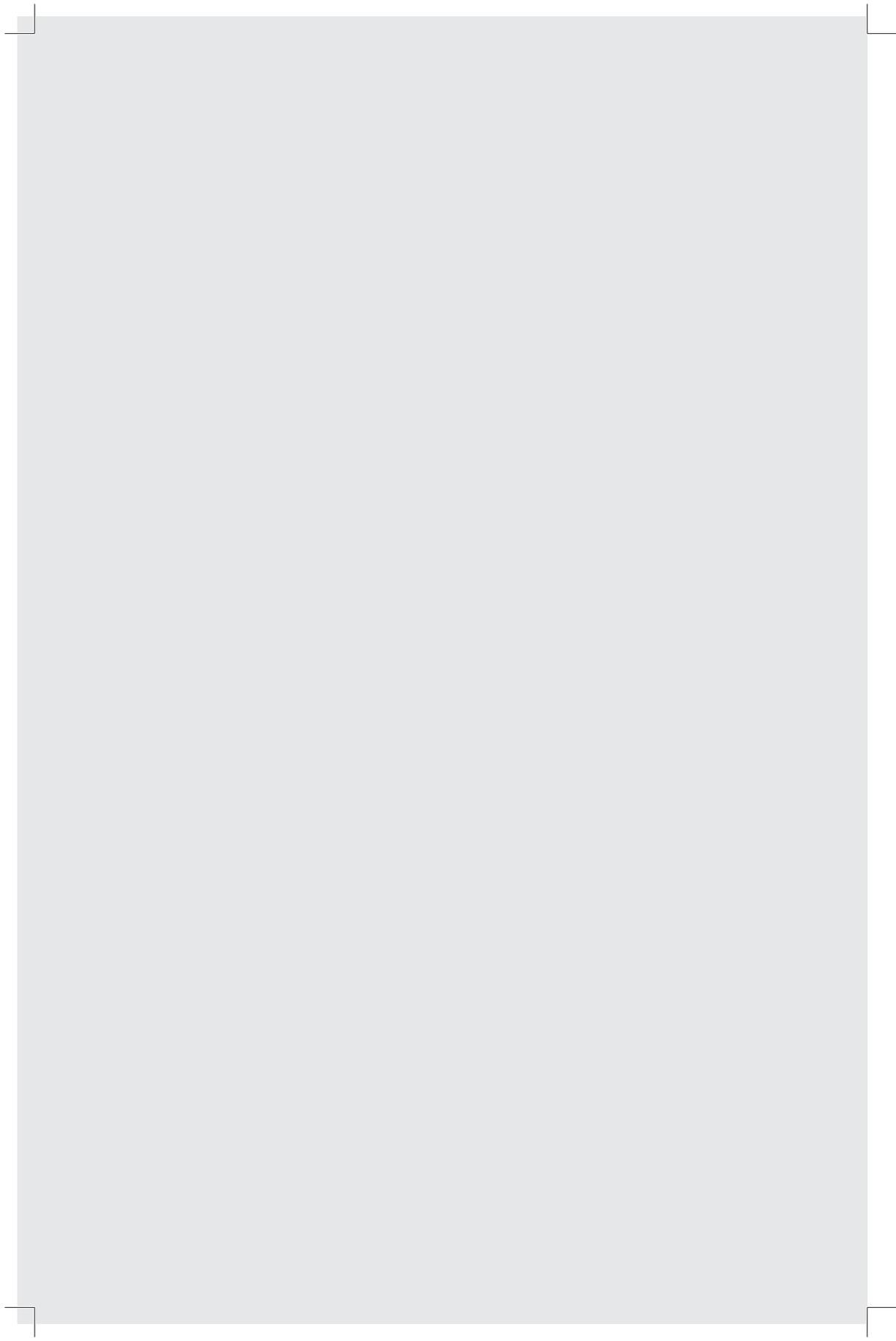


LA ERA DE LOS DERECHOS.
La teoría general de los derechos fundamentales en sus
nuevos territorios y ensamblajes

PRESENTACIÓN

Ignacio Villaverde Menéndez¹

¹ Deseo dejar constancia de la inestimable colaboración de Patricia García Majado, becaria de investigación del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, sin cuya ayuda hubiese sido imposible la culminación de este volumen monográfico.



Hace nada menos que 27 años se preguntaba Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales en el 40 aniversario de la Ley Fundamental de Bonn¹. Concluía su reflexión sobre si el camino que había tomado la dogmática alemana (pregunta que podíamos hacer extensible a la teoría general de los derechos fundamentales adoptada por las doctrinas y jurisprudencias de los Estados constitucionales de tradición continental en su condición de deudoras de aquella) era el correcto. Su preocupación se cifraba en el sobrepeso que había adquirido, sobre todo en la jurisprudencia del BVerfG, la dimensión objetiva de los derechos. A su juicio, el hallazgo de esa dimensión que trascendía y llegaba a oscurecer su prístina condición de derechos subjetivos constitucionales, había promovido con intensidad el activismo judicial del BVerfG en la defensa, ya no sólo de las personas en el disfrute individual de sus derechos, sino de un supuesto orden de valores encarnado en el catálogo de derechos fundamentales y que impregnaba y programaba todo el ordenamiento jurídico (algo de esto se puede leer en el trabajo de Pereira y cómo ese objetivismo ha transformado las relaciones jurídicas entre privados). 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 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 llevar los derechos fundamentales al seno de las distintas ramas del ordenamiento jurídico: en el parlamento elegido democráticamente por ellos, en el (aristocrático,

¹ *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Veröffentlichungen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München, 1990.

lo digo yo, y no Böckenförde) Tribunal Constitucional. La forma de comprender la posición y contenido de los derechos fundamentales, su teoría general y su dogmática, definen, y no de forma insustancial, la arquitectura constitucional del Estado democrático contemporáneo. La tribulación de Böckenförde hoy es más actual aún en la medida en que el *principialismo* se ha convertido en la teoría general de los derechos fundamentales dominante favoreciendo la tendencia, ya vaticinada por Böckenförde, de convertir a los derechos 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 contenido estándar de los derechos que se descubre a través del diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales.

En este contexto, ¿tiene sentido hablar de nuevos retos, nuevas fronteras, para la teoría general de los derechos fundamentales? ¿O lo que en realidad está ocurriendo es que nos hemos olvidado de esa teoría general? El debate sobre la teoría general de los derechos en los últimos tiempos ha estado vivamente marcado por la nostalgia del derecho natural, que se manifiesta en el creciente uso alternativo del Derecho que hacen nuestros tribunales con la excusa de defender objetivamente los derechos fundamentales incluso frente a la propia Constitución que los consagra. Bernal y Amado analizan desde perspectivas distintas ese anhelo moralizante de los neoconstitucionalismos que buscan en los derechos fundamentales la sustancia de los valores de una sociedad democrática, que deben imponerse a costa de cualquier otro principio constitucional. Otra vez la preocupación de la dogmática alemana frente a la tendencia moralizante del BVerfG a expensas de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. En esa medida, en realidad los derechos no es que se desmaterialicen, tal y como analiza y propone Rosoux en este volumen (más bien debería decirse que se desnacionalizan, haciendo imposible su dogmática), o que se universalicen disueltos en una supuesta «entidad única» en palabras de la propia Rosoux; en rigor se convierten en una excusa para eludir el texto constitucional si no coincide con la sustancia universal de los derechos que resulta descubierta por los tribunales en su «diálogo».

En este volumen no se pretenden resolver semejantes tribulaciones, pero sí contribuir a ese debate aún abierto entre los que creen que los derechos fundamentales no son sino meras «razones para la ponderación» y los que, por el contrario, siguen creyendo que son reglas que fijan poderes jurídicos a disposición

de la persona, pero indisponibles al legislador, sobre la prohibición de poder público en ciertos ámbitos vitales y sociales de la persona. El trabajo de Ferrajoli, con el que se abre este monográfico, transita este camino desde una perspectiva europeísta, poniendo la atención en el valor que los derechos poseen como una especie de *ius commune* europeo de la libertad y la igualdad. Ahora bien, esta «globalización» de los derechos, ¿significa que poseen una «materia única» y que podamos disolverlos en un «modelo constitucional global de derechos» que se imponga a las mismísimas Constituciones nacionales?² Este sigue siendo el gran nudo gordiano de la teoría general de los derechos.

Existen otras fronteras y otros ensamblajes, por traer aquí el término acuñado por Saskia Sassen, que también quieren ser objeto de atención en este monográfico. El mundo digital e internet lo han cambiado todo. Han hecho desaparecer los límites físicos y temporales que enmarcaban el ejercicio y la eficacia de los derechos en su teoría general y dogmática tradicionales. Por un lado, la irrupción de una pluralidad de territorios con poderes con capacidad para regular la vida de las personas y que se ensamblan en una compleja articulación de legitimidades y distribuciones de poder, de las que habla Tudela en su opúsculo, y también Catelani en el suyo; por otro, el impacto de un mundo digital en el que no hay ni fronteras, ni controles efectivos, ni olvido, y que se ha transformado es un inasible foro público, en un espacio universal de ejercicio virtual y no tan virtual de los derechos fundamentales, donde todo queda al desnudo. Todo conforma un nuevo paisaje que merece una reflexión detenida. De esto algo dicen las aportaciones de Pomed, Teruel y de Molinaro/Sarlet. Los derechos se desterritorializan, pierden sus referentes físicos, se hacen líquidos en una sociedad globalizada donde las personas ya no se arraigan en un solo lugar. Pero allá donde están se llevan «su» derecho con ellas, dando nueva vida a los viejos y olvidados estatus personales y un nuevo sentido a la idea de derechos «de la persona». Ensamblajes a los que se suman las urgencias y las realidades del nuevo siglo, donde los riesgos para la vida y seguridad ya no provienen del uso perseguido y castigado de la libertad personal, sino de las amenazas latentes en las sociedades globales. La salud, la vivienda, el trabajo, el medio ambiente, ya no son simples materias de la política de Estado, hoy son necesidades del individuo que reclaman su redefinición jurídica. Amado, Catelani y Huster (que se hace una pregunta inquietante sobre si la vida tiene precio, y más inquietante es su respuesta: sí lo tiene) llaman la atención sobre un

² Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

proceso de intensa subjetivización que están sufriendo los derechos sociales, todo dimensión objetiva hasta la fecha, y que contrasta con la objetivización de los derechos fundamentales. Y en ese proceso en el que los derechos fundamentales se diluyen en su objetividad principialista, al tiempo que los derechos sociales se fortalecen subjetivizándose, emergen nuevos sujetos necesitados de reconocimiento. Los derechos fundamentales, como los derechos sociales, y acaso sea éste su punto de encuentro, son en el siglo XXI derechos de reconocimiento y no sólo derechos de defensa. Son derechos que están al servicio de la visualización de nuevos sujetos que exigen ser reconocidos en sus singularidades por el ordenamiento jurídico. Los derechos adquieren aquí una nueva dimensión legitimadora del sistema constitucional y del propio Estado que va más allá de la garantía de un espacio de libertad e igualdad y que consiste en la exigencia de ser reconocidos y protegidos por una justicia reparadora. La diferencia hecha derecho. Algo de esto tratan los trabajos de Barceló y Fernández.

Somos conscientes de que hay muchas omisiones en este volumen, y muchos terrenos que han quedado fuera de sus páginas. Pero el objetivo de este volumen no es explorar todo el territorio y trazar su mapa definitivo, sino señalar posibles caminos en la frontera del constitucionalismo clásico. Esperamos que así sea y que hayamos logrado ese propósito.

Autores

MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

CARLOS BERNAL PULIDO

Profesor asociado de la Macquarie Law School, Sydney, Australia.

ELISABETTA CATELANI

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

LUIGI FERRAJOLI

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Roma III.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León.

STEFAN HUSTER

Catedrático de Derecho Público, Derecho Social y de la Salud y Filosofía del Derecho de la Universidad del Ruhr-Bochum.

CARLOS ALBERTO MOLINARO

Professor Doctor del Programa de Maestría y Doctorado en derecho de la Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JORGE PEREIRA DA SILVA

Profesor de la Escuela de Lisboa de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa.

LUIS POMED SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Letrado del Tribunal Constitucional español.

GÉRALDINE ROSOUX

Encargada de Curso de Derecho Constitucional en la Universidad de Lieja y letrada de la Corte Constitucional belga.

INGO WOLFGANG SARLET

Doctor en Derecho por la Universidad de Munich y Profesor Titular de Derecho en la Universidad Pontificia de Rio Grande do Sul (Brasil) y *Desembargador* del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, Porto Alegre.

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Murcia.

JOSÉ TUDELA ARANDA

Letrado de las Cortes de Aragón y Director de la Fundación Giménez Abad.