentes, como suele generalmente remarcarse. A propósito, *cfr.* Tocqueville, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, *passim*.

7 *Cfr.* entre la mucha bibliografía existente sobre el tema, Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, Madrid, Edit. Pirámide, 1981, t. II, pp. 51 y ss.; Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, México, Red Editorial Iberoamericana, 1991, pp. 254 y ss.; Sabine, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 308 y ss.; Bobbio, Norberto, *Estudios de historia de la filosofía*, Madrid, Ed. Debate, 1991, pp. 73 y ss.; Skinner, Quentin, *Los fundamentos del pensamiento político moderno (La reforma)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, t. II, p. 181, que encuentra en el pensamiento de los teóricos de la contrarreforma ya el origen del contractualismo; Weber, Max, *Economía y sociedad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 641 y un largo etcétera. Con ciertas reservas, y ya en una perspectiva de legitimación de las instituciones constitucionales del Estado liberal de derecho, *cfr.* Vega García, Pedro de, “En torno a la legitimidad constitucional”, *Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. I, pp. 807 y ss.

8 *Cfr.* Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo (de Hobbes a Locke)*, Barcelona, Edit. Fontanella, 1970.

social que, en un momento dado, suscribieron los individuos, a fin de preservar un estado de paz y seguridad colectiva (*pax et defensio communis*), que no se encontraba asegurado en el estado de naturaleza. Por medio de él, los hombres renuncian (Rousseau) o comprometen en la constitución de la *societas civiles sive política* aquellos atributos innatos que, por su condición de hombres, el derecho natural les reconoce.

Tal planteamiento, trasladado al plano político suponía que, porque el gobierno se basaba sobre el consentimiento de los individuos, el poder del que éste se encontraba investido no podía concebirse como uno cuyo ejercicio pudiese realizarse sujeto al capricho o arbitrio del monarca, por *mor* de la gracia y favor del rey, sino más bien como un poder limitado, limitación que se hacía a través del derecho, y cuyo objeto principal habría de traducirse en la preservación de aquellos derechos comprometidos con la suscripción del pacto social.

Eduardo García de Enterría<sup>9</sup> ha expresado esta idea con toda nitidez:

Todo el fin del Estado se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos. Estas libertades, desenvolviéndose por sí mismas, concurriendo unas con otras, cuidando la autoridad únicamente de articular sus límites recíprocos, aseguran sin más el óptimo del orden colectivo, la Constitución ideal.

El hombre, individualmente considerado, se convierte así en el eje, en el núcleo legitimizador de toda la construcción de las instituciones del emergente Estado liberal de derecho: acto constituyente, Constitución, separación de poderes, etcétera, son categorías que sólo son posibles de explicarse desde posiciones racionales y humanas, desde la concepción de los derechos individuales como soportes fundamentadores y previos a cualquier creación artificial.<sup>10</sup>

Ahora bien, si estos supuestos ideológicos que se manejaron tanto en América como en Francia (la cuna de la revolución en la Europa occidental) son los mismos, por sorprendente y paradójico que pueda parecer, el tratamiento que se le brinde a la cuestión de las *declaraciones de derechos* no va a coincidir necesariamente.

<sup>9</sup> García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Ed. Taurus, 1984, p. 19.

<sup>10</sup> Cfr. Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 1163-1164.

Tal divergencia, puesta en evidencia en 1895 por Georg Jellinek con la publicación de su opúsculo *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, es la que precisamente habrá de hacer cobrar todo el sentido y alcances de la cláusula de los derechos no enumerados que anida la novena enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos.

### III. LA RECEPCIÓN AMERICANA DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Cuando Jellinek publicó su opúsculo, no tuvo otra intención que la de “desmistificar” posiciones entonces dominantes que hallaban el origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en la filosofía iluminista francesa, y en forma muy especial, en las formulaciones de Rousseau sobre el Contrato Social.

Toda su obra la dirigió, con argumentos varios, y que aquí no nos es posible detallar, a rescatar las cronológicamente precedentes declaraciones de derechos formuladas en las Constituciones estatales de la Unión Americana, y la influencia que éstas habrían tenido sobre la francesa.

Siete años más tarde (1902), un eximio profesor francés, Emile Boutmy, en los *Annales de Sciences Politiques*,<sup>11</sup> replicaba las conclusiones a las que había llegado el profesor germano. En su monografía, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et G. Jellinek*, se proponía defender la “originalidad” de la Declaración de 1789 como obra de los franceses, destacando las profundas diferencias de ésta con sus pares americanas, que Jellinek había puesto en entredicho.

Para llegar a tal conclusión, Boutmy llegó a sostener: *a)* la coherencia de la doctrina del pacto social roussoniana con la formulación de la declaración de derechos, y *b)* el diferente espíritu de la Declaración francesa del que animaba a los *Bill of Rights* americanos.

Ex-profesamente hemos traído a colación esta polémica surgida a principios de este siglo,<sup>12</sup> y de cuyas consecuencias aún se sigue discutiendo,<sup>13</sup>

11 XVII, París, 1902.

12 Cfr. González Amuchástegui, Jesús (ed.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.

13 González Amuchástegui, Jesús, “Acerca del origen de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 2, 1982, pp. 117 y ss.

para rescatar una cuestión respecto de la cual ambos autores habrían de ponerse en total acuerdo, y que nos permitirá abordar el sentido y alcances de la cláusula de los derechos no enumerados.

Este acuerdo habría de expresarse en la idea de que mientras en América la incorporación de los derechos en las Constituciones estatales había significado la conversión de los abstractos derechos naturales en derechos *fundamentales*, o lo que es lo mismo, en derechos *constitucionales*; en Francia, por el contrario, los derechos naturales enunciados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sólo se habían quedado en su faz de “derechos naturales”, esto es, como la enumeración de los principales axiomas proclamados como fundamentos de una organización política, justa y racional<sup>14</sup> y, por tanto, como superiores y previos a toda formulación positiva.

No vamos a detenernos aquí a señalar las razones que se tejieron en Francia para optar por un planteamiento de esta naturaleza en torno a la Declaración de los Derechos del Hombre que, como se ha encargado de mostrar Pedro Cruz Villalón,<sup>15</sup> sufriría una importante matización como consecuencia de la sanción de las Constituciones de 1791, 1793 y 1795.

Lo que en todo caso parece necesario rescatarse, es que la consagración de unos derechos mínimos como derechos necesariamente “legales”, que los colonos americanos van a establecer en sus Constituciones estatales primero y, más tarde, en la propia Constitución federal, obedece a un doble tipo de razones, sobre las que tal vez convenga detenerse muy brevemente.

En primer lugar, son razones históricas, desarrolladas y afianzadas a lo largo de varios siglos, los que llevan a los constituyentes de América del Norte a incorporar como parte de sus documentos constitucionales a un conjunto mínimo de derechos al que los hombres no sólo se les debe reconocer, sino —y en forma muy principal— garantizar.

Como es bien conocido, aquellas fuentes ideológicas de las que se embebe el constitucionalismo americano, no son otras que las de la propia historia constitucional inglesa, de la que hasta 1776, año en que se redacta la famosa Declaración de Independencia, él mismo forma parte.

<sup>14</sup> Esmein, A., *Éléments de droit constitutionnel*, 6a. ed., París, 1914, p. 553.

<sup>15</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 25, CEC, 1989, pp. 43 y ss.

Pues bien, esa historia constitucional inglesa nos muestra un proceso secular de imposición de limitaciones al ejercicio del poder por el monarca, con miras a salvaguardar un conjunto de libertades de los súbditos ingleses. Ciertamente es que los supuestos ideológicos que animaron a la “Carta de Libertades” del año 1100, o la misma “Carta Magna” que los barones y el clero ingleses obligan a otorgar al Rey Juan sin Tierra en 1215, no se corresponden con aquellos que animaron a la dación de la “Petición de Derechos” de 1628 y, en forma particular, a la “Declaración de Derechos” de 1688-1689.

Sin embargo, en todas estas cartas de libertad que se logran hacer reconocer a los monarcas ingleses en épocas distintas, subyace la idea de que el poder con el que se encuentra investida la autoridad monárquica, es un poder que, como ya a mediados del siglo XIII expresara Bracton,<sup>16</sup> se encuentra por debajo de Dios y la Ley “...Además, el rey mismo no debería estar por debajo de ningún hombre, sino sometido a Dios y a la Ley, porque la Ley hace al Rey. De ahí que el Rey debe de atribuir a la Ley lo que la Ley le atribuye a él: señorío y poder, pues no hay Rey donde gobierna el capricho y no la Ley”.

Es desde esta concepción que autores como Sutherland,<sup>17</sup> Corwin<sup>18</sup> o el mismo Roscoe Pound<sup>19</sup> parten, cuando al analizar la naturaleza de todos estos instrumentos legales, concluyen que su propuesta y adopción, lejos de obedecer a concesiones de la autoridad en favor de las libertades de los súbditos ingleses, constituyen más bien la figura opuesta: un conjunto de limitaciones al ejercicio del poder por el monarca. Limitaciones, naturalmente, de carácter legal, que vinieron a formar parte del derecho ordinario y, por tanto, susceptibles de ser invocados, como cualquier otro precepto legal, en el curso de un procedimiento ante los tribunales de justicia del reino.

Es esta noble tradición libertaria, de la que gozaban y usufructuaban también los colonos americanos, que es tomada en cuenta por los constituyentes americanos (estatales y federales), y trasladada al momento

<sup>16</sup> Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, I, 8, 5 (Fol. 6), citado por Pound, Roscoe, *Evolución de la libertad*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1964, p. 149.

<sup>17</sup> Cfr. Sutherland, *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*, Buenos Aires, TEA, 1972.

<sup>18</sup> Corwin, Edward, “The ‘Higher Law’ background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, XLII, 1928-1929, pp. 149 y ss. y 365 y ss.

<sup>19</sup> Pound, Roscoe, *op. cit.*

de redactarse sus Constituciones respectivas. De ahí que, y no sin razón, haya podido escribir Martín Kriele<sup>20</sup> que la comprensión de los derechos constitucionales americanos no puedan entenderse sin la remisión a su origen histórico en el derecho inglés.

Obvio resulta el puntualizar que detrás de esta concepción de los derechos individuales como límites al ejercicio del poder real se encuentra presente la idea, esbozada en sus términos modernos por Coke hacia el siglo XV, y levantada docenas de lustros después por Locke, de que su existencia y protección no dependía tanto de una concesión gratuita de la autoridad monárquica, como cuanto de los designios del derecho natural.

Pero es que, y con ello ingresamos ya al segundo aspecto que nos interesaba poner evidencia, no solamente son estas razones históricas las que permiten explicar la postura americana finalmente asumida en torno a los derechos como derechos *constitucionalizados*. Si Carlyle<sup>21</sup> ha lamentado que las dos obras inglesas más importantes en torno al iusnaturalismo racionalista (*El Leviatán* de Hobbes y el *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke) hayan incidido primordialmente en los principios teóricos antes que en las tradiciones históricas, *mutatis mutandis*, otro tanto habría de expresarse en relación con la gestación del Estado constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica, al que trivialmente se suele considerar como producto, o bien de las ideas revolucionarias provenientes del contractualismo,<sup>22</sup> o bien como el resultado sin más de las tradiciones históricas del otro lado del Atlántico.

Porque si en el terreno histórico se encontraba firmemente afianzada la idea de limitación del poder del monarca y la del respeto de los derechos de los súbditos, el proceso de colonización que inician los puritanos en el norte de nuestro Continente, con la constitución de instituciones políticas de raíces innegablemente democráticas, cuya autoridad y poderes derivaban directamente del consenso de los gobernados, y no de una concesión del monarca, permiten comprender por qué es que

20 Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado (fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático)*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, p. 161.

21 Carlyle, A. J., *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 146.

22 "...Los Estados Unidos pudieran llamarse sin exageración una creación intelectual de la teoría política del mismo derecho racionalista...". Cfr. Wieaker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 235.

cuando los americanos necesitan acudir a una teoría política que legitimase la revolución por ellos iniciada, esa teoría política no sea otra que la del contrato social.

A diferencia del caso europeo, donde esta teoría alcanzó ribetes insospechados, y su encumbramiento fue una típica obra lógica, cuya explicación habría de realizarse sin tomar en cuenta para nada las enseñanzas de la historia, sino en la vía de una reconstrucción meramente racional del origen y fundamento del Estado, acudiendo al recurso de ficciones que le permitiesen edificar su obra de arte (como el “estado de naturaleza”, que nunca habían transitado, pero que es dada por su puesta en Hobbes y Locke, por ejemplo);<sup>23</sup> la experiencia de los colonos americanos, en contraste, ofrecía “un terreno especialmente fértil para las ideas del derecho natural”: los diversos estados que componen la Unión Americana, efectivamente fueron fundados mediante contratos.

De ese modo, lo que en Europa se presentaba como un recurso a la secularización de la teoría política, de explicación *more geometrico* de la existencia y justificación del Estado, en América acontecía un fenómeno totalmente opuesto, que en última instancia, derivaría en el suministro, a la revolución allí iniciada, de la teoría política de un Locke.

Y aunque no han faltado quienes han pretendido minimizar esta recepción del pensamiento lockeano en el proceso de justificación de la revolución americana, “sólo como una fuente intelectual... de los colonos ingleses de 1780-1787... (en el que) todos eran discípulos de Locke, aunque aquellos... nunca leyeron una página de él”,<sup>24</sup> sin embargo, su influencia habría de ser decisiva en dicho proceso, y habría de patentizarse, como lo ha puesto de relieve Sutherland,<sup>25</sup> no sólo en el suministro de gran parte de la teoría a sus padres fundadores, sino también en la transcripción de algunas frases en la propia Declaración de Independencia de 1776.

Pues bien, es precisamente esta recepción del pensamiento de Locke por los fundadores de los Estados Unidos, y en lo que nos interesa poner en relieve aquí, de la concepción de que en torno a los derechos se desprende de su obra *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, la que

23 Bobbio, Norberto, *Estudios de historia de la filosofía*, op. cit., pp. 93, 104 y ss.

24 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986, p. 77.

25 Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*, cit., p. 128.

permite explicar con todas sus consecuencias la postura finalmente asumida en torno a los derechos como derechos constitucionalizados.

Como es bien conocido, tras las formulaciones de Locke sobre la propiedad<sup>26</sup> aparece implícitamente la clara distinción, de una parte, de unos *derechos naturales*, que la ley natural dotaba a los hombres en el estado de naturaleza, y de otra, de unos *derechos civiles* resultantes del tránsito de aquel estado de naturaleza a la sociedad civil, por medio de la suscripción del pacto social. De ese modo, si en línea de principio la ley natural dotaba a los hombres de ciertos derechos naturales reconocibles al hombre por el mero hecho de ser hombre, la constitución de la *societas civilis sive politica* suponía únicamente la transferencia de aquellos derechos cuya posibilidad de ejercicio y respeto se encontraba condicionado al hecho de ser miembro de la sociedad.

Lo que significaba que, si con la suscripción del Contrato Social un conjunto de derechos naturales habían devenido en derechos civiles, en la transferencia de aquellos derechos a la sociedad, no se encontraban *todos* los derechos naturales que la ley natural reconocía a los hombres. Thomas Paine, en 1791, habría de captar nítidamente esta idea:

Los derechos naturales son aquellos que pertenecen al hombre por derecho de existencia... Los derechos civiles son los que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. [Esta distinción permite] distinguir cuáles son, dentro de los derechos naturales, los que el hombre conserva una vez entrado en la sociedad, y los que, como miembro de la sociedad, arroja al acervo común.<sup>27</sup>

Ahora bien, si es este el panorama histórico y teórico-político en el que se va a desenvolver el proceso constituyente americano en torno a los derechos del hombre, no deja de ser curioso que la oportunidad de

<sup>26</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Agora, 1959, caps. 2, 6, pp. 32 y 33. (La ley de la naturaleza “enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones”. Tras la propiedad, derecho a la que Locke presta una capital importancia, no hay una exclusión o desconocimiento de otros derechos. “Cada uno, así como está obligado a preservarse y a no abandonar su condición social voluntariamente, de igual manera, por la misma razón, cuando su propia conservación no está en juego, tanto como le sea posible, debe preservar el resto de la humanidad, y no puede, a menos que ello sea para hacer justicia con un transgresor, quitar o menoscabar la vida, o lo que tiende a la preservación de la vida, la libertad, la salud, un miembro del cuerpo o los bienes de otro”. Véase también, cap. 5, párrafos 22, 23 y 24.)

<sup>27</sup> Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, p. 84.

construir toda la fabulosa construcción americana, haya pasado por el hecho de amalgamar teorías políticas que en la propia Europa, donde nacieron y se desarrollaron, fue imposible que aconteciera, como los hechos históricos se han encargado de demostrar.

No es del caso anotar aquí, desde luego, las profundas diferencias existentes entre la concepción *legalista* que con el tiempo se afianzó en la Inglaterra medieval, en traste con la concepción del iusnaturalismo racionalista de algunos siglos después.

Después de todo, como ha recordado Edward Corwin con toda agudeza,<sup>28</sup> no eran en extremo poderosas las barreras pragmáticas que separaban esta concepción de aquella otra, cuando al decidirse por la emancipación del yugo colonial, los colonos americanos tienen que tomar postura por unas ideas iusfilosóficas que justificaran el edificio constitucional al cual se encontraban avocados en construir:

Resultó de todo esto —son las esclarecedoras palabras de Corwin— que formaron alianza el legalismo de la decimoquinta centuria con el racionalismo del siglo diecisiete, y la alianza entonces lograda, ha continuado ora más, ora menos vital, en el derecho y la teoría constitucional norteamericana.<sup>29</sup>

#### IV. EL SENTIDO Y ALCANCES DE LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Si es desde esta singular recepción de la herencia política inglesa que reciben los americanos, que los van a llevar a concebir la idea de unos derechos como derechos necesariamente “legales”, habrán de ser de los supuestos teóricos que les proporciona el *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, desde donde el sentido y alcances de la cláusula de los derechos no enumerados cobren su máxima virtualidad.

Como es fácil de comprender, si en el terreno de la especulación filosófica la asunción de la teoría de John Locke había significado la distinción trascendental entre unos derechos naturales, propios del hombre en cuanto hombre, de los en cierto modo distintos derechos civiles, en el plano constitucional habrá, con toda lógica, traducirse, en un primer

<sup>28</sup> Corwin, Edward, *Libertad y gobierno*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 57 y ss.

<sup>29</sup> Corwin, Edward, *Libertad y gobierno*, cit., pp. 57-58.

momento, por la no necesidad de estipular un catálogo de derechos en la Constitución federal; y en un segundo momento, ante la insistencia de que ese catálogo se incorporase como requisito para que ésta pudiese ser ratificada, el que, desde el principio, al compás del reconocimiento de un número de derechos, se deje sentada la idea que la “enunciación de ciertos derechos... no será interpretada como la denegación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo”.

Como es bien conocido, cuando en 1787 se aprueba la actual Constitución americana, la preocupación fundamental de los constituyentes no se encuentra dirigida a proclamar una lista de derechos que se habrán de reconocer a los individuos, sino básicamente la de establecer un sistema de controles y contrapesos al gobierno federal, tasando un conjunto de competencias que impidan su acumulación y concentración.

En esa perspectiva, no es que la explicitación de aquel conjunto de derechos aparezca como una tarea inútil o carente de sentido. Por el contrario, tal era la extremada importancia que se le concedía a tal asunto, que la principal preocupación habría de centrarse en establecer a los órganos del gobierno, y en determinar el conjunto de competencias con los cuales éstos habrían de contar. Los excesos del parlamento inglés contra las colonias, tan bien narradas por Roscoe Pound,<sup>30</sup> estaban tan demasiado próximas como para obviar un asunto de vital importancia.

Este hecho muy pronto habría de ser puesto en evidencia por Hamilton, ante los ataques furibundos que venía sufriendo la obra de los constituyentes de 1787, al no haber incorporado una lista de derechos, en franca desarmonía con lo que desde la primera Constitución estatal era una práctica generalizada. En el octogésimo cuarto ensayo de *El Federalista*, en 1788, llegaría a afirmar:

Es evidente... que de acuerdo con su primitiva significación, estos instrumentos [la declaración de derechos] no tienen aplicación para Constituciones claramente fundadas en el poder del pueblo, y ejecutadas por sus representantes y servidores inmediatos. En éstas, en rigor, el pueblo no renuncia a nada; y como él lo retiene todo, no tiene necesidad de enumerar reservas particulares. “Nos, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de Amé-

30 Pound, Roscoe, *Evolución de la libertad*, cit., pp. 67 y ss.

rica". Hay aquí —finalizaría— un mejor reconocimiento de los derechos del pueblo que volúmenes enteros de los aforismos que constituyen el elemento principal de las declaraciones de derechos de nuestros estados, y que estaría mucho mejor en un tratado de ética que en una constitución política.<sup>31</sup>

Sin embargo, como ya se ha anotado, la necesidad política de contar con la ratificación de la Carta por todos los estados, no obstante toda esta filosofía que trasunta de ella, lleva a los padres fundadores a preocuparse por ese *Bill of Rights*, que finalmente es incorporado en 1791.

No es nuestro propósito reseñar aquí todos los pormenores políticos que tras aquella necesidad se habría de presentar en el Congreso americano. Lo que en todo caso parece necesario ponerse de relieve es, que si a alguien se debe la paternidad de gran parte de lo que son en la actualidad las diez primeras enmiendas, ese es James Madison, de cuyo proyecto presentado el 8 de junio de 1789, inclusive habría de desprenderse el antecedente de la formulación de aquella cláusula de los derechos no enumerados.

La excepción que se haga aquí o en cualquier punto de la Constitución en favor de derechos particulares —proponía Madison— no se interpretará en el sentido de que disminuye la justa importancia de otros derechos retenidos por el pueblo, o que amplía los poderes delegados por la Constitución; sino como efectivas limitaciones de tales poderes o como incluidos meramente por vía de mayor precaución.<sup>32</sup>

Pues bien, del hecho que en 1791 se incorporase el *Bill of Rights*, bajo la forma de enmiendas a la Constitución original, no se desprende precisamente la idea de que al reconocerse ciertos derechos, la distinción teórica entre derechos naturales y derechos civiles, que como piedra angular de la teoría en torno a los derechos se maneje en América, pierda su sentido.

Muy por el contrario, pues frente a la necesidad política de que la Constitución se ratificase por todos los estados, hay en la novena enmienda una singular afirmación, en vía de constitucionalización, de la teoría política del iusnaturalismo racionalista: si en el plano teórico se admitía la distinción entre derechos naturales y derechos civiles, en el

31 Hamilton, Madison y Joy, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 376.

32 Sutherland, Arthur, *De la Carta Magna a la Constitución americana*, cit., p. 238.

plano jurídico aquella bifurcación habría de traducirse en la distinción entre unos derechos naturales de los derechos *constitucionalizados*, que es lo que al final de cuentas cumple con realizar la novena enmienda.

Lo que, además, de suponer que del reconocimiento a nivel constitucional de ciertos derechos no se ha de inferir que a partir del *Bill of Rights* se *confiera* tales derechos, sino, como lo han expresado Corwin y Petalson,<sup>33</sup> su enunciación sólo ha de tener un fin instrumental, que se traduce en la *protección* de los ya otorgados por la ley natural; de otro lado, ha de significar, en el extremo de consecuencia filosófica y política, la constitucionalización del propio derecho natural.

De ese modo, lo que en el plano de la especulación teórica, la admisión de la existencia de un derecho natural se presenta como una cuestión ciertamente opinable, en los Estados Unidos, por fuerza de la Constitución, el constante, franco y vinculante diálogo entre el derecho positivo y derecho natural, aparece como absolutamente normal y hasta obligado que se produzca.<sup>34</sup>

## V. LA CONCEPCIÓN FRANCESA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE: LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Como ya se ha anotado, no hubo de suceder lo mismo en Francia, tras la expedición de su famosísima Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Ciertamente dicha Declaración, como también se ha dicho, contó con los mismos supuestos políticos y filosóficos de los del iusnaturalismo racionalista.

Investigaciones más modernas de las realizadas por Boutmy han mostrado, con machacona insistencia, que en Francia sucedía algo similar a lo que a su turno se denunció de América del Norte sobre la influencia o no que allí habría ejercido Locke. Ya en 1933, Mornet (*Les Origines*

<sup>33</sup> Corwin, Edward, y Petalson, J. W., *La Constitución. Una interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1968, p. 149.

<sup>34</sup> Cfr. el interesante trabajo de Asís Roig, Rafael de, "El modelo americano de derechos fundamentales", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 6, 1990, pp. 39 y ss., en el que, por cierto, si bien permite comprender desde una visión histórica la opción constitucional norteamericana, sin embargo, no alerta sobre las cuestiones que aquí estamos desarrollando.

*intellectuelles de la Révolution française*),<sup>35</sup> por ejemplo, había advertido que el *Contrato Social* de Rousseau había sido durante la revolución realmente un libro tan poco leído, que la idea de conciliar el mensaje que proponía tal texto con la más famosa de las obras de la revolución, era un intento desesperado por buscar una legitimación teórica allí donde realmente no la existía.

No es éste, desde luego, un asunto sobre el que ahora convenga detenerse. Lo que en todo caso conviene poner de relieve es que la doctrina del iusnaturalismo racionalista se había expandido tan subcientemente en el siglo XVIII, que el propio rescate de Rousseau por Boutmy para justificar la paternidad ideológica de la declaración de 1789, si en el plano de la comprensión histórica de los derechos humanos, no deja de ser un simple dato, de mayor o menor trascendencia, en el plano teórico, sus alegaciones para conciliar la doctrina roussoniana con la Declaración, virtualmente han dejado de llamar la atención.

Lo que sí parece absolutamente necesario enfatizar aquí, en los propósitos que ahora perseguimos, es destacar que la doctrina del iusnaturalismo en el siglo XVIII, como no sucedió ni antes ni después con alguna otra doctrina jurídico-política, prácticamente se encontraba en el “ambiente”, o como lo dijera Boutmy, en el “espíritu” de Europa y América de aquel entonces, que buscar la paternidad de dicha obra señera y profunda que significó la Declaración de 1789 en uno u otro autor, parece ser una tarea condenada, desde el inicio, al fracaso.<sup>36</sup>

Ahora bien, si la separación tajante de unos derechos naturales, prejurídicos, y por lo mismo, anteriores y superiores al Estado, de aquellos derechos fundamentales, o mejor aún, en derechos constitucionales, es la característica del modelo americano de los derechos de la persona; el modelo francés que ha de servir de marco de referencia en las subsiguientes revoluciones republicanas, no obstante haber conocido de cerca la expe-

<sup>35</sup> Cfr. Jardin, André, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 114.

<sup>36</sup> En la propia América, si bien en Locke aparecería implícitamente la doctrina de unos derechos naturales que, en cuanto se suscribiera el pacto social, algunos de ellos se tornarían en derechos civiles, sin embargo, no va a ser sino en Cristian von Wolff donde tal doctrina llegue a su máxima radicalización. Véase, a este respecto, Vega, Pedro de, “En torno a la legitimidad constitucional”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. I, pp. 813 y ss.

riencia de América,<sup>37</sup> habría de adquirir un rasgo bastante peculiar, si es que tal modelo es visto, cuando menos, en dos de sus primeros momentos: el que se va a presentar en 1789, tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y la que se ofrece tras la dación de la Constitución de 1791.

Al margen de cuál haya sido el ulterior desarrollo a 1791 acerca de la concepción de los derechos que se van a presentar en la Francia<sup>38</sup> posrevolucionaria, lo que desde el inicio parece importante poner en evidencia, es que en ningún momento se va a producir aquella mixtura que representa el fenómeno de la constitucionalización del derecho natural, que en América es posible de advertirse por influjo de la novena enmienda de su Constitución, como con cierto optimismo han pretendido encontrar no pocos autores.

La Declaración de 1789 no obstante conocer (y muy de cerca) la experiencia precedente del pueblo inglés en materia de derechos que durante siglos se había desarrollado en la isla, sin embargo, no la habría de tomar en cuenta al momento de ser elaborada.<sup>39</sup> Participaba, por el contrario, y en frases muy famosas lanzadas por A. De Lamartine, de la idea de convertirse en “el decálogo del género humano escrito en todos los idiomas”, por aquel “concilio ecuménico de la razón y de la filosofía modernas”.<sup>40</sup>

Su expedición en 1789, en relación con la dación de la carta constitucional, un par de años después, no significó en ningún momento que ambos documentos fueran partes de un todo, y que la dación de la Declaración sólo significase un trascendental adelanto de la Constitución de 1791.

37 Es abundante la bibliografía a este respecto: sin perjuicio de otros textos, que más adelante citaremos, véase, Morange, Jean, *Las libertades públicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 30 y ss.

38 Véase, al respecto, Rodríguez Paniagua, José María, “Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y en la francesa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, pp. 58 y ss.

39 Hudon, Edward G., por ejemplo, no obstante lo ya dicho por nosotros sobre la recepción del regalismo en el siglo XVIII en los Estados Unidos, deja traslucir un escepticismo soterrado de que ello efectivamente se hubiere producido, tras la insuficiencia del derecho común en las colonias americanas. Véase su trabajo: *Libertad de palabra y de prensa en los Estados Unidos*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1964, especialmente pp. 62 a 66.

40 Lamartine, A. de, *Historia de la Revolución francesa*, Barcelona, Sopena, s/f, t. I, p. 225.

Ella misma afirmaba un “carácter de inmanencia”, que no admitía ser hallada al principio de la Constitución, sino separada de ella.<sup>41</sup> La idea de lanzar una declaración de esta naturaleza, de manera previa a la confección de la Constitución, desde el inicio lo que hacía era poner en evidencia la propia concepción que allí los constituyentes franceses manejaron de éstos, es decir, como unos derechos anteriores y superiores a la creación del Leviathan, el “Dios mortal” hobbesiano.

En esta primera versión del modelo francés, que no admite punto de comparación con el ejemplo americano, basado en la tradición del *common law*, la idea de los derechos que se maneja aparece desligada de cualquier documento normativo. Su expedición ha de representar no un intento de tornar exigible judicialmente un mínimo de atributos subjetivos, sino la de prever un catálogo mínimo de derechos que se ha de rescatar para los hombres del presente, y se ha de proyectar para la humanidad. No se trata de una obra hecha por franceses y para franceses. Es la afirmación moral de un pueblo, para el legado del mundo.<sup>42</sup>

Pues bien, aceptar que la Declaración de 1789 signifique el encumbramiento de unas reglas morales proyectadas para la humanidad, lanzadas por un pueblo, supone que los moldes conformes a los cuales ha de evaluarse no sean los que pertenecen al derecho, sino a los de la filosofía y, si se quiere, a los de la teoría política.

Por ello nada tiene de particular que, en la afirmación de su ideal iusnaturalista estricto, cuando se confeccione la declaración, sus autores, en forma resuelta, se propongan “exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes...” y no se vean en la necesidad, al momento de enunciar sus 17 artículos, prever una cláusula semejante a la novena enmienda de la Constitución americana, pro-

41 Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 28. Este texto contiene una valiosa compilación del material que sobre la declaración de 1789 se preparó en la Asamblea Constituyente, útil para fijar la idea, muy dispar por cierto, que entre los asambleístas franceses se manejaron.

42 Hay autores que ven en la decisión de expedir la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, no la idea que se desliza en el texto, sino más bien la decisión políticamente forzada de la Asamblea, tras conocerse por todos lados de la victoria de la revolución campesina. *Cfr.*, a propósito, Rodríguez Paniagua, José María, “Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y francesa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, *cit.*, p. 64.

pía de un modelo que no se agota en su faz iusnaturalista, sino que supone la juridización de ella.

No obstante ello, se ha pretendido ver, especialmente en los ámbitos del derecho constitucional, que el artículo 16 de la Declaración, a tenor del cual “Toda sociedad en la cual *la garantía de los derechos* no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”, representase un documento previo, pero inescindiblemente ligado, a la *Chartae Magna* que sólo un par de años más adelante (1791), lograría aprobarse.<sup>43</sup>

Pues bien, y con ello ingresamos al segundo momento que la experiencia francesa ofrece y que hacíamos referencia hace sólo unas líneas atrás. Cuando en 1791 el título I de la Constitución (“Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”) *garantiza* como derechos naturales y civiles los enunciados en la Declaración de 1789, no tenía por intención juridizar su concepción iusnaturalista de los derechos, al estilo americano, esto es, incluir como parte de la Constitución, a la propia Declaración.

La idea de “derechos”, que se enuncian en la Declaración, y la de “garantía de los derechos”, a la que se alude en el artículo 16 de ella y se desarrolla en el título I de la Constitución de 1791, son dos nociones realmente singulares de la experiencia y el derecho constitucional francés, que no advertirlas en sus justos contornos, pueden realmente generar una gigantesca confusión.

En palabras de Esmein, que cita Cruz Villalón, “las garantías de los derechos son algo muy distinto (a las declaraciones de derechos)... La finalidad que se persigue dictándolas es la de conferir a los derechos así garantizados la fuerza que es propia... de las disposiciones constitucionales... Lo que se pretende con estas garantías de los derechos es proteger a los derechos individuales contra el legislador mismo”.

La Declaración de Derechos mantiene su carácter de ser trascendente al mundo jurídico, constituye derecho natural, que no por el hecho de dictarse una Constitución, habría de configurarse en derechos fundamentales. Mientras que las “garantías de los derechos”, han de tener la específica finalidad de “reforzar” en un plano jurídico aquellos derechos naturales, que no por ese hecho, habían perdido su condición de tales.

<sup>43</sup> Cfr., por ejemplo, Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 36-37.

Es cierto —dirá Eduardo García de Enterría, explicando el desarrollo de la categoría de los derechos subjetivos en la Francia de 1789— que toda la concepción del derecho subjetivo va a quedar marcada por esta decisiva reformulación desde la perspectiva de los *iura innata*, como titularidades “naturales” o propias del sujeto, que al derecho objetivo toca reconocer y proteger, pero que tendría origen extrapositivo. Pero el funcionamiento técnico de la figura requiere siempre, *sine qua non*, un reconocimiento del derecho objetivo, al que compete siempre determinar su titular, delimitar su objeto y su alcance y otorgar tutela.<sup>44</sup>

Desde esta perspectiva, pues, no es casual que el artículo 2o. de la Declaración vaya a enfatizar, en absoluta coherencia con la idea que venimos sosteniendo, precisamente que los derechos naturales en cuanto anteriores y superiores a la creación del Estado, no han de reconocerse a partir de la existencia de éste, sino al revés, que el Estado ha de edificarse con la finalidad de preservar aquellos derechos naturales: “el objeto de toda sociedad política —dice su artículo 2o.— es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia de la opresión”.

Tampoco es carente de significado el hecho de que cuando en 1791 se redacte su primera Constitución, en ella no se haga el menor esfuerzo por introducir una cláusula semejante a la contenida en la novena enmienda de la Constitución americana.

Simplemente carecía de sentido el que se preservase el ámbito de los derechos naturales, pues nunca llegaron a perder tal condición. La distinción entre derechos naturales y derechos civiles (o constitucionales), sólo operaría allí donde se habría realizado tal distinción, y no, por cierto, donde los derechos naturales no sufrirían una mutación, tras la suscripción del pacto social.

A pesar de ello, esta concepción francesa de los derechos no es un tópico que se va a mantener por mucho tiempo, ni, en fin, resulta del todo comprensible lo que al final de cuentas se perseguía, a la luz de las precedentes consideraciones, cuando, un par de años más tarde, al aprobarse la Constitución de 1793, en ella se aluda a los derechos.

44 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 78-79.

Autores hay, que en el breve periodo que va de 1789 a 1795, han visto en la experiencia francesa la generación de una serie de inflexiones acerca de la propia consideración de la tabla de derechos: si en 1789 aparece como absolutamente clara la distinción entre los derechos de los hombres de las resultas de la suscripción del contrato social, que no la hacían perder su naturaleza de ser anteriores y superiores a cualquier creación artificial, en 1793, se ha dicho, va a producirse una tenue y tímida constitucionalización, pero ésta no ha de ser respecto de los derechos enunciados en la Declaración de 1789, sino, como se ha anotado, de las “garantías” de aquellos, que no sólo no es lo mismo, sino que inclusive permite comprender la específica condición de “naturales” de los derechos allí especificados.

## VI. LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS Y EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA

Ahora bien, que la clave filosófica y política de la cláusula de los derechos no enumerados haya de tener su justificación y explicación en la concepción iusnaturalista tan peculiarmente recepcionada en los Estados Unidos de Norteamérica, no significa que cláusulas como la que contiene la actual Constitución peruana, representen sin más el mismo modelo que presenta aquella bicentenaria Constitución, o que sean directamente tributarias de una concepción semejante.

No vamos aquí naturalmente a detenernos en detallar las incongruencias o problemas que la visión del iusnaturalismo racionalista ha supuesto como teoría moral y filosófica para explicar el estatus de las personas y la configuración concreta de las relaciones entre sociedad y Estado. La propia redacción del artículo 3o. de nuestra Constitución actual, constituye buena prueba de ello, pues obedeciendo en sus líneas maestras al modelo americano, sin embargo, no supone una suerte de trasplante normativo, y conjuntamente con ello, el de la juridización de una teoría política y filosófica, como a su turno hemos sostenido acontece con el caso americano.

Para ello no sólo basta en fijarse un tanto detenidamente en la redacción de ambos preceptos, en los que la apelación a principios por la carta peruana, que el primero desconocía, aparece como capital para comprender el real estado de la cuestión, como, en efecto, sucede con el

caso de la dignidad del hombre, los que se desprenden de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o, incluso, de la forma republicana de gobierno. Y ello, muy al margen de la ambigua, poco técnica, contradictoria y absolutamente deleznable concepción constitucional, de que los derechos allí especificados, no aparezcan como derechos “enunciados”, sino como derechos “establecidos”, con todas las consecuencias —¿hobessianas?— que ello implica.

A los propósitos que aquí perseguimos, vamos a dejar de lado referirnos a tales problemas, e inclusive, abordar asuntos tan espinosos, como suele admitir la tesis constitucional de que la configuración del Estado peruano como democrático de derecho y la forma republicana de gobierno, constituyan realmente principios que puedan equipararse en paridad de condiciones al de respeto de la dignidad del hombre. Todo parece indicar que se trataría, en ambos supuestos, de principios ínsitos del sistema normativo con el que se inaugura el ordenamiento constitucional, y por lo mismo sólo verificables a partir de su configuración normativa, y no como anterior y presupuesto previo a éste.

Precisamente es en esta idea de elemento trascendente y anterior al ordenamiento jurídico-constitucional, en el que se ha de encontrar el principio de dignidad de la persona humana, la específica peculiaridad de la inserción del artículo 3o. de la Constitución peruana, como ya es posible de advertirse desde una inicial lectura de su artículo primero.

Y esto es muy importante, porque al margen de cualquier consideración dogmática que pueda suponer la admisión del principio de dignidad (si constituye un derecho constitucional o no) o la función que pueda cumplir al interior de un ordenamiento jurídico, el que el respeto de la dignidad de la persona humana venga precedida de la calidad de ser “el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y tal calidad tenga que destacarse desde el primero de los artículos de nuestra Constitución, ya nos puede mostrar la relevancia de éste para nuestro ordenamiento jurídico, y el papel central que ha de cumplir.

No es ésta una cuestión intrascendente, pues a partir de la constatación de tan elemental premisa, la explicación que en torno a nuestra cláusula de los derechos no enumerados se tenga que realizar, ha de exigir por de pronto un radical desvío de las premisas básicas del iusnaturalismo racionalista que la sustentó originalmente, para afincarse en lo que Santiago Nino identifica como un sistema de principios morales

desde donde es posible explicar la derivación de los propios derechos humanos,<sup>45</sup> y en los que, desde luego, el principio de dignidad de la persona cobra toda su virtualidad.

Desde esa perspectiva, entonces, el principio de dignidad de la persona aparece, tal vez no como el único, pero decididamente sí como el más importante de los principios morales desde donde es posible explicar y entender la propia justificación de los derechos que la Constitución anida.

Así, la dignidad de la persona humana ha de suponer un rango o categoría que corresponde al hombre en tanto ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, que exige un tratamiento acorde en todo momento con la naturaleza humana. O, en palabras del propio Nino, el que “los hombres deban ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”,<sup>46</sup> respetándose su autonomía e inviolabilidad, que presupone el respeto de la libertad de decisión que un individuo pueda adoptar y no se le cosifique.

Precisamente de esta consideración moral del hombre ha de derivarse la propia justificación de aquel conjunto mínimo de derechos o atributos subjetivos con los que ha de contar el hombre, que pueden o no estar detallados en la Constitución, pero que es absolutamente necesario reconocer para que éste pueda desarrollar, responsablemente, su proyecto vital.

De esta forma, el hombre individualmente considerado, y el respeto de su dignidad, se convierten en la clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que se erige en el núcleo axiológico legitimizador de cualquier construcción artificial.

45 Nino, Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 20 y ss.

46 *Ibidem*, p. 287. Un desarrollo amplio sobre el principio de dignidad, ya en una variante jurídico-constitucional, puede verse en: Munch, Ingo von, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 5, 1982, pp. 9 y ss.; González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986; Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, núm. 65, 1995, pp. 505 y ss.; Benda, Ernesto, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, AA. VV., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 117 y ss., y un largo etcétera.