

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

**DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN**

Presentado a las autoridades de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del  
Departamento de Estudios de Postgrado del  
Centro Universitario de Occidente de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

**JIMENA OLIVIA GUOX PÉREZ**

Previo a conferírsele el Grado Académico de:

**MAESTRA EN CIENCIAS  
EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Quetzaltenango, abril de 2018



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**AUTORIDADES**

**RECTOR MAGNIFICO**

Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo

**SECRETARIO GENERAL**

Dr. Carlos Enrique Camey Rodas

**CONSEJO DIRECTIVO**

**DIRECTORA GENERAL DEL CUNOC** M Sc. María del Rosario Paz Cabrera  
**SECRETARIA ADMINISTRATIVA** M Sc. Silvia del Carmen Recinos Cifuentes

**REPRESENTANTE DE CATEDRATICOS**

M Sc. Héctor Obdulio Alvarado Quiroa  
M Sc. Freddy Rodríguez

**REPRESENTANTES DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC**

Licda. Tatiana Cabrera

**REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES**

Br. Luis Ángel Estrada García  
Br. Julia Hernández

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS**

M Sc. Percy Ivan Aguilar Argueta



## **TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

**Experto:** M Sc. Allan Estrada

**Experto:** M Sc. Leonardo Benavente Ramos

**Experto:** Dr. Ovidio Parra

### **Asesor de Tesis**

M Sc. Alberto Pereira-Orozco

### **Madrina**

M Sc. Andrea Estefanie García Henry

**NOTA:** Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y opiniones sustentadas en la presente tesis (artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala)





**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
**Centro Universitario de Occidente**  
**Departamento de Estudios de Postgrado**



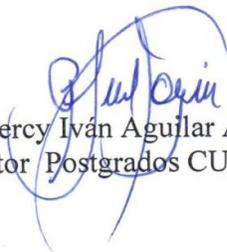
### ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-006-2018

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la certificación del acta de examen privado No. 235-2017 de fecha 25 de noviembre de 2017, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada “**Derechos Constitucionales Implícitos**”, presentada por la maestrante **Jimena Olivia Guox Pérez** con Registro Académico No. **200430135**, previo a conferírsele el título de **Maestra en Ciencias en Derecho Constitucional**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, Abril 2018.

**IMPRIMASE**

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
M Sc. Percy Iván Aguilar Argueta  
Director Postgrados CUNOC



cc. Archivo



Ciudad de Quetzaltenango, agosto 28 de 2017.

Señor Secretario  
**Edgar Benito Rivera, M.Sc.**  
Consejo Académico de Postgrados  
Centro Universitario de Occidente  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

**Estimado Maestro Rivera:**

A usted, muy respetuosamente informo que; con fecha junio trece de dos mil dieciséis, mediante resolución del Consejo Académico de Postgrados **Acta POSTGRADOS 09-2016, punto QUINTO, inciso 5.3.:4**); fui nombrado como tutor de tesis de la Lcda. **JIMENA OLIVIA GUOX PÉREZ** cuyo tema aprobado y desarrollado se denominó: «**DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS**».

En mi carácter de tutor de tesis procedo a manifestarle que, conforme a la función en mí delegada, procedí a brindar la guía y asesoría académica, doctrinaria y metodológica, para el desarrollo de la investigación referida. En el curso de esta función pude evidenciar el compromiso de la maestranda GUOX PÉREZ para atender las observaciones y sugerencias realizadas a su trabajo de investigación y a la estructura de las teorías que fundamentaron su contenido.

El tema aquí denominado *Derechos constitucionales implícitos* deriva de las *cláusulas abiertas* de una Constitución de la cual la cláusula de los derechos no enumerados o implícitos ha sido llamada a ser *la más productiva* (Cf. SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*). Este llamado lo entendemos cuando, con HERNÁNDEZ VALLE, evidenciamos que el desarrollo del Derecho constitucional occidental *está determinado ideológicamente por tres ideas fundamentales: la limitación del poder, la garantía de los derechos fundamentales y la permanencia de la Constitución* (Cf. *Introducción al Derecho procesal*).

La interacción práctica de estos tres elementos resulta sumamente compleja y está lejana de ser pacífica. La exigencia de la eficacia de los derechos fundamentales y el entendimiento de que su enumeración no puede tenerse como concluyente o definitiva,

implica, como lo pudieron ver los *Padres fundadores* de los Estados Unidos de América cuando, recién promulgada su Constitución, instituyeron en la 9a. enmienda (15 de diciembre de 1791), **que la inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se debe interpretar como la denegación o la restricción de otros derechos que el pueblo se haya reservado para sí mismo**. Así, el entendimiento de que el ser humano asiste a la celebración del *pacto social* con un cúmulo de derechos (comprendidos ya sea como naturales o como conquistas históricas) implica que los mismos no se agotan con su enumeración como derechos fundamentales. La dignidad humana y los modelos democráticos de Gobierno son una fuente de derechos que de tiempo en tiempo van proveyendo y/o exigiendo la tutela de nuevos derechos. Es por ello que el entendimiento moderno y contemporáneo de *la garantía de los derechos fundamentales y la permanencia de la Constitución* conlleva, como presupuesto de legitimación, la existencia de la cláusula de derechos no enumerados o de derechos implícitos.

No entender así la relación de los dos elementos enumerados, implicaría el desconocimiento y violación de otros derechos que acompañan al ser humano o que este conquista históricamente. Además, pondría en continuo riesgo la permanencia de la Constitución, pues esta no podría actualizarse en dicha materia llevando, seguramente, a su necesario reemplazo, ya sea por medios institucionales o por la vía revolucionaria.

Es la delimitación de los antecedentes, desarrollo e importancia de los *derechos constitucionales implícitos* de lo que da cuenta la investigación realizada por la maestranda GUOX PÉREZ. Su trabajo provee del contexto histórico, doctrinario y positivo de dicho tema y, lo más relevante, analiza dicha *cláusula* en el constitucionalismo guatemalteco y su aplicación y desarrollo por parte del Tribunal Constitucional del Estado de Guatemala.

La incursión en el tema de investigación es realizada desde la fundamentación historicista de los derechos humanos, que los entiende como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional* (Cf. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, también PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*). Y tiene como fundamento de los derechos humanos su carácter *histórico* y de *no taxativos*: *No existe un concepto apriorístico de los Derechos Humanos. El concepto de los Derechos Humanos está siempre*

«in fieri», en continuo proceso de creación, enriqueciéndose con los cambios históricos y dependiendo al mismo tiempo de ellos... No existe un catálogo definitivo de derechos. Su existencia y enumeración dependen de múltiples factores... (Cf. SANTAGATI, Manual de Derechos Humanos).

Además de lo enriquecedor del marco teórico y legal que la investigadora provee en su trabajo de tesis, el *quid* de la investigación se encuentra en el análisis y diagnóstico que hace de la actividad del Tribunal Constitucional guatemalteco, respecto del desarrollo del catálogo de derechos fundamentales por medio de la cláusula de *derechos constitucionales implícitos* (artículos 44 y 46): *Las sentencias analizadas... permiten observar cómo la Corte de Constitucionalidad ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales, pero más expresamente, ha sido en función de ampliar el ámbito de aplicación de derechos humanos ya reconocidos o, en su caso, conjugar varios artículos contentivos de derechos humanos, interpretarlos y referir su espectro de tutela. Verbigracia que de un derecho implícito, como lo es el reconocimiento a la dignidad humana... surgieran a su vez otros derechos como los de autodeterminación informativa, intimidad y honor, se observa entonces, que dicha teoría es plenamente aceptada y utilizada por el tribunal constitucional guatemalteco.*

Por lo expuesto, es mi criterio que el trabajo de investigación de tesis de la Lcda. **JIMENA OLIVIA GUOX PÉREZ**, satisface los rigores científicos y metodológicos requeridos para el grado de maestría. En consecuencia, me complace en otorgar **DICTAMEN FAVORABLE** al mismo, pudiendo ser objeto de defensa en el examen privado correspondiente.

Atentamente,



**Alberto Pereira-Orozco**

Tutor de tesis





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala  
**Centro Universitario de Occidente**  
**Departamento de Estudios de Postgrado**



**EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.**

**CERTIFICA:**

Que ha tenido a la vista el libro de Actas de Exámenes Privados del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente en el que se encuentra el acta No. 235/2017 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las doce horas del día sábado veinticinco de noviembre del año dos mil diecisiete, reunidos en el salón de sesiones del Departamento de Estudios de Postgrado, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** M Sc. Allan Estrada; **Examinador:** M Sc. Leonardo Benavente Ramos; **Examinador:** Dr. Ovidio Parra; con objeto de practicar el **Examen Privado** de la Maestría en **Derecho Constitucional** en el grado académico de **Maestra en Ciencias** de la Licenciada **Jimena Olivia Guox Pérez**, identificada con el número de carné **200430135** procediéndose de la siguiente manera:-----

**PRIMERO:** La sustentante practicó la evaluación oral correspondiente, de conformidad con el Reglamento respectivo.-----

**SEGUNDO:** Después de efectuadas las preguntas necesarias, los miembros del tribunal examinador procedieron a la deliberación, habiendo sido el dictamen **FAVORABLE**-----

**TERCERO:** En consecuencia la sustentante **APROBO** todos los requerimientos académicos necesarios previo a otorgarle el título profesional de **MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**-----

**CUARTO:** La terna determinó que la sustentante **realice las observaciones indicadas** -

**QUINTO:** No habiendo más que hacer constar, se da por finalizada la presente, en el mismo lugar y fecha una hora con treinta minutos después de su inicio, firmando de conformidad, los que en ella intervinieron.-----

Y para los usos legales que al interesado convengan, se extiende, firma y sella la presente **CERTIFICACIÓN** en una hoja membretada del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala a los once días del mes de abril del año dos mil dieciocho.-----

**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**

Certifica:

*Yomara Yamileth Rodas De León*  
 Secretaria Depto. de Postgrados

Vo. Bo.

*M Sc. Percy Juan Aguilar Argueta*  
 Director Departamento de Postgrados





*A Dios*

*A mis amados padres*

*A mis queridos hermanos*

*A mi hermoso sobrinito*

*Con amor y esfuerzo*



## INDICE

<b>Contenido</b>	<b>Página</b>
Resumen ejecutivo	i
Introducción	iii
Capítulo I. Derechos humanos	1
1. Generalidades	1
2. Desarrollo histórico	2
2.1. Antecedentes	3
2.2. La Modernidad	6
2.3. Las grandes revoluciones atlánticas	10
2.4. Constitucionalismo social	15
3. Fundamentación	23
3.1. Iusnaturalismo	24
3.2. Positivismo jurídico	25
3.3. Historicista	26
4. Definición y características	28
4.1. Definición	28
4.2. Características	30
Capítulo II. Derechos fundamentales	35
1. Los derechos como categoría histórica	35
2. Del Estado absolutista al Estado constitucional	37
3. Los derechos antes del constitucionalismo	39
4. La regulación de los derechos	44
4.1. Derechos humanos constitucionalizados	45
5. Las declaraciones de derechos del Estado moderno	50

Capítulo III. Derechos constitucionales implícitos	53
1. Antecedentes	53
2. Derecho constitucional implícito	56
2.1. Precisiones	57
2.2. Identificación de la norma de derecho fundamental (cláusula de derechos implícitos)	64
2.3. El rol de los Tribunales Constitucionales	68
3. Tratamiento de los derechos constitucionales implícitos	72
3.1. Sistema interamericano de derechos humanos	73
3.2. Legislación comparada	75
Capítulo IV. Regulación y eficacia de los derechos constitucionales implícitos en Guatemala	79
1. Evolución histórica de los derechos humanos en las Constituciones guatemaltecas	79
2. Tratamiento de los derechos constitucionales implícitos en el constitucionalismo guatemalteco	95
3. La Corte de Constitucionalidad y los derechos implícitos	99
4. Eficacia de los derechos constitucionales implícitos en Guatemala	115
Capítulo V. Teoría de los derechos constitucionales implícitos. Trascendencia y expectativas	121
1. Precisiones	121
2. Desarrollo de derechos a partir de los derechos implícitos	126
3. La importancia del Juez constitucional	131
4. Trascendencia y expectativas	132
Conclusiones	135
Bibliografía	137

## RESUMEN EJECUTIVO

Los derechos humanos concretan conquistas históricas de la persona, en cuanto al reconocimiento de su dignidad, libertad e igualdad; y la pretensión que cada cual tenga en pleno una vida digna.

Ya acertadamente expuso Pérez Luño, que: *Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana* (Cf. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*). En ese orden de ideas garantizar el pleno ejercicio de estos derechos es medular, pero esa garantía debe ir encaminada no solamente a los derechos contenidos en el catálogo inserto en las Constituciones de los Estados, sino en proveer tutela a las exigencias actuales y que se presentan en pro de la dignidad humana.

Los denominados *Derechos constitucionales implícitos*, proceden de la cláusula de derechos implícitos o cláusulas abiertas, que permite desarrollar el contenido de los derechos humanos reconocidos en las Constituciones y a tutelar los nuevos derechos que surjan en la vida de la persona, toda vez que se debe tener en consideración que el catálogo de derechos no es definitivo, sino que éste va progresando junto con la persona. En atención a lo anterior, reviste de importancia el estudio de los derechos constitucionales implícitos y sus implicaciones al ser reconocidos en las Constituciones.

La presente investigación intenta darle al lector una panorámica histórica de los derechos humanos, conocer la teoría de los derechos implícitos y su respectiva regulación constitucional. Sobre todo, aspira presentar un análisis de esta teoría y la cláusula de derechos implícitos en el constitucionalismo guatemalteco, observando el actuar de la Corte de Constitucionalidad y su trascendencia para el catálogo de derechos actualmente conocido.



## INTRODUCCIÓN

El ser humano en distintos momentos históricos, ha luchado y buscado el reconocimiento de su dignidad, lucha constante que llevó en el devenir histórico el reconocer los denominados derechos naturales, que posteriormente los Estados constitucionales los incorporaron en sus respectivas Constituciones, es por ello que a la fecha existe un catálogo de derechos fundamentales, los cuales deben ser garantizados por el Estado.

El referido catálogo de derechos, de forma expresa indica cuales son los derechos humanos que le asisten a la persona y que ésta puede invocar y pedir su resguardo a la autoridad competente, sin embargo, en las Constituciones actuales de varios Estados, incluyendo la guatemalteca, existe una apertura de ampliación a esa enumeración expresa de derechos, sin necesidad de recurrir a reformas de los textos constitucionales, para introducir nuevos derechos. Lo anterior nos hace reflexionar al respecto, en el sentido de que el ser humano sigue en constante lucha y que existe la necesidad de que las Constituciones amparen y protejan esas libertades que se invoquen en determinados momentos de la vida de la persona; de ello deriva la teoría de los *Derechos Implícitos*, es decir aquellos derechos que le son inherentes a la persona, por ser tal, los cuales no se encuentran enumerados de forma expresa en las Constituciones, pero que en un caso concreto pueden ser invocados para la protección de la persona.

La teoría de los Derechos Implícitos permite reconocer que existen otros derechos fundamentales a los ya enumerados en las Constituciones; además que para efectos de interpretación permite entender el campo efectivo de los derechos fundamentales ya reconocidos. Sin embargo, ¿cuáles son las implicaciones para el fortalecimiento del catálogo de derechos existente y sobre todo para la persona?, a razón de ello, la presente investigación derivó el planteamiento del siguiente problema: *¿Cuál es el significado de la cláusula de los derechos esenciales implícitos en la Constitución Política de la República de Guatemala para el catálogo, la protección y la*

*eficacia de los derechos humanos y cuál ha sido el desarrollo que a dicha cláusula le ha dado la Corte de Constitucionalidad del Estado de Guatemala?*

Para responder al problema planteado, se hizo necesario estudiar a *prima facie*, los derechos fundamentales y los derechos humanos, como requisito previo para entender la teoría de los derechos implícitos y su aplicabilidad en un Estado constitucional de derecho; y entender que para que esta sea aplicada en dicho Estado, el texto constitucional debe de contener lo que en esta teoría se denomina *cláusula de derechos implícitos*: que será aquella norma constitucional que dé la apertura al catálogo de derechos humanos, en donde expresamente el texto constitucional refiera que los derechos enumerados no excluyen ni restringen otros no anotados en el catálogo contenido en el texto constitucional. En el caso de la normativa constitucional guatemalteca, el artículo 44 constitucional es la denominada cláusula de derechos implícitos, de esa cuenta en esta investigación la hipótesis formulada fue: *A través del artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala se posibilita la expansión ilimitada de preceptos no enumerados en el catálogo de los derechos humanos, además que permite un efectivo desarrollo de los derechos humanos ya reconocidos, pues amplía el espectro de su aplicación e interpretación en casos concretos. Al respecto la Corte de Constitucionalidad ha venido en casos concretos aplicando dicho artículo constitucional, reconociendo algunos otros derechos no enumerados en la Constitución, sin embargo, el desarrollo y sistematización que debería darle a esos nuevos derechos es escaso, por lo que no permite al ciudadano identificar los derechos incorporados mediante la cláusula de derechos implícitos.*

Los objetivos planteados para la presente investigación fueron: 1. Objetivo general: *Establecer las implicaciones del reconocimiento en la Constitución Política de la República de Guatemala, de los Derechos Implícitos para el actual catálogo de derechos humanos*; determinándose que al contener nuestra Constitución la cláusula de derechos implícitos, el constituyente considerara que el catálogo de derechos fundamentales, en el transcurrir de la vida humana necesariamente tendría cambios; pues como lo diría Bobbio: *“los derechos tienen una edad y van surgiendo tal como lo*

*van permitiendo las condiciones sociales*”, y al día de hoy, distintos derechos a los enumerados en 1985 por el constituyente surgirían y sería necesario su reconocimiento; por lo que al tener un catálogo de derechos humanos abierto, al tenor del artículo 44 constitucional, y aplicando la teoría de los derechos implícitos, fue en ese entonces y es hoy día un avance en la garantía del reconocimiento de los derechos fundamentales. 2. Objetivos específicos: a) Determinar en qué consiste la *Teoría de los derechos implícitos o no enumerados*; b) Estudiar casos concretos en donde la Corte de Constitucionalidad haya desarrollado el contenido del artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala; c) Conocer los nuevos derechos fundamentales emanados de la Corte de Constitucionalidad en razón de la aplicación de la *Teoría de los derechos implícitos*. Los objetivos específicos descritos son desarrollados en el transcurso de la presente investigación, pues el lector podrá conocer qué es la teoría de los derechos implícitos, porqué es importante el actuar de la Corte de Constitucionalidad para la aplicación de dicha teoría e interpretación de la normativa constitucional, y cómo a partir de casos concretos resueltos por la Corte han permitido la ampliación del catálogo de derechos fundamentales contenido en la Constitución.

Para sustentar la presente investigación la teoría que se priorizó para fundamentar a los derechos humanos, fundamentales y en consecuencia a los derechos implícitos es la teoría *historicista*, pues ésta refiere la progresividad de los derechos humanos, es decir que son consecuencia de etapas relevantes en la historia de la persona; recordando que los derechos humanos pretenden la dignificación de la persona, esta búsqueda es constante hasta la presente época, es por ello que seguirán surgiendo otros derechos a los ya conocidos, a éste respecto algunos de los autores citados dentro de ésta investigación fue: Antonio Pérez Luño, Norberto Bobbio y Miguel Carbonell. Respecto de la teoría de los derechos implícitos, su definición, fundamentación y regulación constitucional, los autores Bidart Campos, Gros Espiell y Castillo-Córdova, son algunos de los autores que en el transcurso de la investigación sustentan la estructura conceptual de esta teoría.

Derivado del carácter teórico de la presente investigación el método utilizado fue el analítico-sintético, pues siendo el método analítico aquel que permite identificar cada una de las partes que caracterizan una realidad y el método sintético aquel que procede de lo simple a lo complejo, se estudió el concepto, fundamentación y caracteres de los derechos humanos, derechos fundamentales y derechos implícitos. Así también uno de los métodos primordiales para poder llegar a probar la hipótesis fue el estudio de casos, pues por medio de éste, se procedió a analizar sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad en las cuales la Corte interpretará y aplicará la cláusula de derechos implícitos.

El informe final de la investigación realizada, está estructurado en cinco capítulos. El primer capítulo está destinado al tema de los derechos humanos, dentro del cual se hace una narrativa de su evolución histórica, que va desde los registros más antiguos que se tienen, en su incipiente desarrollo hasta el constitucionalismo social, en donde el Estado constitucional al darse los textos constitucionales debían contener un catálogo de derechos, así también, se desarrollan las tesis principales que fundamentan a los derechos humanos, finalizando con la definición que distintos autores le han dado a dichos derechos y sus características. El segundo capítulo contiene lo relativo a los derechos fundamentales, a través del cual se pretende dejar en claro la íntima relación que estos derechos tienen con los derechos humanos, en ese sentido se concreta que los primeros son los derechos humanos constitucionalizados, es decir, que al pasar los derechos humanos a formar parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados pasan a ser derechos fundamentales.

En el tercer capítulo, se procede a desarrollar la teoría de los derechos constitucionales implícitos, desde el antecedente más lejano conocido de estos derechos en los textos constitucionales, precisar sus fundamentos teóricos, lo importante que es para esta teoría la denominada cláusula de derechos implícitos y lo que implica en los textos constitucionales, en ese tenor fue preciso abordar el actuar del tribunal constitucional. Como parte medular de la investigación, se aborda en el capítulo número cuatro, la teoría de los derechos constitucionales implícitos en el

constitucionalismo guatemalteco, en ese sentido fue necesario hacer un desarrollo histórico de los derechos humanos dentro de las Constituciones guatemaltecas, cómo ha sido abordada la cláusula de derechos implícitos en las Constituciones de Guatemala y por último determinar el actuar de la Corte de Constitucionalidad en relación al artículo 44 constitucional (cláusula de derechos implícitos); a través del estudio de casos concretos, se analizaron diversas sentencias en las cuales la Corte ha hecho aplicación de la teoría referida y del artículo en mención. Por último, el capítulo V, pretende hacer mención de la trascendencia de la teoría de derechos implícitos y las expectativas que se pueden tener de ésta en el constitucionalismo guatemalteco.

De la investigación realizada, en atención al problema planteado, los objetivos propuestos y cumplidos, metodología utilizada, desarrollo del informe final, el lector podrá determinar tal como lo hace la investigadora, que la hipótesis formulada fue comprobada. Pues para que la teoría de derechos implícitos sea viable en un ordenamiento constitucional, debe de existir la cláusula de derechos implícitos, la cual en nuestra Constitución se encuentra en el artículo 44, efectivamente dicha norma permite que el catálogo de derechos humanos no sea cerrado, sino este abierto, aunque los postulados de la teoría refieren que esta teoría en generalidad permite la incorporación de nuevos derechos o ampliar el espectro de los ya reconocidos - reformular el contenido de los derechos-, se concluye que ésta teoría es un efectivo desarrollo de derechos ya expresos en el catálogo de derechos.

En la aplicación que de la cláusula de derechos implícitos ha hecho la Corte de Constitucionalidad a lo largo de su actuar, desde la primera magistratura a la actual, ha desarrollado derechos ya existentes, lo cual ha realizado juntamente con la aplicación del artículo 46 constitucional, que en cierta medida ha venido fortaleciendo el catálogo de derechos humanos. Pero pese a lo anterior, se determina que a más de 30 años de ejercicio de la Corte, la aplicación del artículo mencionado ha sido limitada, pues del estudio de casos realizado, únicamente se hallaron 8 sentencias que desarrollan la teoría de los derechos implícitos, no existiendo jurisprudencia asentada por la Corte, sumada la dificultad que la Corte no posee una sistematización adecuada de su gaceta

jurisprudencial, para que el ciudadano pueda conocer los criterios jurisprudenciales emanados por la Corte y no solo en el tema que atañe a la presente investigación.

De lo anterior se concluye primordialmente que el alcance del artículo 44 constitucional, se complementa con lo regulado en el artículo 46 de la Constitución, toda vez que amplía el criterio a través del cual se puede desarrollar el contenido de los derechos, ya que no serán solamente interpretación de los derechos ya reconocidos o de aquellos derechos que se consideren inherentes a la persona humana el medio de reformular los derechos dentro del catálogo establecido en la Constitución; sino que a través del *Bloque de Constitucionalidad*, figura incorporada mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2012 por la Corte de Constitucionalidad, las normas internacionales que contengan derechos inherentes a la persona, formarán parte del catálogo de derechos humanos guatemalteco. Pues tanto el artículo 44 que refleja que el catálogo de derechos es un catálogo abierto y el artículo 46 que da preeminencia al derecho internacional en materia de derechos humanos sobre el derecho interno, hace extensivo ese catálogo.

# Capítulo I

## *Derechos humanos*

### **1. Generalidades**

Históricamente el ser humano ha buscado la mejora de sus condiciones, en razón del respeto a su dignidad, muchas han sido las manifestaciones a través de las cuales el ser humano ha dado a luz esa constante lucha; desde ser reconocido como persona a la par de otra, hasta llegar en la actualidad al reconocimiento de un catálogo de derechos ahora denominados derechos humanos. Ya Carbonell ha indicado que la persona es primero, que éste es el valor principal de la sociedad, en ese tenor deberá entenderse entonces, que su protección y el tener una vida digna, debe ser el objetivo de los Estados, para el caso de Guatemala, el Estado tiene como fin supremo de conformidad con el artículo 1 de la Constitución: la protección de la persona, la familia y la realización del bien común; sin embargo, como los Estados han determinado en la mayoría de sus Constituciones, pretenden primordialmente el bienestar de la persona, como se aludió, la persona en momentos históricos ha marcado sus exigencias en la búsqueda de encontrar ese bienestar.

Derechos humanos, un concepto que se pretenderá desarrollar, al efecto, para entenderlos y sintetizarlos mejor, Carbonell, refiere que se deben estudiar a partir de su historicidad, pues: “los derechos no son entidades que siempre hayan estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad, ni representan tampoco algo así como la manifestación de la esencia humana.”, (Carbonell, 2010, pág. 7), el autor en mención sustenta parte de su pensamiento, en el desarrollo que Bobbio realiza de los derechos humanos, pues éste considera que son históricos; pues aparecen precisamente cuando la persona desea plasmar exigencias y que se materializaron mediante acontecimientos específicos. Momentos, acontecimientos o hechos que en un contexto determinado le dieron vida de forma paulatina a los derechos que hoy en día se encuentran plasmados en el catálogo de derechos contenido en las Constituciones, y que a lo largo de los

acontecimientos históricos fueron surgiendo dada la necesidad de ir protegiendo esas libertades exigidas. Carbonell (2010), indica que Bobbio explica que los derechos humanos tienen una edad, son fruto de su tiempo y de necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos.

De conformidad con Lorenzo (2000), citado por los autores Pereira-Orozco y Richter (2013), los derechos humanos integran una órbita propia del ser humano, "constituyen ese conjunto de facultades y atribuciones de la persona humana, que son connaturales a su ser como persona y anteriores a toda norma creada por el Estado o cualquier otra estructura social". (Ctdo. por Pereira-Orozco y Richter, 2013, pág. 189). Lo anterior nos refiere la importancia que reviste la persona y lo medular que ha sido el reconocimiento de ésta previo a cualquier Estado, orden jurídico, derecho o deber; lo que ha implicado en el devenir histórico que se reconozcan los derechos de ésta, a continuación se verá ese desarrollo histórico de los llamados derechos humanos, como han sido fundamentados, su definición, caracteres y las etapas que han marcado su evolución.

## **2. Desarrollo histórico**

En el presente apartado se hará un relato de acontecimientos de impacto en el desarrollo del reconocimiento de los derechos humanos en la historia de la persona, subrayando aspectos importantes que definieron en su oportunidad a los derechos humanos en los distintos períodos; como ya se mencionó existieron momentos históricos que marcaron el reconocimiento explícito de determinado derecho, el objetivo principal será dar a conocer al lector el reconocimiento gradual de los derechos humanos que hoy se conocen a partir de hechos históricos, basados en luchas de la persona, pretendiendo presentar de forma concreta el contexto de los mismos, como lo refirió Zenteno Barillas,

el tema de los derechos humanos y su elevación a la categoría de normas jurídicas, es un fenómeno peculiar, históricamente determinado por las luchas que a través de la historia de

la humanidad se han dado en el seno de la sociedad, para que se respete la dignidad del ser humano y se le reconozca igualdad. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 1).

En el mismo sentido que Zenteno, Galvis Ortiz indica que: "el concurso de acontecimientos y el resultado de profundos debates y errores históricos de los pueblos son los que preparan el clima propicio para la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948" (Galvis Ortiz, 2005, pág. 17), por lo que es importante conocer esas etapas históricas, previo a entrar en materia de la positividad de los derechos humanos en el Estado de Derecho, para esta narrativa se utilizará como base teórica el texto escrito por Ramón Soriano, *Historia temática de los derechos humanos*.

## **2.1 Antecedentes**

El ser humano debe ser considerado siempre en primera instancia, repitiendo las palabras de Carbonell: *el individuo es primero y después el Estado*, sin embargo, pese a dicha circunstancia en los siglos pasados y aún en la actualidad, para el hombre existían distintas clases de hombres; unos que si debían ser sujetos de prerrogativas y otros que no eran considerados como tales, ya sea por religión, cultura, educación, estatus económico, entre otros; "el deseo de un mundo más justo, más libre y más solidario seguramente ha sido una aspiración común desde que existe el ser humano." (Amnistía Internacional, 2017), por ello es que desde muchos años atrás, la búsqueda de la libertad e igualdad han marcado a la persona.

Es importante destacar que en los antecedentes primarios de los derechos humanos, se dieron incipientes formas de ir menguando la desigualdad existente entre los hombres y que fueron surgiendo a raíz de los pronunciamientos de éstos; del desarrollo histórico que hace Amnistía Internacional en la historia de los derechos humanos elaborada, expresa que uno de los primeros documentos considerados como contentivos de derechos humanos data del tercer milenio antes de Cristo, en Egipto, en el denominado Libro de los Muertos, en donde un difunto ante el tribunal de Osiris, queriendo asegurarse la vida eterna, alega en su defensa "*no haber hecho daño a la*

*hija del pobre*"; se observa un naciente derecho de defensa ante hechos en los cuales se acusa a una persona.

Otro de los documentos a que se hace referencia, en esa incipiente forma de reconocer derechos humanos es el Código de Hammurabi, que pretendió normar el principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, en cuanto a la relación de la agresión y la respuesta, esto a través de la llamada Ley del Tali3n. "El C3digo de Hammurabi no distingue entre derecho civil y derecho penal, simplemente es una sucesi3n de leyes que enumeran los posibles casos y lo que se debe obrar en consecuencia." (Amnistía Internacional, 2017).

No directamente basado en un documento expreso como los anteriores, pero que si determino determinadas prerrogativas preferentes a un grupo por supuesto, se encuentra Grecia, que con su concepci3n de democracia y dignidad humana, conceptualiz3 que esta debía ser tutelada para los ciudadanos griegos; si bien es cierto, signific3 el reconocer derechos, 3stos se limitaron a un grupo específcico, del cual se excluy3 a *otra clase de personas*, verbigracia: los esclavos, las mujeres y los extranjeros, que estaban excluidos de participar en la forma de Gobierno y toma de decisiones.

Retomando, alg3n otro documento que brinde antecedente remoto de prerrogativas, est3n los Diez Mandamientos, contenidos en los libros de 3xodo y Deuteronomio del Antiguo Testamento, estatutos relevantes para el pueblo judío al ser revelados a Moisés, y en la actualidad 3stos son base para el cristianismo, consider3ndolos: "como el germen de las modernas declaraciones de derechos humanos". (Amnistía Internacional, 2017).

Ya en el siglo VII, despu3s de Cristo, "Mahoma empieza a divulgar el Islam, lo cual supone un proceso de humanizaci3n de las costumbres de las sociedades del Norte de 3frica. Insisti3 en la igualdad de los seres humanos proclamada por el cristianismo" (Amnistía Internacional, 2017).

Tanto en los siglos que antecedieron y que sucedieron a la era cristiana, el esclavismo fue una forma de gobierno arraigada que marcó el trato en las personas; pues los esclavistas, propietarios de objetos llamados *esclavos*, lógicamente no les reconocían derecho alguno, en el entendido que no eran considerados como persona; el desarrollo constante del pensamiento de la persona y actuar de la misma, hizo que surgiera una nueva forma de organización y del esclavismo se traslada al feudalismo, el cual no generó cambios favorables esos sujetos.

El feudalismo se caracteriza por la división de la sociedad en tres estamentos desiguales, basados en el linaje (o nacimiento) y el privilegio (ley privada para cada estamento): La Iglesia, representante del poder divino en la tierra; Los nobles, poseedores del poder político y, juntamente con la Iglesia, de la propiedad de la tierra; Los siervos, sin derechos, y que podían ser vendidos o transferidos. (Amnistía Internacional, 2017).

Al igual que en el esclavismo, en donde el esclavo era tratado como un objeto necesario para la “estabilidad social”, tal como lo justificaban algunos pensadores griegos, este grupo paso a ser en este nuevo sistema (feudalismo): los siervos, nuevamente sin derechos y bajo la potestad del mismo hombre, que se consideraba privilegiado.

Con la implantación de las monarquías absolutas durante el siglo XV, el feudalismo desaparecerá como régimen político de la Europa Occidental, a pesar de que su dimensión social (convertida en el llamado Antiguo Régimen) llegará hasta la Revolución francesa. Al disminuir las invasiones se inicia una lenta recuperación. Renacen las ciudades, y a partir del siglo XII toma fuerza una nueva clase social: la burguesía. Sus miembros, al sentirse desvinculados de las sumisiones feudales, inician una larga lucha en pro de los derechos civiles. De esta época de transición es la Carta Magna (1215), favorable a los nobles y burgueses ingleses. (Amnistía Internacional, 2017).

Aunque surgen ya algunos textos normativos que contemplaban determinados derechos, estos eran sectorizados y con privilegios para un grupo específico; como existió en la antigua Grecia y en el feudalismo, existiendo siempre el denominador en los distintos sistemas de un grupo desprotegido: esclavos, siervos, proletario. Ante ese absolutismo se pretenderá su resistencia, pues esos excesos de poder, propiciarán los enfrentamientos que se materializaron en los siglos siguientes.

## 2.2. La Modernidad

Cuando ocurre el *Proceso de Descubrimiento de América y la respectiva conquista*, los *conquistadores* determinan que era necesario consolidarla. "La bula *Inter Caetera*, de 3 de mayo de 1493, concede a los Reyes Católicos la titularidad de los descubrimientos hechos y por hacer hacia Occidente". (Soriano, 2003, pág. 25), interesante resulta que la Iglesia otorgará el dominio de bienes que no le pertenecían.

Dicho proceso significó para los habitantes de las Américas un proceso cargado de vejaciones, violencia, despojo y una serie de hechos que los redujeron a seres sin conciencia, y por ende no susceptibles de prerrogativas, pues no llenaban el estatus necesario para ser considerados como personas. Ello según Soriano (2003) derivó que, la Corona presentará preocupación desde el inicio de este proceso por la evangelización y buen trato a los indios, Isabel la Católica declaró desde el comienzo, que los indios eran personas libres.

Podrían señalarse dos etapas en el proceso de conquista española de las Indias. En la primera, hasta casi mediados del siglo XVI, la preocupación de juristas, teólogos y políticos fue la de un desarrollo justo de la conquista; se critica el proceder de la conquista, pero se deja a salvo su licitud. En la segunda se pone además en entredicho la misma licitud de la conquista: el señorío universal del Papa y consiguientemente la legación de éste de las Indias a la Corona de Castilla. (Soriano, 2003, pág. 27)

Como consecuencia del proceder de los "conquistadores", surgen voces contra la crueldad manifestada en contra de los indios, refiere Soriano (2003), que Montesinos de la comunidad de los dominicos en 1511 es el primero que aboga a favor de éstos, llevándose a cabo una Junta en Burgos de la cual emanan las Leyes de Burgos en 1512, primer orden legal a favor de los indios, quienes sufrían de una explotación sin límites, ahora bien en su aplicación surge la institución del *Requerimiento*, como una cultura superior que tiene el derecho a imponer su fe contra los deseos de los indios, con esto se justificaba la violencia utilizada en el proceso de "conquista".

Las referidas *Leyes de Burgos*, según Soriano (2003), son el primer fracaso en pro de los derechos de los *indios*, toda vez que no cambió la perspectiva que se tenía de los *indios*, pues seguían siendo considerados seres inferiores y que derivado de esa

condición debían ser sometidos; "surgió la encomienda o repartimiento de los indios entre los conquistadores: éstos contraían la obligación de protegerles y adoctrinarles en la nueva fe, y aquellos la de prestarle sus servicios" (Soriano, 2003, pág. 43)

A pesar de existir dicha legislación, manifiesta Soriano (2003), el trato cruel hacía los *nativos originarios* de las Américas siguió constante, por lo que surgen otras normas así como organizaciones que le recordaban a la Corona la importancia del *Indio*, pero en sustancia no cambiaban la situación de éste, relata que se crea entonces en 1524 el Consejo de Indias, surgen las Ordenanzas de 1526 que contenían normas de cómo hacer la conquista y el trato a los indios, en 1530 el emperador dictó una cédula prohibiendo la esclavitud de los indios, la cual por presiones fue revocada en 1534.

Otra institución que surgió en favor de los nativos de las Américas fue el *Protectorado de Indios* en 1536, institución que refleja las preocupaciones religiosas de la Corona, esta institución pretendía la eficacia de una política proindigenista" (Soriano, 2003, pág. 50). Continúa relatando Soriano (2003) que en 1542 las Leyes Nuevas brindan una reforma más profunda y mayor protección a los indios, normas que se encontraron con resistencia de las autoridades, encomenderos e inclusive del clero, que unos años antes había abogado por los indios, su aplicación causó un revuelo en los distintos lugares donde debía de aplicarse.

En los subsiguientes años nuevamente surge de parte de la Corona, lo que Soriano (2003), define como *la crisis de la conciencia*, puesto que recibía informes de la crueldad con que se seguía desarrollando la "conquista" y evangelización, por lo que en 1548 el Emperador previene "sobre los conquistadores y la necesidad de un gobierno justo de las Indias y un buen trato a los indios" (Soriano, 2003, pág. 29); suspendiéndose en 1550 la conquista que seguía en pie, ello derivó que se convocara a una junta en Valladolid, para escuchar a Bartolomé de las Casas y Gines de Sepúlveda, el primero que argumentaba sobre la bondad de los indios y la capacidad que tenían para autogobernarse y el segundo que defendía la guerra contra los indios, junta que se

llevó a cabo desde julio de 1550 a mayo de 1551, la cual finalizó sin conclusiones definitivas.

En 1556 el Emperador levantó la prohibición de la conquista decretada, sin embargo, la sometió a normas de control con matices religiosos, las mismas fueron resumidas en la Real Cédula-instrucción. En 1573 surgen las Ordenanzas de descubrimiento, que implicó el cambio de sistema de guerra, de ser ofensiva a defensiva por causa de la religión, prevalecía la persuasión y el diálogo, y solo cuando un asentamiento español era atacado se permitía la guerra.

Tal como dijo Soriano, la Corona era consciente del tipo de vida que los colonos estaban propiciando para los nativos de las Américas, por ello fue que en distintos momentos pretendieron generar legislación a favor que los protegían, como el hecho de oponerse a la esclavitud, circunstancias que no eran de beneficio para españoles asentados en América, sobre todo en el aspecto económico, pues el hecho de tener esclavos, lo que se traduce en mano de obra gratuita, hizo que se opusieran a esas leyes.

Del otro lado del continente americano se vive una realidad distinta, en donde la población europea no se encuentra en una situación de esclavitud -conquista- y evangelización, por personajes que se proclamaban superiores, y como se ha visto con anterioridad, de poco en poco esa realidad de los americanos fue paulatinamente sufriendo algunos cambios a su favor; en cambio se vive entre los distintos Estados europeos una guerra originada por credos religiosos, en pro de la libertad de conciencia, un tipo de libertad que no debía ser coartada por Estado alguno; Europa en el siglo XVI "es el escenario de Estados sumergidos en unas interminables luchas religiosas" (Soriano, 2003, pág. 69), a efecto de que sean asentados lo principios de tolerancia y libertad religiosa, a ese respecto Soriano señala dos etapas que precedieron la conquista de la libertad religiosa:

La primera que abarca el siglo XVI principalmente, es la de la tolerancia religiosa, en la que se trata de que las religiones minoritarias sobrevivan y sean respetadas dentro de un confesionalismo de Estado... La segunda etapa, más propia del siglo XVII, es la de una

libertad religiosa en la que se pretende un reconocimiento de condiciones de igualdad de las religiones... La primera etapa está especialmente signada por las guerras de religión, la segunda por la convivencia inestable de distintas religiones en un mismo Estado. (Soriano, 2003, pág. 70)

En los distintos países europeos las guerras religiosas se dan en diferente dimensión, pues obviamente esas luchas conllevaban en sí mismas disputas de poder de los Estados con la Iglesia Católica, surgen distintos pensadores que exponen sobre el derecho al respeto a la autonomía de la moral, de la conciencia de la persona, así también existirán normativas que tiendan a regular esa tolerancia religiosa.

Avanzando en la narrativa, se debe hacer referencia a las revoluciones inglesas del siglo XVII, que tuvo en juego intereses religiosos, económicos y políticos; "la historia del siglo XVII inglés tiene un interés destacado...: el doble enfrentamiento de dos concepciones del derecho y la política: del derecho común (*common law*) contra las prerrogativas reales y del Parlamento contra la Corona." (Soriano, 2003, pág. 116). Éstas revoluciones traen consigo la pugna del poder entre la Corona y el Parlamento, la Corona liderada por los Estuardos Jacobo I y posteriormente Carlos I, reinados que durarían desde 1603 a 1649, manejaron una política absolutista, en donde se destaca que el Rey utilice al Parlamento cuando le sea conveniente para posterior disolverlo cuando le contrarié. "Desde 1640 se sucede una serie de enfrentamientos entre el Parlamento y la Corona, con una intensa labor parlamentaria controlando y restando competencias a la Corona y consolidando los derechos de los parlamentarios" (Soriano, 2003, pág. 117)

Ya en 1642 se declaró una lucha abierta entre el Parlamento y la Corona, se produjeron dos guerras civiles, a causa del absolutismo del rey y el apoyo de éste a la política de intolerancia del arzobispo Laud. "Las luchas civiles concluyen con el proceso y la decapitación del soberano el 30 de enero de 1649 y la introducción en Inglaterra de la *Commonwealth* o República (1649-1660) controlada por Cromwell." (Soriano, 2003, pág. 118), al Rey se le acusó de Incumplimiento de deberes de la Corona y violación a las libertades de los súbditos. Sin embargo, a la muerte de Cromwell en 1660 los

Estuardos restauran la Corona, ahora en manos de Carlos II que trajo como consecuencia un retroceso, "se reintroduce la Cámara de los Lores, la Iglesia anglicana y con algunas correcciones los sistemas políticos, jurídico y económico. Se abolen las leyes que impedían la disolución del Parlamento por el rey." (Soriano, 2003, pág. 119).

En 1685 Jacobo II es el nuevo rey inglés, quién estuviera en el trono por tres años, periodo en el cual las luchas se hacen más álgidas, se asientan dos partidos políticos: Tories y Whigs, conservadores y liberales, respectivamente. El reinado de dicho Estuardo marcado por su intransigencia y recelo católico provocó que los partidos políticos en mención se unieran en su contra, logrando su expulsión y en 1688 se inicia la Revolución Gloriosa que culmina con la colocación al trono de Guillermo de Orange y María, hija mayor de Jacobo II y en 1689 con la promulgación de la Bill of Rights (*Declaración de Derechos*), en el cual: "el Parlamento de Inglaterra controla definitivamente las decisiones políticas de mayor relevancia y obtiene la libertad de elección de sus miembros y la libertad de palabra en el ejercicio parlamentario" (Soriano, 2003, pág. 120). Siendo entonces que a finales del siglo XVII se instala la monarquía parlamentaria en Inglaterra, así es como surgen los "primeros brotes del constitucionalismo... cuando aparecen unos primeros límites positivos y reales al ejercicio irresponsable del poder de la Corona y sus delegados, que toma cuerpo en los nuevos derechos de los ciudadanos y de los parlamentarios reflejados en los *Bill of Rights*" (Soriano, 2003, pág. 121), que tendría como antecedente el Instrumento de Gobierno de 1653, que contendría de forma peculiar la Constitución republicana, sin embargo la Declaración es un documento jurídico del Parlamento contra la Corona, puesto que provee derechos al primero y limita al segundo.

### **2.3. Las grandes revoluciones atlánticas**

En el siglo siguiente, a saber, el siglo XVIII, tanto en Europa como en América se podrá observar el reconocimiento de libertades y derechos, los cuales ya se plasman en declaraciones, así como la promulgación de Constituciones; con matices liberales, pues se pretendió en primera instancia poner resistencia a los privilegios económicos de que gozaba la Corona, por parte de la burguesía. Como lo refleja el surgimiento de los

Estados Unidos de América, los colonos ingleses, ya no querían rendirle cuentas a la Corona Inglesa, por ello Soriano expresa:

las aspiraciones de la ascendiente clase burguesa, dueña del dinero y el comercio, que encontraba una resistencia en la monarquía absoluta y los privilegios económicos de la nobleza... tuvieron finalmente salida tras el triunfo de las dos grandes revoluciones del siglo XVIII: la revolución de las colonias inglesas en América del Norte... y la revolución francesa... el llamado Siglo de las Luces, recoge los derechos humanos bajo la forma de declaraciones de derechos, expresión que se conforma perfectamente a su contenido y alcance, porque son una proclamación de derechos con toda la fuerza moral. (Soriano, 2003, pág. 165)

Narra Soriano (2003), que la Revolución americana fue progresiva, donde se manifiesta la separación de centros de poder de Inglaterra hasta su respectiva ruptura; las colonias americanas se constituyeron por religiosos y por compañías comerciales, gozando en sus inicios del aval real, sin embargo en el transcurrir del tiempo surge tensión con las políticas inglesas, especialmente el rechazo de los colonos a la legislación opresiva promulgada por Inglaterra, la cual era impositiva, puesto que debían hacer efectivo varios impuestos. Se ve en consecuencia de parte de las colonias la necesidad de la separación de Inglaterra, que concluye con la constitución de una Federación de Estados independientes.

Previo a llegar a dicha circunstancia se tuvo que dilucidar "una guerra económica con Inglaterra... que culmina con la Declaración de Independencia del 4 julio de 1776... declarando libres e independientes a los Estados constituidos por colonias... afirma el gobierno democrático y se proclaman los derechos naturales, inalienables e inherentes a todos los hombres" (Soriano, 2003, pág. 178). Para consumir la independencia las colonias se enfrentan en esa guerra necesaria para poder llegar a la creación del Estado Federal, en el transcurrir de la misma los Estados se van dotando de Constituciones, "precedidas de las declaraciones de derechos, donde se recogen las libertades individuales y los derechos políticos de los nuevos ciudadanos americanos" (Soriano, 2003, pág. 179).

En el caso de América del Norte, indica Soriano (2003), son varios los instrumentos que contienen Declaraciones de derechos, siendo estos: 1) La Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, considerada la primera declaración de derechos propiamente dicha, "la importancia de esta Declaración es extraordinaria porque asienta: a) los principios liberales de organización del poder público, y b) una carta de libertades individuales" (Soriano, 2003, pág. 201); 2) La Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, a través de ésta los colonos proclaman su separación definitiva con Inglaterra, en ella se "consagra como derechos naturales inalienables, los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad" (Soriano, 2003, pág. 203); 3) Artículos de la Confederación, del 15 de noviembre de 1777, documento previo a la Constitución Federal a través del cual se concede la soberanía a los nuevos Estados; 4) La Constitución de los Estados Unidos de América y sus Enmiendas, de 1787 y 1791, respectivamente, la cual se abordará en el capítulo siguiente.

Al otro lado del Atlántico acontece otra de las grandes revoluciones del siglo XVIII, la Revolución francesa, que los historiadores la han denominado como una revolución genuina y profunda; en donde ya no es una pelea entre la clase económicamente pudiente y el absolutismo de la Corona, sino que surge el llamado *tercer estado* y quienes componían ese nuevo protagonista era el pueblo o las masas populares, quienes por supuesto, también debían ser sujetos de prerrogativas, empezando a surgir el concepto de derechos colectivos, derechos sociales que no se materializan, sino muchos años más tarde.

A la Revolución francesa, se dieron otros hechos que la precedieron, primeramente un grupo de ilustrados se mostraron renuentes a la monarquía absoluta y la religión cristiana, encontrándose con represión de parte de ésta, sin embargo dichos ilustrados bajo censura publicaban periódicamente esta nueva corriente de pensamiento en donde daban a conocer un nuevo sistema del saber, racionalista y al margen de esos dos pilares, aunado a ello se da la crisis económica que el Estado estaba sufriendo bajo el imperio de Luis XVI. Se promovía la convocatoria de los

Estados Generales, emitiéndose en enero de 1789 el reglamento de convocatoria respectivo, en donde se estableció el número de diputados para cada uno de los Estados, siendo en consecuencia que el tercer estado debía tener un número igual de diputados que el clero y la nobleza, la libertad de elección de representantes y representación proporcional en función de la población.

La Asamblea Nacional Constituyente, nombre que se le da a los tres estados reunidos, surge el 9 de julio de 1789; relata Soriano (2003), que a través de ésta se procede a iniciar con proyectos de reformas para Francia, siendo que uno de los primeros triunfos del tercer estado dentro de la Asamblea es la creación del Ayuntamiento de Paris del 13 de julio de 1789, comité permanente de apoyo y se crea la guardia nacional. Indica dicho autor que los proyectos de reforma en generalidad son: a) La reforma económica, pues se suprimen privilegios y se implementa un sistema racional de impuestos; b) reforma político-jurídica, se emite la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789 y la Constitución de 1791 que refleja que Francia se debía organizar a través de la división de poderes públicos; c) por último la reforma religiosa, a través de la Constitución civil del clero del 12 de julio de 1790.

A pesar de existir una Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, no hay en ella una consagración plena de derechos políticos y sociales, únicamente la conquista de derechos civiles; los derechos políticos contenidos en ella son de carácter restrictivo y discriminatorio, toda vez que existían ciudadanos activos y pasivos, los primeros con el privilegio de elegir a sus representantes y los segundos carentes de dichos derechos.

Los movimientos revolucionarios dice Soriano (2003), generados en otros países europeos y la importancia de restablecer el *statu quo* anterior a la revolución, sobre todo después de la decapitación de Luis XVI, hace que se establezca la República y la Asamblea Nacional decretó la suspensión del rey y se convoca a elecciones para constituir una Convención nacional para el 10 de agosto de 1792, Francia se convierte

en República el 21 de septiembre de 1792, en la Convención, sobresalen dos bandos los girondinos y los jacobinos, los unos moderados y los otros radicales. Los últimos se afanaron en la ejecución del rey para evitar la restauración del régimen y toman el mando del gobierno y de la revolución, establecen reformas sociales profundas y promulgan la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución de la Revolución en 1793, ésta con matices de mayor democratización y que contiene obligaciones del Estado y la sociedad, no llegó a estar en vigencia.

Se decretan políticas de concentración del poder y una política de terror contra todo aquel que se opusiera a la revolución, así como reformas sociales, en donde se reconocen derechos sociales que pretendieron dar un beneficio común a la población francesa. Así también a través de esta política social se pretendió beneficiar a los esclavos negros, se decretó la *Ley de abolición de la esclavitud* el 4 de febrero de 1794, obviamente en contra de estas políticas se encuentra la burguesía conservadora que pretendía limitar las reformas, ejerciendo una constante presión.

Derivado de la muerte de los líderes jacobinos Robespierre y Saint-Just, narra Soriano (2003), vuelve la Constitución de 1791, se da por terminada la revolución y ahora la Convención recupera su poder, suprime las competencias extraordinarias impuestas por los jacobinos, promulga el 22 de agosto de 1795 la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano y la Constitución, la cual retrotrae los principios de libertad e igualdad, los derechos sociales y establece nuevamente políticas a favor de los intereses de la propiedad burguesa.

De acuerdo con Soriano (2003), las declaraciones que surgen en el siglo XVIII se caracterizan así: 1. Incorporan derechos de libertad, libertades a los nuevos ciudadanos, son proclamaciones; refieren consigo por vez primera la *igualdad*, aboliendo en *prima facie* la legislación con privilegios, pues se manifiesta que la norma es general y contiene derechos y obligaciones para toda persona, considerada igual ante la ley. 2. Los derechos de las Declaraciones reciben el nombre de derechos naturales, toda vez que se fundamentan en la naturaleza de la persona, se justifica en

el iusnaturalismo. 3. En armonía con esa incipiente igualdad se dice que los titulares de los derechos y libertades, de carácter individual, contenidos en las declaraciones son los hombres en general, surge también una nota particular que la *universalidad* de los derechos; 4. Su naturaleza jurídica es claramente pública.

#### **2.4. Constitucionalismo social**

Continuando, se abordará el siglo XIX e inicios del siglo XX, en donde se estudiarán cuatro hechos históricos de relevancia, siendo estos: la Revolución popular francesa de 1848, la Revolución mexicana de 1910, la Revolución rusa de 1917 y la República de Weimar instaurada en 1919. Tras la primera guerra mundial, estos acontecimientos dan pie a los llamados derechos sociales, pues ya no se toma a la persona como un ser individual, que además de gozar garantías individuales, también debería estar sujeto a prerrogativas de índole social, es decir, grupos sociales específicos que, como los trabajadores, debían ser protegidos.

Iniciando con la revolución de 1848, que trae consigo el inicio del reconocimiento de los derechos sociales, tiene como precedente la Revolución de 1830 que deviene de decisiones del rey Carlos X contra la Constitución de 1814. Éste suprimió las libertades, disolvió el Parlamento y restringió el voto de los ciudadanos, asumió el mando Luis Felipe de Orleans, quién juró la Carta constitucional del 1814, lo que generó cierta tranquilidad en los franceses. Sin embargo, Luis Felipe paulatinamente centraliza el poder, se apoya en la alta burguesía, restringe el derecho a voto, amplía los delitos de opinión, se cierra en su estatus conservador, aumenta las medidas de control y coacción a los republicanos, pues reprime la libertad de expresión y el asociacionismo.

Las medidas tomadas por la Monarquía generan que los republicanos aumenten sus adeptos, dividiéndose en moderados y progresistas, maduran sus ideas y concluyen que es necesaria una revolución definitiva para establecer la República. "En enero de 1848 se discute la ley electoral en el Parlamento, dominado por la nobleza y la aristocracia del capital. La votación no favorece a la burguesía. El Gobierno inicia una política de restricciones." (Soriano, 2003, pág. 290). Derivado de dichos

acontecimientos, narra Soriano (2003) que en febrero comienza la revolución con la manifestación de los trabajadores de París, que se destaca sobre la otra revolución intentada por la burguesía, el pueblo se avalancha en las calles, siendo esta revolución la primera revolución populista importante, pues que las masas populares alzan su voz, el Gobierno es incapaz de contenerlos, por lo que las manifestaciones llegan a extenderse. "El rey abdica y se forma un Gobierno provisional... Se proclama el 24 de febrero la República... El Gobierno provisional dicta una serie de medidas... sobresale el reconocimiento del derecho al trabajo y la creación de talleres sociales" (Soriano, 2003, pág. 290).

En abril de 1848 se procede a elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, conformándose en mayo, los republicanos moderados abarcan la mayoría parlamentaria, se forma el Gobierno, en el cual no se incluyen a los trabajadores, lo que trae como consecuencia que las medidas y garantías sociales sean anuladas. Se manifiesta el sector radical ocupando la Asamblea en mayo, pero es reprimido por la guardia nacional, surge el 4 de noviembre de 1848 el texto constitucional, en donde aparece: "la fraternidad como principio, el trabajo como fundamento, los deberes de la República para con los trabajadores, la protección del ciudadano en su trabajo" (Soriano, 2003, pág. 308).

El texto constitucional incluye las libertades individuales del siglo XVIII, pese a que el estandarte de la revolución fuese el derecho al trabajo, su inclusión en dicho texto fue altamente discutida, toda vez que los liberales conservadores consideraban a dicho derecho como un atentado contra el derecho a la propiedad y la libertad de empresa. Derivado del fracaso de mayo, la Constitución no incluyó en su articulado este importante derecho, regulando únicamente la libertad al trabajo. Un avance de este texto fue la regulación de derechos para los ciudadanos y deberes del Estado respecto a los derechos de éstos, toda vez que el Estado se obligaba a proteger los derechos reconocidos.

Continúa relatando Soriano (2003) que, al darse el golpe de Estado de diciembre de 1851, se restaura la monarquía y con ello se hace efectivo el fracaso de la revolución, comienza la dictadura de Napoleón III, que restablece la enseñanza religiosa, suprime la libertad de prensa y se elimina la iniciativa legislativa del Parlamento. Los hechos acaecidos dejan para los sectores involucrados: a) que la burguesía no se aliaría con los trabajadores, para no perder el control, en cambio su alianza sería con la aristocracia; y b) la desconfianza en el sufragio como medio de elegir a los parlamentarios, para que estos implanten el socialismo.

Otra de las revoluciones de suma importancia para la historia de los derechos humanos, se desarrolla en Latinoamérica, la Revolución mexicana, que trajo consigo la promulgación de la Constitución de 1917 -5 de febrero- y el reconocimiento de garantías sociales y derechos laborales colectivos.

La Revolución Mexicana es el movimiento armado iniciado en 1910 para terminar la dictadura de Porfirio Díaz... Al inicio del mandato de Porfirio Díaz se dieron sublevaciones de gente perteneciente al antiguo régimen liberal y que aunadas a una serie de acontecimientos políticos, económicos y sociales fueron punto clave para el surgimiento del movimiento de la Revolución Mexicana... (Congreso del Estado de Jalisco, 2007, pág. 3)

De los sectores o grupos que formaron parte importante en esta revolución fueron los campesinos y los obreros; los primeros, sirvientes de los terratenientes, aparte de vivir en condiciones infrahumanas generadas por sus patronos, no tenían acceso a la tierra, y los segundos, sometidos a condiciones laborales desfavorables, jornadas extensas, salarios bajos, sin goce de las prestaciones que hoy en día se conocen, ambos, acuerparon los movimientos revolucionarios.

Narra Barroso Figueroa (2010), que posterior a la celebración del Centenario de la Independencia, inició la gesta revolucionaria, que depuso al presidente Díaz, quién entregó el poder al Secretario de Relaciones Exteriores y partió al exilio en mayo de 1911, con lo cual el ex-gobernante pretendió evitar el derramamiento de sangre, sin embargo, la lucha por el poder fue criminal, pues distintos grupos con ideologías similares se enfrentaron con el afán de detentar el gobierno. Indica que:

La Revolución de 1910 fue básicamente una revolución agraria... Se hereda de la Corona por parte de los indígenas, una situación de sometimiento cercana a la esclavitud. La Independencia no mejoró mayormente su condición, que se agudizó con el advenimiento del Porfirismo, al crearse enormes haciendas que los explotaban inmisericordemente, y lo que para muchos es considerado, no sin fundamento, como un gran logro de la época, esto es el tendido de las líneas ferrocarrileras, para ellos fue un clavo más al ataúd de su sojuzgamiento. (Barroso Figueroa, 2010, pág. 72).

De las pretensiones de los hermanos Flores Magón, fundadores del Partido Liberal Mexicano, que dieron lugar a que se gestará la Revolución mexicana, según Barroso Figueroa (2010), estuvieron: Establecer las jornadas de trabajo, reglar los servicios domésticos, garantizar el salario mínimo, la erradicación del trabajo de menores de 14 años, seguridad laboral, indemnizar por accidentes laborales, el pago en dinero del trabajo realizado, el descanso semanal. Ideas que fueron la bandera de lucha de las organizaciones proletarias que se formaron, "todo lo referido por dicho partido se dio a conocer en el manifiesto del 1 de julio de 1906, nobles postulados de la Revolución Mexicana, muchos de ellos quedaron contenidos en la Constitución de 1917." (Ferrer Mendiola, 1987, pág. 16).

Refiere Barroso Figueroa (2010), que ya en el año de 1917 tras el triunfo de la facción de Venustiano Carranza, sobre aquellas otras que se pelearon el poder se concluyó la parte más violenta de la revolución, toda vez que aún existieron algunos brotes de rebeldía pero fueron acallados; debía entonces iniciar la reconstrucción nacional, crearse las instituciones encargadas del gobierno y consagrar en la legislación las conquistas sociales. Barroso Figueroa (2010), cita a Noriega Cantú (1988), respecto de la filosofía revolucionaria que "es evidente que el pensamiento de los constituyentes de 1916-1917, en primer lugar, recogió con fidelidad los anhelos y aspiraciones que dieron contenido a la Revolución de 1910". (Ctado. por Barroso Figueroa, 2010, pág. 73).

Continúa narrando el autor aludido que: "La Revolución mexicana trajo consigo dos fenómenos emparentados, pero que no se confunden entre sí: el surgimiento de un nuevo tipo de derechos, los derechos sociales, y la socialización del Derecho". (Barroso

Figuroa, 2010, pág. 74), cita a Fix Zamundio (1966), indicando que, "como se manifestó la idea socializadora en el Derecho, expresa que se proyectó en dos aspectos: 1. Revitalizó, socializándolo, el Derecho entonces existente. 2. Hizo surgir nuevas ramas del Derecho, precisamente las que hoy integran el Derecho Social." (Barroso Figuroa, 2010, pág. 74). Se debe aclarar que el autor habla de Derecho Social como aquel que engloba a varias ramas del derecho, cuyo denominador común es el ser protectoras de las clases económicamente débiles.

Los derechos sociales, "consagrados en los artículos 27 y 123 de la Constitución de 1917, así como su sentido general -pragmático- podríamos decir de toda ley fundamental -son la realización institucional jurídico- constitucional de las creencias y aspiraciones de la Revolución Mexicana de 1910. En efecto, el Derecho Social como derecho protector de las clases económicamente deprimidas, es obra del constituyente de Querétaro, pues nuestra Carta Magna fue la primera en el mundo que le dio cabida. (Barroso Figuroa, 2010, pág. 75).

La Revolución rusa, otra de las revoluciones importantes del siglo XIX tiene su génesis en la resistencia al régimen absolutista de los zares Alejandro II y III, de lo cual se da "el movimiento populista denominado *Tierra y Libertad* integrado por los *narodniki* (populista) partidario de la insurrección y de la creación de comunas" (Soriano, 2003, pág. 319); a lo cual los gobernantes procedieron a generar un ambiente de represión, en consecuencia refiere Soriano (2003), que la resistencia se organizó y creció, por lo que a finales del siglo se destacó el Partido Obrero Socialista Demócrata Ruso (POS DR) en contra del gobierno, creado en 1898, partido que se dividió en 1903 en los mencheviques y los bolcheviques.

Narra Soriano (2003), que en enero de 1905 se da una gran manifestación de más de cien mil trabajadores en Petrogrado, a pesar de que ésta era pacífica y en la misma se pretendía entregar un pliego de peticiones al zar, fue disuelta por el ejército, hecho que causó indignación y temor en la población rusa, lo que generó que distintos sectores se pronunciaran, igualmente el ejército reprimió y restableció el orden. La situación se tensa rápidamente y el estallido de la primera guerra mundial en 1914,

genera inestabilidad política en Rusia, la cual permite que un grupo de bolcheviques, dirigidos por Lenin asuman el poder sin tanto preámbulo.

Siguiendo con este hecho histórico, detalla Soriano (2003), que en 1917 el régimen zarista inicia su descenso, derivado de la huelga en Petrogrado por falta de pan, el zar disolvió el Parlamento y abdicó, cediendo el poder a un Gobierno provisional, el cual era presidido por un liberal noble (Lvov). El 17 de marzo Rusia se convierte en República, la abdicación del zar es aprovechada por la Asamblea de Petrogrado, formada por soldados y obreros, en abril llega Lenin; en octubre 24 se toma el Palacio de Invierno de Petrogrado, en donde se encontraba reunido el Gobierno, que significó el triunfo de la Revolución. Se formó el Comité de los Comisarios del Pueblo, Gobierno exclusivamente bolchevique, el cual adoptó distintas medidas políticas de trascendencia, posterior a ello se convocó a elecciones a la Asamblea Constituyente de Rusia, la cual constituida fue disuelta.

La *Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado*, aprobada el 23 de enero de 1918, afirma Soriano (2003), es la declaración que efectivamente representa un cambio total a anteriores Declaraciones y Constituciones, que contiene los principios de la Revolución, medidas políticas decisivas y curiosamente no contiene un catálogo de derechos, más bien se proclama el deber de trabajar.

El 10 de julio de 1918, en la que junto a los derechos aparece la nueva organización política del régimen comunista: el poder deriva del pueblo ruso y se ejerce y concreta en tres órganos políticos: a) El Congreso panruso..., b) el Comité Ejecutivo... y c) el Consejo de Comisarios del Pueblo (Soriano, 2003, pág. 234)"

Dicha Declaración, indica Soriano (2003) se uniría a la Constitución de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia, en la que enmarcan los derechos y la nueva organización política del régimen comunista, sin embargo, existen descontentos contra el Comité, por lo que la situación política es inestable, sufriendo distintos ataques, tanto de oposición interna como externa. A pesar de ello hubo victoria en la guerra civil y se celebró el primer congreso de la Internacionalización Comunista

en Moscú, donde se planteó la internacionalización de la Revolución rusa. Pese a lo anterior en 1921 nuevamente se vivió contratiempos, derivada de la rebelión y protestas de campesinos y obreros de las ciudades y de los marinos de Kronstadt, por lo que se crea una nueva política económica, finalizando ese comunismo de guerra.

En 1923 se institucionaliza la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), otorgando la Constitución de la Unión el 6 de julio de 1924, se proclama la unión libre de pueblos iguales en derechos. "La Revolución rusa despertó un vivo interés y simpatía entre las masas de trabajadores de toda Europa, que durante decenios vieron en ella el patrón político a seguir". (Soriano, 2003, pág. 327).

Por último, dentro de este recorrido histórico se debe abordar la denominada República de Weimar, instaurada en Alemania. La Paz de Viena de 1815 creó la Confederación Germánica, que dividió el territorio Alemán, lo que implicó obstáculos en su economía. Después de la Revolución de 1848 se establece en Prusia un régimen político, que concedió la facultad de legislar al Parlamento y al rey. En 1861 Guillermo I se hace del trono de Prusia, inicia una política absolutista y de engrandecimiento del ejército, a lo que se opuso el sector liberal, sobresaliendo el Partido Alemán para el Progreso, el cual en las elecciones de 1861 obtuvo la mayoría parlamentaria. El rey en el año 1862 designa a Otto Von Bismarck primer ministro, quién tiene como objetivo conseguir la unidad de Alemania, logrando ser considerado como una autoridad indiscutible tras la victoria en 1866 contra los austriacos, con ello se veía la unidad alemana.

Alemania se vio unificada al obtener Bismarck la victoria contra Francia en 1871, puesto que los Estados del sur se unieron a la Confederación, convirtiéndose ésta en Imperio y el rey en emperador, "el II Reich (Imperio) alemán es proclamado el 18 de enero de 1871... el 16 de abril de 1871, comienza la vigencia de la nueva Constitución del Imperio" (Soriano, 2003, pág. 358). Este imperio indica Soriano (2003), se caracterizó por ser fuerte y progresivo conservador ante alianzas de clases medias y altas en contra de los trabajadores organizados, a quienes el primer ministro

consideraba que generarían anarquía e inestabilidad social, destaca de este sector el Partido Obrero Socialista de Alemania creado en 1875, conocido a partir de 1890 como Partido Socialdemócrata Alemán, arrasando en las elecciones de ese año, en el cual también se dio la caída del canciller y las leyes anti socialistas.

Describe Soriano (2003), que al ser declarada la I Guerra mundial en septiembre de 1914 entre Alemania y Austria-Hungría contra Francia, Rusia y Gran Bretaña, en donde Alemania fue vencida, en noviembre de 1918 estalla una revolución interna, que obliga al canciller Guillermo II a abdicar, por lo que el socialdemócrata Ebert es nombrado canciller, proclamándose la República y se nombra un Consejo de Comisarios del Pueblo como Gobierno Provisional, el cual convoca a Asamblea Constituyente que:

redacta la Constitución de Weimar, aprobada en agosto de 1919, que consolida la República y configura un Estado social, en cuyo marco la burguesía propietaria y los trabajadores se someten a un compromiso de negociación permanente abandonando la lucha de clases como instrumento político (Soriano, 2003, pág. 360).

Dicha Constitución trajo consigo el reconocimiento de libertades individuales y derechos sociales, paralelo a ello se formularon también deberes de los ciudadanos y se crearon garantías para la eficacia de los derechos, las cuales se impusieron al Estado.

En la historia de los derechos humanos narrada, se puede observar cómo paulatinamente la persona se da cuenta de la importancia que reviste el reconocimiento de los derechos humanos, los cuales de periodo en periodo tienden a ser de diferente índole dependiendo de las necesidades vividas en ese tiempo. Resalta Galvis Ortiz que “la concepción y la situación actual de los derechos humanos en el mundo están íntimamente ligadas al desarrollo histórico de los pueblos” (Galvis Ortiz, 2005, pág. 17), pues, en el caso de los nativos de las américas la concientización de los derechos humanos, se dio posterior a que los *descubridores*, de esas tierras exigieran a la

Corona las prerrogativas que les convenían, las cuales eran distintas a las exigidas en su momento por los pueblos originarios.

Ahora bien, la historia relatada también debe ser vista desde otra óptica: en razón de los sujetos y del territorio que se vio también inmerso en este desarrollo histórico. Fuera de Europa, Galvis Ortíz (2005), habla de esta historia para el resto del mundo, haciendo referencia a los pueblos originarios de América, África y el Lejano Oriente, indicando que para éstos ésta historia se refiere a una historia de dominación y negación del derecho a prevalecer con sus culturas y la pérdida de su autonomía, obligándoles a formar parte del modelo incorporado por Europa.

Para el Lejano Oriente la historia no fue tan devastadora, toda vez que el colonialismo no logro erradicar costumbres y tradiciones milenarias; en el caso de África la historia es distinta, puesto que éste pueblo rebajado a esclavitud, sufriendo vejámenes y reducción de su dignidad, en donde la persona no era considerada como tal. Las culturas americanas fueron las más golpeadas, pues efectivamente los "colonizadores" se asentaron en el territorio americano y los desplazaron obligándoles a que se incorporaran al patrón occidental, siendo el papel de los pueblos originarios el de servidumbre y el de observadores del despojo que se realizaba en su contra, hubo como es lógico movimientos indigenistas y populares durante el siglo XVIII, siendo acallados por la fuerza; si bien es cierto existen ideales de libertad, igualdad, resistencia a la opresión y movimientos Independentistas en contra de la monarquía no fueron de parte de estos pueblos originarios, sino de los criollos asentados en estas tierras, por lo que estos ideales no fueron concedidos a los pueblos indígenas, quienes cambiaron de dominador.

### **3. Fundamentación**

Respecto de la fundamentación de los derechos humanos, es decir de aquello que justifica en qué se apoyan o de dónde emanan dichos derechos, se deben

desarrollar los argumentos que sustentan cada una de las principales teorías asentadas. Manssini Correas (1994), citado por Saldaña Serrano (2000), refiere que al fundamentar los derechos humanos, se habla de "la búsqueda de ciertas afirmaciones o principios (...) que, en razón de aparecer como evidentes, justifiquen racionalmente, por la vinculación lógica necesaria con ellos, las afirmaciones acerca de la existencia y extensión de los derechos humanos." (Ctdo. por Saldaña Serrano, 2000, pág. 199).

### **3.1 Iusnaturalismo**

Esta postura refiere que los derechos humanos son aquellas garantías que requiere un individuo para poder desarrollarse en la vida social como persona, dotado de racionalidad y de sentido; prevalece la existencia de reglas de *derecho natural*, superiores al Derecho positivo, en el sentido que ese derecho natural es anterior al Estado, se reconoce primeramente la existencia del ser, previo a cualquier norma positiva o autoridad de gobierno. Esta teoría considera a los derechos humanos, como *inherentes a la naturaleza humana*, es decir que un derecho humano por su naturaleza esta unido a la persona de tal manera que no se puede separar.

En efecto, son derechos que se consideran inherentes al ser humano por su misma esencia o naturaleza. Implican también la percepción de que hay unos derechos que rebasan las positivaciones existentes, y no porque sean derechos que van surgiendo de los que ya se han positivado, sino porque son superiores y anteriores a todos ellos... están por encima de su positivación. (Beuchot, 2004, pág. 48)

Los derechos naturales del hombre tienen su fundamento en la esencia racional de aquél como ser con dignidad y naturaleza trascendente y valiosa... Es el iusnaturalismo racionalista quien proporciona la base filosófica a las primeras declaraciones de derechos de los siglos XVII y XVIII... la teoría iusnaturalista fundamenta la existencia de los derechos humanos en un orden superior, universal, al que debe entender todo legislador al aprobar las normas jurídicas positivas. Orden primigenio del cual emanan, acorde a la esencia humana, derechos naturales que existen por sí mismos y que la autoridad debe respetar. (García Becerra, 1991, pág. 35)

Manifiesta Polo que la consolidación de la corriente jusnaturalista es esencial en la evolución de los derechos humanos, pues al determinar la existencia previa de la persona que es objeto de derechos "se produce lo que algunos han considerado la primera positivización de los Derechos Humanos como límite a la acción gubernamental: el famoso Bill of Rights, que postula la existencia de una serie de derechos y libertades por el monarca y afirmadas por el pueblo como inderogables." (Polo, 2000, pág. 3).

Como manifiesta Beuchot (2004), lo que pretende esta corriente es asentar que los derechos humanos no deben ser supeditados a la mera positivación, pues ello implicaría que dependen directamente del Estado, por lo que estarían sujetos a éste para ser respetados o supeditados, indica que "si han de ser -como se reconoce- unos derechos comunes a todos los hombres por el hecho de ser hombres, han de ser independientes de su positivación" (Beuchot, 2004, pág. 58). Esta corriente por ende asevera que el Estado reconoce los derechos, no los otorga.

### **3.2 Positivism jurídico**

En contraposición a la teoría Iusnaturalista, que entiende a los derechos humanos, como aquellos que siempre han estado ahí, pues pertenecen al ser humano tal cual y que no deben estar contenidos en una norma jurídica para su validez, exigencia o protección, está el iuspositivismo o positivismo jurídico; el cual concretamente establece que no existirá ningún derecho si no se encuentra contenido en una norma jurídica, no da cabida a lo manifestado por el iusnaturalismo, en cuanto a que los derechos siempre están presentes, pues indica que si no ha existido el proceso legislativo no puede alegarse ningún derecho de parte de la persona, en ese sentido García Becerra expresa que el positivismo:

no reconoce la existencia de derechos anteriores al Estado, postulando el surgimiento de los derechos subjetivos sólo en la ley positiva, promulgada y sancionada por el poder público. Acorde a esta teoría, el derecho encuentra su rasgo definitorio (que lo diferencia de otras normas reguladoras de la conducta social de los individuos como la moral) en el hecho de que ante su incumplimiento o inobservancia se pueda recurrir al Estado para su

cumplimiento coactivo, derivando la potestad jurídica de exigir esa intervención. (García Becerra, 1991, pág. 36)

Los derechos humanos son un producto de la actividad normativa llevada a cabo por el correspondiente órgano del Estado, y por lo tanto, antes de su existencia como normas positivas, es decir, antes de su promulgación, no pueden ser reclamables. Ahora bien, Bidart Campos (1989), hace un cuestionamiento respecto del iuspositivismo, extendiendo su sentido, más allá de indicar solamente que éste se refiere a que un derecho debe ser emanado por el Estado y pregunta: ¿Cuándo y cómo ingresan los derechos humanos a la positividad?, a lo que responde:

No ingresan por el mero hecho de que se formulen normas escritas de reconocimiento; las declaraciones de derechos son un tramo, pero hay que recorrerlo hasta el final, y el final es la encarnadura de esas normas en la dimensión sociológica del mundo jurídico. Ingresan cuando alcanzan -con o sin normas escritas declarativas o reconocedoras- vigencia sociológica en la misma dimensión del mundo jurídico. Allí aparece la positivización, o sea, allí cabe decir, en lenguaje iusfilosófico, que en el derecho positivo (vigente) "hay" o rigen los derechos humanos, porque los hombres tienen acceso a ellos, los pueden ejercer, gozar, y disfrutar, disponen de vías tutelares, y conviven en un sistema efectivamente democrático. (Bidart Campos, 1989, pág. 127).

Lo anterior, refiere que, además de que el derecho se encuentre contenido en la norma constitucional, la persona que es receptora de ésta, materialice el derecho reconocido, que goce de esa prerrogativa y si llegado el caso no le es permitido su ejercicio, pueda a través de los medios legales, exigir su protección.

### **3.3 Historicista**

Respecto de la historicidad de los derechos Bidart Campos (1989), refiere que, desconectando cualquier clase de fundamentación en la naturaleza, por más lejana que sea, cree esta corriente que el único fundamento de los derechos es la aceptación histórica de éstos: que son derechos del hombre en la *historia*. Aclarando que, el fundamento de los derechos humanos no está en la historia misma, como una narración de hechos que han sucedido en distintas épocas, territorios y culturas; sino más bien

que el fundamento histórico está en que los derechos se sitúan en un tiempo determinado: se temporalizan, se positivizan en la historia. “La idea, la imagen, la representación de que hay derechos, y de lo que ellos son, transita el proceso histórico (histórico por humano) de descubrimiento, conocimiento, y realización”. (Bidart Campos, 1989, pág. 130).

El autor citado indica que la historicidad de los derechos, o el derecho natural de contenido progresivo -y hasta variable- no convalidan retrocesos al caminar, toda vez que toda etapa superada no debe ser retrotraída, ejemplifica respecto de la esclavitud, que obviamente no se podría regresar a ella, que reconocidos derechos específicos no podrían dejarse de lado, tal como se relacionaba al inicio del presente capítulo, con lo expuesto por Carbonell, los *derechos humanos no son instituciones que hayan estado ahí, pues éstos tienen una edad*.

Esta corriente está ligada a la positivación de los derechos, pues el Derecho como tal es histórico como el hombre, por lo que del desarrollo histórico de los derechos humanos, Polo indica que éstos:

no se inician no con una positivación, sino mediante principios y valores que las sociedades impusieron para la convivencia pacífica. Sin embargo, la necesidad de positivizar los derechos humanos, nos lleva a la garantía de la existencia de una seguridad jurídica, que nos permita tener los elementos necesarios para reclamar el cumplimiento de los mismos. (Polo, 2000, pág. 9).

El objeto de la narrativa histórica de los derechos humanos, fue el denotar esa evolución de acontecimientos, para demostrar su historicidad, y que han surgido en tiempos específicos de exigencias de libertad de la persona, para necesariamente quedar plasmados en las Constituciones que se dieron los Estados en los distintos acontecimientos revolucionarios y posterior a nivel internacional, mediante las distintas declaraciones.

## 4. Definición y características

Diversas son las definiciones que han surgido en torno a los derechos humanos, a continuación, se mencionan algunas que al parecer de la investigadora son las más acertadas en concordancia con la fundamentación de dichos derechos y las características contenidas en ellos, que también serán objeto de análisis en este apartado.

### 4.1. Definición

Para lograr adoptar una definición de derechos humanos, se hará una enumeración de las definiciones destacadas, haciendo alusión a la teoría en la que pudiera fundamentarse; anotando en primera instancia la definición expuesta por Pérez Luño (1991), citada por Pereira-Orozco y Richter (2013), que refiere que los derechos humanos son *"un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional."* (Ctdo. Pereira-Orozco, A. y Richter, M.P.E., 2013, pág. 190). Como se observa en dicha definición destaca la historicidad de los derechos humanos, refleja en consecuencia que éstos son fruto de las etapas relevantes que ha vivido el ser humano.

Al respecto Galviz Ortíz (2005), define a los derechos humanos desde tres perspectivas: filosófica, política y jurídica:

Desde el punto de vista filosófico, son principios rectores que configuran la visión del ser humano en la filosofía contemporánea... se consideran atributos inherentes a la persona... enfocados políticamente, por ser atributos de esencia de la especie humana, son también principios rectores de la democracia y le imprimen sentido a la función del Estado... Desde ese punto de vista, los derechos humanos son el factor determinante de las políticas públicas y deberían ser el eje de los planes generales de desarrollo. Desde el punto de vista jurídico los derechos humanos forman parte de los derechos positivos. Primero, porque son predicables de la persona como prerrogativas inherentes, como facultades cuya

titularidad es irrenunciable y por consiguiente, se puede y se debe exigir su respeto, garantizar su ejercicio y sancionar a quienes los conculquen. Segundo, porque ellos conforman un catálogo de normas codificadas en los sistemas nacionales, regionales y en el sistema internacional y constituyen una parte fundamental del derecho internacional expresada en los pactos y convenios internacionales de donde derivan las obligaciones de los Estados. (Galvis Ortiz, 2005, pág. 63).

La autora citada refiere que los derechos humanos son de suma importancia para el sistema jurídico y por ende en la vida política de un Estado, por lo que el iuspositivismo se refleja en dicha definición, sin embargo, toma en consideración que tales derechos son inherentes a la persona pues los ve como principios rectores de su vida.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagró en definitiva un catálogo de derechos humanos, que deben de ser de observancia para los Estados partes, dicha declaración es otorgada por la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas, por lo que es de importancia traer dentro de la presente investigación la definición de derechos humanos proporcionada por dicho ente internacional, a través de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), toda vez que el Alto Comisionado es el principal funcionario en materia de derechos humanos de las Naciones Unidas, y los define así:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. (Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas, 2016).

A demás dicho ente se extiende y expresa que,

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a

fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos. (Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas, 2016).

En similar sentido que la definición anteriormente referida, otro ente internacional define igualmente a los derechos humanos, siendo ésta la Organización Mundial de la Salud, que expresa:

Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a individuos y grupos contra acciones que interfieran en sus libertades fundamentales y en la dignidad humana. Los derechos humanos se caracterizan fundamentalmente porque: están avalados por normas internacionales; gozan de protección jurídica; se centran en la dignidad del ser humano; son de obligado cumplimiento para los Estados y los agentes estatales; no pueden ignorarse ni abolirse; son interdependientes y están relacionados entre sí, y son universales. (Organización Mundial de la Salud, 2016).

Las definiciones anteriores reflejan, la primera una corriente iusnaturalista, puesto que en la misma destaca la naturaleza del ser humano, no advirtiéndose en ese sentido que necesariamente deban estar éstos integrados a una norma jurídica, pero el Alto Comisionado al ampliar la definición dada, manifiesta la importancia de la normativa para garantizar los derechos y las medidas que el Estado debe tomar para su protección; a diferencia de la segunda definición que es tajante el referir que son *garantías jurídicas*, inclinándose a la corriente positivista.

De las definiciones anotadas se adopta la expuesta por Pérez Luño, toda vez que a criterio de la investigadora los derechos humanos son producto de acontecimientos en la vida del ser humano, como indicaba Bobbio, los derechos humanos *son producto de su tiempo y responden a las necesidades de la sociedad*, tal como se observó en el desarrollo histórico de forma paulatina el hombre se vio en distintos escenarios y las prerrogativas alcanzadas hoy ya no cubrirían las de mañana.

## **4.2. Características**

Diversas son las características que se le hay atribuido a los derechos humanos, se toma en cuenta para la investigación las desarrolladas por los autores Galvis Ortiz, y

Pereira-Orozco y Richter. Comenzando con el primero de ellos, Galvis Ortiz (2005), refiere que los derechos humanos tendrán las características siguientes:

- a) Derechos Individuales y derechos colectivos: Hace referencia al sujeto activo que es titular del derecho. Derechos individuales corresponden al individuo de forma inherente e indisoluble y Derechos colectivos, corresponden a un grupo de individuos, lo que conlleva que se considere que estos derechos le pertenecen a un sujeto colectivo, protegen el interés general.
- b) Universalidad e indivisibilidad: Toda vez que los derechos humanos deben ser aplicables a toda persona, grupo y pueblo sin distinción alguna; tal como lo refería la definición emitida por la Organización Mundial de la Salud, ahí radica su universalidad. Respecto de la indivisibilidad, los derechos humanos no pueden ser divididos forman un solo cuerpo, son un todo.
- c) Interdependencia: Este carácter garantiza el tratamiento horizontal de los derechos humanos, siendo imperante la protección de todos los derechos por igual, pues éstos no deben excluirse unos con otros, más bien se complementan.
- d) Interrelación: Relacionado con la interdependencia, toda vez que todos los derechos humanos están relacionados unos con otros, por lo que la protección del conjunto de los derechos humanos, permite a la persona de forma integral tener calidad de vida.
- e) Exigibilidad: Es decir el carácter justiciable de los derechos, pese a los dos caracteres anteriores la exigencia de los derechos humanos es en mayor grado para unos que para otros derechos, pero ello no quiere decir que se demerite un derecho por otros, sino que va en razón de la inmediatez para actuar cuando un derecho se encuentre vulnerado, verbigracia los derechos civiles y políticos contra los derechos económicos, sociales y culturales.

De las características expuestas por Galvis Ortiz, es interesante que refiera que una de éstas será su individualidad y colectividad, probablemente, dicha característica sea redundante con el carácter universal de los derechos humanos, se considera que éste último es el apropiado, pues indica la cobertura de los derechos a toda persona, sin considerar su particularidad como individuo o ser parte de un grupo social

específico. En cuanto a los caracteres de indivisibilidad, interdependencia e interrelación, están ligados uno con el otro, la discriminación de uno, implicará la invalidez del otro, de ahí su importancia, pues los derechos humanos son considerados como un todo. Por último, en atención al carácter de exigibilidad, el mismo es indispensable, si bien es cierto, toda norma jurídica es coercible, los derechos humanos gozan de una garantía reforzada, constitucionalmente determinada y superior a cualquier otra norma jurídica; una garantía específica de que gozan los derechos humanos para su protección o restauración es la acción constitucional de amparo.

Los autores Pereira-Orozco y Richter (2013), del estudio que realizan de las características de los derechos humanos, coinciden con Galvis Ortiz, únicamente en cuanto al carácter universal de éstos, y desarrollan las siguientes:

- a) **Prioridad:** Los derechos humanos deben ser protegidos de forma preferente a otros derechos, cuando surge un conflicto entre éstos y aquellos.
- b) **Innegociabilidad:** Su protección no es negociable, debe haber un esfuerzo de los Estados para ello.
- c) **Fundamentales:** Como se mencionó, primero es el individuo y después el Estado, al ser los derechos humanos inherentes a la persona, son anteriores a cualquier autoridad.
- d) **Históricos:** Toda vez que el ser humano es cambiante y los acontecimientos distintos en el pasar del tiempo, los derechos humanos deben de ir en conjunto con esos cambios que se den, e ir integrándose al catálogo de derechos ya establecido los nuevos derechos que se reconozcan.
- e) **Transnacionales:** Los derechos humanos no son exclusivos de algún Estado, derivado de que éstos son inherentes a la persona, les acompañan independientemente del territorio en que se encuentre la persona.
- f) **Irreversibles:** Puesto que un derecho que ha sido elevado a la categoría de derecho humano inherente a la persona, no puede ser desconocido ni eliminado del catálogo de derechos humanos.

- g) Progresivos: Siendo que los derechos humanos existen antes que el Estado, éstos no necesitan de forma expresa el reconocimiento de un Estado para ser protegidos, lo que implica la ampliación del ámbito de los derechos humanos.

Lo abordado por los autores en mención y por Galvis Ortiz, se puede diferenciar en que éstos sustentan algunos de los caracteres de los derechos humanos, en el sentido de la relación directa que tienen con el Estado Constitucional de Derecho y la obligación de éste, en su protección; pues los caracteres de: prioridad, innegociabilidad y fundamental, dan cuenta de ello, en tanto que la autora referida, aborda las características, sobre al ámbito de aplicación de los derechos humanos. Las características de: Históricas, irreversible y progresividad de los derechos humanos, reflejan una fundamentación historicista, pues los autores entienden y acogen la tesis de que los derechos humanos *son producto de su tiempo y responden a las necesidades de la sociedad*, lo cual aceptado por la investigadora. El carácter de transnacional, va ligado a la universalidad de los derechos, se podría decir que ambas características buscan lo mismo, la aplicación y protección sin restricción alguna de los derechos, ya sea territorial o por la persona misma.



## Capítulo II

### *Derechos fundamentales*

#### 1. Los derechos como categoría histórica

Anteriormente se analizó lo relativo a los derechos humanos, se priorizó su fundamentación en la corriente historicista, por lo tanto, se adoptó una definición que destaca que éstos enmarcan un acontecimiento en la vida humana. En secuencia de lo estudiado se procede a analizar a los derechos fundamentales, a diferenciarlos de los derechos humanos y a definirlos.

La historia humana es la que ha dado vida a los derechos humanos, ya en el capítulo que antecede se hizo una sinopsis del desarrollo histórico de los derechos humanos, sin embargo, es necesario nuevamente observar los derechos desde la óptica de la historia, pero ya no como una narrativa de acontecimientos, sino como una categoría dentro de ésta, en ese sentido, Miguel Carbonell refiere que:

La historicidad de los derechos significa que los derechos tienen una edad, como sostiene Bobbio. Es decir, que van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas. Las reivindicaciones que dan sustento a los derechos no han existido siempre ni hubieran podido ser imaginadas en otros tiempos, pues como lo señala Ferrajoli, *En todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados.* (Carbonell, 2010, pág. 8)

Continúa exponiendo el citado autor que: “la historicidad nos permite comprender, desde el punto de vista de su desarrollo, que los derechos han surgido tradicionalmente de luchas para tutelar a los sujetos más débiles de la sociedad.” (Carbonell, 2010, pág. 8). Lo aseverado es acorde al actuar del individuo, puesto que los derechos humanos surgen históricamente de las luchas en contra de vejámenes cometidos de una persona a otra, del Monarca al súbdito, del Estado a la población;

esas luchas han hecho que el individuo se organice, y el día de hoy se conozcan las distintas revoluciones que se han suscitado en los diferentes países, y que las mismas culminan con la adopción de un texto normativo que regula al Estado y que inserta el reconocimiento de determinados derechos, que en su momento no eran garantizados.

Los derechos fundamentales se convierten en una categoría histórica debido a que, según Miguel Carbonell: “los derechos son el signo distintivo de la modernidad, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar en su surgimiento” (Carbonell, 2010, pág. 7). Así también los estudiosos del Derecho proceden a desarrollar tesis relativas a éstos, para en su momento acogerlos la norma jurídica, el punto de partida de los derechos fundamentales serán los derechos humanos, tal como se verá ambas denominaciones están íntimamente relacionadas.

Pérez Luño (2007), al referirse a la teoría que empezará a formularse sobre los derechos fundamentales resalta la defensa de derechos como la vida, libertad y propiedad; los cuales se convierten en el fin prioritario de la sociedad, surgen entonces, los denominados derechos de primera generación, que protegen derechos individuales. Y refiriéndose a éstos en relación a la norma jurídica indica que: “el término *derechos fundamentales, droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.” (Pérez Luño, 2007, pág. 29), la cual posteriormente fue prefacio de la Constitución francesa de 1791 y ello, como se verá, es debido a que derecho fundamental será aquel derecho humano inserto en las Constituciones.

Sobre la misma línea Miguel Carbonell (2010), hace alusión a esos pensamientos de estudiosos que empezaron a formular las teorías del Estado y de los derechos fundamentales, pues necesariamente la historia de éste y de aquellos está ligada, para después estar regulados ambos en las Constituciones.

## 2. Del Estado absolutista al Estado constitucional

Los derechos fundamentales también han influido en el cambio de organización de los Estados, como se ha expresado, el surgimiento de los derechos humanos es resultado de violaciones a la dignidad humana, de lo cual el Estado debe hacerse responsable y promover su resguardo, Miguel Carbonell (2010), exterioriza que el Estado constitucional es una necesaria respuesta al Estado absolutista, plagado de excesos y abusos, que genera el descontento de la población, “el surgimiento del constitucionalismo moderno se debe al pensamiento de la Ilustración y al cambio de paradigma que dicho pensamiento introduce respecto al papel del Estado y al lugar de las personas dentro de la organización estatal.” (Carbonell, 2010, pág. 31).

El Estado absoluto, como aquella forma de organización en la cual el monarca, se consideraba el portador absoluto del poder político, sobre el cual radicaban todas las decisiones y que, pese a que existía algún tipo de legislación, pasaba por encima de ella. Lo anterior generó lógicamente que ese único ser en el que se concentraba el poder estatal cometiera abusos o se tomaran decisiones que afectaban a determinados sectores, por ello que la burguesía, descontenta pretendiera cambios.

Cuando el Estado Absoluto deja de ser un elemento de apoyo al cambio y se convierte en una rémora y cuando otros factores... coincidan en dificultar el progreso del protagonismo de la burguesía propietaria y comerciante, se empezarán a producir las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos fundamentales, en defensa de la tolerancia y de la limitación del poder absoluto. (Peces-Barba Martínez, 2004, pág. 75).

Esa pretensión de limitar el poder del rey y distribuirlo, fue el punto de partida para el surgimiento del Estado constitucional. Circunstancia que hace comprender que la persona, en su constante lucha, no pretendía únicamente el reconocimiento de determinados derechos que le permitieran tener una *vida digna*; más bien buscó cambios de estructura en el manejo del poder político, en donde el garante de esos derechos, el Estado, se organizará de tal manera que no solo sea sujeto de reconocer los derechos a los individuos, sino de hacerlos eficaces. Por ello, importante fue que a partir de que surgieran los textos constitucionales, estos contemplaran la organización

del Estado y el catálogo de derechos que permitirían que la persona tenga una vida plena.

Los derechos fundamentales no surgen contra el Estado absolutista, sino gracias precisamente a la nueva posición que el hombre asume en esta forma de organización del poder político... La filosofía de los derechos fundamentales, que aparentemente está en radical contradicción con el Estado absoluto, necesita sin embargo de éste, de su centralización y monopolio del poder, que subsistirán en el Estado liberal, para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano... sin ese robusto poder del Estado, no habría aparecido tan nítida una de las primeras funciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado. (Carbonell, 2010, pág. 33).

Según Carbonell (2010), esa centralización del poder y filosofía individualista, y el protagonismo del hombre individual en la representación capitalista, son los que intervienen en ese cambio que va del estado absoluto a los derechos fundamentales. Ya que dichos derechos lo que hacen es fortalecer la defensa de la persona, único y solitario protagonista de la vida ética y económica frente al Estado y a la sociedad; éstos al ir paralizándolo y obstaculizando la libertad, generan una defensa que culmina en las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, por lo que el constitucionalismo, en este sentido debe situar al hombre como fundamento de las libertades jurídicas concretas, pues tal como se ha indicado: el individuo es primero.

Ferrajoli (2009), al referirse a esos procesos históricos, los observa en dos perspectivas: derechos fundamentales y Estado constitucional. El primero será el surgimiento de leyes que van progresivamente protegiendo al más débil y el segundo que representan la lucha contra el absolutismo; dicha aseveración concuerda con lo referido por Carbonell, en cuanto que la historia de los derechos fundamentales está ligada a la historia del Estado constitucional.

Ahora bien, ¿cómo se da este tránsito del Estado absoluto al constitucional y se llega a que la persona sea ese fundamento? Carbonell (2010) manifiesta que, los primeros indicios de ello están en el ámbito de la tolerancia religiosa, como se anotó en

el apartado histórico de los derechos humanos, fue una lucha que se dio en Europa en el siglo XVI, pues también hay que recordar que el papel de la Iglesia católica ha sido protagónico. Otros acontecimientos que se dieron fueron los castigos implantados a aquellos que no acataban las ordenanzas del rey, que era la ley, lo que el día de hoy se traduce como violatorio al debido proceso, sobre todo en materia penal y procesal penal, de ello se van dando los brotes del constitucionalismo, con el objeto de controlar el poder y resguardar la libertad de la persona; surge entonces de los acontecimientos históricos vividos, que se instale ya el Estado constitucional y quede plasmado por medio de la Constitución escrita, que será el documento que organice políticamente al Estado y que en su contenido contenga esas prerrogativas a la persona como límites al poder de aquellos que lo ejercen; la Constitución es la ley fundamental, el texto que contiene la regulación del Estado como tal, ya que lo organiza políticamente, distribuye y organiza el poder, rompiendo ese esquema absolutista.

En ese mismo sentido Ferrajoli, expresa que:

este proceso de limitación y regulación de los poderes fue derrotado, en primer lugar, el absolutismo de los poderes públicos: de los poderes políticos, a través de su separación, de la representación, de la responsabilidad política y del principio de legalidad, primero ordinaria y luego constitucional... Luego, fue progresivamente reducido el absolutismo de los poderes económicos y empresariales a través de las garantías de los derechos de los trabajadores. (Ferrajoli, 2009, pág. 373).

Paulatinamente indica Ferrajoli que esos cambios de poder, fueron convertidos en los que hoy se conocen como derechos fundamentales, que de poco en poco los fueron plasmando, pues primeramente se reconocieron libertades individuales y posteriormente, derechos sociales.

### **3. Los derechos antes del constitucionalismo**

Corresponde ir puntualizando lo relativo a los términos *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, anteriormente se refirió que los mismos están íntimamente

ligados, haciendo la alusión que primeramente son los derechos humanos y posteriormente los derechos fundamentales, pero: ¿cómo se da esto?, pues como se acaba de estudiar, éstos últimos son de suma importancia para el Estado constitucional. Miguel Carbonell, indica que:

Hay que considerar... que no se puede hablar en sentido estricto de *derechos fundamentales* fuera del marco conceptual e institucional del constitucionalismo. Pero sí que podemos hablar de *derechos humanos* o *derechos oponibles al poder*, para intentar dar cuenta de una serie de esfuerzos que con el tiempo darían paso a los derechos fundamentales. (Carbonell, 2010, pág. 38).

Como lo expresa el autor, antes de que formalmente se hablara de derechos fundamentales y del Estado constitucional actual, donde los Estados se han dado Constituciones escritas, que contienen un catálogo de derechos que buscan reconocer la dignidad humana; se hablaba de derechos humanos, ello no quiere decir que ya no se haga esa referencia, sino que no estaban regulados o positivados. Sin embargo, “paralelamente al proceso doctrinal..., que jamás fue lineal y en el que no faltaron retrocesos y contradicciones, se produjo una progresiva recepción en textos o documentos normativos (denominados genéricamente Cartas o Declaraciones de derechos) del conjunto de deberes, facultades y libertades determinantes de las distintas situaciones personales.” (Pérez Luño, 2007, pág. 33).

Pérez Luño, al hacer una referencia sobre los textos que precedieron a un catálogo expreso de derechos fundamentales, toma en consideración a la Carta Magna, está surgió cronológicamente antes de que emergiera el Estado constitucional y refiere:

De todos los documentos medievales, sin duda, el que ha alcanzado mayor significación en la posteridad ha sido la Carta Magna, contrato suscrito entre el rey Juan Sin Tierras y los obispos y barones de Inglaterra en el año 1215... le ha asignado, por su decisivo papel en el desarrollo de las libertades inglesas, el valor de un símbolo en el proceso de positivación de los derechos fundamentales. (Pérez Luño, 2007, pág. 34).

A continuación, se hace una enumeración de esos textos normativos referidos por Miguel Carbonell (2010), que *a priori* intentaron contener en ellos derechos que le

daban a la *persona* determinada protección contra el Estado y permitían salvaguardar en cierta medida su dignidad, así también se hará una reseña de los principales derechos contenidos en dichos textos normativos:

**a. La *Magna Carta* de Juan Sin Tierra (1215)**

“La Carta magna es el fruto del reconocimiento por parte del rey Juan sin Tierra de las pretensiones de un grupo de veinticinco barones que habían jurado no prestarle obediencia hasta que aquél no admitiera determinadas libertades” (Carbonell, 2010, pág. 39). Históricamente este texto se considera “la piedra angular del sistema constitucional inglés, como lo más parecido que ha tenido Inglaterra a una ley fundamental en toda su historia” (Carbonell, 2010, pág. 38). Los artículos que sobresalen de este texto normativo son el 20 y el 39, que hacen referencia a lo que hoy se conoce como la proporcionalidad de la pena y las garantías al Debido Proceso, respectivamente, sobre todo en materia Penal y lo relativo a la libertad de la persona, puesto que éste último artículo según Kriele, citado por Carbonell, “se convirtió en madre de todos los derechos fundamentales: la protección contra la detención y la persecución penal arbitrarias, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad.” (Carbonell, 2010, pág. 41).

**b. Edicto de Nantes (1598)**

Denominado oficialmente edicto *sobre la pacificación de los disturbios de este reino*, a través del cual el rey Enrique IV de Francia pretende aquietar enfrentamientos religiosos, pues históricamente se conoce que el tema religioso fue protagonista de luchas, por ello Carbonell expresa: “es importante para la historia de los derechos fundamentales y del Estado constitucional en la medida en que plantea la necesidad de que el Estado asegure la convivencia pacífica entre los practicantes de religiones diversas” (Carbonell, 2010, pág. 43).

El texto del edicto hace referencia a la *libertad de las conciencias*, el cual en palabras de Carbonell (2010), es el primer antecedente de lo que con el paso del tiempo será uno de los más importantes derechos fundamentales, a saber, la tolerancia religiosa para los distintos credos.

**c. *Petition of Right* (1628)**

“Producto de las continuas luchas entre la Corona y el Parlamento, que marcan el siglo XVII en Inglaterra... ha sido calificada como *el más importante símbolo de la resistencia del Parlamento encabezado por Coke*, frente al rey Carlos I.” (Carbonell, 2010, pág. 47), Carbonell (2010), expresa que esta carta de peticiones tienen como contenido concreto cuestiones de orden económico, en particular lo relativo a los impuestos, el penúltimo párrafo el de mayor importancia, además de lo anterior resalta aspectos de seguridad y libertad personal, pues hace referencia al arresto arbitrario y la pena de muerte.

**d. Cuerpo de Libertades de Massachussets (1641)**

Un texto con un contenido avanzado para su época y con algunas particularidades que los textos anteriormente aludidos no expresan, se destaca: la enunciación de “principios básicos de la organización moderna del Estado, como el principio de legalidad... el principio de igualdad entre habitantes y extranjeros... establecía la libertad de trabajo... la necesidad de compensar con un *precio y salario razonable*” (Carbonell, 2010, pág. 49).

El cuerpo de libertades también hacía referencia al acceso a la justicia, que además indicaba que debía ser pronta, y establece el principio de competencia jurisdiccional. Carbonell (2010), anota que algunos de los puntos avanzados de éste texto son los artículos que regulan lo relativo al derecho a acceder a la información pública gubernamental, así como la violencia intrafamiliar, protegiendo a la mujer, así también la protección a los niños. “También contempla una especie de antecedente al derecho de asilo... finalmente, se establecen también algo así como *derechos de los animales*, o a menos límites al poder de abusar de ellos” (Carbonell, 2010, pág. 51).

Otro punto que resalta Carbonell (2010), es que la mayoría de los artículos del cuerpo reflejan la aplicación universal de los derechos, no, así como otros textos que de alguna manera respondían a un grupo específico, como la Magna Carta de Juan Sin Tierra, que fueron prerrogativas para los barones a los cuales fue dirigida y que tenían conflicto con éste personaje.

**e. Bill of Rights (1689)**

“Es una expresión jurídica de la Glorious Revolution... en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVII...El Parlamento actúa como representante de la voluntad del pueblo... El objeto de la declaración de derechos era restaurar la Iglesia anglicana, limitar los poderes del rey y establecer la supremacía del Parlamento” (Carbonell, 2010, pág. 52). La declaración de derechos contiene lo que hoy en día se conocen como el derecho de petición, la libertad de expresión de los parlamentarios.

**f. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776)**

Este texto precede a la Constitución de Virginia expedida el 29 de junio de 1776, dentro de su articulado refiere Carbonell (2010), que destacan el derecho de igualdad y los denominados en dicho texto como *derechos innatos*: la vida, libertad, propiedad, felicidad y seguridad; así también destaca el “origen del poder público, la orientación de la acción del gobierno hacia el bien común del pueblo y la prohibición de emolumentos o privilegios, con el consiguiente impedimento para transmitir hereditariamente los cargos.” (Carbonell, 2010, pág. 55). Resaltan también el principio de división de poderes, las bases del sistema electoral y sobre todo los derechos del debido proceso legal en materia penal, así asimismo se encuentra contenida la libertad de prensa y la libertad religiosa.

**g. Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776)**

Documento que da vida a la nación soberana de los Estados Unidos de América, “la Declaración resume una filosofía política que será la que oriente hacia el futuro el entendimiento de los derechos fundamentales” (Carbonell, 2010, pág. 58).

Este texto en su conjunto refiere un derecho distinto a los anteriormente observados, pues Carbonell (2010), indica que algunos autores exteriorizan que la *Declaración* representa un derecho fundamental colectivo: *la autodeterminación de los pueblos*, pues permitió la organización autónoma de un grupo colonos que pretendían autogobernarse. Contiene además el derecho de igualdad y que los hombres tienen derechos inalienables, a saber: la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, mención que hiciera también la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia; un punto

importante en la Declaración, es que ésta se refiere al gobierno y al derecho que tiene el pueblo de reformarlo o abolirlo si éste no preserva los derechos contenidos en ella.

#### **4. La regulación de los derechos**

En el primer capítulo, se hizo un desarrollo histórico de los derechos humanos, los cuales, como se ha sostenido son fruto de esa historia humana; paulatinamente fueron surgiendo ámbitos de la vida de la persona que debían ser tutelados, se hizo de una forma incipiente, como se anotó a través de textos normativos, que no tenían esa garantía reforzada y ese control al poder, como se conceptualizan actualmente los derechos fundamentales, sin embargo, fueron los primeros ensayos de éstos. “Los derechos fundamentales comienzan a tener interés para el derecho a partir del siglo XVIII” (Carbonell, 2010, pág. 30), puesto que fue necesario que esos derechos que dignificaban a la persona debían pasar a formar parte esencial del marco jurídico del Estado, pero no debía ser en un texto normativo cualquiera, puesto que la importancia de los mismos implicaba que su reconocimiento sea a través de un texto que obligará al Estado a esa efectiva protección; el surgimiento de los derechos fundamentales fue conjunto con el Estado de Derecho constitucional, que se dio una Constitución, la cual organizó al Estado y acogió esos derechos humanos del individuo.

Pérez Luño, sentencia que el Estado constitucional se define mediante la Constitución que rige la vida del Estado, este texto normativo tendrá como fin organizar al Estado y contener el catálogo de derechos que goza la persona; el autor hace la alusión que Estado de Derecho y derechos fundamentales no subsisten el uno sin el otro, el primero para ser considerado como tal, debe garantizar a los segundos y éstos necesariamente deben estar dentro del Estado de Derecho para su garantía, pues, los derechos humanos deben contar con una garantía reforzada, Perez Luño sentencia:

La concepción de los derechos fundamentales determina... la propia significación del poder público... Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su

conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana. (Pérez Luño, 2007, pág. 20).

Respecto de esta regulación de derechos Carbonell expone que: “constitucionalizar un derecho es hacerlo pasar del reino del pensamiento al reino de lo que resultaba realizable en la experiencia cotidiana”, (Carbonell, 2010, pág. 10), se podría decir, que la constitucionalización se materializará cuando la Constitución del Estado reconozca uno u otro derecho. En la actualidad regularmente las Constituciones tienen un apartado específico dedicado a los derechos humanos, que el Estado le reconoce a los individuos, así también, los derechos humanos se verán regulados a su vez en los instrumentos internacionales.

#### **4.1 Derechos humanos constitucionalizados**

¿Qué son los derechos fundamentales y cuál es su relación con los derechos humanos?, ¿De qué forma están íntimamente ligados? A continuación los presentes cuestionamientos tratarán de ser solventados, nuevamente en retrospectiva a lo ya estudiado, primero es el individuo y después el Estado; éste en el devenir histórico ha funcionado en abuso de poder y ha desvalorizado a la persona, ésta a través de luchas y revoluciones ha conseguido que sea respetada su libertad y dignidad, ello dio como resultado que distintos derechos denominados en generalidad *derechos humanos*, sean proclamados. Sin embargo, al encontrarnos en la actualidad en un Estado constitucional es necesario que dichos derechos sean positivados, por lo que “los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos.” (Pérez Luño, 2007, pág. 44).

Dos conceptos: derechos humanos y derechos fundamentales, que se refieren a lo mismo, pero que deben ser diferenciados, en cuanto a en qué momento se debe hablar de los primeros y cuando a los segundos. Pérez Luño, indica que derechos humanos es un término más general, amplio e impreciso, pues tal como el los definió y

se adopto dicha definición es *un conjunto de facultades e instituciones que concretan exigencias de dignidad, libertad e igualdad*, agrega que deben ser reconocidos positivamente a nivel nacional e internacional; en tanto que derechos fundamentales es un término más preciso, pero más que preciso, es específico, pues derecho fundamental será aquel derecho humano constitucionalizado. En el entendido que la Constitución organiza a un Estado, es decir, la Constitución pertenece a éste, los derechos fundamentales siempre aludirán a derecho interno de un Estado, específicamente a derechos humanos, contenidos en la Constitución, pues importante es resaltar que los derechos humanos son previos a los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos... y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas... corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho... su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos presenta su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos. (Pérez Luño, 2007, pág. 20)

En el párrafo anterior Pérez Luño, expresa la trascendencia que han tenido los derechos fundamentales, al surgir en contra del estado absolutista, en donde se pretendía limitar el poder del Estado, avanzan a ser más allá, para recoger ese fin supremo que es la protección de la persona, en donde todo el sistema de Gobierno deberá tener esa pretensión.

En el Estado de Derecho actual, es necesario que esos derechos humanos, como toda norma jurídica debe llenar determinados requisitos de validez para que formen parte del marco jurídico estatal, sobre todo, al elevar los derechos humanos a un estatus constitucional y transitarlos como derechos fundamentales; “el proceso de positivación sólo se entiende desde este punto de vista, que respete los pasos y las etapas, ética, política y jurídica sin pretender suprimir la identidad de ninguna de ellas, ni tampoco dominar desde ninguna de ellas. Sólo la ley, expresión jurídica de un Poder

político, expresión de la voluntad popular; puede positivizar la moralidad de los derechos.” (Peces-Barba Martínez, 2004, pág. 106).

Al hablar de derechos fundamentales, indica Chinchilla (2009), que dicha expresión “reemplaza a las tradicionales de derechos civiles, libertades públicas, etc., en el lenguaje filosófico y de derecho comparado de los derechos humanos. Esa expresión denota una positivación formal de tales derechos en las Cartas constitucionales y su vocación de concreción en verdaderos derechos subjetivos.” (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 114). Este autor, indica que no se puede hablar de cualquier derecho, como derecho fundamental, considera que:

Solo puede hablarse de derechos fundamentales -como categoría especial de derechos- en aquellos ordenamientos en los cuales cierto grupo privilegiado de derechos constitucionalmente reconocidos recibe un tratamiento garante cualificado (“tutela reforzada”...) frente a intentos de violación, desconocimiento, desdibujamiento reglamentario o reforma restrictiva, todo ello en razón de que tal grupo privilegiado de derechos es asumido como concreción de postulados éticos superiores y fundamento del orden sociopolítico justo y pacífico. (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 114)

Lo anterior, es acorde a la búsqueda del hombre por el reconocimiento de su dignidad, en el sentido, de que buscó ese resguardo; los derechos humanos positivados, es decir, derechos fundamentales, deben ser derechos con categoría especial, como lo refiere el autor, por ello es que los textos constitucionales están formados de una parte dogmática, la que contienen esa enumeración de derechos, la que no debe entenderse como una numeración restrictiva.

Chinchilla (2009), al ensayar una definición de derechos fundamentales, como él lo expresa, realiza un detalle muy interesante de los elementos que deben conjugar a *priori* dicha definición, indicando que la misma debe contener cinco elementos esenciales, que le dan a los derechos fundamentales esa categoría especial de derechos, siendo estos:

- a) El núcleo axiológico que lo fundamenta: valores o principios ético-políticos explícitos o implícitos, de los cuales el derecho es concreción inmediata y

necesaria; postulados que justifican la inclusión constitucional del derecho o su reconocimiento discursivo como fundamental, y que determinan su contenido, alcance y límites (la manera cómo ha de ser interpretado). Lo anterior resumido en proteger la dignidad humana.

- b) Situación ventajosa, beneficiosa o favorable... que se concreta en un conjunto de facultades... Este puede ser el *bien jurídico protegido*.
- c) Un sujeto identificable titular de la situación ventajosa descrita y un sujeto obligado (identificable) sobre el cual recaerán las cargas o limitaciones de conducta que del derecho se deriven, el autor en términos generales se podría decir que se refiere a la persona y Estado, respectivamente.
- d) Un conjunto de deberes de *dar, hacer o no hacer*, tanto específicos o generales.
- e) Un conjunto de garantías institucionales cualificadas o reforzadas, es decir, diferente y cualitativamente superiores a las acciones judiciales ordinarias (*supergarantías objetivas y subjetivas*). Refiérase a las garantías constitucionales que pretenden restaurar cualquier vulneración que se de en contra de un derecho categorizado como derechos fundamentales, se está hablando específicamente de la acción constitucional de amparo o el *Habeas Corpus*.

Tal como lo indicó Chinchilla, lo anterior son características que le van permitiendo puntualizar el contenido de lo que es un derecho fundamental y porque debe ser llamado y tratado como *fundamental* un derecho, en ese sentido expresa que: "...la idea que inspira a esta concepción es la de que ciertos derechos forman el núcleo del sistema político adoptado en la Constitución, por cuanto sobre tales derechos descansa dicho orden constitucional, es decir, son su fundamento (*Grundlage*).” (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 118). Continúa exponiendo que afirmar que un derecho es fundamental, implica tres significaciones:

- a) en el orden moral, significa que ese derecho emana directamente de la dignidad del hombre y que es esencial o inherente o inalienable al ser humano... b) en el orden político-social, significa que ese derecho representa un pilar sobre el cual descansa y se sostiene el orden de convivencia pacífica y justa... y c) en el plano técnico constitucional, ese derecho

goza de un conjunto de garantías reforzadas frente a los poderes públicos, aún frente al legislador y frente al poder constituyente. (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 118)

De lo anterior el autor aludido, expone una definición de derecho fundamental, la cual toma de la jurisprudencia emanada por la Corte de Constitucionalidad colombiana, que definió qué son y cuáles son los derechos fundamentales, expresando: “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 167). De conformidad con dicha definición Chinchilla (2009), expone que un derecho será llamado fundamental cuando reúna los siguientes elementos:

a) ser un derecho de fuente o rango constitucional; b) ser un derecho que *sirve como instrumento para (cumple la función de)* acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a realizarlo en la práctica, y c) ser un derecho que admite ser convertido o concretado (*traducido*) en un derecho subjetivo. (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 168).

Teniendo en consideración que los derechos humanos son aquellas *facultades que concretan las exigencias de la dignidad humana*, de la definición expuesta por Chinchilla, se puede concluir que son derechos fundamentales aquellos derechos humanos constitucionalizados, los cuales describen su contenido. Por lo que tanto lo expuesto por Chinchilla como lo argumentado por Pérez Luño se asemeja, pues ambos refieren que un derecho será fundamental si lo acoge la Constitución, si su contenido va dirigido a la tutela de la dignidad humana (derecho humano) y por ende goza de una tutela reforzada.

Para efectos de la presente investigación se adopta la definición expresada por Pérez Luño, cuando éste indica que los *derechos fundamentales* son *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y suelen gozar de una tutela reforzada*, pues tal como se refirió con anterioridad los derechos fundamentales positivizan a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico, lo cual está contenido en la definición anotada, que tales derechos son de vital importancia en un Estado de Derecho, pues son límites al poder, deben estar contenidos en la ley fundamental, a saber la Constitución y como tales deben gozar de la protección debida a través de garantías constitucionales.

## 5. Las declaraciones de derechos del Estado moderno

A continuación se describen los textos jurídicos que contienen derechos fundamentales, en este caso, a nivel internacional, vinculantes para los Estados que los hayan ratificado, puesto que a nivel nacional regularmente se encuentran contenidos en los textos constitucionales, a través de un catálogo de derechos inmerso en la parte dogmática de éstos, ya que: “cada declaración de derechos responde, en buena medida, a un determinado contexto nacional.” (Carbonell, 2010, pág. 4).

En el apartado histórico de derechos humanos descrito en el capítulo anterior se hace una mención somera de algunos textos constitucionales, considerados de relevancia en la historia de los derechos fundamentales, pues como se ha dicho éstos surgen en momentos específicos, verbigracia:

La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo... el texto constitucional, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919. (Pérez Luño, 2007, pág. 39)

En 1917 la Constitución mexicana dio origen al constitucionalismo social, que prevalece hasta nuestros días, según el cual la ley fundamental de los pueblos no se limita a establecer las bases de la organización política de los estados y a reconocer y proteger los derechos del hombre, en su aspecto individual, sino que agrega el valor de los derechos sociales. (Madrid Hurtado, 2004, pág. 75)

La Constitución de Weimar ha sido, durante mucho tiempo, el texto inspirador de las Cartas constitucionales que han intentado conjugar en un sistema de derechos fundamentales las libertades con los derechos económicos, sociales y culturales. (Pérez Luño, 2007, pág. 40).

De los derechos fundamentales que resaltan de las Constituciones referidas se deben mencionar: a) En cuanto a la Constitución Mexicana, en primera instancia el derecho de propiedad, el cual según Madrid Hurtado (2004), tendría un concepto que caracterizaría a dicha Constitución como una Constitución social, pues establece: “que

la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el derecho de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación” (Madrid Hurtado, 2004, pág. 77). Históricamente se ha establecido que los derechos sociales, se establecieron a nivel constitucional en la Constitución mexicana de 1917, configurando un avance fundamental en los derechos humanos en general, pues se pasó de considerar únicamente libertades individuales, al escenario de que grupos específicos debían ser protegidos y que los derechos individuales no eran suficientes, se debe destacar de la Constitución de México, lo siguiente:

Mención especial ameritan los derechos de los campesinos (artículo 27) y los de los trabajadores (artículo 123). Con sus diversas reformas y adiciones, los preceptos constitucionales establecen los siguientes derechos sociales: a) El *derecho a la educación...*, b) El *derecho de los pueblos indígenas...*, c) El *derecho a la protección de la salud...*, d) El derecho de toda persona a un *medio ambiente adecuado* para su desarrollo y bienestar..., e) El derecho de toda familia a disfrutar de *vivienda digna y decorosa...*, f) El *derecho de los niños y de las niñas* a la satisfacción de sus necesidades...para su desarrollo integral..., g) Las *bases de la reforma agraria...*, h) Derecho a *la justicia expedita y honesta para los campesinos* en lo que se refiere a la tierra..., i) Derecho al *desarrollo rural integral...*, j) El *derecho de toda persona al trabajo digno y socialmente útil*, mediante la creación de empleos y la organización social para el trabajo. (Madrid Hurtado, 2004, pág. 78)

b) Respecto de la Constitución de Weimar o Constitución del Reich alemán, tal como ya se refirió, “se caracteriza por ser la primera constitución europea en la que se presenta en un mismo plano las libertades individuales y los derechos sociales.” (Soriano, 2003, pág. 374). “El sujeto de los derechos no es sólo el individuo, sino el grupo o colectivo social... La Constitución de Weimar da un paso adelante con el reconocimiento de los grupos sociales como titulares de derechos.” (Soriano, 2003, pág. 375). Al igual que la Constitución mexicana, se destaca la importancia que tiene el colectivo social, el hombre no puede ser considerado solamente en su individualidad, por naturaleza es social y se aglutinará a razón de visiones o condiciones similares, tal el caso, de los trabajadores, mujeres, niños, grupos étnicos, entre otros; grupos que

deberán tener prerrogativas específicas. De la Constitución de Weimar, se debe destacar la siguiente regulación:

El derecho a la vivienda, hasta el punto que la titularidad del suelo queda limitada por la satisfacción de este derecho... la educación gratuita y obligatoria en las escuelas primaria y secundaria, se declara la libertad de enseñanza bajo la protección y participación del Estado... la libertad sindical... El derecho al trabajo, como tal derecho individual, no es reconocido, pero sí la procura del mismo a cargo del Estado... El importantísimo art. 161, buque-insignia de la protección del trabajador y de los indigentes se expresa así: “El *Reich* creará un amplio sistema de seguros para poder, con el concurso de los asegurados, atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida”. También se produce un pacto o compromiso entre el trabajo y el capital en la formulación de algunos derechos en cuya lista se introduce... el derecho a la negociación colectiva y al convenio laboral. (Soriano, 2003, pág. 377)

Dentro de los principales textos normativos internacionales que contienen derechos fundamentales, se pueden citar:

- a.** Declaración Universal de Derechos Humanos
- b.** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- c.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- d.** Convención sobre los Derechos del Niño
- e.** Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- f.** Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- g.** Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
- h.** Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial
- i.** Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias
- j.** Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

## Capítulo III

### *Derechos constitucionales implícitos*

#### 1. Antecedentes

Tal como ya se ha anotado, la historia del desarrollo de la persona, ha marcado la evolución de los derechos humanos, por lo que en el presente capítulo nuevamente se hará énfasis en ello. Al abordar el tema de los derechos implícitos, se debe hacer una retrospectiva de los mismos, en el sentido de buscar en las Constituciones, si éstas de alguna manera contenían dichos derechos; será importante en este sentido detenerse en el desarrollo de los derechos humanos, a efecto de que esto permita determinar de qué forma los derechos implícitos se incluyen en la ley fundamental de los Estados.

Al respecto del desarrollo de los derechos humanos, Bobbio ha dicho que *los derechos tienen una edad*, son concreciones de momentos históricos, agrega que éstos se van modificando, según el cambio de condiciones históricas, y de ello la misma historia humana da cuenta; efectivamente se ha comprobado que las libertades protegidas en determinado momento van variando, primero fue primordial reconocer libertades individuales, nacen en Francia los Derechos del Hombre, que *a prima facie*, deja por fuera a las mujeres y otros sectores; seguidamente estos son acogidos en otro momento de la historia y a su vez fue importante reconocer también derechos sociales de colectivos específicos. Bobbio expresa además que:

No es difícil prever que en el futuro podrán aparecer nuevas pretensiones que ahora no alcanzamos siquiera a entrever, como el derecho a no portar armas contra la propia voluntad, o el derecho a respetar la vida también de los animales, y no sólo de los hombres. Lo que prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza. Aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada, no es fundamental en otra época y en otra cultura. (Bobbio, s.f., pág. 56)

Lo expresado por dicho autor, refrenda lo ya abordado, pues el desarrollo histórico de los derechos permite el día de hoy hablar de los *derechos implícitos*, ya que al decir certeramente Bobbio que *en el futuro aparecerán nuevas pretensiones*, generará que la norma jurídica se adapte, en especial la norma constitucional.

Previo a continuar, se debe hacer una aclaración de utilidad para el desarrollo del presente capítulo, los estudiosos del Derecho se refieren a los *derechos implícitos* con distintas denominaciones, que en suma desarrollan a estos derechos, pero es importante enumerarlas desde esta instancia a efecto de no entrar en confusión en el desarrollo del capítulo, pues siempre se hará referencia al mismo concepto. En esta investigación se ha adoptado el término de *derechos implícitos*, sin embargo, se hará alusión a las otras denominaciones, en atención a los autores consultados, los *derechos implícitos*, son conocidos también como: *Derechos innominados, derechos no enunciados, derechos inherentes, derechos nuevos y derechos no enumerados*.

Es primordial para los gobiernos procurar la protección de los derechos reconocidos y amparados en las Constituciones, hasta llegar al punto de proteger lo aún no escrito en los textos constitucionales, en ese escenario según Ferreira Causil nace la teoría de los derechos innominados, el autor en mención anota que el primer indicio de ésta teoría es la Constitución de Filadelfia de 1787, que en su texto original no contenía como otras de su especie un catálogo que enumerara los derechos de los ciudadanos, pero que tácitamente se comprendía que la ciudadanía tenía derechos reconocidos, aunque no figuraran en normas escritas.

Pero más allá de lo que puede leerse o de lo que puede faltar en la “letra” de la Constitución, tomamos en cuenta la razón por la cual en los Estados Unidos su primer documento de 1787 careció de declaración de derechos: la tradición y la cultura de su tiempo la consideraban innecesaria y redundante, y daban por obvia su inclusión *implícita*. Quiere decir que la omisión, muy lejos de responder a olvido o a menosprecio, era más bien la reafirmación de que en un Estado democrático no es imprescindible que los derechos consten por escrito, porque hacen a su esencia constitutiva. (Bidart Campos, 2002, pág. 103)

Los constituyentes de la época, no consideraron que el texto constitucional debía contener una enumeración de los derechos que le asistían a las personas, pues el preámbulo constitucional juntamente con la Declaración de Independencia suponía la existencia y el reconocimiento de tales derechos, por lo que no era necesario que se hiciera una enumeración expresa de los mismos, el pueblo como los gobernantes, estaban conscientes de las prerrogativas que les asistían. Alexander Hamilton justificó lo innecesario que resultaba enumerar uno a uno los derechos del pueblo estadounidense, y Gros Espiell lo expone:

Hamilton, en *El Federalista*, justificando la inexistencia de una Declaración de Derechos Humanos en la Constitución de 1787, decía que estos derechos estaban reconocidos en diversas partes del texto constitucional, por lo que era innecesario hacer mayores precisiones. Pero además agregaba —lo que es muy importante con respecto a los derechos del pueblo no declarados— lo siguiente: «Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y como lo retiene todo no necesita reservarse ningún derecho particular». (Gros Espiell, 2000, pág. 148).

Sin embargo, pese a los argumentos a favor de no tener una enumeración de derechos en la Constitución estadounidense, se hizo imprescindible en los años subsiguientes que los derechos sean expresamente referidos, surgen las enmiendas a dicha Constitución. Para efectos de la presente investigación la IX enmienda (1791) es de suma importancia, toda vez que la misma reza: *La mención de ciertos derechos en la Constitución no se debe interpretar como la denegación o la restricción de otros derechos que el pueblo se haya reservado para sí mismo.*

Edgar Carpio (2000), citado por Salazar Muñoz (2008), indica que la enmienda en mención, incluida en el *Bill of Rights* que se incorpora a la Constitución de Estados Unidos, es el primer texto constitucional que incluye lo que se denomina como cláusula de derechos implícitos, punto de partida en los textos constitucionales para acoger esta teoría.

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. (Carpio Marcos, 2000, pág. 16).

## 2. Derecho constitucional implícito

Previo a hacer referencia directa a los derechos implícitos, es necesario de manera expedita realizar una diferencia entre los términos explícito e implícito, como un previo a definir estos últimos, como derechos constitucionales.

De este modo está no sólo permitido sino incluso es adecuado acudir al diccionario de la Real Academia Española para definir lo *explícito* y lo *implícito*. Lo primero se define como aquello que “expresa clara y determinadamente una cosa”; mientras que lo segundo se define como lo “incluido en otra cosa sin que esta lo exprese”. Predicados estos adjetivos del sustantivo *derechos* se obtiene lo siguiente: *derechos explícitos* son aquellos derechos expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, como por ejemplo puede ser una ley; mientras que los *derechos implícitos* son aquellos derechos no expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, sino que se incluye en ella sin que ésta lo manifieste. *Derechos constitucionales explícitos* serán aquellos derechos expresados clara y determinadamente en el texto de la Constitución; mientras que los *derechos constitucionales implícitos*, serán aquellos que se incluyen en la Constitución sin que ésta lo exprese clara y determinadamente. (Castillo-Córdova, 2008, pág. 6).

Lo anterior, ha sido una forma muy general de referirse a los derechos que hoy nos ocupan, diferenciándose de forma muy puntual los derechos implícitos de los derechos explícitos, en que éstos últimos se encuentran descritos en la literalidad de la norma y resaltan a simple vista, su reconocimiento es expreso en la norma constitucional y ya han recorrido un camino necesario que determinó que debían ser recogidos por la norma constitucional.

La expresión «norma implícita» es comúnmente usada en el lenguaje jurídico para referirse indistintamente a la clase de las normas no expresas... Ahora bien, toda norma no expresa, por definición, no es fruto de la legislación (en sentido material) –de otro modo sería una norma expresa– sino de una «construcción jurídica». Es fruto, por tanto, de un razonamiento

de los intérpretes. Las normas no expresas derivadas de razonamientos del primer tipo pueden denominarse «implícitas» (en el sistema jurídico) en sentido estricto. (Guastini, 2017).

Estos derechos no enunciados o no enumerados han sido llamados a veces por la doctrina «derechos implícitos» o «derechos inherentes», ya que, cuando se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, sólo pueden encontrarse en una concepción jusnaturalista, en virtud de la cual existen derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional. La situación no es exactamente igual —pero es sin embargo análoga— cuando el texto constitucional deriva estos derechos no enunciados de la idea democrática, del origen popular del poder político, del régimen representativo o de los derechos del pueblo. (Gros Espiell, 2000, pág. 146).

Resalta lo manifestado por Gros, en cuanto a que éste se refiere a que los derechos implícitos a *prima facie* se refieren a derechos propios de la persona, sin embargo, éstos tienen una mayor amplitud; pues tal como lo expresa Guastani, llegar a determinar dichos derechos, su contenido y formulación es a partir de un proceso más profundo. No se hablará entonces de interpretación jurídica, sino de construcción o creación judicial.

## **2.1. Precisiones**

En el presente punto, se precisará sobre los derechos implícitos, en el sentido de indicar cómo estos derechos están fundamentados y se procederá a definirlos; ya en el apartado anterior se hizo referencia a la palabra *implícito*, para definirla y diferenciarla de la expresión *explícito*, como punto de partida para entender lo que son los *derechos implícitos*. De forma puntual y sencilla se indicó que dichos términos se diferenciaban en la expresión o no de determinado derecho en la norma, sin embargo, la teoría de los *derechos implícitos*, va más allá de decir que un derecho es implícito con el solo hecho de no encontrarlo en el texto constitucional; para que un *derecho* que no se encuentra en el texto constitucional sea considerado o llevado al rango de derecho fundamental en la vía de un derecho constitucional implícito, éste debe de tener determinados caracteres y su contenido debe a su vez llevar consigo la dignificación de la persona.

A continuación, se estudiará esta teoría de los derechos implícitos y cómo éstos amplían en los textos constitucionales el catálogo ya existente de derechos humanos. Comenzando con la fundamentación de los derechos implícitos, se debe anotar:

Tratemos de consignar los derechos del mejor modo posible para promover su funcionalidad efectiva, pero a la vez reivindiquemos con ahínco el principio elemental que reconoce y admite *derechos innominados*. En definitiva, queremos decir que hay derechos “con normas” y “sin normas” porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito... La lección constitucional que rescatamos nos enseña por ende a no clausurar los derechos en casilleros rígidamente cerrados, porque el ritmo creciente de las necesidades y las valoraciones sociales demanda la movilidad de continuas añadiduras complementarias. (Bidart Campos, 2002, pág. 104).

En lo citado, Bidart Campos, resalta que las Constituciones no deben blindar el catálogo de derechos fundamentales, como ya se refirió, los derechos humanos tienen *una edad* y recordando lo expresado por Ferrajoli, citado por Carbonell: “en todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica” (Carbonell, 2010, pág. 8). Siendo que la teoría de los derechos implícitos, pretende ampliar y reformular a los derechos humanos, su fundamentación debe ir aparejada con éstos, es indispensable enmarcar en cuál teoría de las que fundamentan a los derechos humanos, encajan los derechos implícitos.

Partiendo de la teoría iusnaturalista, que fundamenta a los derechos humanos como derechos naturales del hombre, inherentes a éste y no sujetos a la norma jurídica, Sábica Aponte, citado por Salazar Muñoz, se inclina a que los derechos implícitos tienen una fundamentación sobre esta base teórica, su primer argumento es denominar los derechos implícitos como *derechos inherentes* y refiere que:

En el concepto de derechos inherentes a la persona humana radica su fuente, desde su misma denominación, fuera del derecho positivo del Estado y que se trata, entonces de derechos no formulados ni regulados en la ley, surgidos desde la propia condición del hombre, por lo que su origen es la actividad humana no regulada jurídicamente, vale decir, la que el hombre cumple en el orden natural de las cosas. (Salazar Muñoz, 2008, pág. 189).

Gros Espiell, también hace referencia a que los derechos implícitos pueden fundamentarse en una postura iusnaturalista, pues la cláusula de derechos implícitos contenida en algunas Constituciones indica que los derechos que sean inherentes a la persona, no pueden ser excluidos, aunque no estén consignados en el texto constitucional. Sin embargo, el autor en mención, duda de esa fundamentación, pues la cláusula en mención no se restringe solo a ese presupuesto para considerar a los derechos implícitos, existen otros puntos de partida para desarrollar derechos implícitos.

Al intentar fundamentar los derechos implícitos, a través del iusnaturalismo y positivismo, Bidart Campos expresa que ni uno ni otro los sustenta de una manera adecuada, de tal forma que permita comprender porque estos derechos en la época actual revisten de importancia para el catálogo de derechos fundamentales. Respecto del iusnaturalismo, los autores citados, no encuentran un punto acorde para concluir que los derechos implícitos tengan ese fundamento, pues Gros Espiell refiere que si el texto constitucional indica que un derecho implícito será el inherente al ser humano, sí se estaría frente al iusnaturalismo, pero a la vez, indica que no siempre será así, pues algunas Constituciones indican que un derecho implícito también puede surgir de: la soberanía del pueblo, la forma de gobierno o del principio de justicia social, entre otros; por lo que el fundamento iusnaturalista queda parcialmente invalidado. En cuanto al positivismo jurídico Bidart Campos es contundente al decir que tener dicho fundamento conlleva *tener como única fuente al Estado y rebajar los derechos a la voluntad política*, por lo que no puede fundamentarse el derecho implícito en este fundamento filosófico, pues ello implicaría una atadura normativa; ahora bien, éste autor continúa exponiendo que:

Derechos *sin* normas son *derechos no enumerados o innominados*, que tienen recepción constitucional e internacional a pesar de que el orden de normas sea allí lagunoso... Derechos que *no* están en las normas (tanto si hay normas como si no las hay) son derechos que, a la manera como lo refieren las cláusulas constitucionales sobre derechos implícitos, reenvían a la dignidad humana, a la personalidad humana, a la naturaleza humana, a la forma democrática de Estado, fundamentos todos que trascienden a la normatividad, al voluntarismo político al hermetismo estatal. (Bidart Campos, 2002, pág. 112).

En su exposición Bidart Campos, es claro y contundente, al expresar que el fundamento positivista no puede ser fundamento de los derechos implícitos, y esta postura es lógica en cuanto que el positivismo no acepta nada que no esté dentro de la norma jurídica, y los derechos implícitos buscan considerar derechos no escritos en los textos constitucionales; el positivismo jurídico no puede fundamentarlos, esta teoría supera a la norma escrita, pues el autor abordado, indica que se evitarán procesos engorrosos de reformas y permitirá que no haya un estancamiento, en el entendido que la persona es un ser que cada día tiene necesidades nuevas, ésta teoría permitirá abordarlos, evitando el anquilosamiento normativo.

Bidart Campos tiene claro que el progreso humano es constante y que los textos constitucionales no pueden cerrarse a lo textualmente contenido en ellos; los derechos implícitos promueven la no paralización del desarrollo histórico de la persona, quién en el transcurrir de los días sigue buscando la reivindicación de su dignidad, el fundamento de los derechos que hoy nos ocupan deviene adecuarse al fundamento historicista de los derechos humanos. La apertura en los textos constitucionales hacia los derechos implícitos permite que las Constituciones progresen y maximicen su objetivo, toda vez que evita procesos de reforma, así como un estancamiento en el objetivo garante del Estado hacia la población, en el sentido que brinda una gama amplia de derechos; sin embargo, debe prevenirse que estos derechos implícitos, no pretendan de una manera antojadiza incluir prerrogativas que no lleguen al nivel de un derecho fundamental. “El ámbito residual de derechos no enumerados responde a un principio cardinal y básico de *no exclusión*: los derechos que cuentan con norma no excluyen (no niegan) a otros que quedan en silencio, sin nombre.” (Bidart Campos, 2002, pág. 113).

Los derechos humanos son fruto de la lucha constante por la dignificación de la persona; que para ser garantizados debieron ser recogidos en los textos constitucionales, es decir, ser positivados, convirtiéndose en derechos fundamentales. Ello no significó que los derechos humanos se atarían a estar en una norma escrita, para ser considerados como tales, ampliando lo dicho por Bidart Campos, Nogueira Alcalá expresa:

*El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. (Nogueira Alcalá, 2007, pág. 254).*

Ya para puntualizar una definición de *derechos implícitos*, se procederá a transcribir algunas de las definiciones que se consideran de trascendencia. Navarro (2015), los define inicialmente como:

Aquellos derechos que no están directamente reconocidos en la Constitución, pero que cuentan con relevancia material suficiente -proveniente de su particular naturaleza o relación con la dignidad humana- determinada a partir de una fundamentación iusfundamental correcta efectuada por autoridad competente, que otorgó a la pretensión subjetiva revelada reconocimiento y protección constitucional. (Navarro Aracena, 2016, pág. 16)

A su vez, Castillo-Córdova (2008) los define como:

El conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente. (Castillo-Córdova, 2008, pág. 6).

Juan Sosa (2007), citado por Salazar Muñoz (2008), los define en el siguiente sentido:

*La cláusula de derechos no enumerados o no enunciados es aquella que reconoce expresamente la posibilidad de entender como derechos fundamentales a otros derechos que no se encuentran expresamente reconocidos por la Constitución. Dicho de otra forma, dicha cláusula niega que los derechos reconocidos por la Constitución sean los únicos atribuibles a las personas, sino que quedan comprendidos también (y tutelados con la misma dedicación y fuerza) todos aquellos que merezcan reconocimiento, principalmente por desprenderse del principio de dignidad humana. (Salazar Muñoz, 2008, pág. 193).*

Las definiciones anteriores, se asemejan al referir que un derecho es implícito cuando en primera instancia no se encuentra enumerado dentro del catálogo de derechos del texto constitucional y que dicho derecho debe tener como contenido la dignificación de la persona. En este sentido, habrá un derecho implícito si su objetivo es resaltar la dignidad humana y este no se encuentra contenido en ese catálogo de derechos. Toda vez que como refiere Joaquín V. González, citado por Héctor Gros:

Los derechos que la Constitución enumera no son todos los que pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil. Además, al declararlo así, la Constitución Argentina, como la de los Estados Unidos, confirmó “el principio de que las Constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y defenderlos, y que si algunos son especialmente enumerados y protegidos, sólo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos.” (Gros Espiell, 2000, pág. 150).

De suma importancia es lo escrito, toda vez que al sustentar el fundamento de los derechos humanos como historicista y decir que éstos son fruto del devenir humano, que los *derechos no son entidades que siempre hayan estado ahí*, y que *los derechos son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades*, se entiende el porqué de los derechos implícitos. Pues en si el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución, no debe ser blindado y cerrarse al surgimiento de nuevos derechos, que deriven de la misma vida cotidiana de la persona, el fundamento historicista puede fundamentar los derechos implícitos.

Para puntualizar el tema de los derechos implícitos, después de haber realizado las anteriores consideraciones, se debe hacer las siguientes anotaciones, encaminadas a saber el campo de aplicación de los derechos implícitos. En primera instancia se anotó que hay un derecho implícito o no enumerado cuando no se encuentre expreso en el texto constitucional, surge la pregunta: ¿eso significa los derechos implícitos? Seguramente, al día de hoy no se han conocido todos los derechos humanos, que al finalizar los días de la humanidad se podrán contabilizar en los textos constitucionales. Pero en tanto se llega a dicho momento, en donde las Constituciones deban en su texto escrito incluir *todos* los derechos que debe gozar una persona o colectivo social; la

teoría de los derechos implícitos, permitirá ir conociendo éstos o ampliando en su caso los derechos ya conocidos, en el entendido de que el día de mañana surgirán necesidades que deben ser protegidas; sobre esa base Castillo-Córdova, expone:

Las circunstancias o más precisamente el cambio de las mismas, y las concretas valoraciones que ellas generen en la sociedad, pueden exigir la formulación y protección jurídica de nuevos bienes humanos, en cuyo caso hablaremos de *nuevos* derechos humanos; o puede exigir el redimensionamiento de un ya reconocido bien humano, en cuyo caso hablaremos de un *nuevo* contenido de un antiguo derecho humano. En uno y otro caso nos hallamos ante circunstancias que aconsejan un reconocimiento y protección jurídica al más alto nivel, que hasta el momento no tenían reconocido, al menos de manera explícita y concreta. (Castillo-Córdova, 2008, pág. 8).

De la exposición de Castillo-Córdova se desprende que los derechos implícitos, buscan en primer lugar, el reconocimiento de derechos *nuevos*, es decir, de derechos que al día de hoy no se han considerado en lo absoluto; ello solo si la circunstancia que da lugar a esa consideración también es nueva, y el segundo lugar es darle un contenido amplio, no distinto, a un derecho humano ya reconocido en el texto constitucional. Una explicación más amplia de lo aludido, es la brindada por Juan Manuel Sosa, citado por Salazar Muñoz, quién expone:

Así tenemos: **los contenidos implícitos de derechos enumerados:** que —*está referido a la determinación del contenido de un derecho fundamental, es decir, al desarrollo de su significado (porque la norma constitucional sólo menciona el derecho de manera genérica, sin describir sus alcances)*... No se trata de contenidos novedosos, sino de contenidos o derechos tradicionalmente entendidos y/o ejercidos como fundamentales sin mayor controversia, o aquellos cuyo reconocimiento es un imperativo de antigua data. También, los **contenidos de nuevos derechos enumerados:** que —*se trata de nuevos derechos contenidos en derechos expresamente enunciados, que aparecen debido a recientes requerimientos socio-constitucionales. De esa forma, un derecho abarca un concepto nuevo, que no tenía antes.* Y los **Derechos implícitos en dispositivos constitucionales no declarativos:** que “*se trata de la interpretación de un enunciado constitucional de cuya lectura no encuentra ningún derecho constitucional, debido a que no declara ni reconoce algún derecho, sino que se llega a él a través de una interpretación de la finalidad y sentido del dispositivo.* (Salazar Muñoz, 2008, pág. 192).

Lo anterior es de alto contenido en cuanto a puntualizar el derecho constitucional implícito, pues se ha intentado destacar, la existencia de dicho derecho, basados en dos circunstancias: la dignidad humana y los cambios en la vida social de la persona. Como lo ha dicho Bobbio *los derechos tienen una edad y van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales*, pese a los cambios que se den en la vida de la persona, ésta debe conservar intacta su dignidad; por ello debe de protegerse los nuevos bienes jurídicos o darles un nuevo contenido a los derechos ya reconocidos, aquí es donde surgen los derechos implícitos, pero para su efectiva protección la norma constitucional debe permitirlo. Surge así la pregunta: ¿Cómo debe la Constitución permitir el reconocimiento de nuevos derechos?, Casillo-Córdova expresa:

La determinación y esclarecimiento de ese nuevo derecho humano debe tener como base... criterios y principios expresamente referidos en el dispositivo constitucional... un derecho humano reconocido y garantizado según ese criterio o principio constitucional, forma parte de la Constitución... de modo que el derecho humano implícito se convierte en un derecho constitucional implícito, no sólo exigible sino también pasible de protección constitucional. (Castillo-Córdova, 2008, pág. 10).

¿Cómo es esto?, de forma somera dicho autor se refiere a la cláusula de derechos implícitos que en líneas subsiguientes será abordada, texto normativo que sí debe ser expreso en la Constitución, para que el órgano encargado de hacer esa interpretación y construcción jurídica del derecho implícito, pueda en su momento introducir el derecho nuevo en el catálogo de derechos fundamentales.

## **2.2. Identificación de la norma de derecho fundamental (cláusula de derechos implícitos)**

Corresponde profundizar ya directamente en la denominada cláusula de *derechos implícitos*, que surge directamente de la teoría de derechos implícitos; en el sentido de observar cómo esta cláusula se encuentra en la Constitución y como tal es derecho fundamental y permitirá la aplicación de esta teoría. Al respecto, Héctor Gros (2000) manifiesta que:

Se ha conceptuado, con razón práctica, que es útil —y hasta necesario— incluir en las Cartas Supremas disposiciones que establezcan de manera directa y expresa, que la

enumeración o la enunciación de derechos no es taxativa y que esa enunciación o enumeración no excluye otros que derivan de la naturaleza humana o de los caracteres esenciales del sistema político. De esta forma, además, se mantiene abierto, renovado y actualizado, el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos. (Gros Espiell, 2000, pág. 147).

Lo anterior, debe comprenderse en el sentido de que el texto constitucional, debe necesariamente contener una norma que expresamente indique que el catálogo de derechos no es cerrado; es decir, que debe haber un artículo en la Constitución que indique en términos generales que: *no se excluirán aquellos derechos que no se encuentren anotados en la Constitución*, si el texto constitucional no contiene ese artículo en mención -cláusula de derechos implícitos-, entonces la Constitución de ese Estado no permite la inserción de nuevos derechos o la reformulación de un derecho ya expreso, pues no acoge la teoría de derechos implícitos.

El autor citado expresa qué circunstancias deben considerarse para que un derecho no reconocido entre al ámbito de derechos fundamentales por vía de la cláusula de derechos implícitos; a saber, derechos que reconozcan la dignidad humana y que formen parte del sistema republicano de gobierno, principios de justicia social, entre otros. Sin embargo, lo anterior no es absoluto, pues dependerá de la forma en que esté determinada la cláusula de derechos implícitos en las Constituciones de los Estados, además, la teoría del derecho implícito expresa, que éste no solamente permite el reconocimiento de derechos *nuevos*, sino también una interpretación extensiva de los ya reconocidos.

Recalcando el fundamento historicista de los derechos humanos y habiendo establecido además que dicha teoría fundamenta la teoría de los derechos implícitos, Prado Herrera (2009), en esa línea manifiesta que, la cláusula de los derechos implícitos es: “acorde con el principio de progresividad en la interpretación de los derechos humanos, pues en atención a éste, se reconoce el carácter evolutivo de los derechos humanos... sobre la base de esta característica se tiende a incorporar nuevos

alcances de derechos ya reconocidos, o a incorporar nuevos derechos.” (Prado Herrera, 2009, pág. 248).

Se ha anotado que la progresividad en los acontecimientos humanos, ha permitido que se vayan reconociendo derechos humanos; que, a partir del surgimiento del Estado constitucional, se determinó la necesidad de que en la ley fundamental esos derechos quedaran contenidos. Surge la teoría de los derechos fundamentales, indicando que los derechos humanos deben ser positivados para su debida protección, lo anterior podría contradecir la teoría de los derechos implícitos, que refieren que un derecho no necesariamente debería estar contenido en el catálogo de derechos de las Constituciones.

Lo argumentado no debe ser objeto de confusión, pues pese a que los derechos implícitos o nuevos derechos no se encuentren contenidos de forma expresa en la Constitución, efectivamente debe existir una norma expresa en ella; que permita que se integren nuevos derechos, a esto se le llamará *cláusula de derechos implícitos*, como certeramente lo expresó Héctor Gros. Si una Constitución de un Estado no contiene de forma expresa esa norma constitucional que contenga esa cláusula de derechos implícitos se deberá concluir que su catálogo de derechos fundamentales es un *numerus clausus*.

Primero, se debe precisar si en el contenido del texto constitucional, éste contiene la cláusula en mención; para luego trasladarse a un caso concreto de la persona humana, en donde su dignidad se encuentre en peligro de ser vulnerada y por ende deba ser resguardada; y que al observar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución no exista en ella, un derecho reconocido que pueda ser invocado en ese caso concreto.

Una situación complicada en esta cláusula de derechos implícitos, es cómo identificar que un *derecho* debe ser elevado al rango de derecho fundamental,

...así, el principal problema que presentan los derechos “implícitos” radica en el proceso de identificación de los mismos. En otras palabras, no es claro cómo un intérprete de la Constitución puede determinar que una pretensión subjetiva tiene rango iusfundamental. Evidentemente, el resultado reviste de la mayor importancia, toda vez que los derechos fundamentales conllevan aparejados una batería de herramientas e instrumentos de protección y tutela, tanto en el plano constitucional como en el legal. (Contreras V., 2011, pág. 150).

El autor citado, indica que es innecesaria la adopción de la teoría de los *derechos implícitos*, considera que ello conduciría al surgimiento de *derechos* que saldrían de la esfera de los derechos fundamentales, pero que serían considerados como tales. Además, se pregunta: ¿Quién debe de considerar o determinar qué o cuál sería un derecho fundamental vía cláusula de derechos implícitos? Pese a lo manifestado por el autor, aunque la tarea de identificación e interpretación de un derecho fundamental, a través de la referida cláusula, se asume la postura que es de suma importancia su inclusión en el texto constitucional; debido a que el devenir de la persona es cambiante y la norma constitucional debe adaptarse a ello. La cláusula de derechos implícitos permite esa adaptación, pues algunas Constituciones son especiales en los procesos de reforma, lo que impediría que el catálogo de derechos se amplíe. Sin embargo, tal como ya se anotó esos nuevos derechos deben de llenar determinados requisitos, que no pueden ser obviados.

En busca de responder parte de los cuestionamientos realizados por Contreras, Castillo-Córdova (2008), manifiesta que si el contenido de una pretensión declarada por una persona, conlleva que se proteja un bien humano que no se encuentra amparado por la norma constitucional; es decir, por alguno de los derechos contenido en el catálogo respectivo, sino que es fruto de la interpretación constitucional, se justificará el contenido implícito de un derecho fundamental, agrega que:

El cambio de las circunstancias y consecuentes valoraciones sociales pueden llegar a justificar la existencia de nuevos derechos humanos o de nuevos contenidos de derechos humanos ya reconocidos. En la medida que los derechos constitucionales o fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados, queda justificada la existencia de derechos

constitucionales implícitos y de contenidos implícitos de derechos fundamentales ya reconocidos. (Castillo-Córdova, 2008, pág. 22).

En atención a la fundamentación historicista de los derechos humanos, la teoría de los derechos implícitos y su concreción en los textos constitucionales a través de la cláusula de derechos implícitos; hace concluir la importancia que tienen en el desarrollo constante de los derechos humanos, a efecto de que la persona pueda exigir la protección de un derecho de parte del Estado y que éste no se excuse de su tutela por el hecho de que el derecho invocado no se encuentre en la letra escrita del texto constitucional. Ya Castillo-Córdova manifiesta la importancia de los derechos constitucionales implícitos, para ampliar el catálogo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en aras de la salvaguarda de la dignidad humana, por medio de un mecanismo que le da a ese nuevo derecho una validez y efectiva tutela, argumentos en los cuales se está de acuerdo.

### **2.3 El rol de los Tribunales Constitucionales**

Siendo que los Tribunales Constitucionales, tienen como función esencial la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, éstos tienen un papel importante en el desarrollo de la cláusula de derechos implícitos; pues como se verá y tratando nuevamente de responder a Contreras, el Tribunal Constitucional será el encargado de aplicar la teoría de los derechos implícitos mediante la cláusula referida, a través de su interpretación. Pese a ello, se debe profundizar en cuanto a la aplicación que de esta teoría realiza el juzgador, si la labor es de interpretación o de construcción, Tulio Chinchilla (2009), al respecto expresa:

Derechos no positivados, ¿creación judicial de derechos?... el artículo 94 de la Constitución Política induce a la más amplia expansión de derechos constitucionales por la vía del reconocimiento puramente judicial o jurisprudencial de derechos, aunque estos no tengan respaldo explícito y puntual en texto normativo alguno (textos constitucionales e internacionales), pero cuyo reconocimiento sea derivable por la vía del discurso axiológico o ético a partir del valor *dignidad humana* (derechos inherentes o esenciales a la persona humana). (Chinchilla Herrera, 2009, pág. 110).

“La construcción argumentativa que realiza el Supremo intérprete de la Constitución ha empezado reconociendo que es posible la existencia de nuevas circunstancias que supongan la creación de nuevas necesidades y que a su vez justifiquen el reconocimiento de nuevos derechos.” (Castillo-Córdova, 2008, pág. 16). De ahí que el rol de éstos Tribunales sea medular en el reconocimiento de nuevos derechos, si no: ¿A quién debe de encomendarse esta tarea?, el órgano con facultades legislativas, ¿podría ser? Si fuese así se estaría hablando de reformas constitucionales, lo cual ya se ha anotado que no forma parte de la teoría de los derechos implícitos, pues el objetivo es agilizar y proteger sin preámbulo la dignidad humana, más que éste nuevo derecho llene los caracteres de un derecho fundamental; lo que no es tarea fácil, sin embargo, el Tribunal Constitucional como órgano creado para resguardar e interpretar la Constitución, se le ha encomendado éste importante cometido.

Leyendo la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, parece que la construcción de derechos subjetivos implícitos –es decir, de normas implícitas adscriptivas de derechos subjetivos– se desarrolla según dos modalidades argumentativas fundamentales: (i) A veces se infiere un derecho implícito de otro derecho, expresamente conferido, que lo presupone... es una idea generalizada en la cultura jurídica contemporánea que el sistema jurídico incluye no solamente los derechos expresamente conferidos, sino también aquellos derechos implícitos que son condición necesaria para el ejercicio de los primeros. (ii) Otras veces se infiere un derecho implícito de un principio expreso (o también, como puede suceder, de un principio él mismo implícito). (Guastini, 2017)

Algunos autores se cuestionan si la aplicación de la teoría es una labor interpretativa del tribunal constitucional o una construcción de éste, ya Chinchilla hace la referencia de que se podría estar hablando de una creación judicial, no una mera interpretación; pues cuando el juzgador interpreta, trata de buscar el significado de la norma, pero se encuentra en muchas ocasiones con lagunas legales, textos ambiguos y en casos concretos no logra encuadrar una norma jurídica al caso que se le presenta. Candia Falcon refiere que: “no representan instancias de interpretación constitucional. Por el contrario, ellos representan construcciones normativas... En efecto, la construcción judicial de normas no busca solo discernir el significado de una cláusula

constitucional abierta, sino también crear reglas que permitan la aplicación de aquella a un caso específico.” (Candía Falcon, 2017).

El autor en mención, expresa que esa creación judicial implicaría traspasar funciones establecidas a los poderes estatales, al igual que Guastini, cree que se pueden irrumpir funciones; sin embargo, hace la aclaración que el juez constitucional puede realizar una labor de creación, basada en límites o factores específicos, al contrario de Guastini, quién tiene una postura un tanto radical, al exponer:

Las generalizaciones son, naturalmente, peligrosas, pero creo que puede decirse que en la mayor parte de los sistemas jurídicos occidentales existen, de hecho, derechos implícitos en este específico sentido: son derecho (jurisprudencial) vigente... admitir la construcción jurisprudencial de derechos implícitos equivale a aprobar un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. (Guastini, 2017)

El pensar de Guastini, se considera extremistas, pues la *creación* de derechos fundamentales a partir de la teoría de los derechos implícitos, no significará cambio de facultades en los poderes estatales, pues retomando lo dicho por Montesquieu, citado por Carré de Malberg:

Es evidente que el principio de separación de poderes, tal como lo presenta el *Esprit des lois*, presume esencialmente un concepto material de las funciones sin el cual carecería de sentido. El fin mismo de este principio, en efecto, es repartir las funciones entre órganos distintos, según la naturaleza intrínseca de aquéllas. (Carré de Malberg, 2013, pág. 765).

Montesquieu, *a prima facie* hace evidente la necesidad de dividir las funciones del Estado en distintos órganos, a partir del conocido *principio de separación de poderes*, del estudio de su teoría, Carré de Malberg concluye que:

Entonces, ha nacido el siguiente sistema: el cuerpo legislativo es el único que puede decretar las reglas generales, o en todo caso, las reglas de derecho; la autoridad ejecutiva es la única que puede tomar medidas particulares de gobierno y de administración; y los jueces, finalmente, son los únicos que pueden aplicar las leyes a los casos que dependen de lo contencioso. Se ha considerado esta especialización de las funciones como uno de los elementos esenciales de la separación de poderes. (Carré de Malberg, 2013, pág. 766)

Al concluir Carré de Malberg, en la forma en como es concebido el principio de separación de poderes de parte de Montesquieu, se denota de parte de dicho autor que

el principio sustentado por éste de forma exclusiva asigna las funciones a cada órgano, pudiendo decirse que ningún otro órgano puede desarrollar una función análoga a la de otro órgano, aunque ello se pueda dar en el mismo ejercicio de las funciones asignadas. Por dicha razón Carré de Malberg expresa que: “semejante separación de las funciones, con afectación exclusiva a cada una de ellas de una especie determinada de órganos, es completamente irrealizable” (Carré de Malberg, 2013, pág. 766), indicando que existen dos razones para pronunciar dicha aseveración.

Por una parte, las autoridades estatales quedarían colocadas en la imposibilidad de llenar su cometido nominal si permanecieran encerradas dentro de una función material determinada y privadas del recurso de participar en cualquier función indistinta...La actividad de los órganos, por el contrario, en vista de fines estatales determinados. Ahora bien, para alcanzar uno cualquiera de estos fines es indispensable que el órgano que de ellos se halla encargado realice múltiples actos, los que, por su naturaleza, dependen de varias funciones. (Carré de Malberg, 2013, pág. 766).

Por otra parte, la separación o especialización orgánica de las funciones tropieza con un obstáculo por el hecho de que entre las funciones propiamente dichas de legislar, administrar y juzgar en el sentido material indicado por Montesquieu, existen ciertos puntos de contacto, y algunas “zonas limítrofes” o “zonas mixtas”, que comprenden atribuciones que por su naturaleza participan a la vez de dos poderes funcionales. (Carré de Malberg, 2013, pág. 767).

En atención a lo citado, la tesis de Guastini es incorrecta, pues tal como lo indica Carré de Malberg, aplicar de la forma como lo expresa Montesquieu, la separación de poderes, asignando con exclusividad una función determinada a un órgano estatal, tal como lo quiere hacer ver Guastitni, no es aplicable al Estado mismo.

Parte de las funciones de un Tribunal Constitucional es la creación de la *jurisprudencia*, está función sería la que entraría en ejercicio en la aplicación de la cláusula de derechos implícitos para integrar un nuevo derecho al catálogo ya existente o desarrollar el contenido de derechos expresos. “Lo cierto es que vía jurisprudencial se ha ampliado considerablemente el catálogo de derechos, reconociendo derechos innominados... pues el tema de los derechos innominados en casi todos los países es

desarrollo de la jurisprudencia.” (Ferreira Causil, 2017, págs. 73-76). Los Tribunales Constitucionales, son los encargados de la defensa e interpretación constitucional y en ejercicio de ello, utilizando la cláusula de derechos implícitos contenida en la Constitución, han creado un nuevo derecho o dándole un nuevo contenido a un derecho ya reconocido.

### **3. Tratamiento de los derechos constitucionales implícitos**

Para que la teoría de los derechos implícitos sea efectiva en un Estado específico, éste debe contener en su texto constitucional una cláusula de derechos implícitos, que exprese que el catálogo de derechos fundamentales no es cerrado a los enumerados en la Constitución; es decir, que de forma expresa debe contener la Constitución una norma constitucional que aperture la existencia de nuevos derechos, derechos que no estarán denominados, sino que referirá que surgirán a partir de la dignidad humana.

“Se evidencia que, para mantener el catálogo de derechos que contienen las diferentes Constituciones abierto, renovado y actualizado, se ha hecho necesario incluir este tipo de disposiciones que establecen que la enumeración de derechos no es taxativa.” (Ferreira Causil, 2017, pág. 91). En ese sentido, en el presente apartado se observará cómo se encuentra redactada esta cláusula de derechos implícitos tanto a nivel internacional como en legislación comparada, pues para el caso de Guatemala, el capítulo siguiente será el encargado de desarrollar dicha cláusula en el texto constitucional.

Retomando el antecedente norteamericano de los derechos implícitos, la IX enmienda de la Constitución estadounidense, como cláusula de derechos implícitos expresa: *La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el Pueblo.* Reafirmando, la cláusula de derechos implícitos, es no excluyente, pues los derechos nominados, a partir de dicha cláusula no niegan a los no expresamente referidos en la ley fundamental. En general,

en las Constituciones que contienen la cláusula de derechos implícitos, “dichos artículos en su gran mayoría inician señalando que *la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros*. De esta frase nace toda esta teoría de los derechos innominados, implícitos o inherentes por la que se acrecientan los derechos de los ciudadanos.” (Ferreira Causil, 2017, pág. 78).

### 3.1 Sistema interamericano de derechos humanos

La teoría de *derechos implícitos*, ha sido acogida también por el sistema interamericano de derechos humanos, pues la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro de su texto, incluye una cláusula de derechos implícitos, explícitamente el artículo 29, relativo a las *normas de interpretación* de la Convención, en el apartado c), contiene una norma expresa a este respecto, dispone: **Artículo 29. Normas de Interpretación.** *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.*

Héctor Gros, cita a Bidart Campos, cuando éste comenta que, dicha norma “tiene por cierto que el ser humano explaya sus derechos mucho más allá de los que expresamente formulan las normas del Pacto.” (Gros Espiell, 2000, pág. 169).

En cuanto al ejercicio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado al artículo referido, Gros refiere que: “La Corte ha citado en su jurisprudencia el artículo 29 en general, pero no el inciso c) en especial. En efecto, no ha hecho hasta hoy uso de esta disposición relativa a un criterio hermenéutico...” (Gros Espiell, 2000, pág. 170), a lo cual Candia Falcon no esta de acuerdo, pues expresa: “la Corte, dado el carácter general y vago de muchas de las normas de la Convención Americana, ha comenzado una tendencia jurisprudencial que, bajo clave interpretativa, ha incorporado tácitamente nuevas garantías al listado de derechos comprendidos en la Convención” (Candia Falcón, 2015, pág. 873), refiere que los derechos implícitos que la Corte ha reconocido y que no se encuentran contenidos en la Convención son: Derecho a la

verdad, derecho a la efectiva sanción penal y el derecho comunal a la propiedad indígena.

Gros sustenta que un Estado que ha ratificado la Convención y que a su vez contienen una cláusula de derechos implícitos, permite refrendar esta teoría en su texto constitucional; a su vez indica que aquel Estado que no cuenta con dicha cláusula, pero que sí ha ratificado la Convención tendrá una apertura a esta teoría a nivel internacional, plantea que la Convención permite expansión y unificación de los derechos a nivel internacional, Bidart Campos, en ese mismo sentido manifiesta:

Cualquier Estado que es parte de un tratado que contiene una cláusula sobre derechos implícitos, pero que carece de ella en su Constitución, tiene que integrar su plexo con derechos no enumerados en medida equivalente a la de la referida cláusula internacional, que lo obliga por virtud del tratado que el Estado en cuestión tiene ratificada internacionalmente. (Bidart Campos, 2002, pág. 108).

Pese a esas dos posturas, Candia Falcón expresa, que al estar integrando la Corte derechos implícitos a la Convención, está fungiendo fuera de las competencias que la misma Convención le asigna y además impone a los Estados partes, normativa que no fue ratificada ni aceptada al momento de ratificar la Convención. Pues dichos derechos no existían, por lo que él no acepta la teoría a nivel internacional, ya que la Corte tiene límites expresos contenidos en la misma Convención para que discrecionalmente aplique dicha teoría y propone la siguiente interpretación al artículo 29 c) de la Convención:

Este es el real alcance del artículo 29 letra c): evitar que los Estados entiendan que no pueden ir más allá de lo establecido en la Convención en relación a los derechos y libertades allí reconocidas. En ese sentido, el artículo 29 letra c) es expresivo de la idea de que “los tratados no conceden derechos humanos, sino que solo los reconocen y que pueden existir derechos humanos que no han sido formalmente reconocidos en un cuerpo jurídico.” La interpretación propuesta permite cumplir con dos objetivos: (a) primero, respetar la distribución de competencias establecida en forma de regla en el artículo 76 de la Convención, con lo que se asegura la corrección funcional del sistema; y (b) segundo, permitir nuevos desarrollos de derechos humanos dentro de la esfera legislativa doméstica e, incluso, internacional. (Candia Falcón, 2015, pág. 895)

Lo manifestado por los autores es de suma importancia respecto de la ampliación del catálogo de derechos humanos, al dar la panorámica ideal para ello, pues tanto aquel Estado que cuenta una cláusula de derechos implícitos en su texto constitucional, como aquel que no, pero que ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen la posibilidad de extender dicho catálogo. En el caso de Guatemala existe una cláusula de derechos implícitos dentro de su texto constitucional (Artículo 44), a su vez la Constitución guatemalteca contiene una norma constitucional que regula la preeminencia del Derecho Internacional en materia de derechos humanos (Artículo 46), sobre el derecho interno, por lo que, si en Guatemala no existiera una cláusula de derechos implícitos al ser parte de la Convención, debe de aplicar el artículo 29.c de ésta para ampliar el catálogo de derechos humanos, sobre todo en atención a lo que regula el artículo 46 constitucional, pero, aunque dentro del texto constitucional guatemalteco no existiera ni el artículo 44 ni el 46, con el hecho de haber ratificado la Convención, se estaría en la posibilidad de ampliar el catálogo de derechos humanos, en aplicación del artículo 29.c de dicho instrumento internacional.

### **3.2 Legislación comparada**

Como ya se observó en el derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra ya acogida la teoría de los derechos implícitos y existe una cláusula que permite la incorporación de nuevos derechos, para efectos seguir conociendo el trato que se tiene de la teoría, se procederá a relacionar algunas de las Constituciones latinoamericanas, que en su texto contiene dicha cláusula.

El nuevo constitucionalismo entre muchos otros cambios ha permitido la inclusión de cláusulas abiertas de derechos en las Constituciones latinoamericanas, con lo que se confirma que la lista de derechos constitucionales no termina en los que taxativamente se encuentran en las Cartas constitucionales. Como desarrollo de dichas cláusulas nacieron los llamados derechos innominados. Con este concepto se ponen en tela de juicio las creencias de una sociedad que se aferra al derecho escrito y que se satisface cuando los textos constitucionales contienen un amplio listado de derechos, y se abre paso a una nueva tendencia que están siguiendo los altos Tribunales en todo el continente: reconocer como derechos todos los inherentes a la persona. (Ferreira Causil, 2017, pág. 71)

Ahora bien, algunas de las Constituciones latinoamericanas contienen la cláusula de derechos implícitos, sin embargo, dicha cláusula no tiene una fórmula específica para que sea acogida por una Constitución. Cada Estado ha determinado el contenido que debe tener esta cláusula, en razón del contexto en el que el texto constitucional surgió, el presupuesto que deberá de tomar en cuenta su intérprete para poder crear un nuevo derecho o crear un nuevo contenido a un derecho ya reconocido, así como el objetivo de dicha cláusula para la persona. Pese a las diferencias o similitudes que existan entre las Constituciones en relación a la cláusula en mención, siempre el objetivo es ampliar el catálogo de derechos fundamentales en aras de preservar la dignidad humana. El presente análisis se enfocará primordialmente en aquellos términos utilizados por el constituyente en la cláusula de derechos implícitos, con base en el estudio realizado por Gros Espiell (2000), procediendo a anotar la norma constitucional de ciertas Constituciones latinoamericanas, que contienen esta cláusula:

1. La Constitución argentina de 1853 no contenía ninguna disposición a este respecto. Pero la reforma constitucional de 1860 incluyó una norma, el artículo 33, que dispuso: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno». Reforma que perdura y no es afectada por las reformas de 1866, 1893, 1944, 1973 y 1994 (que responden a regímenes políticos tan disímiles).
2. La Constitución de Bolivia de 1964. Su artículo 35 regula: «Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».
3. La Constitución de Costa Rica de 1949. El artículo 74 establece: «Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables, su enunciación no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley».
4. La Constitución vigente del Ecuador, de 1998, dispone en su artículo 19: «Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos

internacionales no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarias para su pleno desenvolvimiento moral y material».

5. La Constitución de El Salvador de 1983. El artículo 52 dispone: «La enunciación de los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de la justicia social».
6. La Constitución uruguaya de 1996 contiene una disposición de derechos no enumerados, en su artículo 72, el cual expresa: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».
7. La Constitución de Paraguay de 1992 en su artículo 45 establece: «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuran expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía».
8. La Constitución del Perú de 1993. Su artículo 3 dispone: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

De las normas constitucionales transcritas, se puede señalar: En primer lugar, hacen referencia a los términos: derechos, declaraciones, garantías, beneficios y deberes; en dichos términos a excepción del último refieren aquellas prerrogativas que tendrá toda persona en un Estado específico, es interesante que la Constitución uruguaya extienda en la cláusula de derechos implícitos los deberes de la persona, lo que conlleva que también pueden formularse nuevos deberes para el pueblo uruguayo.

Así también, éstas normas constitucionales regulan que los derechos no enunciados en el catálogo de derechos fundamentales de cada Estado no podrán o ser

negados o no implican exclusión, siendo que el ámbito del derecho implícito *responde al principio cardinal y básico de no exclusión*, ambos términos en las normas constitucionales referidas persiguen ese fin, además de ello la Constitución de Costa Rica añade la irrenunciabilidad de los derechos expresamente enumerados.

Otro dato de interés de las normas constitucionales en mención, es el relativo al presupuesto que el intérprete constitucional debe analizar para que surja, o un nuevo derecho o un contenido nuevo a un derecho ya enumerado, expresando dichas normas que este derecho implícito podrá surgir de: el principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno, del principio cristiano de justicia social, de la naturaleza de la persona, de los principios de la justicia social, de los derechos inherentes a la personalidad humana, de los derechos que se fundan en la dignidad del hombre y del Estado democrático de derecho. Lo anterior indica que existen diversos caminos de los cuales puede surgir un nuevo derecho, sin embargo, siempre el nuevo derecho pretenderá el resguardo de la dignidad del hombre.

Por último, cabe anotar que las normas constitucionales anotadas también regulan que no se excluirá ningún derecho que no se encuentre reconocido en la Constitución ni en tratados internacionales, y que el hecho de que no existan normas reglamentarias, no negará esos derechos no enunciados.

## Capítulo IV

### *Regulación y eficacia de los derechos constitucionales implícitos en Guatemala*

#### **1. Evolución histórica de los derechos humanos en las Constituciones guatemaltecas**

En el presente capítulo se procederá a puntualizar la teoría de los derechos implícitos en la normativa constitucional de Guatemala, así como su aplicación y tratamiento de parte del Tribunal Constitucional. Previo a la exposición puntual de lo anterior, se hará un breve desarrollo histórico del reconocimiento de los derechos en las Constituciones guatemaltecas, a efecto de que se pueda observar, cómo el pensamiento del constituyente y las necesidades del pueblo guatemalteco fueron exigiendo el reconocimiento de derechos humanos, que cómo ya se observó a nivel internacional se fueron asentando en los ordenamientos constitucionales de los Estados, en donde Guatemala, no debía quedar de lado.

Refiere Julio Zenteno (1986), que Guatemala tiene: "una triste y larga historia de violaciones a los derechos humanos que en algunos casos ha provocado la atención y la sanción moral o material de la comunidad internacional; esto no es reciente pues, arrancan aún antes de la Conquista y llegan hasta hoy" (Zenteno Barillas, 1986, pág. 121), aseveración que es aplicable, efectivamente al día de hoy, pues el pueblo guatemalteco ha sido objeto de desventuras en el reconocimiento de los derechos humanos. Las distintas Constituciones que se ha dado el Estado de Guatemala, muestra avances y retrocesos, y como todo pueblo, la población guatemalteca también se ha visto en la necesidad de exigir el reconocimiento de su dignidad.

El antecedente concreto más antiguo del constitucionalismo guatemalteco -y centroamericano- se encuentra en el Proyecto de Constitución de 112 artículos, más una Declaración de Derechos que el diputado por el ayuntamiento de la capital, Antonio Larrazábal, llevó a las Cortes de Cádiz, que elaborado en el seno de la corporación en

1810, siguió el destino de la mayoría de los documentos americanos y se perdió en el papeleo parlamentario del constituyente español. (García Laguardia, 2006, pág. 14)

Indican Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Richter (2013), que lo expresado por García Laguardia no llegó a ser conocido por las Cortes, por ende, no cobró vigencia alguna. (Pereira-Orozco y Richter, 2013, pág. 65), de esa cuenta los autores aludidos refieren que los antecedentes del constitucionalismo guatemalteco es la Constitución de Bayona y de Cádiz, a continuación, se abordarán, así como las normas constitucionales que les siguieron hasta la presente Constitución:

**a. Constitución de Bayona, 1808**

“Esta Constitución de la Monarquía española promulgada en 1808, es producto de la invasión de España, la abdicación de Fernando VII y el nombramiento de José Bonaparte como rey de las Españas y de las Indias... Esta Constitución, con influencia de la Revolución francesa, incluye una serie de derechos civiles y políticos.” (Zenteno Barillas, 1986, pág. 121). “Organiza el Estado... como corresponde a una Constitución” (Maldonado Aguirre, sf., pág. 6). En este punto, este texto constitucional,

ponía término a la antigua monarquía absoluta basada en el derecho divino de los reyes y “establecía el moderno sistema representativo, cuya base no es ni puede ser otro que el pacto de alianza de la unión entre la nación y el trono, como representantes ambos de la soberanía”. Estatuyó, sin embargo, una forma de gobierno en el que el poder del rey era absoluto, porque aquellos organismos que se crearon con atribuciones que podrían limitarlo, no estaban vigorizados con mecanismos suficientes, que pudieran controlar la autoridad real. (García Laguardia, 2010, pág. 11)

Añadido a lo referido por el autor, cabe resaltar que tanto los miembros del Senado como los jueces que formaban el orden judicial eran nombrados por el Rey, como lo regulaba los artículos 32 y 99, respectivamente, con ello se denotaba el poder que tenía el Rey, a efecto de poder controlar otros organismos e influir en decisiones que estos emitan, al haber sido puestos por éste.

Esta Constitución, respecto a la regulación de los derechos humanos, “legisla sobre las garantías individuales, tales como el derecho a la publicidad del proceso

penal, la inviolabilidad del domicilio, el principio de legalidad en las detenciones, la abolición del tormento y otras que pertenecen a la primera generación de los derechos humanos.” (Maldonado Aguirre, sf., pág. 6), de los cuales a consideración de Pereira-Orozco y Richter (2013), destacan la inviolabilidad de la vivienda, detención legal, exhibición personal, prohibición de la tortura; derechos que están contenidos en la Constitución vigente.

Indica Maldonado Aguirre, que este texto constitucional no tuvo vigencia, lo cual también de forma expresa refiere García Laguardia (2010), agregando que el origen de esta Constitución, la convirtió en el primer texto ilegítimo de la historia constitucional guatemalteca, esto al ser otorgada por José Napoleón, derivada de la invasión francesa, siendo este texto una *carta otorgada*, lo cual implica que no se tratara ciertamente de una Constitución que el pueblo se había dado.

#### **b. Constitución de Cádiz, 1812**

Denominada “*Constitución Política de la Monarquía Española*, promulgada el 19 de marzo de 1812 por la Cortes Generales, es un intento tardío para controlar los movimientos independentistas que habían estallado en las principales colonias Españolas de América y que cobraban fuerza desde México hasta Argentina” (Zenteno Barillas, 1986, pág. 123), se promulgó en Cádiz, territorio que no había sido objeto de la invasión napoleónica.

Establece una monarquía constitucional, que llega a reafirmar la dignidad representativa y popular de las Cortes hasta prohibirse que entrara a ellas con su guardia. Se trata de una Constitución desarrollada y extensa, cuyo tono principal consiste en moderar la autoridad del rey, al punto de establecer la primacía de las Cortes -órgano deliberante de elección popular indirecta- y legislar normas claramente prohibitivas a la autoridad real. (Maldonado Aguirre, sf., pág. 10).

A diferencia de la Constitución de Bayona, reguló en su artículo 14 que el Gobierno de la Nación Española sería una Monarquía moderada hereditaria, además que las Cortes (Poder legislativo) serían nombradas por los ciudadanos (Artículo 27), y que en la administración de justicia, ni las Cortes ni el Rey podrían ejercer funciones

judiciales (Artículo 243). Esta Constitución deja a la historia constitucional guatemalteca: “El ingreso de España al constitucionalismo, la representación nacional basada en la igualdad de ciudadanos, la división de poderes.” (Pereira-Orozco, A. y Richter, M.P., 2013, pág. 67).

Un dato interesante de dicha Constitución, en razón de su vigencia, es como lo expresa Julio Zenteno (1986), que siguió vigente en Centroamérica hasta 1824, pese a que fue abrogada en España.

### c. Constitución de la República Federal de Centro América, 1824

Las Constituciones relacionadas, son de importancia para Guatemala, en tanto fue una de las provincias de España, en consecuencia, su espectro llegó hasta nosotros. Ahora bien, corresponde considerar las Constituciones en donde Guatemala ya figuraba como un Estado, principiando con la presente.

España fue objeto de invasión de parte de Napoléon, dicho acontecimiento provocó que las colonias españolas comenzarán a independizarse y a organizarse constitucionalmente.

Es así como la mayor parte de las excolonias lograron iniciar su vida constitucional en la década de los años 20 del siglo XIX. Guatemala en este proceso logró su independencia definitiva en 1821 y tiene su primera Constitución en 1824, como parte de la República Federal de Centroamérica. Sin embargo, en la historia constitucional guatemalteca se considera como declaración de independencia absoluta la del Acta de 1823, que confirmó la independencia de España de 1821 y fue ratificada por todas y cada una de las provincias, proclamando la independencia no solo de España sino también de México y de cualquier otra potencia o nación. (Rozo Acuña, 2013, pág. iv)

Se promulga después de que las provincias de Centro América, se separan de su anexión a México y es aprobada el 22 de noviembre de 1824 en la ciudad de Guatemala. Esta Constitución de fuerte influencia de los ordenamientos constitucionales producto de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, establece un gobierno de tipo federal, representativo y popular. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 126).

Las Bases de la Constitución Federal de 1823 en su artículo 1 establece específicamente la división de los tres poderes, pues la Constitución establecía el

Congreso Federal y Senado, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, cada uno con atribuciones específicas. Pero, aunque estaban anotadas de forma específica las funciones de cada poder, se debe anotar que: “El temor de posibles dictaduras imponía límites a los poderes presidenciales, fortalecía la figura del parlamento e incorporaba el Senado como órgano adicional de control” (COPRE, 2017, pág. 14), pues “el congreso federal posee notable fuerza, dado que se le atribuyen funciones propias del ejecutivo” (Maldonado Aguirre, sf., pág. 16). Las funciones dadas al Ejecutivo son: Formar ordenanza general de las fuerzas nacionales, levantar y sostener el ejército y armada nacional, fijar los gastos de la administración general, entre otros, de conformidad con lo regulado en el artículo 69. “El Senado cumple una función moderadora, que consiste en sancionar las resoluciones del Congreso por lo que funciona un sistema bicameral.” (Maldonado Aguirre, sf., pág. 16), además que le sirve de consejero al Ejecutivo, pues el artículo 114, regula que le consultará sobre dudas y dificultades que ofrezca la ejecución, esto debe ser en el entendido del ejercicio de la función del poder ejecutivo como tal.

Determina la soberanía de cada uno de los Estados que formaban la federación, pues tal como lo expresa el artículo 10 constitucional: *Cada uno de los Estados que la componen -Federación- es libre e independiente y en su gobierno y administración interior.*

En materia de garantías individuales legisla sobre... la publicidad del proceso, la igualdad de acceso a los tribunales, el carácter exclusivo y legal de los centros de detención, la prohibición de formar tribunales especiales y de desarmar indebidamente a los habitantes. Algunas disposiciones revelan lo anticipado que se encontraban, sobre todo para impedir las cárceles clandestinas y los tribunales de fuero especial. (Maldonado Aguirre, sf., pág. 16).

Los derechos referidos se encontraban detallados en el Título X, también se encontraba regulación relativa a la aplicación de la pena de muerte, igualdad ante la ley, la detención legal e inviolabilidad de la vivienda y respecto de derechos políticos garantiza los derechos a elegir y ser electo; prohíbe la esclavitud, consagra el asilo.

El sistema constitucional de la federación centroamericana estuvo vigente prácticamente hasta 1838, ya que el 30 de mayo se reunió el Congreso federal en San Salvador, que

autorizó a los Estados para que, mientras se reformaba la carta fundamental, tomaran disposiciones de organización estatal... no fue viable la realización de la comisión que renovarían las autoridades de la República, cuyo período constitucional estaba para concluir, por lo que el 2 de febrero de 1839 no se habían electo los diputados al Congreso, ni los magistrados a la Corte Suprema de Justicia ni presidente y vicepresidente de la República, quedando Centroamérica sin gobierno constitucional. Aquí queda disuelto de hecho el pacto federal. (Maldonado Aguirre, sf., pág. 17).

#### d. Primera Constitución del Estado de Guatemala, 1825

Guatemala, como Estado parte de la Federación Centro Americana promulga su primera Constitución Política el 11 de octubre de 1825, basado en lo que para el efecto reguló el artículo 178 de la Constitución Federal, “afirmando su carácter soberano, independiente y libre en su gobierno y administración interior, pero dentro de los límites de la Constitución Federal...resalta su carácter democrático asegurado por la elección popular” (Rozo Acuña, 2013, pág. iv), de conformidad con lo establecido en los artículos 77, 130 y 199, que expresan que los miembros de los tres poderes serán electos por todos los pueblos del Estado.

Además de la triple división de poderes, esta Constitución establece una serie de derechos y libertades de carácter civiles y políticos, que como ya era tradición constituyen normas jurídicas formalmente válidas, pero sin que se cumplieron en su plenitud, aunque es de reconocer que constituyó un avance en relación a las legislaciones anteriores. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 127).

En su Título I, del cual contiene los derechos del Estado, las garantías particulares y del territorio, en la sección 2, se consagran los derechos particulares de los habitantes, que de acuerdo con Pereira-Orozco y Richter (2013), el articulado que sobresale, específicamente en materia de derechos humanos es: la libertad, igualdad, seguridad y propiedad, libertad de emisión del pensamiento, libertad de acción, derecho de petición, inviolabilidad de la vivienda y detención legal.

La Primera Constitución del Estado de Guatemala viene a ser complementada por la “**Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes**” emitida el 5 de diciembre de 1839, por la Asamblea Constituyente del Estado de Guatemala a través del Decreto 76, el

cual constaba de dos secciones con un total de 38 artículos... En lo referente a los derechos de los habitantes reconoce los siguientes: La religión católica como la oficial, pero el respeto por las restantes; La garantía de los derechos de los habitantes, entre ellos, la vida, el honor, la propiedad y la libertad; Irretroactividad de las leyes; Abolición de la esclavitud; Abolición de la pena de confiscación de bienes; Libertad de emisión del pensamiento; Derecho de defensa en materia penal; Inviolabilidad de documentos y libros; Inviolabilidad del domicilio; Libertad de locomoción. (Pereira-Orozco, A. y Richter, M.P., 2013, págs. 72-74).

**e. Acta constitutiva de la República de Guatemala, 1851**

Al desintegrarse la federación centroamericana, el General Rafael Carrera emitió el 21 de marzo de 1847 el decreto instituyendo en República el Estado de Guatemala. Dichas circunstancias obligaron a contar con un texto constitucional, para lo cual Carrera el 24 de agosto de 1848 convocó a elecciones para elegir una Asamblea Constituyente, la cual se instala hasta el quince de agosto de 1851, y a partir del 16 de agosto al 19 de octubre de 1851 para emitir el Acta Constitutiva.

“El 15 de septiembre de 1848, la Asamblea Constituyente, que presidía don Pedro Molina, había dispuesto que se dictase una ley Fundamental basada en la situación de una independencia absoluta.” (Zenteno Barillas, 1986, pág. 27). García Laguardia (2010), narra que en octubre se promulga el Acta constitutiva, que contenía dieciocho artículos y constitucionalizaba al nuevo Estado. Además de hacer dicha ratificación, el acta constitutiva también “dio por concluida la división de poderes y se instituyó uno solo, del cual sería jefe supremo el Presidente.” (COPRE, 2017, pág. 14).

El Acta Constitutiva, que tuvo vigencia durante veinte años, fue reformada el 4 de abril de 1855 con disposiciones que fortalecían la presidencia vitalicia de Rafael Carrera. Esta Constitución organizó el Estado con cuatro cuerpos principales: la Presidencia de la República, el Consejo de Estado (tuvo una importancia decisiva), la Cámara de Representantes y el Orden Judicial, los dos últimos por un sistema electivo determinado en las leyes ordinarias, no así el primero que sería nombrado por una Asamblea General elitista. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 27).

De conformidad con el artículo 3 del Acta Constitutiva, se mantuvo en vigor la Declaración de Derechos del Estado y sus Habitantes o Ley de Garantías, regulando

entonces lo relativo a derechos individuales, así también, “la iglesia católica mantiene su carácter de única religión del Estado, pero recibe además reconocimiento institucional al integrarla en diferentes funciones.” (Zenteno Barillas, 1986, pág. 28).

**f. Ley Constitutiva de la República de Guatemala, 1879**

Continuando en este recorrido histórico, esta ley constitutiva surge posterior a la presidencia de Rafael Carrera, la cual fue derogada por la llamada revolución liberal. En junio de 1871, se facultó a Miguel García Granados para convocar a una Asamblea Constituyente que emitiera la ley fundamental que regiría a Guatemala.

En enero de 1876 se celebraron elecciones para diputados a una Asamblea Constituyente... Justo Rufino Barrios, Presidente de la República, fue gobernante por cuatro años, sin contratiempo constitucional que, por esencia, tendría que limitar los excesivos poderes... Fue así como la Asamblea Constituyente se auto disolvió el 23 de octubre de 1877. No habían transcurrido los cuatro años, cuando Barrios convocó a la segunda Asamblea Constituyente que debería instalarse el 15 de marzo de 1879. (Maldonado Aguirre, sf., pág. 33).

A diferencia del Acta Constitutiva, en la cual acentuaba el poder del Presidente, este texto constitucional, instaura nuevamente la división de poderes, fortaleciendo al poder legislativo, el artículo 3 regulaba que el poder supremo de la nación se dividía para su ejercicio en: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, habiendo entre estos entera independencia. “Exaltaba la libertad individual por medio de un abundante catálogo de derechos y garantías entre los cuales sobresalía la defensa irrestricta a la propiedad privada.” (COPRE, 2017, pág. 15).

Esta Constitución tuvo varias reformas, en los años 1885, 1887, 1903, 1921, 1927, 1935 y 1941, siendo a la fecha en el constitucionalismo guatemalteco la Constitución con una vida jurídica más larga que sus antecesoras. La mayoría de las reformas aprobadas se encaminó a modificar facultades del organismo ejecutivo y judicial, así como la duración del período presidencial y su reelección.

De dichos cambios el más trascendente ocurrió en 1921, con motivo de la caída del gobierno dictatorial del Licenciado Manuel Estrada Cabrera (1898-1921). Su propósito era limitar en forma definitiva los excesos de poder presidencial para lo cual se fortaleció los

derechos individuales y la separación de poderes así como se limitó las funciones presidenciales; también se prohibía la reelección, se creó el Ministerio Público y se incluyeron por primera vez en un texto constitucional los derechos del Trabajo.... Se cerraba con el deber otorgado al organismo judicial para que controlara la constitucionalidad de las leyes emitidas. (COPRE, 2017, pág. 16)

En esta Constitución la regulación relativa a derechos humanos, se encontraban contenidas en el Título II, denominado *De las Garantías*, en los cuales se reconocen las garantías siguientes: libertad, igualdad y seguridad de la persona; derecho a la educación; libertad de locomoción; libertad de industria; derecho de propiedad y propiedad privada; derecho de petición; libertad de religión; libertad de emisión del pensamiento; salario justo; detención legal; derecho de defensa; exhibición personal; inviolabilidad de la correspondencia, de documentos y de vivienda. Se observa que el presente texto amplía las garantías reconocidas por las normas constitucionales anteriores. Ya se encuentran reconocidos los derechos a la educación, libertad de locomoción e industria, entre otros, siguen presentes garantías al debido proceso, sobre todo en materia penal; así también, derechos laborales empiezan su reconocimiento, como lo es lo relativo a regular el salario, la huelga, entre otros.

#### **g. Constitución de la República de Guatemala, 1945**

Pese a que en la Ley Constitutiva del año 1879 y en las reformas de los años de 1921 y 1927, existía y se introdujo un catálogo de derechos humanos, los mismos devenían inoperantes. Sin embargo, dichas reformas constituyeron en palabras de García Laguardia: *Un despertar de la vida política*, pues se reconoció la cuestión social por vez primera, reflejando el apareamiento de las primeras tendencias socialdemócratas en el país.

Las luchas sociales obligan a la promulgación de algunas leyes que en forma aislada reconocen algunos derechos, tal el caso de la Ley del salario mínimo para jornaleros, la ley que establece la participación de Indígenas en las Corporaciones Municipales, la obligación impuesta a los propietarios de fincas a tener un botiquín en los centros de trabajo, de vacunar a los mozos colonos contra la viruela y la fiebre tifoidea y la obligación de que las viviendas tuvieran excusados... (Zenteno Barillas, 1986, pág. 133).

En el avance de esos acontecimientos y aunado a que el gobierno promulga leyes punitivas y disposiciones *legales*, tales como el Decreto Gubernativo número 1474, del 31 de octubre de 1933, para reprimir a la población en su afán de ejercer los derechos que le asistían, relata García Laguardia (2001) que:

En la década del cuarenta, se produce otro despertar político-constitucional. Un nuevo constitucionalismo que básicamente se orientará a recoger los derechos económico-sociales, la modificación del derecho quiritario de la propiedad y la formulación de garantías constitucionales contra los excesos del gobierno, a través de una tecnificación del aparato constitucional. (García Laguardia, 2001, pág. 12)

Dichos ideales son recogidos en la Constitución de 1945, que fue el documento que materializó el triunfo del movimiento cívico-militar (Revolución de 1944), que derrocó al General Jorge Ubico. Constitución relevante, pues a través de ésta se pretende dar un cambio radical en Guatemala, que durante un lapso de tiempo generó cambios de estructura, tales como la separación de poderes y no subordinación entre éstos, estableciendo que la soberanía le pertenece al pueblo, disposición contenida en el artículo 2; en el mismo artículo se establece el principio de alternabilidad en el ejercicio del cargo de Presidente, a diferencia de la Constitución que le precedió y sus distintas reformas que cimentaron en esa época a los presidentes por largos periodos en el gobierno. Trajo consigo además el seguro social, la autonomía de la Universidad estatal y del municipio, introdujo en los derechos fundamentales reconocidos los denominados derechos de segunda generación. Constitución que con la llamada Contrarrevolución de 1954, que derroca al presidente Jacobo Árbenz, pierde vigencia.

Siendo la Constitución que dio apertura al reconocimiento de los derechos sociales y que a partir de los derechos reconocidos se decretara el código de trabajo, es importante destacar esos derechos que no habían sido considerados con tanta importancia por ningún otro texto constitucional y que a la presente fecha se encuentran contenidos en la Constitución vigente, estos son: El trabajo: es considerado un derecho del individuo y una obligación social, se regulan las jornadas de trabajo, salario, descansos y vacaciones; obligación de pagar el salario en moneda de curso legal, el derecho de sindicalización, reglamentación de la huelga y el paro; protección a la mujer

y adolescente trabajadores; indemnización, condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, entre otros. Cabe destacar, que el texto constitucional recoge los principios de justicia social, pues además de contener ese catálogo de derechos en materia laboral, aborda lo relativo a la propiedad privada, la cual se enfoca, en que debe tener una función social; prohíbe los latifundios y autoriza la expropiación forzosa por causa de utilidad pública e interés social, permitiendo así la reforma agraria. Así también, esta Constitución reconoce derechos electorales, tales como elegir y ser electo, optar a cargos públicos y el sufragio.

#### **h. Constitución de la República de Guatemala, 1956**

Posterior a la Revolución de 1944, la cual trajo consigo la Constitución que promovió y permitió el reconocimiento de derechos económico-sociales, principios de justicia social, la propiedad con función social y otras disposiciones que permitieron beneficio a la población; provocó el descontento de la alta burguesía empresarial y latifundista. La Constitución de 1945, encontró su punto final, pues fue derogada y se dio la llamada contrarrevolución.

El 10 de agosto de 1954 se emitió por Decreto-Ley el Estatuto Político de la República de Guatemala, que en su artículo 44 derogó la Constitución de la República del 11 de marzo de 1945. El 21 de septiembre de 1954 se convocó “a los pueblos de la República a elecciones generales para diputados que deberán integrar la Asamblea Nacional Constituyente”, las que se celebraron el 10 de octubre de ese año. El 29 la Asamblea se declaró instalada. La Constitución fue promulgada el 2 de febrero de 1956, principiando su vigencia el 1 de marzo del mismo año. (Maldonado Aguirre, sf., pág. 47)

En su parte dogmática si bien se conservan formalmente las garantías individuales y sociales de la Constitución de 1945, se cercenan algunos derechos y libertades de su predecesora, se derogan varias leyes ordinarias que afectaban a los grupos nacionales y extranjeros que representaban, se inicia una persecución sin precedentes y se restringen o se anulan muchas conquistas que se alcanzaron en el régimen anterior. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 135).

La función social de la propiedad contenida en el artículo 90 de la Constitución de 1945, fue eliminada en esta nueva Constitución, pues reconocía como fundamental

el derecho a la propiedad privada, a título individual, pues el artículo 124 establece: *Se garantiza la propiedad privada. El Estado debe asegurar al propietario las condiciones indispensables para el desarrollo y utilización de sus bienes.* Rozo Acuña, refiere que: “sobresale en este texto la extrema posición anticomunista, que se volverá común a muchos países latinoamericanos de la época” (Rozo Acuña, 2013, pág. vi); lo cual se encontraba expresamente regulado en los artículos 23, 54 y 62 que establecían en su orden la prohibición de formar partidos políticos con ideología comunista, formar cualquier tipo de asociación con acuerdo o subordinación de entidades internacionales que propugnaran dicha ideología y que era punible toda acción comunista individual o colectiva. “Mantiene el monocameralismo del legislativo, el presidencialismo sin reelección, pero aboliendo el derecho de rebelión colectiva... En lugar de la Vicepresidencia, se crea la institución del Designado a la Presidencia.” (Rozo Acuña, 2013, pág. vii).

Para el poder legislativo, permite la reelección de los diputados y para el poder judicial, regula sobre la inmovilidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones, quienes al finalizar dos períodos de labor adquirirían el derecho a conservar su cargo hasta la edad de setenta años, a diferencia de la regulación vigente que establece la elección periódica de los magistrados. Concede la emisión del voto secreto a las personas analfabetas y establece que las elecciones se deben desarrollar en un solo día, como está establecido en la actualidad. En el tema de religión concede la personería jurídica a las iglesias de todos los cultos, regulación que se diferencia de otras constituciones, en cuanto que la Iglesia católica era la preferente para el Estado y gozaba de su protección, y que las demás únicamente se respetaban. Pretendiendo esta Constitución garantizar la autonomía concedida a la Universidad de San Carlos de Guatemala en 1945, le asigna recursos financieros privativos.

#### i. Constitución de la República de Guatemala, 1965

Relata Rozo Acuña, que: “Guatemala vive en ese momento histórico una inestabilidad política profunda, fruto de los grandes conflictos económico-sociales e ideológicos, que llevan a luchas intestinas y terminan en golpes de Estado militares.”

(Rozo Acuña, 2013, pág. vii), siendo el caso que en 1963 se produce un golpe de Estado que termina con la vigencia de la Constitución de 1956, y fue reemplazada por una Ley Fundamental de Gobierno que entregó el ejercicio del poder público a las fuerzas armadas.

Establecido el nuevo gobierno de facto en 1963, el Jefe de Estado decreta y sanciona el 10 de abril de 1963, el Decreto-Ley número 8, que contiene la Carta Fundamental de Gobierno. Para elaborar una nueva Constitución, se integró una Constituyente de lista única, la cual decretó y sancionó una nueva Constitución el 15 de septiembre de 1965, la cual tuvo vigencia hasta el 23 de marzo de 1982, fecha en que se produce de nuevo otro golpe de Estado. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 135).

En esta Constitución se destaca la creación del cargo de vicepresidente, reduce el período de gobierno a cuatro años y no admitía la reelección, en contraposición a la Ley Constitutiva de 1879 y sus respectivas reformas permitían, pues en esa época fue prioridad cimentar al gobernante en el puesto de presidente. Se creó la Corte de Constitucionalidad y el Consejo de Estado.

Respecto del reconocimiento de derechos humanos, existe un apartado específico para éstos, el Título III, denominado Garantías Constitucionales. En el Capítulo I, se encuentran las Garantías y derechos individuales, tales como: libertad e igualdad, detención legal, irretroactividad de la ley, principio de legalidad, derecho de defensa, pena de muerte y sistema penitenciario, domicilio inviolable, inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros, libertad de locomoción, derecho de petición, libertad de asociación con restricciones específicas a ideologías, libertad de emisión del pensamiento, libertad de religión, propiedad privada, libertad de industria, derechos laborales, en otro de sus capítulos se regula garantías constitucionales como exhibición personal y amparo.

Pese a contener los derechos anotados, cabe destacar que la presente Constitución de 1965, desconoce la función social de la propiedad privada. “Todo el capítulo sobre *régimen económico y social* está orientado por la declaración expresa de que el Estado debe apoyar y estimular la libertad de empresa. Limita el

intervencionismo del Estado y los proyectos de transformación agraria los sujeta a muchas limitaciones... (García Laguardia, 2010, pág. 95)

Todas las Constituciones aludidas componen el desarrollo histórico de los derechos humanos en Guatemala y cómo el Estado ha ido reconociendo éstos. Se observa avance en el acogimiento de ciertos derechos, cambios en algunos; sin embargo, aunque el presente desarrollo ha sido meramente enumerativo de los derechos humanos que las Constituciones guatemaltecas han ido reconociendo, se debe destacar que su efectivo cumplimiento no ha sido del todo pleno. Ha dependido del contexto en el que cada una de las Constituciones ha tenido validez, tales como: la voluntad política, la estructura del Estado consignado en la Constitución, el quebrantamiento al orden constitucional que se dio por los varios golpes de Estado, la intromisión de grupos de poder, entre otros aspectos. Respecto de esto Julio Zenteno, afirma: “la plena realización, observancia y respeto a esos derechos y libertades fundamentales, no han sido cumplidos en Guatemala, por lo que la regla ha sido el irrespeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la inestabilidad política, fraudes, golpes de Estado y despotismo.” (Zenteno Barillas, 1986, pág. 136).

#### j. Constitución Política de la República de Guatemala, 1985

La Constitución de 1965, estuvo vigente hasta el golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, que derrocó a Rome Lucas, a partir de ese acontecimiento, la historia de Guatemala cambia, pues se pretende pasar de dictaduras militares a un régimen democrático.

Una parte del ejército ejercía una actitud punitiva contra la cúpula de la institución a la que responsabilizaba del desastre. Era explícita al apuntar sus motivaciones: el abuso de prácticas electorales fraudulentas, el fraccionamiento de las fuerzas democráticas y el desorden y corrupción en la administración pública. Se emitió una Ley electoral específica para elegir una Asamblea Nacional Constituyente. (García Laguardia, 2001, pág. 13)

La Asamblea electa promulgó la presente Constitución, fue decretada, sancionada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986, fue reformada en el año 1993. Al ser

emitida por un cuerpo constituyente libremente electo, es totalmente legítima, en ese sentido Rozo Acuña expresa:

No obstante el carácter de facto del gobierno militar, hay que reconocerle su empeño por crear una base de legalidad, como lo demuestra su esfuerzo en la realización y promulgación de algunas leyes que sirvieron para lograr la transición hacia el Estado de Derecho, como fueron las leyes del Tribunal Supremo Electoral, de Registro de los Ciudadanos, la ley Electoral y de Partidos Políticos... Igualmente hay que reconocerle su decisión democrática de convocar al pueblo para la elección de una Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución. (Rozo Acuña, 2013, pág. viii)

La Constitución de 1985, está compuesta originalmente de 281 artículos y 27 disposiciones transitorias y finales, está dividido por títulos, contando con un total de VIII Títulos, denominados en su orden del I al VIII: La persona humana, fines y deberes del Estado; Derechos Humanos; El Estado; Poder Público; Estructura y Organización del Estado; Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional; Reformas a la Constitución, y Disposiciones Transitorias y Finales.

En cuanto a la parte orgánica de la Constitución, se puede hacer mención que de conformidad con el artículo 140, el Estado de Guatemala es: libre, independiente y soberano; siendo su sistema de Gobierno republicano, democrático y representativo. En este punto Rozo Acuña, refiere que la Constitución:

Comprende otra tendencia del derecho público latinoamericano, que es la de los gobiernos presidenciales pero con una cierta supremacía del legislativo, pues la Carta guatemalteca le otorga al Congreso el poder de las interpelaciones al gobierno en la persona de sus ministros y consecuentemente el voto de censura o desconfianza... la elección del Presidente a doble vuelta -ballotage- y se mantiene el principio de la no reelección... Del poder judicial sobresale su autonomía inclusive financiera... también es importante resaltar... *órganos extrapoder*, precisamente por ser concebidos como instrumentos *superpartes* pensadas para controlar y asegurar que el ejercicio del poder sea conforme a la Constitución y a las leyes, para lo cual están dotadas de plena autonomía funcional y financiera... se trata de la Corte de Constitucionalidad, el Procurador de los Derechos Humanos, el Tribunal Supremo Electoral, el Ministerio Público y la Contraloría General de Cuentas. (Rozo Acuña, 2013, pág. x).

La parte dogmática, contenida en el título segundo de la Constitución, permite observar avances en la ampliación de derechos reconocidos; ya que extiende los derechos individuales y sociales, divide los derechos en: individuales, sociales, cívicos y políticos. Como novedades, relatadas por Zenteno Barillas están:

La institución del Procurador de los Derechos Humanos y el principio contenido en el artículo 46, en el sentido de que en materia de derechos humanos, los tratados ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre nuestro derecho interno. En cuanto al control y vigilancia de los derechos humanos, a los que la Constitución denomina “Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional”, introduce avances en materia del Habeas Corpus o exhibición personal, Amparo e Inconstitucionalidad, creando además la figura de la Comisión de Derechos Humanos y la del Procurador de los Derechos Humanos, lo cual indiscutiblemente constituye un gran avance en nuestro medio. (Zenteno Barillas, 1986, pág. 141).

Siempre en alusión al abordaje de los derechos humanos, la Constitución vigente, como varias de los textos constitucionales abordados, destina específicamente un apartado para la enunciación del catálogo de derechos fundamentales, en este caso es el Título II, denominado *derechos humanos* el encargado de su desarrollo. Cabe hacer mención que el Título I, compuesto de dos artículos resalta a la persona y a los fines y deberes del Estado; en donde la pretensión del Estado será proteger a la persona, la realización del bien común y el desarrollo integral del ser humano. Si bien es cierto estos dos artículos no se encuentran contenidos en el título específico de los derechos humanos, contienen el reconocimiento de derechos inherentes a la persona. La enumeración expresa que se hace de los derechos humanos reconocidos, en resumen, son: derecho a la vida, igualdad, garantías al debido proceso, sobre todo en materia penal, derechos laborales, de familia, cultura, comunidades indígenas, educación, universidades, deporte, salud, seguridad y asistencia social, derechos y deberes cívicos y políticos.

Sin perjuicio de reconocer los avances que en materia de derechos humanos contiene la Constitución, como el derecho de manifestación pacífica sin llenar requisitos previos, salvo la notificación, lo relativo a las comunidades indígenas y los derechos de sindicalización y huelga de los empleados públicos, entre otros, cabe hacer mención especial de los dos siguientes artículos constitucionales, por constituir un innegable avance en nuestro medio:

En primer lugar, nos referimos al artículo 44 que establece que se tiene por incluidos en la Constitución, todos aquellos derechos humanos que aunque no hayan sido mencionados, son inherentes a la persona humana. Lo anterior significa que todos los derechos humanos “inherentes a la persona humana”, se entienden incluidos en la Constitución... (Zenteno Barillas, 1986, págs. 156-157).

El artículo 44, para efectos de la presente investigación es de suma importancia, por lo que se desarrollará en los subsiguientes apartados, el otro artículo al que hace referencia el autor, es el artículo 46, que establece la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno.

## **2. Tratamiento de los derechos constitucionales implícitos en el constitucionalismo guatemalteco**

Previo a abordar lo que la Constitución vigente regula sobre los derechos constitucionales implícitos, se debe hacer una retrospectiva de éstos en las normas constitucionales guatemaltecas, a objeto de observar, si en algún momento de la historia constitucional guatemalteca existe antecedente sobre esta teoría de derechos.

El relato histórico de la evolución y reconocimiento de los derechos humanos en las Constituciones guatemaltecas narrado, permite contextualizar cómo ha sido el tratamiento de los mismos en el ordenamiento jurídico; para efectos de reconocer la importancia que éstos han tenido para los constituyentes en su oportunidad. De dicho relato histórico se puede resaltar que, en las Constituciones guatemaltecas paulatinamente se fueron reconociendo determinados derechos humanos, pues como lo refiere Zenteno Barillas (1986):

Podemos decir que los derechos individuales que pertenecen a la primera generación de derechos humanos, están formalmente presentes en nuestra legislación constitucional desde la Constitución de la República Federal de Centro América de 1824 hasta la presente fecha y los derechos sociales y culturales, se incorporan a nuestra legislación Constitucional en el año de 1945 (Zenteno Barillas, 1986, pág. 136).

En cuanto a los derechos constitucionales implícitos las Constituciones de los años 1824, 1921, 1945, 1956 y 1965, y la Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes de 1839, contienen un artículo específico que puede considerarse como cláusula de derechos implícitos; permitiendo que la enumeración de derechos fundamentales no fuera cerrada y en su tiempo permitiera el ingreso de otros derechos no reconocidos expresamente en dichas Constituciones. Cada artículo al que se hará referencia, tiene sus particularidades y resalta lo importante que fue para el constituyente no blindar el catálogo de derechos:

- a. Constitución de la República Federal de Centro América, dada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824, Título X, Garantías de la Libertad Individual, Sección única, artículo 174. “Ninguna ley del Congreso ni de las Asambleas puede contrariar las garantías contenidas en este título; pero si ampliarlas y dar otras nuevas.” (Digesto Constitucional, pág. 94).
- b. Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes, dada por la Asamblea Constituyente del Estado de Guatemala el 5 de diciembre de 1839, Decreto 76, la cual como refieren los autores Pereira-Orozco y Richter, *complementó la Primera Constitución del Estado de Guatemala de 1825*, en su Sección I, artículo 6 expresa: “El poder del pueblo tiene por límites naturales los principios derivados de la recta razón; y por objeto la conservación de la vida, honor, libertad, propiedad y derechos legítimamente adquiridos, o que en adelante puedan adquirir los individuos de la sociedad...” (Digesto Constitucional, pág. 167).

Los artículos anteriores, en su literalidad no corresponden a la cláusula de derechos implícitos; empero, si es un punto de partida para establecer que no solo los derechos reconocidos serán esos de forma exclusiva. En el caso de la Constitución federal, establece que al darse la necesidad, una ley nueva puede ampliar y dar otras garantías que no se encuentren contempladas en la Constitución; y en cuanto a la Declaración, contempla la posibilidad que la persona adquiera en el transcurrir del tiempo otros derechos, que deben ser conservados por el poder del pueblo.

- c. Constitución Política de la República de Centroamérica, decretada el 9 de septiembre de 1921, Título IV, Derechos y garantías, artículo 66: “La enumeración de los derechos y garantías que hace esta Constitución no excluye otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de Gobierno.” (Digesto Constitucional, pág. 245). Debe hacerse la aclaración que este texto normativo no cobró vigencia.
- d. Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945, Título III, Garantías individuales y sociales, Capítulo I, Garantías Individuales, artículo 50, último párrafo: “La enumeración de los derechos garantizados en este Título no excluye los demás que esta Constitución establece, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana y democrática de gobierno y de la dignidad del hombre.” (Digesto Constitucional, pág. 361)
- e. Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 2 de febrero de 1956, Título IV, capítulo I, Garantías individuales, artículo 72: “La enumeración de los derechos garantizados en ese título no excluye los demás derechos que esta Constitución establece, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana y democrática de gobierno y de la dignidad del hombre.” (Digesto Constitucional, pág. 414)
- f. Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965, título II, Garantías Constitucionales, Capítulo I, Garantías y derechos individuales, artículo 77: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. (Digesto Constitucional, pág. 467)

Los cuatro artículos transcritos, corresponden a la cláusula de derechos implícitos, pues establecen que los derechos y garantías consignados en la Constitución no excluyen otros derechos no contenidos en ella; se distinguen en el medio en que el

juzgador puede hacer esa creación judicial. Las Constituciones de 1921, 1945 y 1956, tienen el denominador común de referirse al principio de soberanía del pueblo y a la forma republicana y democrática de gobierno, con un agregado las Constituciones de 1945 y 1956 relativo a la dignidad del hombre. Ahora bien, la Constitución de 1965, cambia totalmente el presupuesto de cómo debe surgir un nuevo derecho, indicando que todo aquel derecho y garantía que sea *inherente a la persona humana*, no debe ser excluido de los derechos y garantías enumerados en dicha Constitución. En ese sentido se considera que este artículo es más amplio que los anteriores, pues al entender que *inherente* tiene como connotación, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española: “Aquello que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello” (Española, 2017); todos aquellos derechos que deriven de la naturaleza propia del ser humano deben formar parte del catálogo de derechos fundamentales, sin necesidad de tener ningún otro presupuesto, basado en el pueblo o la organización del Estado.

Al puntualizar en la Constitución vigente en Guatemala; decretada, sancionada y promulgada el 31 de mayo de 1985 por la Asamblea Nacional Constituyente, la cláusula expresa de derechos implícitos, se encuentra contenida en el primer párrafo del artículo 44 del texto constitucional, que regula: “**Derechos inherentes a la persona humana.** *Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...*” El artículo anterior tiene plena coincidencia con el artículo 15 de la Constitución del año 1965, pues contiene los mismos presupuestos y se ubica en la parte dogmática de la Constitución, en su título II denominado: derechos humanos.

La historia constitucional de Guatemala, demuestra que siempre ha habido la consideración de que el catálogo de derechos humanos no debe ser cerrado; lo que es de suma importancia en el desarrollo de los derechos fundamentales para el Estado de Guatemala. Para efectos de la normativa vigente, se observa que efectivamente existe una cláusula de derechos implícitos, lo que permite establecer que el constituyente ha adoptado la teoría de los derechos implícitos; al entender que los derechos humanos

como el hombre son históricos y que, en distintas etapas de la vida de la persona, los derechos humanos van a ir cambiando y va a existir la necesidad de ampliar el catálogo actual. Dicho artículo permitirá la incorporación de ese nuevo derecho o ampliación en el contenido de los derechos ya reconocidos; de esa cuenta, al tener esa apertura en el texto constitucional guatemalteco y que los derechos implícitos, nacen principalmente de las sentencias emanadas del tribunal constitucional, es oportuno hacer un análisis de cómo el artículo 44 ha sido interpretado y utilizado por la Corte de Constitucionalidad.

### **3. La Corte de Constitucionalidad y los derechos implícitos**

Es imprescindible analizar la labor de la Corte de Constitucionalidad, en relación al tratamiento que ésta le ha dado a la teoría de los derechos implícitos. Ya se ha observado que el texto constitucional contiene una cláusula de derechos implícitos; que permite la incorporación de otros derechos humanos o ampliar la aplicación de los ya contenidos en el catálogo de derechos fundamentales.

La teoría de los derechos implícitos y su cobijo en los textos constitucionales data desde el año 1791 en la Constitución de Estados Unidos de América; y para el caso específico de Guatemala desde el año 1921, encontrando dicha cláusula en cuatro textos constitucionales, previo a la Constitución vigente. Pese a que dicha apertura constitucional existía a nivel internacional y nacional, el desarrollo de la teoría de los derechos implícitos y su aplicación a casos concretos a través de la norma constitucional respectiva ha sido paulatino hasta nuestros días.

De los 32 años de vigencia de la Constitución guatemalteca, las distintas magistraturas de la Corte de Constitucionalidad han dado poco desarrollo a la cláusula de derechos implícitos; por ello, en la presente investigación se procederá a analizar varias sentencias de interés, dictadas durante el periodo de existencia de la Corte de Constitucionalidad, desde la primer magistratura hasta la actual; que resaltan la interpretación que se le han dado al catálogo de los derechos fundamentales en armonía con la cláusula citada.

Las sentencias que a continuación se describen y analizan resuelven acciones constitucionales de amparo, conocidas por la Corte de Constitucionalidad en apelación y acciones de Inconstitucionalidad de carácter general. Estos pronunciamientos son de relevancia, en el entendido que se debe tener presente que el Amparo es:

Una garantía constitucional, es decir, el proceso de carácter constitucional establecido en el texto constitucional, por conducto del cual se preservan o restituyen los derechos de cualquier persona, a excepción del derecho de libertad, el cual se encuentra debidamente tutelado por la exhibición personal, cuando concurra la existencia de un hecho que amenace con violarlos o los haya transgredido. (Castillo Mayén, 2015, pág. 66).

Se analizan las sentencias de amparo, pues a través de esta garantía, los derechos humanos reconocidos en la Constitución, son protegidos de amenazas o vulneraciones; por lo que las consideraciones de la Corte en este tipo de sentencias, permite observar cómo se interpreta cada derecho enumerado en el catálogo de derechos fundamentales y su espectro de aplicación.

En cuanto a la constitucionalidad de las leyes, la acción de inconstitucionalidad, conforme Morales Bustamante, es el medio que:

Patentiza la misión de la Corte de Constitucionalidad como intérprete máximo y definitivo del contenido de la Carta Magna, pues a ella compete con exclusividad el conocimiento de este tipo de planteamientos. Es importante destacar que el análisis confrontativo que esta figura demanda, a efecto de determinar si existe desavenencia entre la Constitución y la ley, reglamento o disposición de carácter general cuestionados, debe desarrollarse a partir de premisas argumentativas que conduzcan a establecer de forma concluyente si la norma impugnada se encuadra o no en el marco de la constitucionalidad. (Morales Bustamante, 2015, pág. 257).

De lo referido por Morales Bustamante, es importante analizar sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte, pues el análisis entre una norma ordinaria y una constitucional realizado por el Tribunal constitucional, a efecto de determinar que la primera no es contraria a la segunda, resalta la labor de la Corte en cuanto a no permitir que se vulneren derechos humanos a partir de una ley ordinaria. Por las razones anotadas, es procedente analizar sentencias en éste tipo de acciones, no así resoluciones

en cuanto al *hábeas corpus*, pues está garantía como lo indicaba Castillo Mayén, *tutela el derecho a la libertad* de forma específica, siendo su finalidad: “la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias y el tratamiento adecuado en el caso de las detenciones legales” (García Laguardia, 2001, pág. 32), en ese sentido el actuar del Tribunal constitucional es específico para un derecho humano reconocido, motivo por el cual los pronunciamientos en cuanto a dicha garantía no son de relevancia para la investigación.

#### 4.1. Sentencia 1:

##### a. Datos generales:

a.1. No. de Gaceta: 28

a.2. Tipo de expediente: *Inconstitucionalidad de carácter general*

a.3. Número de expediente: 225-93

a.4. Fecha de la sentencia: *25 de mayo de 1993*

a.5. Disposiciones impugnadas: *Normas Temporales de Gobierno emitidas por el Presidente de la República con fecha 25 de mayo de 1993, Decreto gubernativo 1-93*

a.6. Sentido de la sentencia: *Declara Inconstitucional el Decreto que contiene las disposiciones impugnadas.*

a.7. Magistratura: *II*

##### b. Derecho constitucional implícito abordado:

A efecto de entender la emisión de la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad, así como dos resoluciones subsiguientes de fechas 31 de mayo y 04 de junio de 1993, que permitían la ejecución de la sentencia en mención; se debe de poner en contexto el caso concreto. El Decreto gubernativo 1-93, que emitió el Presidente de la República de Guatemala del año 1993, interrumpió la vigencia de varias normas constitucionales que contienen derechos humanos, restringiendo su ejercicio, y que establecen la estructura y organización del Estado. Así mismo, mediante las disposiciones impugnadas, el Presidente disolvió el Congreso de la República electo

por medio de sufragio; dejó sin efecto la integración de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, y removi6 del cargo al Procurador General de la Naci6n.

Consecuentemente, asumi6 la potestad legislativa y pretendi6 nombrar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; quebrantando el orden constitucional y democr6tico del Estado, as6 como arrogarse funciones que de conformidad con la Constituci6n no le correspondi6n.

De las circunstancias acaecidas la Corte de Constitucionalidad, en el ejercicio de la funci6n principal contenida en el texto constitucional, *defender el orden constitucional*, emiti6 la sentencia de fecha 25 de mayo de 1993, as6 como las resoluciones de fechas 31 de mayo y 04 de junio de 1993, declarando la inconstitucionalidad del decreto presidencial y restableciendo el orden constitucional. Pretendiendo con dichas resoluciones que las normas constitucionales interrumpidas en su vigencia, sean vigentes nuevamente y que los organismos del Estado volvieran a funcionar de conformidad con lo normado en la Constituci6n. Una resulta m6s de la sentencia emitida, fue que el presidente Serrano El6as, procediera a abandonar el cargo.

De ello emana el ***Derecho a la vida en democracia***, est6 normado que el Estado de Guatemala tiene un sistema de gobierno democr6tico; en ese sentido salvaguardar dicho sistema, el cual permite que el Estado de Guatemala garantice a los habitantes el goce de sus derechos, deviene en que el mismo es un derecho humano. Esa consideraci6n ya ha sido objeto de discusi6n en la Asamblea General de la Organizaci6n de Estados Americanos, la cual en fecha 11 de septiembre de 2001, emiti6 la Carta Democr6tica Interamericana, que en sus art6culos 1 y 7 establecen: “*Art6culo. 1. Los pueblos de Am6rica tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligaci6n de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, pol6tico y econ6mico de los pueblos de las Am6ricas.*” y “*Art6culo 7. La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su car6cter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.*” (OEA, 2017), de lo anterior,

resguardar el orden constitucional y la democracia, es menester en un Estado de Derecho, y aunque las normas referidas son posteriores a la sentencia analizada, es oportuno citarlas.

#### 4.2. Sentencia 2

##### a. Datos generales:

**a.1.** No. de Gaceta: 51

**a.2.** Tipo de expediente: *Inconstitucionalidad de carácter general*

**a.3.** Número de expediente: 248-98

**a.4.** Fecha de la sentencia: *19 de enero de 1999*

**a.5.** Postulante: *Carlos Mauricio Valladares de León*

**a.6.** Disposiciones impugnadas: *Artículo 3 del decreto 100-96, reformado por el decreto 22-98, Ley que establece el Procedimiento para la Ejecución de la Pena de Muerte.*

**a.7.** Sentido de la sentencia: *Declara Con Lugar la Inconstitucionalidad de las frases especificadas en la sentencia de mérito, contenidas en el artículo 3 del Decreto impugnado.*

**a.8.** Magistratura: *III*

##### b. Derecho constitucional implícito abordado:

El artículo impugnado establecía: “Artículo 3. La ejecución de la pena de muerte se realizará en forma privada, en el interior del presidio que corresponda, pudiendo estar presentes, únicamente: el Juez Ejecutor, el Ejecutor, el médico Forense, el personal paramédico que se estime necesario, el Director del Presidio, el Fiscal del Ministerio Público, el Abogado defensor del reo, si así lo solicitare, el Capellán Mayor, un Ministro de la Religión o Culto que profese el reo, su esposa o conviviente y sus familiares dentro de los grados de ley, siempre que sean mayores de edad, así como los representantes de la prensa hablada, escrita y televisada, quienes no podrán realizar transmisiones directas, ni grabar por cualquier medio para su reproducción diferida o fotografiar el acto del ingreso del reo al módulo de ejecución y su estancia en el mismo.”

El postulante argumentó que dicho artículo en las frases: “La ejecución de la pena de muerte se realizará en forma privada” y “quienes no podrán realizar transmisiones directas, ni grabar por cualquier medio para su reproducción diferida o fotografiar el acto del ingreso del reo al módulo de ejecución y su estancia en el mismo”, contravenían el derecho a la libre emisión del pensamiento contenido en el artículo 35 constitucional. La Corte de Constitucionalidad realizó los considerandos respectivos, y determinó que la parte final del artículo cuestionado efectivamente devenía inconstitucional, por razones de forma, declarando con lugar la acción planteada.

Pese a declarar la inconstitucionalidad la Corte hizo una prevención interpretativa del artículo impugnado y de lo preceptuado en los artículos 1, 2, 3, 4 y 35 constitucional, y de lo regulado en los incisos 2) y 3) del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Considerando que el artículo impugnado establece el procedimiento de la ejecución de la pena de muerte; dicha ejecución debe hacerse con estricto respeto al derecho a la intimidad personal del ejecutable, puesto que la ejecución de dicha pena como tal causaría aflicción a la familia del ejecutable; además que es un hecho íntimo del individuo y que si bien es cierto la norma regula la ejecución de una sentencia condenatoria, eso no implica que el derecho a la intimidad del ejecutable sea vulnerado. De las consideraciones realizadas y la interpretación de la Corte, ésta emana el denominado **Derecho a morir con dignidad**, el cual no está expreso en el catálogo contenido en la Constitución, pero que efectivamente resguarda la dignidad de la persona hasta en su último aliento de vida; específicamente de las personas condenadas a la pena de muerte, pues algunos medios de comunicación convierten estos procedimientos en actos amarillistas.

#### 4.3. Sentencia 3:

##### a. Datos generales:

a.1. No. de Gaceta: 49

a.2. Tipo de expediente: *Apelación de sentencia de Amparo*

a.3. Número de expediente: 1042-97

a.4. Fecha de la sentencia: *08 de septiembre de 1998*

**a.5.** Postulante: *Marta Lucía Paz Alvarez, en nombre propio y en representación de sus menores hijos Mónica Lucía del Carmen, Melissa Estefanía, María Fernanda y David Omar de apellidos Huertas Paz.*

**a.6.** Autoridad impugnada: *Sala de la Corte de Apelaciones de Familia.*

**a.7.** Acto reclamado: *Sentencia de fecha 14 de enero de 1997*

**a.8.** Sentido de la sentencia: *Se confirma la sentencia apelada, que resolvió otorgar el amparo solicitado.*

**a.9.** Magistratura: *III*

**b.** Derecho constitucional implícito abordado:

En el presente caso, la Corte de Constitucionalidad conoció en apelación la sentencia de amparo emitida en primer grado por la Corte Suprema de Justicia; en la cual dicha Corte otorgó amparo a la postulante y a los menores de edad referidos, quienes promovieron dicha acción en atención a que en el juicio tramitado en jurisdicción ordinaria el juzgador de primera y segunda instancia no tomó en consideración la voluntad de los menores de edad; en el juicio oral de guarda y custodia y fijación de pensión alimenticia promovido en contra del padre de los menores.

El tribunal constitucional de primer grado dentro de sus considerandos confirmó, que consto en autos que al ser preguntados y escuchados los menores de edad, éstos manifestaron expresamente su voluntad de permanecer al lado de su progenitora; sin embargo, por formalismos procesales sus declaraciones no fueron consideradas al momento de resolver en definitiva su situación, pues la judicatura indicó que: “la sola manifestación de la voluntad no es suficiente”, en consecuencia se otorgó el amparo solicitado.

Al conocer la Corte de Constitucionalidad sobre el presente caso, constató lo dicho por la judicatura ordinaria cuando expresó que: “la sola voluntad de los niños no era suficiente para variar su guarda y custodia”; invocó lo establecido en los artículos 9 incisos 1) y 2) y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde dicha normativa expresa derechos de los niños en cuanto a no ser separados de sus

progenitores contra su voluntad y a garantizar el derecho de éstos a expresar su opinión.

De la sentencia analizada se puede extraer que el derecho fundamental emanado es relativo al ***Interés superior del niño***, en el caso específico, en atención a la expresión de su voluntad en querer estar al lado de su progenitora, y que de los antecedentes del caso, se deduce que efectivamente estaban teniendo un cuidado íntegro de parte de ella; por lo que en atención a ese interés superior, éste debió prevalecer en lugar de presupuestos procesales para que el juez ordinario resolviera su situación. Para la fecha de emisión de la sentencia, si bien es cierto ya se había ratificado la Convención aludida, no existía normativa interna, mucho menos norma constitucional dentro del catálogo de derechos, que permitiera que los juzgadores tomaran en consideración ese interés superior del niño previo a cualquier otro requisito legal; por lo que hacer esos pronunciamientos de parte del tribunal constitucional, supusieron un avance en los derechos de los niños y adolescentes, en la actualidad la ley de protección integral de la niñez y adolescencia en su artículo 5 contiene dicha garantía.

#### 4.4. Sentencia 4:

##### a. Datos generales:

a.1. No. de Gaceta: 71

a.2. Tipo de expediente: *Inconstitucionalidad de carácter general*

a.3. Número de expediente: 1086-2003

a.4. Fecha de la sentencia: 25 de marzo de 2004

a.5. Postulante: *Efraín de León López*

a.6. Disposiciones impugnadas: *Artículo 37 "A", literal b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta y Artículo 2 numeral 2) de la Ley al Impuesto al Valor Agregado*

a.7. Sentido de la sentencia: *Declara Con Lugar la Inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 37 "A", literal b) de la ley del Impuesto sobre la Renta, sin lugar las demás acciones de inconstitucionalidad planteadas.*

a.8. Magistratura: IV

**b. Derecho constitucional implícito abordado:**

Las normas citadas fueron objetadas de inconstitucionales de parte del postulante, en atención a que éstas estaban violentando el contenido del artículo 44 y 243 constitucional; que regulan respectivamente: los derechos inherentes a la persona humana, y el principio de capacidad de pago, la prohibición de los tributos confiscatorios y la doble o múltiple tributación interna.

La Corte de Constitucionalidad, declaró con lugar una de las inconstitucionalidades planteadas, específicamente la del artículo 37 “A” literal b) de la Ley del impuesto sobre la renta. En sus considerandos, la Corte expresa que la citada norma vulnera el contenido del artículo 44 de la Constitución e invoca una garantía innominada, a saber: ***Debido proceso sustantivo (due process of law)***; dicha garantía refiere la Corte, también es conocida como: “connotación sustancial del debido proceso que debe concurrir en la elaboración de una ley, y que debe observarse sobre todo si con ésta (la ley) se pretende la exclusión de un beneficio, pues tal exclusión no puede realizarse sobre premisas irrazonables”.

Agrega el tribunal constitucional que, dicha garantía debe de “observarse por parte de aquellos Organismos de Estado y órganos municipales dotados constitucionalmente de potestad legislativa o cuasilegislativa, cuando en ejercicio de tal potestad pretendan excluir a una persona individual del goce de un beneficio, con el objeto de que la norma que contemple tal exclusión sea razonable, justa y emitida dentro de los parámetros (límites) establecidos en la Constitución”.

Se declaró la inconstitucionalidad debido a que la exclusión del beneficio que se pretendía, a través de la norma atacada de inconstitucional, evidenció de parte del órgano emisor de dicha norma, que no existió una base razonable para su emisión; vulnerándose la garantía del debido proceso sustantivo, no contenida expresamente en el texto constitucional, pero incorporada a través del artículo 44 constitucional.

#### 4.5. Sentencia 5:

##### a. Datos generales:

a.1. No. de Gaceta: 82

a.2. Tipo de expediente: *Apelación de sentencia de Amparo*

a.3. Número de expediente: 1356-2006

a.4. Fecha de la sentencia: *11 de octubre de 2006*

a.5. Postulante: *Fredy Rafael Arriola Arévalo, a través del Procurador de los Derechos Humanos*

a.6. Autoridad impugnada: *Informes en Red, Sociedad Anónima*

a.7. Acto reclamado: *Actividad de divulgación de información de la persona del amparista sin su autorización, a través de la página web denominada informacionpublica.net*

a.8. Sentido de la sentencia: *Confirma el otorgamiento de amparo contenido en la sentencia apelada.*

a.9. Magistratura: *V*

##### b. Derecho constitucional implícito abordado:

La Autoridad impugnada, consistente en una entidad mercantil, que tiene como giro comercial la venta de información de carácter privado de personas; información que incluye: relación de parentesco entre personas, referencias de crédito, judicial y de prensa; información que se transmitía vía web y se hacía sin autorización del amparista.

La Corte expresó, que en el caso específico la persona del postulante estaba siendo vulnerada en su *derecho al reconocimiento de la dignidad humana*; implícitamente garantizado en los primeros cinco artículos constitucionales, pues refieren los derechos a: la intimidad, honor y privacidad; que estaban siendo vulnerados por la entidad mercantil aludida. A consideración de la investigadora el reconocimiento de la dignidad humana, está en cierta forma contenida en cada uno de los derechos humanos reconocidos, por lo que en la presente sentencia resalta que de los artículos contentivos de los derechos de intimidad, honor y privacidad; emana un derecho expresamente referido por la Corte, el ***Derecho a la autodeterminación informativa.***

Dicho derecho será aquel, a través del cual se protejan los datos personales de las personas, entendido en sentido amplio, a partir de la obtención de los datos ya anotados hasta la utilización para dominio público de éstos; por ende, en ejercicio al derecho anotado, la persona debe poder: actualizar sus datos, rectificarlos, reservarse algunos datos en su caso y a excluir los datos que sean sensibles para la persona; circunstancias que no se estaban dando en el caso concreto, pues la Autoridad impugnada, divulgaba sin consentimiento del amparista su información personal, la cual además devenía errónea.

Este derecho nuevamente es tutelado por la Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de fecha 10 de febrero de 2015, dentro del expediente 3552-2014, gaceta jurisprudencial número 115.

#### **4.6. Sentencia 6:**

##### **a. Datos generales:**

**a.1.** No. de Gaceta: 85

**a.2.** Tipo de expediente: *Inconstitucionalidad de carácter general*

**a.3.** Número de expediente: *1201-2006*

**a.4.** Fecha de la sentencia: *27 de septiembre de 2007*

**a.5.** Postulante: *Asociación Nacional de Municipalidades de la República de Guatemala -ANAM-*

**a.6.** Disposiciones impugnadas: *Artículos 6, inciso f) y j), 9 inciso a), 11, 36, 15 inciso d), 34 inciso a), 51, 92 segundo párrafo, 95, 97 y 101 del Decreto 90-2005 de la Ley del Registro Nacional de las Personas.*

**a.7.** Sentido de la sentencia: *Con Lugar la Inconstitucional planteada en contra de los artículos 15 inciso d), 34 inciso a) y 101 del Decreto que contiene las disposiciones impugnadas, y Sin Lugar las demás inconstitucionalidades planteadas.*

**a.8.** Magistratura: *V*

**b. Derecho constitucional implícito abordado:**

De las inconstitucionalidades planteadas en contra de los distintos artículos referidos, resalta y es objeto de análisis la planteada en contra del artículo 15 inciso d) de la Ley del Registro Nacional de las Personas, que regulaba: “Artículo 15. Atribuciones del Directorio. Son atribuciones del Directorio: ...d) Autorizar la prestación de servicios por parte del RENAP al sector público y privado, que permitan acceder a información relativa al estado civil, capacidad civil y demás datos y elementos de identificación de las personas naturales, de conformidad con los niveles de acceso que se establecen en esta Ley y su reglamento.” El postulante argumentó, respecto de la presente normativa, que permitía que el Registro Nacional de las Personas entregue información personal de la ciudadanía a cualquier persona sin orden de juez competente; invocando vulneración a los *derechos a la intimidad y al honor*, contenidos en los artículos 24, 25 y 31 de la Constitución, los cuales en su orden expresamente contienen los derechos a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros; registro de personas y vehículos; y acceso a archivos y registros estatales.

Nuevamente la Corte en sus consideraciones, indica que se debe incorporar al catálogo de derechos el *reconocimiento de la dignidad del ser humano*, y que éste trae aparejado conceptos inherentes, tales como: intimidad y honor de la persona. Siendo entonces, que la Corte reconoce los ***derechos a la intimidad y al honor***, que en el caso concreto se vieron vulnerados a través de la norma impugnada, y que están recogidos en los artículos constitucionales citados y normas internacionales en materia de derechos humanos.

La Corte expresa el alcance de dichos derechos, alude que el derecho a la intimidad, tiene como elemento central de protección la vida privada de la persona, es decir, *el respeto de ese conjunto de sucesos y circunstancias que configuran la vida personal —incluida la familiar— del individuo, y que forzosamente han de mantenerse reservados del conocimiento público, salvo que aquél consienta lo contrario*. Respecto, del derecho al honor, éste se centra en *evitar el menoscabo de la reputación o prestigio de un individuo, como elementos determinantes de la consideración ajena, de forma*

*que aquél no se encuentre expuesto al demérito, descalificación o desprecio de la sociedad, ante manifestaciones o actos que le resulten degradantes u ofensivos, incluidas aquellas imputaciones que, aun cuando fueren verdaderas, nadie está facultado para hacerlas o divulgarlas.*

Del alcance que la Corte infiere de los derechos aludidos, la norma atacada en el caso analizado efectivamente pretendía su vulneración, pues facultaba al Registro Nacional de las Personas a prestar el servicio de divulgación de información personal de cada uno de los ciudadanos inscritos, sin resguardo de la vida privada de la persona.

#### **4.7. Sentencia 7:**

##### **a. Datos generales:**

**a.1.** No. de Gaceta: *105*

**a.2.** Tipo de expediente: *Inconstitucionalidad de carácter general*

**a.3.** Número de expediente: *1822-2011*

**a.4.** Fecha de la sentencia: *17 de julio de 2012*

**a.5.** Postulante: *Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider*

**a.6.** Disposiciones impugnadas: *Artículo 201 Bis del Código Penal*

**a.7.** Sentido de la sentencia: *Con Lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada.*

**a.8.** Magistratura: *VI*

##### **b. Derecho constitucional implícito abordado:**

Se plantea acción de inconstitucionalidad por omisión en contra de la norma aludida, en razón de que el legislador al emitirla no tomó en consideración lo que tratados y convenios internacionales expresan sobre el delito de tortura; específicamente lo establecido en los artículos 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, vulnerando con ello los artículos constitucionales: 2, 3, 4, 44, 46 y 149.

El examen de la Corte, radicó en establecer si la normativa internacional indicada que fue omitida por el legislador al tipificar el delito de tortura, efectivamente debió ser considerada para definir los alcances de dicho delito; más concretamente determinar el tipo penal, a efecto de describir las conductas que constituyen la tortura.

La Corte advierte, que si se debió de haber tomado en consideración lo establecido por los artículos en mención, contenidos en las convenciones referidas. En razón que aunque no figure expresamente en el catálogo de derechos, la Constitución incorpora la figura del **Bloque de constitucionalidad**, indicando que éste es un *conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.* Continúa argumentando que el alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter  *eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno y que su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los derechos humanos en el país.*

El alcance que tiene esta figura es extensivo, porque permite efectivamente determinar que normas o principios se integran a la Constitución; en el caso estudiado la Corte indico que los dos instrumentos internacionales que definían la Tortura, efectivamente forman parte del Bloque de Constitucionalidad de Guatemala, vía artículo 46 constitucional. Pues ambos instrumentos internacionales se encuentran ratificados por Guatemala, por lo cual el legislador debió incluir dentro de dicho tipo penal, las características referidas en las convenciones inobservadas. Al tener la Corte por incorporada y reconocida dicha figura jurídica como medio para ampliar el catálogo de

derechos, se abre la brecha para que, vía bloque de constitucionalidad se incorporen derechos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados por Guatemala y efectivamente formen parte del catálogo de derechos.

Sobre la figura del bloque de constitucionalidad Alberto Pereira-Orozco expresó:

En Guatemala, después de haber sostenido durante toda su historia jurisprudencial la tesis de que la Constitución Política de la República de Guatemala constituía el único parámetro para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones normativas internas, en 2012 la Corte de Constitucionalidad decidió acoger expresamente la idea del bloque de constitucionalidad, reconociendo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como parte integrante de aquel parámetro: [Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad general, expediente número 1822-2011]. (Pereira-Orozco, comunicación personal, 16 de agosto de 2017).

#### **4.8. Sentencia 8:**

##### **a. Datos generales:**

**a.1.** No. de Gaceta: 120

**a.2.** Tipo de expediente: *Apelación de sentencia de Amparo*

**a.3.** Número de expediente: 2275-2014

**a.4.** Fecha de la sentencia: *06 de junio de 2016*

**a.5.** Postulante: *Cofradía Santísimo Sacramento, Cofradía de San José, Cofradía de la Virgen María de Concepción, Cofradía de María Concepción, Cofradía de San José, Cofradía Domingo de Ramos, a través de sus respectivos representantes legales, todos de San José Poaquil, departamento de Chimaltenango*

**a.6.** Autoridad impugnada: *Concejo Municipal de San José Poaquil, departamento de Chimaltenango.*

**a.7.** Acto reclamado: *Despojo de la administración tradicional que ejercían –los postulantes–, como representantes de la Cofradía de San José Poaquil, departamento de Chimaltenango, sobre las fincas inscritas en el Registro General de la Propiedad bajo los números: a) setenta y tres (73), folio trescientos*

(300) del libro noventa y ocho (98) Antiguo que consta en tres fracciones de terreno que se denominan Chiraxaj, KojomAba'j y Chuxe Camposanto, y b) sesenta y tres (63), folio ciento treinta (130) del libro sesenta y uno (61) Antiguo, que se denomina Komun Juyú, también conocida como "Las Cuevas", acto llevado a cabo el quince de febrero de dos mil seis.

**a.8.** Sentido de la sentencia: *Con Lugar el recurso de apelación interpuesto, en consecuencia, se otorgó el amparo a los amparistas.*

**a.9.** Magistratura: VII

**b.** Derecho constitucional implícito abordado:

Tal como se expresa en el inciso a.7 -acto reclamado-, se conoció la apelación interpuesta por los amparistas contra la sentencia de primer grado en la acción de amparo promovida, sentencia en donde no les fue otorgada la protección constitucional, y al conocer la Corte de Constitucionalidad, otorgó el amparo solicitado. La violación denunciada radicó, en el sentido que los postulantes organizados desde aproximadamente ciento veintiún años; venían administrando las tierras donde se han asentado y que la municipalidad del lugar despojó, para que ésta, basada en la legislación ordinaria pase a administrarla.

Lo primero que se debe considerar en la presente sentencia, es lo relativo al sujeto accionante de la acción constitucional, pues no se habla de una persona individual reclamando la restitución de un derecho humano de los denominados individuales; sino, que se trata del reclamo de un derecho colectivo o difuso de parte de un grupo de personas, no organizados como personas jurídicas de conformidad con la legislación ordinaria sino, como comunidad indígena, reconocidas en Guatemala; al que en los considerandos de la sentencia de mérito les reconocen la legitimidad activa para promover la acción constitucional.

El tribunal constitucional, al conocer del recurso planteado y entrar a analizar la violación denunciada, considera que: *efectivamente los postulantes han venido administrando las tierras referidas y restituye el derecho violentado*, destacando que se

fundan en lo que regula los artículos 66 y 67 de la Constitución y lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT, relativo a las Tierras. Retomando lo pronunciado por la Corte referente al *Bloque de Constitucionalidad*, como aquella figura que permite ingresar derechos humanos contenidos en convenios internacionales, emana el **Derecho de administración de tierras ancestrales**. Lo anterior, en razón del ejercicio histórico que en este caso han realizado los postulantes y la antigüedad de la existencia de las cofradías, que datan de hace más de cien años; y por ende la posesión y administración que han tenido de las tierras objeto de la acción constitucional de amparo. Estimó la Corte, la especial protección de la forma de tenencia, posesión o control de las tierras ancestrales ejercida por los postulantes; también se debe resaltar, el argumento vertido por la Corte relativo a la comparación entre la organización estatal -en este caso municipal- y la indígena, el expresar que: *en el caso particular de la acción de amparo conocida trasciende la especial forma de administración de tierras que ancestralmente han llevado a cabo los postulantes, en ello se convalida esa tradición que se ha ejercido por los años ya referidos contra la administración pública.*

#### **4. Eficacia de los derechos constitucionales implícitos en Guatemala**

Miguel Carbonell, refiere que *el valor principal de la sociedad son las personas*, es entonces, primordial su resguardo; surgieron los denominados *derechos humanos*, siendo estos el *conjunto de facultades y atribuciones a la persona*, con el objetivo de resguardar su dignidad. Concluyendo y aceptando que los derechos humanos, son fruto del desarrollo histórico de la persona, la evolución de éstos sigue en estos días, pues las necesidades del día de ayer no serán las mismas que mañana; en atención a que la sociedad es cambiante, pues la forma de organización del Estado en el transcurrir del tiempo ha ido evolucionando.

Cabe resaltar que la historicidad de los derechos es progresiva, no se puede retroceder, pues aquel derecho humano, ya establecido no puede ser retrotraído; los derechos humanos van hacia adelante en el avanzar de la persona humana, se recalca

que los *derechos humanos tienen una edad*, y en su caminar, como refiere Luis Polo *no inician con una positivación, sino mediante principios y valores que las sociedades impusieron para la convivencia pacífica*.

En el transcurrir de la historia de la persona, la concreción de los derechos humanos, nominados como tales y nombrados cada uno de éstos, es decir, habiéndole dando un nombre al bien jurídico que tutelan, pasando también de resguardar al individuo como persona y posterior al individuo como parte de un grupo social; en un momento histórico fue necesario que dichos derechos, ya formaran parte del ordenamiento jurídico de los Estados, pues *las normas de derechos humanos deben encuadrarse dentro de las condiciones que la seguridad jurídica reclama, es decir positivar los derechos humanos*. Se ingresa a los denominados *derechos fundamentales*.

Ferrajoli indica que *los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados*; lo anterior en consonancia con lo expresado en razón de la historicidad de los derechos humanos, pues ambos conceptos están íntimamente ligados. La relación que existe entre derechos humanos y derechos fundamentales, de conformidad con Pérez Luño es evidente en la definición que da de forma particular para ambos conceptos. *Los derechos humanos, suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad humanas*, agregando a ello que deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos, por lo que cuando un derecho humano ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico interno de un Estado o reconocido a nivel internacional por medio de un instrumento internacional, se estará aludiendo a *derechos fundamentales*, y a decir de Pérez Luño, *son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su norma constitucional, y suelen gozar de una tutela reforzada*. La relación entre dichos conceptos es clara.

Es importante hacer mención que el surgimiento del Estado constitucional, en contra del Estado absolutista, necesariamente generó que los derechos humanos sean positivados, y el día de hoy se hable de derechos fundamentales, sin dejar de lado la expresión derechos humanos.

Pero, ¿cuál es la importancia de que se haya abordado tanto el tema de los derechos humanos como el de los derechos fundamentales? Radica en que son el paso previo para abordar la teoría de los derechos implícitos; esto debido a que los derechos humanos, respondieron y siguen respondiendo en la historia de la persona, a una lucha a favor de su dignificación, sin embargo, en la evolución a derechos fundamentales, dentro del Estado Constitucional de Derecho actual, es importante que los derechos humanos se encuentren reconocidos en los textos constitucionales de los Estados.

Recalcando que los *derechos tienen una edad* y que al día de hoy deben responder con inmediatez, resguardando la libertad y dignidad de la persona, pues tal como refiere Bobbio *el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, etc.*, surge la teoría de los derechos implícitos. El catálogo de derechos fundamentales contenido en un texto constitucional y en instrumentos internacionales, no es una enumeración de derechos cerrada, pues la dignidad del hombre puede ser vulnerada en distintos escenarios, que hoy día no pueden ser concebidos; motivo por el cual ese catálogo no puede estar blindado, en ese tenor, Bobbio expresa que: *Derechos que habían sido declarados absolutos a finales del siglo XVIII, han sido sometidos a radicales limitaciones en las declaraciones contemporáneas; derechos que las declaraciones del XVIII no mencionaban siquiera, como los derechos sociales, son ahora proclamados.*

La teoría de los derechos implícitos, pretende ampliar y reformular a los derechos humanos, pues como expresa Nogueira Alcalá, *el concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente*

*en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho humano.*

Esta teoría, sustenta que para poder incorporar nuevos derechos o ampliar el ámbito de aplicación de un derecho humano ya reconocido, los textos constitucionales deben de contener la denominada *cláusula de derechos implícitos*, que es la norma constitucional que permitirá esa incorporación. Si esa cláusula esta inserta en la norma constitucional su catálogo de derechos humanos es *numerus apertus*, además que dicha cláusula determinará las vías por las cuales se deben de formular nuevos derechos o desarrollar los ya conocidos; algunos textos constitucionales refieren que no se excluirán otros derechos que sean inherentes a la persona humana, que deriven de la forma republicana de gobierno, del principio de soberanía del pueblo y del principio de justicia social, entre otros. Es derecho implícito aquel que no se encuentra *ni clara ni detenidamente recogido en las disposiciones constitucionales, sino que se derivan de una serie de criterios y principios constitucionales si reconocidos expresamente en la Constitución.*

Se anotó que el ente encargado de crear ese nuevo derecho o ampliar el ámbito de aplicación de un derecho humano ya reconocido es el Tribunal Constitucional de un Estado; pues siendo este el intérprete de la Constitución, su participación en el desarrollo de la teoría de derechos implícitos, en aplicación de la cláusula de derechos implícitos es fundamental, tal como refiere Ferreira Causil, *a través de la vía jurisprudencial se ha ampliado considerablemente el catálogo de derechos.*

A su vez Guatemala, en su historia constitucional, ha evolucionado en el contenido de los derechos fundamentales expresados en el catálogo respectivo, así como ha ido ratificando instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Que tal como ha sucedido en la historia de otros pueblos, el guatemalteco también ha sido protagonista de luchas por su dignificación, se ha dado varios textos constitucionales, en los cuales se ha pretendido que reconozcan derechos humanos. En ese entendido, también distintos textos constitucionales han acogido la teoría de

derechos implícitos, normando dentro del texto constitucional la cláusula de derechos implícitos que apertura el catálogo de derechos humanos.

La Constitución vigente no ha quedado atrás respecto de esta teoría y en el artículo 44 constitucional, el cual regula: “*Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...*”, se encuentra contenida la cláusula de derechos implícitos. Ahora bien, cual ha sido la aplicación de esta norma de parte de la Corte de Constitucionalidad, como máximo interprete constitucional o es este artículo constitucional la única vía para ampliar el catálogo de derechos fundamentales.

Las sentencias analizadas en el apartado que precede, permiten observar cómo la Corte de Constitucionalidad ha ampliado el contenido de los derechos recogidos en el catálogo de derechos fundamentales; pues ha ampliado el ámbito de aplicación de derechos humanos ya reconocidos o, en su caso, conjugar varios artículos contentivos de derechos humanos, interpretarlos y referir su espectro de tutela. Verbigracia que un derecho implícito, como lo es el *reconocimiento a la dignidad humana*, el cual la Corte al interpretar los primeros cinco artículos constitucionales emanó, surgieran a su vez otros derechos como los de *autodeterminación informativa, intimidad y honor*; se observa entonces, que dicha teoría es plenamente aceptada y utilizada por el tribunal constitucional guatemalteco.

Es de hacer notar que de las sentencias referidas en algunos casos la Corte invoca no solo el artículo 44 constitucional, sino también hace mención del artículo 46 de la Constitución, que regula: “*Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno*”.

En atención a lo anterior, se debe anotar lo concluido por la Corte de Constitucionalidad en la denominada, en esta investigación como *Sentencia 7*, donde la Corte incorpora la figura del *Bloque de Constitucionalidad*, que la misma Corte define como *aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la*

*Constitución, han sido integradas por otras vías a la Constitución, especificando, que se deben considerar las normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona humana.* Por tanto, al reconocer el Estado de Guatemala la figura del Bloque de Constitucionalidad, ello permitirá que los derechos humanos enumerados en instrumentos internacionales ratificados por el Estado, formen parte del catálogo de derechos humanos guatemalteco; pero no solamente los referidos en dichos instrumentos, pues dicha figura refiere *normas y principios integrados por otras vías*, en este caso se puede hacer mención de los derechos implícitos que emerjan de la interpretación de normas constitucionales.

## Capítulo V

### ***Teoría de los derechos constitucionales implícitos. Trascendencia y expectativas***

#### **1. Precisiones**

En el presente capítulo se pretenderá asentar puntualmente la postura a la que la investigadora ha arribado en cuanto a porqué la investigación realizada se inclina a la tesis *historicista* de los derechos humanos, como parte del fundamento de acoger la *teoría de los derechos implícitos*; en consecuencia se abordarán dos puntos específicos, el primero al que ya se hizo alusión en cuanto al fundamento de los derechos humanos y el segundo en cuanto a especificar, la razón por la cual se aceptan los derechos implícitos.

Ya en el primer capítulo se procedió a detallar las tres teorías principales que fundamentan a los derechos humanos, a saber: *iusnaturalismo*, *iuspositivismo* e *historicismo*. Entendiendo que el *iusnaturalismo*, pretende ubicar a los derechos humanos como aquellos inherentes a la persona humana, se basan directamente en la naturaleza de la persona, anterior a la existencia de cualquier norma jurídica; en el entendido que los derechos han estado siempre ahí, tal como el ser humano, esperando a ser conocidos, afirma que los derechos humanos son reconocidos por el Estado y su ordenamiento jurídico, que éste en ningún momento podrá otorgar dichos derechos, pues le pertenecen por su propia naturaleza a la persona. Al respecto Agudelo Ramírez, indica que: “La opción iusnaturalista identifica los derechos humanos con unas exigencias previas, correspondientes a un estado de naturaleza previas al proceso de positivación.” (Agudelo Ramírez, 2011, pág. 63).

La teoría iusnaturalista es contraria al iuspositivismo, se apoya en principios superiores que van más allá de lo que una norma jurídica significa, su argumento principal es la naturaleza propia del ser humano; autores como Beuchot, que se inclinan

hacia esta teoría de fundamentación argumentan a su favor, expresando que: “la naturaleza humana es aquello que, al ser conocido cada vez con mayor plenitud, va haciendo brotar los derechos humanos dándolos a conocer a aquellos que quieran verlos.” (Beuchot Puente, 1997, pág. 17).

Beuchot, al pretender buscar otra fundamentación fuera de la naturaleza humana, para encontrar el porqué de los derechos humanos, se ubica en las necesidades del hombre y en la dignidad el hombre; sin embargo, nuevamente refiere que el fundamento es la naturaleza humana, pues tanto una como la otra, indica: devienen en lo mismo. Este autor es un férreo partidario del iusnaturalismo, en ese tenor a la par que argumenta a favor de dicha teoría, rechaza al *iuspositivismo*, expresando que reducir los derechos humanos a la norma jurídica, es dejarlos a merced del legislador o del gobernante; para dicho autor, la norma jurídica no es suficiente para fundamentar y materializar un derecho humano. Y ese es precisamente el problema que Beuchot observa en la teoría positivista, si la norma jurídica que contenga un derecho humano no ha sido promulgada por el legislador previo haber agotado los pasos que la ley manda, el derecho no existe, a diferencia del iusnaturalismo que pretende posicionar a los derechos humanos previo a la existencia de la norma jurídica.

En cuanto al *positivismo jurídico*, en contraposición del iusnaturalismo, sustenta que los derechos humanos, surgen a partir de la existencia material de un cuerpo normativo que los contenga; pues la ley es el medio en un Estado de Derecho, basado en un ordenamiento jurídico, para que pueda exigirse su ejercicio y protección, “los derechos del hombre serán aquellos que son recogidos y reconocidos por las normas básicas del Estado.” (Martínez de Pisón, 1997, pág. 102). Los positivistas refieren que una diferencia medular entre esta teoría y la ya referida es que el Estado a través del órgano competente podrá en un determinado momento, basado en la norma jurídica, utilizar su poder coactivo para proteger el derecho humano contenido en ella.

Básicamente, se comprende que las teorías someramente aludidas, sustentan cuándo surge un derecho humano, en que momento existe; la primera indica que éstos

están presentes en la vida misma de la persona, en su naturaleza, que le pertenecen por ser tal, es decir, que han estado, están y estarán siempre ahí; y la otra refiere que los derechos humanos no existen sino a partir de una enunciación expresa del Estado, la norma jurídica, que no son previos a la norma. La presente investigación no acoge ninguna de las dos teorías explicadas; en primera instancia, se descarta que los derechos humanos siempre estén ahí y que como cual tesoro, deben ser descubiertos. Si bien es cierto los derechos humanos pretenden plasmar las libertades de la persona para tener una vida digna; lo cual en el recorrido histórico de la persona ha sido objeto de lucha constante, no significa que cada derecho humano conocido al día de hoy haya estado siempre ahí; los cambios en la humanidad son impredecibles y surgen a partir de distintos acontecimientos y no son los mismos a nivel global. En segundo lugar no se puede aceptar tampoco que los derechos humanos estén supeditados a la norma jurídica, tal cual, si bien es cierto, es indispensable al día de hoy, que la norma jurídica, específicamente la constitucional contenga un catálogo de derechos humanos, estos primeramente surgirán no con la norma en sí, sino con las exigencias del hombre a partir de los acontecimientos que padezca.

Lo anterior, da *a priori* las razones por las cuales en la investigación se priorizó la teoría *historicista* y se adoptó la definición de derechos humanos proporcionada por Pérez Luño; al expresar que los derechos humanos concretan acontecimientos históricos del hombre. Esta teoría indica, como en reiteradas ocasiones se ha anotado, que los derechos *tienen una edad*, están basados en el momento histórico o contexto en que se desarrolla la persona, cada momento histórico implicó cambio en los derechos protegidos, en primera instancia se protegió la libertad individual y posterior fue de importancia la protección a grupos específicos, se puede indicar que a partir del historicismo:

Cobra importancia contextualizar en atención a las propias necesidades humanas en un momento determinado, siendo esto lo realmente determinante para definir qué es un derecho humano, y sin que importe la referencia a Dios o a una razón universal o determinado contrato social. (Agudelo Ramírez, 2011, pág. 31)

Entonces, se comprende que hay hechos y momentos específicos que marcarán a la persona humana, surgirá concretamente un derecho humano. Lo importante para esta teoría, será la forma de plasmar ese momento, le dará apertura a ese derecho pese a que no se encuentre reconocido en el texto constitucional, descarta las bases positivistas, y permitirá que se incorpore al texto constitucional, para dotarlo de garantías reforzadas. Efectivamente se concuerda con lo dicho por Pereira-Orozco, en cuanto a que el fundamento de los derechos humanos debe adaptarse a los momentos históricos y necesidades de la sociedad, pues la búsqueda por la libertad de parte de la persona es constante, y existirán otros acontecimientos que darán pie a que se positivicen otros derechos que al día de hoy no se conocen. Se considera que esta teoría permite que los derechos humanos no estén rígidos o sujetos de forma absoluta, en la sociedad cambiante en la que la persona se encuentra, esta teoría permite la adaptación, ya que “los derechos humanos son históricos en cuanto que miran hacia el futuro”. (González, 2002, pág. 18).

Se está de acuerdo con la teoría *historicista*, en cuanto a la fundamentación de los derechos humanos, pues sustenta a su vez el fundamento de la *teoría de los derechos implícitos*; sin embargo, antes de continuar con una exposición precisa de la teoría investigada, se debe hacer una aclaración de ayuda en la comprensión del fundamento de los derechos implícitos; respecto de ello, los autores aludidos, pretendieron fundamentar dichos derechos, tratando de encajar el fundamento en el iusnaturalismo o iuspositivismo, algunos autores como Gros Espiell, se inclinan parcialmente por la tesis iusnaturalista, pues indica que cuando los derechos implícitos tienen como presupuesto tomar en consideración que los derechos son inherentes a la persona, se está abordando la naturaleza de la persona, expone:

Cuando se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, sólo pueden encontrarse en una concepción jusnaturalista, en virtud de la cual existen derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional. (Gros Espiell, 2000, pág. 146).

Pese lo anterior, hay que tomar en consideración que la cláusula de derechos implícitos contenida en las Constituciones, no solo toma en cuenta los derechos que

puedan ser inherentes a la persona, sino que estipulan que además de ese presupuesto, la ampliación del contenido de un derecho o un nuevo derecho en su caso, puede surgir de principios de soberanía, de justicia social, del principio de república, entre otros; en ese sentido la tesis iusnaturalista como fundamento no es tan viable, de ello es consciente Gros Espiell.

En cuanto al positivismo jurídico dicho autor y Bidart Campos, son partidarios de desechar la tesis positivista, ya que al sustentar esta que los derechos nacen única y exclusivamente del proceso legislativo, no considera derechos anteriores a la norma, implica según dichos autores, reducir el derecho humano a un texto y es una atadura, lo cual contradice los postulados de la teoría de los derechos implícitos; pues esta tiene como bandera no sujetarse a la norma escrita, en las definiciones de derechos implícitos aludidas, en generalidad expresan que un derecho implícito será aquel que no está expreso en la norma, desvirtuando totalmente como fundamento para la teoría, el positivismo jurídico.

Se concreta, que la teoría de los derechos implícitos tendrá su fundamento tanto en el iusnaturalismo como en el historicismo, el primero en cuanto a coincidir que los derechos humanos son propios del hombre, pese a que no estén presentes en el catálogo de derechos y respecto del historicismo, porque busca concretar acontecimientos históricos de la persona humana.

Una de las pretensiones de la teoría de los derechos implícitos, es adaptar el catálogo de derechos fundamentales contenido en las Constituciones de los Estados al día de hoy, en atención a que comprende lo cambiante que es el devenir de la persona, en el sentido que existen y existirán acontecimientos que, en determinado momento de la historia humana, pretenderán que se protejan bienes de la persona, y a su vez evitar que ese proceso de reconocimiento sea complicado. En cuanto a que su objetivo es ampliar y reformular a los derechos humanos establecidos, por supuesto que este proceso, es un proceso delicado y que el juez constitucional, debe tomar en

consideración las mismas limitaciones que la Constitución refiere para hacer ese trabajo de ampliación y reformulación de derechos.

Se es del criterio, en consecuencia, que la teoría de los derechos implícitos debe ser abordada y aplicada por el tribunal constitucional, como ya lo ha venido haciendo, con las limitaciones e implicaciones que la misma apareja, pues la norma constitucional indica el derecho humano reconocido, pero no el horizonte del mismo, es decir, hasta donde llega tal o cual derecho, he ahí la importancia del acogimiento de dicha teoría.

## **2. Desarrollo de derechos a partir de los derechos implícitos**

En el capítulo III de la presente investigación se desarrolló el tema específico de la teoría de los derechos implícitos, anotando sus antecedentes, que datan desde el año 1787, en Estados Unidos de América, en donde el pueblo no se dio un catálogo de derechos fundamentales, pues para el pueblo hacer una enumeración sería redundante; sin embargo, en 1791 la IX enmienda de forma expresa contiene indicios de ésta teoría, incorpora la cláusula de derechos implícitos, posteriormente las Constituciones de distintos Estados, dentro del catálogo de derechos fundamentales, contenían la cláusula de derechos implícitos, que refiere en palabras sencillas, *que los derechos contenidos en la Constitución no excluirán otros no anotados*.

En distintos pasajes del capítulo referido, se hace la anotación, en cuanto a los autores consultados, que la teoría pretende englobar a los derechos que no tienen nombre; es decir, aquellos derechos innominados, que deben ser incorporados al catálogo de derechos humanos, que en un caso concreto han sido puestos a conocimiento del juez constitucional y éste les da un nombre; pasan de ser derechos implícitos, innominados o no enumerados a ser derechos nominados y formar parte del catálogo expreso contenido en la Constitución.

Autores como Nogueira Alcalá, sostienen que la teoría de derechos implícitos, pone su atención en considerar que no es necesario que un derecho esté expresamente indicado en la Constitución; o como indica Gros, que los derechos enumerados en la Constitución no son todos los que le pertenecen a la persona. Parten de la idea que aún hay otros derechos humanos que deben ser integrados al catálogo expreso de derechos humanos y que, en un caso concreto, la persona en busca de la protección puede no encontrar está en ninguno de los bienes protegidos a través de la norma constitucional, es ahí cuando se invocará la aplicación de la teoría e inserción del nuevo derecho.

Se debe tomar en cuenta que, esta teoría refiere que el surgimiento del *nuevo derecho*, no es algo antojadizo, la misma Constitución, mediante la cláusula de derecho implícito deberá indicarle al juez constitucional los lineamientos a seguir, para poder determinar un nuevo derecho o desarrollar el contenido de uno ya reconocido.

La teoría que se aborda, pretende desarrollar dos puntos de vista. El primero, es el surgimiento de un *derecho nuevo*, es decir, un derecho humano totalmente no conocido al día de hoy, con contenido y bien propio que proteger; que deberá si se acoge la teoría y si la norma constitucional lo permite incorporarlo al catálogo de derechos establecido; sin embargo, esta circunstancia es compleja y hasta puede ser problemática, pues tal como lo dijo Guastini, supondría el desplazamiento de funciones entre poderes estatales, no se está de acuerdo con tal aseveración. Si bien es cierto, la cláusula de derechos implícitos, contenida en una norma constitucional, establece los límites sobre los cuales se debe basar el juez constitucional en esta creación de derechos, tal como lo refiere Candia Falcón, se estará sujeto a la discrecionalidad del juez.

El segundo punto, es el relativo al desarrollo del contenido de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional, pues en diversas ocasiones la norma constitucional refiere cuál es el derecho, pero no su espectro de aplicación. La investigación realizada abordó el rol del tribunal constitucional guatemalteco en cuanto

a la aplicación de ésta teoría; del análisis de las sentencias emitidas por la Corte, se concluyó que ha ampliado el ámbito de aplicación de derechos humanos ya reconocidos, pues en sus pronunciamientos ha conjugado varios artículos contentivos de derechos humanos y ha referido su espectro de tutela, en suma, la Corte ha reformulado el contenido de derechos o desarrollado los mismos.

La construcción que la Corte ha realizado a partir de las sentencias analizadas, se ha sustentado en lo que para el efecto establecen los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 24, 25, 31, 35, 66, 67, 140 y 243 de la Constitución; en algunos casos con aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y Convenio 169 de la OIT, y la Corte ha sido reiterativa con dichos artículos y por supuesto se ha sustentado en la cláusula de derechos implícitos y lo que regula el artículo 46 de la Constitución. El nuevo contenido que ha desarrollado la Corte, conjugando dos o más de los artículos en mención, son: *derecho a la vida en democracia, derecho a morir con dignidad, debido proceso sustantivo, derecho a la autodeterminación informativa, derecho a la intimidad y al honor, reconocimiento a la dignidad del ser humano, bloque de constitucionalidad, derecho a la administración de tierras ancestrales.*

En casos como el derecho a morir con dignidad, derecho a la autodeterminación informativa y derecho a la intimidad y al honor, la Corte ha conjugado los primeros cinco artículos constitucionales, pronunciamientos que se han dado en distintos momentos y casos, pero en cada uno de ellos la reformulación fue variando, siempre sobre la base de lo que cada derecho contenido en dichos artículos fue pretendido por el constituyente. En cuanto al desarrollo de los artículos 140 y 243, si bien es cierto no son artículos incluidos en la parte dogmática de la Constitución, si son artículos que estructuran y organizan al Estado.

Candia Falcón, escéptico respecto de los derechos implícitos, analiza el actuar del juez constitucional en cuanto a la aplicación de ésta teoría, pues concuerda al igual que Guastini que formular nuevos derechos, de parte de un tribunal constitucional, dista de su labor como intérprete constitucional; argumenta que efectivamente el juzgador no

puede formular un nuevo derecho humano, que antes no existía e insertarlo a la Constitución; en cuanto eso implicaría que la misma norma constitucional sea quebrantada, ya que el juez constitucional tiene límites en su actuar y existen normas constitucionales -como las que regulan las reformas constitucionales- que los determinan. Este autor, en sí no se opone a esta teoría, sino al hecho de precisar y asegurar que el juez constitucional pueda crear un nuevo derecho, él enfoca esta teoría en el desarrollo más bien de derechos ya establecidos, indicando que no será una labor interpretativa del juzgador constitucional, sino más bien será una construcción normativa del juez constitucional.

Reconociendo que el juez constitucional tiene potestades para realizar esta construcción en aquellos casos en que se confronta a disposiciones constitucionales amplias y textualmente indeterminadas... sin embargo, el juez no goza de discrecionalidad absoluta para operar en esta área. Por el contrario, el juez constitucional se encuentra limitado por varios factores. (Candia Falcón, 2017).

Dentro de los factores que el juez constitucional guatemalteco debe observar, se encuentra lo preceptuado en la misma cláusula de derechos implícitos, artículo 44 constitucional, que indica que no se excluyen derechos no contenidos en la Constitución que sean *inherentes a la persona humana*. Esa es la primera condición para aplicar la teoría, que aquel derecho que se pretenda desarrollar este sujeto a proteger a la persona humana; en otras Constituciones, los presupuestos son: el principio de soberanía del pueblo, la forma republicana de gobierno, principios de justicia social, entre otros. Otro límite al juez constitucional es lo regulado en los artículos 278 y 280 de la Constitución, que regula las formas de reforma constitucional, siendo el primero expreso para los derechos individuales contenidos en la Constitución y el segundo para reformas constitucionales en general; según Candia Falcón otra de las limitantes debe ser los mismos derechos contenidos en el catálogo de derechos, pues el contenido desarrollado debe ser compatible con el derecho y el catálogo en general, y las facultades otorgadas al tribunal constitucional, en el entendido de la irrupción que pudiera hacer, en el caso de Guatemala, a una Asamblea Nacional Constituyente.

El apoyo que Candia Falcón le da a esta teoría, es el problema en el que se encuentra el juzgador constitucional cuando el texto de la norma constitucional es ambiguo, o en su caso, en la aplicación de un caso concreto la norma constitucional debe ser adaptada; en palabras de dicho autor, el contenido de la norma debe, además de ser interpretado, también construido: “en la medida que dicha construcción no signifique una infracción de las reglas establecidas por la misma Constitución, la construcción permite «extender la aplicación de la Constitución a la vida política y a implementar el texto constitucional poniéndolo en práctica»” (Candia Falcón, 2017). Y en términos de la teoría de derechos implícitos, el texto constitucional debe reformularse o desarrollarse.

En ese actuar, que realiza el juez constitucional el autor referido, indica que representa una forma de creación judicial, en el ámbito de lo posible, no el descubrimiento de algo, pues Contreras, citado por Candia Falcón, refiere que el actuar del juez se limitará a definir las normas adscritas a cada derecho fundamental, indicando que no se tratará entonces de la creación de un nuevo derecho.

En concreto, la preocupación del autor aludido será, el definir los límites al juez constitucional para la creación judicial, que implicará un análisis y estudio minucioso del texto constitucional, para que el juzgador encuentre esos límites y sean observados de forma responsable por este. En palabras de Recasens Siches “es un hecho necesario que el juez al dictar una sentencia aporta a la norma contenida en el fallo ingredientes que no figuraban en la norma general, resulta entonces patente con plenaria claridad que la función judicial tiene dimensiones creadoras” (Recasens Siches, 1980, pág. 219), se concluye que en el actuar ordinario de un juzgador, efectivamente realiza una labor creadora.

La teoría de derechos implícitos a partir de la doctrina estudiada y sobre todo de la materialización que de la misma ha hecho el tribunal constitucional guatemalteco es: *el desarrollo de derechos humanos ya establecidos en el catálogo contenido en la Constitución*, no así la creación de derechos nuevos. La anterior aseveración se hace

en atención a que la Corte, como se anotó, ha analizado en su conjunto varios artículos constitucionales, verbigracia los primeros cinco artículos de la Constitución, de los cuales se ha ampliado el ámbito de los derechos ahí contenidos; implica que la Corte de Constitucionalidad ha utilizado esta teoría para determinar el contenido de derechos establecidos, sin demeritar lo que hasta el momento de la sentencia se entendía por el derecho abordado, así como incorporar figuras jurídicas, que no son derechos humanos, pero que pretenden ayudar en su desarrollo.

### **3. La importancia del Juez constitucional**

Como punto final en el desarrollo de la teoría de los derechos implícitos, se debe estimar la importancia que tiene para su aplicación y aceptación el rol que desempeña el juez constitucional; en cuanto a reformular el contenido de los derechos establecidos, ya en el capítulo respectivo se hizo alusión del porqué el juez constitucional se encuentra como partícipe en esta teoría, que por mandato constitucional le corresponde interpretar y defender a la norma constitucional.

El papel del juez constitucional en esta teoría es la creación judicial, la cual debe desempeñar observando los límites constitucionalmente establecidos, y como todo juzgador, debe tomar en cuenta o estar formado profesionalmente en principios y valores, para lograr el fin primordial de todo juzgador, la impartición de justicia.

Uno de los aspectos negativos de la teoría de derechos implícitos que refiere Guastini, es el relativo a que al juzgador constitucional tendrá funciones que no le competen, si se acepta exclusivamente que la teoría sustenta la creación de un nuevo derecho; como se anotó, esta teoría no excluye lo anterior, pero se desenvuelve primordialmente como un desarrollo de derechos establecidos, a lo cual Candia Falcón, observa como negativo, que la discrecionalidad del juez se volverá ilimitada, indica:

Detrás de la discusión acerca de los derechos implícitos se encuentra otra mucho más profunda respecto a la extensión de la discrecionalidad de la cual goza el juez

constitucional para construir estándares textualmente abiertos e indeterminados. De hecho, la discusión sobre los derechos implícitos es, al final, una discusión acerca del ejercicio de la discrecionalidad de las cortes constitucionales. (Candia Falcón, 2017)

Pese a lo anterior, el mismo autor refiere que el juzgador deberá ser disciplinado en la aplicación de esta teoría y observar con sumo cuidado los factores que limitan su actuar. La función judicial, será: la aplicación del derecho vigente y las valoraciones que por su propia cuenta hace el juzgador, en esta última, entrarán en juego aquellos valores de los cuales se encuentra formado; por tanto, la preparación profesional de los juzgadores debe incluir además de la instrucción en la norma jurídica, la consideración y práctica de principios y valores, que evitarán que esa discrecionalidad venga en negativo al emitir una resolución.

#### **4. Trascendencia y expectativas**

Para concluir con la presente exposición, se debe anotar puntualmente cual es la trascendencia de la teoría de los derechos implícitos en general y en particular, para los derechos de los guatemaltecos. Tal como se ha venido detallando, la teoría de los derechos implícitos, busca desarrollar el contenido de los derechos fundamentales incluidos en el catálogo de derechos reconocidos en las Constituciones, ahí radica su importancia, la construcción que hace el juez constitucional de aquello que no se encuentra explícito en el texto constitucional; no se debe dejar de considerar que en un futuro si pueda implementarse un derecho netamente nuevo, a partir de dicha teoría, para lo cual deberá profundizarse y sobre todo que ello no riña con postulados constitucionales; pues la Constitución deberá interpretarse como un todo, pero al día de hoy, se debe concretar que su principal función es la reformulación de derechos.

Para el caso de Guatemala, como se refirió, la Corte de Constitucionalidad, ha aplicado la teoría investigada, pero: ¿Cuál ha sido esa trascendencia, para el catálogo de derechos humanos, expreso en la Constitución? Se debe anotar no solo el uso que la Corte ha hecho de la teoría y de la cláusula de derechos implícitos, pues el tribunal

constitucional guatemalteco, con fundamento en lo que establece el artículo 44 de la Constitución, ha aplicado la teoría de los derechos implícitos; ya las sentencias analizadas dan cuenta certera de esa aplicación, sino que se debe destacar que la Corte, no ha restringido su construcción judicial, únicamente a los artículos incluidos en la parte dogmática de la Constitución, sino que se ha extendido a artículos que organizan y estructuran al Estado -artículos 140 y 243-.

Se comprende que, de los artículos encasillados en el catálogo de derechos humanos, se desarrollen y se reformule su contenido, pero en cuanto a los otros artículos analizados por la Corte, deviene lo trascendente que ha sido la aplicación de esta teoría. Se considera que los juzgadores constitucionales han analizado e interpretado como un todo la Constitución, en el entendido de que la misma como tal pretende proteger a la persona, mediante el reconocimiento de los derechos humanos y la organización que el Estado tenga.

Sobre la base anterior, la Corte ha adoptado instituciones jurídicas que permiten la protección de los derechos o su respectiva ampliación. La primera, *el debido proceso sustantivo*, derivado del análisis de los artículos 243 y 44 de la Constitución, dan cuenta de una institución que busca en la creación de la norma jurídica, la observancia del debido proceso, en el sentido que en su elaboración no se quebranten ni contradigan derechos, o que su creación sea irracional, al pretender restringir alguna prerrogativa establecida para la ciudadanía. La segunda *el bloque de constitucionalidad*, que es adoptado por la Corte, en atención a lo que regula el artículo 44 de la Constitución y el artículo 46 de dicho cuerpo legal, que pretende la inmersión del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno; si bien es cierto los convenios y tratados en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno, por vía del bloque de constitucionalidad, efectivamente se ha materializado dicho artículo, pues lo manifestado por la Corte, trasciende a que los derechos enumerados en los instrumentos internacionales, forman parte del catálogo de derechos humanos guatemalteco. De los párrafos anteriores se evidencia la eficacia que ha tenido el uso de esta teoría para el catálogo de derechos.

En cuanto a los avances y perspectivas en el actuar de la Corte respecto de esta teoría, los mismos se considera que son positivos, pues efectivamente se ha establecido que el uso no ha sido indiscriminado, probablemente ha sido poco en relación a los años de ejercicio que ha tenido la Corte. Se denota también que el uso ha sido amplió en cuanto al análisis de los artículos constitucionales; de la aplicación que el tribunal constitucional le siga dando a la teoría de derechos implícitos y a la cláusula respectiva, si se sigue sobre la línea en la que ha estado, beneficiará al estudio particular, que se le pueda dar a los derechos constitucionalizados; sobre todo al ámbito de protección que los derechos amparan, lo que será de beneficio para el guatemalteco. Se debe tener en cuenta los límites que la Constitución marca al juez constitucional para hacer esa construcción judicial, como certeramente lo hace ver Candia Falcón, sumada la formación en valores que debe tener el juzgador.

## CONCLUSIONES

1. Los derechos humanos concretizan conquistas en la historia de la humanidad, derivados de las distintas necesidades de la persona como ser individual y social, procedente del anhelo de lograr su dignificación.
2. La teoría de los derechos implícitos consiste en el reconocimiento de derechos propios o inherentes a la persona humana, que no se encuentran expresamente reconocidos en el catálogo de derechos humanos contenido en los textos constitucionales de los Estados, así como un desarrollo del contenido de los derechos ya reconocidos por éstos.
3. La teoría de los derechos implícitos se materializa en los textos constitucionales a través de la *cláusula de derechos implícitos*, que es aquella norma constitucional expresa en donde se regula: que los derechos ya reconocidos no excluyen ni niegan otros derechos que no se encuentran contenidos en el catálogo de derechos humanos. Es decir, que serán derechos fundamentales aquellos otros derechos no reconocidos expresamente en la Constitución, pero que pretendan en primera instancia guardar la dignidad humana. Para el caso de Guatemala, esta cláusula se encuentra contenida en el artículo 44 constitucional.
4. El artículo 44 de la Constitución, ha permitido que el contenido de derechos recogidos en el catálogo de derechos fundamentales, sea extensivo, pues la Corte de Constitucionalidad, en su función de intérprete de la norma constitucional ha ampliado el ámbito de aplicación de derechos humanos ya reconocidos; ya que en sus pronunciamientos ha conjugado varios artículos contentivos de derechos humanos, interpretándolos y refiriendo su espectro de tutela. Observándose que dicha teoría es plenamente aceptada y utilizada por el tribunal constitucional guatemalteco, en ese sentido se determina que la hipótesis planteada fue comprobada.

5. El artículo 44 constitucional se complementa con lo regulado en el artículo 46 de la Constitución, pues amplía el criterio a través del cual se incorporan nuevos derechos al catálogo existente, ya que a través del *Bloque de Constitucionalidad*, figura incorporada mediante sentencia de fecha 17 de julio de 2012 por la Corte de Constitucionalidad, las normas internacionales que contengan derechos inherentes a la persona, formarán parte del catálogo de derechos humanos guatemalteco, haciendo más extensiva la incorporación de nuevos derechos.
  
6. Pese a la aplicación que la Corte de Constitucionalidad le ha dado a la cláusula de derechos implícitos, la sistematización de las sentencias pronunciadas por esa Corte no es la idónea para que el ciudadano conozca los contenidos nuevos a derechos ya reconocidos, pues no existe jurisprudencia al respecto, sino un escaso número de pronunciamientos, disgregados a lo largo de casi 32 años de interpretación constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Agudelo Ramírez, M. (2011). *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*. Colombia: Editorial Temis, S.A.
2. Barroso Figueroa, J. (2010). La Revolución Mexicana de 1910 y el Derecho Civil. En: *La Revolución Mexicana a 100 años de su inicio. Pensamiento Social y Jurídico* (1ª. Edición), (págs. 67-98). México, Universidad Nacional Autónoma de México.
3. Beuchot Puente, M. (1997). *Los derechos humanos y su fundamentación filosófica (1ra. Edición)*. México: Universidad Iberoamericana.
4. Beuchot, M. (2004). *Derechos Humanos. Historia y Filosofía* (2ª. Reimpresión). México, Distribuciones Fontamara, S.A.
5. Bidart Campos, G.J. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. (1ª. Edición), México, Universidad Nacional Autónoma de México.
6. Bidart Campos, G.J. (2002). Los derechos "no enumerados" en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional. En: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso iberoamericano de Derechos Constitucional*, (1ª. Edición), (págs. 103-114). México, Universidad Nacional Autónoma de México.
7. Bobbio, N. (s.f.). *El Tiempo de los Derechos*. Madrid, España, Editorial Sistema.
8. Candia Falcón, G. (2015). Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la Noción del Estado de Derecho. En: *Revista Chilena de Derech, Volumen 42, Número 3*, (págs. 873-902), Chile.
9. Carbonell, M. (2010). *Una Historia de los Derechos Fundamentales*. (1ra. Edición). México, Editorial Porrúa.
10. Carpio Marcos, E. (2000). El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. En *Revista Jurídica: Cuestiones Constitucionales*, No. 3, México, Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre 2000, (Págs. 3-25).
11. Carré de Malberg, R. (2013). *Teoría general del Estado*, (3a. Reimpresión). México, Fondo de Cultura Económica.

12. Castillo Mayén, V. (2015). Amparo. En: *Derecho Procesal Constitucional* (3ª. Edición), (págs. 61-184). Guatemala, Ediciones De Pereira.
13. Chinchilla Herrera, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* (2da. Edición). Colombia, Editorial Temis, S.A.
14. Contreras V., P. (2011). ¿Derechos Implícitos? Notas sobre la identificación de normas de Derecho Fundamental. En: *Nuevas Perspectivas en Derecho Público* (1ª. Edición), (págs. 149-186). Chile, Editorial Librotecnia.
15. Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4a. Edición), Madrid, ES, Editorial Trotta, S.A.
16. Ferrer de Mendiola, G. (1987). *Crónica del Constituyente*. (1ª. Edición), Querétaro, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.
17. Galvis Ortiz, L. (2005). *Comprensión de los Derechos Humanos* (3ra. Edición), Colombia, Ediciones Aurora.
18. García Becerra, J.A., (1991). *Teoría de los Derechos Humanos* (1ra. Edición). México, Universidad Autónoma de Sinaloa.
19. García Laguardia, J.M., (2001). *Introducción, Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala, Piedra Santa.
20. García Laguardia, J.M., (2006), *Constituciones Iberoamericanas, Guatemala*. (1ª. Edición), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
21. García Laguardia, J.M, (2010). *Breve Historia Constitucional de Guatemala*. Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.
22. González, N. (2002). *Los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega Grupo Editor, S.A. de C.V.
23. Gros Espiell, H. (2000). Los Dererechos Humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Revista Jurídica: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 4, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-diciembre 2000, (Págs. 148-172).

24. Madrid Hurtado, M. d. (2004). *Constitución, Estado de derecho y democracia* (1ra. Edición). México, Universidad Autónoma de México.
25. Maldonado Aguirre, A. (sf.). *Las Constituciones de Guatemala*. (1ª. Edición), Guatemala, Editorial Piedra Santa.
26. Martínez de Pisón, J. (1997). *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*. España: Egido Editoria, S.L.
27. Morales Bustamante, A. (2015). Control de constitucionalidad normativa. En: *Derecho Procesal Constitucional*, (3ª. Edición), (págs. 235-334), Guatemala, Ediciones de Pereira.
28. Nogueira Alcalá, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. En *Revista Jurídica: Revista Ius Et Praxis*, No. 2, Vol. 13, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, julio-diciembre 2007, (Págs. 245-285).
29. Peces-Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid, ES., Editorial Dykinson, S.L.
30. Pereira-Orozco, A. y Richter, M.P.E. (2013). *Derecho Constitucional*, (8ª. Edición), Guatemala, Ediciones De Pereira.
31. Pérez Luño, A. E. (2007). *Los derechos fundamentales*, (9a. Edición), Madrid, ES.: Editorial Tecnos.
32. Recasens Siches, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, S.A.
33. Roza Acuña, E. (2013). El constitucionalismo de la República de Guatemala. En: *Derecho Constitucional* (8ª. Edición), (págs. iii-xvii). Guatemala, Ediciones de Pereira.
34. Salazar Muñoz, C. (2008). Los Derechos No Enumerados. En *Revista del seminario de Doctorado en Derecho: Problemas Fundamentales sobre Teoría del Estado y Derechos Constitucional*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado, Universidad San Carlos de Guatemala, noviembre 2008, (Págs. 179-206).
35. Saldaña Serrano, J. (2000). ¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un Breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos

humanos desde el consenso (Norberto Bobbio y Chaím Perelman). En: *Problemas actuales sobre derechos humanos* (1ra. Reimpresión), (págs. 197-215). México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

36. Soriano, R. (2003). *Historia Temática de los Derechos Humanos*, (1ª. Edición), Sevilla, España, Editorial Mad, S.L.
37. Zenteno Barillas, J. (1986). *Compendio del Desarrollo Histórico de los Derechos Humanos*. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

### E-grafías

1. Amnistía Internacional, (30 de julio de 2017), *Historia de los Derechos Humanos*, Obtenido de: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-resumen.html>.
2. Candia Falcón, G. (22 de diciembre de 2017). *Analizando la tesis de los Derechos Implícitos: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014*. Obtenido de Revista de Derecho. Comentarios de Jurisprudencia: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532014000100017](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000100017)
3. Castillo-Córdova, L. (2008, 26 de mayo de 2017). *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos*. Obtenido de: Pirhua - Universidad de piura: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2125/Justificacion\\_significacion\\_derechos\\_constitucionales\\_implicitos.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2125/Justificacion_significacion_derechos_constitucionales_implicitos.pdf?sequence=1).
4. Congreso del Estado de Jalisco. (2007, 14 de noviembre de 2016). *La Revolución Mexicana*. Obtenido de: <http://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/bibliotecavirtual/libros/antecedentesrevolucion.pdf>
5. COPRE, C. P. (09 de agosto de 2017). *Cuaderno del Ciudadano*. Obtenido de: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/23515.pdf>
6. Ferreira Causil, A. (13 de marzo de 2017). *Los derechos inmoninados en Colombia, reflexiones sobre su origen*. Obtenido de: <http://www.academia.edu>

/8829494/Los\_derechos\_innominados\_en\_coLombia\_refLexiones\_sobre\_su\_orig  
en

7. Guastini, R. (26 de marzo de 2017). *Derechos Implícitos*. Obtenido de: Universidad de Alicante sitio Web: <https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>
8. Navarro Aracena, J. (18 de marzo de 2016). *Análisis crítico de los Derechos Constitucionales Implícitos*. Obtenido de: Repositorio Académico. Universidad de Chile. Sitio Web: [repositorio.uchile.cl/.../Análisis-crítico-de-los-derechos-constitucionales-implícitos.pdf](http://repositorio.uchile.cl/.../Análisis-crítico-de-los-derechos-constitucionales-implícitos.pdf).
9. Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas. (17 de octubre de 2016). *¿Qué son los Derechos Humanos?* Obtenido de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>
10. OEA. (09 de julio de 2017). *Carta Democrática Interamericana*. Obtenido de: [http://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm)
11. Organización Mundial de la Salud. (17 de octubre de 2016). *Derechos Humanos*. Obtenido de: [http://www.who.int/topics/human\\_rights/es/](http://www.who.int/topics/human_rights/es/)
12. Polo, L. (2000, 18 de mayo de 2016). *Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*. Obtenido de: <http://www.url.edu.gt/PortalURL/Archivos/83/Archivos/Departamento%20de%20Investigaciones%20y%20publicaciones/Articulos%20Doctrinarios/Derecho/Fundamentos%20filosoficos%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf>
13. Prado Herrera, J.C. (2009, 15 de diciembre de 2016). *Los derechos constitucionales no enumerados según el Tribunal Constitucional*. Obtenido de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio\\_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/365C41B8CEDBA5BA05257FDF005ABAD2/\\$FILE/RAE.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/365C41B8CEDBA5BA05257FDF005ABAD2/$FILE/RAE.PDF)
14. Real Academia Española (08 de julio de 2017). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de: <http://www.dle.rae.es/?id=Lba6iN1>

### **Legislación**

1. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala 1985 y sus reformas de 1993.

2. Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969, Aprobada mediante decreto número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, 1978.
3. Digesto Constitucional Guatemalteco.