

# RAZONAMIENTO JUDICIAL Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN SITUACIONES EXCEPCIONALES: DEL LEGALISMO DOGMÁTICO AL JUDICIALISMO ARGUMENTATIVO

Judicial reasoning and restriction of rights in exceptional situations: from dogmatic legalism to argumentative judicialism

---

**Dr. Alie Pérez Véliz**

Profesor Titular de Teoría General del Estado y del Derecho  
Universidad de Pinar del Río, Cuba  
Código ORCID: 0000-0002-5097-8520  
alievez@upr.edu.cu

---

**Lic. Frank Montesino Santana**

Juez del Tribunal Municipal Popular de San Juan y Martínez  
Pinar del Río, Cuba  
Código ORCID: 0000-0002-1026-2579  
frankm@pr.tsp.gob.cu

## **Resumen**

Existe un debate en la doctrina sobre la posibilidad de restringir derechos humanos o fundamentales. Sin embargo, hay consenso sobre la necesidad de limitar o restringir ciertos derechos en los estados de excepción. La COVID-19 ha puesto a prueba dicha postura; pero ha remarcado la necesidad de no dejar esas restricciones al libre arbitrio de las autoridades que ejecutan las disposiciones, so pena de que se cometan excesos o se dejen desprotegidos a los ciudadanos en determinados casos concretos. Corresponde a los jueces valorar cada situación particular que se les presente, y para ello deben basar sus razonamientos en alguna de las metodologías existentes al efecto. El test de proporcionalidad se presenta como una metodología aceptable para el razonamiento judicial frente a la propagación de la pandemia, en aras de determinar la constitucionalidad de la restricción de derechos en ese contexto. Asumir esta metodología de razonamiento judicial significa una transición del modelo legalista-dogmático al judicialista argumentativo.

**Palabras clave:** Derechos humanos, estados de excepción, restricciones, Constitución, proporcionalidad.

## **Abstract**

There is a debate in the doctrine about the possibility of restricting human or fundamental rights. However, there is consensus on the need to limit or restrict certain rights in states of exception. COVID-19 has put that position to the test; but it has stressed the need not to leave these restrictions to the free will of the authorities that execute the provisions, under penalty of excesses being committed or citizens being left unprotected in certain specific cases. It is up to the judges to assess each particular situation that is presented to them, and for this, they must base their reasoning on any of the existing methodologies for this purpose. The proportionality test is presented as an acceptable methodology for judicial reasoning in the face of the spread of the pandemic, in order to determine the constitutionality of the restriction of rights in this context. Assuming this methodology of judicial reasoning means a transition from the legalistic-dogmatic model to the argumentative judicialist.

**Keywords:** Human rights, states of exception, restrictions, Constitution, proportionality.

## **Sumario**

1. Introducción. 2. Derechos humanos, constitucionales y/o fundamentales: polémica sobre su denominación, configuración, límites y restricciones. 3. Estados de excepción, necesidad o emergencia: especial referencia a la restricción de derechos en el marco de la COVID-19. 4. Los modelos de razonamiento judicial frente a la restricción de derechos. 5. El test de proporcionalidad, ¿una metodología satisfactoria para el razonamiento judicial frente a situaciones excepcionales? 6. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

## **1. INTRODUCCIÓN**

Desde enero de 2020 la humanidad ha enfrentado la expansión del virus SARS-CoV-2, que por su elevada morbilidad y desenlace letal en segmentos vulnerables de la población mundial ha puesto en tensión los sistemas sanitarios nacionales y las relaciones internacionales. Su impacto, sin embargo, se ha extendido a la economía, particularmente a los sistemas productivos y de servicios, al transporte público, el turismo y las finanzas. Los Estados parecen no estar suficientemente preparados para enfrentar la pandemia y toman medidas excepcionales, que también ponen en tensión los sistemas políticos y jurídicos.

Las medidas para detener la propagación del virus, y la enfermedad que este provoca, están orientadas a garantizar el aislamiento social, el autocuidado

obligatorio y la responsabilidad con la salud colectiva. La implementación de dichas medidas requiere, en ocasiones, el cambio de hábitos y conductas que caracterizaban las relaciones humanas, y que eran parte de las costumbres, tradiciones e idiosincrasia de los pueblos; muchas de las cuales se habían desarrollado a través de siglos de historia, formando parte de la identidad espiritual del hombre.

La imposición de estas medidas de aislamiento y autocuidado requieren de un despliegue de fuerzas del orden público sin precedentes para la mayoría de los Estados, las cuales muchas veces no están suficientemente preparadas para enfrentar la tarea de garantizar la seguridad sanitaria. Del mismo modo, los aparatos ejecutivos y administrativos estatales, los legisladores y la judicatura se enfrentan a un contexto que les impone tensiones adicionales, en el que deben garantizar el equilibrio entre la sanidad colectiva y el respeto a los derechos humanos.

Para el Derecho en general, y para el Derecho constitucional en particular, la realidad descrita es de especial interés, pues aluden situaciones que han sido tratadas por la doctrina de forma diferente. El debate ha sido escenario de enconadas polémicas, entre quienes defienden una postura de irrestrictividad absoluta de los derechos humanos, hasta los que postulan la defensa de un catálogo casi ilimitado de restricciones a dichos derechos, basados en la tesis del "interés general", el "bien público superior" o la "seguridad colectiva".

Este trabajo tiene como propósito hacer un análisis equilibrado de la realidad descrita, abordando críticamente las posiciones extremas, y fundamentando una postura intermedia, basada en los modelos de razonamiento judicial y la doctrina de la proporcionalidad; empleada principalmente por sistemas judiciales avanzados, cuyo foco de actuación se sustenta en la argumentación jurídica como base del razonamiento judicial. Para el logro de dicho propósito se emplearon el método de análisis jurídico-doctrinal y algunos elementos de comparación jurídica.

## **2. DERECHOS HUMANOS, CONSTITUCIONALES Y/O FUNDAMENTALES: POLÉMICA SOBRE SU DENOMINACIÓN, CONFIGURACIÓN, LÍMITES Y RESTRICCIONES**

El término derecho es polisémico, pues puede expresar el conjunto del ordenamiento jurídico de un Estado, sus instituciones, aparatos, autoridades y

mecanismos de regulación de las relaciones económicas, políticas y sociales (Derecho objetivo); también puede referirse a la ciencia que reflexiona teóricamente sobre ese complejo sistema (ciencia jurídica); o al valor que caracteriza a una sociedad determinada por el funcionamiento político-jurídico de sus instituciones (Estado de Derecho).

A los efectos de este trabajo el derecho se comprende como al conjunto de facultades, potestades, competencias o poderes que permiten a una persona jurídica, ya sea natural o ficticia, hacer algo, no hacerlo, entregar un bien; o simplemente exigir a otro, u otros, que pueda realizar cualquiera de dichas conductas.

El tema aquí abordado, por tratarse de un asunto de “Derecho público”, se puntualiza en una esfera específica de ese haz de facultades: aquella en que se singulariza una relación entre la persona, individual o colectiva, en sus estatus de ciudadano o persona humana, por un lado; y por otro el Estado, como garante del despliegue del sistema de relaciones sociales de dicho ciudadano o persona humana con otros, incluidos los aparatos de poder del propio Estado.

Este haz de facultades puede estar contenido en una norma de rango constitucional, en los tratados internacionales, en la costumbre jurídica, o el Derecho precedente, según sea el caso; incluso, para cierto sector de la doctrina (iusnaturalistas) puede preceder al Derecho positivo y a la humanidad misma.

Generalmente, dichas facultades, potestades, competencia o poderes se materializan en la estructura normativa como operador deóntico, consistente en un mandato, una prohibición o un permiso para escoger entre varias conductas posibles de acción u omisión, de hacer o de no hacer, o de exigir a otros que hagan o no hagan algo. Lo particular de esta relación jurídica es que el Estado es parte directa y garante, en un ámbito en que tanto el ciudadano como dicho ente público tienen derechos y obligaciones; y en el que las potestades o competencias estatales establecen para dicho Estado límites y vínculos en su actuación, aun investido de su poder público político.

Profundizando en el tema de la terminología, se percibe que la complejidad para designar al repertorio de derechos es tal, que incluso en el Derecho constitucional y en los tratados internacionales aparecen diversas denominaciones como derechos constitucionales, derechos fundamentales, derechos humanos, libertades individuales y derechos del hombre.

El constitucionalista español PÉREZ TREMPs atribuye esta diversidad de designaciones en el Derecho constitucional a varios motivos, que van desde la perspectiva metodológica con que se analiza una misma realidad jurídica, pasando por la dimensión histórica, hasta llegar a la estructura interna de los distintos derechos.

A pesar de esta diversidad de designaciones, PÉREZ TREMPs plantea: “[...] desde el punto de vista constitucional, el concepto de ‘derechos fundamentales’ resulta el más adecuado; ello porque, por otra parte, la expresión ‘derechos fundamentales’ sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza ‘ordinaria’ que los demás derechos subjetivos poseen”.<sup>1</sup>

También debe considerarse que la doctrina y la legislación constitucional emplean el término derechos fundamentales en dos sentidos: uno amplio, considerado técnicamente incorrecto por algunos autores,<sup>2</sup> que le atribuye tal calificativo a cualquier derecho plasmado en la Constitución; y uno estricto, reservado para aquellos derechos que conforman el núcleo central del estatus jurídico del individuo.

Autores como el español PÉREZ LUÑO definen los derechos fundamentales como “el conjunto de facultades, instituciones y prerrogativas que en cada momento histórico concretan la exigencia de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos”<sup>3</sup>

Sin embargo, estos autores asumen posiciones ambiguas, pues hacen depender la consideración de derecho fundamental de tales derechos a su ubicación lógico-formal dentro del cuerpo de la Constitución, negándole tal condición a los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Así desestiman el fundamento que atribuye a dichos derechos el núcleo central del estatus jurídico del individuo, como derechos inherentes a la personalidad, independientemente de su positivación, dándose en la práctica argumentativa una contradicción de posturas.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I – *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, p. 138.

<sup>2</sup> PÉREZ TREMPs, PÉREZ LUÑO, BALAGUER CALLEJÓN, entre otros.

<sup>3</sup> PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *Los derechos fundamentales*, p. 44.

Una interesante posición relativa a la definición de los derechos fundamentales es la asumida por el citado PÉREZ ROYO, quien los define como “[...] los derechos naturales democráticamente constitucionalizados acompañados de las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a todos los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador, contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad [...]”<sup>4</sup>

La potencialidad de la definición de PÉREZ ROYO estriba en poder identificar los requisitos de fundamentalidad de un derecho para poder considerarlo en el catálogo de derechos fundamentales. Pero esta postura también tiene sus limitaciones, pues restringe el carácter de fundamentales solo a aquellos derechos cuyas garantías aparecen positivadas en el ordenamiento jurídico.

Para VILLABELLA ARMENGOL los derechos fundamentales son aquellos dentro de los mismos derechos constitucionales y humanos, que además de positivarse han logrado que se les instrumenten vías garantistas seguras para su defensa e implementación.<sup>5</sup>

Las garantías formales no deben ser entendidas como requisitos previos, para reconocer la fundamentalidad de un derecho, sino como presupuestos de su mayor realización y particularmente de su protección. A los fines de esta investigación se consideran derechos fundamentales aquellos que son inherentes a la condición humana y que expresan las conquistas del hombre, como resultado del progreso de la humanidad.

A tono con lo anterior, se coincide con las citadas PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS, cuando plantean: “No basta con el simple reconocimiento legal de los derechos. Su ejercicio reclama el establecimiento de condiciones, instituciones y mecanismos que propicien la realización efectiva. En este sentido, es válido afirmar que el ejercicio y disfrute de los derechos requieren de garantías”<sup>6</sup>

Otra idea de la teoría de los derechos fundamentales que los autores consideran válida, a los efectos de su objeto de investigación, es la composición que

---

<sup>4</sup> PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 278.

<sup>5</sup> VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, “Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en Martha Prieto Valdés, *Selección de textos constitucionales*, primera parte, p. 91.

<sup>6</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y Martha PRIETO VALDÉS, “Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis”, en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (comps.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, p. 304.

propone Robert ALEXY para las normas de derecho fundamental. Este plantea que dichas normas se encuentran formadas por reglas, principios y valores. Dicho autor defiende la idea de diferenciar las reglas y los principios como tipos distintos de normas de derecho fundamental; en primer lugar, por los grados diferentes de generalidad que expresan, atribuyendo a las reglas comportamientos debidos específicos (se cumplen o no), mientras que a los principios le atribuye grados de cumplimiento más generales (se cumplen en diferentes niveles). Esto es lo que él llama "mandatos de optimización".<sup>7</sup>

Las normas reglas deben regular, con sentido preciso, qué se permite, qué se prohíbe y qué se ordena en materia de derechos. Contar con este tipo de normas en la Constitución y en las leyes de desarrollo es fundamental para la regulación de los derechos adscriptos, incluido la determinación de límites, limitaciones y supuestos en los que pueden ser aplicadas determinadas restricciones a los derechos.

Por su parte, las normas principios y normas valores deben expresar determinados grados de realización del Derecho a que se aspira, lo cual es sumamente importante para poder aplicar la ponderación y las reglas de inaplicación ante situaciones de colisión de derechos de naturaleza potencialmente contradictoria.

Otro asunto en debate es el relativo a la posibilidad de que los derechos humanos o fundamentales sean limitados o restringidos. La postura que se asuma depende de la posición iusfilosófica relativa a la naturaleza externa o interna de dichos derechos. Los que defienden una postura externa asumen que los derechos humanos pueden ser restringidos o limitados, mientras que los defensores de la postura interna rechazan esa posibilidad. Para estos últimos, la configuración interna del Derecho es la que delimita su sentido y alcance, sin que sea legítima una restricción o limitación desde fuera.

Sin embargo, asumir la posibilidad de la limitación o restricción a los derechos humanos o fundamentales no supone entregar una patente de corso al Estado o a terceros para que vulneren, de forma arbitraria o ilegítima, dichos derechos. Las limitaciones o restricciones tienen que estar amparadas en una cláusula constitucional, y cumplir un conjunto de requisitos para determinados supuestos específicos. Los órganos de control constitucional en general y

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 86 y 87.

los judiciales en particular deben ser celosos cuando intervienen en supuestos en los que se restringen o limitan derechos.

Por otro lado, la propia definición de la libertad como derecho o facultad de hacer no supone un uso abusivo por su titular. María LÓPEZ DE RAMÓN, refiriéndose al papel de los Estados en el establecimiento de los límites al ejercicio de la libertad de expresión plantea: “pese a ser plenamente reconocido por el gobierno correspondiente, en ningún caso supone un obstáculo para que éste imponga a sus ciudadanos determinadas restricciones con el fin de mantener la seguridad y el orden público fundamentales para garantizar la convivencia entre todos”<sup>8</sup>.

### **3. ESTADOS DE EXCEPCIÓN, NECESIDAD O EMERGENCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN EL MARCO LA COVID-19**

La doctrina posterior a la Segunda Guerra Mundial ha hecho referencia a los mecanismos de defensa de la Constitución como garantías del Estado constitucional de Derecho. Los acontecimientos acaecidos en los Estados fascistas antes de la guerra, las situaciones de emergencia provocadas por la contienda bélica y las tiranías militares o cívico-militares emergentes en el llamado Tercer Mundo invitaron a la reflexión de muchos juristas y politólogos contemporáneos.

Se plantea por varios autores<sup>9</sup> que las Constituciones contemporáneas, para perdurar, requieren de un conjunto de mecanismos de defensa que hagan de ellas, no tanto una declaración política, sino un cuerpo normativo perdurable en el tiempo, garante del pacto de convivencia social de una comunidad humana; sin desconocer, por supuesto, su naturaleza política y su impacto en la economía.

Para articular esta defensa, los referidos autores postulan la existencia de por lo menos tres mecanismos: la rigidez constitucional para la reforma, el control de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos, y los estados de excepción. Los tres mecanismos están orientados a que la Constitu-

---

<sup>8</sup> LÓPEZ DE RAMÓN, María, *La construcción histórica de la libertad de prensa*, p. 11.

<sup>9</sup> Robert ALEXY, Luigi FERRAJOLI, Javier PÉREZ ROYO, etcétera.

ción prevalezca, perdure, o sea restaurada, respetándose así la voluntad del poder constituyente originario.

Este trabajo se centra en el tercero de los mecanismos: los estados de excepción; puntualizará en sus variantes y formas concretas de expresión en el marco de la COVID-19 y reflexionará sobre la posibilidad de restringir los derechos humanos o fundamentales durante la aplicación de dicho mecanismo, así como los requisitos que debe valorar un juez para apreciar la aplicación de dichas restricciones en un caso concreto, partiendo de los modelos históricos de razonamiento judicial que se han impuesto.

Introduciendo la problemática del Derecho constitucional de excepción, PÉREZ ROYO refiere: “[...] El Estado es garantía política de la Sociedad como un todo, es el instrumento del que la Sociedad se dota para autodirigirse globalmente. En consecuencia, cuando una situación de crisis llega al Estado, no nos encontramos ante una crisis localizada, sino ante una crisis de alcance general, que afecta o a toda la sociedad o a una parte lo suficientemente significativa de la misma como para que tenga que reaccionar de forma especial el representante político general de la Sociedad, el Estado”.<sup>10</sup>

PÉREZ ROYO clasifica a los Estados democráticos, atendiendo a la previsión de los estados o situaciones de excepción en su ordenamiento jurídico, en tres grupos: 1) los países que no prevén la protección excepcional o extraordinaria del Estado; 2) los países que prevén expresamente la protección excepcional o extraordinaria del Estado, pero lo hacen a través de una “cláusula general”, que constituye una especie de cheque en blanco a favor de su destinatario; 3) los países que no solo prevén, sino que regulan expresamente la protección extraordinaria del Estado, es decir, que tienen un “Derecho Constitucional de Excepción”, junto al Derecho constitucional de la normalidad.

Debe referirse que los estados de excepción, vistos desde el Derecho constitucional, son etapas transitorias de anormalidad constitucional orientadas únicamente a la restauración de la normalidad constitucional. No pueden concebirse para una perpetuación de la excepcionalidad, o de un determinado ejercicio autoritario del poder, sino como la única garantía de retorno al funcionamiento ordinario de las instituciones democráticas.

---

<sup>10</sup> PÉREZ ROYO, Javier, *Curso...*, cit., p. 772.

Para PÉREZ ROYO, los estados de excepción tienen determinadas características que los distinguen:<sup>11</sup>

- 1) Deben distinguirse claramente de los estados de normalidad. La frontera entre el Derecho constitucional ordinario y el Derecho constitucional de excepción debe ser claramente definida; sin que pueda extenderse el uso de normas de excepción a situaciones normales.
- 2) Debe estar claramente separada la competencia para decidir en qué momento y lugar se empieza a aplicar el Derecho de excepción y la competencia para aplicar real y efectivamente las medidas previstas en el Derecho de excepción. Generalmente la declaración corresponde al órgano con función legislativa y la competencia para aplicar real y efectivamente las medidas del Derecho de excepción corresponde al gobierno.
- 3) El órgano legislativo o su representante deben poder modelar el Derecho de excepción aplicable al tipo de crisis al que haya que hacer frente.
- 4) Debe establecerse un principio de responsabilidad del Estado por los posibles perjuicios que las actuaciones de los poderes públicos pudieran ocasionar en la aplicación de las medidas excepcionales.

En cuanto a los tipos de excepción, los ordenamientos jurídicos emplean diferentes denominaciones, algunas genéricas, para referir una situación de crisis cualquiera a la que tenga que enfrentarse el Estado, y que suele poner en tensión la funcionalidad de sus órganos y la eficacia de sus normas jurídicas; mientras otros ordenamientos prefieren definir especies de situaciones o estados excepcionales. En el sentido referido, la Constitución del Reino de España emplea las categorías de alarma, excepción en sentido estricto y sitio.<sup>12</sup>

Néstor Pedro SAGÜÉS al referirse a los estados de excepción los denomina estado de necesidad y estado de emergencia. Para diferenciarlos plantea: "Hay consenso en considerar al estado de emergencia como un tipo o especie del género estado de necesidad. La 'emergencia' caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole, pues, accidental".<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Idem*, pp. 775-778.

<sup>13</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, p. 58.

Este autor refiere la existencia de cuatro “ingredientes” del estado de necesidad, como variedad del estado de excepción, a saber: a) la situación de necesidad, o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado; b) el acto necesario para enfrentar la situación de necesidad; c) el sujeto necesitado –en nuestro caso, el Estado–, cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar al acto necesario; y d) el derecho de necesidad, que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad –v. gr., si la contempla o no–, del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado.<sup>14</sup>

En cuanto a la limitación o restricción de derechos humanos o fundamentales en los diferentes estados de excepción, la legislación española que los regula, prevé en su art. 11 que se podrá, declarado el estado de alarma: *“a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados. d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto”*<sup>15</sup>

Por su parte, en los arts. 16 al 30 de la referida Ley española se establece que en el estado especial de excepción son susceptibles de suspensión la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, la libertad de residencia, la libertad de expresión y de información, y las medidas de gestión del conflicto colectivo. A ellos se adicionan muchas de las medidas especiales previstas para el estado de alarma.

No obstante, la propia Ley prevé que solo podrán ser limitados o restringidos, dentro de estos derechos, aquellos cuya restricción haya sido autorizada de forma explícita por el Congreso de los Diputados. Además, se dispone que no puede existir una supresión total de las garantías, sino que las garantías ordinarias serán sustituidas por otras que protejan menos los derechos.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 58 y 59.

<sup>15</sup> “Ley Orgánica No. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Reino de España”, *Boletín Oficial del Estado*, BOE-A-1981-12774, p. 5.

En cuanto a las garantías del debido proceso, el art. 30 de la referida Ley Orgánica española 4/1981, de 1 de junio, estipula: *“Uno. Si durante el estado de excepción el Juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional del presunto responsable, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado. Dos. Los condenados en estos procedimientos quedan exceptuados de los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del estado de excepción”*<sup>16</sup>

Para el estado de sitio la legislación española autoriza las mismas restricciones que para el estado especial de excepción, pero añade la suspensión de la garantía de no poder ser obligado a declarar. El estado de sitio se declara cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios.

Para el caso particular de la epidemia producida por el virus SARS-CoV-2, la legislación española prevé el estado de alarma. El inciso b) del art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981 dispone: *“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad... Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”*<sup>17</sup>

Es digno destacar que, a diferencia de los estados de excepción y sitio, que deben ser autorizados explícitamente por el Congreso de los Diputados, el estado de alarma puede ser aprobado por el Gobierno, mediante decreto del Consejo de Ministros. Sin embargo, la vigencia del estado de alarma se puede extender por un plazo máximo de 15 días, y sus prórrogas solo serán autorizadas por el Congreso de los Diputados. La vigencia territorial de dicho estado puede extenderse a todo el territorio nacional español o limitarse a una parte de él.

Como puede apreciarse, el estado de alarma en el ordenamiento jurídico español es el tipo de conmoción nacional más leve, por el nivel de peligro en que pone la funcionalidad de las instituciones políticas y jurídicas del país. En correspondencia con ello, el órgano competente para declararlo es el ejecutivo y admi-

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Idem*, pp. 3 y 4.

nistrativo, el de menor representatividad popular; en relación con ello, es de las tres situaciones excepcionales previstas la que menos derechos autoriza a restringir y la que tiene un tiempo de vigencia claramente delimitado.

El ordenamiento jurídico español prevé un sistema de regulación progresivo de los estados de excepción, por escalas o niveles, en dependencia del grado de peligro que puede representar cada situación excepcional para el normal funcionamiento del Estado. En relación con ello, la Ley Orgánica habilitante determina, de forma progresiva, los órganos competentes para declarar los distintos estados, las facultades atribuidas al Gobierno, el catálogo de derechos humanos o fundamentales que puede ser restringido y el nivel de restricción de estos.

Por su parte, la Constitución cubana de 2019 prevé, en los arts. 222 al 225, la posibilidad de decretar, dentro de las categorías genéricas de situaciones excepcionales y de desastres, las específicas de estado de guerra o la guerra, la movilización general, el estado de emergencia y la situación de desastre. Esta Constitución remite a una Ley ordinaria para regular las situaciones excepcionales y de desastre, que aún no ha sido aprobada, aunque forma parte del cronograma legislativo de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

A pesar de no haberse promulgado en Cuba una Ley para los estados de excepción, como se ha dicho, existe un mandato constitucional contenido de forma explícita en los artículos del Capítulo IV, Título X, de la Constitución de la República. Sin embargo, el espíritu de la nueva carta magna cubana se orienta al respeto del marco generalmente aceptado para los estados de excepción.

Debe precisarse que el art. 224 de la Constitución cubana estipula: *“Durante la vigencia de las situaciones excepcionales y de desastre, la ley determina los derechos y deberes reconocidos por la Constitución, cuyo ejercicio debe ser regulado de manera diferente”*.<sup>18</sup> Este mandato enuncia un respeto del constituyente al requisito de reserva de Ley.

El referido art. 224, en relación con el 45 constitucional, que expresa *“El ejercicio de los derechos de las personas solo está limitado por los derechos de los demás, las seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes”*,<sup>19</sup> postula una recepción en la Constitución cubana

---

<sup>18</sup> Constitución de la República de Cuba, p. 176.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

de 2019 de la doctrina externa sobre la restricción de derechos, la cual justifica la posibilidad de limitar o restringir dichos derechos.

En la etapa de pandemia del virus SARS-CoV-2, causante de la COVID-19, los tribunales cubanos adoptaron medidas orientadas a propiciar el aislamiento físico, las cuales fueron recomendadas por los expertos médicos para evitar el alto nivel de contagio provocado por la enfermedad. Al amparo de la Ley No. 82, "De los Tribunales Populares", de 11 de julio de 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular dictó la Instrucción No. 248, de fecha 31 de marzo de 2020.

Mediante esta disposición jurídica se restringió la tramitación de los procesos judiciales en curso, exceptuando aquellos asuntos que, en razón de su naturaleza y contenido, por causas justificadas, resultare necesario continuar. A pesar de esta limitación, se orientó garantizar contenidos esenciales del debido proceso, como la accesibilidad y pronta justicia, en aquellos casos que lo requieran bajo los requisitos de excepcionalidad.

El carácter provisional de la Instrucción No. 248 se constató con la promulgación de la Instrucción No. 250, de 17 de junio de 2020, emitida por el propio Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, ante una mejora de la situación epidemiológica del país. Esta Instrucción retomó garantías del debido proceso, anteriormente limitadas en el marco de la situación de salud. Se reinstauró o amplió: el acceso a la justicia, la igualdad de las partes en el proceso, el cómputo de plazos y términos.

De manera explícita, el cuarto apartado de la Instrucción No. 250 impone a los jueces la obligación de velar por que no se vulneren los derechos y las garantías de las partes, principalmente la tutela judicial efectiva. Se orienta además prestar particular atención a que no se produzcan situaciones de indefensión por razones de fuerza mayor. Se dispone igualmente: *"ante cada situación atípica que se presente en la etapa, el personal judicial procurará la solución con racionalidad, sensibilidad y flexibilidad, asegurando la comunicación efectiva con las partes. Ninguna de las medidas que se adopten pueden afectar el cumplimiento de las garantías del debido proceso"*<sup>20</sup>

La pandemia también ha impactado las economías, incluida la cubana, haciendo proliferar actividades comerciales ilegales. Para enfrentar esta situación se

---

<sup>20</sup> "Instrucción No. 250/2020", Tribunal Supremo Popular, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 33, p. 320.

dictó la Instrucción No. 252 de 30 de julio de 2020, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que indicó ofrecer un tratamiento de rigor en el juzgamiento y trámites incidentales para la ejecución de las penas impuestas sobre hechos de esta naturaleza. Cabe señalar que dicha disposición no fue publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. A pesar de ello se dispuso que dichos procesos se desarrollarán en un ambiente de legalidad y racionalidad; en tal sentido, el apartado octavo dispuso: *“En todos los asuntos que se tramiten, los jueces asegurarán la estricta observancia del debido proceso y los derechos y las garantías de los implicados, previstos en la Constitución y en la legislación procesal penal vigente”*.<sup>21</sup>

Vale apuntar que, a pesar del delicado escenario en que se administra justicia en tiempos de COVID-19, se ha mantenido el concepto público de las audiencias judiciales como mecanismo esencial para asegurar el control popular, aunque con el acatamiento de las medidas sanitarias. Estos ejemplos refuerzan la idea de la necesidad del test de proporcionalidad para garantizar derechos en situaciones excepcionales.

#### **4. LOS MODELOS DE RAZONAMIENTO JUDICIAL FRENTE A LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS**

Un modelo es una representación abstracta o material de un objeto de la realidad, el cual permite realizar estudios de aproximación a dicho objeto, para poder comprender mejor su naturaleza, estructura y funcionamiento. También se entiende por modelo el conjunto de características que permite agrupar idealmente, dentro de una ciencia o área del conocimiento, los objetos, sistemas o procesos relativos a dicha ciencia o área científica. En Derecho es común el agrupamiento por sistemas o modelos, para facilitar la utilización de la comparación jurídica.

En este trabajo se empleará el término modelo en dos sentidos diferentes, pero relacionados, expresando dos grados de generalidad distintos para el análisis del razonamiento judicial: los modelos generales de razonamiento judicial y los modelos o sistemas de razonamiento judicial para el control constitucional de la restricción de derechos humanos o fundamentales. La primera categoría permite agrupar los grandes sistemas o paradigmas de razonamiento judicial, basados en la lógica de la subsunción o la ponderación; mientras que la segunda se aplica de forma específica a la metodología de razonamiento judicial

---

<sup>21</sup> “Instrucción No. 252/2020”, Tribunal Supremo Popular, p. 4.

empleada para valorar o determinar la constitucionalidad de la restricción de derechos por las autoridades.

Hay que señalar que los autores coinciden en que desde el siglo XIX, la actividad judicial y sus métodos de razonamiento para la resolución de casos se ha sustentado en dos grandes modelos o paradigmas: el legalista-dogmático, con fuerte influencia del positivismo jurídico; y el argumentativo-justificatorio, también llamado judicialista-crítico o judicialista-argumentativo, más influido por tendencias iusfilosóficas antipositivistas o postpositivistas. El núcleo del razonamiento para llegar a la decisión en el primer paradigma es la subsunción; mientras que en el segundo es la ponderación.<sup>22</sup>

El paradigma legalista-dogmático se comenzó a perfilar de forma nítida en el siglo XIX, bajo la influencia de las escuelas exegética, histórica y del iuspositivismo del momento. Entre sus características más destacadas están que identifican el derecho con la ley; la Constitución como parte de la política, pero muy alejada del mundo jurídico; una fuerte separación entre creación y aplicación del Derecho, la primera atribuida exclusivamente al legislador, la segunda al juez, basada en una mecánica subsunción del hecho concreto a la norma abstracta; la seguridad jurídica como valor y principio central del ordenamiento, lo que significa "saber a qué atenerse jurídicamente o contar con la respuesta previsible y anticipada para cada problema jurídico".<sup>23</sup>

Este paradigma identificaba cinco pasos lógicos que concretaban el silogismo judicial y articulaban la actividad intelectual del juzgador con su expresión externa, en forma de fallo o sentencia. El primero era el juicio fáctico, mediante el cual se determinaban los hechos justiciables, separándolos de los no justiciables; el juicio de validez, que identificaba la norma válida aplicable al caso; el juicio de vigencia, que verificaba la vigencia de la norma para el caso concreto; el juicio de subsunción, que subsumía los elementos constitutivos del hecho (premisa menor) a los descritos en la norma aplicable (premisa mayor), mediante procedimiento deductivo; mediante este silogismo se llegaba al quinto juicio, llamado de consecuencias, y que se concreta en forma de fallo o sentencia propiamente dicha.

---

<sup>22</sup> VIGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, pp. 85-122.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 85.

Bajo el paradigma legalista-dogmático no era necesario el razonamiento justificatorio, pues la decisión del legislador se justificaba por sí misma y no estaba sujeta a control de nadie, mucho menos del juez, el que solo estaba autorizado al irrelevante silogismo formal judicial antes descrito. En este contexto se le otorgaba una centralidad a la Ley como fuente del Derecho, principalmente a la creada por el poder legislativo; mientras que la costumbre y la jurisprudencia tenían un carácter marginal, luego de cumplir varios requisitos, y en el caso de la primera, solo para aclarar la ley o suplir su silencio, pero nunca en oposición a esta.

El paradigma legalista-dogmático ha sufrido una crisis de legitimidad desde el proceso de Núremberg, “[...] con el reconocimiento de verdadera fuente del derecho a los ‘principios generales del derecho’, con la institucionalización del control constitucional, con la admisión de que la sentencia judicial no se limitaba a ‘aplicar’ la norma legal, con la presencia exigente y axiológicamente expansiva de los derechos humanos y con el debilitamiento de las pretensiones científicas generales en favor de proporcionar respuestas jurídicas a la medida de los casos”.<sup>24</sup> No obstante, en la práctica, muchos sistemas legales continúan asumiéndolo, en algunos casos ha sido propiciado desde el poder, por conveniencia política, y en otros, por el “facilismo” que supone para el trabajo cotidiano del juzgador. Sin embargo, queda claro que este paradigma o modelo es peligroso, particularmente para juzgar la constitucionalidad de la restricción de derechos en situaciones excepcionales.

La respuesta más consistente al paradigma legalista-dogmático ha venido siendo reconocida como paradigma judicialista-crítico, argumentativo-justificatorio o judicialista-argumentativo.<sup>25</sup> Un impulso significativo hacia este paradigma vino de los padres de la teoría de la argumentación jurídica,<sup>26</sup> los que señalan las limitaciones del procedimiento de deducción silogística del legalismo dogmático; sin embargo, autores como Rodolfo VIGO reconocen sus limitaciones para configurar plenamente el razonamiento justificatorio, pero lo creen necesario, potenciado desde una definición más abarcadora.

A los fines del presente trabajo se entiende por justificación decisoria judicial el proceso de exposición coherente y articulada de argumentos o razones suficientes y/o apropiadas, que permiten establecer la validez jurídica de las

---

<sup>24</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>26</sup> Chaïm PERELMAN, Robert ALEXI, Manuel ATIENZA, etcétera.

decisiones judiciales. Para algunos autores hay determinados niveles o grados de relación entre justificación y fundamentación, resaltando otros que en el caso de la primera se vincula específicamente con las opciones dentro del saber práctico o ético.<sup>27</sup>

Al respecto, el propio VIGO señala: "Precisando lo señalado, estimamos que el juez básicamente estructura un 'macrosilogismo' que contiene la decisión que resuelve el caso que lo ocupa y, por ende, debe establecer como mínimo la premisa mayor o enunciado normativo, la premisa menor o enunciado fáctico y la resolución o enunciado normativo individual".<sup>28</sup>

A las decisiones anteriores le antecede la que determina la constitución de la litis. El objeto de esta es precisar el problema que debe ser resuelto, es decir, la pretensión del actor; así como la determinación de si las partes han hecho lo que correspondía, a los fines de que el juez pueda pronunciarse. Esta primera decisión se constituye en una especie de prerequisite de las restantes, no solo en cuanto fija las cuestiones acerca de las cuales se está discutiendo en el proceso, sino que además establece si la causa está en condiciones de obtener la respuesta peticionada.

Por su parte, la premisa menor tiene por objetivo establecer los enunciados fácticos del caso. Es su propósito, basado en las pruebas aportadas por las partes, fijar judicialmente los hechos alegados por los justiciables; incluye qué ha sucedido, cuándo y dónde. Aquí se determina el *factum* sobre el cual va a recaer la decisión y se visualiza la actuación judicial, que debe transitar del hecho adornado de información jurídicamente intrascendente al hecho jurídicamente trascendente; en el cual al juez "[...] se le exige imparcialidad, porque acepta ciertos hechos como dados aunque no haya prueba, porque excluye ciertas pruebas no obstante su capacidad probatoria y porque no es libre y tiene plazos para pronunciarse".<sup>29</sup>

La premisa mayor o enunciado normativo es la tercera decisión del juez en el paradigma judicialista-crítico. Como es lógico, el juez puede partir de la norma general abstracta creada por el legislador, pero no tiene, o mejor, no puede sujetarse a ella de manera mecánica. Esa norma general debe ser interpretada, atribuirle a sus enunciados cierto sentido y alcance; y muy probablemente

---

<sup>27</sup> José FERRATER MORA, etcétera.

<sup>28</sup> VIGO, Rodolfo L., *La interpretación...*, cit., p. 96.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 97.

haya que completar dicha interpretación articulando dicha norma a determinados principios generales del Derecho, o completando sus lagunas con analogías. Incluso, en el sistema anglosajón, la norma general abstracta es establecida por el juez, basándose para ello en los precedentes.

La cuarta decisión, como se ha dicho, es la resolución o enunciado normativo individual. Es la consecuencia jurídica que contiene la decisión judicial y que se infiere de las premisas anteriormente expuestas por este. Es la concreción de un saber práctico que permite más de una respuesta admitida lógicamente por las mismas premisas, aunque supone igualmente determinadas conclusiones como imposibles y otras como necesarias.

VIGO destaca que ese proceso de transición de una decisión a otra no es lineal, y en él se verifica una recíproca compenetración entre actos de constatación de hechos reales y de calificación jurídica. Al respecto destaca: “[...] ese ‘ir y venir de la mirada judicial’ desde las normas a los hechos y desde los hechos a las normas [...] lo que constituye [...] una manifestación del círculo hermenéutico [...] Es indudable que el juez, por el carácter práctico de su razonamiento decisorio, normalmente debe optar entre diversos silogismos que solo puede apreciar apropiadamente si los tiene integralmente contruidos a su disposición [...] podríamos decir que la prudencia judicial, antes de imperar o decidir, tiene que conocer y juzgar entre diferentes alternativas que solo puede apreciar si las representa no solo en las conclusiones, sino también con las premisas que las posibilitan”.<sup>30</sup> Este paradigma judicialista-crítico o argumentativo es más coherente con las garantías que exige la restricción de derechos en situaciones excepcionales.

A los efectos de este trabajo se entiende por modelos de razonamiento judicial en el control constitucional de restricción de los derechos, los sistemas de razonamiento lógico que emplean los jueces para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las actuaciones restrictivas de derechos humanos o fundamentales, provengan estas de cualquier autoridad, sea legislativa, ejecutiva o judicial. Sin embargo, todas las categorías analizadas a partir de aquí se adscriben dentro del paradigma o modelo judicialista-crítico o argumentativo, por la elevada exigencia de justificación/argumentación para la decisión y el empleo del test de proporcionalidad, sea en su forma básica o desarrollada.

---

<sup>30</sup> *Idem*, p. 100.

Para autores como BARAK existen al menos tres modelos o sistemas de razonamiento judicial para el control constitucional de la restricción de derechos humanos o fundamentales: el modelo basado en el test de proporcionalidad, al que se le dedicará el próximo epígrafe; las alternativas no basadas en la categorización de los derechos; y la alternativa basada en la categorización de los derechos.<sup>31</sup>

Dentro de las alternativas no basadas en la categorización de los derechos se pueden agrupar la que se basa en la teoría de los derechos absolutos;<sup>32</sup> la que se basa en la protección del núcleo del derecho fundamental<sup>33</sup> y la que se basa en el modelo dual.<sup>34</sup> Estas alternativas no comparten el despliegue total del test de proporcionalidad por el juez en la solución del caso concreto, aunque pueden compartir, con ciertos matices, algunos aspectos de dicha metodología. Tampoco comparten el modelo estadounidense de agrupamiento de los derechos en tres categorías.

La alternativa basada en la teoría de los derechos absolutos tiene su origen en los planteamientos de MAX WEBBER; y de acuerdo con ella, el supuesto de hecho de los derechos fundamentales se determina de conformidad con su interpretación, a través de limitaciones construidas por el legislador. Estas limitaciones forman parte del derecho fundamental, de modo que no están orientadas a restringirlo, sino a configurarlo.

En este modelo o alternativa, al decir de Aharon BARAK, “[...] el legislador es el único que puede determinar los límites del derecho. Una vez estos límites han sido establecidos (de acuerdo con la interpretación adecuada del derecho y las limitaciones establecidas por la legislación), el derecho se vuelve absoluto. Así, no hay lugar ni a la proporcionalidad, ni a la ponderación”.<sup>35</sup> Al juez solo le toca examinar si el uso de la discrecionalidad legislativa fue arbitrario o no.

La crítica más seria que opone a esta alternativa el profesor y exjuez israelí Aharon BARAK es que los derechos humanos o fundamentales se orientan a proteger a los individuos de la “dictadura” de las mayorías, y que es precisamente

---

<sup>31</sup> BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, pp. 537-572.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 537-540.

<sup>33</sup> *Idem*, pp. 540-543.

<sup>34</sup> *Idem*, pp. 543-546.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 537.

el legislador la mayor expresión de la voluntad política de las mayorías; por lo que sería un contrasentido poner en manos de este la configuración de los límites del derecho.

Otra de las alternativas no basadas en la categorización es la de protección del núcleo del derecho fundamental. Esta considera el núcleo del derecho como absoluto. Todo aquello que está comprendido por el núcleo no puede ser restringido. La alternativa de protección del núcleo de derecho admite formas atenuadas de aplicación del test de proporcionalidad, de modo que tales técnicas solo pueden aplicarse a aquellos componentes del derecho que están fuera del núcleo.

La alternativa o modelo de la protección del núcleo del derecho fundamental divide la estructura de los derechos en dos partes: el núcleo o contenido esencial mínimo y la penumbra o periferia. Para la determinación de la restricción del derecho se puede asumir, según los desarrolladores de esta teoría, un test de carácter objetivo o bien uno de carácter subjetivo. El primero se determina desde el punto de vista del ordenamiento jurídico como un todo, cuando el derecho pierde su importancia en relación con gran parte o toda la comunidad; mientras que el segundo se determina desde el punto de vista de la víctima o persona a la que se le ha restringido el derecho. En este enfoque “[...] el núcleo del derecho ha sido restringido cuando el derecho pierde su importancia en relación con el individuo en específico”<sup>36</sup>.

La mayor dificultad que se le señala a esta alternativa o modelo es la difícil determinación del “núcleo” de derecho fundamental y por consiguiente, la clara delimitación entre este y el área de penumbra. Parece que cada derecho lleva por sí un ejercicio para determinar el contenido esencial mínimo de su “núcleo”, lo que haría de la valoración de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la restricción de cada derecho un ejercicio si no infinito, por lo menos prolongado en el tiempo.

La tercera alternativa a la proporcionalidad no basada en la categorización de los derechos es el llamado “modelo dual” de PORAT. El “modelo dual” también distingue entre una parte de la estructura del derecho a la que se le puede aplicar la proporcionalidad y otra que está absolutamente protegida contra cualquier incursión de la proporcionalidad.

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 541.

La esencia del “modelo dual” queda expresada así por Aharon BARAK:

“El modelo dual [...] distingue entre dos tipos de conflicto: un conflicto de primer orden y un conflicto de segundo orden excluyente. Los conflictos de primer orden se caracterizan por estar conformados por un derecho fundamental y un interés que constituye la fuente de la restricción [...]. Un conflicto de segundo orden, normalmente, toma la forma de un derecho fundamental que entra en conflicto con un interés que no debe ser tomado en consideración en absoluto. Conforme al modelo dual, el primer conflicto se resuelve a través de la ponderación entre los intereses en conflicto. El segundo conflicto no se resuelve a través de la ponderación sino más bien a través de la preferencia por el derecho sobre el interés con el cual entra en conflicto. El interés en conflicto se ‘excluye’ completamente de toda consideración.”<sup>37</sup>

El “modelo dual” tiene dos partes claramente diferenciables. En el caso de los conflictos de primer orden, su solución es concordante con el test de proporcionalidad; mientras que en los de segundo orden no es aplicable en ningún supuesto el test de proporcionalidad. Parece que en los últimos casos la propuesta está orientada a hacer vencer siempre el derecho fundamental sobre el interés público, aproximándose a lo que autores como Robert ALEXEY denominan precedencia incondicionada del derecho.

Por su parte, la alternativa basada en la categorización de los derechos es la más importante opción enfrentada a la proporcionalidad. Es la alternativa o modelo predominante en el Derecho estadounidense, y consiste en una forma de pensamiento interpretativo basado en categorías jurídicas.

El pensamiento basado en categorías ha entrado en tensión con otras modalidades como las del pensamiento basado en conceptos, el pensamiento basado en intereses y el pensamiento basado en valores; sin embargo, estas alternativas, desarrolladas en el Derecho europeo, son marginales a los modelos o alternativas principales, por lo que no serán objeto de análisis en este trabajo.

Aharon BARAK define el modelo o alternativa basada en la categorización de los derechos de la manera siguiente: “[...] este es un tipo de pensamiento formalista que se enfoca en clasificaciones y atribuciones. Así, el texto jurídico ha sido dividido en diversas categorías y cada categoría ha sido a su vez dividida en subcategorías. Cada categoría y subcategoría tiene su propio ámbito de

---

<sup>37</sup> *Idem*, pp. 543 y 544.

aplicación que ha sido bien definido. La cuestión jurídica principal trata acerca de la identificación de la categoría adecuada y de la aplicación del marco fáctico de dicha categoría jurídica predeterminada y adecuada. Una vez una categoría ha sido escogida, el conjunto de reglas jurídicas que la acompañan se aplicará de manera automática. El desarrollo jurídico tiene lugar en el paso de una categoría a otra, a través de la creación de nuevas categorías o a través de la modificación y reforma de la interpretación de las categorías existentes<sup>38</sup>.

Es común en este modelo, sistema o alternativa tener en cuenta las consideraciones políticas del momento en la actuación judicial. Dichas consideraciones son trascendentes en la configuración de cada categoría jurídica. La categoría jurídica, que es resultado de la consideración política, se aplica con el objeto de solucionar el problema jurídico. Un examen de las consideraciones políticas que subyacen a la categoría tiene lugar solo cuando se considera un nuevo desarrollo jurídico o bien, por cambio en el alcance de las categorías existentes, o la creación de nuevas categorías. De este modo, el pensamiento basado en categorías puede implicar un pensamiento creativo.

En Estados Unidos también se concibe la protección de derechos humanos o fundamentales en dos etapas, tal como ocurre en la mayoría de los sistemas procesales constitucionales del mundo: la primera, donde se determina el supuesto de hecho de derecho fundamental; y la segunda, donde se determina su ámbito de protección. Sin embargo, en la segunda etapa no se aplica exactamente la metodología de la ponderación, sino una variante que se ajusta a la categoría donde se ubica el derecho en cuestión. De este modo, el principal factor que permite diferenciar entre la categorización jurídica y la proporcionalidad es la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

En la Carta de derechos de Estados Unidos se conciben los derechos humanos o fundamentales sin limitarlos sobre la base de cláusulas restrictivas generales o específicas. Los derechos se consagran en términos absolutos y cada derecho configura su propia categoría. En general, los autores identifican tres categorías: derechos cuya restricción implica un escrutinio estricto; derechos cuya restricción implica un escrutinio intermedio; y derechos cuya restricción implica un escrutinio mínimo. No todos los autores estadounidenses comparten este sistema de categorías, sin embargo, es el criterio más aceptado.

---

<sup>38</sup> *Idem*, p. 549.

## **5. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD, ¿UNA METODOLOGÍA SATISFACITORIA PARA EL RAZONAMIENTO JUDICIAL FRENTE A SITUACIONES EXCEPCIONALES?**

Luego de abordados los elementos anteriores cabría preguntarse: ¿satisfacen los modelos o alternativas no basados en la proporcionalidad las exigencias del razonamiento judicial para valorar la restricción de derechos en situaciones excepcionales?; ¿puede la restricción de derechos en situaciones excepcionales ser arbitraria?; ¿qué reglas deben cumplirse para restringir desde el Estado los derechos fundamentales o humanos en las diferentes situaciones excepcionales?; ¿qué requisitos debe observar un juez para valorar la proporcionalidad en la restricción de derechos en los casos concretos en que interviene?

Se impone comenzar el análisis respondiendo si los modelos o alternativas no basados en la proporcionalidad satisfacen las exigencias del razonamiento judicial para valorar la restricción de derechos en situaciones excepcionales, y argumentar su decisión en cada caso, conforme al modelo del judicialismo argumentativo. La consideración de los autores es que ninguno de estos modelos o alternativas supera las posibilidades que ofrece el test de proporcionalidad. En primer lugar, porque tanto el modelo basado en la categorización, como el de los derechos absolutos, el de protección del núcleo del derecho fundamental y el dual se conciben para situaciones normales, estables y con grados mayores de previsión de resultados, que las condiciones circunstanciales que imponen las situaciones excepcionales.

Unido a la anterior hay que señalar limitaciones específicas para cada modelo o alternativa no basados en el test de proporcionalidad. En el caso del modelo basado en los derechos absolutos, se le confiere una amplia discrecionalidad al legislador para configurar los límites o restricciones a los derechos, como parte del contenido de estos, lo que contradice la idea de los derechos como escudos de protección frente a la voluntad inestable de las mayorías. Este modelo niega en la práctica la intervención judicial en la valoración de la restricción a los derechos. A lo anterior hay que agregar que en situaciones excepcionales, el legislativo cede muchas de sus prerrogativas a un órgano ejecutivo, lo cual pondría en una situación de vulnerabilidad mayor a los derechos si se le permite a dicho órgano restringirlos sin intervención judicial.

El modelo de protección del núcleo del derecho fundamental tiene su mayor dificultad en la ausencia de una técnica clara y universalmente válida para po-

der separar el contenido del “núcleo” de la “penumbra” en un derecho fundamental, pues los límites son bien difusos y están determinados en gran medida por el contexto de actuación. Esa labor de delimitación entre “núcleo” y “penumbra” sería especialmente contraproducente en situaciones excepcionales, donde la potencialidad para la vulneración de derechos es muy alta y se requiere de una intervención rápida por un poder moderador al poder, léase órgano jurisdiccional.

Por otra parte, el modelo dual lo que hace es establecer una división entre conflictos de primer orden, que se verifican entre derechos fundamentales en colisión, a los que se les aplicaría las reglas de la proporcionalidad en sentido estricto, y conflictos de segundo orden, a los que nunca se les aplicaría la regla de la proporcionalidad; estos son los que pueden darse entre un derecho fundamental y un interés público protegido. Con esta lógica, toda restricción a los derechos en situaciones excepcionales estaría fuera de controversia jurídica, lo que no tendría sentido desde la lógica de la valoración de la constitucionalidad a la restricción de derechos fundamentales y de la adecuada argumentación de las decisiones judiciales.

En cuanto al modelo basado en categorías jurídicas, debe comentarse que para un grupo de derechos, ubicados en el nivel mínimo de escrutinio, se permite la imposición de restricciones sustanciales, lo cual no sería permitido bajo el modelo de la proporcionalidad. Para los derechos del nivel mínimo basta con que el fin perseguido sea un interés público legítimo y que el medio elegido para alcanzar tal interés tenga una base racional. En situaciones excepcionales cumplir con estos requisitos sería fácil, lo cual crea un marco apropiado para una restricción ambiciosa a un amplio grupo de derechos.

Respondida la primera interrogante, es pertinente pasar a las reflexiones sobre las subsiguientes. Para ello se partirá de asumir como modelo o alternativa más satisfactoria la del test de proporcionalidad, en el entendido de que permite valorar de manera más eficaz la constitucionalidad de una restricción de derechos humanos o fundamentales por parte de los jueces en situaciones excepcionales, así como argumentar su decisión. Este modelo aporta una metodología de razonamiento judicial más garantista y ajustada a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios de la ciencia.

El papel de los jueces en la valoración de la restricción de derechos durante situaciones excepcionales es fundamental, es el único representante del Estado capaz de adecuar la regla general al caso concreto. Al respecto refiere Ignacio

COLOMBO: “[...] el control judicial es la salvaguarda que tiene cada individuo particular, puesto que puede ser que la medida en general sea adecuada, pero que lesione desproporcionadamente –por no haber podido contemplar todos los casos, por la velocidad con la que se dictó– algunas situaciones –personas con autismo que necesitan salir una vez al día, grupos vulnerables que viven hacinados y sin servicios básicos, etc.”<sup>39</sup>

Como se ha dicho, los autores de este trabajo asumen la teoría externa sobre los derechos humanos o fundamentales; la que acepta, a grandes rasgos, la posibilidad de que dichos derechos sean restringidos en determinados supuestos. Pero asumir esta posición no constituye una patente de corso para la restricción arbitraria de los derechos por las autoridades. Se asume que dicha restricción, para ser legítima, debe cumplir con un conjunto de requisitos formales y sustanciales.

Entre los requisitos formales están los relativos al cumplimiento de exigencia de autoridad competente, de procedimiento adecuado y el marco legal autorizante. En Cuba, los tres requisitos formales se cumplen, aunque con grados diferentes de satisfacción de las exigencias de formalidad.

En cuanto a la autoridad competente, la Constitución de 2019 es clara, pues estipula en el art. 218 que el Consejo de Defensa Nacional es el órgano superior del Estado que durante las situaciones excepcionales y de desastre dirige el país y asume las atribuciones que le corresponden a los órganos del Estado, excepto la facultad constituyente.

En cuanto al órgano que controla el cumplimiento de las competencias y funciones del Consejo de Defensa Nacional es, según el art. 225 constitucional, la Asamblea Nacional del Poder Popular, máximo órgano de poder, siguiendo así la costumbre predominante en el Derecho constitucional contemporáneo.

En lo relativo al procedimiento adecuado, el marco constitucional establece unas bases generales que apuntan a una corrección procedimental en la actuación, estableciendo pautas para la autoridad competente ejecutora (Consejo de Defensa Nacional) y para la autoridad competente revisora (Asamblea Nacional del Poder Popular).

---

<sup>39</sup> COLOMBO, Ignacio, “Notas sobre el constitucionalismo y los estados de emergencia. Las garantías constitucionales y el poder judicial”, en Rodolfo Barra, y otros, *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, p. 265.

No obstante, la ausencia de la Ley de desarrollo estipulada por la propia Constitución de 2019 limita la claridad necesaria para enjuiciar la corrección de los procedimientos de actuación de las autoridades en el marco de los estados de excepción, principalmente aquellos dirigidos a limitar o restringir derechos humanos o fundamentales.

A pesar de esa realidad, los órganos y organismos del Estado implicados en el cumplimiento de las medidas de enfrentamiento a las situaciones excepcionales y de desastre, guiados por las pautas de la nueva Constitución, y lo no derogado de la Ley No. 75, "De la Defensa Nacional", han producido una prolífera legislación que satisface, en parte, los vacíos provocados por la referida ausencia de ley de desarrollo. Situación análoga ocurre con el requisito formal de marco legal autorizante.

Pero como se ha planteado, el cumplimiento de los requisitos formales no es suficiente para determinar la corrección de la actuación de los órganos del Estado, y en particular de la Administración, en los estados de excepción en los supuestos en que se restringen derechos. Es universalmente aceptado en los Estados de Derecho que se requiere además un plus de cumplimiento, relativo a requisitos sustanciales de corrección de las medidas restrictivas de derechos humanos o fundamentales.

Particularmente importante son estos requisitos sustanciales para la actuación de los tribunales de justicia, cuando enjuician hechos en los que se han restringido derechos en el marco de los estados o situaciones excepcionales. Los sistemas judiciales más avanzados han optado por la aplicación del test de proporcionalidad, como metodología objetiva para valorar y argumentar resoluciones judiciales en el marco de los estados de excepción. Esta metodología se inscribe dentro de las formas más avanzadas de funcionamiento del paradigma judicialista argumentativo.

El eminente jurista Aharon BARAK, profesor de Derecho de Harvard y ex-presidente de la Corte Suprema de Israel, planteó: "[...] los derechos fundamentales son relativos, es decir, que se puede justificar su no realización en la máxima extensión de su supuesto de hecho. El criterio conforme al cual se mide tal realización del derecho fundamental es el de la proporcionalidad".<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, cit., p. 159.

Este planteamiento coincide con los criterios de la teoría externa de los derechos humanos o fundamentales, antes expuesta; acogida por los autores de este trabajo; por la Constitución cubana de 2019, en sus arts. 45 y 224; y por la mayoría de las Constituciones europeas y latinoamericanas. Esta postura justifica la posibilidad de restringir o limitar derechos, cumpliendo determinados requisitos formales y sustanciales.

Más adelante, el propio BARAK refiere: “La proporcionalidad es una construcción jurídica. Ella es un instrumento metodológico. La proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios, y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración al derecho fundamental (este último componente se denomina también ‘*proporcionalidad en sentido estricto*’ o ponderación)”.<sup>41</sup>

Estos cuatro componentes se conciben como el núcleo autorizante de la cláusula restrictiva; su cumplimiento constituye la justificación racional de la restricción de derechos humanos o fundamentales y verifica la constitucionalidad de tal medida restrictiva. Son la base para determinar si una restricción o limitación de un derecho es proporcional y por tanto, constitucional.

Cuando existe la restricción de un derecho, particularmente en los llamados estados o situaciones de excepción, los jueces que examinan los casos deben valorar la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva; y si esta importancia es mayor que la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción del derecho humano o fundamental, entonces puede concluir que la restricción al derecho es proporcional, y por ello constitucional. Pero no basta con esta valoración general, hay que desentrañar paso por paso cada uno de los cuatro componentes de test de proporcionalidad.

Cuando se alude al fin adecuado de una restricción de derechos, como componente del test de proporcionalidad, el juez que examina el caso debe tener en cuenta cuatro elementos: el contenido del fin de la restricción de derechos, el alcance del fin, la forma de expresión y los requisitos de cumplimiento.

El contenido del fin está matizado por una fuerte carga axiológica y expresa los valores supremos defendidos por una sociedad determinada; usualmente

---

<sup>41</sup> *Ibidem.*

ese contenido del fin está conformado por el significado social, político y jurídico, que se le atribuye a cuestiones como la protección de derechos ajenos, la protección del interés general, la protección del bien público (seguridad nacional, orden público, permanencia del Estado de Derecho); así como otros más específicos de determinadas sociedades, como los valores de tolerancia, los sentimientos y los principios constitucionales.

Por otro lado, el alcance del fin adecuado puede ser general o específico, teniendo el primero mayor grado de protección. En cuanto a la forma de expresión del fin adecuado, esta puede ser de manera explícita o implícita, debiendo atribuírsele mayor grado de protección a la forma explícita, pues expresa de manera inequívoca la voluntad del soberano por boca del legislador. Los requisitos para el cumplimiento del fin adecuado deben exigirse desde la verificación de un contenido apropiado y la perentoriedad de la medida restrictiva.

El requisito del medio necesario evoca, por su parte, la necesidad de la medida restrictiva para alcanzar el fin adecuado. Si la medida restrictiva del derecho humano o fundamental no apunta directamente al cumplimiento del fin adecuado, entonces no es necesaria. Por otro lado, si existe otra medida con potencialidad para cumplir el fin en el mismo grado, y es menos vulneradora del derecho humano o fundamental, entonces en este caso tampoco la medida cumple con el requisito de necesidad.

Por su parte, la conexión racional alude a la correspondencia necesaria entre el fin adecuado con la restricción del derecho y la medida tomada para el cumplimiento de dicho fin. Tiene que haber una relación de interdependencia entre fin y medio empleado para su logro. La desconexión entre fin y medio descalifica la proporcionalidad de una medida restrictiva de derecho fundamental, y la hace inconstitucional para el caso concreto.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación supone un juicio comparativo entre la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva y la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción al derecho humano o fundamental. Si triunfa la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva, entonces la restricción del derecho es proporcional y por ello constitucional; por el contrario, si triunfa la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción al derecho, entonces la restricción no es proporcional y se aparta del marco de constitucionalidad.

Como señala al respecto GONZÁLEZ MONZÓN: “El resultado de la ponderación lo constituye entonces un enunciado de preferencia”.<sup>42</sup>

## 6. CONCLUSIONES

Los términos derechos humanos, fundamentales o constitucionales han sido abordados por algunos autores como sinónimos, mientras otros diferencian sus significados. En cualquier caso, expresan un haz de facultades, potestades, competencias o poderes ejercitables en una relación jurídica especial, en que intervienen por un lado el ciudadano o persona humana y por otro el Estado, con sus respectivos derechos y obligaciones. Desde una postura interna, dichos derechos no son restringibles, mientras la postura externa permite su restricción en determinados supuestos.

Las situaciones excepcionales, con sus diferentes denominaciones, aluden a una fase de crisis o anormalidad constitucional y se conciben en la Constitución para el retorno al funcionamiento ordinario del Estado de Derecho. La COVID-19 ha significado una situación excepcional, en cuyo marco los Estados han restringido derechos para garantizar el aislamiento social y el funcionamiento de servicios básicos. El razonamiento judicial para determinar la constitucionalidad de la restricción de derechos se ha sustentado en varios paradigmas o modelos. En este contexto, y para una argumentación objetiva de sus decisiones, los jueces deben valorar las restricciones de derechos basados en la metodología del test de proporcionalidad, como parte del paradigma del judicialismo argumentativo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### FUENTES DOCTRINALES

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, Lima, 2017.

COLOMBO, Ignacio, “Notas sobre el constitucionalismo y los estados de emergencia. Las garantías constitucionales y el poder judicial”, en Rodolfo Barra y otros, *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2020.

---

<sup>42</sup> GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *El juez y el derecho. El derecho por principios y la ponderación judicial*, p. 359.

- GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *El juez y el derecho. El derecho por principios y la ponderación judicial*, Leyer Editores, Bogotá, 2020.
- LÓPEZ DE RAMÓN, María, *La construcción histórica de la libertad de prensa*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014.
- LÓPEZ GUERRA, Luis et al., *Derecho constitucional*, vol. I – *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y Martha PRIETO VALDÉS, “Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis”, en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (comps.), *Temas de derechos constitucionales cubano*, Félix Varela, La Habana, 2000.
- PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, 4ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.
- VIGO, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, tirant lo blanch, Ciudad de México, 2017.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, “Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en Martha Prieto Valdés, *Selección de textos constitucionales*, primera parte, ENPES, La Habana, 1991.

## FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba*, Editora Política, La Habana, 2019.
- “Instrucción No. 250/2020”, Tribunal Supremo Popular, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 33.
- “Instrucción No. 252/2020”, Tribunal Supremo Popular.
- “Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Reino de España”, *Boletín Oficial del Estado*, BOE-A-1981-12774.

---

Recibido: 13/8/2020  
Aprobado: 15/10/2020