**PALABRAS DEL PROF. CARLOS AYALA CORAO
EN LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO
DEL PROFESOR JESÚS MARÍA CASAL.**

Quiero comenzar agradeciendo la presencia en este acto del Presidente de nuestra Academia Ciencias Políticas y Sociales y los demás miembros que nos acompañan en esta sesión, profesor Augusto Martínez de la Vega, Doctora Ann Edwards y María Cristina Funch de la Fundación Konrad Adenauer y público general que está escuchándonos hoy en la presentación de este libro del Profesor Jesús María Casal Hernández, titulado “**Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones. Constitucionalismo Comparado y Jurisprudencia Interamericana**”.

El autor es muy especial y muy querido dentro de la comunidad jurídica venezolana, iberoamericana y ahora más allá de ella también en la europea. Es nuestro individuo de número 8 de esta Academia. Es un ilustre abogado egresado en la Universidad Católica Andrés Bello en 1988, con una mención *summa cum laude*. Esto lo menciono de manera especial, porque tuve el honor de tener a Jesús María Casal como mi alumno en su quinto año de la carrera, a pesar de la relativa poca diferencia de edad que nos llevamos. Con posterioridad, obtuvo un título de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid. Pero aparte de todos sus estudios, ha tenido una carrera brillante como jurista, Decano de la Facultad de Derecho de nuestra alma máter la Universidad Católica Andrés Bello y Director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, profesor de la universidad y profesor visitante en varias universidades, en este momento en el Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Público en Alemania. De tal manera que es un autor muy querido como les dije en el ámbito venezolano, en el ámbito iberoamericano y en el europeo.

El tema que nos plantea Casal en este nuevo libro es un tema fundamental dentro del Derecho y dentro de las ciencias sociales en general. Es el tema de los derechos fundamentales, en el que el Doctor Casal nos hace una síntesis completa. Se trata de un tema en evolución. Los

derechos son un tema en continuo desarrollo desde los orígenes mismos de la humanidad, este es un tema que yo mismo comencé a abordar en su dimensión constitucional de Derecho interno y de la jurisprudencia constitucional. Por allí originalmente se fueron muchos constitucionaristas. De otro lado, el tema de los derechos ha sido abordado de manera exclusiva como un Derecho internacional de los derechos humanos, con base en los instrumentos internacionales en esas “constituciones internacionales” como la llaman algunos autores y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. De allí que el reto de un libro como el que nos presenta Casal, es complementar y armonizar la dimensión constitucional con la dimensión internacional. No pensar por ejemplo, que el derecho a la vida como cualquier otro derecho son dos derechos, un derecho en lo constitucional y otro derecho en lo internacional. Que tiene que haber una convergencia precisamente, no solamente en el Derecho interno, porque son derechos constitucionales fundamentales que están en la cúspide del ordenamiento jurídico interno, sino porque además el Estado como un todo, tiene una obligación internacional bajo los tratados en materia de derechos humanos de respetar de garantizar y de proteger a las personas estos derechos. De tal manera que los derechos tienen por decirlo así, esa doble fuente normativa constitucional e internacional; y esa doble fuente jurisprudencial, es un tema de la jurisprudencia constitucional y es un tema de la jurisprudencia internacional de los tribunales en materia de derechos humanos. Y eso es lo apasionante de una obra como ésta. Esta doble dimensión fue abordada hace años por Díez-Picasso en España, quien había propuesto la imposibilidad de ver unidimensionalmente los derechos y la necesidad de hoy en día darle esa complementariedad. Esa temática es abordada por Casal, primero, en una perspectiva comparada que nos propone para encontrar las interpretaciones de los derechos, no solamente en un Derecho nacional sino en un Derecho comparado constitucional, en un *Ius Commune Constitucional*, como lo proponía Peter Häberle, pero además en un *Ius Commune Internacional*.

Para ello Jesús María Casal nos propone que para estudiar los derechos, en primer lugar es necesario conocer los contenidos, los contornos en los contenidos de los derechos. Y en segundo lugar, los límites

aceptables a los derechos. En general podríamos decir que -salvo excepciones como la prohibición de tortura- no existen derechos absolutos, ya que están sujetos a límites. Pero esos límites siempre tienen que ser aceptables. Lo relevante es precisar, cuáles son esos límites aceptables y hasta dónde pueden llegar sin desnaturalizar el contenido y mucho menos el contenido esencial. En este tema es relevante la cita a la obra de Robert Alexy sobre el equilibrio de las distintas funciones de los derechos. Es decir, los derechos no solamente afirman una libertad, no solamente afirman un espacio de actuación de la persona; sino que al mismo tiempo son una barrera al poder del Estado, son una cerca son un muro a la penetración del poder del Estado pero en sentido positivo. Esto lo vemos no solamente en los derechos económicos, sociales y culturales, sino también en los derechos civiles o individuales que son también un mandato de actuación del poder, del Estado. Ya no son solamente un mandato de no hacer pasivo, sino que el Estado tiene que crear condiciones en un momento dado, para que existan las condiciones para que el derecho se lleve a cabo y se pueda no solamente respetar sino realizar ese derecho.

En cuanto a las limitaciones a los derechos en el ámbito de internacional, el libro del profesor Casal propone una panorámica, yo por lo menos no la había visto antes hecha de manera tan comprensiva de la teoría de las limitaciones de los derechos en la jurisprudencia interamericana, ya luego de que sale del aspecto meramente constitucional y en esto voy a centrar el tiempo que me queda.

El libro propone las limitaciones aceptables a los derechos en la jurisprudencia internacional. Los límites a los derechos como nos ha dicho Luigi Ferrajoli, son “los límites de los límites”, es decir, el hecho de que un derecho en su formulación se someta a los límites que establezca el Estado y se establezcan sus fines como el bien común, seguridad, o sanidad, ello no implica una especie de cheque en blanco para que el Estado pueda con base en ese concepto jurídico indeterminado hacer una invasión en la regulación del derecho, que llegue incluso a vaciar el derecho.

En la jurisprudencia interamericana como nos lo ilustra el profesor Casal, encontramos las disposiciones que aclaran que se trata no de limitaciones al derecho per se, sino al goce y ejercicio del derecho. Como

ha sido desarrollado en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esas limitaciones excluyen de plano que por medio de ellas se pueda hacer una supresión de los derechos. La supresión está prohibida expresamente por el artículo 29 de la Convención Americana, de tal manera que la limitación de los derechos, como lo afirma Casal, no puede conducir a vaciar un derecho o a su eliminación. Para ello resulta particularmente educativo los artículos 30 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a la cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Ese parámetro de sociedad democrática va a ser fundamental en el sentido de que el artículo 30 de la Convención Americana, exige que esas limitaciones no solamente se lleven a cabo por ley en sentido material de su contenido y en sentido formal del órgano el cual emana. En esto es relevante la invocación de la opinión consultiva sobre las leyes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Resulta relevante afirmar, que cuando se hace referencia a la ley no se hace referencia a cualquier acto jurídico del Estado ni siquiera con rango legal, sino a los actos que emanan de los parlamentos democráticos, de los órganos electos popularmente a través de los procedimientos constitucionales, de los representantes electos y por supuesto con los procedimientos ulteriores.

La Corte Interamericana ha concluido en un elemento clave para interpretar los derechos y que ha dividido muchas de las escuelas constitucionales y los debates entre originalistas, textualistas, historicistas y los que tienen una tesis más de adaptación: que la convención o el tratado internacional sobre derechos humanos es como un *living instrument*. Un instrumento en continua evolución de acuerdo a las circunstancias y de acuerdo a los valores predominantes en una sociedad. La Corte ha llegado a la conclusión que con base en la Convención Americana la interpretación que se puede hacer de un derecho y de una limitación, no puede dar como consecuencia un sentido restrictivo excluyente de la categoría del derecho convencional, ya que no es un derecho acabado o terminado en su evolución, pues hay conceptos y palabras que van a seguir evolucionando por las décadas por los siglos. Así por ejemplo,

encontrar en el artículo 12 de la Convención que las limitaciones a la privacidad de las comunicaciones y la protección de la privacidad dice “de las comunicaciones telefónicas” como lo ha encontrado la Corte en el caso *Escher*, va más allá de la palabra telefónica para incluir cualquier tipo de comunicación escrita e inclusive hoy en día, tecnológica, digital o virtual.

En segundo lugar, vemos ejemplos en el contenido del derecho de propiedad de los que no dice nada al texto de la Convención, pero ese sentido expansivo del derecho ha llegado a incluir dentro del artículo 21 convencional todo patrimonio de una persona, todo patrimonio material e inmaterial, o que si bien solamente nos habla del derecho de propiedad de uso y goce en el sentido tradicional de la palabra en la diferencia del aporte encontrar el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, sobre sus tierras comunales. O encontrar en el derecho a la libertad de información del artículo 13 el derecho de buscar recibir y divulgar todo tipo de información, ideas y opiniones un derecho de acceso a la información pública como en el caso *Claude Reyes*.

El libro de Casal nos trae una serie de ejemplos sobre las implicaciones de la lectura expansiva y dinámica de un instrumento sobre derechos humanos.

El libro también debate un tema muy importante relativo la titularidad de los derechos humanos. El sistema europeo a partir de los protocolos 8 y 9 permite la inclusión de las personas jurídicas como titulares de derechos, cuestión que no ha ocurrido en el sistema interamericano, pero que con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado una lectura bidimensional de ciertos derechos. ¿Qué quiere decir esto? Hay titularidades de derechos que ejercemos directamente como el derecho a la vida, como el derecho a no ser torturado. Pero hay derechos que ejercemos a través de personas jurídicas, un derecho instrumental como por ejemplo el derecho a asociarnos lo ejercemos a través del derecho a asociación, el derecho a sindicalizarnos lo ejercemos a través del sindicato. De tal manera que, anulando el sindicato que es una persona jurídica se afecta al derecho de la persona humana a sindicalizarse. Este es un debate muy importante sobre el cual la Corte Interamericana no solamente tiene jurisprudencia contenciosa, la última y más acabado en el caso *Marcel Granier y otros* por el cierre de

la televisora RCTV en Venezuela, sino que además tiene inclusive una opinión consultiva sobre el particular. Bueno cerrando sobre el particular porque como ven el libro es muy rico y es imposible hacer comentarios sobre todos sus aspectos.

La propuesta central es cómo leer los límites de los límites de los derechos, cómo leer los límites respecto a los contenidos esenciales; y cómo hacer un test respecto a cuál es el límite aceptable y en qué momento los límites se convierten en inaceptables.

Para ello en la jurisprudencia interamericana que estudia y va incluyendo el profesor Casal en varias dimensiones, es fundamental el test tripartito desarrollado por la Corte en la evolución de la jurisprudencia interamericana en varios casos como *Mauricio Herrera*, *Usón*, *Chaparro* y otros. Es decir, hay por lo menos una veintena de casos donde se va leyendo la tesis de los límites aceptables y un test que propone la Corte Interamericana para juzgar, para analizar los límites a los derechos. Ese test tripartito básicamente comprende, en primer lugar, la necesidad de que las limitaciones a los derechos sean hechas por ley, como dijimos material y formal; en segundo lugar, que los fines legítimos bajo los cuales se va a limitar o imponer una restricción al derecho de una privación de libertad o la utilización del Derecho penal, por ejemplo, en materia de posibles excesos y responsabilidades en materia de libertad de expresión. Esos fines están a veces contenidos expresamente en una cláusula de un derecho específico como bien común o la seguridad; o a veces están en una cláusula general de la Convención, como los derechos de los demás o los límites aceptables en una sociedad democrática.

En tercer lugar -y aquí es donde normalmente se concentra más el análisis de la Corte y yo encuentro fascinante este test aplicado a los casos concretos- el análisis de los medios empleados. Aquí entra a jugar un rol esencial el *test de necesidad, proporcionalidad y adecuación*. Como lo ilustra Casal, el test de proporcionalidad es un test utilizado en la jurisprudencia constitucional, prácticamente fue aportado por la jurisprudencia constitucional alemana, recogida casi simultáneamente por la jurisprudencia de la Corte europea y hoy en día utilizado prácticamente por todos los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales. Respecto a esos medios hay que atender, en primer lugar, si

es necesario, si hay un imperativo de necesidad de utilizar ese medio. ¿Es ese medio necesario y en contraposición hay alguno que restringe en menor medida ese mismo derecho o tenemos por el que menor restringe ese derecho? Luego ese test debe incluir la adecuación y razonabilidad de una especie de justificación material de toda limitación a un derecho y allí precisamente la proporcionalidad abarca ese análisis de necesidad una sociedad democrática como se ha llevado en muchos casos, más recientemente en un caso venezolano del profesor *Tulio Álvarez* donde la Corte aterriza su evolución jurisprudencial que alguna vez desde los casos *Mauricio Herrera* y *Memoli* comenzó a desarrollar sobre la inconveniencia de la utilización del Derecho penal como primera alternativa para hablar de responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Pero al mismo tiempo, ese test permite en algún momento dado en dos casos electorales: en un primer caso electoral *Yatama*, respecto a la postulación de candidatos en territorios indígenas para cargos de elección popular, donde la legislación nicaragüense exigía que tuvieran que ser postulados por los partidos políticos, en ese caso concreto esa restricción del derecho político de ser electo a través de elecciones universales, periódicas transparentes y libres, se consideró que era innecesario una sociedad democrática dado que los pueblos indígenas y su cosmovisión en el ámbito local puede llevar en algún momento dado a que no sea el partido político el método idóneo de postulación debido a sus costumbres y sus tradiciones. Es decir, puede ser un mecanismo pero no puede ser el único. Y basado en esa alternativa, *Castañeda* propone en México a nivel nacional que la exigencia de su candidatura presidencial solamente a través de partidos políticos y se le había rechazado (esto ya cambió con los años, pero se le había rechazado porque no estaba postulado por un partido político) era una violación de la interpretación de los límites aceptables a los derechos políticos bajo el 23 la Convención. Aquí el aporte de la Corte llega a otra conclusión, porque afirma que en la circunstancia que estamos hablando a nivel nacional ya es diferente, hace incluso con una visión panorámica de lo que son las postulaciones presidenciales a nivel nacional en el hemisferio y tenemos distintas alternativas. Por ello, si a nivel nacional se exige la postulación por el partido político, no se estaría violando la costumbre, o la tradición, ni se estaría restringiendo irrazonablemente

el derecho en una sociedad democrática. Es curioso que después de este fallo de la Corte Interamericana, México haya cambiado precisamente su mecanismo de postulación presidencial.

Ya terminando mi presentación de este libro fascinante del profesor Casal, permítanme concluir afirmando la importancia del estudio de los derechos desde la dimensión de su contenido esencial, sus límites y su continua evolución. Me he referido a un capítulo del libro que trabaja el tema desde la dimensión de la jurisprudencia internacional, de cómo deben ser las pautas de interpretación del contenido del contenido esencial de los derechos por un lado y luego de los límites aceptables; y cómo hacer un test para determinar cuándo un límite es aceptable. El test tripartito, como les dije, de ley material y formal, de fin legítimo y de proporcionalidad, incluye todo este análisis que hemos visto pero es muchísimo más de lo que les puedo contarles en estos breves minutos.

Quiero felicitar de nuevo al profesor Casal por esta nueva obra, que, si bien es la ampliación de una anterior, se ha convertido en un nuevo libro. Quiero decirle que me siento muy orgulloso de su aporte a la bibliografía jurídica, ahora ya no solamente venezolana sino internacional sobre los derechos, ya no solamente sobre Derecho constitucional, sino sobre Derecho internacional, y al final sobre el Derecho de los derechos. Así que felicitaciones y bienvenida esta obra Profesor Casal.