



## Enunciación no taxativa de derechos y garantías

### Un análisis estadístico<sup>1</sup>

Non-exhaustive enunciation of rights and guarantees. A statistical analysis

Enunciado não exaustivo de direitos e garantias. Uma análise estatística

Mariel Lorenzo Pena

Prof. Ads. de Derecho Público I (Constitucional), Udelar

*A Elena, Silvia, Verónica, Miriam y Eugenia:  
porque el 72 lo hemos pensado y repensado juntas*

### **Resumen**

El presente trabajo cuantifica las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia en las que se cita el artículo 72 de la Constitución. El análisis se realiza desde 1989 hasta la fecha, cada aproximadamente diez años, en conmemoración de algunos aniversarios del plebiscito constitucional de 1917, mediante el que se incluye el mencionado artículo por primera vez en nuestra Carta. Con esto se trata de evidenciar el uso cada vez más significativo del artículo indicado, así como la cita en referencia solo a la personalidad humana.

### ***Abstract***

The present work quantifies the sentences dictated by the Supreme Court of Justice in which article 72 of the Constitution is cited. The analysis is carried out from 1989 to the present, each one ten years in commemoration of some years anniversary of the constitutional plebiscite of 1917, by means of which the article is included for the first time in our Charter. This is to demonstrate the use increasingly significant in the article indicated, as well as the appointment in reference only to the human personality.

### ***Resumo***

O presente trabalho quantifica as sentenças ditadas pelo Supremo Tribunal de Justiça em que o artigo 72 da Constituição é citado. A análise é realizada a partir de 1989 até o presente, cada um dez anos em comemoração do aniversário de alguns anos do plebiscito constitucional de 1917, por meio do qual o artigo é incluído pela primeira vez em nossa Carta. Isso é para demonstrar o uso cada vez mais significativo no artigo indicado, bem como a nomeação em referência apenas à personalidade humana.

## **1. Objeto**

El actual artículo 72 de nuestra Carta Magna puede, sin dudas, considerarse dentro de los más enigmáticos de su texto. Dejando de lado la discusión teórica respecto de si este efectivamente consagra la teoría jusnaturalista en nuestra Constitución (v. gr.: Gros Espiell, 1999:89; Cajarville, 2001:146; Sampay, 1957:26) o no, en tanto «ni el artículo 72 puede resolver una controversia teórica ni la teoría puede resolver una cuestión práctica» (Sarlo, 2011:1087), no dejan, sin embargo, de sorprendernos las consecuencias que este puede tener a la hora de su aplicación en la resolución de controversias, y el «uso» que le dan los magistrados en tales aplicaciones.

## **2. Objetivo**

El objetivo del presente trabajo fue analizar, desde un punto de vista cuantitativo, si la referencia de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ) al actual artículo 72 ha ido proporcionalmente en aumento con el correr de los años.

### 3. Marco teórico

El artículo 72 de la Constitución actual establece: «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».

Para aquellos que admitimos las clasificaciones de normas, el artículo citado pertenece a la categoría *cláusula de reserva*.

Claramente vienen a colación dos conceptos bien diferentes: por un lado, la *personalidad humana*; por otro, la *forma republicana de gobierno*. Para Sampay (1957:26-27), «la forma republicana de gobierno es aquella en la cual los ciudadanos gozan del derecho de participar en el manejo de la cosa pública, eligiendo a los gobernantes y pudiendo ser elegidos a su vez como tales», mientras que el primero de los conceptos aludidos, según el mismo autor, remite a los «derechos inherentes a la personalidad humana, esto es, a los derechos emergentes de la naturaleza del hombre», esto es, «la de ser un animal racional».

A criterio de Sampay, la inclusión de esta cláusula conlleva a que

la Suprema Corte de Justicia está capacitada para declarar no solo la inconstitucionalidad de las leyes nacionales y decretos departamentales que violen los derechos subjetivos expresamente consagrados por la Constitución, sino también para hacerlo cuando esas normas jurídicas infringen derechos naturales no escritos en la Constitución. De esta forma, el estatuto básico del Uruguay resuelve positivamente el problema planteado en otros países respecto a si compete a los órganos jurisdiccionales del Estado la función de invalidar las reglas de derecho positivo que contravienen principios del derecho natural. (Sampay, 1957:29)

Luego de su inclusión no han sido pocos los constitucionalistas que han sostenido que «la presencia del artículo 72 en la Constitución nacional implica la consagración o recepción de la teoría iusnaturalista, el rechazo de una teoría positivista como la kelseniana» (Sarlo, 2011:1084).

Basta un breve repaso por los más célebres. Comenzamos por Gros Espiell (1999:89), quien afirma que

la presencia de este tipo de normas es una consecuencia de la filosofía iusnaturalista en cuanto fundamento de los derechos humanos, inmanentes a la naturaleza humana, resultantes de la dignidad de la persona, anteriores al Estado y a la Constitución, que esta se limita a definir, precisar, garantizar y proteger.

Y continuamos con Real (2001a:46), quien manifiesta que «nuestro artículo 72 se separa de sus modelos, norteamericano y argentino, en cuanto incluye en su letra, clarísima, la evidente recepción del iusnaturalismo personalista, que aquellos solo suponen implícita en su espíritu».

La discusión que podría plantearse es la que Sarlo (2011:1069) visualiza y destaca:

El caso es que la mención a los derechos «inherentes a la personalidad humana» remite a la filosofía liberal individual (según la interpretación estándar en nuestro país), mientras que los derechos que se derivan de «la forma republicana de gobierno» remitirían a una filosofía política opuesta, el republicanismo, de base solidaria. Si así fuera, el mandato constitucional carecería de sentido, por aplicación de un famoso teorema lógico según el cual de dos premisas contradictorias puede seguirse cualquier consecuencia, esto es, el sistema constitucional uruguayo se trivializaría o se volvería irrelevante.

Para este autor «era mucho más probable que las fuentes fueran el individualismo inglés (Locke) o el republicanismo francés (Rousseau), que nada tienen que ver ni con la ley natural ni con la concepción metafísica de la persona humana» (Sarlo, 2011:1081).

Ello determinaría que

la invocación retórica del artículo 72 de la Constitución, sin profundizar en su significado filosófico-político, lo vuelve un comodín sin contenido que permite justificar cualquier decisión. Fundar una petición o un fallo en el artículo 72 sin argumentar nada más es un enunciado vacío, una ausencia de razones, y en definitiva, conduce a un acto arbitrario. (Sarlo, 2011:1099)

Como se adelantó, resolver —si es que se puede— esta controversia teórica no es objeto de este trabajo, pero en este contexto escabroso, el estudio desde toda óptica del enigmático artículo se vuelve más interesante.

Ahora bien, ¿cómo fue el proceso histórico de su inclusión?

La Constitución de 1830 no incluyó una previsión de este estilo. Cuando el proceso reformista comienza, como primer antecedente a nuestro actual 72 puede encontrarse el proyecto elaborado en 1905 por Azarola, en el que se incluye una cláusula de este tipo (Sarlo, 2011:1073). Posteriormente encontramos el proyecto de Vásquez Acevedo (Sarlo, 2011:1073), que también incluye esta reserva, con redacción muy similar.

A lo largo de la discusión en la Convención Nacional Constituyente, los borradores se suceden, y algunos incluyen y otros no la norma estudiada.

Finalmente, bajo el número 173, la previsión fue plebiscitada en 1917. Ella establecía: «La enumeración de derechos 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».

Hechos históricos por todos conocidos llevaron a la reforma constitucional y la aprobación de la Carta de 1934. En ella, la cláusula estudiada quedó registrada en el artículo 63, que establecía lo siguiente: «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», incorporando, como puede verse, los deberes.

Dejando de lado las reformas constitucionales parciales —incluso la reforma de 1942, aun cuando pueda considerársela una reforma total—, el artículo se mantuvo incambiado hasta la Carta de 1952, en la que adquiere su numeración actual.

Nuestra evolución constitucional no es ajena al proceso latinoamericano en general. La existencia de este tipo de normas es una característica de nuestro derecho, y encontramos su origen al respecto en la enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos (Gros Espiell, 1999:60-63). Puede afirmarse que las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela contienen artículos similares al 72, mientras que otras «constituciones latinoamericanas no contienen una norma de esta naturaleza. Entre ellas es interesante tener en cuenta las de Cuba, Nicaragua, México, Haití y Chile» (Gros Espiell, 1999:80).

Si se analizan los instrumentos internacionales de derechos humanos, puede observarse que

no existen normas sobre los derechos no enunciados o no enumerados ni en los instrumentos del sistema universal de las Naciones Unidas, ni en el sistema europeo, ni en el de la Convención Africana [...]. Nada hay tampoco en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. (Gros Espiell, 1999:85).

Tampoco en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ni en Constituciones europeas posteriores. Sin embargo, el artículo 29 *c* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la no taxatividad enunciada. Según Gros Espiell (1999:86), «la inclusión en el proyecto [...] fue una iniciativa del profesor Alberto Ramón Real».

Como se dijo, en Uruguay fue la Constitución plebiscitada en 1917 la que incluyó esta norma, por lo que las jornadas que se desarrollan nos brindan una excusa para pensar y volver a pensar el artículo en cuestión.

#### **4. Metodología**

Como se adelantó, la búsqueda realizada fue cuantitativa. Se consideraron cuatro años para el estudio; esta decisión se basó en la disponibilidad de acceso a las sentencias, en tanto desde el año 1989 estas se encuentran digitalizadas. Por razones materiales, a los efectos de esta primera investigación, no se analizaron períodos anteriores, los que ameritarían una planificación del trabajo en forma diferente.

Se pretendió que los años a estudiar coincidieran con los aniversarios múltiplos de diez del plebiscito de la Constitución. Así, se tomó el año 1989 como si fuera 1987; se analizaron también 1997 y 2007, y dado que el presente 2017 no ha finalizado aún, en su lugar se consideró 2016.<sup>2</sup>

La búsqueda fue realizada el 16 de octubre de 2017, en la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.<sup>3</sup> Se consideraron las sentencias definitivas dictadas por la SCJ entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año analizado.<sup>4</sup>

Se buscó como referencia de texto el siguiente: «72». Del resultado arrojado se consideraron solo aquellas sentencias en las que la cita correspondía al artículo 72 de nuestra Carta y no a otras referencias (v. gr., número de foja).

## 5. Análisis

Las búsquedas realizadas con los parámetros indicados arrojaron los siguientes resultados:

**Tabla 1.** Cantidad de sentencias dictadas por año

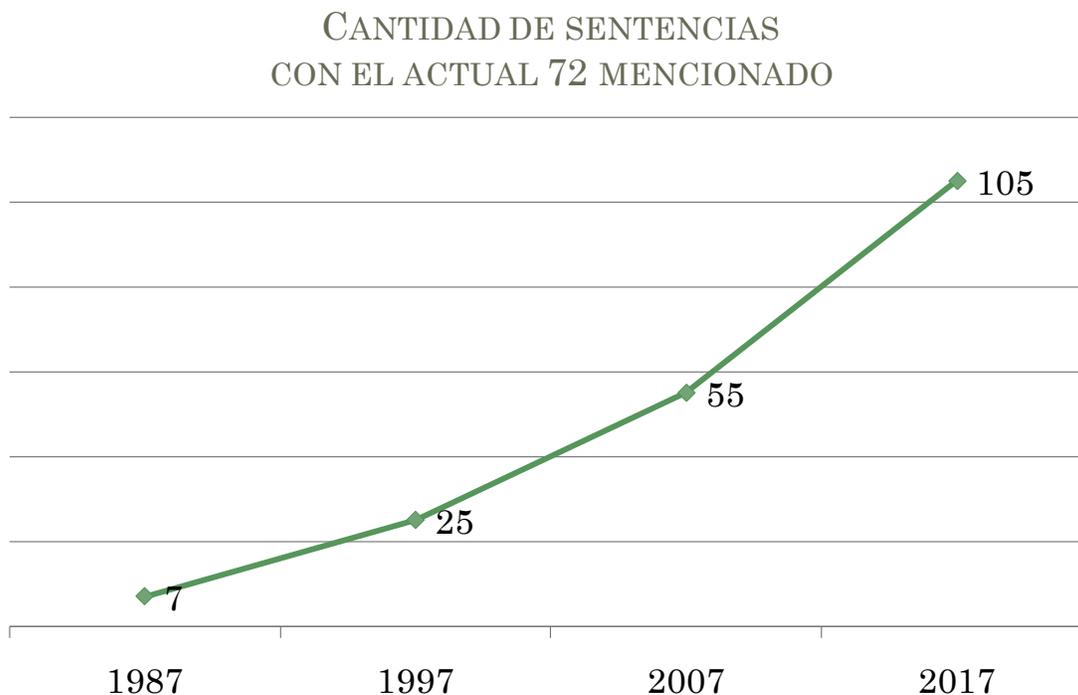
Año	Cantidad de sentencias dictadas	Cantidad de sentencias con el actual 72 mencionado	% de sentencias con el actual 72 sobre el total de sentencias dictadas
1987	101	7	7
1997	292	25	9
2007	247	55	22
2017	401	105	26

**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

La cantidad de sentencias se duplica década a década; sin embargo, porcentualmente, las que hacen referencia al artículo 72 se mantienen en un cuarto del total de sentencias.

La evolución puede visualizarse gráficamente de la siguiente forma:

Gráfico 1. Cantidad de sentencias con mención del actual artículo 72



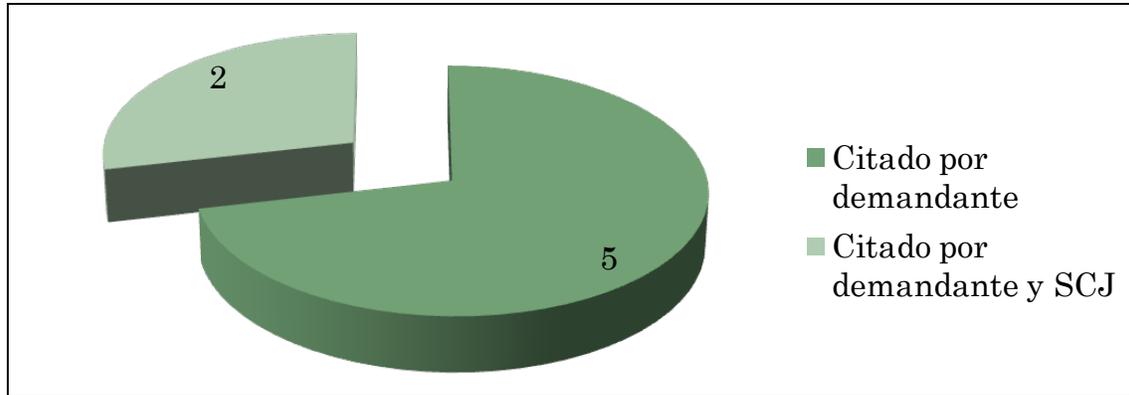
Fuente: Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Las sentencias en las que el artículo 72 se cita fueron agrupadas en las siguientes categorías:

- a. El artículo es citado por el demandante exclusivamente.
- b. El artículo es citado por el demandante y la SCJ.
- c. El artículo es citado por el demandante (la SCJ lo cita, pero a los solos efectos de indicar que no es lesionado).
- d. El artículo es citado por el demandante y la SCJ, pero en diferentes sentidos.
- e. El artículo es citado por la SCJ exclusivamente (en la postura principal o en la discordia).
- f. El artículo es citado por la SCJ solo a efectos de indicar que no es lesionado (sin que lo cite el demandante).

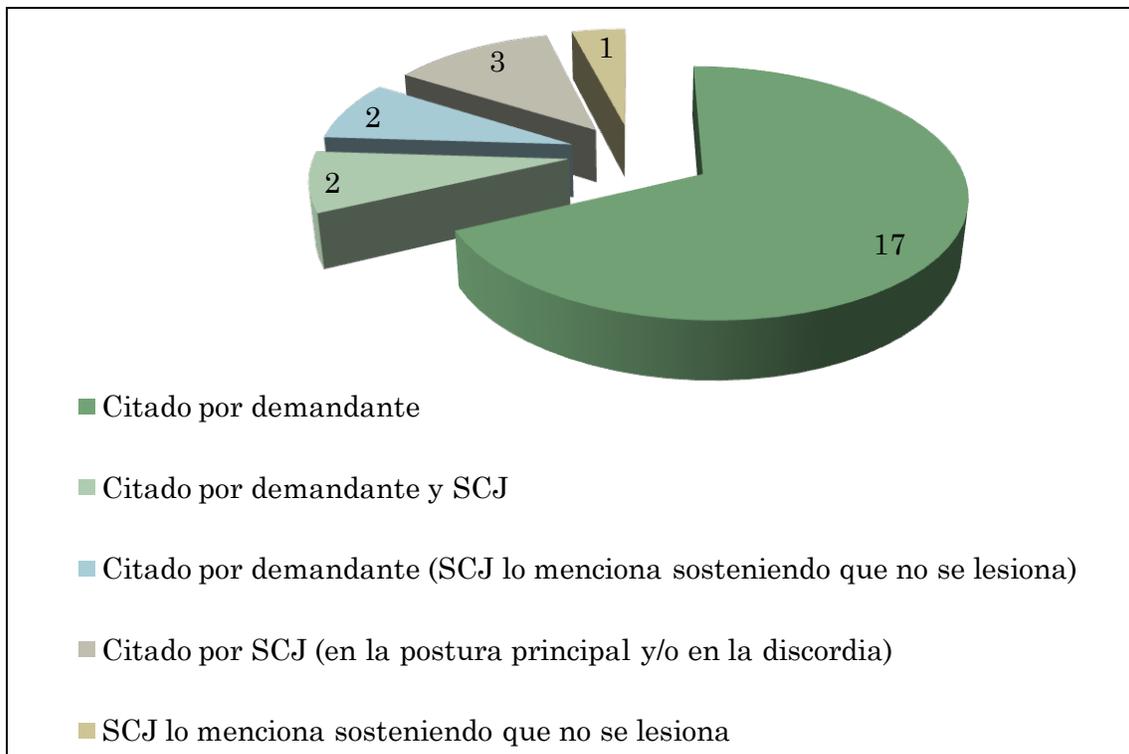
La contabilización se realizó por año estudiado y se visualiza de la siguiente manera:

**Gráfico 2.** Cantidad de sentencias con mención del actual artículo 72, año 1987 (1989)



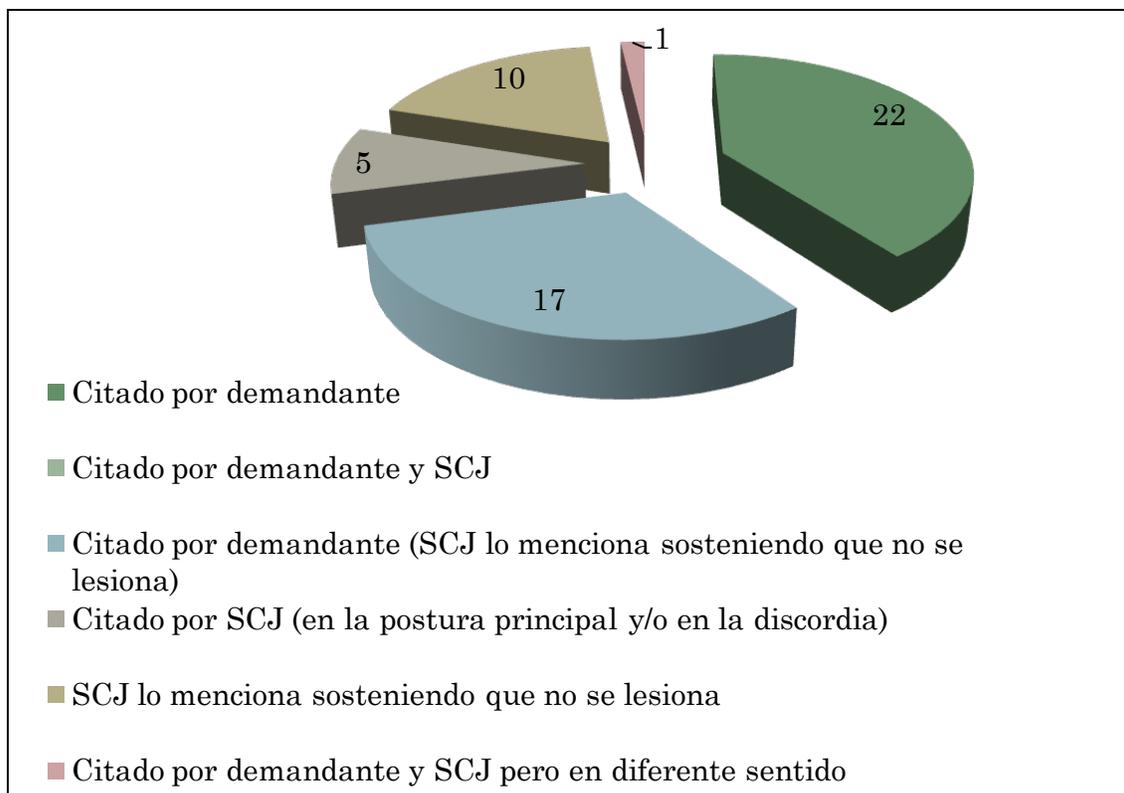
**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

**Gráfico 3.** Cantidad de sentencias con mención del actual artículo 72, año 1997



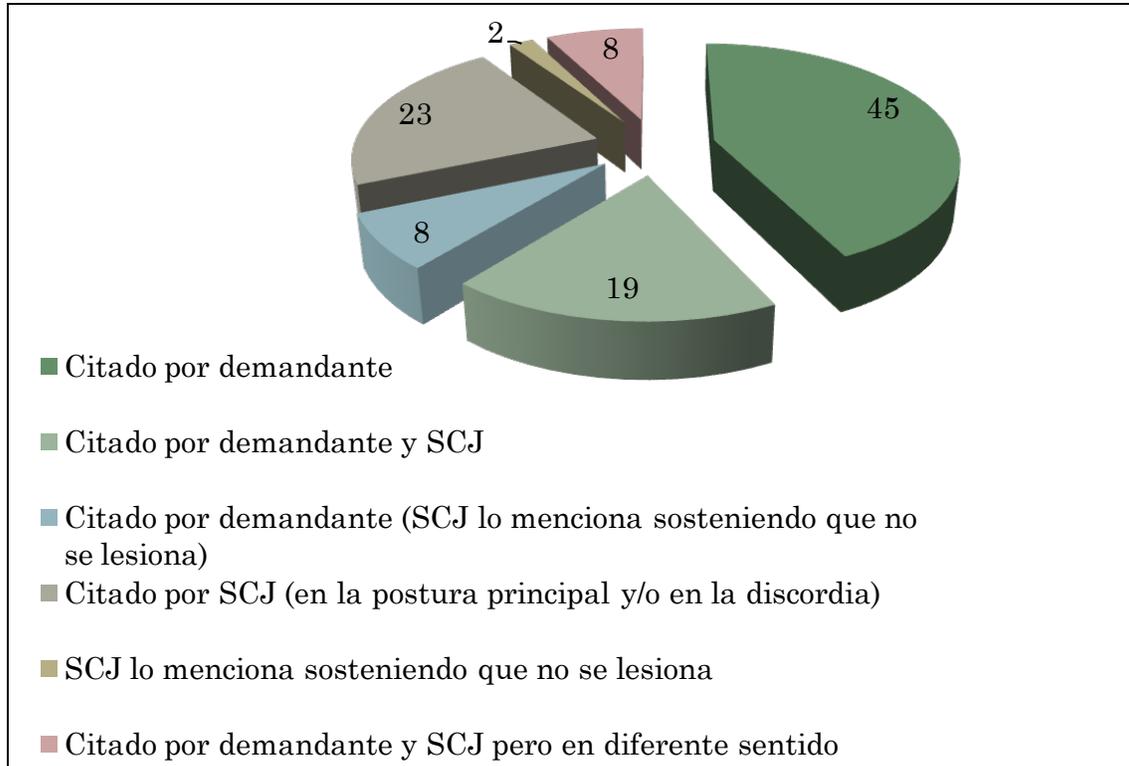
**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Gráfico 4. Cantidad de sentencias con mención del actual artículo 72, año 2007



Fuente: Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

**Gráfico 5.** Cantidad de sentencias con mención del actual artículo 72, año 2017 (2016)



**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Las gráficas anteriores se resumen en estos datos:

**Tabla 2.** Cantidad de sentencias con mención del actual artículo 72

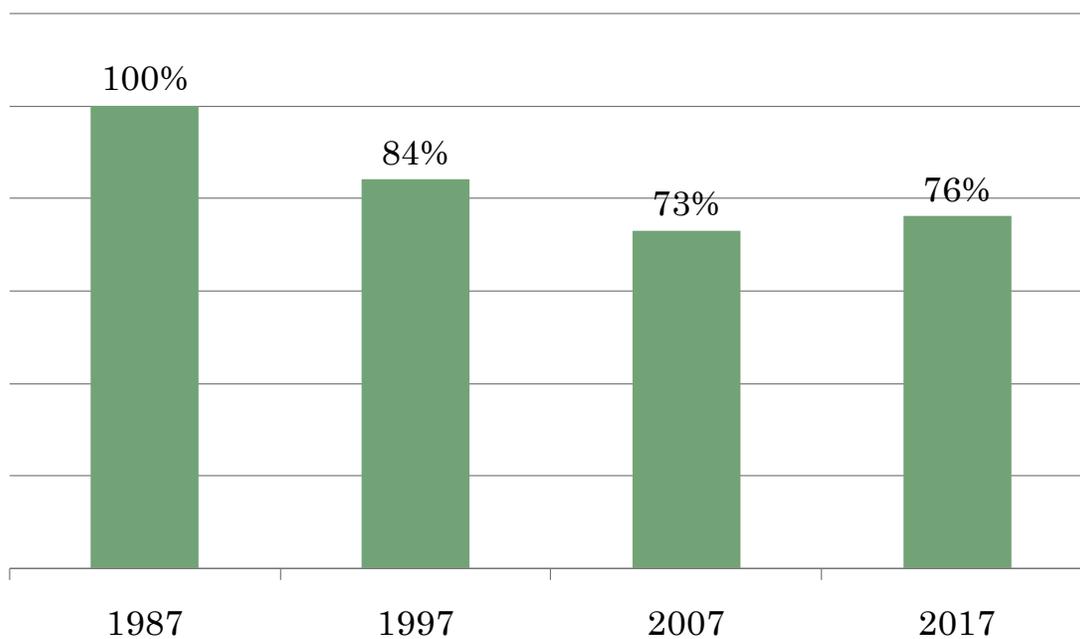
Año	Cantidad de sentencias con el actual 72	Citado por demandante	Citado por demandante y SCJ	Citado por demandante (SCJ lo cita sosteniendo que no se lesiona)	Citado por demandante y SCJ (pero en diferentes sentidos)	Citado por SCJ (en postura principal y/o en discordia)	SCJ lo menciona sosteniendo que no se lesiona
1987	7	5	2				
1997	25	17	2	2		3	1
2007	55	22		17	1	5	10
2017	105	45	19	8	8	23	2

**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Resulta de interés analizar en particular la evolución de las sentencias en la que el demandante cita el artículo 72 (con o sin el apoyo de la SCJ).

**Gráfico 6.** Porcentaje de sentencias en el que el demandante cita el artículo 72

PORCENTAJE DE CITA DEL DEMANDANTE



**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Como puede observarse en la gráfica anterior, el porcentaje resulta elevado —supera el 70 % en todos los casos— y se ha mantenido a lo largo de las décadas.

Si en particular se analizan las citas realizadas en las sentencias que refieren a inconstitucionalidad, en contra quizá de lo que *prima facie* se podría pensar, el porcentaje desciende significativamente, lo que puede observarse en la siguiente tabla:

**Tabla 3.** Análisis de la cantidad de sentencias sobre inconstitucionalidad y el artículo 72

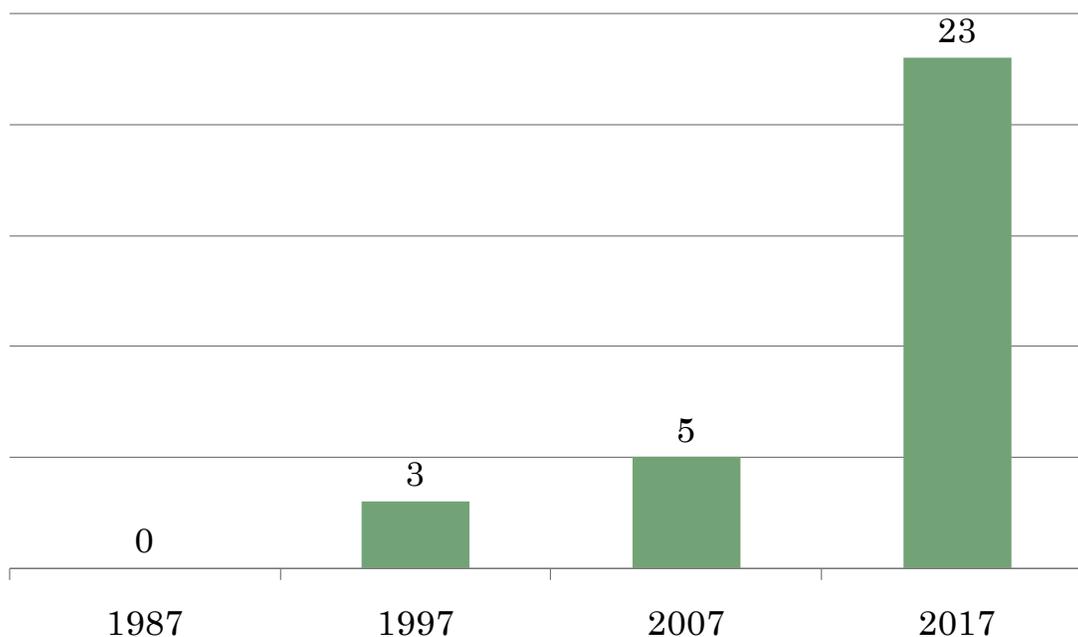
Año	Cantidad de sentencias con el actual 72 mencionado	Citado por demandante con o sin cita de la SCJ	%
1987	30	6	20
1997	43	10	23
2007	119	31	26
2017	169	53	31

**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Otro subgrupo de particular interés para analizar resulta ser el de aquellas sentencias en las que la SCJ menciona el artículo 72 sin previa cita del demandante y para fundamentar la sentencia.

**Gráfico 7.** Cantidad de sentencias en las que la SCJ cita el artículo 72

CITADO SOLO POR SCJ PARA FUNDAR SENTENCIA



**Fuente:** Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

En este caso, el «uso» del artículo 72 por parte de la SCJ —tabla anterior— ha ido en aumento en las décadas analizadas.

Las sentencias de 1997 y 2007 son todas de recursos de casación. En 2017, la SCJ sí utiliza el 72 a propósito de inconstitucionalidad, y lo hace en 18 de los 23 casos (la mayoría de ellos refieren a la inconstitucionalidad de la ley 18.831, de 27 de octubre de 2011, que refiere al restablecimiento de la pretensión punitiva de los Estados para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985).

Si bien el análisis del presente trabajo es cuantitativo, si observamos el fundamento por el que la SCJ cita el 72, resaltan dos particularidades:

- a. «La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del artículo 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos». La afirmación proviene de la sentencia 365/2009, multicitada en oportunidad de mencionar el artículo en estudio.
- b. En varios de los casos en los que la SCJ cita el artículo 72 lo hace para afirmar el «ingreso» de la «teoría de los actos propios, concreción del principio general de la buena fe», en nuestro derecho positivo. La cita en estos casos proviene de la sentencia 41/2007.

## 6. Primeras conclusiones

Es frecuente la mención del artículo 72 por parte de los demandantes, aun cuando en contra de lo que pueda pensarse de ante mano, en la mayoría de los casos el proceso en el que se lo cita no refiere a inconstitucionalidad. El porcentaje de citas al artículo 72 dentro de las sentencias se mantiene elevado, desde 1987, en más del 70 %.

Sin embargo, la SCJ —por sí— parece mantener cierta reserva al citarlo: el porcentaje no supera el 25 %. En los pocos casos en los que la Corte cita el artículo lo hace para fundamentar el principio de buena fe, que considera incluido en nuestro supremo texto en base a la cláusula analizada.

La Corte mantiene constante su postura alcanzada en 2009 referente a que el artículo 72 supone el ingreso a la Carta de las convenciones internacionales de derechos humanos.

No se encontraron sentencias que refieran al artículo 72 para mencionar la forma republicana de gobierno. Tampoco se han encontrado sentencias en las que se mencione el artículo para fundar un deber.

## Bibliografía

### Textos citados

- Cajarville Peluffo, J. (2001). «Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya». En *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* (137-163). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gros Espiell, H. (1999). «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos». En *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo xxxvii (59-90). Córdoba: Editores Información Jurídica.
- Real, A. (2001a). «Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista». En *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* (33-86). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sampay, A. (1957). *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*. Montevideo: Editorial Medina.
- Sarlo, Ó. (2011). «Derechos, deberes y garantías implícitos en la constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemológica del derecho». En C. Vázquez (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo* (1069-1099). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

## Otra bibliografía consultada

- Cagnoni, J. (2007). «El artículo 72 de la Constitución de la república y un autor olvidado». *Revista de Derecho Público*, año 16 (31-32), 9-15.
- Gros Espiell, H. (1989). «La declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americanos». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año xxx, jun.-dic. (3-4), 61-84.
- Real, A. (2001b). «Los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo. Principios del Derecho Administrativo». En *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* (87-113). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ross, A. (1977). *Sobre el derecho y la justicia*. Carrió, G. (trad.). 4.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Edigraf).

## Textos normativos consultados

Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1918, de 1934, de 1942, de 1952 y de 1967.<sup>5</sup>

## Jurisprudencia

- Uruguay. Sede: Suprema Corte de Justicia. Sentencia 41/2007, 30 de abril de 2007. Rodríguez, H. (red.); Van Rompaey, L.; Gutiérrez, D.; Bossio, S.; Silbermann, J.
- Uruguay. Sede: Suprema Corte de Justicia. Sentencia 365/2009, de 19 de octubre de 2009. Chediak, J. (red.); Larrieux, J.; Van Rompaey, L.; Ruibal, J.; Gutiérrez, D. (disc.).

## Notas

<sup>1</sup> Trabajo presentado a las Jornadas Anuales del Área Sociojurídica y Metodológica «A 100 años de la reforma constitucional de 1917 en Uruguay: Una nueva oportunidad para el estudio de caso y el análisis comparado», realizadas los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2017, y organizadas por la Facultad de Derecho de la Udelar.

<sup>2</sup> No se contaba con información suficiente para considerar las sentencias dictadas hasta octubre de 2017 y así realizar una estimación de las que se dictarán hasta finalizar el año.

<sup>3</sup> La base está disponible en <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>>.

<sup>4</sup> En los campos de búsqueda se completó: sede, «Suprema Corte de Justicia»; tipo, «Definitiva»; importancia, «Todas».

<sup>5</sup> Todos los textos constitucionales fueron consultados en <[www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy)>.