

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Y SUS RESTRICCIONES.
CONSTITUCIONALISMO COMPARADO
Y JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA.**

DR. JESÚS MARÍA CASAL.

I

Es un honor para mí y una gran satisfacción presentar el libro sobre *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, publicado por la Editorial Temis, con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

El honor y la satisfacción son aún mayores al poder hacerlo en este acto organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en la que se refleja el acervo jurídico nacional, actual y heredado, en distintas áreas del derecho y en otras ciencias políticas y sociales.

Expreso mi sincero agradecimiento a nuestro Presidente, el Dr. Humberto Romero-Muci, por su apoyo para la organización de esta presentación y por la generosidad de sus palabras iniciales, así como a los distinguidos juristas que hoy han comentado el libro, los Dres. Carlos Ayala Corao y Augusto Martín de la Vega. Agradezco igualmente al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en la persona de su Directora, la Dra. Marie-Christine Fuchs, por el respaldo prestado a esta investigación y a la publicación, así como a todo el equipo de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por haber hecho posible esta presentación. Un saludo cordial para todos los participantes.

II

1.- En estos pocos minutos quisiera aludir al marco conceptual general del libro y enunciar algunos de los asuntos y problemas que se abordan.

El trabajo se inscribe en parte en lo que se ha denominado un derecho constitucional transnacional o en un discurso constitucional transnacional, que comprende categorías transversales a distintos ordenamientos jurídicos, pertenecientes al modelo del Estado constitucional y democrático de Derecho.

El estudio tiene una perspectiva comparativa, que tiene como eje la teoría alemana sobre los derechos fundamentales, y alude también al Derecho constitucional español y al Derecho constitucional colombiano. Se consideran igualmente, a fin de ilustrar desviaciones en el tratamiento jurisprudencial de estos derechos, algunos desafueros de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. Pero prevalece el enfoque transnacional, que prescinde de los detalles regulativos de cada sistema y analiza las piezas conceptuales principales en materia de derechos fundamentales.

En la actualidad hay un debate transnacional y transcontinental sobre capítulos medulares de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Obras de Alexy, Ferrajoli, Carbonell, Toller, Clérico, García Amado, Prieto Sanchís, Guastini, Barack, Bernal, y Webber, entre otros, dan cuenta de esa discusión transconstitucional desde la teoría de los derechos a la que se ha hecho referencia.

Por otro lado, la perspectiva constitucional del trabajo está abierta a las interacciones con el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, al constitucionalismo multinivel. También al diálogo jurisdiccional que se desarrolla entre tribunales nacionales y órganos internacionales de protección de estos derechos, que ha sido estudiado por el Dr. Carlos Ayala Corao.

2.- La principal preocupación que ha guiado la elaboración de este estudio y de los trabajos previos que he dedicado al tema recae sobre las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales. Lo que los derechos fundamentales efectivamente garanticen depende mucho de los criterios que aceptemos como válidos para imponerles restricciones o limitaciones. Algunos derechos son absolutos, pero muchos de ellos no lo son y las posibilidades de ejercicio de estos derechos por sus titulares están condicionadas por las limitaciones que válidamente hayan sido fijadas. Surge entonces la pregunta acerca de cuáles requisitos deben colmarse para considerar que una limitación o restricción ha sido

válida. Esta inquietud está presente en los distintos capítulos del libro y desemboca en el examen de las exigencias formales y materiales que al respecto deben ser satisfechas. Todos los intentos de limitación de los derechos quedan sometidos a un control de constitucionalidad y de convencionalidad que se despliega con arreglo a esos mismos derechos.

En el libro se explica el esquema de análisis de la licitud de las restricciones de derechos fundamentales, a partir de los aportes de la doctrina y jurisprudencia alemanas, porque allí se han ido forjando criterios rigurosos en el respectivo examen de validez, cuyo trasfondo histórico fue principalmente la voluntad de superar los llamados errores de Weimar y de dejar absolutamente atrás lo que el Nacionalsocialismo representó. En respuesta a aquellas debilidades y a esas atrocidades se ha hilado fino para evitar cualquier injerencia excesiva del poder público en la libertad del ser humano.

Esta elevación del espíritu sobre las ruinas de la posguerra es un triunfo de la civilidad sobre la barbarie, que constituye un patrimonio de la humanidad y no de una nacionalidad específica.

III

Quisiera apenas enunciar algunas ideas sobre algunos de los asuntos examinados en el libro:

1. Reglas y principios en materia de derechos fundamentales

Es conocida la distinción entre reglas y principios, que ha sido adaptada por Alexy para emplearla en el campo de los derechos fundamentales. La conceptualización que hace este autor de las primeras y de los segundos ha tenido gran difusión y acogida en Iberoamérica, más incluso que en Alemania, donde suscitó desde el comienzo algunas reservas.

Conviene apuntar que la discusión sobre el sentido y alcance de esta distinción, tal como dicho autor la concibe, ha hecho que se pierda de vista que la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy pretende aportar categorías para explicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la materia y que uno de los méritos de

esa obra es haber difundido ampliamente la jurisprudencia y la doctrina correspondiente, más allá de las fronteras germánicas. Ese Tribunal, en diálogo permanente con la ciencia jurídico-constitucional, ha abierto senderos para la expansión y evolución de los derechos, lo cual ha generado respuestas y afinamientos dogmáticos.

En todo caso, hoy la distinción entre reglas y principios, sobre todo en la forma planteada por Alexy, es objeto general de debate, dentro del cual se destacan voces como la de Habermas, y se pone en entredicho la fundamentación o la intensidad de la clasificación. Se defiende por un lado una teoría de los derechos a base exclusivamente de reglas, o se pone de manifiesto en el otro extremo que bastaría con aludir a los principios, pues las reglas quedarían igualmente sujetas a ponderación.

Sin poder entrar ahora en detalles, estimo, por un lado, que las reglas no deben ser tan blandas o elásticas como pudiera deducirse de ciertas vertientes de la teoría de los principios y, por otro lado, que no todos los bienes jurídico-constitucionales pueden ser tratados igualmente como principios. En particular, los derechos fundamentales y su resistencia a la intervención deben conservar una fuerza normativa especial. Estas y las demás ideas que aquí resumo son profundizadas y sustentadas en el libro que hoy presentamos.

2. Ámbito protegido e intervención

Aquí compiten las teorías amplias con las teorías estrechas sobre el ámbito protegido por los derechos fundamentales; y se abre camino un esfuerzo por la precisión del alcance normativo de cada derecho.

La preocupación ante una comprensión demasiado extensa del ámbito protegido se ha acentuado en virtud de las contribuciones doctrinales que aluden a la tendencia a la multiplicación artificial de colisiones y a la rutinización de la ponderación que se derivaría de la agigantada protección *prima facie* de pretensiones subjetivas propugnada por las teorías amplias.

Me inclino por una Interpretación amplia del ámbito protegido, sin abandonar el rigor hermenéutico y evitando exclusiones valorativas a priori. Lo que parece socialmente dañino puede ser la manifestación legítima de algún derecho fundamental, y solo después de un

examen completo de licitud sabremos si aquello merece una protección definitiva.

3. Proporcionalidad, ponderación y contenido esencial de los derechos

La proporcionalidad es un criterio principal para la determinación de la validez material de las restricciones impuestas sobre derechos fundamentales. Es un parámetro tanto formal como material de licitud que cumple funciones adicionales a la mencionada, de lo cual el libro ofrece varios ejemplos. La proporcionalidad, o prohibición de exceso, se ha consolidado como un principio constitucional, enraizado en el Estado de Derecho, que rige toda actuación de los poderes públicos que repercute negativamente sobre derechos y libertades. Internacionalmente se ha afianzado también como criterio para el control de la licitud de las injerencias en los derechos humanos que admiten limitaciones.

Sabemos que el principio de proporcionalidad tiene tres componentes básicos o subprincipios. El tercero de ellos es de carácter principalmente valorativo e implica una ponderación, la cual ha sido colocada en el centro de la reflexión y de la crítica. Hay posturas diversas respecto del concepto de ponderación y de cómo llevarla a cabo. Se han expresado temores sobre los peligros de subjetivismo o irracionalidad que esta llevaría consigo, lo cual estaría siendo potenciado por la multiplicación artificial de colisiones característica del pensamiento dominante sobre los derechos. Para superar estos problemas algunos han propuesto un sistema de derechos regido por la subsunción clásica, en lugar de por la ponderación.

En el libro se procura subrayar, después de constatar que incluso la ponderación desemboca en subsunción, que los intentos de huida de la ponderación se encuentran con ella inevitablemente aunque a veces fuera de su lugar específico, oculta o solapada bajo otras construcciones. Es cierto, sin embargo, que hay que hacer esfuerzos para una mayor racionalización y transparencia en su aplicación y para evitar excesos en su invocación.

Adicionalmente, se aborda la categoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, como otro límite de los límites a que los

derechos pueden ser sometidos, bajo las condiciones correspondientes. Después de exponer las principales teorías que han sido sostenidas para definir su alcance, se propone una interpretación que intenta rescatar el significado objetivo y utilidad del contenido esencial del derecho en el control de validez de las restricciones legislativas.

4. Colisiones entre derechos

Al hilo de lo antes expuesto, se ha despertado una discusión entre dos corrientes, que una de las partes en la controversia ha denominado conflictivistas o anticonflictivistas. Este debate no es nuevo, pero ha adquirido un nuevo ímpetu en los últimos años. Si bien las observaciones de los autores que se definen como anticonflictivistas son atendibles y seguramente han de conducir al replanteamiento de algunos temas, son serios los riesgos de asumir de manera general una visión comunitarista o coherentista que, invocando la armonía intrínseca o necesaria del orden jurídico o de la vida en comunidad, reste fuerza a la garantía jurídica de los derechos y libertades. En el punto de llegada del análisis iusfundamental puede haber muchas coincidencias entre las dos posiciones, pero las diferencias metodológicas son importantes.

5. La limitación de derechos humanos en la jurisprudencia interamericana

Una buena parte de los desarrollos conceptuales del libro se ha volcado en el capítulo del libro que se dedica a este tema. Se consideran las categorías y el método empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evaluación de licitud de las restricciones a los derechos, que son en esencia coincidentes con los de la teoría general. Se observa la tendencia a una interpretación evolutiva y a veces expansiva y también intercultural del ámbito protegido por los derechos humanos; se constata la relevancia que ha ido adquiriendo la proporcionalidad, presente desde sus inicios en la jurisprudencia de la Corte; se analizan asimismo los parámetros sentados en relación con la carga de la argumentación o de la prueba en esa materia, y se identifican algunas dificultades en la definición y aplicación de los estándares de control.

No quisiera dejar pasar la oportunidad para recordar en este acto la valiosa labor cumplida por el Dr. Pedro Nikken en la fase fundacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a la limitación de derechos. Extrañamos su espíritu generoso y sus criterios jurídicos e institucionales orientadores.

6. Restricción de derechos y democracia

Se destaca la importancia de la cláusula de la sociedad democrática contenida en los instrumentos internacionales generales de derechos humanos, en el contexto de los límites de los derechos. Entre otros asuntos, se examina el papel del concepto de democracia o de la sociedad democrática en el control de validez de las restricciones de derechos humanos. La relevancia de la noción de sociedad democrática en la evaluación de la licitud de tales limitaciones ha sido indiscutible en materia de libertad de expresión, derecho que ha sido estudiado ampliamente por el Dr. Héctor Faúndez. En este y otros temas conexos han sido igualmente primordiales las contribuciones del Dr. Allan Brewer-Carías. A esto se añade la proyección de este control en la esfera de los derechos políticos y potencialmente sobre el conjunto de los derechos humanos.

La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra la significación de la democracia como criterio concurrente en el test de validez de las limitaciones a los derechos, con trascendencia no solo sobre las limitaciones que afecten derechos ligados a la autonomía política, sino también sobre los vinculados a la autonomía personal. Las restricciones admisibles son solo las compatibles con una sociedad democrática.

IV

Quisiera concluir estos comentarios compartiendo algunas reflexiones sobre la situación venezolana en materia de derechos fundamentales.

La experiencia institucional venezolana de estos años, marcada por el protagonismo autoritario de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ilustra los efectos perniciosos a los que puede conducir un relajamiento de los postulados medulares de la teoría de los derechos fundamentales.

En varias de sus sentencias la Sala Constitucional ha convertido a los derechos fundamentales, sobre todo en su dimensión de libertad, en un punto de vista más que compite en desventaja con intereses colectivos o con parámetros metaconstitucionales que dominan la interpretación jurídica y la ponderación. La crítica a esta postura está vertida en varias páginas del libro. Sabemos que detrás de estos desafueros argumentativos hay intereses subalternos de distinta procedencia. Pero hay que salir también al paso de las desviaciones conceptuales, que no están presentes solamente en sentencias de esa Sala.

Es preciso asumir los nuevos desafíos que plantea la diversificación o multidimensionalidad de los derechos fundamentales, pero sin comprometer las conquistas logradas frente a los posibles abusos del poder público. Los derechos fundamentales, tanto los de defensa como los de actuación, prestación o participación, resultan desfigurados cuando el examen de licitud de las restricciones pierde consistencia.

Por otra parte, no es posible garantizar los derechos fundamentales cuando no hay independencia judicial. Esta es una consideración del contexto que debemos enfatizar. El Estado democrático de Derecho ha sido liquidado en Venezuela y los derechos humanos han sido y están siendo vulnerados masiva o sistemáticamente en ámbitos diversos. Esa ausencia del juez independiente, del juez a secas, es un fenómeno desconcertante y demoleador para el jurista y para la ciudadanía democrática.

También nosotros debemos superar esta experiencia de devastación institucional y social mediante un Estado de Derecho sólido y una garantía jurídica plena de los derechos fundamentales, sustentada en el reconocimiento y protección de la dignidad humana. Nunca más los derechos inherentes al ser humano deben quedar supeditados a intereses gubernamentales o de partido. Nunca más debe ser allanada impunemente la casa de la justicia por agentes simuladamente judiciales de un régimen opresor.

Esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales como institución, con actuación destacada de varios de sus miembros, está comprometida con la recuperación democrática del país. Este libro pretende ser también una contribución a los retos que debemos asumir con firmeza. La proporcionalidad y otros de los temas tratados se vinculan con lo que se ha denominado una cultura de la justificación e incluso un derecho a la justificación. El Estado tiene que justificar cada injerencia en los derechos de la persona y si no logra hacerlo corre con los riesgos de la anulación de sus actos, sin perjuicio de las responsabilidades aplicables. Impulsemos esta cultura de la justificación, como parte de ese Estado de Derecho que tendrá una mirada abierta a la realidad, pero no estará dispuesto a transigir con intereses políticos de uno u otro signo.