

**PALABRAS DEL PROFESOR
AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA*.
NOTAS EN TORNO A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES.**

* Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público General de la Universidad de Salamanca.

No puedo comenzar estas breves consideraciones sin subrayar en primer lugar que constituye para mí un motivo de especial satisfacción y, cómo no, un honor, el poder colaborar con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela en la presentación del libro del profesor Jesús María Casal “Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia Interamericana”. En los “tiempos recios” que corren para la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales en muchos de nuestros países, siempre es un placer para un constitucionalista poder compartir con una comunidad jurídica tan cualificada como la venezolana algunas de las reflexiones que suscita la sin duda muy importante nueva obra del profesor Casal.

A estas alturas, no creo que sea necesario recordar el amplio y brillante itinerario jurídico del profesor Jesús María Casal. Sí quisiera destacar sin embargo su íntima pertenencia a la comunidad jurídica española y alemana, un fenómeno, el de una vivencia jurídica común euroamericana, que en el ámbito del derecho constitucional se vuelve cada día una realidad más fructífera. Desde la perspectiva española, es difícil olvidar que el profesor Casal es ante todo un discípulo del profesor Rubio Llorente, con quien hizo un brillante trabajo de tesis doctoral, con el rigor y también con la dura criba a la que el profesor Rubio sometía a todos sus doctorandos para obtener de ellos, siempre los mejores, obras como la que Jesús María Casal dedica al derecho fundamental a la libertad personal en las constituciones española y alemana y que aparecerá publicada en la más reconocida de nuestras colecciones jurídico-constitucionales. Su posterior experiencia en el mundo jurídico alemán también es de sobra conocida y viene marcada por sus estancias, en distintos periodos, en el Instituto Max Planck de Heidelberg, la obtención de prestigiosos galardones como el Premio Humboldt, o su relación con la Fundación Konrad Adenauer. No creo por tanto exagerar mucho al

mantener que en España se le considera uno de los constitucionalistas de referencia de nuestra comunidad jurídica.

Tampoco creo que sea necesario remarcar el carácter y el estilo jurídico del profesor Jesús María Casal: su capacidad de análisis jurídico constitucional, su empatía intelectual hacia posiciones distintas, su talento para la sistematización de las instituciones y de las teorías jurídicas, su equilibrio y su moderación a la hora de aportar soluciones jurídico-constitucionales a los problemas reales de nuestros sistemas democráticos. Se trata, en definitiva, de un estilo y de un talento. Mantenía Elías Canetti que en nuestra época abundaban una serie de personajes y de caracteres especialmente peligrosos. Entre ellos, el de quien “no dice nada, pero cómo lo explica”, aquel que parece un periódico “sabe de todo, lo que sabe cambia cada día”, y aquel otro “que no puede sustraerse a la tentación de suscitar un problema si cree que se encuentra en condiciones de poder resolverlo”. En mi opinión, estos son los tres peligros de los que, por convicción íntima y por su forma de ser, más se aleja el autor del libro que hoy se presenta. El profesor Casal ha sabido además compaginar, en una situación no siempre fácil, su condición de estudioso del derecho constitucional, y ahí está su extensa producción bibliográfica para demostrarlo, con su profesión de profesor universitario, ejercida con rigor, como saben en Venezuela pero también en múltiples países iberoamericanos y europeos, y con su vocación de jurista práctico, en línea con la mejor tradición de los constitucionalistas italianos por ejemplo, lo que le ha permitido aportar su conocimiento y su experiencia para defender y mejorar la vida democrática de su país. Y en todas estas actividades, con una coherencia ejemplar, ha demostrado seguir siempre un fino hilo que sospecho que se encuentra en su entendimiento de la Constitución y del derecho constitucional, al modo de su maestro Rubio Llorente, como “la forma del poder”, como forma jurídica que limita al poder político y que al limitarlo lo configura como un poder verdaderamente democrático.

Esta misma idea es la que se encuentra detrás de una obra como la que hoy se presenta. Una obra que creo sin duda importante. No son muchos los autores con el coraje intelectual suficiente para abarcar desde la teoría general una visión global de los derechos fundamentales y

sus restricciones, para analizar en definitiva, como el propio autor indica, “las condiciones que deben ser cumplidas para imponer restricciones a los derechos fundamentales”. Nuestro colega realiza además esta misión con una envidiable capacidad para sintetizar una ingente y variada doctrina y jurisprudencia foránea y nacional, que también resulta por otra parte enormemente compleja y contradictoria. Toda ella, y muy especialmente la alemana, es sometida a un proceso de racionalización y sistematización que termina haciendo parecer sencillo lo que es muy complejo, en una gran labor de síntesis y comprensión, de hermenéutica jurídico-doctrinal en definitiva. El autor se convierte así en una especie de diestro timonel, capaz de conducirnos por el agitado mar de las sutiles distinciones doctrinales alemanas en torno a la teoría general de los derechos fundamentales. Por otra parte, y gracias a su forma de hacer jurídica, que le permite combinar la teoría con el supuesto práctico, pasar de la categoría doctrinal al matiz jurisprudencial, de la visión teórica a la implicación político-constitucional, nos introduce como observadores privilegiados en el diálogo, no siempre fácil, entre doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A mi juicio esta es una de las grandes aportaciones de su obra, el constituir la mejor reflexión en nuestra lengua sobre la doctrina general de los derechos fundamentales construida en la Alemania de la posguerra, entendiéndolo por posguerra, en los términos de Tony Judt, el largo periodo histórico que atraviesa Europa desde 1945 hasta la caída Muro de Berlín en 1989. Una doctrina que será enormemente influyente para la configuración del derecho constitucional de gran parte de los países europeos y también de muchos de los latinoamericanos. Un elemento central, en definitiva, de la forma en que gran parte de los juristas europeos y latinoamericanos hemos entendido el derecho constitucional contemporáneo hasta nuestros días.

Se comprende mal en todo caso la teoría general de los derechos fundamentales alemana si no se subraya, como sutilmente apunta el autor, que se trata de una construcción doctrinal elaborada en un momento concreto y que responde también a unas necesidades y a una finalidad determinada. Su amplia aceptación actual en muchos países de nuestro entorno puede hacernos olvidar que es un producto de la Alemania de la estricta posguerra, de la Alemania que va a surgir íntimamente unida a

la Ley Fundamental de Bonn, y que ésta a su vez es el fruto del intento de construir un sistema constitucional que evitara los errores de Weimar y los horrores del nazismo sin caer en las tentaciones del sistema soviético que ocupaba la mitad de Alemania. De ahí que, como se ha subrayado en ocasiones, los elementos básicos de la Constitución y del sistema democrático alemán sean el pluralismo y la apertura al conflicto. De ahí también la posición privilegiada de los derechos de participación ciudadana, de la opinión pública, de la economía de mercado en el sistema. También es esta la razón de una concepción particular de la Constitución, entendida no solo, evidentemente, como norma jurídica suprema, sino como consagración de un conjunto de valores éticos que deben impregnar la cultura política de la sociedad. Una concepción de la Constitución como instrumento para lograr una cultura democrática que dé paso a una sociedad democrática de entre las cenizas de una culpa, individual o colectiva, asumida por el nuevo sistema democrático. En este contexto, la identificación de la Constitución con los derechos fundamentales resultaba evidente y casi inevitable. Lo particular de la experiencia alemana será la construcción de una teoría de dichos derechos que combina un inicial afán antipositivista con unos instrumentos de configuración y protección estrictamente jurídicos y, aún más, preferentemente jurisdiccionales. Si el Estado social y el llamado Estado de partidos constituirán la base socioeconómica y política de las nuevas democracias del occidente europeo, los derechos fundamentales entendidos a la manera alemana constituirán el eje, no sólo del derecho constitucional, sí no de los nuevos ordenamientos jurídicos de gran parte de los Estados de la Europa occidental de posguerra. Y frente al papel central que en este campo jugaron las construcciones doctrinales en Weimar, no se entenderían los derechos fundamentales hoy sin los tribunales constitucionales creados en Alemania e Italia en la posguerra. Así, no se entiende la muy peculiar construcción de los derechos fundamentales en Alemania, que tan agudamente refleja el profesor Jesús María Casal en la primera parte de su obra, sin tener en cuenta que dicha construcción es el fruto, no de una doctrina más o menos madura, sino, ante todo, del impulso jurídico y político del Tribunal Constitucional de Karlsruhe para configurar la nueva sociedad democrática alemana. La dignidad humana como elemento intangible e imponderable y por tanto

como verdadera “carta de triunfo” en manos del Tribunal Constitucional, junto con su consideración como verdadero derecho fundamental y su amplia naturaleza, desde una raíz ética Kantiana a los posteriores desarrollos prestacionales basados en una “ética del reconocimiento”, constituye sin duda uno de los aspectos más destacables y también más meritorios de esta teoría, pese a sus dificultades de manejo jurídico. También lo es su construcción de un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que pueda cubrir las lagunas que dejen, ante la evolución social, los derechos previstos expresamente en el texto constitucional. Dignidad y libre desarrollo de la personalidad se convierten así en los dos principales pivotes para afrontar lo inamovible y lo dinámico dentro del sistema iusfundamental, colocando en ambos casos al Tribunal Constitucional en el corazón mismo del sistema. Por último, como analiza el profesor Casal exhaustivamente, el entendimiento de los derechos fundamentales no ya como un orden objetivo de valores, la peligrosa trampa de la que pronto advirtiera Forsthoff, sino desde la acentuación de su vertiente como elementos objetivos del ordenamiento, contribuirá decisivamente a una verdadera constitucionalización de todo el ordenamiento y del propio saber jurídico contemporáneo. Por el camino, y ligado a este último aspecto, elementos tan importantes de la teoría como un nuevo entendimiento de las funciones de los derechos fundamentales, ahí está la magnífica exposición del profesor Casal sobre las aportaciones y los riesgos de la función de protección, la construcción del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, con todas sus implicaciones hermenéuticas y con sus consecuencias prácticas en la evolución del ordenamiento y en su dinámica interna, y la joya de la corona, la apuesta por la utilización del principio de proporcionalidad como instrumento central a la hora de solucionar los conflictos entre derechos fundamentales. La proporcionalidad se convierte así en el eje del funcionamiento práctico de la teoría, una teoría en cualquier caso mucho más amplia y rica de lo que a veces se sugiere por quién tiende a reducirla a este último elemento. El análisis de las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes resulta sin duda una de las partes más brillantes de la obra que comentamos. Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales son las dos palabras clave de la Alemania jurídica de la

posguerra. Este nuevo entendimiento de los derechos fundamentales, pero también del propio ordenamiento en su totalidad, producto de una larga evolución jurídico constitucional no siempre lineal, es expuesta con extraordinario rigor y con inusitada claridad en la obra del profesor Casal. Cualquiera de los caminos recorridos, los exitosos, como el del principio de proporcionalidad, o los que serán muy pronto tácitamente abandonados, como los del contenido esencial, los generalmente aceptados, como la construcción de los derechos fundamentales como principios, pero también las construcciones más minoritarias, y ahora de nuevo en relativo auge, como las que giran en torno al contenido reducido de los derechos fundamentales y a las llamadas teorías “constructivistas”, todas ellas, son desarrolladas, analizadas y críticamente valoradas por el profesor Jesús María Casal de una forma inédita en la literatura jurídico-pública en castellano.

Pero como también se apunta en la obra, esta gran construcción doctrinal, que ha servido de base para una verdadera teoría general de los derechos fundamentales en gran parte de los países del ámbito europeo y latinoamericano, se encuentra hoy en proceso de revisión, sometida a tensiones evidentes, fruto tanto de la nueva situación sociopolítica de los estados democráticos como de algunos excesos que han terminado acentuando sus debilidades. Esto no supone que no haya conseguido sus objetivos. Los derechos fundamentales, por el contrario, han calado entre los ciudadanos y en el poder judicial. La labor de los tribunales constitucionales ha impregnado a los poderes públicos y tras más de medio siglo de jurisprudencia constitucional todos los sectores del ordenamiento aparecen, en los países que disfrutaban de un régimen democrático, plenamente “constitucionalizados”. Los tribunales constitucionales, a través de su concepción de los derechos fundamentales, han sido mucho más que “guardianes de la democracia”, como afirmara algún autor respecto del alemán. Se convirtieron en verdaderos agentes activos del desarrollo constitucional cuando no en portavoces del poder constituyente. Más allá de los excesos de “sobreconstitucionalización” del ordenamiento que denunciaran muy pronto ya algunos autores centrales de la doctrina alemana, o, extremando el argumento, más allá de esa “revolución secreta” del Estado de derecho al Estado jurisdiccional de la que tan críticamente habla algún autor como Rüter, lo cierto es

que, en realidad, ha sido de nuevo la transformación de las condiciones sociopolíticas en los Estados democráticos occidentales a finales del siglo XX la que ha obligado a replantear tanto los límites del papel de los tribunales constitucionales como algunos aspectos de la teoría general dominante de los derechos fundamentales, entre ellos el propio uso y configuración del principio de proporcionalidad. La evolución de los sistemas supraestatales de protección de los derechos fundamentales, la del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha dado lugar a un diálogo jurídico constitucional transnacional al que cabe añadir en Europa el fenómeno de la integración política. La protección multinivel de los derechos fundamentales, el constitucionalismo multinivel, el diálogo cruzado entre jurisdicciones nacionales e internacionales han transformado sin duda el papel de los tribunales constitucionales nacionales que han dejado de ser aquella especie de “rey Midas” que todo lo que tocaba lo convertían en derechos fundamentales. Es éste un aspecto de la realidad actual de los derechos fundamentales al que, como no podía ser menos, el profesor Jesús María Casal dedica una especial atención y que ha sido ya ampliamente analizado por la intervención que me precedió.

En todo caso, de la lectura de la obra del profesor Jesús María Casal puede deducirse también un aspecto de esta crisis más profundo que aquel por el que se critica el excesivo papel del Tribunal Constitucional en los sistemas contemporáneos o la escasa seguridad jurídica que aporta a veces la aplicación de la teoría, o una excesiva fundamentalización de las situaciones jurídicas en la concreta vida social. Al fin y al cabo, frente a ello valen las palabras del autor cuando sostiene que es la teoría general, y el principio de proporcionalidad en particular, pese a las críticas a las que puede ser sometido, lo mejor que tenemos para criticar y controlar el razonamiento del Tribunal Constitucional y para organizar un sistema de derechos fundamentales en libertad. Se trata probablemente de algo más que de la necesidad de aumentar la discrecionalidad del Parlamento o de una cierta falta de “autoritas” de los tribunales constitucionales. Y es que en el fondo existe siempre una ineludible relación entre la teoría de la Constitución, la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la justicia constitucional. No resulta difícil constatar que hasta tiempos muy recientes ha predominado

casi sin discusión una concepción de la Constitución entendida como orden fundamental y programa jurídico-valorativo a desarrollar que se correspondía bien con una concepción de los derechos fundamentales como principios y como elementos objetivos del sistema y con un entendimiento de la jurisdicción constitucional como agente activo de este desarrollo constitucional. En los últimos tiempos, en los ordenamientos europeos, y también en cierta manera en algunos latinoamericanos, se puede percibir un ligero cambio, un cierto desplazamiento del matiz. La concepción de la Constitución con un marco de posibilidades, compatible plenamente con la anterior concepción, pero ahora más remarcada, parece dar lugar a una reevaluación de la naturaleza unilateral de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización y a una cierta tendencia a acentuar la necesidad de un modelo bilateral de reparación de la inconstitucionalidad que recupere el predominio de esa faceta nomofiláctica que siempre correspondió a los tribunales constitucionales. Se trata pues de una crisis, en el sentido de un cambio de orientación, que no se circunscribe sólo a la teoría clásica alemana de los derechos fundamentales, ni tampoco tiene que ver únicamente con la protección multinivel de los mismos. Es una crisis que implica un cambio de paradigma cultural, en cambio profundo en el papel del Estado nacional, y una nueva policromía en el derecho constitucional contemporáneo. En definitiva, parece que los tribunales constitucionales que hoy se escudan en un cómodo “tacticismo ponderativo” cuando no en un mero “precedentismo jurisprudencial”, no lo hacen tan solo por su conciencia de haber dejado de ser los “hijos únicos” del sistema de protección jurisdiccional, sino también por una cierta crisis en la teoría subyacente al derecho constitucional, en la propia teoría de la Constitución, una teoría que difícilmente puede entenderse hoy ya en los mismos términos en que lo hicieron los grandes autores del dogmática alemana de la última mitad del pasado siglo.

Europa y Latinoamérica afrontan en todo caso en la actualidad problemas muy importantes en relación con la democracia y con sus sistemas constitucionales. Como señalaba al principio de mi intervención, son “tiempos recios” para muchos de nuestros países. Y no solo por la actual pandemia. En España, el sistema constitucional ha tenido que afrontar un intento de secesión que implicaba la quiebra misma

del ordenamiento constitucional vigente. Frente a ello, la jurisdicción constitucional ha demostrado todo su potencial pero también sus limitaciones. Como la historia nos ha enseñado, los tribunales constitucionales pueden ser magníficos órganos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en situaciones de normalidad, pero no pueden desarrollar con igual satisfacción en solitario una función de defensa del orden constitucional en momentos de graves crisis de la convivencia democrática. El libro que hoy presentamos viene a recordarnos que los derechos fundamentales y sus restricciones constituyen una parte esencial de ese sutil hilo que conecta la libertad con la democracia, la finalidad última de cualquier ordenamiento constitucional con la legitimidad del ejercicio del poder político. Y esa sutil relación entre poder democrático y derechos fundamentales necesita crecer en el marco, entre otras cosas, de una vigorosa cultura constitucional. Es al mantenimiento de esta cultura a lo que contribuye sin duda esta obra, demostrando una vez más que, como diría Canotilho, sin ideas no hay derecho constitucional, pero que tampoco lo hay, a mi juicio, sin juristas con la valentía intelectual y cívica del profesor Jesús María Casal.