

DISTINCION ENTRE DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS SU PROTECCION CONSTITUCIONAL¹

HUMBERTO BRICEÑO LEÓN

PROFESOR DE DERECHO DE LA U.C.V.
MIEMBRO DE LA FIRMA DE ABOGADOS
BAKER & MC. KENZIE

Pretendo con este trabajo presentar una perspectiva sobre el polémico tema de los poderes que corresponden al juez constitucional cuando conoce de amparos sobre derechos y garantías constitucionales, frente a la petición de protección de derechos que califica el juez constitucional, en ocasiones, como relativos. En pocas palabras, quiero presentar una idea en torno a la respuesta que debe darse a la pregunta “¿Puede el Juez de Amparo Constitucional, al estimar si se ha violado o no un Derecho Constitucional denunciado, recurrir en su análisis a la ley que desarrolla el Derecho Constitucional respectivo?”. En mi opinión la respuesta que ha de darse en determinadas circunstancias que adelante se explicaran a la cuestión expuesta es positiva.

En efecto, respecto de los derechos constitucionales que hoy conocemos, la respuesta positiva a la cuestión planteada surge con claridad de las teorías provenientes del constitucionalismo contemporáneo. También creo oportuno señalar que es objetivo de este trabajo contribuir al esclarecimiento del tema. Como veremos, nuestra jurisprudencia constitucional, en ocasiones, califica como Derecho Relativo a determinado Derecho Constitucional para fundamentar la ausencia de poder jurisdiccional para analizar las prescripciones legales y así no pronunciar dictamen alguno sobre violaciones constitucionales. Con esta teoría ha afirmado la jurisprudencia que solo aquellos de-

1. Este trabajo fue preparado para el Congreso Venezolano de Derecho Constitucional celebrado en la Ciudad de Mérida en noviembre de 1997.

rechos no desarrollados o no intervenidos por el legislador, esto es los calificados por esa errónea doctrina de absolutos, como los únicos que podrían conocer los jueces constitucionales del Amparo. También vale la pena observar, como demostraremos adelante, que el juzgador constitucional venezolano del Amparo ha dicho, en ocasiones, que no puede entrar a conocer de análisis de la Ley por estarle permitido solo el control de la Constitución y no el de la Ley. Contradictoriamente con la tesis mencionada el juzgador venezolano de los derechos constitucionales, como veremos en algunas sentencias, también ha entrado a conocer Amparos Constitucionales admitiendo el análisis de la Ley que toca o regula derechos constitucionales.

Para todo ello presentaré un esbozo de lo que la teoría constitucional contemporánea ha dicho al explicar la noción de derechos absolutos y en qué se diferencian de los derechos relativos. También desde otra perspectiva, la relativa a los derechos naturales veremos como puede llegarse a conclusión que sobre la pregunta planteada ha propuesto. Igualmente desde una óptica histórica veré ratificada la posibilidad del juez de entrar, a analizar el desarrollo legal de unos determinados derechos para brindarles protección constitucional. Incluso admitiendo que no admito la tesis del Juez Homes según la cual la idea de Derechos Absolutos constituye un absurdo jurídico, igualmente se llegaría, aún con más fuerza, a la misma conclusión, ya que habría que atender, según esta noción, para decidir si se protege o no un determinado derecho constitucional a las limitaciones que el Legislador haya impuesto a los derechos constitucionales en cuestión.²

En mí opinión nuestros tribunales constitucionales no han usado adecuadamente las categorías teóricas que se formularon en torno a las nociones de derecho absoluto y derecho relativo, esto es, la noción que nuestros jueces han dado a dichos términos no corresponde a la que formuló la teoría constitucional moderna al discutir y presentar dichas categorías.

2. Citado por Luciano Parejo Alfonzo, *La Actividad Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas en el Derecho Español*, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Editorial FUNEDA, p. 142, Caracas-Venezuela, 1996.

I LA CONCEPCIÓN SOBRE DERECHOS NATURALES, LEY NATURAL Y LA LEY DEL ESTADO

Desde esta perspectiva puede distinguirse entre derechos naturales, ley natural y las leyes civiles o de los estados que emiten reglamentando esos derechos. Así nos explica el profesor Phillip Hamburger³ que efectivamente el constitucionalismo norteamericano ha distinguido entre derechos anteriores al Estado y derechos adquiridos, derechos que pertenecen al ser humano de aquellos adquiridos como producto del proceso del establecimiento de los estados. Así los derechos a la vida, a la libertad, a la expresión, a la defensa han sido entendidos por la doctrina de los Estados Unidos de América, como derechos humanos naturales. En contraste con este tipo de derechos como el derecho al Hábeas Corpus, y el Derecho a un jurado, existen en opinión de algunos autores como derechos por que así lo acuerdan leyes de los estados. Tal fue la concepción entre otros de Madison en un debate en la Cámara de los Representantes sobre el Bill of Rights⁴. De esta manera el constitucionalismo norteamericano, al igual que buena parte del constitucionalismo europeo ha admitido la diferencia entre derechos anteriores al Estado de los posteriores, y por ello unos correspondientes a la naturaleza humana y otros adquiridos y creados por los estados contemporáneos inexistentes antes del Estado mismo. Frente a esto surge la cuestión en torno a cual es la relación entre estos derechos naturales, las leyes naturales, y las leyes de los estados. La relación entre estas tres nociones de derechos revela que el juez en control constitucional debe atender al desarrollo legislativo dado a un determinado derecho para poder brindarle una efectiva protección por la vía del Amparo Constitucional. En el constitucionalismo norteamericano podemos ver que algunos jueces y académicos han insistido, por ejemplo en que la libertad de expresión y otros derechos naturales protegidos por el Bill of Rights están absoluta-

3. Hamburger, Phillip; *Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions*, 102 *The Yale Law Journal*, 907 (1993).

4. During the debates in the House of Representatives about the Bill of Rights. Madison, James, 8 de Junio 1789.

mente garantizados por esa carta de derechos y por ello no pueden ser constitucionalmente restringido por el Estado. Otros comentaristas, sin embargo han anotado que esos derechos tienen que estar siempre sujetos a alguna restricción legal⁵. Aquí surge la pregunta central ¿puede la Ley restringir o regular derechos sin infringir esos derechos constitucionales?. La respuesta a esta pregunta es la que buscamos y creo que la respuesta correcta es que la Ley si puede regular tales derechos constitucionales y por ello debe el juez del Amparo Constitucional dar protección a ellos aún cuando deba entrar en el análisis de la Ley. La teoría norteamericana en ocasiones ha observado una posible contradicción o por lo menos tensión entre el principio general de la libertad de expresión, por ejemplo, y las leyes que restringen o moldean dicho derecho de expresión, o para decirlo en palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en algunas ocasiones se ha observado la tensión entre el Derecho Constitucional y las restricciones que considera el legislador indispensable⁶ para la existencia misma del Derecho. Para comprender desde esta perspectiva teórica la tensión y conflicto planteados debo presentar la noción sobre derechos naturales a que se hace referencia. Estos derechos naturales deben distinguirse de los derechos adquiridos. De este modo se presenta una presunción a partir de la cual el estado de naturaleza es una condición en la cual los seres humanos son igualmente libres de toda sujeción, en la cual los individuos no tienen un superior común y de esta manera se entendería que la libertad natural de los individuos existe en ese estado de naturaleza. De esta forma se conciben a estos derechos naturales como anteriores al Estado y correspondientes al estado de naturaleza del ser humano y así para el constitucionalismo norteamericano, la libertad, la vida y la propiedad son derechos naturales. En contraste los derechos adquiridos existen por la existencia y garantía que el Estado da a ellos. De ese modo puede distinguirse entre las garantías del Estado a los derechos naturales de la garantía del Estado a los derechos adquiridos que no

5. Hugo L. Black, *The Bill of Rights*, 35 N.Y.U.L. REV. 865 (1960).

6. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

existen en estado de naturaleza. El ejercicio, bajo esta óptica, de los derechos naturales refiere a la ley natural como una limitación, también natural a la libertad. Así, la Ley natural supone que los seres humanos son capaces de razonar acerca de su propia libertad y sus intereses, es decir, respecto a como han de usar esta libertad, en algún sentido el raciocinio humano coopera con la preservación de su libertad. El carácter social del individuo lo lleva a desempeñar una conducta que no violenta el derecho que corresponde a los otros individuos, atendiendo así obligaciones morales destinadas al mantenimiento de esos derechos. De esta manera se ha deducido la máxima según la cual ningún hombre puede infringir el derecho natural de otro a la libertad y tampoco sus privilegios. La característica anotada proviene de Lock en sus palabras "La libertad no debe tener otra restricción que no sea la ley natural"⁷

La siguiente cuestión a responder desde este punto de vista teórico, es si puede y como, luego del acto constituyente, intervenir el Estado en esos derechos.

En atención al principio de autopreservación, se impone sacrificar una porción de esa libertad natural para entregársela a los estados, así se renuncia a parte de esa libertad natural y se habilita a los estados para preservar lo que de ella queda. Como puede verse esta habilitación al Estado para actuar a través de fórmulas constitucionales esta destinada a asegurar la vigencia de esa porción de los derechos, el Estado para asegurar la existencia de ese Derecho Natural que limita la Ley natural debe reflejar en leyes esa Ley natural. De estas leyes, poder concreto del Estado, resulta el contenido real del Derecho Constitucional.

El ejercicio de la potestad del Estado de reflejar en leyes el contenido aproximado de lo que, según esta concepción es la Ley natural, implica que el Estado tiene el poder de limitar no solo el Derecho Natural, también conlleva la posibilidad teórica de restringir excesivamente el Derecho del cual se trate, esto es el riesgo que ese poder del Estado se ejerza de manera exce-

7. Locke John, TW Treaties of Government 322, Peter Laslett ed, 2 ed. 1967.

siva porque desborde el propósito que debía cumplir. De ello resulta una amenaza por parte de tal poder a la libertad natural tal cual se ha anotado. No obstante, una porción de esa libertad individual no es enajenable, la restricción posible está limitada y por supuesto esta destinada a la preservación misma de la libertad que no es renunciable. Así en criterio de esta teoría la Ley del Estado refleja la Ley natural que a su vez es producto de la razón destinada a limitar comportamientos dañinos que puedan atentar contra esa misma libertad. Para usar un ejemplo sobre el modo de operar los límites a la Ley del Estado podemos mencionar el Derecho Natural a la libertad de expresión, la Ley contra la difamación debe reflejar las limitaciones preexistentes en la Ley natural del Derecho Natural a la libre expresión. Esa Ley del Estado no puede anular tal Derecho ni restringirlo más allá de lo que indique el raciocinio que desea evitar conductas que dañen el ejercicio mismo de este Derecho. Este sería el examen básico para determinar si una determinada Ley dictada por el Estado violenta el Derecho Natural que haya recogido una carta de derechos.

i) Los Poderes del Juez según la teoría del derecho natural expuesta.

La teoría señalada plantea dos tipos de derechos naturales y adquiridos, unos preexistentes y los otros existentes a partir del Estado, ambos sujetos a regulaciones legales dictadas por el Estado. Derechos naturales comparables con la categoría derechos fundamentales absolutos que adelante referiré. Como se ha expuesto la Ley del Estado refleja y debe reflejar las limitaciones que la Ley natural acuerda. De esta manera, para determinar si un acto del Estado viola o no un Derecho Natural, recogido en una Carta Constitucional, desde la teoría señalada, habría que proceder de un modo consistente con su formulación original. Así debe determinar el juez que tutela esos derechos constitucionales naturales si el acto denunciado como restrictivo está permitido por la Ley del Estado, y aún encontrando el juez que la Ley permite el acto, debe verificar si

efectivamente la restricción que esa Ley del Estado ha impuesto al Derecho en cuestión es indispensable para la existencia o preservación mismo del Derecho. Podría así encontrar el juez que la Ley efectivamente no permite el acto violatorio denunciado, y si la Ley no ha determinado al área invadida como restricción indispensable para el mantenimiento mismo de ese Derecho se produciría la violación denunciada. De ésta forma si la Ley del Estado no ha estimado esa parte sustraída del Derecho como indispensable para la preservación del resto del Derecho, entonces la acción denunciada sería efectivamente violatoria del Derecho en cuestión. Pero aún podría el juez conseguir que efectivamente la Ley ha sustraído esa área de la esfera protegible del Derecho en cuestión, una vez verificado ello debe pasar a chequear la conformidad de la Ley del Estado con la Ley natural, esto es estimar la indispensabilidad de la restricción de esa parte del Derecho para así determinar si efectivamente tal restricción o sustracción de una parte del Derecho que ha hecho la Ley del Estado es indispensable para la existencia misma de tal Derecho. De conseguir el juzgador que no es indispensable le correspondería desaplicar esa sustracción que el legislador indebidamente hubiese hecho del Derecho, y en consecuencia acordar la protección solicitada para un ciudadano contra el cual se hubiese violentado dicho Derecho. Es importante tener presente que al poder del legislador para emitir regulaciones, sin poder desbordar conforme a esta teoría la Ley natural, impone al juez que protege el Derecho Constitucional revisar la Ley en cuestión, para poder estimar si efectivamente se ha producido tal exceso y de esta forma si se ha violentado o no el Derecho. Desde esta perspectiva resultan claros los poderes de los jueces para revisar la conformidad de la Ley con los elementos que hemos anotado para acordar o negar la protección que requieren los derechos constitucionales.

Con relación a los derechos adquiridos a los que se refiere esta teoría, la revisión que debe hacer el juzgador constitucional de la Ley para verificar la violación constitucional resulta mucho más clara. En efecto los derechos adquiridos a partir de una norma Constitucional, son fundamentalmente

conformados por el legislador habilitado para ello por el propio constituyente. Obviamente el juez para determinar si ese Derecho es subjetivo en el sentido contemporáneo, es decir, susceptible de protección judicial por haber creado derechos a determinados ciudadanos, debe obviamente analizar la Ley para poder acordar protección para un determinado ciudadano. Ahora bien, aquí surge una importante pregunta cuando hablamos de derechos adquiridos (categoría que podemos correlacionar, conforme a la siguiente teoría que presentaré con los Derechos relativos) ¿Sólo la letra del constituyente conforma el núcleo de estos derechos adquiridos o relativos, o la letra del constituyente y la forma que a este le ha dado el legislador?. Debo recordar que la juridificación fundamental de estos derechos no surgen del constituyente, el propio constituyente defiere al legislador el darles forma y contenido, de modo que resulta casi imposible acordar protecciones constitucionales a este tipo de derechos adquiridos sin haberse verificado el contenido esencial del mismo que ha determinado el legislador por orden misma del constituyente.

II TEORÍA DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES EN UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

La idea de los derechos individuales tiene sus raíces en la filosofía helénica, así para tal tesis la razón, la igualdad y la dignidad del hombre están por encima del Estado y fuera de su propio alcance. Fue en verdad, como anota el profesor Loewenstein⁸, la revolución puritana que en su lucha contra el despotismo religioso de los estuardos y fomentada por la tradición del Common Law, llevó el derecho de autodeterminación religiosa a la realidad política y a un triunfo histórico en la formulación legal de las libertades individuales en la Glorious Revolution⁹ y así las garantías de los derechos fundamentales empezó a enraizarse con el Estado Democrático Constitucio-

8. Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución, Ediciones Ariel, Barcelona, 1957.

9. Habeas Corpus Act, 1679. Bill of Rights, 1688. Act. of Settlement, 1700.

nal, alimentando las ideologías democráticas de las constituciones de los siglos XIX y XX. Las constituciones comenzaron a hacer catálogos de las libertades y así el Estado Constitucional se identificó con la aceptación de Derechos Fundamentales clásicos lo que se consolidó finalmente a nivel mundial con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre por Las Naciones Unidas en 1948. En este Estado Democrático se han producido tensiones entre el deseo humano de desarrollar libremente su personalidad y la necesidad de una existencia colectiva, por ello se ha producido en el orden práctico e histórico una tensión entre libertad individual y seguridad estatal. Acentuó este conflicto los tiempos del paternalismo estatal, el intervencionismo estatal, así el enfrentamiento a los derechos fundamentales clásicos se llevó a cabo básicamente a través de los límites que la ley intentó establecerles, e igualmente esos derechos fundamentales comenzaron a perder ámbito frente a los derechos sociales y económicos que el constitucionalismo social empezó a imponer. Existe un acuerdo sobre la existencia de las Libertades Fundamentales clásicas por haber sido reconocidas en casi todo el mundo a partir de las revoluciones del siglo XVIII, pero efectivamente el grado de su reconocimiento y observancia difiere de Estado a Estado. En Gran Bretaña, nos relata Loewenstein¹⁰, los tribunales se encargan de la observancia de los Derechos Fundamentales permitiendo solo aquellas restricciones legales exigidas por el orden público en tiempo de paz o en situaciones de excepción; situación semejante nos relata en la Francia bajo la III, IV y V República donde estos Derechos Fundamentales se han considerado, incluso, como derechos supraconstitucionales; al referirse el autor antes citado, a la primera enmienda de la Constitución norteamericana, según la cual el Congreso no aprobará ninguna ley que coarte la libertad de palabra y de prensa, refiere a una decisión del juez Holmes¹¹, la Corte Suprema de U.S.A. formuló la teoría del peligro claro y presente, según la cual puede intervenir-

10. Lowenstein, Op. cit, pág. 396.

11. Schenck v. United States (249 U.S. 47) 1919, Juez Holmes.

se legalmente las libertades individuales protegidas constitucionalmente contra acciones que conduzcan directamente a una alteración del orden público o un peligro para el Estado. Luego de la República de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn ha fortalecido los derechos individuales producto básicamente de las terribles experiencias de las guerras mundiales, así el gobierno no puede suprimir los derechos fundamentales ni siquiera en situaciones de excepción, algunos de estos derechos fundamentales son absolutamente inviolables aún para una enmienda constitucional. Para que una ley limite un derecho fundamental, de aquellos que así lo permite la Constitución, la ley debe nombrar expresamente el derecho fundamental afectado, en ningún caso puede infringirse el contenido esencial de un derecho fundamental según la Ley Fundamental de Bonn. Recordemos que el constitucionalismo de la postguerra es un constitucionalismo altamente influido por el constitucionalismo social, la Constitución mexicana de 1917, y la de la Unión de República Socialista Soviéticas, así como por el proceso de revoluciones obreras del siglo XIX, todo lo cual llevó a una importantísima transformación y aumento del control estatal sobre lo social y económico.

La intervención de la autoridad pública en la vida privada de los ciudadanos según Loewenstein en el libro antes citado escrito en 1957, condujo a concebir a tales derechos sociales y económicos no como destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado, más bien como pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado, así los estimó como una obligación de actuar del Estado para satisfacer esos nuevos derechos sociales y económicos, no como verdaderos derechos en el sentido jurídico ya que en su criterio no podían ser exigidos judicialmente, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción del estado: “No son derechos en el sentido jurídico ya que no podían ser exigidos judicialmente del estado antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal”.

Es bien importante anotar en relación a esto que esa acción institucionalizada es básicamente expuesta por la Ley, lo que obviamente se requiere para ser exigida judicialmente la realización de tales derechos. Todos estos derechos sociales y económicos fortalecidos después de la II Guerra Mundial, se convirtieron, como los llama el autor que hemos citado, en un equipaje estándar del constitucionalismo, proclamado por la Constitución mexicana de 1917 por primera vez, la nacionalización de las riquezas naturales, la asunción del Estado de la responsabilidad social para garantizar la existencia digna de cada ciudadano pasaron a ser parte de las constituciones contemporáneas.

La Constitución de Weimar contribuyó esencialmente a popularizar y extender estos derechos sociales, su catálogo de los derechos fundamentales es una mezcla entre el colectivismo moderno y el liberalismo clásico. Así Loewenstein¹², afirma que muchos de estos derechos permanecen en muchos países subdesarrollados durante largo tiempo como meros planes nominales para el futuro hasta que las condiciones socioeconómicas de la sociedad estatal permitan su aplicación. Resulta oportuno anotar como lo hace el constitucionalista Bernard Chantebout¹³, que el decenio de los ochenta ha estado marcado por una tendencia distinta, una rápida recuperación de la Democracia en el mundo entero y así una tendencia hacia la realización del modelo político occidental como una suerte de modelo universal. El movimiento comenzó en Europa, al sur en 1974 con la Revolución en Portugal, la salida de los militares en Grecia, fue seguida en 1975 en España con la muerte de Franco y el advenimiento de la Democracia que hoy conocemos; igualmente en América del Sur en 1983 cuando los militares argentinos abandonan el poder, luego en Uruguay en 1985, durante ese año también en Brasil, en febrero del 1986 sale la dictadura de la Filipinas; en 1987 en Corea del Sur y en

12. Loewenstein, op. cit, pág. 401.

13. Chantebout, Bernard: *Droit Constitutionnel et Science Politique*, Ed. Armand Colin, Ed. 13^o, 1996.

Taiwan se refuerza el proceso democrático, y en febrero de 1989 en Paraguay la dictadura militar abandona el poder, también en diciembre de ese año después de 35 años los militares dan paso a la democracia en Chile. Es importante enfatizar que empieza a operar durante esta década la Revolución democrática en el este de Europa; durante esta década también algunas transformaciones constitucionales se producen de modo importante en Africa, eliminándose algunas referencias socialista como en Argelia, en el Congo, en Etiopía, en Madagascar, en Costa de Marfil, en Gabón, el Zaire y el Togo que se renuncia a la existencia de un partido único. Lo cierto es que la Democracia aparece hoy como antítesis, no de la monarquía, sino como de los regímenes totalitarios que conocimos durante este siglo, lo que probablemente ha contribuido a la tendencia a imponerse como modelo mundial, y de alguna manera se ha producido al lado de estos fenómenos una desconfianza en relación a los políticos, también la teoría de separación de poderes esta seriamente comprometida, no solo por la parálisis relativa de los parlamentos y la aparición de nuevos mecanismos de protección a la libertad, más apropiados que la propia teoría de separación de poderes, también se ha desarrollado el control constitucional sobre las leyes y el poder de los jueces para proteger de forma inmediata violaciones a los derechos humanos en general. Todo esto ha conducido a un relanzamiento de un elemento esencial de la democracia que se conoce en occidente, el respeto al individuo y a su vez al hombre. Según el profesor Chantebout las palabras claves del sistema político occidental son respeto a los derechos del hombre y pluralismo, dos conceptos que constituyen la expresión política del individualismo fundamento de la sociedad de nuestros días. Ello obviamente implica que todo este constitucionalismo que fue montado sobre una mezcla del colectivismo y del liberalismo ha de reestructurarse en estos tiempos de fortalecimiento de las democracias individualistas de occidente en el mundo entero, y con ello, en mi criterio, una nueva concepción sobre todos estos derechos, tantos los absolutos como los relativos o los natu-

rales o los adquiridos, han de ser ya no simples programas políticos de nuestras naciones, más bien expresiones de parte de derechos que corresponden al individuo y al ciudadano, una vez que el Estado mismo los ha institucionalizado. Por todo ello vendrá y creo que ya hay evidencias de una perspectiva constitucional mucho más abierta y dirigida a la protección de los individuos por vía de los derechos constitucionales, producto del debilitamiento de las viejas formas de protección a los derechos y existencia de las libertades del hombre como la que implicó la propia teoría de separación de poder en el constitucionalismo moderno.

i) Poderes del juez según la teoría historia de los Derechos Individuales

Según esta teoría de las libertades individuales formulada desde una perspectiva histórica, también resultan evidentes los poderes del juez para proteger los derechos constitucionales cuyo contenido fundamental este en la Ley. Si nos fijamos en estos derechos o nuevos derechos sociales y económicos a los que se refiere Loewenstein, y vemos que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal, obviamente se verifica que al ser institucionalizados por la acción estatal legislativa pueden ser en criterio de Loewenstein, exigidos judicialmente, y al ser exigidos judicialmente ciertamente el juez tiene que ver como ha plasmado el legislador esos derechos al institucionalizarlos para poder brindarles protección. En el sentido expuesto por Loewenstein la sola referencia constitucional no crearía el Derecho subjetivo a la protección, ello devendría del acto legislador al institucionalizar el referido Derecho lo que lo haría exigible judicialmente. Obviamente, en estos días tal cual hemos expuesto, este criterio ha de reforzarse en vista de las tendencias a acentuarse las concepciones individuales sobre estos derechos sociales o colectivos destinados a reflejar relaciones Estado-Sociedad, una expresión más individualizada de lo que fueron estos derechos sociales y colectivos; estamos así en un

mundo cuya tendencia es a concebir cada vez más individualizados los derechos constitucionales a favor de particulares concretos.

III TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ABSOLUTOS

Los derechos fundamentales en el sentido propio son esencialmente derechos del hombre individual libre y por eso derechos que tiene frente al Estado, son derechos correspondientes a la persona humana e individual, así estos derechos fundamentales considera al hombre individualmente aislado, son propiamente los derechos de libertad individual como libertad de conciencia, libertad personal, protección contra la arbitrariedad, inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia e incluso para una parte de la doctrina la propiedad privada¹⁴. Considera el profesor Smith como derechos individuales aquellos relativos a la libre manifestación del pensamiento, a la libertad de culto, la libertad de reunión a la libertad de asociación y sindicalización. De esta manera entiende a todos los derechos fundamentales como derechos fundamentales absolutos, esto es para Loewenstein estrictamente: “No se garantizan con arreglo a las leyes, es decir que su contenido no resulta de la ley sino que la injerencia legal aparece como excepción y por cierto como excepción limitada en principio mensurable, regulada en términos generales”. A esto responde con frecuencia las expresiones de la Constitución de Weimar cuya significación ha mostrado Kurt Hantschel¹⁵ con la distinción presentada entre derechos fundamentales y derechos relativos, afirma Smith que los Derechos Fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos¹⁶. Así la idea de derechos absolutos no se vincula a la existencia de ley sino, a la existencia del Derecho como anterior al Estado y por ello el

14. Karl Smith, *Teoría de la Constitución*, Editorial Nacional, México, 1961.

15. Citado por Smith, *op cit*, pág. 192.

16. Citado por Smith, *op cit*, pág. 192.

grado de injerencia de la Ley en dicho Derecho ha de ser excepcional. Loewenstein ejemplifica sus ideas con la inviolabilidad de la libertad de las personas, el poder público no puede interferir o privar de la libertad sino con arreglo a una Ley, así se observa del artículo 115 de la Constitución de Weimar: el domicilio de todo alemán es para él un lugar inviolable, solo con arreglo a las leyes son admisibles las excepciones, cosa similar prescribe el artículo 117 de esa Constitución. Otros derechos reconocidos por la Constitución de Weimar en cambio son como dice Hantzschel de antemano relativos es decir, garantizado dentro de los límites y con arreglo a la Ley, así refiere a la libertad de industria, de contratación, a la libertad de comercio. Vale la pena anotar también otra categoría de Smith sobre derechos o garantías institucionales, básicamente aquellas regulaciones constitucionales que están dirigidas a garantizar una especial protección a ciertas instituciones, garantías institucionales como la prohibición de tribunales de excepción, el matrimonio como base de la vida familiar, el descanso dominical, el derecho de los funcionarios que determinan algunas constituciones, garantías éstas dirigidas ha establecer una institución y crearle una protección Constitucional. Alguna de estas garantías institucionales crean derechos subjetivos y algunas de ellas no crean derechos subjetivos, aquellas creadoras de derecho subjetivo por supuesto merecen una protección jurídica, de lo que emerge la posibilidad de hacer valer protección en respecto a tales derechos. En verdad a la esencia de la garantía institucional, salvo aquellas que crean derechos subjetivos, no le corresponde la existencia de tal derecho a protección, como tampoco el mantenimiento de una vía jurídica, salvo para aquellas garantías institucionales creadoras de derechos subjetivos. Así nos anota el profesor Smith que los derechos fundamentales son aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes sino que reconoce.

i) Los Poderes del Juez del Amparo Constitucional y la teoría de los Derechos Fundamentales Absolutos.

Desde esta perspectiva teórica no resulta posible calificar de absoluto o relativo a un Derecho por que esté o no regulado por la Ley. Tanto los absolutos con los relativos pueden estar regulados por la Ley, aún cuando la posibilidad de injerencia del legislador es menor en los Derechos Absolutos por ser estos anteriores al Estado.

Para ésta teoría el Derecho Absoluto es aquel que preexiste al Estado, que no es creado por el Estado sino reconocido en los constitucionales, y el legislador por vía excepcional regula. Un Derecho es relativo cuando es producto de la creación del Estado cuando no preexiste a ese Estado, y en general los constituyentes contemporáneos defieren al legislador su desarrollo y contenido. Como se ve nada, al menos directamente, tiene que ver la calificación de absoluto o relativo de un Derecho con el hecho de que el legislador participe en su regulación.

En relación a los poderes del juez para atender la protección constitucional a derechos debe observarse que los derechos fundamentales absolutos no son reconocidos conforme a la ley, la ley puede penetrar excepcionalmente en parte de su regulación por supuesto en relación a los derechos relativos resulta obvio que la medida en la que puede entrar el legislador a regular esos Derechos relativos es muchísimo mayor que en relación a los derechos absolutos. Si hay una esfera del derecho fundamental absoluto que por vía de excepción es intervenido por la Ley obviamente el juzgador que deba brindar protección al señalado derecho ha de revisar si esa acción que controla esta de acuerdo con esa excepcional norma de rango legal destinada a regular parcialmente y por vía de excepción el Derecho mismo, de modo que resulta a partir de esta teoría claro que debe el juez entrar a considerar aspectos legales para determinar la violación o conformidad con el Derecho constitucional absoluto fundamental del cual se trate. Obviamente que

ese mismo juez respecto de derechos cuya modulación es fundamental la Ley por ser relativos conforme a la teoría señalada deba entrar a analizar esa Ley a ver si el contenido que el constituyente ha querido que le dé el legislador esta conforme con esa compleja conformación constitucional del derecho. Así tanto los derechos relativos como los derechos fundamentales absolutos son susceptibles en distintos grados de ser moldeados por el legislador.

IV LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y LOS PODERES DEL JUEZ DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LOS DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN DICHA PROTECCIÓN

Como al principio de este trabajo anoté, el objetivo de estas ideas es contribuir a aclarar los conceptos teóricos derechos absolutos, derechos relativos, y aquellos relacionados con los poderes del juez de interpretación de la Ley en Amparo Constitucional. Como se vera, en ocasiones han dicho los tribunales que pueden entrar a considerar por vía de Amparo a la Ley, en otras ocasiones han negado que pueda estimarse la Ley por esa vía de Amparo, la mayoría de las veces sin explicación teórica. Error también destacable de algunas sentencias venezolanas es haber calificado al derecho a la defensa como derecho relativo y así haber estimado que no puedan declarar protección por vía de Amparo por estarle impedido entrar a estimar regulaciones legales del derecho a la defensa. La doctrina universal ha considerado al derecho a la defensa como derecho absoluto.

Algunas sentencias de los tribunales, han afirmado que no tiene por vía de Amparo el juez la posibilidad y por el contrario esta impedido de entrar a analizar la Ley para estimar si ha habido violación a derechos constitucionales. Pareciera ese juzgador tener unas ideas que se corresponden con una abandonada concepción según la cual algunos derechos, calificables a partir de las teorías analizadas de institucionales o relativos,

no pueden contar con protección ante la ausencia de la Ley que debía desarrollar el derecho en cuestión, así requieren de la Ley para que dejen de ser derechos sin protección lo cual hemos demostrado es un error teórico de importancia. Recordemos que fue sobre esta concepción que se montó en Venezuela durante varias décadas la idea según la cual al no haber desarrollo legislativo de un determinado derecho la norma era sencillamente programática y por ello no había lugar a protección alguna en relación a esos señalados derechos. Recordemos la tesis en la sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en 1969 sobre una alegada violación al artículo 207 de la Constitución en la que la Corte declaró no había posibilidades para estimar la inconstitucionalidad esgrimida por ser la norma constitucional de naturaleza programática. Esta concepción según la cual la inexistencia de Ley impone que no puede producirse violación constitucional por que sin Ley el derecho es programático, resulta en una insalvable paradoja, no existe derecho constitucional si no existe la Ley que lo desarrolle, pero al existir la Ley que regule ese Derecho deja de ser constitucional para pasar a ser solo legal y por ello no protegible por vía de Amparo Constitucional. En aplicación de esa teoría los derechos que defieren al legislador su desarrollo nunca son verdaderos derechos subjetivos de rango constitucional. Además si fuese de rigurosa aplicación esa equivocada teoría, causarían la inexistencia de protección judicial a casi todos los Derechos Constitucionales, ya que en Venezuela la mayoría de las garantías y derechos constitucionales esta deferida su regulación a la Ley, de donde resultaría que solo podría dictarse en Venezuela Amparos Constitucionales para aquellos Derechos que nuestra Constitución no defiere al legislador su regulación, es decir solo para el Derecho a la vida, a no sufrir penas infamantes, o privación de la libertad por más de 30 años. Para el resto de los derechos y garantías constitucionales no habría posibilidad de Amparo Constitucional alguno en vista de la aplicación de esa teoría. Pero como hemos dicho, en otras ocasiones nuestros tribunales sobre todos los contenciosos admi-

nistrativos, han sostenido la tesis exactamente inversa que aún cuando correcta en mi criterio, tampoco sin explicación o teoría que fundamente la postura.

Resulta oportuno observar algunas de las sentencias de nuestros tribunales para demostrar lo que hasta ahora he afirmado.

i) *Sentencias que afirman la improcedencia del Amparo cuando es necesario la apreciación de una ley:*

- Sala Político Administrativa de la Corte: Sentencia del 6 de febrero de 1996:

“La jurisprudencia que no es precedente el amparo cuando no existe una violación directa e inmediata del texto constitucional (Sic), no en el sentido adversado por un sector de la doctrina, de que la norma no hubiese sido desarrollada por preceptos legales, sino que es necesario que para la resolución acerca de la violación constitucional, no sea necesario determinar, en forma previa, una infracción de rango legal. De aceptarse la tesis contraria, el amparo sustituiría la totalidad del orden procesal, pues siendo la Constitución la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, cada vez que se infringe la ley, indirectamente se viola la Carta Magna...”

- Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 25 de noviembre de 1993.

“Observa igualmente la Corte, respecto al derecho a la defensa previsto en el artículo 66 de la Constitución, cuya violación ha sido la que el recurrente denuncia con mayor insistencia, que el mismo se encuentra sometido “a los términos y condiciones establecidos por la ley”, tal como reza expresamente su texto, por lo cual no es un derecho absoluto, en el sentido de que no admita regulación legal ni restricción o suspensión por parte del Poder Ejecutivo. En efecto, sólo el derecho a la vida (art. 58), el derecho a no ser incomunicado ni sometido a tortura o a procedimiento que causen sufrimiento físico o moral (art. 60, ord. 3º), el derecho a no ser condenado a penas perpetuas o in-

famantes o restrictivos de la libertad por más de 30 años (art. 60, ordinales 3° y 7°), pueden considerarse absolutos, por cuanto no pueden limitarse por ley no pueden ser objeto de restricción o suspensión por el Presidente de la República en la forma prevista en el artículo 241.

Emerge así el principio de la facultad legislativa de reglamentar el derecho a la defensa, estableciendo sus límites y modalidades para su ejercicio”.

- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: Sentencia del 23 de octubre de 1996.

“De manera que cuando las violaciones alegadas sean realmente de normas legales o sublegales y no de disposiciones constitucionales, los perjudicados deben hacer uso de los medios judiciales previstos por el legislador para restablecer las situaciones jurídicas lesionadas específicamente por actuaciones ilegales pues, en definitiva ya que toda ilegalidad o ilicitud repercute contra los principios consagrados en la Carta Magna, dejarían de tener significación y utilidad práctica las otras jurisdicciones creadas también constitucionalmente.”

- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: Sentencia del 8 de febrero de 1996.

“De manera que tratándose de una acción de amparo, sólo han de examinarse las denuncias de violación de normas constitucionales, por lo cual está vedado a esta Corte el análisis de las violaciones de las leyes y reglamentos alegadas por el accionante y así se declara.”

- Sala de Casación Civil: Sentencia del 28 de febrero de 1996.

“La jurisprudencia ha considerado, que no es procedente el amparo cuando no existe una violación directa e inmediata del texto constitucional, no en el sentido adversado por un sector de la doctrina, de que la norma no hubiese sido desarrollada por preceptos legales, sino que es necesario que para la resolución acerca de la violación constitucional, no sea necesario determinar, en forma previa,

una infracción de rango legal. De aceptarse la tesis contraria, el amparo sustituiría la totalidad del orden procesal, pues siendo la Constitución la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, cada vez que se infringe la ley, indirectamente se viola la Carta Magna...”

ii) *Sentencias que declaran que el juez de Amparo si puede entrar a conocer de cuestiones legales para determinar si se ha producido la violación a la garantía constitucional.*

- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: Sentencia del 22 de marzo de 1995.

“Si la cuestión sustancial en la decisión de una acción de amparo constitucional es el determinar si existe o no una violación a un derecho o garantía constitucional, es forzoso concluir que no tiene fundamento la afirmación de que para lograr determinar si se verifica la anterior situación, el Juez deba únicamente analizar la normativa constitucional y no pueda analizar la normativa legal; puesto que, en definitiva, lo que importa al jurisprudente sentenciador no es si ha sido violada tal o cual norma de la Constitución o de una Ley, sino -se insiste- si se ha violado un derecho o garantía constitucional.”

“Debe pues concluirse, que en el juicio de procedencia de una acción de amparo autónoma, el juez puede y debe, en ciertos casos, analizar normas de rango legal y aun sublegal para determinar si el accionante detenta realmente el derecho en particular que pretende violado”.

V CONCLUSIONES

De lo expuesto resulta que la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que aquellos derechos constitucionales que han sido desarrollados por el legislador impiden al juez del Amparo Constitucional analizar esas cuestiones que la Ley ha expuesto en relación a esos derechos. Así ha declarado algunos derechos como relativos por la sola razón de que el Legislador ha desarrollado o reglamentado su contenido. Como hemos visto des-

de el punto de vista doctrinal tal concepción es equivocada, tanto los derechos absolutos como los relativos pueden ser en diversos grados intervenidos por el legislador, y así los derechos adquiridos lo son obviamente mucho más. En consecuencia corresponde al juez que ha de proteger los derechos constitucionales analizar si la violación se produce aún cuando tenga que apreciar la Ley que ha desarrollado o regulado el Derecho Constitucional del cual se trate.

Error en mí criterio importante, es haber considerado nuestra Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en dos ocasiones, señaladamente en la antes citada sentencia, y también en la del 13 de diciembre de 1994, al Derecho de la Defensa como un derecho relativo. En efecto dijo en esa sentencia la Corte en Pleno:

“Por otra parte son pocos los derechos o garantías constitucionales a los cuales nuestra carta fundamental les otorga el carácter de “absolutos”, al no permitir su reglamentación o desarrollo legal posterior, en vista de la naturaleza de los intereses que tiende a preservar.

Existen por tanto derechos o garantías constitucionales de aplicación relativa es decir, sujetos a limitaciones o restricciones legales en su implementación. Tal es el derecho a la defensa cuyo ejercicio no resulta uniforme en todas las circunstancias de juzgamiento”.

Como hemos visto de la doctrina tal criterio es inadmisibles, los derechos no son absolutos o relativos por la injerencia del legislador, sino porque sean estimados o considerados como anteriores o posteriores al Estado. Así, existe la posibilidad de que tanto en los absolutos como en los relativos se presente actividad del legislador, por supuesto en distintos grados. El haber calificado al derecho a la defensa como un derecho relativo debe ser corregido por nuestro Supremo Tribunal, para que de este modo sea consecuente con la doctrina expuesta por uno de los constitucionalistas más importante de este siglo el profesor Karl Smith quien estimó a los derechos fundamentales como derechos absolutos y entre ellos ha señalado al derecho a

la defensa como una de las expresiones más importantes del constitucionalismo moderno para preservar la libertad.¹⁷ Tal criterio debe ser corregido, no por discrepancias semánticas, sino por sus posibles efectos, devastadores para la protección constitucional de los derechos constitucionales. La inaceptable tesis daría la justificación a cualquier tribunal de la República para negar protección a casi todos los Derechos y Garantías constitucionales sobre la base de su desarrollo legislativo.

En relación a los poderes del juez para dar protección constitucional a derechos, debe observarse a partir de la teoría de Smith que los derechos fundamentales absolutos no son reconocidos conforme a la Ley; la Ley puede penetrar excepcionalmente a regularlos, y por supuesto en lo que respecta a los derechos relativos el poder del legislador para regularlos es muchísimo mayor, tal cual ha descrito el profesor Smith. Si hay una esfera del derecho fundamental absoluto que por vía de excepción es intervenido por la Ley, obviamente el juzgador debe brindar protección al derecho cuya violación se haya denunciado, y para ello debe revisar si la acción que controla esta de acuerdo con esa excepcional norma de rango legal. De modo que resulta obvio, según esta teoría, que en esta circunstancia debe el juez entrar a considerar aspectos legales para determinar la violación o conformidad con el derecho constitucional absoluto fundamental del cual se trate. Ese mismo juez respecto de los derechos en cuya modulación es fundamental la Ley, por ser relativos, conforme a la teoría señalada, debe entrar a analizar ese cuerpo normativo infraconstitucional para verificar si el contenido esencial al derecho respectivo diseñado por el legislador, se compadece con la situación denunciada. Sólo de este modo es posible proteger el núcleo de los derechos constitucionales cuyo contenido esencial proviene de la Ley. Así tanto los derechos relativos como los derechos fundamentales absolutos son susceptibles, en grados y modos distintos, de ser regulados por el legislador, y por ello protegidos por el juez que tutela los derechos constitucionales.

17. Schmitt, op cit., pág. 189.