

EL CONSTITUCIONALISMO LÍQUIDO. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SIGLO XXI¹⁻²

THE LIQUID CONSTITUTIONALISM. THE CONSTITUTIONAL DOGMATIC OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE S. XXI

Ignacio Villaverde Menéndez³

Catedrático de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo (UNIOVI, Asturias, España)

ÁREA(S) DEL DERECHO: derecho constitucional; teoría de la constitución; teoría general de los derechos fundamentales; interpretación constitucional; diálogo entre tribunales.

RESUMEN: En este trabajo el autor reflexiona sobre el proceso de licuefacción de la Constitución y la metodología constitucional. Para el autor, fenómenos como el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo global o el diálogo entre tribunales son expresión de una creciente tendencia a emplear los preceptos constitucionales como un mero pretexto para justificar

determinadas interpretaciones de la Constitución que tratan de legitimar unas decisiones jurídicas concretas que en muchas ocasiones sin incluso contrarias o desconocer lo expresamente dispuesto en su texto. De este modo las Constituciones pierden su normatividad y su posición de supremacía y son sustituidas por la voluntad del intérprete, lo que resulta profundamente antidemocrático. Esta disolución de la normatividad constitucional se pone de manifiesto sobretudo en la teoría general de los derechos fundamentales, dominada por un principialismo que el autor rechaza frontalmente.

¹ Este opúsculo tiene su origen en una conferencia que tuve el honor de impartir en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia el 20 de abril de 2017, a cuya Presidencia, en las personas y maestros Leopoldo Tolivar y Ramón Punset, agradezco su generosidad por permitirme exponer estas reflexiones aún faltas, sin duda, de tiempo y reposo.

² En recuerdo de Ignacio de Otto, 30 años después de su partida a Ítaca, porque cimentó este edificio del que podemos hablar libres 40 años después.

³ *E-mail:* nacho@uniovi.es. *Currículo:* <http://uniovi.academia.edu/IgnacioVillaverde/CurriculumVitae>.

ABSTRACT: *In this work the author reflects on the process of liquefaction of the Constitution and the constitutional methodology. For the author, phenomena such as neo-constitutionalism, global constitutionalism or dialogue between courts are an expression of an increasing tendency to use constitutional precepts as a mere pretext to justify certain interpretations of the Constitution that seek to legitimize specific legal decisions that in many occasions contradicting or ignoring what is expressly stated in the constitutional text. In this way, the Constitutions lose their normativity and position of supremacy and are replaced by the will of the interpreter, which is profoundly anti-democratic. This dissolution of the constitutional normativity impact specially in the general theory of fundamental rights, dominated by a principlism that the author rejects frontally.*

PALABRAS-CLAVE: constitucionalismo líquido; supremacía constitucional; constitución sólida; interpretación constitucional; constitución; derechos fundamentales; interpretación constitucional; positivismo; normativismo; principlismo.

KEYWORDS: *liquid constitutionalism; constitutional supremacy; solid constitution; constitutional interpretation; constitution; fundamental rights; constitutional interpretation; positivism; normativism; principlism.*

SUMARIO: 1 Unas palabras previas. El caso Melloni, un aviso para navegantes; 2 La derrota del paleo-positivismo en la sociedad líquida; 3 El Constitucionalismo sólido: la Constitución sin moral; 4 Cambio de paradigma. El Constitucionalismo líquido y el retorno de la moral. La licuefacción de los derechos fundamentales; 5 El retorno del iusnaturalismo y la disolución de la positividad de los derechos; 6 La modernidad líquida y su Constitucionalismo. Una conclusión.

SUMMARY: *1 A few words before. The Melloni case, a notice for navigators; 2 The defeat of paleo-positivism in liquid society; 3 The solid Constitutionalism: the Constitution without morals; 4 Change of paradigm. Liquid Constitutionalism and the return of morality. The liquefaction of fundamental rights; 5 The return of natural law and the dissolution of the positivity of rights; 6 Liquid modernity and its Constitutionalism. A conclusion.*

1 UNAS PALABRAS PREVIAS. EL CASO MELLONI, UN AVISO PARA NAVEGANTES

El lector no va a encontrar en estas páginas un balance al uso de los últimos 40 años de la Constitución española (en adelante, CE) en relación con sus derechos fundamentales. Lo cierto es que ese balance lo sería de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) porque la teoría general de los derechos y su dogmática en España no ha

hecho grandes aportaciones al margen de algunos escasos trabajos. En buena medida porque somos deudores de la alemana, y nos hemos limitado, con alguna meritoria excepción, repito, a importar un tanto acríticamente el principialismo de Alexy. En esa medida, poco hemos avanzado en ese campo desde el trabajo seminal de Ignacio de OTTO Y PARDO y Lorenzo MARTÍN RETORTILLO en el libro publicado conjuntamente por ambos en el año 1988, "Derechos fundamentales y Constitución"⁴; aunque es cierto que la doctrina española, y también su jurisprudencia, ha sido muy prolífica en el estudio de los singulares derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la construcción de una teoría general propia de los derechos, la jurisprudencia del TC no ha sido muy amiga de grandes elaboraciones dogmáticas, y a salvo algunos pronunciamientos señeros, en los que se ha limitado a establecer, lo que no es poco, que los derechos fundamentales además de derechos subjetivos son principios objetivos y básicos del ordenamiento jurídico español que se proyectan sobre todos sus ámbitos, y que su contenido esencial es aquel mínimo constitucional que los hace reconocibles como tales. Por eso creo que un balance de estos 40 años aportaría poco, más allá de apuntar alguna trayectoria errática en algunos derechos (como en los supuestos de la libertad de expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad). Sin embargo, ha habido señales en estos últimos años de un sutil e imperceptible cambio que invita a una reflexión más seductora, creo yo, que repasar lo ya hecho, atisbar lo que está por venir.

Prueba de que quizá no esté tan desencaminado es que el propio MARTÍN-RETORTILLO BAQUER publicó un interesantísimo artículo en 2016 titulado "Treinta años de afianzamiento de los derechos fundamentales"⁵ en el que justamente apunta en la dirección comentada al dedicarlo casi en su integridad a reflexionar sobre el impacto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales respectivamente ha tenido en la doctrina y especialmente la jurisprudencia españolas sobre el Título I de la CE.

⁴ Civitas, Madrid, 1988.

⁵ Revista de Administración Pública, núm. 200, págs. 45 y ss.

No comparto la conclusión tan optimista que expresa MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo citado en relación con las bondades de lo que él denomina “la interconexión de ordenamientos jurídicos”⁶. Debo decir que soy muy escéptico con los beneficios de esa interconexión expresada esencialmente a través del llamado “diálogo entre tribunales”⁷, que a mi juicio ha contribuido a un paulatino proceso de disolución del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales de la CE, manifestación, a mi así me lo parece, del éxito creciente de lo que podría calificarse como el Constitucionalismo líquido.

La primera nota de atención ha sido el caso Melloni. El TC había sentado una doctrina ciertamente controvertida en relación con las solicitudes de extradición formuladas por Italia respecto de ciudadanos italianos residentes en España. La STC 91/2000 afirmó que “... constituye una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE que se proyectan ad extra, la decisión de los órganos judiciales españoles de acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa, pues consideramos que ello menoscababa el contenido esencial del proceso justo de un modo que afectaba a la dignidad humana” (FJ 14). Con ocasión de la ejecución de una orden europea de detención dirigida contra el Sr. Melloni, el TC formuló cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el canon de control de la actuación judicial de instancia que autorizó la entrega del reclamado (ATC 86/2011)⁸. El TJUE dictó la Sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, C-399/11, en la que resuelve la cuestión planteada afirmando que a lo que se debe estar es a la obligatoriedad ejecutiva de la orden europea de detención

⁶ Ob.cit., pág. 62.

⁷ Rafael Bustos Gisbert, *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, “Revista española de derecho constitucional”, núm. 95, 2012, págs. 13 y ss; VVAA, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. Muy expresivo el título (y su contenido), crítico con el modo en el que el TC resolvió el caso Melloni al que le dedicaremos unas líneas más abajo en este artículo, del trabajo de Mercedes Pérez Manzano, *El mercado único de los derechos fundamentales y la protección de los principios y garantías penales*, “Revista General de Derecho Penal”, núm. 28, 2017, consultado en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419426&d=1>, última consulta, 11 de enero de 2018.

⁸ Mercedes Pérez Manzano, *El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio*, “Revista española de derecho constitucional”, núm. 95, 2012, págs. 311 y ss.

que es compatible y respetuosa con lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, debiendo los Estados parte adaptar su estándar de protección, también el constitucional, al europeo incluso cuando aquél resulte ser más amplio e intenso que el segundo. El TC en su STC 26/2014 con un importante despliegue argumental, termina por plegarse a esta doctrina del TJUE, hace “overruling” de la doctrina de la STC 91/2000, y, quiérase o no, adelgaza la extensión de la protección dispensada por el artículo 24 CE para adaptarla a la que según el TJUE dispensa el artículo 47 de la Carta Europea. Hubiera sido más correcto, entiendo yo, abrogar la doctrina de la STC 91/2000 porque plantea una muy discutible extraterritorialidad del artículo 24 CE. Pero el TC optó por preguntarle al TJUE sobre el mismísimo parámetro de control de la actuación judicial y, además, se plegó a la interpretación del TJUE al margen de lo que podría resultar del artículo 24 CE⁹.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG) en un caso similar optó por una solución muy distinta. En su BVerfGE de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14, el BVerfG, que ni se le ocurrió plantear una cuestión prejudicial, considera que también debe garantizar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LFB) frente a los actos de la Unión Europea si dichos actos pueden entrar en contradicción con la “identidad constitucional” alemana (art.79.3 LFB). El BVerfG en ese caso anuló una decisión de un tribunal ordinario de ejecución de una orden europea de detención porque no tuvo en cuenta el alegato del ciudadano italiano afectado relativo a que había sido condenado en Italia en ausencia y el proceso criminal italiano no contemplaba la posibilidad de que esa condena pueda ser revisada. Pero no le hizo falta diluir el contenido constitucional del artículo 19 LFB, le bastó con aplicarlo con arreglo a su propia jurisprudencia en este extremo¹⁰.

⁹ Ramón Punset Blanco, *Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del Caso Melloni*, “Teoría y Realidad Constitucional”, núm. 39, 2017, págs. 189 y ss. La doctrina del Caso Melloni en relación con la compatibilidad de los juicios en rebeldía con el artículo 47 de la Carta Europea, nuevo canon interpretativo del artículo 24 CE, es reiterada por la STC 77/2014 referido a un juicio en ausencia celebrado en España.

¹⁰ El BVerfG también tiene su propia doctrina sobre la extraterritorialidad de la tutela judicial efectiva. En la BVerfGE de 23 de enero de 2017, 2 BvR 2584/12, ha estimado el amparo interpuesto por un ciudadano alemán por vulneración de sus garantías procesales (artículo 19.4 LFB, derecho a un remedio efectivo en Derecho) en relación con la sentencia dictada por un juez penal español en un procedimiento abreviado en su sentencia. La diferencia con el caso español es que el TC en la STC 91/2000 se apoyó en la reiterada jurisprudencia del TEDH condenando a Italia y sus juicios en ausencia sin posibilidad de revisión por lesión del artículo 6 del Convenio; y hasta donde se me

¿Por qué el TC acudió a una cuestión prejudicial y además para preguntarse sobre el parámetro de control de un acto judicial interno –por mucho que fuese en aplicación de una norma europea? ¿No le era suficiente el artículo 24 CE y su ya larga y compleja jurisprudencia sobre él? ¿Por qué nuestro TC no ha seguido el camino del BVerfG?

La segunda nota, y que constituye también otro signo preocupante de la licuefacción del texto Constitucional, es la irrupción en la jurisprudencia del TC de un “constitucionalismo sociológico” según el cual, las normas constitucionales pueden y deben cambiar su significado en función de los tiempos en los que se las deba aplicar, de manera que la constitucionalidad de un acto o una norma depende más de la realidad social en la que debe aplicarse la CE que no de lo que esta diga. Un ejemplo claro de ese constitucionalismo sociológico ha sido sin duda la STC 198/2012 en relación con la constitucionalidad de la reforma del Código Civil para legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo. El argumento decisivo de la mayoría del TC no ha sido que el artículo 32 CE no precisa si el matrimonio lo es entre parejas de distinto sexo o del mismo, y por tanto es una decisión del legislador en cada momento histórico definir el instituto del matrimonio, con la única condición constitucional de que debe garantizar la igualdad entre sus partes; sino que la sociedad española ya estaba preparada e incluso urgía el reconocimiento de los matrimonios homosexuales. Dice la STC 198/2012, FJ-9:

“Para avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un “árbol vivo”, – en expresión de la sentencia Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada*

alcanza España no ha sido reiteradamente condenada por sus procedimientos penales abreviados. Otro ejemplo de debilitamiento de la solidez del texto constitucional nacional frente al empuje del Derecho europeo también se puede rastrear en la Sentencia Taricco de la Corte Costituzionale italiana que ha relativizado la hasta ese momento firme doctrina de los “contralímites” sentada en la Sentencia Frontini de 1973 según la cual el Derecho europeo encontraba su límite en la garantía que dispensan los derechos fundamentales de la Constitución italiana. Véase Roberto E. Kostoris, *La Corte Costituzionale e il Caso Taricco, tra tutela dei “contralimiti” e scontro tra paradigmi*, “Diritto Penale Contemporaneo”, núm. 3, 2017 (consultado en <<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5288-la-corte-costituzionale-e-il-caso-taricco-tra-tutela-dei-controlimiti-e-scontro-tra-paradigmi>>, última consulta, el 10 de enero de 2018).

de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo - que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos,

la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”.

Y si esto era poco, sigue:

“Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva “imagen” del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural.

“Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. Respecto a la opinión que merece a los españoles la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Centro de Investigaciones Sociológicas, con motivo de la elaboración del anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía

que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a “opiniones y actitudes sobre la familia” (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Tras la aprobación de la Ley 13/2005, los datos facilitados por la Comisión Europea contenidos en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), apuntan que el 44 por 100 de los encuestados – pertenecientes a los entonces 25 Estados miembros de la Unión, y a Bulgaria, Rumanía, Croacia, Turquía y la comunidad turco chipriota – está de acuerdo con la idea de que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a un 49 por 100 que manifiesta su oposición. En este contexto europeo, España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación. Los datos más recientes del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre este particular se encuentran en el estudio sobre las “actitudes de la juventud ante la diversidad sexual” (núm. 2.854), realizado entre noviembre y diciembre de 2010 a jóvenes de entre 14 y 29 años, y del que resulta que el 76,8 por 100 de los encuestados consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte las cifras del Instituto Nacional de Estadística contenidas en la estadística sobre “movimiento natural de la población”, permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque todas estas cifras no

sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo.

“Acudiendo a la doctrina para perfilar la noción de matrimonio que se asume en nuestra cultura jurídica, hay que constatar que entre los juristas especializados en la materia no existe una posición unánime respecto de la cuestión que nos ocupa, si bien se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica, existiendo matices distintos respecto del vínculo constitucional de la institución así configurada”

No puedo expresar sino mi perplejidad en mi condición de un constitucionalista paleo-positivista¹¹. ¿La constitucionalidad de una ley es una cuestión estadística, de derecho comparado, de cultura jurídica...?

Esta insólita apreciación en una resolución judicial, empieza a menudear en Votos Particulares donde se pueden leer afirmaciones sobre la necesidad de interpretar “evolutivamente” la CE, como el que se formula al ATC 129/2016 relativo al trato diferenciado en el impuesto de sucesiones a las parejas de hecho homosexuales, o al ATC 126/2017, en relación con un incidente de ejecución de una sentencia del TC en el marco del conflicto secesionista catalán, en el que la Constitución se reduce a la condición de expresión formal de un “pacto constitucional”.

¿Ha regresado el uso alternativo del derecho, en este caso, del Derecho Constitucional? Eso parece. Acaso nunca se fue¹².

¹¹ Los Votos Particulares formulados a esta Sentencia muestran su discrepancia con esta interpretación “evolutiva” de la CE.

¹² Nicolás María López Calera, Modesto Saavedra López, Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1978; Nicolás María López Calera, *¿Ha muerto el uso alternativo*

El lector no encontrará en las páginas que siguen una reflexión acabada sobre esas tendencias y sus consecuencias. Lo que sigue es un modesto y perplejo ensayo preocupado sobre el proceso que parece imparable de disolución de la normatividad constitucional, más que un análisis acabado de esa tendencia y sus manifestaciones. Tómense estas líneas como una invitación a la reflexión.

2 LA DERROTA DEL PALEO-POSITIVISMO EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA

¿Cuánto se puede torturar? Esta pregunta que escandalizaría a cualquier jurista contemporáneo occidental hasta la fecha, probablemente reciba una respuesta muy distinta tras los terribles acontecimientos terroristas que han venido asolando al mundo desde septiembre de 2001. Hasta esa fecha, e incluso unos años más tarde, la respuesta, al menos en Europa y en particular en España, no dejaría lugar a dudas: nada en absoluto. El artículo 15 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) es rotundo: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, *en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura* ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (el subrayado es del autor). Es más, el propio Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) llegó a decir en su STC 151/1997, FJ-5º: “en efecto, salvo contadas excepciones como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos...”. Es decir, si el derecho a no padecer en ningún caso torturas es absoluto, ello significa que no tiene límites. ¿Seríamos hoy capaces de mantener esta misma firmeza?

Es un tópico del discurso jurídico alternativo someter esa regla constitucional a la aporía del terrorista y el policía. ¿Qué respuesta se le debe dar al policía que pregunta si no es posible torturar a un terrorista confeso que sólo él conoce donde ha colocado una bomba nuclear apunto de detonar, siquiera levemente y con métodos no físicamente terribles –por ejemplo, con técnicas psicológicas o fármacos-? En el fondo esta pregunta encierra una gran falacia lógica porque en el caso concreto el policía hará lo que tenga que hacer y asumirá la responsabilidad penal que corresponda (posiblemente mitigada por la atenuante de evitar un mal ajeno o el cumplimiento del deber, o un estado de necesidad...) y lo que menos se planteará en un caso como ese será una duda

del derecho?, “Claves de razón práctica”, núm. 72, 1997, págs. 32 y ss; y el curioso y no menos interesante de José María Laso Prieto, *Fundamento constitucional del uso alternativo del derecho*, “Revista de derecho político”, núm. 1, 1978, págs. 113 y ss.

sobre la constitucionalidad de su actuar. Porque la respuesta que le daría un constitucionalista paleo-positivista sería que la CE prohíbe cualquier tipo de tortura, por leve o indolora que pueda ser¹³. Otra cosa es que se discuta si una inyección de pentotal es una “tortura” o simplemente una intervención corporal que afecta al derecho fundamental a la integridad física del terrorista confeso (también protegida por el artículo 15 CE), el cual admite límites constitucionales; los mismos que se aplicaron por el TC para el caso de intervenciones corporales consistentes en una intervención quirúrgica (SSTC 154/2002 y 37/2011), la esterilización de un disminuido psíquico (STC 215/1994) o la toma de muestras para una prueba de ADN (STC 199/2013).

Lo que me inquieta en casos como el del terrorista es que la respuesta que se da por aquellos que consideran inconcebible y moralmente inaceptable esa aplicación formalista de la CE es que lo que debe reinterpretarse es el carácter absoluto de la prohibición, y que debe interpretarse el artículo 15 CE de forma que ciertos casos de tortura en ciertos supuestos extremos serían admisibles siempre que pasen el test de la proporcionalidad. Esto en el caso de que simplemente no apelen a la “ponderación” necesaria entre el indiscutible bien superior de la vida de miles de ciudadanos, que también la CE ordena proteger al Estado, y el de la dignidad e integridad física y moral de un único individuo, que además es un terrorista confeso.

La cuestión no es sólo si no se está confundiendo un juicio moral con uno jurídico-constitucional, y si en un Estado constitucional y democrático de derecho no resulta irrenunciable mantener separada la moral del derecho, sino el grave problema de dilucidar dónde están los término y límites de esa ponderación. ¿Y si el terrorista es presunto, pero no confeso? ¿Y si no son miles de personas las puestas en riesgo? ¿Y si el artefacto es simulado o no existe? ¿Se puede aplicar el mismo método para resolver un crimen execrable, por ejemplo, un caso de pederastia o de infanticidio? ¿Dónde está la frontera entre lo moralmente indiscutible y lo constitucionalmente admisible?

El derecho comparado nos ofrece ejemplos de esa incertidumbre.

La Corte Suprema de Israel en el caso *Public Committee Against Torture v. State of Israel*, de 9 de junio de 1999, sostuvo la legalidad del uso de “una

¹³ Interesantes las reflexiones de Juan Antonio García Amado en su conferencia “Derechos y ponderación”, que puede seguirse en <<https://www.youtube.com/watch?v=1QFTfHNBas>>, última consulta 11 de enero de 2018.

presión física moderada” sobre los sospechosos por los servicios de seguridad, en ciertos casos previstos por el derecho penal bajo la denominación de “defensa necesaria”. Años más tarde en su Dictamen de 11 de septiembre de 2016 en el caso *Isreali Medical Association v. State of Isreal* sostuvo la constitucionalidad de la alimentación forzosa de detenidos palestinos que hubiesen emprendido una huelga de hambre. A su juicio la alimentación forzosa mediante la introducción de una sonda gástrica en contra de la voluntad consciente de los detenidos, lo que requería una “presión física moderada” (estoy resumiendo los argumentos de la Corte), a pesar de que las organizaciones médicas internacionales lo consideran un acto de tortura y contra la dignidad de la persona, no podía tenerse por tal si su finalidad era proteger la vida y salud del obligado. En ambos casos, la admisión de un cierto grado de “tortura” ni siquiera deriva de una ponderación entre la vida de muchos y la dignidad de uno.

Un último ejemplo de los imprevisibles resultados de la ponderación. El BVerfG en su BVerfGE 115, 118, de 15 de febrero de 2006, sostuvo que el precepto de la Ley federal de seguridad aérea que autorizaba y regulaba el procedimiento a seguir para el derribo de un avión de pasajeros en el caso de que fuese secuestrado era contraria a la LFB porque en el examen de los bienes dignos de protección constitucional en presencia el legislador había inobservado su deber positivo de protección de la vida e integridad física de los pasajeros del avión, que no cabía sacrificar dando preferencia a la protección de la vida e integridad física de las potenciales e hipotéticas víctimas del empleo de la aeronave como un arma. Un argumento similar ya lo había sostenido en la BVerfGE 109/279, de 3 de marzo de 2004, en relación con la ley que autorizaba la masiva e indiscriminada interceptación de comunicaciones para prevención y persecución de actividades consideradas terroristas. El argumento era en síntesis el mismo, la LFB no amparaba el resultado de una ponderación entre el derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad de cualquiera frente a la seguridad nacional cifrada en la investigación de hipotéticas actividades de elementos terroristas que hipotéticamente podían poner en riesgo la vida e integridad de hipotéticas e indeterminadas víctimas. Sin embargo, los terribles atentados terroristas que de forma periódica han sufridos distintas capitales europeas desde el año 2011 ha hecho mella en el BVerfG, que en su BVerfGE de 20 de abril de 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, consideró constitucional la autorización de la Oficina Federal de Policía a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para el empleo de dispositivos ocultos de escucha y vigilancia en

el marco de la lucha contra el terrorismo internacional (aunque en la propia sentencia establece una serie de condiciones que a juicio del BVerfG deben cumplirse para no vulnerar la LFB en relación con la transmisión a terceros de los datos obtenidos mediante esos dispositivos). Parece que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la intimidad bien merecen ser sacrificados si de lo que se trata es de proteger a un número indeterminado de personas ante posibles atentados terroristas; siempre claro está que el sacrificio esté bajo estricto control judicial y se protejan los datos personales de los investigados en el caso de que se proceda a su transferencia internacional¹⁴.

El problema de paradigmas como el expresado, según el cual el derecho admite un uso alternativo según las circunstancias, es que genera un grado tal de incertidumbre sobre las reglas jurídicas, y en lo que a mí me interesa, las constitucionales, que va más allá de la falta de plena certeza sobre el sentido de unas normas que se expresan en el siempre interpretable e impreciso lenguaje natural, que en último término reintroduce el factor humano y su aparejada volubilidad en el ordenamiento jurídico constitucional democrático, el cual ha luchado siempre justo por expulsarlo porque sólo así se dota al sistema constitucional y jurídico de un grado de predictibilidad y control capaz de generar la confianza indispensable para que una democracia no sea un estado de naturaleza 2.0.

Veinte años después de aquel rotundo *obiter dicta* de la STC 151/1997 sobre el carácter absoluto del derecho fundamental a no sufrir torturas no tengo la seguridad plena de que el TC volviese a reiterar esa afirmación y otorgara sin fisuras ni titubeos el amparo a quien haya sufrido torturas para arrancarle

¹⁴ En un sentido similar se pronunció el Conseil Constitutionnel francés en su Decisión n° 2015-722 DC, de 26 noviembre 2015, en relación con la ley que autorizaba la vigilancia de comunicaciones en la lucha contra el terrorismo internacional con la condición de que las medidas adoptadas estuviesen bajo control judicial. Es interesante contrastar estos casos con la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, SCtUS) en relación con las detenciones en el Campo de la bahía de Guantánamo y su constitucionalidad (Casos *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) y *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), en las cuales, a pesar de reconocer que la calificación de “enemigo en combate” y su consiguiente sujeción a las leyes marciales que permiten su retención para evitar su regreso al frente es una competencia del Ejecutivo, no obstante, que esto sea así no constituye una excepción constitucional al derecho de los detenidos por las autoridades norteamericanas de instar un procedimiento de *habeas corpus* ante los tribunales norteamericanos.

la confesión en el caso hipotético más arriba expuesto¹⁵. Hace veinte años el debate constitucional no estaba en si la CE prohibía o no la tortura porque era indiscutible que lo hacía. El debate, de haberlo (como lo hubo en las SSTC 120 y 137/1990 sobre la alimentación forzosa de los reclusos de la organización terrorista GRAPO en huelga de hambre), lo sería sobre si ciertas medidas (alimentar forzosamente a un huelguista de hambre) constituían o no un acto de tortura, porque si lo era, simplemente estaba tajantemente prohibido por la CE. El problema es que hoy casi con toda seguridad se discutiría sobre si en efecto esa prohibición de la tortura es tan absoluta en la CE o si admite alguna limitación justificada en la defensa de otros derechos, bienes o intereses dignos de mejor protección constitucional que la que merecería un (presunto) terrorista.

Curiosamente el Derecho Constitucional del Siglo XXI se ha plagado de incertidumbres, al menos para quien se tiene por un paleo-positivista en los términos que ha definido el paleo-positivismo FERRAJOLI¹⁶. La Constitución ha dejado de ser una referencia estable y cierta, el “texto” de la interpretación constitucional, confinada en su literalidad, para convertirse en el “pretexto” para legitimar interpretaciones de sus preceptos que tiene más que ver con su uso alternativo en función de las necesidades y circunstancias del momento, que con el recto sentido de sus palabra¹⁷.

Es muy probable que en mi condición de paleo-positivista forme parte de la comunidad que BOGDANDY ha calificado de “zombis intelectuales”¹⁸, y en esa medida mi metodología resulte obsoleta en estos tiempos de urgencia y transversalidad. Como a buen seguro no dudaría en calificarla VOLKMANN a la vista de su ponencia presentada en la reunión de 2007 de la Vereinigung

¹⁵ Tony Ward, *¿Es en algún caso admisible la tortura?*, “El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho”, núm. 9, 2010, págs. 4 y ss; Massimo La Torre, *La teoría del derecho de la tortura*, “Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, núm. 17, 2007, págs. 71 y ss.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, y *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, ambos en Doxa, núm. 34, 2011, pp. 15 y ss, y pp. 311 y ss.

¹⁷ A no confundirse. No se trata de defender aquí un tipo de “originalismo” al estilo norteamericano en la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales. Sigue siendo una referencia en español inexcusable de ese debate el trabajo de Miguel Beltrán de Felipe, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Cívitas, Madrid, 1989.

¹⁸ Armin von Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, “International Journal of Constitutional Law (I.CON)”, Vol. 6, 2008, págs. 397 y ss.

der deutschen Staatsrechtslehrer (dedicada ese año a “Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts”, que bien pudiera traducirse por “La eficacia de la ciencia del Derecho Público”). Este autor no duda en arremeter contra el Derecho Constitucional paleo-positivista porque a su juicio se asienta en el “mito de la Constitución”, en la falsa creencia de que la Constitución rige en efecto a la sociedad estatal que constituye. A riesgo de incurrir en el esperpento, me atrevería a decir que de su teoría cabría inferirse que, dado que la Constitución no puede ni nunca ha cumplido su función constitutiva y transformadora de la sociedad, abandonémosla a su suerte y dejemos que el “régimen político real” dicte las normas constitucionales que en cada caso y situación resulten necesarias y satisfagan las expectativas reales de los miembros de la comunidad política¹⁹. En fin, que, si hay que torturar, torturemos porque la *Constitución viva*, que es la real, no sólo lo permite, sino que lo exige para proteger a la comunidad y sus miembros de los ataques de sus enemigos, como así lo demuestra que estadísticamente la mayoría de los ciudadanos la aceptarían en ciertos casos extremos, y en la cultura jurídica actual hay cierta controversia sobre el asunto, de manera que parece ineludible interpretar de forma evolutiva el artículo 15 CE. Esta tesis podría encontrar sustento en lo dispuesto en el artículo 10.1 CE, que habla de la paz social como pilar del sistema constitucional y de la sociedad española, y los derechos a la vida y a la integridad física de los restantes ciudadanos, que también encuentran protección en lo dispuesto en ese mismo artículo 15 CE, así como que la seguridad nacional y la prevención y persecución de los delitos constituyan bienes dignos de protección constitucional aptos para limitar los derechos fundamentales de la CE.

3 EL CONSTITUCIONALISMO SÓLIDO: LA CONSTITUCIÓN SIN MORAL

El espíritu que ha alentado la lucha por el Estado constitucional democrático y de derecho es la lucha titánica contra el factor humano. La lucha por una ficción, la del gobierno de las normas y no de los hombres. Ficción porque la presencia humana es insoslayable en cualquier proceso de toma de decisiones, y el derecho no es más que un conjunto de procesos decisorios sobre

¹⁹ Uwe Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Wirklichkeit*, “VVDStRL. Lesitungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts”, Vol. 67, 2007, traducida al español *El Derecho Constitucional, entre pretensión normativa y realidad política*, “Teoría y Realidad Constitucional”, núm. 21, 2008, págs. 187 y ss.

el uso de la fuerza física. En esto, y sólo en esto, Carl SCHMITT tenía razón²⁰. Pero tenemos que fingir que no es así, que no estamos sujetos a la voluntad de los hombres, sino a la de las normas, esas reglas de convivencia sobre las que nos hemos puesto de acuerdo (la democracia no es sino una manera de ponernos de acuerdo sobre esas reglas) para poder vivir en comunidad. Debemos separar el derecho de la moral, la norma del factor humano²¹. Ese es el “sueño constitucional” de nuestra era. El anhelo de que las reglas nazcan de la racionalidad y alejen de las decisiones del poder cualquier atisbo de factor humano que las haga arbitrarias, caprichosas o desnudos usos incontrolados de la fuerza física para torcer la voluntad y la conducta del otro²². Es el sueño de creer que podemos autogobernarnos al margen de la caprichosa voluntad humana, que podemos hacerlo con arreglo a reglas objetivadas y formalizadas que nos dan la certidumbre de saber a qué atenernos, de no estar sujetos a la voluble voluntad y criterio de nadie. Eso también es el derecho, reglas objetivadas sobre la convivencia. Sólo así podremos sobrevivir y convivir en comunidad porque podemos confiar en los otros porque sabemos a qué atenernos, y lo sabemos porque el qué atenernos lo definen reglas y no voluntades (meras decisiones).

Por eso también formalizamos las reglas y procedimentalizamos sus procesos de creación identificando quién las crea y cómo debe crearlas (el legislativo), quién se cuida de que las reglas se hagan una razonable realidad y la realidad se haga conforme a esas reglas (el ejecutivo) y quién vela y asegura que las reglas se respetan y cumplen en sus propios términos (el judicial). Y además establecemos límites al qué de las reglas. No todo puede ser regulado o regulado de cualquier manera. Esto descrito de esta forma tan simple no es más que el esqueleto descarnado del Estado constitucional democrático y de derecho, que necesita de una regla básica y fundante, constitutiva, sólida y cierta: la Constitución.

²⁰ Inevitable citar su *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017 (11ª edic.). Hay traducción al español, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

²¹ Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, en Niklas Luhmann, “Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1981, págs. 35 y ss; Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

²² Imprescindible la lectura de Juan Luis Requejo Pagés, *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016. Véase también Jesús Ignacio Martínez García, *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992.

La Constitución es una norma *sólida*, superior a todas, formalmente identificable y distinta a otras, que contiene reglas constitucionales, no por lo que regulan, sino por su posición respecto de las demás, de la que gozan únicamente por estar en ella²³. Reglas que son supremas porque son indisponibles para los poderes que ellas mismas crean. Ni el que tiene el poder de crear reglas, ni el que tiene el poder de ejecutarlas, ni el que tiene el poder de hacer que se cumplan pueden crear, alterar o eludir las reglas de la Constitución. No hay factor humano (moral) que dispense de la regla constitucional (ni de cualquier otra regla jurídica). La positividad de la regla, que es puesta y vale por haberlo sido, es la garantía de su función primordial en el Estado constitucional democrático de derecho: asegurar la certeza del derecho²⁴, de la certidumbre sobre la decisión jurídica, de la confianza en el otro porque sé a qué atenerme; el destierro del factor humano²⁵.

Para eso está el Tribunal Constitucional, para asegurar que así es, que la Constitución es positiva, es sólida. Cumple una misión fundamental en el Estado constitucional democrático de derecho en la medida en que es imposible la eliminación total del factor humano en el proceso de creación de las reglas y su aplicación porque la reglas se expresan en lenguaje natural, resultando inevitable la existencia de una mayor o menor penumbra en su significado (¿qué es “tortura”?), aunque la literalidad de la norma que contiene la regla, del precepto que la expresa siempre es un límite insoslayable en su interpretación²⁶ (“en ningún caso puedan ser sometidos a tortura”). Una tensión interpretativa, que como señaló BÖCKENFÖRDE²⁷, es especialmente acusada en las normas

²³ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993 (3ª reimp.), Cap. I, pág. 11 y ss.

²⁴ Jesús Ignacio Martínez García, *Derecho e incertidumbre*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, núm. XXVIII, 2012, págs. 97 y ss.

²⁵ Niklas Luhmann, *Positividad des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en Niklas Luhmann, “Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, Suhrkamp, Frankfurt am Mein, 1981, págs. 113 y ss.

²⁶ Toda interpretación tiene sus límites. Hans-George Gadamer, *Verdad y Método II, Sígueme*, Salamanca, 1992, pp. 319 y ss; Umberto Eco, *Los límites de la interpretación*, Revista de Occidente, núm.118, 1991, págs. 5 y ss; y del mismo autor, *Interpretación y sobreinterpretación*, Cambridge University Press, Cambridge/Madrid, 1997 (2ª edic.); Jeremy Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, California Law Review, Vol. 82, 1994, págs. 509 y ss Tecla Mazzarese, Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente, “Doxa”, núm. 23, 2000, págs.597 y ss.

²⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik*, en “Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht”,

constitucionales y muy particularmente en las que contienen derechos fundamentales. Esta circunstancia requiere de una estructura organizativa dotada de un determinado estatus, del que emanará su legitimidad y autoridad²⁸, que debe tener atribuida por ello la capital e indispensable función de reducir esa penumbra e interpretar la norma fijando sus reglas de forma precisa mediante la argumentación jurídica²⁹. Esa es la esencial misión del Tribunal Constitucional, crear certidumbre desde la penumbra de la norma mediante su interpretación para solidificarla.

El razonamiento jurídico que lleve a una y otra interpretación (¿alimentar forzosamente es un supuesto de tortura?) está basado en reglas jurídicas identificables, formalizadas, con un rango que deriva de la forma jurídica que las contiene, de ser Constitución, y no por su contenido. Un discurso argumentativo controlable, contrastable y pautado, por muy controvertido o discutible que resulte. Un razonamiento sujeto a reglas metodológicas compartidas y aceptadas por la comunidad jurídica, y no obediente a criterios de oportunidad o interés (lo que es propio del razonamiento político). Gracias a estos criterios, tenemos un alto grado de certeza sobre a qué atenernos en nuestro comportamiento, y también lo hay sobre los posibles pronunciamientos judiciales relativos a él. Guste o no el resultado, lo consideremos aceptable moralmente o no, se corresponda con nuestras convicciones personales o no. Es una cuestión de reglas, no de juicios de valor o de oportunidad saber si la tortura está o no prohibida en el ordenamiento jurídico español. Por eso, en el Estado constitucional democrático y de derecho la tensión entre libertad y seguridad es sólo una aporía lógica.

No está de más apuntar que en todo este discurso no he recurrido en ningún momento a conceptos como soberanía, nación, pueblo, interés general o bien común. No se necesitan.

SuhrkampFrankfurt am Mein, 1991, pp. 53 y ss.

²⁸ Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, 2010, págs. 192 y ss.

²⁹ Ignacio de Otto y Pardo, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional*, en Ignacio de Otto y Pardo, "Obras Completas", Universidad de Oviedo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid/Oviedo, 2010, págs. 1163 y ss.

La edad gloriosa, si alguna vez la hubo, del Constitucionalismo³⁰ ha sido la del Constitucionalismo sólido, donde no se albergaba duda sobre lo que es una Constitución y lo que la Constitución dice, sobre la evidencia de sus normas, incluso allí donde hallar sus reglas ha planteado dificultades en su interpretación. Pero hoy, en el Siglo XXI, el paradigma resulta ser otro, y la CE no es ajena a este hecho.

4 CAMBIO DE PARADIGMA. EL CONSTITUCIONALISMO LÍQUIDO Y EL RETORNO DE LA MORAL. LA LICUEFACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A mis ojos el cambio de paradigma constitucional se hace cada día más evidente y es en la teoría y dogmática de los derechos fundamentales donde se manifiesta de forma más aguda.

Los derechos fundamentales desempeñan en el paradigma teórico del Constitucionalismo sólido una función capital: garantizan al más alto rango normativo posible en un Estado que ciertos espacios de convivencia sujetos a la regla jurídica de la vinculación negativa al ordenamiento jurídico del individuo resulten indisponibles a los poderes públicos (incluso a los particulares) porque la norma constitucional prohíbe la introducción en ellos de deberes unilaterales cuyo incumplimiento está sujeto a sanción (poder público en sentido técnico). Los límites a los derechos fundamentales son reglas que permiten introducir esos deberes de forma muy condicionada, constreñida y para situaciones específicas dentro de los espacios protegidos por ellos, porque si no fuese así, resultarían disponibles para el poder público. Los derechos fundamentales son espacios vitales sin reglas, por eso son “libertades”, donde no es posible transformar aquella vinculación positiva en negativa, donde no puede ejercerse ni introducir poder público si no es bajo las estrictas condiciones que la propia Constitución fija. En el espacio de los derechos fundamentales la exclusión del factor humano es radical, de raíz. Un espacio donde la prohibición queda prohibida, un espacio inmune a las reglas jurídicas.

Por esta razón los derechos fundamentales no pueden ser sin más los derechos que pueden ser reconocidos a cualquier persona (FERRAJOLI), o meras razones para ponderar entre normas en conflicto (ALEXY), ni siquiera fragmentos de soberanía individual (BASTIDA). Los derechos fundamentales son normas

³⁰ Miguel Artola, *Constitucionalismo en la historia*, Crítica, Barcelona, 2005.

jurídicas de rango constitucional que contienen reglas que permiten al individuo ser *libre* (garantía de la vinculación negativa al ordenamiento jurídico) o que prohíben al poder público (o a los privados) vincular positivamente al individuo a un mandato o a una prohibición. Pero son reglas, no principios, ni meros argumentos en una decisión judicial o administrativa sobre a qué norma o regla dar prioridad en detrimento de otras con las que concurre contradictoriamente en el caso concreto. Un derecho fundamental es una regla sobre el uso de la fuerza para justamente excluirla de un ámbito de vida, y que se formaliza en un permiso con rango constitucional. Este es el constitucionalismo sólido de los derechos fundamentales.

5 EL RETORNO DEL IUSNATURALISMO Y LA DISOLUCIÓN DE LA POSITIVIDAD DE LOS DERECHOS

Hace nada menos que 27 años BÖCKENFÖRDE expresaba su preocupación por la situación de la dogmática de los derechos fundamentales en el 40 aniversario de la LFB³¹. Llamaba la atención sobre la deriva valorativa que había tomado el camino de la dogmática alemana de los derechos, nota de atención que cabe extender hoy por hoy a las doctrinas y jurisprudencias de los Estados constitucionales de tradición continental. Su preocupación se cifraba en el sobrepeso que había adquirido, sobre todo en la jurisprudencia del BVerfG, la dimensión objetiva de los derechos; dicho de otro modo, la preminencia del análisis y aplicación de los derechos como contenedores y expresión de los valores fundamentales del orden constitucional (las “Grundentscheidungen”), hasta el punto de que la necesidad de adecuar su contenido a esos valores supraconstitucionales estaba alterando y de hecho alteraba el contenido constitucionalmente adecuado de los preceptos que los contenían. La normatividad y la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales se disolvían paulatinamente en un orden de valores que hipotéticamente encarnaba el régimen constitucional que el BVerfG revelaba en sus decisiones. A su juicio, el objetivismo axiológico del BVerfG oscurecía la prístina condición de derechos subjetivos constitucionales de los derechos fundamentales. Para el maestro alemán, este camino emprendido por el BVerfG desplazaba preocupantemente al legislador democrático de su papel en la proyección de los derechos en las distintas ramas del ordenamiento jurídico y transformaba

³¹ *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Veröffentlichungen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München, 1990.

al Tribunal Constitucional (y por contagio a la jurisdicción ordinaria) en fuente creadora de normas *iusfundamentales*, incluso yendo más allá de la letra de la propia Constitución. Se preguntaba BÖCKENFÖRDE en quién debía confiar el ciudadano a la hora de proyectar los derechos fundamentales en las distintas ramas del ordenamiento jurídico: en el parlamento elegido democráticamente por ellos o en el BverfG.

La disolución de la normatividad positiva de los derechos se ha hecho aún más profunda con el triunfo y la irrefrenable expansión del *principialismo* de ALEXY. Los derechos se han transformado a manos del *principialismo* en simples “argumentos para la ponderación” entre valores e intereses, en meros argumentos a libérrima disposición de los tribunales para regular las relaciones jurídicas públicas y privadas, para controlar los actos de los poderes públicos, incluidos los del legislador, y para descubrir y construir contenidos de los derechos más allá de la literalidad constitucional con la excusa de alinearse con un determinado orden de valores que hipotéticamente albergan las Constituciones; o, más modernamente, con un supuesto contenido estándar de los derechos que se descubre a través del diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales. Un diálogo, muy de moda en estos días, que persigue encontrar en los derechos una especie de *ius commune* de la libertad y la igualdad. Una “globalización” de los derechos que pretende hallar en ellos una “materia única” que expresa un “modelo constitucional global de derechos” que se impone a las mismísimas Constituciones nacionales³². ¿Existe, como dice MÖLLER³³, un modelo global de derechos fundamentales? ¿Son, como sostiene ROSOUX³⁴, una “entidad única”? Se me antoja que este debate no es sino pura nostalgia del derecho natural.

El derecho natural del nuevo milenio son los derechos fundamentales, que, en vez de servir a la expulsión del factor humano en ciertas esferas de la

³² Fernando Rey Martínez, *¿Cómo nacen los derechos fundamentales? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos*, en VV.AA., “La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales”, Editorial Porrúa, México, 2013, págs.79 y ss. Tecla Mazzaresse, *¿Repensar la cultura de los derechos?*, “Revista Internacional de Filosofía Política”, núm. 28, 2006, págs.149 y ss.

³³ Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

³⁴ Géraldine Rosoux, *Au cœur de la protection «multi-niveaux» et du dialogue juridictionnel: la «dématérialisation» des droits fondamentaux comme clé de lecture du raisonnement actuel dans le domaine des droits fondamentaux*, “Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional”, núm.9, 2017, págs. 71 y ss.

vida, sirve a su incorporación a través de la definición del contenido de cada derecho al albur de su sustancia única y común revelada por los tribunales en un diálogo constante y al margen de la literalidad de sus respectivas Constituciones; en otras palabras, puro voluntarismo jurídico. La primera consecuencia de este proceso de mistificación es, por un lado, la imposibilidad de su dogmática y la importancia de su interpretación constitucional conforme para que los derechos en cada Estado sean lo que el pueblo ha querido en voz del constituyente (una ficción, que si no la creemos, simplemente destruimos la base democrática del sistema), y no lo que, en definitiva, quieren los jueces en un evidente uso alternativo de los derechos sujetos a sus querencias dogmáticas; y la otra el abandono de una teoría general jurídica ahogada en un discurso teórico que termina por reducir los derechos a una mera buena razón para argumentar la solución arbitrista de un conflicto. SIECKMANN lo ha expresado con suma claridad: los derechos fundamentales "... son argumentos a favor de juicios normativo y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta"³⁵.

Esa desmaterialización de los derechos pone una fe desmedida en la labor de los tribunales. Pero no en la que creo que le es propia: interpretar el precepto que contiene el derecho fundamental para extraer de él las reglas jurídicas que componen su norma constitucional, sino como fuentes de creación de normas *iusfundamentales* a partir de esa sustancia única que comparten los distintos sistemas constitucionales occidentales (mejor decir, europeos) que únicamente aluden a la Constitución nacional como un simple pretexto para decidir. La forma en la que así se hace es sutil y extremadamente compleja. Buen ejemplo de ello ha sido el Caso Melloni en España, STC 26/2014, mencionado más arriba.

³⁵ Jan-R. Sieckmann, *Los derechos fundamentales como principios*, en Jan-R Sieckmann (ed.), "La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", Pons, Madrid, 2011, p. 28. Tecla Mazzaresse, *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas*, "Doxa", núm. 26, 2003, págs.687 y ss. De la misma autora, *¿Está la era de los derechos cambiando?*, "Anuario de Derechos Humanos", Vol. 5, 2004, págs. 655 y ss. Interesante el debate entre Adler y Fallon: M.D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, "Michigan Law Review", núm. 1, 1998; R.H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third Party Standing*, "Harvard Law Review", Vol. 113, 2000; M. D. Adler, *Rights, Rules and the Structure of Constitutional Adjudication: A Response to Professor Fallon*, "Harvard Law Review", Vol. 113, 2000.

6 LA MODERNIDAD LÍQUIDA Y SU CONSTITUCIONALISMO. UNA CONCLUSIÓN

Tomo la expresión de BAUMAN que considera signo de esta modernidad líquida un tiempo en el que todo es transitorio, incierto, flotante, imprevisible, sin certezas, donde se han derretido los sólidos sobre los que se sustentó la construcción de las sociedades (y de sus Estados, añado yo) occidentales contemporáneas³⁶. Todo es revisable (*derritable*), incluidas las normas aparentemente claras y precisas. Y en lo que ahora interesa, la licuefacción obedece a la supuesta necesidad de adaptar esas normas a la incertidumbre (y los miedos) de la sociedad globalizada. El propio BAUMAN, con ecos del viejo debate entre libertad y seguridad³⁷, apunta cómo la fuente de legitimación originaria que persigue el Estado contemporáneo en esta época de la globalización de los miedos y de los riesgos radica en “la promesa del Estado de proteger a sus ciudadanos frente a los peligros para la *seguridad personal*. La forma política del “Estado de la seguridad personal ...”³⁸, con cuya excusa el Estado limita, relativiza e incluso elude las garantías que hasta ahora hemos considerado básicas de la dignidad y la libertad de los seres humanos. Si esa licuefacción es criticable en el plano político y de las decisiones atinentes a la dirección política del Estado, para un paleo-positivista resulta inaceptable cuando afecta a la Constitución e implica licuar sus preceptos en atención a las urgencias del instante sociopolítico. Volvamos al caso de la prohibición constitucional de la tortura en el que bien se puede comprobar la fluidez con la que hoy parece interpretarse este término. Sea dicho ahora que no me consta que el TC haya variado su doctrina sobre la prohibición de cualquier tipo de tortura del artículo 15 CE desde sus resoluciones de los años 90.

Cuando la CE prohíbe la tortura establece una regla jurídica clara y cierta: prohíbe taxativamente cualquier clase de tortura. Su propósito es prohibir la introducción del deber de soportar dolor físico o psíquico infligido voluntaria y conscientemente. El artículo 15 CE es inusualmente preciso. En palabras de la STC 120/1990, FJ-9, “«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en

³⁶ Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004 (3ª reimp.).

³⁷ Ramón Punset Blanco, *Seguridad, libertad, Constitución*, “Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas”, núm. 30, 2004, págs. 107 y ss. Alan M. Dershowitz, *Shouting Fire: Civil Liberties in a Turbulent Age*, Little, Brown and Company, Boston, 2002.

³⁸ Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets, Barcelona, 2007, pág. 27; y desarrolla esta idea en relación con el Estado y la democracia en las págs. 81 y ss.

su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente". Puede discutirse sobre lo que sea tortura, cosa que no hicieron ni los Votos Particulares formulados a la STC 120/1990. Pero no sobre su prohibición. Es aquí donde se distingue la Constitución sólida de la líquida. En la primera el debate se centra en definir qué cabe considerar tortura, porque una vez calificada, la CE la prohíbe. En la segunda, el debate se centra en si en efecto esa prohibición afecta a todo tipo de tortura y en toda circunstancia.

La mencionada STC 120/1990 versaba sobre la alimentación forzosa de unos reclusos en huelga de hambre. El TC consideró que ese acto no era un caso de tortura, pero sí constituía un límite a la integridad física y moral de los reclusos, que debía someterse al estándar de todo límite a un derecho fundamental: que sea necesario, adecuado y proporcionado a la finalidad perseguida. En este caso el fin perseguido era garantizar la salud y vida de los reclusos, que en el caso concreto además constituía un deber inexcusable del Estado en la medida en que tenía a su cuidado a los recurrentes en su condición de internados en un centro penitenciario cumpliendo una condena penal. Para el TC la manera proporcionada de limitar el derecho a la integridad física y moral de los reclusos huelguistas pasaba por esperar a su pérdida de consciencia.

Podemos discutir sobre la interpretación y alcance que debemos darle al término tortura (¿lo es conducir a alguien por la fuerza ante la presencia del juez? ¿inyectarle sueros de la verdad de forma indolora?). El problema no es ese, porque en el Derecho el lenguaje es natural y posee un sentido que quizá precise concreción. El problema es que se discuta la prohibición misma de todo tipo de tortura, la relativización de esa prohibición taxativa. Argumentos licuantes de la prohibición de la tortura como el "recurso al mal menor" de SCHMITT o LARENZ, o la llamada "tortura de salvamento" de BRUGGER, o la tortura "bajo autorización y supervisión judiciales" de DERSHOWITZ, o el recurso a la legitimidad de una "presión física moderada", no son alternativas interpretativas al concepto de tortura, sino simples relativizaciones de su prohibición, y por tanto, en el caso español, la relativización de una norma constitucional que contiene una regla jurídica precisa al albur del criterio moral del intérprete (el factor humano) que transforma hasta hacerla irreconocible la norma constitucional que contiene el derecho fundamental.

De este modo la Constitución se convierte en una simple norma orientativa, en un mero pretexto argumental en la ponderación judicial entre distintos principios, bienes y derechos en conflicto. A mi juicio, éste no deja de ser el ánimo que alienta movimientos como el neoconstitucionalismo³⁹, el constitucionalismo transnacional o global⁴⁰, o ideas como la “constitución en red”⁴¹ o el “derecho constitucional común europeo”⁴², según los cuales, todo lo importantes es constitución, y lo importante es lo que forma parte o es consistente con ese nuevo derecho natural de la modernidad líquida en que consiste una especie de sustancia constitucional común y global⁴³.

Qué les puedo decir si además la Constitución se diluye en el diálogo entre tribunales, especialmente sus derechos fundamentales. Otro de los modismos inopinadamente admitidos e incorporados al lenguaje de un constitucionalismo empeñado en licuar la constitución. Una tesis muy ligada a los supuestos “espacios constitucionales comunes” o al “espacio constitucional europeo común” que supuestamente se construye por un TEDH y un TJUE que crean un estándar común y transnacional de protección *iusfundamental*, el primero, o rastrea ese acerbo constitucional común que debe respetar el Derecho europeo, el segundo.

¿Existe una entidad única de los derechos fundamentales como sostiene ROSOUX? ¿Hay un modelo constitucional global de derechos como sostiene MÖLLER? ¿Ambos capaces de imponerse a la mismísima literalidad de las

³⁹ Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

⁴⁰ Bruce Ackermann, *The Rise of World Constitutionalism*, Faculty Scholarship Series. Paper 129. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129>; última consulta el 11 de enero de 2018; Benito Alaez Corral, *Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho Constitucional español*, “Teoría y Realidad Constitucional”, núm. 40, 2017, págs.. 245 y ss; Ernst A. Young, *The Trouble with Global Constitutionalism*, “Texas International Law Journal”, Vol. 38, 2003, págs. 527 y ss; Mattias Kumm, *Global Constitutionalism and the Cosmopolitan State: An Integrated Conception of Public Law*, consultado en <https://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/m_kumm_ccfls_2013_global_constitutionalism_and_the_cosmopolitan_state.pdf>, última consulta, 11 de enero de 2018.

⁴¹ Rafael Bustos Gisbert, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

⁴² Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber, *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; Pedro Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

⁴³ Gunther Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Alexander Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

constituciones nacionales? ¿Son los tribunales los que revelan esa sustancia única, compartida y común? ¿No eran los derechos humanos los que actuaban como tal? En estos razonamientos siempre late la sensación de que los preceptos constitucionales que contienen derechos son meros pretextos, un argumento más y no precisamente el decisivo, para ponderar. No son reglas jurídicas que rigen comportamientos, sino argumentos para decidir sobre valores y principios en conflicto (seguridad, terrorismo, muchos, pocos) que obedecen a voluntades y razones ajenas a la Constitución, impredecibles, incontrolables, y por eso profundamente antidemocráticas. Así lo creo.

Submissão em: 03.05.2018

Aceito em: 26.06.2018

