

APUNTES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES¹.

Rafael Lárez Fermín

Abogado (USM)

Especialista en Derecho Administrativo (UCV)

Resumen: Se analizan los derechos fundamentales y sus principales instrumentos de protección desde la dogmática, como garantías de la libertad individual y como institución funcionada para la consecución de los fines y valores proclamados en la Constitución.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Constitución. Libertades. Garantías. Democracia.

Summary: Fundamental rights and their main instruments of protection are analyzed from a dogmatic standpoint, as guarantees of individual freedom and as a functioning institution for the achievement of the purposes and values established in the Constitution.

Key Words: Fundamental rights. Constitution. Liberties. Guarantees. Democracy.

Recibido: 7 de junio de 2020 Aceptado: 22 de julio de 2020

¹ Agradezco a mi entrañable amigo Ramsis Ghazzaoui Piña, Magistrado de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, quién, desde su forzado exilio, me ha brindado su incondicional apoyo y acompañamiento científico en la realización de este trabajo.

SUMARIO

Introducción

- I. Aproximación a la noción de derechos fundamentales
- II. Función del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales
- III. Protección judicial de los derechos fundamentales
- IV. Derechos fundamentales y democracia. Su necesaria compatibilidad

INTRODUCCIÓN

Hablar de derechos fundamentales en la Venezuela de hoy, implica adentrarse en un terreno, además de riesgoso, completamente desolador. Basta con revisar, fugazmente, sus garantías de defensa para constatar el nivel de deterioro que presenta esta materia. Todos los derechos (individuales, sociales, económicos y políticos) han sido afectados, conculcados por parte del Estado, al punto que actualmente son prácticamente inexistentes, o con una vigencia, si se quiere, ilusoria.

Por ello, he considerado importante hacer referencia, desde la dogmática, sobre algunos de sus aspectos más relevantes, en concreto, sus principales instrumentos de protección, en mi legítimo ejercicio ciudadano de abogar por la vigencia de las libertades y sus garantías, con la esperanza de verlas, en un futuro muy próximo, completamente restituidas en nuestro país.

A manera de introito, entonces, podemos expresar que, desde sus orígenes, las principales declaraciones de derechos (*Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra; la del *Buen Pueblo de Virginia* de 1776, en los Estados Unidos; y la *Declaración de los Derechos*

del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia²) han tenido como finalidad cardinal la protección de los particulares frente al Estado; el poder del Estado encuentra un freno en esos derechos solemnemente declarados.

En efecto, la limitación del ejercicio del poder público, a través del reconocimiento y protección de las libertades esenciales de la persona, constituye el rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo, conllevando a que tales libertades sean proclamadas y estatuidas como derechos en el nivel más alto del ordenamiento jurídico (Constitución), de modo tal que vinculen la producción jurídica de los grados inferiores, incluso la de tipo legislativo (carácter vinculante de estos derechos para todos los poderes públicos, incluyendo al legislador), y sean previstos mecanismos que aseguren su efectiva vigencia (garantía de disfrute de tales derechos)³.

Así pues, el significado y alcance que a esos derechos se le asigna en el vértice de jerarquía normativa, fija el modelo constitucional de la sociedad; determina el modo de organizar y ejercer las funciones estatales, la propia significación del poder público.

2 Debe destacarse aquí, como nota de importancia sobre el papel histórico de Venezuela en la lucha contra el absolutismo, por la independencia, la soberanía nacional y la vigencia y protección de las libertades ciudadanas fundamentales, que la Declaración de Derechos del Pueblo, de 01 de julio de 1811, adoptada por la sección de Caracas del Congreso General de Venezuela, y que luego fue incorporada en la Constitución Venezolana de 1811, fue la tercera declaración de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno. Al respecto, véase ampliamente a BREWER-CARÍAS, Allan R., "El Paralelismo entre el Constitucionalismo Venezolano y el Constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)", en *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara*, Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas, 2005, pp. 101 y ss.

3 Vid. PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 69, Bogotá, 2014, pp. 21 y ss. En términos similares, confróntese a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas, 2010, p.7.

Los derechos fundamentales, por ende, representan el objetivo cardinal, la expresión jurídica de los valores y opciones centrales del pacto social.

La evolución del Estado Legislativo o Liberal de Derecho hacia formas de Estado Democrático Social y de Derecho, intensifica la concepción de los derechos fundamentales, ya que, a su función de garantía de las libertades existentes (límites al ejercicio del poder político o garantías negativas de los intereses individuales), se le incorporan un conjunto de valores, principios o fines, a los que va a ser dirigida la acción positiva de los poderes públicos y en virtud de los cuales va a estructurarse el ordenamiento jurídico infraconstitucional⁴.

De allí que, en el Estado Constitucional, a los derechos fundamentales le es atribuido un doble carácter: una *dimensión subjetiva*, ya que son derechos subjetivos, actúan como garantías de la libertad individual, a la cual se le incorpora la defensa de aspectos sociales y colectivos; en su *carácter objetivo*, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo, como un instituto jurídico (dimensión institucional), en donde su contenido se funcionaliza para la obtención de los valores y fines proclamados en la Constitución.

Es preciso decir, que los bienes jurídicos protegidos por la Constitución no son mencionados de modo exhaustivo en ese texto normativo. Sobrepasaría al constituyente si se le exigiese tal labor. Por ello, la Constitución necesita a la legislación para que tales derechos, en gran medida, puedan ser efectivos; a través de la legislación la Norma Constitucional alcanza vigencia real, es actualizada. Esta acción legislativa, además, no consiste simplemente en aplicar la Constitución; se trata de una labor

4 Sobre el particular, véase a PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, undécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 17 y 18.

creadora, capaz de renovar y dar sentido al contenido que esos derechos encierran⁵.

Así, en el ámbito de los derechos fundamentales, tal y como expresa HÄBERLE⁶, al legislador le es atribuida una doble función: la de *limitación* y la de *conformación*.

Tal función, si bien comprende un amplio margen de discrecionalidad, en modo alguno puede resultar arbitraria. Al legislador le está vedada cualquier lesión a los derechos fundamentales. Aquí, la reserva de ley, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad, resultan determinantes.

Como piedra angular de la protección de los derechos fundamentales, surge para el ciudadano, como garantía constitucional, el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva. La Constitución, de manera exclusiva, faculta a los jueces para que ejerzan la función jurisdiccional. El postulado constitucional del sometimiento pleno a la ley y al derecho de todos los componentes del Estado, implica, también, la sumisión plena al juez. El juez es una pieza esencial en toda la organización del Derecho; el Derecho no existe sin el juez; el juez, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, "*es la boca que pronuncia las palabras de la Ley*"⁷.

Al comprender en su seno una diversidad de derechos (civiles, políticos, económicos y sociales), vincular a todos los poderes públicos e incidir en las relaciones públicas y priva-

5 Cfr. BAÑO LEÓN, José María, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24, septiembre-diciembre, 1998, p.162.

6 HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 168.

7 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5° edición ampliada-reimpresión, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 140.

das de todos los componentes de un país, los derechos fundamentales conforman en su conjunto lo que la doctrina ha dado en llamar la “*esfera de lo no decidible*”, es decir, lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede dejar de decidir, violando los derechos sociales; resguardándose, así, la pacífica convivencia de las libertades de todos⁸.

La democracia, entonces, es el único procedimiento de organización y de decisión política en que todo ello es posible; es el único sistema capaz de conciliar y hacer compatibles esas exigencias de pluralidad y diversidad individual y social que demandan los derechos fundamentales.

En contradicción con lo que nos muestra nuestra cotidianidad, éste es el modelo de Estado proclamado en el Texto Constitucional Venezolano; un Estado en el cual los derechos esenciales de la persona (derechos fundamentales) ocupan el centro del sistema integrado por los elementos a los que hemos hecho mención.

I. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El término “derechos fundamentales” tiene su origen en Europa hacia el año 1770, concretamente en la Francia prerrevolucionaria (“*droits fondamentaux*”), en el movimiento político y cultural que llevó a la Declaración de 1789⁹. En su concepción inicial se consideraron como derechos y privilegios que corresponden al hombre por su condición de tal (derechos derivados de la ley natural perfilada bajo la doctrina clásica

8 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 54.

9 Aún hoy, la vigente Constitución francesa de 1958 (como sus reformas), en lugar de recoger su propia declaración de derechos, sigue remitiéndose a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

de Tomás de Aquino por su carácter “*originario, universal e inmutable*”¹⁰); derechos humanos, derechos naturales; ámbitos de libertad preexistentes al Estado y, por ende, sustraídos de su regulación e idóneos para limitar su acción, a tal punto que, en los albores del constitucionalismo moderno, las primeras declaraciones de derechos tuvieron lugar antes de –siquiera– empezar a elaborarse la correspondiente Constitución¹¹.

10 *Originarios*, por su condición de innatos, intrínsecos a la naturaleza humana; *universales*, ya que es la misma ley para todos los hombres; e *inmutables*, al no poder ser borrada de los corazones de los hombres. La referencia a Tomás de Aquino es tomada de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 43 y 44.

11 Esta es la base de la doctrina *liberal-individualista o iusnaturalista*, que concibe la existencia de la asociación política solamente porque así lo han querido y construido los individuos. En este sentido, HOBBS subraya la naturaleza artificial, dependiente de la voluntad de los ciudadanos, del poder político. Se presume, en este modelo, la existencia de la “*sociedad civil de los individuos*” anterior al Estado. Tal sociedad necesita del Estado para consolidar y garantizar los derechos, las esferas de libertad de cada uno, pero no para fundar, no para crear. Al respecto, véase a FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, séptima edición, Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 29 y ss.

Esta teoría iusnaturalista encuentra su máximo exponente en LOCKE, que afirma la existencia de un “*estado natural pre-social*”, donde los individuos tienen un derecho natural a la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad, en el cual, aún y cuando pudiera prevalecer el orden y la paz, resulta necesario el paso al estado civil para asegurar la defensa de tales derechos. Los individuos necesitan constituir la sociedad y el Estado, para poder proteger, con la fuerza común, esos derechos que de otro modo se verían amenazados, dada la dificultad de lograrlo mediante la acción individual. LOCKE sostiene que el Gobierno se basa en un “*contrato social*”, con limitaciones específicas, en el cual los gobernados sólo ceden en su libertad lo estrictamente necesario para que sus derechos sean protegidos, siendo excepcional cualquier restricción de ellos. Bajo esta teoría existe un quid: el derecho natural precede al derecho positivo estatal; las libertades preceden al poder; la positivación tiene un carácter meramente declarativo, y es el resultado final de un proceso cuyo origen se encuentra en las exigencias que se postulan como determinantes para la convivencia social. Sobre el particular, confróntese en extenso a LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, *passim*.

En contraposición a este modelo encontramos la teoría positivista, para la cual el Estado no es solo un instrumento de tutela, sino la condición necesaria para que las libertades y derechos nazcan y tengan reconocimiento

Con la progresiva democratización del Estado Liberal y la aparición de las modernas democracias de masas, fueron proclamados, junto a los clásicos derechos individuales, los denominados derechos económicos, culturales y sociales. Así, los principios y valores que originariamente estaban dirigidos a limitar la actuación del Estado, se convierten entonces en normas que exigen ser gestionadas en el orden económico y social; las garantías pensadas para la defensa de la individualidad, son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupa un lugar preponderante; en fin, derechos que, bajo el amparo del principio de igualdad, buscan asegurar la participación de los distintos miembros de la comunidad en los recursos sociales, que todos los ciudadanos puedan disfrutar de los beneficios que la sociedad comporta¹².

como verdaderas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos. Simplemente, donde no existen leyes positivistas ni Estado, no hay ningún derecho.

Ambas teorías (*iusnaturalismo-positivismo*) representan una histórica polémica, esto es, si el Derecho es exclusivamente aquél que es creado (posición positivista), o si se trata de un derecho natural, primario, preexistente, y que al mismo tiempo sirve de base o referencia al derecho impuesto por el Estado (teoría iusnaturalista).

En este sentido, PECES-BARBA afirma que los derechos fundamentales no son derecho si son solo valores, sin que existan garantías que aseguren su cumplimiento o sanciones en caso de inobservancia, tal y como sostienen los iusnaturalistas; como tampoco es un derecho fundamental cualquier derecho válido sin importar su contenido, tal y como pretenden los positivistas, pues, bajo esta óptica, por ejemplo, podría existir una auténtica norma jurídica que -hipotéticamente- autorizara u obligara al exterminio de grupos de personas por razones de raza o religión. Por ello, concibe a los derechos fundamentales desde una perspectiva dualista, esto es, como una síntesis de la filosofía de esos derechos (valores al servicio de la persona humana) y su inserción en normas jurídicas positivas. Sobre lo expuesto, véase con provecho a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad Complutense de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, pp. 13 y ss.

- 12 La aparición de los denominados derechos sociales produjo un punto de inflexión en la positivación de los derechos fundamentales en los aspectos siguientes: i) en su *fundamentación*, toda vez que la intervención del Estado va estar dirigida a asegurar un reparto equitativo de las cargas y ventajas de la sociedad y no en un orden individualista y liberal; ii) en su *titularidad*, pues el hombre abstracto en su dimensión individual deja de

En este sentido, la Constitución de México de 1917 es considerado el primer documento que intentó conciliar tales derechos. Sin embargo, será la Constitución Alemana de Weimar de 1919 el texto de mayor trascendencia, toda vez que logró articular en su sistema de derechos las libertades individuales

ser el sujeto de tales derechos y pasa a serlo el hombre situado en el contexto de unas circunstancias reales, concretas y comunitarias; y iii), en su *naturaleza jurídica*, al dejar de ser solo libertades de acción y convertirse en libertades de participación y en prestaciones. Al respecto, véase a PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* citada, p. 122 y 123.

En lo que a Venezuela se refiere, los derechos sociales o, con mayor precisión, derechos prestacionales, encuentran su fundamento en la cláusula del Estado Social recogida en el artículo 2 de la Constitución de 1999, de la que deriva la obligación del Estado de fomentar la existencia de condiciones materiales efectivas (no solo formales) de igualdad, tal y como estatuye el artículo 21 *eiusdem*. Así lo reconoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 24 de enero de 2002, caso *ASODEVIPRILARA*, al expresar que el Estado Social “...desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”. Posteriormente, la misma Sala Constitucional en la sentencia de 26 de marzo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, reiterará su criterio, añadiendo al efecto que: “...el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un *standard de vida elevado*, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el *desarrollo económico y social de sus ciudadanos*”.

Al respecto, el profesor José Ignacio Hernández señala que tales actos positivos que persiguen los derechos prestacionales no solo corresponden al Estado, sino también a los particulares, en virtud del principio de solidaridad recogido en el artículo 135 de la Constitución, que reconoce la potestad que tiene el Estado para imponer cargas positivas o mandatos de hacer en cabeza de los particulares. No obstante, aclara que dicho principio de solidaridad no implica que la Administración pueda imponer limitaciones a los particulares sin contar con una precisa cobertura legal para ello; es decir, si el legislador no impone la obligación a los particulares de satisfacer tales derechos, este deber no puede ser entonces exigido, ello como consecuencia del principio de legalidad que rige en materia de restricciones de derechos fundamentales. Sobre lo expuesto, véase en extenso a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 73 y ss.

con los derechos económicos, sociales y culturales, al extremo que sirvió como fuente de inspiración a los posteriores textos constitucionales de países como España, Francia e Italia, así como de América Latina; incluso, constituye el actual sentido de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que fue la que vino a otorgar verdadero vigor jurídico a los derechos fundamentales, al dotarlos de reglas y medios de garantía especiales que permiten su efectiva protección.

Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos naturales, derechos individuales, derechos de los ciudadanos, derechos esenciales, libertades públicas, entre otras tantas, son locuciones que se emplean como sinónimos para hacer mención a los derechos que corresponden a la persona en su condición de tal, a los derivados de su dignidad humana.

Ello obedece, tal y como advierte CASAL¹³, al carácter poco sistemático de algunos catálogos de derechos, al empleo de diferentes vocablos para designar a los derechos allí reconocidos, así como a la variedad de perspectivas desde las cuales suelen utilizarse esas expresiones¹⁴.

Esta “*diversidad semántica*”¹⁵ dificulta establecer los linderos conceptuales de esos términos, principalmente en relación

13 Cfr. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*op. cit., p. 11.

14 Un ejemplo de ello lo encontramos en la Constitución Española, cuyo Título I es denominado “De los derechos y deberes fundamentales”; no obstante, únicamente la Sección 1º del Capítulo II, hace mención a tales derechos, generando un debate sobre la inclusión, bajo esa concepción, del resto de derechos comprendidos en dicho título, en especial, lo que respecta al derecho de propiedad privada. Por su parte, la Constitución Venezolana no es uniforme al formular el catálogo de derechos, siendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la que ha incorporado esta expresión de derechos fundamentales, para así denominar a los derechos garantizados por la Constitución.

15 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE

a las nociones de derechos humanos y de derechos fundamentales, ya que con ellas suelen designarse realidades muy próximas o una misma realidad, a intereses que comúnmente son reconducidos en una u otra categoría.

Haciendo a un lado las profusas discusiones que existen sobre el particular, apoyadas en fundamentos ideológicos, filosóficos, históricos y jurídicos (a la cual no pretendemos sumarnos, ni mucho menos intentar resolver), nos limitamos por señalar, de manera sintética, que la doctrina considera que los derechos humanos son - filosóficamente - el concepto básico desde el cual se construyen jurídicamente los derechos fundamentales, pues, en principio, todos los derechos han de reputarse como humanos, al ser el hombre el sujeto del derecho por excelencia¹⁶.

La diferenciación entre ambos usos lingüísticos, conforme la tendencia mayoritaria de la doctrina, gravita en el plano en el que esos derechos inherentes a la persona son proclamados y protegidos. Así pues, con la locución derechos humanos se alude a aquellos derechos proclamados y protegidos internacionalmente¹⁷; la de derechos fundamentales, se refiere a aquellos derechos subjetivos atribuidos, instituidos, garantiza-

OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 47.

16 Cfr. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...* op. cit., p. 12. Asimismo, véase a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales...* citada, p. 13.

17 Véase a PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* citada, pp. 32 y 33. Bajo esta expresión se suelen designar a aquellos derechos recogidos en instrumentos internacionales, como serían, por ejemplo, los tratados o convenciones sometidos a la ratificación y adhesión de los Estados de la comunidad internacional, así como a las declaraciones aprobadas por organismos internacionales, tales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, entre otros.

dos en normas a las que se les reconoce, en la “*cultura jurídica de referencia*”, carácter esencial¹⁸.

FERRAJOLI, partiendo de una definición puramente formal o estructural, considera a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, universales e indisponibles, adscritos por una norma jurídica a todos en cuanto personas, o ciudadanos, o capaces de obrar, con prescindencia del contenido de esos derechos proclamados¹⁹.

No obstante, es preciso destacar, que tales derechos (fundamentales) tienen una sustantividad y realidad propias, unos valores con un contenido propio, con un contenido objetivo que no puede ser cambiado caprichosamente por la voluntad de un gobernante; son derechos creados por el hombre en la historia moderna bajo un determinado condicionamiento social, político, económico y cultural, con un decisivo propósito, un valor real, cuál es, el desarrollo de la dignidad humana y la organización estatal en función de la consecución de esos fines. También, son derechos de libertad ante el Estado, lo que precisa determinar el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ocupan dentro de un ordenamiento positivo concreto, así como las garantías efectivas que tal ordenamiento puede ofrecer²⁰.

Por ello, los derechos fundamentales alcanzan conceptualmente dos aspectos principales: i) *formal*, concerniente a la garantía constitucional del derecho, a su máxima fortaleza jurídica declarada a nivel constitucional y la previsión de mecanismos de protección; que sean declarados en normas constitucionales, en normas resistentes a la ley (ordenamientos

18 Vid. PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 69, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 31 y ss.

19 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

20 Véase al respecto a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales...* citada, pp. 22 y 23.

provistos de Constitución rígida y de control de constitucionalidad de las leyes²¹), y que, por ende, vinculen a todos los poderes públicos (incluyendo al legislador); y ii) *material*, relativo a la sustantividad de los derechos protegidos; los valores en que tales disposiciones se fundan y que buscan proteger y fomentar; la primacía de los bienes e intereses que se pretenden proteger con el derecho en cuestión²².

En este orden de ideas, ALEXY atribuye cuatro rasgos principales a los derechos fundamentales; unos relacionados con los elementos formales, como son: i) su "*máximo rango*", que comprende su inserción en la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico; ii) su "*máxima fuerza jurídica*", toda vez que vinculan a todos los poderes públicos; y iii) su "*máximo grado de indeterminación*", relativo a la estructura normativa de los derechos fundamentales y al carácter abierto de éstas (universalidad); y otro aspecto vinculado con el elemento material, referido a la "*máxima importancia de su objeto*", esto es, la relevancia de su contenido y de la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad²³.

Los derechos fundamentales, tal y como puede observarse, tienen en la normativa constitucional una doble significación, un doble carácter, una doble valencia: son un conjunto de valores objetivos básicos y, simultáneamente, son el marco de

21 No obstante, la rigidez de la Constitución no puede suponer un carácter eterno ni mucho menos estático; en todo caso, debe ser de tal naturaleza que permita su adaptación progresiva a la realidad, a los constantes cambios que presenta y exige la sociedad, a fin de que el principio conservador del pacto político no sea el que en un momento dado conduzca, por la vía de los hechos, a su ruptura. Confróntese en este sentido a BREWER-CARÍAS, Allan R., "La intervención del pueblo en la revisión constitucional en América Latina", en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 41.

22 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 29 y ss

23 La referencia es tomada de CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*obra citada, pp. 17 y ss.

protección de situaciones jurídicas subjetivas, a la que se incorpora la defensa de aspectos sociales y colectivos.

Así lo ha reconocido en España el propio Tribunal Constitucional, en la célebre sentencia de 14 de julio de 1981 (recurso de inconstitucionalidad del Parlamento Vasco contra la Ley Antiterrorista), al expresar que:

“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho, y más tarde, en el Estado social de derecho o el estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1.1)”.

De esta manera, el núcleo de los derechos fundamentales es el siguiente: Derecho-Institución / Derecho-Titularidad. En primer lugar, como *elemento esencial de un ordenamiento objetivo* (instituto jurídico o institución), sintetiza esos valores que asume una determinada comunidad en su sistema jurídico y que vinculan al resto del ordenamiento, cuya compleja estructura genera una diversidad de ramificaciones que se plasman en reglas de derecho sustantivo y de derecho procesal, de derecho constitucional, de derecho civil, penal o administrativo; y por otro lado, como *derecho subjetivo* atribuido a uno o varios sujetos, y en íntima conexión con la vertiente anterior, formaliza el instituto jurídico y genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas: de hacer, de imponer a otros cargas, de recibir una prestación, de acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de tales titularidades, entre otras²⁴.

24 Confróntese sobre el particular a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales” ...obra

Los derechos fundamentales son, en resumen, el “*vaso comunicante o correa de transmisión de los valores dimanantes de la centralidad de la persona hacia el resto del orden jurídico-político*”²⁵. Se ubican en un plano superior de juridicidad, como es el constitucional; vinculan a todos los poderes públicos, incluso al legislador, y son resistentes a cualquier intento del Estado de reducir sus posibilidades de goce y ejercicio. Tales derechos, además, no están limitados únicamente al plano formal, sino que tienen efectos reales; se encuentran en una relación interna, sustancial, respecto del conjunto de la Constitución y de los concretos bienes jurídico-constitucionales; están incluidos en la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores.

II. FUNCIÓN DEL LEGISLADOR EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde que un derecho es consagrado en el Texto Constitucional lleva impreso un determinado contenido normativo, el cual, aunque comúnmente es genérico, no es ilimitado. De manera simultánea, también desde ese momento inicial, los derechos fundamentales son limitados por otros derechos, valores o bienes que, al igual que ellos mismos, tienen reconocimiento jurídico - constitucional (límites inmanentes)²⁶.

De igual forma, la propia Norma Constitucional, en determinadas circunstancias, puede establecer los límites a los que éstos se hallan sometidos, sea con carácter general, sea algún derecho en particular; sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar de la Constitución.

citada, pp. 53 y ss.

25 Vid. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 108 y 109.

26 Sobre los límites inmanentes de los derechos fundamentales, confróntese ampliamente a HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.

El Tribunal Constitucional de España, en jurisprudencia reiterada, ha señalado que la Constitución si bien “establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones”, en otras, *“el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”*²⁷.

Sin embargo, es preciso destacar, que la mayoría de los derechos reconocidos en el Texto Constitucional están necesitados de un complemento legislativo que termine de diseñar, de moldear su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena efectividad. Ello así, ya que no sería posible plasmar desde aquél, exhaustivamente, todos los supuestos de aplicación de los derechos, así como todas sus excepciones. Es a partir de la Constitución desde dónde el orden legal y sub-legal concreta y desarrolla los mandatos y principios que se proclaman en esos derechos, bienes o valores.

Por su parte, la ley no cumple solamente una mera función de complitud de esos límites que ya están en la Constitución; generalmente, el legislador lleva a cabo una faceta creativa, ejerce una amplia facultad de configuración y de regulación que le permite desarrollar la generalidad de los derechos, libertades y garantías constitucionales, estableciendo limitaciones que, incluso, no han sido previstas en el propio Texto Constitucional al momento de consagrarse el derecho.

En este sentido, surge la interrogante sobre la admisibilidad de introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún

27 La referencia de la sentencia puede verse en DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución...ya referida*, pp. 107 y 109.

cuando tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad.

Esto solo es posible en la medida en que medie una habilitación constitucional expresa, o cuando así lo requiera la plenitud de otros derechos, bienes o valores constitucionales. No obstante, la intervención del legislador ha de efectuarse sin reducir el alcance de la garantía del derecho fundamental, ya que opera como criterio de validez de las leyes y no pierde su valor práctico a través de sus regulaciones.

A tal efecto, debe el legislador analizar la estructura de la norma que consagra al derecho fundamental; definir el contenido del derecho constitucionalmente garantizado; indagar sus rasgos distintivos; delinear la esfera subjetiva comprendida por el derecho fundamental.

1. Distinción entre reglas y principios

Resulta de importancia decir sobre esta labor que ha de llevar a cabo el legislador, que, tradicionalmente, las normas jurídicas son consideradas como reglas de conductas de obligatorio cumplimiento; constan de enunciados cuyo contenido tiene un carácter (prohibido, permitido u obligatorio) y una conducta, una consecuencia jurídica, en donde los principios pudieran considerarse excluidos de la categoría de norma.

Sin embargo, el sistema jurídico de las normas alcanza también a los principios. Este es uno de los rasgos principales de los derechos fundamentales; su enunciado normativo contiene una formulación abierta que comprende tanto reglas como principios, que comparten la misma forma y ambos tienen una función directiva. De allí derivan la mayoría de los problemas de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. La forma de sus enunciados puede producir conflictos o colisiones con otras normas válidas, al resultar

formal o materialmente incompatibles, como también, por los diversos sentidos que tales normas pudieran contener.

Como solución a estos conflictos o colisiones, es clásica en la doctrina la distinción técnica introducida por DWORKIN²⁸, y perfeccionada de manera diferenciada por ALEXY²⁹, sobre el carácter *prima facie* existente entre reglas y principios. En efecto, entre ambas existe una importante diferencia estructural, no solamente de grado, sino también cualitativa, de naturaleza. Las reglas se agotan en sí mismas, es decir, si se dan los hechos previstos por una regla y ésta es válida, debe entonces aceptarse la respuesta que la regla proporciona, sin mediación o graduación alguna posible; en otras palabras, contienen una determinación en el ámbito de sus posibilidades jurídicas y fácticas; proporcionan el criterio para llevar a cabo determinadas acciones; establecen cómo se debe, o no, actuar ante una precisa situación que la propia regla prevé (son aplicables de manera todo o nada). Las reglas son mandatos definitivos y no solo *prima facie*. Por ello, los conflictos entre reglas se resuelven mediante la técnica de la subsunción, determinando cuál de ellas es la regla válida aplicable a un preciso caso, sin menoscabo que, en razón de algún principio, pueda introducirse a la regla alguna cláusula de excepción que relativice su carácter definitivo.

Los principios, de forma completamente diferente, no imponen una acción acorde con el supuesto normativo, sino una toma de posición ante concretas situaciones que, inicialmente, emergen como indeterminadas. Los principios no tienen carácter absoluto, no agotan su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas. No contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Son mandatos de optimización que ordenan realizar el contenido del derecho en la mayor medida posible,

28 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 72 y ss.

29 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición en castellano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 63 y ss.

en atención de las viabilidades jurídicas y reales que existan, esto es, que admiten un cumplimiento gradual, en virtud que lo ordenado por ellos no podrá ser satisfecho en todas las situaciones de manera total, como consecuencia de los obstáculos que se le pueden presentar, como serían otros principios o reglas que se le opongan. La respuesta normativa proveniente de los principios se da en términos de más o menos, ya que pueden ser aplicados en mayor o menor grado. Los principios contienen algo que carecen las reglas, como lo es, una dimensión de peso o importancia variable, que exige de razones justificadas en cada caso.

Entonces, las colisiones de principios deben resolverse mediante una técnica de ponderación entre los principios contrapuestos, o entre el principio, por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. El principio de proporcionalidad, aquí, constituye el criterio fundamental para determinar la viabilidad jurídica y fáctica de los derechos como principios³⁰.

Un ejemplo de estos conflictos y colisiones entre reglas y principios, puede evidenciarse en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que está consagrado junto con reglas que establecen los precisos supuestos y condiciones para que pueda llevarse a cabo un allanamiento de morada; sin embargo, admite excepciones, como sería que en caso de un incendio y para salvar la vida de una persona, tenga que ingresar -de manera forzosa- la fuerza pública en el domicilio, lo cual no

30 La distinción entre reglas y principios constituye en la teoría de los derechos fundamentales uno de sus pilares de mayor trascendencia. En este sentido, además de la doctrina referenciada (Dworkin y Alexy), remitimos con amplitud, entre otras tantas calificadas, a ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, novena edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 109 y ss; de igual manera, a PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación...obra citada*, pp. 105 y ss; el mismo autor en *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra Editores, Lima, 2013, pp. 59 y ss; asimismo, véase a GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 183 y ss.

está previsto en la Constitución Venezolana como supuesto lícito de allanamiento o de ingreso coactivo en el hogar doméstico. De ahí que, la admisión del ingreso en esa circunstancia, tendría que justificarse acudiendo a otros bienes constitucionales, como sería, el derecho a la vida seriamente amenazado, que prevalecería frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio que sustenta la correspondiente regla³¹.

Otra muestra de estas colisiones constitucionales, la encontramos en el caso de conflictos entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa y de conciencia. Así, en razón de esta última, las personas que profesan las creencias religiosas de los Testigos de Jehová no admiten recibir transfusiones sanguíneas, lo cual, bajo el halo de protección de ese derecho, no admite objeciones. No obstante, en caso de inminente peligro de muerte de un menor de edad que, para preservar su vida, amerite transfundirlo y sus padres profesen dicha religión y, por tanto, se nieguen a ello, deberá respetarse la jerarquía de los derechos en conflictos salvaguardando el de mayor entidad, prevaleciendo, entonces, el derecho a la vida.

Así lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en la sentencia de 14 de agosto de 2008, al expresar que:

“...aunque en abstracto ambos derechos gozan de la misma jerarquía constitucional, es en el ámbito fáctico donde procede hacer la ponderación para armonizar la vigencia simultánea de ambos derechos...si se encuentra en riesgo la vida del objeto el conflicto alcanza una trascendencia social...aunque la libertad religiosa posee un peso específico en la estructura constitucional, nuestro patrón cultural identifica como capital el respeto y fomento del derecho a la vida...siempre cuenta con mayor valor jurídico la preservación de la vida que la libertad de conciencia; y ante semejante conflicto es menester respetar la jerarquía de los dere-

31 La referencia es tomada de CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales...ob. cit.*, pp. 52 y 53.

chos en conflictos y salvaguardar el derecho de mayor entidad... la transfusión de sangre aún en contra de la voluntad del paciente tiene respaldo constitucional tras el acto de ponderación entre el derecho a la vida y la libertad religiosa realizada por esta Sala en el presente fallo..."

En definitiva, debe el legislador efectuar una labor interpretativa que permita precisar las conductas o posiciones jurídicas amparadas por el derecho fundamental, considerando para ello, también, las demás disposiciones y derechos consagrados en la Constitución.

2. La reserva de ley

Desde la Declaración de 1789, la definición de libertad es una materia reservada a la ley, requiriendo de la aprobación expresa de los representantes de los ciudadanos todo aquello que incida en esa esfera de autonomía, de independencia. La ley, así, es el principal instrumento para modular la convivencia de los derechos, de las libertades (iguales y recíprocas) en la sociedad³².

Por ello, la reserva legal es la más importante de las condiciones formales generales para regular las libertades esenciales de la persona; es una de las garantías principales de los derechos fundamentales³³.

A través de remisiones específicas, o mediante una cláusula general, la Constitución faculta al legislador para fijar límites a los derechos en ella previstos; da cabida para que se lleve a cabo una reducción de lo ofrecido por los derechos

32 Al respecto, véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, primera reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 114 y ss.

33 *Vid.* CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*citada, p. 139.

proclamados y confiere fundamentación a las leyes que sean dictadas para llevarlo a cabo.

Por medio de la reserva legal, se sustrae de la injerencia del Gobierno (también de los jueces), la regulación del estatuto de las libertades, la cual es encomendada al legislador en su condición de representante de la voluntad general. La reserva de ley, entonces, constituye una reserva al parlamento, por lo que todas las regulaciones que se efectúen en la materia concerniente a los derechos fundamentales han de provenir, directamente, de la ley.

En virtud de esto, a la reserva legal les es reconocida una doble dimensión; la primera de ellas, de significado negativo, al prohibir que normas o actos del poder público distintos a la ley formal puedan, libremente, afectar o disminuir el contenido del derecho fundamental; la otra dimensión, de carácter positivo, como "*normas de competencia*", ya que habilitan al legislador (a nadie más) para incidir sobre las libertades, lo cual implica, también, que operen como "*cláusulas restrictivas*", pues, aunque no limiten por sí mismas al derecho, se autoriza con ellas al legislador para que lleve a cabo la regulación. De igual manera, la regulación derivada de la reserva legal puede llegar a poseer naturaleza "*constitutiva o cuasi-constitutiva*", ya que puede reducir las posibilidades de goce y ejercicio del derecho sin que haya sido ordenada por la Constitución, siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos que ésta exige³⁴.

Es importante destacar sobre lo expuesto, que la reserva legal no ha de entenderse como exclusión de las habilitaciones, autorizaciones o delegaciones acordadas por el órgano legislativo con fundamento en la Constitución, y que permiten al ejecutivo, excepcionalmente, dadas unas particulares circuns-

34 Vid. CASAL H., Jesús María, "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales", en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías...*obra citada, p. 2520.

tancias y dentro de precisos límites, dictar normas con rango y fuerza de ley.

En lo que a Venezuela se refiere, el artículo 156, numeral 32, de la Constitución, reversa al Poder Público Nacional la legislación en materia de derechos y garantías constitucionales, aunque no especifica el alcance o modalidad de la injerencia legislativa que resulta admisible para tales derechos. Esto representa una diferencia de la Constitución Venezolana con respecto de otros ordenamientos, como, por ejemplo, el alemán y el español, cuyas Constituciones (art. 19.1 y 2, en el caso alemán, y art. 53.1, en el español) sí consagran expresamente una regulación sobre la reserva legal, con indicación precisa, además, del límite que ha de observar el legislador, como lo es, el respeto del contenido esencial del derecho.

Por su parte, el artículo 203 Constitucional, reserva a la ley orgánica lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales, lo que implica una mayor rigidez en la regulación que de ellos resulte. En cuanto a la facultad del ejecutivo para dictar Decretos-leyes en materia de derechos fundamentales, que, como acabamos de ver, son motivo de reserva doble al exigirse del carácter orgánico de la ley, no existe en Venezuela un límite material que impida al Presidente de la República dictar, en razón de la habilitación del legislativo, Decretos con carácter de Ley Orgánica, pudiendo, incluso, regular todo lo concerniente al ámbito de esos derechos.

3. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (intangibilidad)

Hemos visto que el legislador se encuentra facultado constitucionalmente para regular los derechos fundamentales, pudiendo imponer limitaciones y restricciones en su ejercicio. Sin embargo, tal acción reguladora no le autoriza para eliminarlos o comprimirlos hasta la nada, para sacrificarlos enteramente. En efecto, el legislador está facultado para regular,

pero no así para eliminar los derechos fundamentales; no le pertenecen los derechos, ni el desarrollo legislativo de éstos es lo que determina su vigor.

Esto, como plantea DIEZ-PICAZO³⁵, conlleva a la siguiente interrogante: ¿cuándo puede el legislador limitar el contenido de los derechos fundamentales y hasta dónde puede llegar esa limitación?; en otras palabras, ¿cuáles son los requisitos y cuáles son los límites?

En este sentido, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, del cual es tributario el artículo 53.1 de la Constitución Española, contienen una indicación explícita acerca de los límites, al expresar que la intervención restrictiva del legislador, en materia de derechos fundamentales, deberá respetar su contenido esencial³⁶; es decir, que la garantía de la intangibilidad de la esencia de los derechos fundamentales, es un límite que no es dable traspasar al legislador; comprende una barrera infranqueable, un “límite de los límites” según la expresión acuñada por la doctrina alemana³⁷ y que ha sido de recibo en la doctrina española³⁸.

Tales dispositivos constitucionales, empero, no hacen alguna mención en relación a sus requisitos, ni cuál es ese límite que designa el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho. Por consiguiente, resulta indispensable efectuar una depuración técnica de la garantía de contenido esencial, a partir de una correcta interpretación y aplicación de

35 DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...*citada, p. 109.

36 La Constitución de Venezuela, como tuvimos oportunidad de señalar, nada consagra en este sentido; sin embargo, como veremos más adelante, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que se trata de ese núcleo intocable del derecho del que no puede disponer el legislador.

37 Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*citada, p. 257.

38 Cfr. DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”...obra citada, pp. 125 y ss.

la norma constitucional y en atención a las dimensiones objetivas y subjetivas que comprenden los derechos fundamentales. A tal efecto, se distinguen principalmente dos teorías: *relativa* y *absoluta*.

La *teoría relativa* considera que el contenido esencial del derecho carece de carácter inmutable, ya que la barrera que determina la licitud o ilicitud de la intervención estatal no puede ser fijada con carácter previo, estando sujeto su establecimiento a cada caso en particular y al conflicto suscitado entre el derecho fundamental y otro derecho o bien constitucional. Hay una equiparación sustancial entre el contenido esencial y la exigencia de justificación, de una ponderación de los derechos o bienes en conflicto. No hay, pues, un límite preexistente ni mucho menos infranqueable del derecho; el contenido esencial es el resultado final de un proceso de argumentación, es lo que queda del derecho después de una ponderación³⁹.

Esta teoría es objeto de fuertes críticas, toda vez que la garantía de contenido esencial tendría una naturaleza meramente declarativa y no representaría ninguna protección adicional al respeto del principio de proporcionalidad, bastando solamente que la regulación realizada esté justificada suficientemente, lo cual, además, sería completamente incongruente, pues, aún ante la ausencia de esa cláusula, toda medida restrictiva requiere de una necesaria justificación. Pero, aún más grave; bajo esta tesis sería admisible que, previa ponderación, la intervención en el ámbito de disfrute o ejercicio del derecho puede llegar tan lejos como lo exija algún interés contrapuesto que requiera protección preferente, resultando lícito la eliminación o sacrificio completo del derecho⁴⁰.

39 Confróntense al respecto a PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 233.

40 Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 33.

Por su parte, la *teoría absoluta* concibe el contenido esencial como una esfera permanente del derecho fundamental que nunca puede ser objeto de intervención; una última frontera que no puede ser penetrada por el legislador, como tampoco por los demás órganos del poder público; un *núcleo* inaccesible a todo razonamiento lógico que no admite algún control argumental⁴¹.

Según esta teoría, el derecho fundamental es posible seccionarlo en dos partes: un *núcleo*, que sería el contenido esencial, y una parte *accesoria o no esencial*. En el núcleo estaría proscrita toda clase de intervención; en la parte *accesoria* sí sería admisible realizarla, aplicándose entonces el principio de proporcionalidad. Se respetan y distinguen claramente, en los supuestos de esta teoría, tanto la garantía del contenido esencial como el principio de proporcionalidad⁴².

La principal crítica que se hace a esta tesis consiste –precisamente– en que divide en dos partes el derecho fundamental (una esencial y otra accesoria), lo que pudiera conducir a la conclusión de que la intervención legislativa habría que reputarse legítima en esa parte periférica, aún cuando pudiera ser arbitraria o injustificada, cuando lo cierto es que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales íntegramente. Además, tal división conlleva un conflicto teórico, como lo es, que en la mayoría de los casos será completamente artificial y técnicamente insostenible, ya que el parámetro para efectuar el control de constitucionalidad de la intervención legislativa, comprenderá solo una parte de la norma constitucional (aquella donde se reconozca el derecho), y no la totalidad de ésta. Asimismo, bajo esta concepción, la acción del legislador sería solo de limitación o restricción, cuando a él le corresponde,

41 Vid. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*citada, p. 298.

42 Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional...*op.cit, p. 34.

también, configurar los derechos fundamentales y crear las condiciones que hagan posible su efectivo ejercicio⁴³.

En España, el Tribunal Constitucional en la importante sentencia 11/1981, de 8 de abril, sentó los criterios a partir de los cuales ha de precisarse el contenido esencial de los derechos fundamentales; concretamente, por medio de dos vías que permiten la aproximación a la noción del contenido esencial. Así, en la primera vía, se efectúa una comparación entre el régimen positivo del derecho correspondiente y el tipo abstracto del mismo conceptualmente preexistente a su regulación (*recognoscibilidad* de ese tipo abstracto en la regulación concreta); en la otra vía, se resuelve también a través de una comparación, pero entre el régimen positivo del derecho y los intereses jurídicamente protegidos con éste, considerándose lesionado el contenido esencial cuando el derecho es comprimido de tal forma que se hace impracticable, se le dificulta más allá de lo razonable, o se le despoja de su necesaria protección. Esta metodología, además, no es alternativa ni antitética, sino complementaria, pudiendo utilizarse simultáneamente, verificando los resultados a los que se llegue por una u otra vía⁴⁴.

En razón de esta sentencia, PAREJO identifica la garantía de contenido esencial con la teoría absoluta, en razón de las consideraciones que brevemente se exponen: i) que en virtud de la esencialidad, el contenido esencial no equivale a un simple contenido de los derechos subjetivos públicos; únicamente aquella parte de los elementos integrantes del contenido que

43 Al respecto, véase a MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 30-33.

44 Si bien en esta sentencia el Tribunal Constitucional no se pronuncia manifiestamente sobre el carácter relativo o absoluto de la garantía de contenido esencial, posteriormente, en la sentencia 137/1990, expresó el carácter absoluto de la mencionada garantía, al dejar sentado que los actos o resoluciones que limiten los derechos fundamentales deberán valorar “...la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial”.

sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial; ii) que el contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse técnicamente; y iii) que el dato crucial de referencia siempre es siempre jurídico y abstracto (preexistencia del derecho al momento histórico de la determinación del contenido esencial), lo que demuestra el carácter de los derechos fundamentales como garantía institucional y posibilitan la operatividad de las técnicas de concreción del núcleo esencial⁴⁵.

En lo que a Venezuela se refiere, la garantía del contenido esencial ha sido estudiada por la doctrina mayoritaria bajo la noción de “núcleo absoluto e intocable del derecho”⁴⁶, es decir, bajo los postulados de la teoría absoluta.

La jurisprudencia, de igual manera, ha considerado la materia relativa a la garantía de contenido esencial como ámbito excluido de las potestades de limitación del legislador.

45 Véase ampliamente a PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169 y ss.

46 En efecto, confróntese entre otros a BREWER CARÍAS, Allan y AYALA CORAO, Carlos, *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 178; asimismo, a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, Editorial Jurídica Venezolana/IESA, Caracas, 2004, pp. 222 y ss; igualmente, a CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...citada*, pp. 277 y ss; igualmente, confróntese al mismo autor en “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”...ob. cit., pp. 2528 y ss; en términos coincidentes, a LINARES BENZO, Gustavo, “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación constitucionalmente garantizada”, en *Jornadas Colombo - Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 902 y ss.

En efecto, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en decisión de 19 de julio de 1997, caso “Tiuna Tours, C.A.”, expresó lo siguiente:

“si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta pudiera tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia -actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala- precisar cuál es el “contenido esencial” de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador, de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional”.

Por su parte, la Sala Constitucional del ahora Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia del caso “Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.”, de 01 de junio de 2001, sostuvo que:

“...las limitaciones que establezca la propia Constitución y las leyes de un derecho fundamental, no implican en modo alguno que el mismo se haga nugatorio o que sea infringido, toda vez que para que exista tal menoscabo, debe verse afectado el núcleo esencial del derecho constitucional que se denuncia vulnerado, esto es, su contenido esencial como las características mínimas que lo consagran como derecho fundamental, y no el ejercicio de sus diversas manifestaciones...”

La misma Sala Constitucional, en la sentencia de 11 de junio de 2002, caso “Jesús Salvador Rendón Carrillo”, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre la garantía de contenido esencial, se pronunciará en términos parecidos a los de la sentencia No. 11/1981, de 08 de abril, expresando lo siguiente:

“...si bien el legislador, representante histórico de la soberanía popular, está legitimado para incidir en la regulación de los

derechos fundamentales, el alcance de dicha incidencia es, sin embargo, de carácter política -dado la naturaleza de su función-, la cual puede comportar amplitud pero también limitación en cuanto a la configuración y concepción de un derecho fundamental, restricciones que encuentran, como límites, el contenido esencial de tales derechos y que, en el caso específico de los derechos fundamentales, son rigurosos los estándares de restricción.

(...)

Así, el contenido o núcleo esencial de un derecho constitucional, resulta ser en principio, un concepto jurídico indeterminado que se erige como un límite para el legislador y que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actividad de éste, compuesto por todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito, lo que conlleva afirmar que se afecta el núcleo esencial de un derecho constitucional cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, es decir, que lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

Este criterio será reiterado por la mencionada Sala Constitucional en la sentencia de 24 de febrero de 2006, caso “Municipio Baruta del Estado Miranda”, al expresar lo que seguidamente se transcribe:

“...la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales.

(...)

Determinación la cual, puede ser entendida como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente tutelados. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

4. La observancia del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una técnica que permite que la consecución de los intereses públicos que se buscan satisfacer con la actuación limitativa o restrictiva del legislador, no se haga a costa de los derechos o intereses de los particulares; es un punto de equilibrio entre ambos; va más allá de lo requerido por el respeto del contenido esencial, pues, para éste basta que el derecho fundamental no quede destruido o desvirtuado, así su imagen esté concebida como una realidad evolutiva, mientras que la proporcionalidad exige, además, que la intervención sobre el derecho sea adecuada y necesaria.

Por ello, el mencionado principio constituye una condición de validez de las normas limitativas de los derechos fundamentales, siendo indispensable su aplicación técnica en el examen de licitud de las intervenciones de tales derechos. La acción del legislador, entonces, es permitida en la medida en que no traspase la frontera de la proporcionalidad.

A través de este principio son relacionados los elementos que deben hallarse presentes en toda intervención limitativa o restrictiva de derechos fundamentales, como son, *la finalidad perseguida por la acción estatal y los medios empleados para alcanzarla.*

A tal efecto, se emplea como criterio básico el de la justa medida o prohibición de exceso, descartando, así, cualquier

posibilidad de que los derechos o intereses subjetivos sean afectados de manera injustificada. De esta manera, el principio de proporcionalidad viene a ser “*la traducción técnica primordial de la exigencia de justificación material que debe satisfacer toda limitación de un derecho constitucional*”⁴⁷.

El principio de proporcionalidad, a su vez, se encuentra conformado por tres sub-principios: i) *adecuación o idoneidad*, mediante el cual se constata que la actuación de limitación sea coherente con el fin perseguido y que su adopción permita alcanzar tal objetivo; es un control de “*manifiesta desproporción*”, puesto que evita que las restricciones o limitaciones resulten excesivas; ii) *necesidad o medida menos gravosa*, a través de la cual se procede a verificar que no existan otras medidas alternativas igualmente idóneas que, sin representar una mayor dificultad para alcanzar el fin inicialmente previsto, pudieran afectar en menor nivel el derecho cuya limitación o restricción se pretende, o que no lo afecte en modo alguno; y iii) *proporcionalidad en sentido estricto o balance costos beneficios*, en el cual se valora que la medida restrictiva del derecho fundamental, además de ser adecuada y necesaria, se encuentre en una relación proporcionada con el fin al que se aspira (incorpora a la propia finalidad legislativa como objeto del control); se ponderan los distintos aspectos que confluyen en la limitación de un derecho (fácticos y normativos), desarrollando un examen riguroso de la justificación de la restricción⁴⁸.

Es propicio señalar que, de los tres subprincipios citados, el de proporcionalidad en sentido estricto representa la vertiente de mayor complejidad, pues exige un meticuloso análisis de la

47 Vid. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...* ob. cit., pp. 187 y 188.

48 Sobre lo expuesto, confróntese a MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos en el sistema constitucional...*obra citada, p. 73; CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*op. cit., p. 194 y 195; asimismo, a DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...*citada, p. 112; y a ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*citada, pp.520-531.

justificación de la medida que permita así dilucidar el conflicto que se haya suscitado entre distintos bienes jurídicos. En este sentido, son tasados los costos y beneficios de la medida empleada; se indagan, se evalúan los motivos de la reducción de la libertad en relación a los beneficios que se puedan generar para la sociedad o para otros titulares de derechos; se verifica el sentido de la limitación, o sea, si es excesiva para el derecho en comparación con las ventajas que de ella cabe esperar⁴⁹.

Estos tres subprincipios son mandatos de optimización, debiendo ser aplicados en forma gradual y en atención a las circunstancias de cada caso; ordenan una actuación equilibrada, tienen una intensidad variable y configuran una estructura generadora de justificación.

Así, una vez que se constata que la finalidad perseguida a través de la limitación o restricción es lícita, y que el medio empleado para alcanzar dicha finalidad es compatible con la norma constitucional, se procede a una evaluación acumulativa, progresiva, de las exigencias contenidas en los sub principios que conforman el principio de proporcionalidad, a fin de verificar su cumplimiento, esto es: a) si la medida es *adecuada* para alcanzar el fin, b) si es *necesaria* y no existe otra medida alternativa menos gravosa para ello, y c) si es *proporcionada*, es decir, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho en cuestión.

III. PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado es el derecho de acceso a la justicia; es un presupuesto necesario para la protección de los derechos fundamentales, ya que supone la posibilidad de defensa judi-

49 Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...* op. cit., pp. 242 y 243.

cial de tales derechos, la cual es asumida por el Estado a través del Poder Judicial.

El Estado funcionaliza uno de sus poderes para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos frente a cualquier violación de la legalidad por parte de los poderes públicos.

Así, el poder judicial, por medio del Juez, es el garante de los derechos fundamentales. De ahí que se exija a éste una actuación imparcial e independiente, sustraída de cualquier vínculo con el poder político y que pueda estar en condiciones de censurar, como inválidos e ilícitos, los actos a través de los cuales éste es ejercido⁵⁰.

Este derecho de acceso a la justicia, implica los elementos que seguidamente mencionamos: *i*) una norma de derecho sustantivo que propugne el derecho fundamental; *ii*) que el derecho pueda ser defendido ante un órgano judicial, sin trabas (plena justiciabilidad del derecho); *iii*) que se atribuya a un poder autónomo la función jurisdiccional, el cual garantice la independencia de los jueces respecto del sistema político del ordenamiento, como también de las consecuencias sociales y económicas de sus decisiones; *iv*) la existencia de un procedimiento dónde adjetivamente el derecho a la jurisdicción se encuentre organizado, con todas sus fases probatorias y alegatorias; y *v*) derecho a que la tutela judicial se preste de manera efectiva (efectividad de la tutela), el cual, a su vez, comprende los derechos siguientes: a) interdicción de la discrecionalidad o libre apreciación del juez (derecho a la aplicación cierta y objetiva de la ley); b) derecho a no sufrir indefensión, es decir, que el ciudadano no se vea privado de ejercer todos los medios

50 El derecho a la jurisdicción tiene una dimensión de garantía doble; por una parte, es una garantía de los derechos fundamentales; a la vez, es una garantía de la legalidad de la actuación de los poderes públicos, que se traduce en un reforzamiento del fundamento de la división de los poderes y de la independencia de los Jueces. Al respecto, confróntese a FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 212 y 213.

legítimos para su defensa; c) derecho a una decisión suficiente y debidamente motivada (debe expresar un pronunciamiento razonable y debe ser congruente); d) derecho a disponer y utilizar los recursos previstos por las leyes procesales; y e) derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución de las mismas⁵¹.

En este orden de ideas, también es necesario decir que, al momento de acudir ante los órganos jurisdiccionales, el derecho objeto de la pretensión ya existe (o no existe) y es legítimo (o ilegítimo); no obstante, su verificación (decisión del tribunal) se produce demasiado tarde para que pueda ser ejercido de manera útil y efectiva. Las medidas cautelares, así, constituyen “instrumentos necesarios para la efectividad de la tutela judicial”⁵², toda vez que evitan que el tiempo requerido para llegar a la sentencia judicial no concluya por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado; que no sea como ese medicamento que, lentamente elaborado, llega a un “enfermo muerto”⁵³.

El Juez, por ello, está en la obligación, indisponible, de utilizar los medios necesarios para que el derecho cuya tutela se le solicita permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de manera que sea posible su satisfacción al momento de ejecutar la sentencia que lo reconozca, puesto que, de lo contrario, se encontraría completamente disminuida la plena eficacia del derecho. Y es que el poder cautelar no es un poder distinto del de enjuiciar y decidir. Para que el juez pueda otorgar justicia efectiva, requiere, imprescindiblemente, de ese poder instrumental que impide que la función judicial sea sólo

51 Vid. Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales...ya mencionada*, pp. 185 y ss.

52 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 3° Edición ampliada, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 114 y 115.

53 Cfr. CHINCHILLA MARÍA, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 31.

nominal y permite que la decisión judicial pueda ser llevada a la práctica⁵⁴.

En definitiva, tal y como dijimos en nuestra introducción citando al maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, el Juez es la clave de bóveda en la protección de los derechos fundamentales, es *“la boca que pronuncia las palabras de la Ley”*.

Si bien hasta aquí hemos tratado el tema de nuestro estudio estrictamente desde la dogmática, acudiendo a parte de la doctrina y jurisprudencia más relevantes en la materia, no podemos en este punto ser indiferentes a la realidad de nuestro país, viéndonos obligados a interrumpir nuestra ruta inicial y realizar algunas consideraciones sobre el particular.

Lamentablemente, en la Venezuela de hoy, el derecho de acceso a la justicia, y muy especialmente el derecho a la efectividad de la tutela judicial, no muestra su cara más feliz. Ya desde el año 2005 el Profesor CANOVA GONZÁLEZ⁵⁵, en un importante y exhaustivo estudio, soportado estadísticamente, desnudaba la realidad de los tribunales contencioso administrativos venezolanos y constataba una nefasta realidad, cuál es, que no actúan imparcialmente como garantes de los derechos y libertades ciudadanas, sino que, contrariamente, lo hacen con complacencia, y hasta con dependencia, hacia quien detenta el poder ejecutivo.

Como posibles razones señalaba, entre otras, la prolijidad de jueces provisorios y suplentes, en su mayoría con poca experiencia y preparación académica deficiente, cuya desig-

54 Sobre lo expuesto, véase en extenso a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *“Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional”*, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 7, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 24-27.

55 Nos referimos al trabajo del Profesor CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *La realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, FUNEDA, Caracas, 2009, in totum.

nación obedece, por lo general, a razones de afinidad política; también, el temor a represalias, a las posibles consecuencias de su conducta en caso de contradecir los intereses y decisiones de la Administración, no siendo por ello de extrañar que, ante la ausencia de argumentos para darle la razón, su actitud se limitara a dejar pasar el tiempo y abstenerse de sentenciar; del mismo modo, el hecho de que muchos tienen hasta la creencia, como regla general, de que sentenciar a favor del Estado beneficia al interés general y que, de manera excepcional, solo ante una arbitrariedad inocultable y graves violaciones de derechos, es que proceden a atender el reclamo de los ciudadanos, y ello siempre con la debida prudencia de no causar incomodidades al poder político.

Pero ello no queda allí. También la jurisdicción constitucional tiene mucho que decir en materia del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, destacan, entre muchos otros de importancia, los agudos y meticulosos trabajos del Profesor BREWER-CARÍAS⁵⁶ sobre la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que dejan en evidencia que el juez constitucional venezolano, en lugar de ser un garante de los derechos fundamentales y velar por su vigencia y realización efectivas, ha llevado a cabo una labor destructiva de las libertades ciudadanas y actúa con desparpajo como brazo ejecutor del poder político, para avalar, cohonestar, con sus decisiones, todos los actos de este último, aún lesivos de aquéllas. Tanto así es, que, por solo citar algunos ejemplos, bajo la tesis de un

56 Al efecto, véanse en extenso los trabajos de BREWER-CARÍAS, Allan R., *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; asimismo, *La Patología de la Justicia Constitucional*, tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; también, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2016; e igualmente, *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto*, Colección Estudios Políticos No. 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/New York, 2017.

disparatado “desacato”, ha despojado progresiva y sistemáticamente de sus competencias exclusivas a la Asamblea Nacional, al órgano que ejerce el Poder Legislativo Nacional, al órgano que, desde la génesis del constitucionalismo, es el depositario de la voluntad general, llegando al absurdo de sustituirse en ellas sin sostén constitucional alguno⁵⁷; igualmente, ha negado el derecho del pueblo de participar directamente en el ejercicio de su soberanía y del poder constituyente del cual es el único titular, consintiendo que, sin consulta alguna, se instalase una pretendida, espuria e inconstitucional asamblea nacional constituyente (arbitrariamente convocada, además)⁵⁸, que, lejos de cumplir con el único cometido que constitucionalmente le es atribuido (redactar una nueva Constitución), ha usurpado las competencias del Parlamento Nacional, llegando al extremo de dictar supuestas “leyes” e, incluso, promover “elecciones” (presidenciales, gobernadores y alcaldes), tomando asimismo el juramento de quienes se prestaron a ello.

La consecuencia de todo lo anterior no ha sido otra que la quiebra, la destrucción del Estado Constitucional de Derecho, pues, para que el poder judicial pueda cumplir su cometido (garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y obligar al poder público a actuar sometido al ordenamiento jurídico), es indispensable que los jueces tengan la firme e infranqueable resolución de actuar como tales: imparcialmente, con autonomía e independencia, y no como agentes del ejecutivo (forzosa o voluntariamente); que estén dispuestos a hacer justicia; que tengan comprensión de que los derechos fundamentales ocupan el centro del ordenamiento constitucional del Estado como núcleo del bien común, siendo la tutela de esos derechos el fin de interés general más relevante.

57 Al respecto, véanse los números de la Sala Constitucional 269 de 21 de abril de 2016, 808 de 02 de septiembre de 2016, 810 de 21 de septiembre de 2016, 952 de 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 de 25 de noviembre de 2016, y 01 de 09 de enero de 2017; asimismo, las de la Sala Electoral números 260 de 30 de diciembre de 2015, 01 de 11 de enero de 2016 y 108 de 01 de agosto de 2016.

58 Confróntese la No. 378 de 31 de mayo de 2017.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA. SU NECESARIA COMPATIBILIDAD

Retomando el hilo de nuestro trabajo, podemos decir, en resumen, que el Poder Público (en todas sus expresiones) se encuentra limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa en razón de los derechos fundamentales, los cuales, además, en caso de ser transgredidos por aquél, gozan de protección judicial.

Resta apuntar, entonces, que ello es posible - solamente - en el contexto jurídico-político de la democracia, al ser el único sistema que -por excelencia- garantiza la defensa de los derechos de libertad. Ciertamente, mientras que los Estados autoritarios se caracterizan por coartar y conculcar las libertades, por ser antiliberales, los Estados democráticos protegen los derechos del hombre⁵⁹. Por ello, tal y como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, la libertad, la igualdad de derechos y la democracia, no pueden ser separadas⁶⁰.

Hay que destacar en este sentido, que en virtud del Estado Constitucional de Derecho (Estado Democrático de Derecho), la democracia no puede ser entendida estructuralmente solo desde su dimensión política o formal, esto es, como un modelo o método de decisiones políticas por mayorías, bien directamente, bien a través de representantes, toda vez que, aún cuando esto sea una condición necesaria de su legitimación, no resulta suficiente para garantizar que tales decisiones sean acordes con los principios y derechos establecidos constitucionalmente. La democracia constitucional, en efecto, incluye también una dimensión sustancial de las decisiones, es decir, aquella que permite valorar, por un lado, lo que está prohibido

59 Cfr. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, 15° reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 48

60 *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5° edición ampliada-reimpresión, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 82.

decidir y, por el otro, lo que es obligatorio decidir. Dicho de otra manera, la noción de ejercicio legítimo del poder exige que la concepción jurídica de validez de la producción normativa, atienda no solo a sus formas, es decir, al “quién” y al “cómo”, sino, también, al “qué”, a la sustancia, al contenido de tales decisiones⁶¹.

Esta dimensión valorativa de la democracia constitucional, entonces, permite considerarla algo más que un simple procedimiento decisorio, algo más que un simple criterio de validación de decisiones del poder por mayorías o del poder elegido mayoritariamente; la comprensión axiológica de la democracia constitucional como modelo político, la configuran como el único procedimiento de organización y de decisión política compatible con las exigencias de la pluralidad individual y social.

En efecto, para la convivencia pacífica de la sociedad, es indisponible la preservación y garantía de los derechos fundamentales, cuya principal fortaleza jurídica es, como ya se ha dicho, el estar ubicados en un plano superior de juricidad (el constitucional) y vincular a todos los poderes del Estado, lo que implica la intangibilidad de su contenido, es decir, que se halle proscrita la posibilidad de su disposición o decisión, aún por mayoría. Esta es la regla del juego democrático, aquella en la cual, la regla de la mayoría, se halla limitada por los principios y derechos proclamados constitucionalmente que definen, precisamente, a la democracia⁶².

61 Al respecto, confróntese a FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, pp. 35-45.

62 Tanto es así, que la noción de democracia en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es comprendida como la limitación de la facultad estatal de incidir sobre tales derechos. Así tenemos, por citar alguno, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando estatuye que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y

La democracia constitucional, como modelo de organización política, en definitiva, presupone que no todo puede ser decidido mayoritariamente, sino que consiste en un modelo político estructuralmente limitado, conformado por un conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide en el marco de un Estado de Derecho, por ende, vinculado estructural y funcionalmente a la tutela de los derechos e intereses de los individuos. Tales reglas condicionan la validez de las normas jurídicas y las posibilidades de decisión política democrática. Entonces, se declara primero aquello sobre lo que “no se puede decidir”, así como aquello sobre lo que “no se puede dejar de decidir” y, finalmente, lo que “sí puede ser objeto de decisión”⁶³.

De esta forma, se asume estructuralmente un modelo, la democracia como expresión del Estado Constitucional de Derecho, donde el poder político está siempre vinculado constitucionalmente a la garantía de los derechos y libertades ciudadanas, a los derechos fundamentales.

libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática”.

63 Vid. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho...citada*, pp. 64 y ss.