

Ambigüedades y perversiones del lenguaje normativo en materia de derechos fundamentales: a propósito de la Sentencia 17/2013 del Tribunal Constitucional Español

Miguel Revenga Sánchez

Dr. en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España).
E-mail: <miguel.revenga@uca.es>.

Resumen: En la democracia constitucional, la primacía de los jueces sobre los legisladores hace que estos deban ser especialmente cuidadosos al regular los derechos fundamentales y sus límites. La apelación a la seguridad, por ejemplo, nunca debería bastar para establecer límites si no va acompañada de otras prevenciones. Este artículo analiza el problema a la luz de la Decisión 17/2013 del Tribunal Constitucional español sobre el régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Libertad y seguridad. Regulación española de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

Sumario: **1** De las oscuridades de la ley y la necesidad de superarlas por vía interpretativa – **2** Sobre los derechos fundamentales y sus limitaciones – **3** Gramática de la libertad *versus* ideología de la seguridad – **4** El caso de la STC 17/2013 – Nota bibliográfica mínima

1 De las oscuridades de la ley y la necesidad de superarlas por vía interpretativa

Es cosa sabida que la lengua de la ley incurre muchas veces en oscuridades y contradicciones que son la base sobre la que, desde siempre, se han construido todas las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica. Dar buenas razones y argumentarlas es precisamente la esencia de la resolución de los conflictos jurídicos, por más que durante muchos años nos hayamos empeñado en ver en el texto de la ley un núcleo primigenio de soluciones a la espera de un intérprete autorizado que no necesitara sino extraer del mismo lo que el propio texto de la ley ya contenía *in nuce*. Las resoluciones judiciales son hoy, antes que otra cosa, un acto de explicación del Derecho que se dirige a un número indeterminado de sujetos (podemos decir los operadores jurídicos o incluso, en general, la opinión pública).

El Derecho – escrito así con las mayúsculas reverenciales que solemos emplear cuando nos referimos a una institución – necesita ser respetado y *ejecutado* con regularidad para cumplir las funciones que le son propias, pero éstas no se nutren sólo de lo que el Derecho aplicado por el juez tiene de acto de autoridad legítima, ni de resolución aplicativa de una ley aprobada a través de procedimientos democráticos, sino (y quizá principalmente) de su capacidad para generar consenso en torno a unas líneas de razonamiento que, sobrevolando el texto de la ley sin circunvalarlo (aunque a veces sea ése el resultado) se dirigen a una comunidad indeterminada de sujetos a los que es preciso convencer de las razones y cualidades intrínsecas de la sentencia.

Una tarea semejante deposita en el juez responsabilidades que desbordan de lejos las que había cumplido tradicionalmente en el constitucionalismo *nominal* del largo período que transcurre entre la era de las revoluciones y el final de la Segunda Guerra Mundial, pero están sin duda conectadas con la gran mutación que se genera a partir de la implantación de un constitucionalismo *normativo* comprometido con la vigencia de los derechos fundamentales.

Si entre las características más destacadas de esta nueva versión del constitucionalismo solemos aludir al espacio ganado por el juez frente al legislador, y si es un lugar común resaltar que, en la aplicación de las normas, la actividad de ponderar valores y principios ha desplazado a la tarea de subsumir hechos en reglas, entonces a nadie puede extrañar que nuestros sistemas jurídicos graviten hoy más en torno a las razones de los jueces que alrededor de una *voluntas legislatoris* que con frecuencia se nos aparece ya, desde el mismo momento de su manifestación, como borrosa, cuando no contradictoria. Y la cuestión no es ya sólo que esta impresión sobre la actuación de ese sujeto abstracto que al fin y al cabo es el legislador podamos verla confirmada en la pobre factura técnica de la ley, sino que sea cual fuere la calidad de ésta, inevitablemente su inserción en el marasmo normativo del que hoy se compone cualquier *ordenamiento* (pura entelequia que continuamos utilizando por inercia interesada) y su lectura desde la Constitución y desde las diversidades de la *res interpretata*, degradan necesariamente el momento *volitivo* de la creación de la norma y realzan el momento *intelectivo* de la aplicación.

Nada hay que lamentar en el hecho de que las cosas sean así; en primer lugar porque no sabríamos identificar tiempos mejores a los que referirse, para llorar la pérdida de una *Arcadia* plena de certeza jurídica. Pero en segundo lugar porque no hay festín mayor para un teórico del derecho – tanto mejor si es constitucionalista – que el torrente de disposiciones anuladas, interpretadas y re-interpretadas por obra de instancias *intra* y *supra* nacionales que además se entregan en ocasiones a la virtud del diálogo entre ellas, fecundo y diacrónico. El efecto de ello es que resulta perfectamente posible orillar o al menos alejar del horizonte inmediato la gran pregunta sobre quién es el verdadero *señor del Derecho*, esto es, quién tiene

la palabra definitiva, ya sea pulsando la tecla del reinicio de algo mediante la introducción de una nueva norma secundaria aditiva o rectificativa, o bien la del *rien ne va plus* mediante una interpretación que se pretenda final y autorizada (aunque quizá no por ese orden).

Hace unos días (el 29 de agosto de 2015) *Il Corriere della Sera* reproducía una entrevista con el presidente emérito de la Corte Constitucional italiana, el profesor Valerio Onida, en la que éste denunciaba la sobreabundancia de producción normativa de deficiente calidad como el mayor obstáculo para el logro de una justicia de calidad e impartida bajo los imperativos del principio de igualdad. A un lector con conocimientos jurídicos, siquiera someros, ello no puede sonarle sino como el lamento melancólico de alguien entre cuyas responsabilidades actuales como presidente de la Escuela Superior de la Magistratura, se encuentra nada menos que la formación inicial de los jueces italianos. Pero a propósito de ello, y de los desafíos que tiene que afrontar cualquier jurista en el mundo de “leyes desbocadas” en el que nos encontramos, las reflexiones de Onida me hicieron pensar en la importancia que tiene la Constitución como la sede desde la que es posible intentar una reducción de esa complejidad, una tarea no ciertamente sencilla, pero que remite a la necesidad de disponer de una sólida teoría (valdría decir constitucionalmente adecuada) de las fuentes del derecho y un buen anclaje de los conceptos y de las categorías básicas de lo jurídico en el ámbito de la Constitución. Singularmente, la lengua de los derechos fundamentales debería lucir con el esplendor del lenguaje claro y asequible a todos, especialmente a aquellos en cuyo beneficio se escriben los derechos y se les dota de garantías, esto es, en la mayoría de los casos, todos aquellos dotados de una capacidad para leer la Constitución e intuir el significado básico de su léxico. La cuestión es: ¿Están redactados los derechos fundamentales con el ideal de la asequibilidad al lector no avezado? Cada cual puede dar una respuesta según su particular óptica o su concreta ciencia y experiencia, pero bastaría con que, como constitucionalistas que creemos en el valor de los derechos, estuviéramos de acuerdo en que la lengua en la que estos se expresan veces incurre a veces en barroquismos y construcciones alambicadas que no favorecen precisamente la claridad. Ciertamente que los derechos forman parte de un léxico que es político a la vez que jurídico; y cierto que el de las Constituciones es el reino de los conceptos esencialmente controvertidos. La ambigüedad, se dice, no es siempre una rémora para una Constitución exitosa, como tampoco lo es el silencio calculado o la pluralidad de significados elegida estratégicamente. Son peajes que cualquier Constitución tiene que pagar a cambio de conquistar para el futuro la posibilidad de desarrollos plurales, al mismo tiempo diversos y compatibles y, por ello, coherentes con una concepción de la Constitución como marco que parece reclamar ambivalencia en el lenguaje y visión de órbita angular, en lugar de precisión y encuadre de detalle.

2 Sobre los derechos fundamentales y sus limitaciones

Posiblemente es la normatividad de la Constitución, medida en conjunto, la que sale ganando con esa combinación de aperturas y cierres que se traduce en un calculado grado de imprecisión lingüística, pero vuelvo a preguntarme si tales rendimientos o “beneficios de lo oscuro” son predicables en el ámbito de los derechos fundamentales. Sobre todo, sería interesante plantear la cuestión a la luz del juego de contrastes que resulta de la contraposición entre los derechos que se proclaman y los límites que se estatuyen, un “juego” que representa el núcleo del material normativo que el intérprete que se las ve ante el supuesto concreto tiene que tener presente, en su contraposición dialéctica, para buscar la solución y explicársela a todos los potenciales oyentes. Salvo error u omisión por mi parte, creo que está por escribir una historia de los derechos fundamentales concebida no a partir de la lucha por implantarlos y dejarlos reflejados en Declaraciones o textos de reconocimiento, sino desde las “resistencias intrínsecas” plasmadas en el correspondiente *corpus* de limitaciones y cláusulas restrictivas. El tiempo marca aquí también su impronta decisiva. Basta mirar la ingenua llamada a las limitaciones generales del artículo 4 de la Declaración de 1789, en la que éstas se nos parecen conectadas a la definición misma de libertad (“consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”), de manera que el ejercicio de los derechos naturales “no tienen más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”. Y en el polo opuesto del arco temporal que inicia con la Declaración francesa (aun al precio de dejar de lado la *otra gran tradición*, las de las Declaraciones de derechos inglesas y de las colonias norteamericanas) quizá cabría referirse a una Constitución que nos puede resultar un tanto exótica, pero que lleva al centro mismo de la Declaración de derechos una disposición que positiviza en el nivel constitucional lo que hoy podemos considerar como el criterio hermenéutico por excelencia sobre los derechos y sus limitaciones. Me refiero a la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996 y a su llamada al principio de proporcionalidad del artículo 36: “Los derechos de esta declaración sólo pueden ser limitados mediante leyes de general aplicación, siempre que los límites resulten razonables y justificados en una sociedad abierta y democrática que se funda en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, teniendo en cuenta todos los factores relevantes y, en particular, (a) la naturaleza del derecho; (b) la importancia y el objetivo perseguido por la limitación; (c) la naturaleza y el alcance de la limitación; (d) la relación entre el límite y el objetivo perseguido; (e) la eventual existencia de medios menos restrictivos para alcanzar dicho objetivo.”.

Entre una estipulación y la otra transcurre toda una historia del constitucionalismo de los derechos con bastantes más páginas oscuras que brillantes desde la perspectiva de las garantías efectivas y la materialización de los mismos. La

distancia entre proclamación jurídico constitucional y cumplimiento y realización de los derechos fundamentales resulta siempre un desafío que evoca la propia razón de ser de un constitucionalismo plagado de valores y que puede incluir como sucede en Italia y, bajo su estela, en España, cláusulas de transformación de la realidad social en sentido compatible con las definiciones “de principio” y con los compromisos objetivados en el texto.

En algunas ocasiones, la propia amplitud de las limitaciones parece pensada no ya para proveer a los intérpretes de cláusulas genéricas con las que enfrentarse a los dilemas que pueden surgir del contraste entre la persecución de objetivos generales y legítimos desde la perspectiva constitucional, y el despliegue normalizado del sistema de los derechos, sino para neutralizar y poner coto a la razón última de ser que se trasluce en el reconocimiento de algunos de los derechos. Pongamos un ejemplo que incide directamente sobre el supuesto que quiero comentar en esta intervención y que procede nada menos que del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el texto de referencia de la “gran Europa” comprometida con la vigencia de los derechos a escala continental. Si leemos el artículo 5 del Convenio, nos encontraremos con un punto de partida que no puede mayor capacidad evocativa, aunque (o precisamente porque) se expresa desde las alturas de la lengua de los valores y además mediante la yuxtaposición de dos de los que pueden considerarse como básicos en la “arquitectura” del Estado constitucional: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”, leemos. La cuestión es que a renglón seguido el artículo cobra una deriva explicativa de la inicial toma de posición, por virtud de la cual el alcance de lo estatuido inmediatamente antes parece quedar taxativamente circunscrito: “Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”. No es poco. Sin transición entre una cosa y otra, la proclamación de los derechos a la libertad y a la seguridad se transmuta no tanto en la confirmación del derecho de todos y cada uno a desplegar su *age licere* a conveniencia y en condiciones de tranquilidad, sino en una seguridad “recortada” que se concentra *sólo* (aunque, insistimos, no es poco) en la garantía de que nadie se verá privado de libertad más allá de los supuestos tasados que aparecen en los 5 Párrafos que siguen al enunciado del Apartado Primero, y con respeto de las garantías que el artículo desgrana luego en los Apartados Segundo a Quinto. Si atendemos a las características del lenguaje normativo, lo primero que llama la atención es qué finalidad puede cumplir una invocación tan genérica si el propio artículo se encarga inmediatamente de desactivarla para dotarla de efectos útiles. Como la ley – se dice – suele ser más inteligente que el legislador, quizá en el “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad” hay nada menos que un macro-criterio hermenéutico para leer cabalmente este artículo y, en general, el Convenio. Si fuera así, cabría haber elegido mejor sede que la del artículo dedicado a enumerar las causas justificadas de privación de libertad. Aunque la verdadera

sorpreza llega cuando uno se sumerge en la lectura pormenorizada de los supuestos y se encuentra con “perlas jurídicas” como la previsión del internamiento de una persona “susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”, o bien de “un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”. La clave de lectura de algo tan “chirriante” como lo que acabamos de transcribir quizá está en la estipulación “conforme a derecho” que aparece en la mayor parte de los supuestos incluidos en la relación de causas legítimas de detención. Ello demuestra que el Derecho es capaz de decir cosas diversas al lector común y al lector avezado. Este último quizá piense de inmediato en la manera a través de la cual la interpretación del Convenio por los jueces ha atemperado el rigor de una disposición que propicia privaciones de libertad en supuestos que hoy nos parecen aberrantes, pues cuesta imaginar cómo podría el derecho conformar el valor de la libertad individual con el internamiento forzoso de alcohólicos, toxicómanos o vagabundos. Si todo lenguaje acusa la impronta de una época, el lenguaje jurídico no es, desde luego, la excepción, aunque cuesta admitir que en el terreno de los derechos fundamentales subsistan disposiciones limitadoras de validez más que dudosa, por más que confiemos en la elasticidad del lenguaje para acomodarlo a los cambios que se van produciendo en la mentalidad social con el paso del tiempo.

3 Gramática de la libertad *versus* ideología de la seguridad

El internamiento de locos, alcohólicos y vagabundos previsto en el Convenio es un buen ejemplo de cómo se le puede ir la mano al legislador cuando, por razones de la salvaguarda de intereses colectivos, decide contemplar limitaciones de los derechos con carácter expreso. Por fortuna, el constitucionalismo de nuestros días no suele albergar estipulaciones que vayan directamente a contracorriente de los principios que sustentan el sistema de los derechos, pues el mecanismo de la reforma está disponible para depurar la Constitución de aquellas disposiciones que puedan quedar afectadas negativamente por el transcurso del tiempo. La supervisión que ejercen las jurisdicciones de carácter transnacional sobre el modo de aplicar en el nivel interno las limitaciones de los derechos, actúa además como un eficaz incentivo para interpretar las cláusulas limitadoras en consonancia con el tiempo. Pero con independencia de ello, en materia de límites, suele haber siempre discordancias entre el desarrollo más o menos pormenorizado del contenido de los derechos – la delimitación de los mismos en sede constitucional – y la sobriedad o la manera meramente enunciativa con el que tienden a recogerse las limitaciones. Los condicionamientos a los modos de limitación impuestos por el artículo 36 de la Constitución sudafricana, antes transcrito, son una reacción a esa discordancia que resultó letal para la suerte de los derechos desde el momento de su proclamación inicial y hasta bien entrado el siglo XX. Es decir, hasta el momento en el que se asentaron las técnicas

interpretativas que han propiciado, durante las últimas décadas, que florezca un constitucionalismo comprometido con la defensa de los derechos fundamentales, incluso (o principalmente) cuando se intenta convertir ciertos intereses generales difusos, o deficientemente demostrados, en una suerte de “carta comodín inversa” a disposición de los poderes públicos para interrumpir el despliegue normalizado de los derechos.

Entre las limitaciones expresas dotadas de una mayor carga simbólica y emotiva se encuentra, sin duda, la seguridad. Ya sea en su (añeja) vertiente de seguridad *del Estado* (recogida en el artículo 105 de la Constitución española como un límite al derecho de acceso de los ciudadanos a los registros y archivos administrativos) o bien en su versión (más actualizada) de seguridad *nacional*, se trata de un límite que se nos aparece como singularmente “resistente” desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de su efectividad para limitar los derechos, pero también desde la perspectiva de las dificultades que plantea avanzar en el camino hacia una aproximación, siquiera somera, o una racionalización, de su contenido y de sus implicaciones. Una cosa y otra parecen alimentarse recíprocamente. Cuanto mayor la capacidad para incidir limitando, más se nos aparece el concepto como elusivo por la inconveniencia (o la imposibilidad lógica) de especificar su alcance o el modo concreto de incidencia que hace aconsejable que el ejercicio del derecho ceda ante las exigencias de la seguridad. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde el “terrible límite” de la seguridad nacional aparece reflejado en los artículos 8 (vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertades de reunión y asociación), la contrapartida está en las elaboraciones jurisprudenciales que tienen su fundamento en los asertos “previstas por la ley” y “que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática”. Después de bastantes años de interpretaciones recreadoras del significado de la seguridad nacional en el sistema del Convenio, lo que podemos decir con algún grado de certeza es que a la previsión legal no cabe exigirle mucho en lo que se refiere al significado de la seguridad nacional; pero así mismo, y como contrapartida, parece que la invocación del límite no es de por sí bastante para limitar los derechos si el sistema legal en el que actúa no prevé cauces procesales dirigidos a efectuar una revisión más o menos incisiva de la pertinencia de la invocación en el supuesto concreto. Valdría sostener, por consiguiente., que en ningún ámbito como en este se aprecia una huída de lo sustantivo hacia lo procedimental; lo que es tanto como sostener una fuga desde lo que cabe exigir a quien legisla en punto a precisión y calidad legal del lenguaje normativo, hacia la competencia de los jueces para revisar las actuaciones de los poderes públicos valiéndose del macro-canon hermenéutico de la proporcionalidad. Y todo ello sin entrar en consideraciones sobre las diferencias que cabría encontrar conceptualmente entre las diversas “seguridades” del Convenio: ¿es la seguridad *nacional* una y la misma cosa que la seguridad *pública* a la que igualmente aluden

como límite los artículos 8, 9 (libertades de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 y 11? Si no lo son, ¿cuál es la diferencia? ¿La diversidad de planos, hacia el exterior y hacia lo interno, en el que una y otra actúan? Esto último puede ser plausible como hipótesis, pero no deja de ser una mera apreciación de carácter doctrinal o dogmático, para la que cuesta encontrar confirmaciones o respaldos en veste jurisprudencial; mucho menos, interpretaciones que sirvan como base para extraer de la diferencia entre una y otra seguridad implicaciones prácticas desde el punto de vista de su capacidad de incidencia como límite de los derechos.

El de la seguridad – aunque mejor sería decir el de *las seguridades* – concebida como límite de los derechos es, pues, un ámbito en el que, por encima de cualquier otra cosa, reina la inseguridad jurídica; un ámbito en el que hay más zonas de penumbra que de certeza. Y un terreno en el que las exigencias del constitucionalismo democrático parecen haber renunciado a profundizar en lo que las seguridades pueden querer decir en lo sustantivo, para conformarse con la previsión de cauces de control que eviten las invocaciones improcedentes o abusivas. Por contraste a lo que podemos llamar la “gramática de la libertad”, que cuaja en un sistema pormenorizado de derechos y libertades, la seguridad es el límite indeterminado por excelencia. Un límite que sitúa por ello en una difícil posición a quien tiene que revisar su alcance en el caso concreto, empujándole a tomar posiciones que a menudo vienen pre-constituidas por el *parti pris* de la deferencia hacia quien dispone de un mejor y más directo conocimiento de las circunstancias que aconsejan limitar (y/o sancionar) el ejercicio concreto de derechos fundamentales. Y un límite, en definitiva, que históricamente ha propiciado, y propicia aún, prejuicios o *ideologías de la seguridad* que casan mal con la *semántica de la libertad* que se traduce en el sistema de los derechos fundamentales

4 El caso de la STC 17/2013

El punto hasta el que el objetivo o el bien constitucional de la seguridad, considerada así a secas, puede resultar manifiestamente conflictivo (cuando no contrapuesto) a derechos proclamados en la Constitución y desarrollados mediante ley, se aprecia claramente en el caso resuelto por la Sentencia 17/2013 del Tribunal Constitucional español. Se trata de una Resolución en la que el Pleno del Tribunal analiza (¡10 años después de su aprobación!) las dudas de constitucionalidad planteadas por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 10/2003. La Ley en cuestión introdujo reformas varias en el régimen jurídico de la extranjería y singularmente, por lo que ahora nos importa, incorporando al mismo una regulación que se pretende detallada de los derechos de los extranjeros internados por orden judicial a la espera de la ejecución de las correspondientes órdenes de expulsión. El régimen jurídico de los Centros de Internamiento ha sido tradicionalmente un

auténtico enjambre de problemas de constitucionalidad, algo previsible si se tiene en cuenta la profunda afectación de derechos básicos que produce el ingreso forzoso en tales Centros (“no penitenciarios”, como remacha la propia ley) en aplicación de una medida que es puramente cautelar y preventiva. De hecho, la reforma realizada en 2003 fue la respuesta del legislador a una sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (de fecha 20 de marzo de ese mismo año) en la que el alto tribunal anuló varios incisos de la norma de rango reglamentario que imponía limitaciones de los derechos de los internos sin la suficiente cobertura legal. Mediante la elevación de rango, se vino a suplir así lo que hasta entonces había sido un manifiesto incumplimiento de la reserva constitucional de ley, con respeto del contenido esencial, para el desarrollo de los derechos fundamentales. Lo que se cuestionaba en el Recurso de Inconstitucionalidad del Parlamento Vasco, entre otras cosas, eran aspectos medulares de los nuevos artículos 62 *bis*, *ter*, *quáter*, *quinquies* y *sexies* de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyas correspondientes rúbricas, que a continuación transcribo, permiten hacerse una idea de la ambición del legislador al plantearse dotar en dicha sede a los Centro de Internamiento, y a la situación de quienes permanecen ingresado en ellos, de un acabado régimen jurídico: derechos de los extranjeros internados (62 *bis*), deberes de los extranjeros internados (62 *ter*), Información y reclamaciones (62 *quáter*), Medidas de seguridad (62 *quinquies*), Funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de extranjeros (62 *sexies*). A efectos de lo que venimos exponiendo, lo que nos interesa es el artículo 62 *quinquies*, en el que se contempla la posibilidad de utilizar “medios de contención física personal” y “separación preventiva del agresor en habitación individual”, todo ello con llamadas a la autorización del Director y al control judicial (en lo procedimental) y al principio de proporcionalidad (en lo sustantivo). Pero además el Párrafo Primero dispone que las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los Centros “podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los Centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados”. Para los recurrentes, se trata de una regulación que limita gravemente y de manera sustancial los derechos a la intimidad (artículo 18 CE), a la libertad (artículo 17.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). Pues bien, veamos cómo razona la mayoría para desestimar ese aspecto concreto del Recurso. Los Fundamentos 14 y 15 de la Sentencia son un buen ejemplo de cómo puede armarse un razonamiento (que podríamos llamar meramente circular) mediante la simple glosa o reformulación de la letra de la ley con otras palabras, pero eludiendo entrar en el fondo de una cuestión que, si resulta problemática desde el punto de vista constitucional, es precisamente porque dicha “letra de la ley” abre un espacio de incertidumbre que va más allá de lo que debería admitirse cuando

está en juego la vigencia de derechos fundamentales. En el fondo, se trata de una regulación que llama sólo al buen criterio de quien tiene que aplicarla para discernir hasta qué punto las exigencias de la seguridad son determinantes para la aplicación de las medidas previstas en ella. Por ejemplo, en la cuestión de los registros de personas, ropas y enseres, a la mayoría de los magistrados que enjuician la ley insisten en que tales registros “son únicamente posibles ante situaciones en las que se pone en riesgo el mantenimiento de la seguridad en los centros”; es decir, ponen todo el énfasis en reproducir lo que la ley ya dice, eso sí, acompañando el razonamiento de las oportunas llamadas al respeto de la dignidad de los internos y a la observación del principio de proporcionalidad (que así mismo aparece aludido de manera expresa en la normativa enjuiciada): “[...] dichas medidas han de regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad y realizarse de manera que se respete la dignidad y los derechos de los extranjeros internados. Esto último resulta especialmente exigible cuando se trate de medidas como el registro de personas que, aun debiendo entenderse como regla general limitado a un simple examen, inspección o reconocimiento, se practican directamente sobre ellas, pues han de emplearse los medios que limiten en menor medida la intimidad de los internados, la cual no debe quedar restringida más allá de lo indispensable”.

Como a los funcionarios públicos y a los demás encargados de velar por la seguridad se supone que deben conocer la ley (pero no necesariamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por más que estas concretas prevenciones que acabamos de reproducir se trasladen al Fallo mediante llamada a efectos interpretativos), sin duda hubiera sido más respetuoso con la idea de no afectación del contenido esencial de los derechos dirigir la mirada hacia la deficiente calidad normativa de un texto que todo lo fía a la discrecional apreciación de quien tiene que aplicarlo. Esto es precisamente lo que denuncia el voto particular del magistrado Pérez Tremps (al que se adhieren las magistradas Adela Asúa y Encarnación Roca, así como el magistrado Fernando Valdés), quienes resaltan que al legislador que limita los derechos fundamentales le es exigible un grado de calidad y certeza en el enunciado normativo que en ningún caso debería considerarse alcanzado mediante la apelación a los principios de necesidad y proporcionalidad: “Comparto con la posición mayoritaria – se lee en el voto que defiende la inconstitucionalidad del entero artículo 62 *quinquies* – las insuficiencias constitucionales del precepto. Discrepo, sin embargo, en que dichas insuficiencias puedan ser salvadas por la vía de una interpretación conforme. La falta de calidad de la ley es tan abrumadora en este caso que hubiera debido determinar una declaración de inconstitucionalidad del precepto”.

Un sistema que garantiza los derechos fundamentales frente al legislador que los desarrolla y los limita en supuestos concretos nunca debería transigir, en definitiva, con la idea de que la invocación de la seguridad puede actuar a la manera

de un *deus ex machina* que abandona al buen criterio de quien tiene que aplicar la ley la responsabilidad de decidir cuáles son los supuestos en los que procede limitarlos y cuál el alcance con el que corresponde hacerlo.

Nota bibliográfica mínima

Sobre el papel del juez en la aplicación de la ley, y en la actual sazón del Estado Constitucional de Derecho, puede leerse últimamente el Capítulo XI (que lleva precisamente ese título) del libro de Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado Constitucional*, Madrid, Trotta, 2015. Y véase también sobre las sentencias y las particulares exigencias de motivación en el constitucionalismo de nuestros días la ponencia presentada por Carlos Gómez en el Encuentro italo-brasileño-español que está en el origen de la presente publicación.

Sobre el papel del legislador en la limitación de los derechos, véase, también últimamente, Xavier Arzo Santisteban, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2014.

Desde una perspectiva prevalentemente histórica, la tensión entre libertad y seguridad, la analizo en “El contraste entre libertad y seguridad en el siglo XX”, en Gregorio Peces-Barba, Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, Eusebio Fernández y Carlos Fernández Liesa (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2014, Tomo IV, Vol. IV, pp. 123 a 154. En concreto, sobre el límite de la seguridad nacional y la interpretación del mismo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, remito a mi *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Cizur Menor, Aranzadi, 1998, así como Ian Cameron, *National Security and the European Convention of Human Rights*, Amsterdam, Martinus Nijhoff, 2000, ambos necesitados de actualización.

En general, sobre los Centros de Internamiento de extranjeros y los derechos de los internos, véase Miguel Revenga y José Joaquín Fernández Alles (coords.), *Los Centros de Internamiento de Extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*, Valencia, Tirant, en prensa.

Ambiguities and Perversions of Normative Language Concerning Fundamental Rights: the Case of the Spanish Constitutional Court Decision 17/2013

Ambiguidades e perversões da linguagem jurídica em matéria de direitos fundamentais: Acórdão nº 17/2013 do Tribunal Constitucional Espanhol

Abstract: In constitutional democracy the primacy of judges over legislators makes that these should make an effort of accuracy when regulating fundamental rights and establish their limitations. The appeal to security, for example, should never be sufficient to set specific limits if it is not accompanied by other preventions. This paper analyses this issue with the background of the Spanish regulation of the Centers of Reclusion of Foreigners and the Decision 17/2013 of the Spanish Constitutional Court.

Key words: Fundamental rights. Liberty and security. Spanish regulation of the Centers of Reclusion of Foreigners.

Resumo: Na democracia constitucional, a primazia dos juízes sobre os legisladores derroga a necessidade de um cuidado especial ao regular os direitos fundamentais e os limites. O apelo à segurança, por exemplo, nunca deve ser suficiente para estabelecer limites se não for acompanhada por outras prevenções. Este artigo analisa o problema à luz da Decisão 17/2013 do Tribunal Constitucional espanhol sobre o sistema jurídico de detenção de imigrantes.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade e segurança. Regulamentação espanhola de detenção de imigrantes.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. Ambigüedades y perversiones del lenguaje normativo en materia de derechos fundamentales: a propósito de la Sentencia 17/2013 del Tribunal Constitucional Español. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 14, n. 19, p. 75-86, jan./jul. 2016.

Recebido em: 15.01.2016.

Aprovado em: 15.01.2016

Autor convidado.