

Manual breve de Libertades Públicas

5ª edición

Rafael Palomino Lozano
Universidad Complutense

Rafael Palomino Lozano

MANUAL BREVE
DE
LIBERTADES PÚBLICAS

5ª EDICIÓN

Facultad de Derecho
Universidad Complutense
Madrid, 2019



Manual Breve de Libertades Públicas por Rafael Palomino Lozano se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.

Diseño: *SeaPotato Holistic Project*

“Man's final conquest has proved to be the abolition of Man”

C.S. LEWIS, *The Abolition of Man* (1944)

“The expansion of liberalism rests upon a vicious and reinforcing circle in which state expansion secures the end of individual fragmentation, in turn requiring further state expansion to control a society without share norms, practices or beliefs”

P. J. DENEEN, *Why liberalism failed* (2018)

Índice

Capítulo 1. Libertades públicas y Derechos fundamentales (I)..... 1

1. Introducción: la libertad política y los derechos fundamentales.....	1
2. Terminología.....	4
3. Fundamento y justificación.....	6
3.1. Fundamento.....	6
3.2. Justificación de los derechos fundamentales.....	9
3.2.1. Teorías objetivas.....	9
3.2.2. Teorías subjetivas.....	9
3.2.3. Justificación de carácter inter-subjetivo.....	10
4. Sujetos de los derechos fundamentales y libertades públicas.....	10
4.1. Los beneficiarios o titulares.....	11
4.1.1. Personas jurídicas y entes colectivos sin personalidad.....	12
4.1.2. Nacionalidad.....	13
4.1.3. Minoría de edad.....	14
4.1.4. Personas con capacidad judicialmente completada.....	14
4.1.5. Relaciones de sujeción especial.....	14
4.2. Los obligados por los derechos fundamentales.....	15
4.2.1. Los poderes públicos: eficacia vertical.....	15
4.2.2. Los particulares: eficacia horizontal.....	16

Capítulo 2. Libertades públicas y Derechos fundamentales (II)..... 19

1. Contenido.....	19
2. Clasificación.....	20
3. Límites.....	21
3.1. Delimitación o límites internos.....	21
3.2. Restricción o límites externos.....	22
4. Conflictos.....	25
4.1. Concepto.....	25
4.2. Técnicas de solución de conflictos.....	26
5. Interpretación.....	27
6. Desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas.....	28
7. Renuncia.....	30

Capítulo 3. Garantías de los derechos fundamentales y de las libertades públicas..... 33

1. Introducción y clasificaciones.....	33
2. El procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales.....	35
2.1. Jurisdicción contencioso-administrativa.....	35
2.2. Jurisdicción civil.....	36
2.3. Jurisdicción penal.....	36
2.4. Jurisdicción laboral.....	37

3. El recurso de amparo.....	37
4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	40
5. La protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario..	42
Capítulo 4. Igualdad y no discriminación.....	45
1. Introducción.....	45
2. La igualdad como principio.....	48
2.1. El mandato de la igualdad formal.....	48
2.2. El mandato de la igualdad material.....	49
3. La igualdad como derecho fundamental.....	50
3.1. Derecho relacional.....	50
3.2. La cuestión de los sujetos.....	50
3.2.1. Los extranjeros.....	50
3.2.2. Las personas jurídicas.....	51
3.2.3. Sujetos obligados por el derecho.....	51
3.3. Contenido.....	52
3.3.1. La igualdad en la ley.....	52
3.3.2. Igualdad en la aplicación de la ley.....	55
4. La discriminación positiva.....	55
Capítulo 5. Derecho a la vida y a la integridad física.....	57
1. Introducción. La titularidad del derecho y el concepto de persona.....	57
1.1. La distinción entre persona y ser humano: el personismo.....	59
1.2. Personismo y neomalthusianismo.....	60
1.3. Modelo humanista: ser humano es ser persona.....	60
1.4. Modelo transhumanista o post-humanista.....	61
2. El aborto.....	62
3. La eutanasia.....	65
4. Aspectos constitucionales de la bioética.....	68
5. La maternidad subrogada.....	70
6. Integridad física y moral. Tratos inhumanos o degradantes.....	71
Capítulo 6. La libertad religiosa.....	73
1. Introducción.....	73
2. Contenido y naturaleza del derecho fundamental de libertad religiosa.....	74
2.1. Algunos datos procedentes del Derecho interno, regional e internacional.....	74
2.2. Naturaleza de la libertad religiosa.....	76
2.3. Contenido de la libertad religiosa.....	78
2.3.1. ¿Qué es una religión?.....	78
2.3.2. Manifestaciones de lo que se protege.....	80
3. Sujetos de la libertad religiosa.....	81
4. Límites de la libertad religiosa.....	82
5. Conflictos entre libertad religiosa y otros derechos fundamentales.....	83
5.1. Libertad religiosa versus libertad de expresión.....	83
5.2. Libertad religiosa y no discriminación.....	84
5.3. Libertad religiosa y protección de datos personales.....	85
Capítulo 7. Las objeciones de conciencia.....	87
1. Introducción.....	87
2. Concepto y elementos.....	89

2.1. Comportamiento individual omisivo.....	89
2.2. Basado en motivos de conciencia.....	90
2.3. Contrario a la norma jurídica estatal.....	91
2.4. Clases de objeción de conciencia.....	91
3. Fundamento y tratamiento jurídico de la objeción de conciencia.....	91
4. Objeción de conciencia y deberes cívicos.....	94
4.1. Objeción de conciencia militar.....	94
4.2. Objeción de conciencia fiscal.....	95
4.3. Objeción de conciencia al jurado.....	96
4.4. Objeción de conciencia y elecciones.....	97
5. Objeción de conciencia y vida humana.....	98
5.1. Objeción de conciencia al aborto.....	98
5.2. Objeción de conciencia y tratamientos médicos.....	99
6. Objeción de conciencia y relaciones laborales.....	103
7. Otras formas de objeción de conciencia.....	104
7.1. Normas administrativas.....	104
7.2. Empleados públicos y jueces.....	105
Capítulo 8. Simbología religiosa.....	107
1. Introducción.....	107
2. Concepto y clases de símbolos religiosos.....	108
3. Los símbolos institucionales.....	109
3.1. Símbolos institucionales en la vía pública.....	111
3.2. Símbolos institucionales y edificios públicos.....	111
3.2.1. Elementos externos de los edificios públicos.....	111
3.2.2. Elementos internos de los edificios públicos.....	112
3.3. Edificios privados en los que se ejercitan funciones públicas.....	114
4. Símbolos religiosos personales.....	114
4.1. Símbolos religiosos personales en la vía pública.....	114
4.2. Símbolos religiosos personales en espacios de seguridad.....	116
4.3. Símbolos religiosos de los estudiantes en establecimientos educativos estatales.....	116
4.3.1. Enseñanza básica y media.....	117
4.3.2. Enseñanza superior.....	118
4.4. Símbolos personales de los funcionarios.....	118
4.5. Símbolos religiosos personales en el ejército y la policía.....	119
4.6. Símbolos religiosos personales de los profesores en establecimientos educativos del Estado.....	119
4.7. Símbolos religiosos personales en los tribunales de justicia.....	120
4.8. Símbolos religiosos y cargas modales.....	121
4.9. Símbolos religiosos en el ámbito laboral.....	122
4.9.1. La uniformidad en la empresa. La imagen corporativa.....	123
4.9.2. Seguridad y salubridad en el empleo.....	124
Capítulo 9. La libertad personal y la vida privada.....	125
1. Libertad personal y seguridad.....	125
1.1. La detención preventiva.....	126
1.2. La prisión provisional.....	127
1.3. El procedimiento de <i>habeas corpus</i>	128
2. Los derechos de la vida privada.....	130
2.1. Derecho a la intimidad personal y familiar.....	131

2.2. El derecho a la propia imagen.....	133
2.3. El derecho al honor.....	134
2.4. Inviolabilidad del domicilio. Secreto de las comunicaciones.....	135
2.5. El derecho fundamental a la protección de datos.....	137

Capítulo 10. Libertad de expresión e información.....141

1. Valores protegidos y estructura básica.....	141
2. Distinción entre expresión e información.....	142
3. Censura previa y secuestro de publicaciones.....	145
4. Límites y restricciones a la libertad de expresión e información.....	145
5. Colisión con otros derechos e intereses.....	146
5.1. Noticias y opiniones sobre personajes públicos.....	146
5.2. Noticias y opiniones sobre personajes con relevancia social.....	146
5.3. Noticias sobre materias calificadas como secretos.....	147
5.4. Noticias sobre la Administración de Justicia.....	148
5.5. Expresión de odio (<i>hate speech</i>).....	148
5.6. Libertad de expresión de trabajadores y funcionarios.....	149
5.7. Medios de comunicación y posición de los profesionales de la información.....	150
5.8. Libertad de información y derecho de rectificación.....	151
5.9. Libertad de expresión de afiliados a partidos políticos.....	151
6. Libertad de arte y de ciencia.....	152

Capítulo 11. Libertad de asociación, reunión y manifestación.....153

1. Libertad de asociación. Valor jurídico protegido.....	153
2. Régimen jurídico de las asociaciones.....	154
3. Titularidad del derecho.....	155
4. Facetas positiva y negativa.....	156
5. Autoorganización y control judicial.....	157
6. Asociaciones ilícitas.....	159
7. Asociaciones con regímenes especiales: partidos políticos.....	160
8. Reunión y manifestación.....	162

Capítulo 12. Derechos educativos.....167

1. Introducción.....	167
1.1. El protagonismo del Estado en la enseñanza.....	167
1.2. Actores sociales y enseñanza: padres, docentes y alumnos.....	168
1.3. La enseñanza y las religiones.....	169
2. Derecho a la educación y libertad de enseñanza.....	170
2.1. Conceptos básicos.....	170
2.2. Diversidad, neutralidad y escolarización.....	172
3. Enseñanza de religión.....	175
3.1. Evolución de la normativa española.....	176
3.2. Los profesores de religión.....	179
4. La enseñanza de iniciativa social, también llamada escuela privada.....	180
4.1. El ideario de los centros docentes.....	180
4.2. El sistema de conciertos.....	181
5. La libertad académica.....	182
6. Universidades de la Iglesia católica.....	184

Capítulo 1. Libertades públicas y Derechos fundamentales (I)

1. Introducción: la libertad política y los derechos fundamentales

La realización de cualquier proyecto verdaderamente humano lleva ínsito el sello de la libertad. Podemos distinguir al menos tres acepciones de la libertad humana:

- a) La libertad ontológica: la libertad forma parte del ser humano; “el único modo de eliminar la libertad fundamental es haciendo desaparecer al mismo hombre”¹.
- b) La libertad psicológica: en condiciones normales el ser humano obra de modo libre, sin condicionamientos internos debidos a una alteración de sus sentidos, de su entendimiento o de su voluntad.
- c) Como consecuencia de lo anterior, la libertad de elección o de arbitrio: experimentamos que el ser humano puede elegir entre diversas cosas, comportamientos, estados de vida, etc. “Sin libertad de elección, no se puede usar de la libertad que constitutivamente se es; tampoco se puede imponer a nadie el bien y la verdad a costa de sacrificar su libertad: vale intentar educar, guiar hacia unos valores, etc., pero imponer a alguien que ya puede decidir por sí mismo es rebajarle como persona”². Sin embargo, la libertad de elección puede emplearse bien o mal. No todas las elecciones son igualmente valiosas: unas pueden contribuir a la perfección de la persona, otras a su degradación.
- d) La libertad política: “una realidad práctica que consiste en la posibilidad efectiva de acceder personalmente –es decir, con nombre propio– a

1 R. YEPES STORK; J. ARANGUREN ECHEVERRÍA, *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*, 4ª ed., Eunsá, Pamplona, 1999, p. 121.

2 *Ibid.*, p. 125.

actividades comunes, de hacerse presente y participar en prácticas socialmente constituidas.”³

La libertad del ser humano frente al poder político se ha consagrado en los derechos fundamentales y libertades públicas.

Los derechos fundamentales recogidos en declaraciones de derechos están ligados a la historia del constitucionalismo⁴. Tanto la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia son producto de las revoluciones liberales contra el absolutismo, que dieron vida al constitucionalismo moderno. Frente a tendencias previas que ponían límites al poder político a través de normas de derecho objetivo, el constitucionalismo moderno que arranca de esas revoluciones pone límite al poder político a través de derechos subjetivos. El derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido cuya satisfacción queda encomendada a la voluntad de su titular (*agere licere*). Esta traslación del derecho objetivo al derecho subjetivo es obra del iusnaturalismo racionalista, que formula o sintetiza los llamados “derechos naturales”. Esta formulación o síntesis corre el peligro de no responder a la realidad del hombre como ser social y acentuar el individualismo. “Hablar de derechos naturales se convierte en hablar de una especie de armamento jurídico que el hombre posee en virtud de su sola condición de individuo humano, y que este trae ya consigo en el momento de incorporarse a cualquier sociedad. Esta visión otorga al derecho natural una inevitable connotación reivindicativa, anti-política y anti-institucional: el carácter de un estatuto individual que se esgrime frente a la misma sociedad, frente a sus exigencias y necesidades. Lo que este derecho sugiere es la idea de un blindaje del individuo, que lo libra de quedar afectado por los avatares, limitaciones y vínculos de la realidad común, concreta y efectiva. En la práctica, todo esto induce, inevitablemente, a hacer un ejercicio incondicionado y absoluto de estos derechos, a postularlos de manera dogmática e insolidaria”⁵.

Respecto de la configuración del derecho público subjetivo, Jellinek distinguió tres “situaciones del individuo frente al Estado, que se correspondían con otros tipos de derechos: (1) el *status negativus*: obligación de abstención para el Estado (que se compromete a no hacer una serie de cosas: matar, encarcelar sin juicio, impedir la libre expresión de las ideas, etc.); (2) el *status activus*: se corresponde con la participación del ciudadano en el proceso político (por medio de los derechos de asociación, sufragio activo y pasivo, etc.); (3) el *status positivus*: el Estado interviene

3 A. CRUZ PRADOS, *Filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 2009, p. 32.

4 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 31.

5 A. CRUZ PRADOS, *Filosofía política*, cit., p. 142.

activamente a favor del ciudadano, ofreciéndole educación, sanidad, pensiones, etc.”⁶

Tras el nacimiento y expansión del constitucionalismo liberal surgieron los totalitarismos. El desarrollo de esos regímenes políticos vino impulsado y acompañado por el positivismo jurídico. Tras la desaparición de los totalitarismos europeos, el “neoconstitucionalismo” representó el paso del “Estado de Derecho formal” del siglo XIX al “Estado de Derechos” (o Estado de Derecho material), “cuya vanguardia representan las nuevas constituciones de la segunda posguerra (Francia 1946, Italia 1947, Alemania 1949, etc.), mucho más comprometidas con los derechos humanos y los valores democráticos que sus antecesoras”⁷.

En general, en Occidente hemos aceptado la primacía funcional de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en el ordenamiento jurídico del Estado democrático. La defensa y promoción de esos derechos justifica (*ius*) y legitima (*legitimitas*) la existencia de dicho Estado. Ahora bien: no hemos alcanzado la primacía ontológica de los derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, no nos atrevemos a llegar a una pregunta importante e incisiva: los derechos fundamentales ¿por qué y para qué?

A lo largo de la historia del constitucionalismo se observan dos tendencias en relación con los derechos fundamentales: la ampliación del catálogo de derechos y la internacionalización de las declaraciones que los proclaman⁸.

Respecto de la primera de esas tendencias es importante tener en cuenta que la ampliación del catálogo de derechos fundamentales no puede realizarse sin que se vea afectado su propio concepto, sin que se pueda ver afectado el propio derecho objetivo⁹, sin que se confundan las “aspiraciones” con los “derechos”¹⁰, o sin que se produzca una depreciación de los propios derechos fundamentales y libertades públicas¹¹, arrastradas por la devaluación que sufrirían al convertirse en vehículo de expresión de innumerables pretensiones sociales, acompañadas —eso sí— del necesario excipiente formal que reclama la república procedimental¹².

6 F. J. CONTRERAS PELÁEZ; R. RAMIS; F. CARPINTERO; V. BELLVER; E. A. GALLEGO, *El sentido de la libertad*, Stella Maris, Barcelona, 2014, p. 236.

7 F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Liberalismo, catolicismo y ley natural*, Encuentro, Madrid, 2013, p. 325.

8 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 33-35.

9 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 17-20.

10 J. J. MEGÍAS QUIRÓS, “Cuando las apetencias se convierten en derechos”, *Persona y Derecho*, 56, 2007.

11 F. J. CONTRERAS PELÁEZ Y OTROS, *El sentido de la libertad*, cit., pp. 199-200.

12 R. NAVARRO-VALLS; R. PALOMINO LOZANO; S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Estado y religión: textos para una reflexión crítica*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 13.

Respecto de la internacionalización de las declaraciones de derechos, “la gran novedad de la segunda postguerra es la idea según la cual la garantía de los derechos humanos no debe encomendarse sólo a los Estados de uno en uno (pues ya se ha comprobado que a menudo se vuelven contra ellos), sino también a la sociedad internacional en su conjunto”¹³.

2. Terminología

Veamos a continuación algunos conceptos próximos entre sí:

- a) Derechos humanos: “derechos que poseen todos los seres humanos, en razón de su nacimiento o de pertenencia a la especie humana, es decir, debido a una característica natural”¹⁴; derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por textos internacionales. Los derechos fundamentales y los derechos humanos pueden coincidir en su enunciación y/o en su contenido. Esto es lo que le sucede al **Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** en relación con los textos constitucionales y legislativos de muchos países miembros del Consejo de Europa.
- b) Derechos fundamentales:
 - i. Concepto formal: los derechos fundamentales son “los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”¹⁵. Esta definición de Ferrajoli es formal en un doble sentido: “en el sentido de que nada dice sobre el contenido de tales derechos, o sea, sobre la naturaleza de los comportamientos que representan el objeto de las expectativas positivas o negativas en que consisten; y en el sentido de que nada dice sobre la concreta extensión de las clases de sujetos identificados, en los distintos ordenamientos, por el estatus de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, como titulares de los respectivos tipos de derechos. De aquí se deduce, entre otras, una consecuencia de gran relevancia teórica: (...) los derechos fundamentales no suponen normas sino que son ellos mismos normas”¹⁶. Se trata de un concepto que incide en la nota de reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico concreto de un país

13 F. J. CONTRERAS PELÁEZ Y OTROS, *El sentido de la libertad*, cit., pp. 227-228.

14 J. J. MEGÍAS QUIRÓS (ED.), *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, 1. ed, Garrigues Cátedra: Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 14.

15 L. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*, Editorial Trotta, S.A., España, 2011, p. 686.

16 *Ibid.*, p. 689.

frente a los derechos humanos, que permanecerían en el área o esfera del derecho internacional o de las declaraciones de derechos. En definitiva: los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en una norma jurídica fundamental de un determinado Estado.

- ii. Concepto material: “Los derechos fundamentales son la participación, de todos y cada uno de los ciudadanos, en aquellos aspectos o contenidos del bien común político que son considerados fundamentales, y que, por esto, son (...) desligados del tratamiento de los demás aspectos del bien común, para que las contingencias de esta actividad –conflictos, factores coyunturales, dificultades y equivocaciones– no afecten a esos contenidos fundamentales.”¹⁷
- c) Libertades públicas: “presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas (...) [S]on libertades, ya que permiten actuar sin coacción, y son libertades públicas porque corresponde a los órganos del Estado, titular de la soberanía política, realizar tales condiciones”¹⁸. En Francia y en el Reino Unido se emplean los términos libertades públicas con un significado técnico que no existe en el Derecho español; en ambos países se designa con este nombre a los derechos fundamentales en sentido material¹⁹. Las libertades públicas son las facultades o poderes de autodeterminación consagrados por el derecho positivo²⁰.

El criterio que se seguirá para el estudio de las libertades públicas en este manual atiende a tres elementos que delimitan el concepto y el contenido de la asignatura:

- a) Se acoge el término libertades públicas por ser el empleado usualmente en Francia para el estudio de un sector destacado y consolidado de los derechos fundamentales.
- b) Por su tónica o localización jurídica, las libertades públicas son las comprendidas en la sección Primera del Capítulo II del Título I (De los derechos fundamentales y libertades públicas) de la Constitución española.
- c) Por su significación, se atiende preferentemente a aquellos derechos que reconocen a la persona, en los distintos ámbitos de la vida social, el poder de elegir su comportamiento, reconocimiento que viene acompañado por una

17 A. CRUZ PRADOS, *Filosofía política*, cit., p. 145.

18 J. MORANGE, *Las libertades públicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 8.

19 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 38-39.

20 J. RIVERO, *Les libertés publiques*, 3e éd. mise à jour, Presses universitaires de France, Paris, 1981, p. 23.

protección reforzada y por una especial consideración normativa constitucional en el derecho interno²¹.

3. Fundamento y justificación

3.1. Fundamento

El fundamento formal e inmediato de las libertades públicas es la incorporación de unos derechos de la persona o del ciudadano a un texto jurídico fundamental. Formalmente, como antes se ha indicado con palabras de Ferrajoli, los derechos fundamentales son normas. Y conforme a la doctrina de Alexy estas normas son simultáneamente reglas (que sólo pueden ser, o no, cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más o menos) y principios (es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades normativas y reales existentes)²². De esta doble condición formal de los derechos fundamentales se deriva la aplicación del llamado juicio o examen de proporcionalidad, que se examina en el Capítulo 2.

La incorporación iusfundamental hace que la Constitución (si se trata de un solo texto) o el sistema normativo constitucional (si se trata de varios textos jurídicos a integrar en una unidad) cobre un sentido particular que explica y otorga coherencia legitimadora al resto de previsiones constitucionales. Hablamos entonces de una Constitución o un sistema constitucional que se funda en el respeto a la persona, en los derechos fundamentales, etc. A este fundamento podría adscribirse la afirmación del artículo 10.1 de la Constitución española de 1978: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

El fundamento material y último de los derechos fundamentales y de las libertades públicas remite al fundamento de los derechos humanos.

El fundamento de los derechos humanos importa por tres motivos al menos²³:

- a) No es posible la defensa de las libertades en sociedades que no observan los derechos humanos sin una cierta convicción social.
- b) Solo una justificación teórica sólida permite una defensa clara y comprometida de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

21 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, Editorial Universitas, Madrid, 2013, p. 26.

22 F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 45-50.

23 J. J. MEGÍAS QUIRÓS (ED.), *Manual de derechos humanos*, cit., pp. 163-164.

- c) La protección de los derechos humanos no se apoya solo en técnicas jurídicas e instrumentos o acciones jurídicas eficaces, o en circunstancias económicas y socio-políticas que los posibiliten, sino en el respaldo de buenos argumentos y razones.

“Si no se tienen claras las razones por las que deben ser respetados los derechos humanos, es previsible que los Estados desmayen en la tutela de los mismos, incluso ‘de buena fe’ (creyendo obrar por el interés general)”²⁴.

De modo prácticamente unánime, se sostiene que el fundamento de los derechos humanos se encuentra en la dignidad humana.

La dignidad humana remite a una idea de superioridad, a un valor intrínseco de todo ser humano.

Normalmente se habla de dignidad humana u ontológica para distinguirla de la dignidad moral. La primera corresponde a todo ser humano por el hecho de serlo, independiente del mérito de su conducta; la segunda nos remite a la dignidad del ser humano en atención a su comportamiento ético. La primera es plena e invariable, única e igual; la segunda no.

La idea de dignidad humana ontológica aparece con claridad en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**, tanto en su Preámbulo (“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”) como en su artículo 1 (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”). También aparece en el **artículo 10.1** de la Constitución española de 1978 (“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”). Nótese que en ese artículo la dignidad aparece como principio del ordenamiento jurídico. Por contraste, en la **Ley Fundamental de Bonn** la dignidad humana es propiamente un derecho. “Esto ha tenido como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado una rica jurisprudencia acerca del concepto de dignidad y además ha podido reconocer nuevos derechos fundamentales que no fueron previstos por los constituyentes, incluyéndolos en el derecho de la dignidad”²⁵.

24 F. J. CONTRERAS PELÁEZ Y OTROS, *El sentido de la libertad*, cit., p. 266.

25 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 69.

La noción de dignidad humana ontológica no es exclusiva del mundo contemporáneo. Tiene sus orígenes remotos en el pensamiento griego, con un carácter normativo en el estoicismo romano y con una caracterización y afirmación sólidas en el pensamiento cristiano. Éste efectúa una configuración universalista y trascendente de la dignidad ontológica, desarrollando la idea del hombre como imagen de Dios. Tal como señala Bobbio, el gran cambio en el reconocimiento del hombre como persona tuvo inicio en Occidente con la concepción cristiana de la vida, según la cual todos los hombres son hermanos en cuanto hijos de Dios²⁶.

¿Qué significa dignidad humana? “Decía Kant que el hombre no tiene valor sino dignidad, ya que cualquier valor es conmensurable y puede entrar en un cálculo comparativo. Llamamos ‘dignidad’, por el contrario, a aquella propiedad merced a la cual un ser es excluido de cualquier cálculo, por ser él mismo medida del cálculo. La dignidad del hombre depende (...) de que es una totalidad de sentido, de que es, incluso, lo universal. Su dignidad radica en que no es una parte, junto a otras, de la realidad, sino que en su conciencia percibe que debe hacer justicia a la realidad como a un todo: como ser potencialmente moral, la persona merece un respeto incondicional”²⁷.

La dignidad, al indicar una calidad del ser, expresa que el ser humano es persona y no solo individuo de una especie. Nunca puede ser cosificado o utilizado como mero instrumento, al servicio de fines que le son ajenos. Cualquier miembro de la especie humana, en razón de su dignidad ontológica, no es solo un fin en sí mismo para sí, sino un fin en sí mismo por antonomasia, con sentido objetivo. Es decir, hay una distinción entre dignidad en sentido subjetivo y en sentido objetivo: “No necesita ninguna demostración el hecho de que algo es para sí mismo su propio y último fin y que no puede ser convertido por otro en un mero medio para un fin totalmente extraño. El ratón es también un fin último para sí mismo, pero esto no es así para el gato (...) Si el hombre es sólo un valor para sí mismo y no un ‘fin en sí mismo’, entonces sería válido para este caso el asesinato perfecto: si es eliminado un sujeto que considera su propia vida como algo valioso, no se puede hablar de una ‘pérdida de valor’. El carácter valioso de esa vida dependía del sujeto para el que dicha pérdida tenía valor. Y lo mismo puede decirse de la aniquilación de la humanidad por medio de una catástrofe atómica. Si todo valor es relativo al sujeto que valora, no se puede llamar crimen a la aniquilación completa de todos los sujetos que valoran (...) Sólo el valor del hombre ‘en sí’ —no únicamente para los hombres— hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar”²⁸.

26 N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 106.

27 R. SPAEMANN, *Ética: cuestiones fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2007, pp. 113-114.

28 R. SPAEMANN, *Lo natural y lo racional: ensayos de antropología*, Rialp, Madrid, 1989, pp. 100-102.

3.2. Justificación de los derechos fundamentales²⁹

3.2.1. Teorías objetivas

Se caracterizan por defender la existencia de valores, reglas o principios con validez objetiva, incondicionada y universal independientemente de la experiencia de los sujetos o de su conciencia valorativa. Las teorías objetivas se pueden reconducir a cuatro corrientes:

- a) El objetivismo o realismo ontológico admite la existencia de unas exigencias jurídicas objetivas derivadas de la dignidad humana, común a todos, que quedan al margen de los sentimientos y apreciaciones subjetivas y externas a su titular.
- b) La ética material de los valores propone la existencia de un orden de valores inmutables y ordenados jerárquicamente, previos a cualquier tipo de orden jurídico y social. Para esta corriente, los valores, en sí mismos, no cambian, sino que cambia la conciencia valorativa del ser humano: siempre ha considerado digna de protección la vida, pero su conciencia valorativa ha ido siendo más sensible con el tiempo hasta, por ejemplo, entender contraria a esos valores pre-ordenados la esclavitud o la pena de muerte.
- c) La teoría de las necesidades, de origen marxista, distingue entre las necesidades naturales (medios materiales necesarios para la supervivencia), las necesidades necesarias (permiten satisfacer las potencialidades de la persona en sociedad, de tipo moral o cultural) y necesidades radicales (preferencias axiológicas conscientes sobre cuestiones sociales). Los derechos fundamentales estarían justificados en la medida en que contribuyan a satisfacer esas necesidades humanas.
- d) Otras teorías de carácter ético: consideran que los derechos humanos dan respuesta a exigencias de carácter ético que a la vez les sirven de fundamento. Afirman que existe algo previo al derecho positivo que obliga a que éste reconozca unos determinados derechos decisivos para el hombre.

3.2.2. Teorías subjetivas

- a) Desde postulados liberales, **Popper** sostiene que no pueden existir unos valores o principios reguladores de la conducta del hombre que deban ser admitidos dogmáticamente. Cada persona tendría que analizar individualmente cuáles son esos (sus) principios, cómo deberían ordenarse y contrastar con argumentos sus conclusiones con otros ciudadanos. Al final del proceso, para este filósofo, se tendría que colocar en la cúspide el valor o principio de la libertad. Desde esta posición, Popper encuentra un

²⁹ J. J. MEGÍAS QUIRÓS (ED.), *Manual de derechos humanos*, cit., pp. 184-205.

fundamento de los derechos humanos de primera generación (derechos civiles y políticos) que aseguran la realización de ese valor superior de la libertad, y que serían necesarios precisamente para realizarla. Por su parte, desde una vertiente más economicista, Hayek es partidario de la libertad como primer principio y propone que toda regulación jurídica gire en torno al derecho de propiedad y a la libertad individual.

- b) El contractualismo igualitarista surge de la famosa obra de **Rawls** “Una Teoría de la Justicia”³⁰, que tanta influencia ha tenido en el pensamiento político actual y en la concepción de los derechos fundamentales. Conforme a esta teoría, los fundamentos de la sociedad política (principios de justicia básicos: la igual libertad y principio de la diferencia) presuponen y requieren unas reglas básicas para la adopción de acuerdos en un diálogo imparcial y aséptico (posición original y velo de la ignorancia). A partir de los principios de justicia e igualdad, Rawls afirma que todos los ciudadanos tienen derecho al más amplio sistema de libertades individuales y políticas, básicas e iguales, compatibles con un sistema similar de libertades para los demás. La base de esta conformación está establecida en un diálogo y en un acuerdo que pretende responder a una pregunta básica: ¿cómo vivir en paz en una sociedad de gente distinta y diversa?

3.2.3. Justificación de carácter inter-subjetivo

Estas teorías tratan de encontrar un fundamento a los derechos mediante un consenso lo más generalizado posible, pero circunscrito a los condicionantes de cada cultura y periodo histórico. La corriente más destacada es la ética discursiva o de la acción comunicativa de **Habermas**, para quien los derechos son exigencias que deben reconocerse mutuamente los ciudadanos, como presupuestos de la racionalidad inmanente a todo Estado de Derecho, y que deben ser establecidos mediante acuerdos entre los ciudadanos para que verdaderamente se constituya una sociedad de hombres libres e iguales.

4. Sujetos de los derechos fundamentales y libertades públicas

Las normas de derechos fundamentales y libertades públicas, una vez emanadas, van dirigidas a unos determinados sujetos que se convierten en destinatarios de las mismas y que se dividen fundamentalmente en beneficiarios y en obligados, según sea la posición que ocupen en relación con el derecho.

30 J. RAWLS, *A Theory of Justice (revised edition)*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999.

4.1. Los beneficiarios o titulares

Se hace preciso aquí distinguir algunos conceptos³¹:

- a) Capacidad jurídica iusfundamental: es la abstracta aptitud del individuo o el colectivo para ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones fundamentales, esto es, para ser titular de ellos. La capacidad jurídica iusfundamental no pueda estar sujeta a condiciones o requisitos, ni internos ni externos.
- b) Titularidad de los derechos fundamentales: hace referencia a la concreta atribución de un derecho o un deber fundamental que el ordenamiento reconoce a un individuo o un colectivo, generando con ello las diversas posiciones jurídicas en las que éste se encuentra en relación con el poder público y con los demás particulares.
- c) Ejercicio de las libertades públicas y de los derechos fundamentales: se refiere a la capacidad de obrar iusfundamental, necesaria para que el titular de un derecho lo ejerza por sí mismo cuando reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que integran el contenido subjetivo del derecho.

Con carácter general se puede decir que toda persona por el hecho de serlo, además de ser titular, posee capacidad para ejercer sus derechos y que solo donde, previstas constitucionalmente ciertas condiciones personales o temporales, éstas faltaren, cabe admitir que el titular no puede ejercer sus derechos y deba intervenir un tercero en su nombre.

No todos los derechos fundamentales admiten el ejercicio mediante un tercero. Los supuestos en los que es posible la intervención del tercero son aquellos que, por su naturaleza, permiten la satisfacción del interés del titular del derecho representado. Esto sucede, por ejemplo, en el supuesto de la manifestación de voluntad paterna, emitida en nombre de un menor, autorizando a un centro médico la práctica de una intervención quirúrgica necesaria para salvar su vida. Por el contrario, no sucede en otros derechos, como la facultad natural de deambular libremente o de expresarse.

La capacidad jurídica iusfundamental se corresponde con la personalidad. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida una vez desprendido del seno materno (artículo 30 del Código Civil). La personalidad se pierde por la muerte (artículo 32 del Código Civil) o por la ausencia declarada y

31 F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., pp. 84-98.

equiparada al fallecimiento por presunción legal ([artículos 34 y 193 y siguientes](#) del Código Civil).

4.1.1. Personas jurídicas y entes colectivos sin personalidad

Respecto de la titularidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas por parte de personas jurídicas o de sujetos colectivos sin personalidad jurídica, no hay una orientación general al respecto en la Constitución española. Ésta menciona a esos sujetos como titulares de derechos concretos, como la libertad religiosa, la libertad de creación de centros docentes o el derecho de petición. A su vez, ciertos derechos como el de asociación o de fundación suponen la titularidad del ente colectivo creado o reconocido. Hay grupos sociales que son producto del ejercicio por parte del individuo de ciertos derechos fundamentales (asociación, reunión...) cuyo objeto solo puede ser adecuadamente garantizado si también se reconocen derechos fundamentales a los entes colectivos resultantes de su ejercicio: solo así se podrá rendir tributo al mandato del [artículo 9.2](#) de la Constitución española de 1978, que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que sean reales y efectivas la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que los individuos se integran.

Hay tres cuestiones relacionadas con la titularidad de derechos por parte de los entes colectivos que merecen nuestra atención³²:

- a) ¿Qué derechos tienen? Conforme al Derecho español, aquellos que pueden ser ejercidos por ellos, es decir, los que son acordes a la peculiar naturaleza de la persona jurídica (p.ej. libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión e información, asociación, reunión, derecho a la tutela judicial efectiva).
- b) ¿Cuáles son su objeto y su contenido? No pueden disfrutar del contenido de derechos con la misma extensión que si se tratase de personas físicas, dada su limitación legal y real.
- c) ¿A qué personas jurídicas? No es igual el caso de las personas privadas que el de las personas jurídico-públicas³³. En principio, estas últimas están más en una posición de sujetos obligados que de sujetos beneficiarios. Ocasionalmente, sin embargo, las personas jurídico-públicas gozan de los derechos fundamentales que, por su naturaleza, puedan ejercer, como los derechos de corte procesal.

³² *Ibid.*, pp. 88-90.

³³ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 135-136.

4.1.2. Nacionalidad

La nacionalidad es un importante factor establecido por las Constituciones a la hora de determinar la titularidad de derechos fundamentales, pero que no afecta de igual forma a todos ellos:

- a) Un primer grupo de derechos estaría constituido para los cuales la nacionalidad del titular carece de trascendencia, al constituir el más íntimo e imprescindible reflejo de la dignidad de la persona. En la Constitución española han sido reconocidos con fórmulas genéricas como “todos”, “toda persona”, “nadie”, “se reconoce” o “se garantiza”. Se trata del derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.
- b) Un segundo grupo vendría constituido por los derechos que, aun correspondiendo inicialmente solo a los españoles, conforme a lo dispuesto en el [artículo 13](#) de la Constitución española de 1978 pueden ser atribuidos —por la Ley o los Tratados— a los extranjeros. Se trata de derechos como la libertad de residencia o el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y europeas, la libertad de contraer matrimonio, etc. Es importante tener muy en cuenta la “ciudadanía europea”, introducida por el [Tratado de Maastricht de 1992](#), que “se ostenta por el hecho de tener la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, de manera que existe una doble vinculación jurídico-política de los individuos”³⁴ y lleva aparejados derechos habitualmente reconocidos a los nacionales, tales como la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros o el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
- c) Un tercer grupo está constituido por aquellos derechos fundamentales que la Constitución atribuye única y exclusivamente a los españoles y que, por su estrecha vinculación al ejercicio de la soberanía, no considera posible extender a los extranjeros. Se trata, conforme a los [artículos 13.2](#) y [23.1](#) de la Constitución española de 1978, del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y el derecho de sufragio en referéndum.
- d) Por último, un cuarto grupo es el de aquellos derechos, como los de asilo y refugio ([artículo 13.4](#) de la Constitución), que solo pueden disfrutar los extranjeros y que, por la naturaleza de su objeto, no es posible que correspondan también a los españoles.

34 *Ibid.*, p. 132.

4.1.3. Minoría de edad

La minoría de edad —que en España se extiende desde el nacimiento hasta la edad de 18 años— es otra circunstancia relevante en el ejercicio de los derechos fundamentales. En unos casos, el legislador fija las condiciones del ejercicio de un derecho fundamental por parte de menores y los excluye del mismo únicamente cuando, en aras de su protección o de la protección de otros bienes constitucionales, falten los presupuestos de madurez necesarios para su ejercicio autónomo. En otros casos, puesto que la minoría de edad no es un *status* jurídico que prohíba el acceso al ejercicio de los derechos fundamentales, puede ser constitucionalmente más adecuado un criterio flexible, como el de la posesión de suficiente madurez, y no el rígido de un tope de edad. En este punto, debe tenerse en cuenta las reglas establecidas por el artículo 162 del Código Civil.

4.1.4. Personas con capacidad judicialmente completada

Las personas con “capacidad judicialmente completada” (también llamadas incapaces) adquieren esa condición previa resolución judicial (artículo 199 del Código Civil) cuando las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impidan a la persona gobernarse por sí misma. Dicha condición puede afectar al ejercicio de derechos fundamentales. La necesidad de protección de estas personas conduce no solo a la “posibilidad de limitar ejercicio por sí mismos de sus derechos (autoejercicio), sino también la de suplirlos en él (heteroejercicio) siempre que se den dos condiciones: una, que el grado de autodeterminación volitiva del menor o incapaz sea tan deficiente que les impida ejercitarlos por sí mismos; y otra, que la facultad de cuyo heteroejercicio se trate permita satisfacer su interés iusfundamental”³⁵. Téngase en cuenta, como antes se indicó, que hay elementos del derecho fundamental tan personales (movimiento, expresión, comunicación, reunión) que no cabe el heteroejercicio.

4.1.5. Relaciones de sujeción especial

Las denominadas relaciones de sujeción especial modulan el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Las relaciones de sujeción especial son “situaciones jurídicas en las que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, como funcionarios, militares, reclusos, escolares o concesionarios de servicios públicos”³⁶. Las reglas genéricas que pueden describirse al respecto son:

- a) Las situaciones de sujeción especial no son de suyo supuestos de suspensión de los derechos.

³⁵ F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 94.

³⁶ *Ibid.*, p. 96.

- b) El contenido de los derechos fundamentales en dichas situaciones tiene una extensión menor.
- c) En cualquier caso, la limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales en situaciones de especial sujeción solo encuentra justificación en la medida en que resulte adecuada, necesaria y proporcionada para el logro de las finalidades constitucionales previstas.

4.2. Los obligados por los derechos fundamentales

4.2.1. Los poderes públicos: eficacia vertical

Las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales y libertades públicas obligan a todos: los ciudadanos y los poderes públicos ([artículo 9.1](#) de la Constitución). Los derechos fundamentales y las libertades públicas aparecen conformados en la Constitución española —y en otros textos constitucionales— como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia a todos los ámbitos del ordenamiento³⁷. Esta irradiación afecta a las tres funciones del Estado: la conformación material de prescripciones del Derecho por parte del legislador, la actuación del ejecutivo en sus funciones y la interpretación y aplicación del Derecho por parte del juez.

La obligatoriedad para los poderes públicos de los derechos fundamentales está expresamente prevista en el [artículo 53.1](#) de la Constitución. La noción de poder público alcanza tanto al interior del aparato del Estado (órganos que antes no estaban, nuevos órganos que no existían o poderes nacidos de una nueva forma de organización territorial), como a su exterior (a raíz de la integración supranacional del Estado; nos referimos aquí a los órganos de la Unión Europea). Afecta tanto a la Administración pública como al Gobierno y al Parlamento. Respecto de éste último, debe entenderse comprendidas las actuaciones legislativas y también las no legislativas, así como los actos internos (*interna corporis acta*) que infrinjan los derechos fundamentales³⁸. El concepto de poder público ha de ser entendido en un sentido material-funcional, pero también comprende a los sujetos a los que el ordenamiento jurídico habilite temporal o permanentemente para imponer unilateralmente obligaciones, a los organismos autónomos, a las entidades empresariales del Estado, a las corporaciones profesionales de derecho público y a los concesionarios de un servicio público.

Aunque los derechos fundamentales mantienen un carácter de derecho de reacción frente al Estado, existe una vinculación positiva a los derechos fundamentales de los poderes públicos, lo cual significa un mandato de optimizar la

³⁷ *Ibid.*, p. 53.

³⁸ *Ibid.*, p. 99.

eficacia de dichas libertades en todo lo que normativamente les resulte posible³⁹. Uno de los reflejos de esta vinculación positiva es el deber de protección de los derechos fundamentales a cargo del Estado, tal como se establece en el [artículo 9.2](#) de la Constitución española de 1978 (“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”).

4.2.2. Los particulares: eficacia horizontal

No cabe colocar en una misma e indiferenciada posición a todos los sujetos privados respecto de su deber de respeto de los derechos fundamentales. Es necesario modular el tipo y extensión de aquella eficacia horizontal a la luz de la concreta relación jurídica privada en la que esos sujetos se encuentren.

A diferencia de los poderes públicos, los particulares se encuentran vinculados negativamente a la Constitución española, conforme a la interpretación otorgada por el Tribunal Constitucional en esta cuestión ([Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1983](#), 18 de noviembre). “Sin embargo, a partir de 1950, en la República Federal de Alemania, comenzó a discutirse sobre los posibles efectos de los derechos fundamentales frente a terceros particulares, en las relaciones con terceras personas, privadas. En la actualidad, los juristas alemanes admiten que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales tienen cierta relevancia en el ámbito del derecho privado”⁴⁰. Del deber de cumplimiento por parte del legislador pueden nacer fórmulas concretas que, con el fin de dar eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares (*Drittwirkung*, “eficacia frente a terceros”)⁴¹, establezcan deberes o limitaciones legales a la capacidad de actuación autónoma de dichos particulares.

Existen supuestos (como el de las relaciones paterno-filiales, el de las relaciones escolares privadas o el de las relaciones sanitarias privadas, por ejemplo) en los que la posición de uno de los sujetos viene determinada por el cumplimiento de una función en la que los derechos fundamentales están afectados o en la que se les equipara en ciertos aspectos a un poder público por su capacidad para imponer unilateralmente obligaciones al tratar de satisfacer la obligación constitucional de proteger a los hijos, dar cumplimiento en nombre del Estado al deber de escolarización obligatoria o al deber de protección de la vida y la salud de los individuos. Pero también existen otros supuestos, como el de las relaciones laborales,

³⁹ *Ibid.*, pp. 182-183.

⁴⁰ S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., p. 35.

⁴¹ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 145.

en los que se debe desarrollar el contenido obligatorio de algunos derechos fundamentales, como la libertad sindical ([artículo 28.1](#) de la Constitución), o el derecho de huelga ([artículo 28.2](#) de la Constitución).

Capítulo 2. Libertades públicas y Derechos fundamentales (II)

1. Contenido

Desde el punto de vista formal, el contenido de un derecho fundamental es un ámbito de inmunidad frente a la coacción de los poderes públicos. Desde el punto de vista material, el contenido de un derecho fundamental es un área de expresión de la dignidad humana que resulta especialmente relevante y merecedora de protección, bien por estar expuesta a la lesión por parte del Estado, bien por la relevancia de la actividad en sí, que exige de la condición de libertad para ser auténticamente humana.

La Constitución española de 1978 establece en su artículo 1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Con los derechos fundamentales, la Constitución española selecciona ámbitos de la realidad o sectores del ordenamiento jurídico para vedar la existencia de normas lesivas en los mismos, bien mediante una prohibición (artículo 18.2), bien amparando un permiso de hacer (artículo 19)¹.

Pero la Constitución no garantiza una especie de “libertad general de acción” bajo la cual queda amparada cualquier conducta individual o colectiva. Ni tampoco permite encuadrar en cada derecho fundamental todas las manifestaciones hipotéticas de una libertad genérica; “lo que la Constitución ampara es la libertad de la persona en el marco de la sociedad, la cual obtiene protección jurídico-fundamental en cuanto se concreta en los particulares derechos fundamentales que la Constitución reconoce”².

¹ F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 104.

Delimitar el objeto de cada derecho fundamental es precisar los ámbitos de la realidad seleccionados para ser elementos de especial protección constitucional. Estos objetos nos remiten fundamentalmente a dos áreas. La primera es una esfera vital del hombre (intimidad, expresión, ideología o religión), en la que el derecho fundamental garantiza habitualmente tanto un hacer como un no hacer (libertad negativa), un *agere licere*. La segunda es una prohibición del poder público, en la que el derecho fundamental se centra no tanto en garantizar un poder de disposición de la conducta del ciudadano, cuanto en una prohibición dirigida al poder mismo (por ejemplo, prohibición de la intervención de las comunicaciones privadas).

2. Clasificación

De los derechos fundamentales pueden hacerse múltiples clasificaciones que dependen en buena medida de las preferencias de cada autor. La mayoría de las clasificaciones responde a un criterio estructural o a un criterio funcional³.

- a) Por su función, los derechos fundamentales pueden ser derechos civiles (que tiene por finalidad garantizar determinados espacios de libertad de actuación o de autonomía, en los que el Estado no debe interferir, aquí encontraríamos la mayor parte de las libertades públicas), derechos políticos (que tienen como finalidad la gestión democrática de los asuntos públicos), derechos sociales (que tienen por función garantizar unas condiciones de vida digna, tal es el caso del derecho a la educación).
- b) Por su estructura, es decir, por la facultad que otorgan a su titular, se distinguen derechos de defensa (que facultan para exigir la no interferencia), derechos de participación (que facultan para realizar actos con relevancia pública) y derechos de prestación (que facultan para reclamar un beneficio).

Detengámonos brevemente en los derechos de prestación. Estos derechos contienen un mandato que impone al poder público el deber de hacer algo: prestar un servicio, poner a disposición del titular un bien... La prestación incluso puede consistir en el ejercicio de la actividad normativa por los poderes públicos o el establecimiento de órganos o procedimientos indispensables para el disfrute de los derechos.

Los derechos de prestación pueden ser de tres tipos⁴:

-
- 2 A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 62.
 - 3 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 40-42.
 - 4 F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 113.

- a) Derechos fundamentales que en sí mismos son un derecho de prestación (tutela judicial efectiva).
- b) Derechos de prestación que son condición necesaria para el ejercicio de un derecho de libertad (derecho de sufragio) y
- c) Derechos de prestación que favorecen, mejoran promueven o facilitan el ejercicio de un derecho fundamental (a los que se refiere el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978) pero que no son indispensables.

Sólo pertenecen a la categoría propia de derechos de prestación los dos primeros tipos.

3. Límites

Podemos distinguir dos clases de límites: los externos (creados por el poder público habilitado a tal fin por la norma fundamental) y los internos (criterios de delimitación o definición del objeto del derecho fundamental)⁵.

También podemos explicar los límites empleando los términos delimitación (intervención u operación tendente a completar la indeterminación del texto normativo constitucional fijando hasta dónde llega el derecho) y restricción (cualesquiera medidas, de carácter general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad del derecho). La delimitación no es sinónimo de restricción, pues se dirige a completar la indeterminación constitucional ampliando el sentido primigenio⁶.

3.1. Delimitación o límites internos

Cabe distinguir unas posibles fisonomías de los derechos fundamentales en orden a su delimitación⁷:

- a) Enunciados con alto grado de determinación, como en el caso de la libertad de expresión respecto de la censura previa o la exclusiva competencia judicial para el secuestro de las publicaciones (artículo 20.2 de la Constitución española de 1978). Aquí no se precisa una labor de delimitación: el contenido del derecho fundamental resulta claro y terminante.
- b) Enunciados con indeterminación: debe tenerse por seguro que toda situación potencialmente cubierta por el valor constitucionalmente proclamado merece *prima facie* estar efectivamente protegida (presunción a favor de la protección).

5 *Ibid.*, pp. 121-122.

6 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 107-108.

7 *Ibid.*, pp. 109-111.

- c) Enunciados con indeterminación sin intervención legislativa que desarrolle el derecho fundamental: corresponde a los jueces y, finalmente, al Tribunal Constitucional evaluar si hay razones que justifiquen la exclusión del ámbito del derecho de que se trate.
- d) Enunciados con indeterminación a los que sigue una intervención legislativa: ésta puede establecer la delimitación de un derecho, incluso en el caso de conductas que *prima facie* forman parte de su contenido, sin perjuicio de que la ley pueda ser sometida a control de constitucionalidad.

El límite interno o delimitación guarda relación con el contenido esencial del derecho fundamental. De la doctrina del Tribunal Constitucional cabe deducir que:

- a) El contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible.
- b) El contenido esencial no coincide exactamente con el contenido constitucionalmente declarado. Para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales, atender a las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas.
- c) El contenido esencial es un concepto de valor absoluto y no relativo, es decir, que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales.

En conclusión: por contenido esencial de los derechos y libertades cabe entender “la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución, resultado de la conjunción del valor de la dignidad humana (fundamento del orden político y de la paz social) y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)”⁸.

3.2. Restricción o límites externos

El poder público puede restringir el contenido de los derechos fundamentales cuando concurren unos motivos legítimos (orden público, salud pública, moral pública, derechos de los demás) que justifican la restricción cumpliendo unas condiciones formales, es decir, mediante instrumentos jurídicos legítimos.

Podemos resumir esas condiciones formales exigibles del modo siguiente⁹:

8 M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el Art. 53.1 de la Constitución española*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 235.

- a) La reserva de ley. “Toda limitación para el ejercicio de un derecho fundamental no sólo ha de estar amparada por la Constitución y articulada debidamente en norma con rango de ley, sino que la reserva legal entraña una garantía esencial del Estado de Derecho cuyo significado último es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos” (*Sentencia del Tribunal Constitucional 291/1993*, de 18 de octubre, Fundamento jurídico 2). En consecuencia, el reglamento no puede incidir primariamente sobre los derechos fundamentales, si bien cabe siempre la posibilidad de que existan reglamentos ejecutivos o de desarrollo de la ley.
- b) La motivación de la limitación: “cuando se coarta (...) el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” (*Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981*, de 17 de julio).
- c) La necesidad de la limitación: siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español, en su *Sentencia 62/1982*, de 15 de octubre, reafirma que “toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido”.
- d) El juicio o examen de proporcionalidad. Nuestro Tribunal Constitucional se ha servido, también en este punto, de la experiencia alemana. Conforme al denominado juicio o examen de proporcionalidad, la medida objeto de control debe cumplir tres requisitos:
 - i. El de su idoneidad para alcanzar el propósito perseguido.
 - ii. El de su necesidad, en el sentido de que no puedan utilizarse medios menos gravosos o restrictivos para conseguir el logro propuesto.
 - iii. Y finalmente, el de la proporcionalidad en sentido estricto, que obliga a considerar jurídicamente si la medida o limitación es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

9 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-52.

No obstante su extendido uso, el juicio o examen de proporcionalidad limitaciones es criticable por sus limitaciones:

- i. Emplea un léxico de mensurabilidad (interés, valor, costo, beneficio, peso, suficiente, adecuado), en lugar de un vocabulario cualitativo (justo, jurídico, antijurídico), que dificulta determinar en contenido indisponible de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista ético, es una herramienta que se ajusta a patrones de utilitarismo consecuencialista, que puede lesionar la dignidad humana¹⁰. El juicio de proporcionalidad podría resultar adecuado para determinar el *quid iuris* de un problema de índole económica (ej.: si una leve interferencia en la actividad de las empresas tabacaleras se justifica para promover la salud pública), pero no cuando se trata de bienes inconmensurables, como la vida o la libertad.
 - ii. Está asociado a la ponderación o valoración que, especialmente en el caso del conflicto entre derechos, obliga a determinar cuál de los derechos fundamentales “pesa” más, lo cual encubre (o nos hace descubrir) las preferencias ideológicas o axiológicas del juzgador, o de la autoridad, resolviéndose el conflicto no tanto sobre parámetros objetivos, sino sobre preferencias personales¹¹.
 - iii. Somete el conflicto a instancias externas (la discusión científica, social, mediática y política) acerca de los valores subyacentes a los derechos fundamentales y a los intereses que se les contraponen. Se entra así en un terreno, el de la valoración y la discusión, que es precisamente el que se pretendía evitar respecto de los derechos fundamentales, ya que éstos representan aspectos tan importantes de la dignidad humana que se pretendían sustraer del debate. A la hora de decidir en derecho acerca de la restricción de un derecho fundamental o acerca de la colisión entre derechos fundamentales, un abierto debate moral, social y político puede influir de modo subrepticio en la voluntad del juzgador¹².
- e) El respeto del contenido esencial, que conecta con la delimitación de los derechos fundamentales. Las limitaciones que se establezcan deben en todo caso respetar el contenido esencial del derecho de que se trate (**Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981**, de 8 de abril, entre otras).

10 I. COVARRUBIAS CUEVAS, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, 2, 2012, p. 466.

11 R. ARNOLD; M. ESTAY; J. IGNACIO; F. ZÚÑIGA URBINA, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, 1, 2012, p. 85.

12 F. URBINA, “A Critique of Proportionality”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 57, 1, 2012, p. 70.

Pero las condiciones formales, por sí mismas, no hacen legítima la restricción de un derecho fundamental si no amparan o protegen unos motivos legítimos. En tal sentido, resulta particularmente ilustrativo el segundo párrafo del artículo 9.2 del **Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Las condiciones formales exigidas hacen relación a la ley previa (piénsese entonces en la reserva de ley del **artículo 53.1** de la Constitución), y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática. Por su parte, los motivos legítimos son la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Estos “conceptos-límite (...) poseen un marcado carácter teleológico: actúan como finalidades generales que permiten justificar la adopción de ciertas medidas restrictivas por el Estado” y tienen carácter “taxativo, no meramente ejemplificativo”¹³. El desarrollo de cada derecho fundamental puede señalar de forma específica los motivos legítimos protegibles que justifican la limitación externa o restricción.

4. Conflictos

4.1. Concepto

Desde una perspectiva formal, como hemos visto anteriormente, los derechos fundamentales y libertades públicas significan principios, mandatos de optimizar las libertades en todo lo que resulte normativamente posible.

Puede suceder que un derecho fundamental entre en colisión con otro que goza igualmente de una fuerza expansiva. Las expectativas de conducta objeto de un derecho fundamental pueden verse en ocasiones hechas realidad a costa de otras expectativas. “El universo de los derechos se contempla desde esta perspectiva como un universo en lucha, en el que los derechos se encuentran en inconciliable tensión y se fagocitan unos a otros en una guerra por la prevalencia del más fuerte”¹⁴. Hay dos formas distintas de entender la colisión de los derechos fundamentales¹⁵:

13 J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pp. 223-224.

14 A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 133.

15 L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2007, pp. 49-50.

- a) Colisión en sentido amplio, entendida como desacuerdo o como molestia social. El ejercicio de la libertad de expresión puede resultar desagradable o contrariar a unos ciudadanos; el ejercicio del derecho de manifestación y reunión puede provocar cortes de tráfico fastidiosos para los residentes en la zona en la que se desarrolla el evento, etc.
- b) Colisión en sentido estricto, entendida como aquella que surge entre dos o más expresiones de uno o más derechos fundamentales abstractos, y en la que el ejercicio de uno de los derechos hace imposible o hace ilícito el ejercicio de otro. El ejemplo más paradigmático de conflicto es el que se produciría entre la libertad informativa y el derecho a la intimidad personal y familiar.

4.2. Técnicas de solución de conflictos

La colisión en sentido estricto se resuelve a través de una de estas tres técnicas.

- a) La jerarquía abstracta de los derechos fundamentales en conflicto, decidiendo cuál tiene una importancia superior y, en consecuencia, ha de prevalecer en caso de conflicto. Es evidente que esta técnica alberga un nuevo problema, consistente en determinar los criterios en virtud de los cuáles se establece la jerarquía entre los derechos en conflicto. En este sentido, el [artículo 53](#) (garantías de las libertades y libertades) y el [artículo 54](#) (suspensión de los derechos y libertades) de la Constitución española de 1978 pueden servir para establecer algunos criterios formales.
- b) La ponderación de bienes, conforme a la cual el solapamiento de expectativas de conducta sólo puede resolverse “sopesando unas y otras, indagando qué valor o interés último persiguen y dando valor preferente en el caso concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante (no es lo mismo insultar a un desconocido en el contexto de una riña de tráfico, que a un político en un acto electoral o a un personaje famoso en una revista de cotilleos)”¹⁶. La técnica de la ponderación tiene tres exigencias básicas¹⁷:
 - i. Examinar cuidadosamente las características del caso concreto, en sus aspectos fácticos y jurídicos, con el fin de comprobar si realmente hay colisión o no.
 - ii. Determinar cuál de los valores es más digno de protección en razón de su proximidad al núcleo central del significado u objeto del derecho, y/o en

¹⁶ F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., pp. 141-142.

¹⁷ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 52-54.

razón de su rango normativo. Volviendo al ejemplo clásico de la libertad de información que choca con el derecho a la intimidad: “si la colisión es entre el cotilleo (libertad de expresión) y la revelación de la vida sentimental de una persona privada (intimidad), parece claro que éste último derecho se ve afectado en un aspecto más central”¹⁸.

- iii. El resultado de la ponderación no ha de ser el sacrificio de un derecho en interés del otro. El punto de equilibrio viene representado por el principio de proporcionalidad: el sacrificio del bien jurídico lo es en la medida necesaria para dar efectividad al derecho que goza de prioridad.
- c) El contenido esencial de los derechos fundamentales. Para otros sectores de la doctrina académica, no hay propiamente colisión, sino más bien un conflicto interno entre el derecho fundamental y sus propios límites. No se trata de auténticos conflictos entre derechos sino de conflictos entre pretensiones contrapuestas de los sujetos que invocan sus derechos, conflictos éstos que se resuelven determinando cuál de los sujetos se encuentra en el ámbito del ejercicio de su derecho y cuál no. La técnica para solucionar el problema es “la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para poder así concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho”¹⁹. Para lograr una adecuada delimitación, el contenido esencial de cada derecho juega un papel insustituible.

5. Interpretación

En este apartado debemos detenernos en dos cuestiones que afectan a la interpretación de los derechos fundamentales: su ambivalencia expresiva a través de reglas y principios, por un lado, y el hecho de ser recogidos en una Constitución, por otro.

Puesto que los derechos fundamentales son recogidos en normas jurídicas, a los efectos de la interpretación podemos acudir a las técnicas o métodos hermenéuticos a los que se refiere, de modo general, el [artículo 3.1](#) del Código Civil español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

¹⁸ *Ibid.*, p. 53.

¹⁹ A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 134.

No obstante, dado que los derechos fundamentales son principios, se multiplican las dificultades interpretativas y los métodos hermenéuticos establecidos podrían mostrarse insuficientes, lo cual parece llamar a la apertura del razonamiento jurídico a la filosofía política y moral. Tal apertura debe verificarse desde la peculiaridad del campo jurídico, de forma que no se produzca una confusión entre la interpretación jurídica y la política, confusión que resulta más probable allí donde entra en juego el juicio o examen de proporcionalidad. En este sentido, parece necesario subrayar la importancia que, para la interpretación en materia de libertades públicas, tiene la jurisprudencia. Los derechos fundamentales terminan siendo objeto de un “derecho jurisprudencial”²⁰ que debe ser adecuadamente armonizado con el “derecho legislativo”. Si no existe esta imprescindible armonización, los derechos fundamentales terminan siendo un “campo de batalla” interpretativo, que enfrenta a las cámaras legislativas —representantes de la voluntad popular, compuestas por un buen número de miembros— a los tribunales y juzgados —no elegidos popularmente y de un número de miembros considerablemente menor.

También es cierto que los derechos fundamentales vienen recogidos y formulados en el texto constitucional. En consecuencia, los criterios de interpretación constitucional influyen en la hermenéutica de los derechos fundamentales. En el caso español, resulta particularmente relevante el **artículo 10.2** de la Constitución de 1978. Este precepto obliga a los poderes públicos a interpretar los derechos fundamentales de la Constitución de conformidad con los tratados ratificados por España, lo cual tiene especiales repercusiones hacia el legislador; las opciones políticas de éste se ven reducidas o mediatizadas por los aludidos tratados y por los mecanismos de aplicación y control previstos en ellos.

6. Desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas

Para el constitucionalismo actual la ley no es una amenaza potencial para los derechos fundamentales (en virtud de la vinculación negativa de los poderes públicos), sino más bien una garantía de los mismos (vinculación positiva de los poderes públicos) tal como se demuestra en el instituto de la reserva de ley²¹.

Tanto en su vertiente negativa (límite a la ley) como en la positiva (promoción por ley) las causas por las que la ley se ocupa de los derechos fundamentales son varias²²:

20 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 50-51.

21 *Ibid.*, p. 99.

22 *Ibid.*, pp. 99-101.

- a) En primer lugar, por la variedad de tipos de pretensiones inherentes a los derechos fundamentales, que no son sólo de defensa (i.e. que exigen sólo una mera abstención por parte de los poderes públicos), sino que otorgan pretensiones de participación (derecho de sufragio, acceso a las funciones públicas), de percepción de utilidades colectivas (derecho a la tutela judicial efectiva) o de prestación en sentido propio (derecho a la educación).
- b) En segundo lugar, la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman derechos fundamentales requiere una concreción que, en ocasiones, procede de la jurisprudencia, pero que también debe ser abordada por el legislador.
- c) En tercer lugar, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales alcanza muchas áreas del derecho y muchas previsiones legales que, sin tener como objeto específico los derechos fundamentales, inciden directa o indirectamente sobre ellos. Cuanto más se amplía la cultura de los derechos, más se tiende a detectar regulaciones legales en conflicto con derechos fundamentales.

Las intervenciones del legislador en materia de derechos fundamentales y libertades públicas son de dos clases, principalmente.

- a) La primera clase atiende al objeto de la intervención legislativa: en algunos casos la ley tiene por finalidad “desarrollar” los derechos fundamentales, y en otros casos la ley tiene por finalidad “regular” esos derechos. Esta clasificación es relevante a los efectos de las distintas reservas de ley establecidas en el artículo 53.1 y en el artículo 81 de la Constitución española de 1978. La Constitución establece en su artículo 53: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Por su parte, el artículo 81 de la Constitución señala: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. De forma que la Constitución establece una reserva de ley ordinaria para la “regulación” de los derechos y libertades del Capítulo II Título I, y una reserva de ley orgánica para el “desarrollo” de los derechos fundamentales y libertades públicas (que se encuentran en el Capítulo II, Sección I, Título I). “Regulación” y “desarrollo” parecen apuntar a dos cosas distintas: la regulación se refiere, en general, a las materias que entran en contacto con los derechos y libertades, mientras que el desarrollo se refiere más en concreto a completar la regulación constitucional y explicitar el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas.
- b) La segunda clase atiende a la extensión reguladora del derecho fundamental; tenemos entonces leyes de ampliación o leyes de reducción. Esta segunda

clasificación es relevante a los efectos de la delimitación de los derechos fundamentales, de la que ya se trató anteriormente.

Debemos tener en cuenta, en fin, algunas precisiones más en materia de reserva de derechos fundamentales y libertades públicas:

- a) Allí donde rige la reserva de ley orgánica queda excluida la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas.
- b) La reserva de ley ordinaria, sin embargo, puede ser satisfecha por ley autonómica.
- c) El artículo 149.1.1 de la Constitución incide en esta cuestión, de manera que allí donde esté en juego la igualdad en el disfrute de los derechos, el legislador estatal establece de forma exclusiva normas uniformes para todo el territorio nacional.
- d) El decreto legislativo es idóneo para satisfacer la reserva de ley ordinaria; sin embargo, el decreto-ley no puede satisfacer esa reserva (artículo 86 de la Constitución) cuando su objeto sea una regulación integral del derecho o incida en sus elementos esenciales.

7. Renuncia

No hay muchos datos legislativos sobre la cuestión, si bien es un problema que se plantea con cierta frecuencia²³: piénsese en la eventual necesidad de manifestar las propias creencias para acceder a un puesto de trabajo, la venta de un reportaje gráfico a una revista, la huelga de hambre, etc.

En el Código civil español se dispone que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros” (artículo 6.2). Por tanto, el límite a la renuncia sería el orden público. Lo que sucede es que precisamente el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales en un estado democrático forma parte de ese orden público fundante... En apariencia, desde una perspectiva liberal, la renuncia a los derechos fundamentales es perfectamente aceptable allí donde se hace de modo voluntario y consciente; sería de plena aplicación el aforismo clásico *volenti non fit iniuria*, referido a las relaciones privadas. Sin embargo, si entendemos que la dignidad humana es un rasgo ontológico de la persona —y no solo el respeto a la voluntad libre del sujeto— es fácil entender que hay límites objetivos también para la renuncia a los derechos fundamentales y libertades públicas.

²³ *Ibid.*, p. 141.

Por otro lado, es posible distinguir entre renuncia a un derecho en general, renuncia en un caso concreto al ejercicio del mismo e incompatibilidad en el ejercicio de dos derechos fundamentales. Nada se opone, por ejemplo, a que quien acepta un cargo de naturaleza política se comprometa implícitamente a no afiliarse al partido de la oposición; nadie está obligado a exigir reparación frente a un insulto, si no quiere... Los derechos fundamentales, evidentemente, son derechos subjetivos que dejan al titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por aquéllos.

En cualquier caso, la renuncia a los derechos fundamentales y a las libertades públicas no puede hacerse a favor del Estado: “los poderes públicos no pueden imponer, favorecer o aceptar una renuncia de esa índole, porque equivaldría a admitir su desvinculación de los derechos fundamentales”²⁴. En esta materia, la dificultad surge en las situaciones de especial sujeción en las que hay una particular restricción —pero no una renuncia— al derecho fundamental.

Podría parecer que la cuestión de la renuncia a los derechos fundamentales surge de forma más palmaria en las relaciones entre particulares, es decir, en la eficacia horizontal de los derechos. En este punto es importante subrayar que la renuncia es siempre revocable; de lo contrario el ordenamiento estaría dando por válido que los ciudadanos se desarmaran de las facultades y garantías que el propio ordenamiento considera esenciales. Cuestión distinta es si la revocación del compromiso de no ejercer derechos genera indemnización por los daños causados en las cuestiones relativas, por ejemplo, a la utilización de la propia imagen. Igualmente, es conveniente subrayar que hay algunos derechos fundamentales que, por la envergadura de la lesión que se derivaría de su falta de ejercicio, no admiten renuncia alguna (derecho a la vida, integridad física).

24 *Ibid.*, p. 142.

Capítulo 3. Garantías de los derechos fundamentales y de las libertades públicas

1. Introducción y clasificaciones

La declaración de derechos fundamentales en un texto constitucional no pasaría de ser un montón de palabras vacías si faltase una protección efectiva. No es suficiente una declaración de buenas intenciones. La protección jurídica “supone algo más: la posibilidad real de amparar eficazmente a los individuos y grupos frente a posibles violaciones concretas de su libertad debidas a la actuación —o a la pasividad— de las respectivas autoridades nacionales”¹.

Algunos autores —por razones de clasificación y estudio— establecen una distinción entre garantías internas (las que pueden deducirse del enunciado del derecho, como en el caso de los derechos de prestación) y de garantías externas (que son mecanismos de protección del que se benefician todos o gran parte de los derechos fundamentales)².

El uso de la expresión “garantías de los derechos fundamentales”, en el caso español, está muy arraigado en sede jurisprudencial y doctrinal, como reflejo de la opción terminológica de la Constitución en el **Capítulo IV del Título I** (“De las garantías de las libertades y de los derechos fundamentales”). Sin embargo, para identificar las garantías de los derechos fundamentales no basta acudir a ese Capítulo IV, sino que es necesario también acudir a los **Títulos IX y X**³.

1 J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 145.

2 F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 196.

3 L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 73.

Otra modo de estudio de las garantías atiende a las garantías abstractas, normativas e institucionales, que responden a la característica resistente o defensiva del derecho fundamental, y las garantías judiciales o concretas, que caerían en la faceta reactiva de los derechos⁴. Conforme a esta clasificación cabe distinguir:

a) Garantías normativas e institucionales:

- i. Vinculación general de las normas constitucionales. **Artículo 53.1** de la Constitución española de 1978: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos” y **artículo 9.1**: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.
- ii. Aplicabilidad directa de los preceptos contenidos en los **artículos 14 a 38** de la Constitución (tal como se recoge en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982**, de 21 de diciembre).
- iii. Regulación mediante ley del ejercicio de los derechos recogidos en los artículos 14 a 38 de la Constitución (conforme al artículo 53.1 de la Constitución) y reserva de ley orgánica para los comprendidos entre los artículos 15 a 29 (conforme al artículo 81.1 de la Constitución).
- iv. Respeto al contenido esencial de los derechos reconocidos en los **artículos 14 a 38** de la Constitución (tal como se establece en el **artículo 53** de dicha norma).
- v. Interpretación de los derechos comprendidos entre el **14 y el 38** de la Constitución en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, de acuerdo con lo establecido en el **artículo 10.2** de la norma fundamental.
- vi. Fuertes limitaciones a la reforma constitucional de los **artículos 14 a 29** de la Constitución, conforme a los trámites establecidos en el **artículo 168** del mismo texto.
- vii. Controles normativos del Tribunal Constitucional a través de las cuestiones de inconstitucionalidad, y de los recursos de inconstitucionalidad y de control de los tratados internacionales.
- viii. Instituciones del Defensor del Pueblo (**artículo 54** de la Constitución) y el Ministerio Fiscal (**artículo 124.1** de la norma fundamental).

4 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 72-73.

- b) Instrumentos o recursos de los que gozan los ciudadanos como garantías judiciales o concretas:
- i. Derecho a la tutela judicial efectiva, conforme al artículo 24 de la Constitución.
 - ii. Procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución.
 - iii. Recurso de amparo constitucional.
 - iv. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 - v. Recursos, en determinados supuestos, por presunta violación de ciertos derechos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. El procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales

Este procedimiento cubre los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, más el principio de igualdad ante la ley.

Un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad significa prioridad en su tramitación (preferencia) y que sólo puede versar sobre pretendidas violaciones de derechos fundamentales, no sobre otras cuestiones conexas con el mismo caso (sumariedad)⁵.

2.1. Jurisdicción contencioso-administrativa

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, contenido en los artículos 114 y siguientes. Se trata de un procedimiento contencioso-administrativo especial, en el que cabe impugnar cualquier forma de actuación administrativa (reglamentos, actos administrativos, inactividad de la Administración y vías de hecho). Cabe formular las mismas pretensiones (declaración de no ser conforme a derecho, anulación, y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de daños y perjuicios) en el proceso contencioso-administrativo ordinario. La especialidad estriba —insistamos de nuevo— en que sólo puede invocarse la violación de un derecho fundamental, sin que quepa hacer alegaciones de mera legalidad. Las principales características de este procedimiento son las siguientes⁶:

⁵ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 79-80.

⁶ *Ibid.*, p. 81.

- a) No es preceptivo el recurso administrativo previo.
- b) En el escrito de interposición, a diferencia de lo que ocurre en el recurso contencioso-administrativo ordinario, es preciso indicar de manera concisa los argumentos sustanciales en que se funda la solicitud de protección de derechos fundamentales; esto permite al Tribunal, de oficio o a instancia de parte, convocar una vista preliminar si estima que puede haber algún motivo de inadmisión.
- c) Siempre debe darse traslado al Ministerio Fiscal para que, como defensor objetivo de la legalidad y de la efectividad de los derechos fundamentales, haga las alegaciones que tenga por conveniente.
- d) A diferencia de la **Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978**, que preveía la suspensión automática del acto impugnado, salvo que se demostrara que ello era gravemente perjudicial para el interés público, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no establece esta medida cautelar.
- e) Contra la sentencia dictada en el procedimiento preferente y sumario cabe siempre recurso.

El procedimiento de los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la manifestación más importante del procedimiento preferente y sumario porque la mayor parte de las vulneraciones de derechos fundamentales son imputables a la Administración pública.

2.2. Jurisdicción civil

El **artículo 249** de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “se decidirán en Juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía: (...) 2.º Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”.

2.3. Jurisdicción penal

Aquí el legislador no ha creado un proceso específico, sino que ha aprovechado una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que trataba de acortar el proceso penal en el supuesto de delitos considerados menos graves, para asimilar, a efectos procedimentales, las vulneraciones penales de algunos derechos fundamentales a esas conductas ilícitas (**artículo 757 y siguientes** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.4. Jurisdicción laboral

En el orden laboral, regula el amparo ordinario la **Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social**, en sus **artículos 177 y siguientes**.

La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario.

Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley (**artículo 177**). En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia (**artículo 180**).

La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: a) declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado; b) declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada; c) ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados; d) dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera.

3. El recurso de amparo

El recurso de amparo es, junto con el procedimiento preferente y sumario, la otra vía de protección jurisdiccional reforzada de los derechos fundamentales.

El ámbito de protección del recurso de amparo viene dado por los mismos derechos fundamentales susceptibles de la protección mediante procedimiento preferente y sumario (artículo 14 y Sección 1ª, más la objeción de conciencia al servicio militar del artículo 30.2 de la Constitución española de 1978).

Hay algunos rasgos particularmente destacables sobre el recurso de amparo⁷:

- a) Tiene carácter extraordinario o subsidiario, ya que sólo puede ser empleado para pedir la protección de derechos fundamentales; no puede ser utilizado para solicitar la aplicación de otras normas constitucionales ni, por supuesto, para solicitar la aplicación de la legalidad ordinaria.
- b) No cabe el recurso de amparo contra el exceso de protección de los derechos fundamentales; es decir, quien considera que las normas sobre derechos fundamentales han sido interpretadas y aplicadas incorrectamente, dando al particular más de lo debido, no puede acudir al recurso de amparo para que se corrija la interpretación errónea y se revoque la aplicación excesiva.
- c) El constituyente concibió el recurso de amparo como una garantía adicional y última de los derechos fundamentales, que puede activarse sólo cuando todas las demás no han funcionado adecuadamente.

El recurso de amparo puede tener como objeto cualquier actuación de los poderes públicos idónea para vulnerar derechos fundamentales (actos sin valor de ley de las asambleas legislativas; actuación administrativa mediante reglamentos, actos administrativos o, incluso, vías de hecho; y actuaciones judiciales). El único tipo de actuación de los poderes públicos que no es susceptible de ser combatido directamente mediante el recurso de amparo es la ley y los demás actos con fuerza de ley.

Según cual sea el objeto del recurso, varían los requisitos para su interposición. Contra actos sin fuerza de ley de las asambleas legislativas (Congreso de los Diputados Senado, Parlamentos autonómicos), el recurso de amparo puede interponerse “dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes” (**artículo 42** de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Contra las actuaciones judiciales, el plazo es de 30 días a partir de la notificación de la resolución recaída en proceso judicial (**artículo 44.2** de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), siempre que dicha resolución judicial sea firme. Contra las actuaciones administrativas, el plazo es de 20 días.

La legitimación para interponer el recurso de amparo corresponde, según el **artículo 162.2.b** de la Constitución a “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. El titular del derecho fundamental lesionado tiene siempre, por definición, un interés legítimo; este concepto es más amplio que el de titularidad del derecho y, por ello, no es

⁷ *Ibid.*, pp. 84-88.

absolutamente preciso ostentar la titularidad del derecho fundamental vulnerado para poder recurrir en amparo.

También tienen legitimación para interponer el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Se trata de una legitimación autónoma, en el sentido de que no actúan necesariamente en sustitución de la persona agraviada cuando ésta no puede defenderse por sí misma. Ni siquiera necesitan el consentimiento del interesado. Actúan en su condición de instituciones que tienen constitucionalmente encomendada la misión de defender los derechos de los ciudadanos⁸.

La legitimación pasiva en el recurso de amparo corresponde al ente público a quien se imputa la violación del derecho fundamental. Pueden comparecer como coadyuvantes las personas, públicas o privadas, que ostenten un interés legítimo en el mantenimiento del acto impugnado ([artículo 47.1](#) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Además, el Ministerio Fiscal interviene en todos los recursos de amparo en defensa objetiva de la legalidad ([artículo 47.2](#) de la misma Ley Orgánica), por supuesto siempre que no sea él mismo quien inició el proceso.

El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional y, en su caso, a las Secciones ([artículo 48](#) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso ([artículo 49.1](#) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). La demanda deberá superar el trámite de admisión, que comprende tanto el cumplimiento de los requisitos formales, como la exigencia de que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales ([artículo 50.1. b](#) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

La suspensión cautelar del acto impugnado, con motivo de la tramitación del recurso de amparo, no se produce de forma automática, sino que se dispondrá —de forma total o parcial— cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad,

⁸ *Ibid.*, p. 89.

siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona (artículo 56.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Una vez admitido el recurso de amparo, la Sala debe dar vista de las actuaciones (expediente administrativo, autos judiciales, etc.) a todos los personados para que, en plazo común de veinte días, presenten las alegaciones escritas que estimen pertinentes. La Sala puede, de oficio o a instancia de parte sustituir este trámite por una vista oral, que en la práctica es extraordinariamente infrecuente.

La Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia el otorgamiento de amparo o denegación del mismo (artículo 53 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). El otorgamiento del amparo puede traer consigo el mero reconocimiento o declaración del derecho, la anulación del acto impugnado, el restablecimiento del recurrente en el pleno goce de su derecho, absteniéndose de mayores consideraciones sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (artículo 54 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) salvo situaciones de *error in iudicando* por parte de dichos órganos.

En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia (autocuestión de inconstitucionalidad, artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El rasgo más característico del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 es el eficaz sistema de protección de los derechos que lo acompaña, verdaderamente judicial, y articulado sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos funciona como una especie de Corte constitucional en la interpretación del Convenio Europeo, que se ha convertido de alguna manera en el *Bill of Rights* de la Europa democrática, más allá de los márgenes de la Unión Europea⁹. El Tribunal comenzó sus actividades en 1959. Se compone de tantos jueces como Estados partes, elegidos cada uno por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de una terna. El mandato de cada juez dura

⁹ R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe", en Tore Lindhom, William Cole Durham, Bahia G. Tahzib-Lie (eds.) *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 25-26.

nueve años sin posibilidad de reelección. El Tribunal funciona en Comités de tres jueces, en Salas de siete jueces y en Gran Sala de diecisiete jueces. La estructura y procedimiento del Tribunal ha cambiado sustancialmente a raíz del **Protocolo 11** que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998 y del **Protocolo 14**, que entró en vigor el 1 de junio de 2010. Con el Protocolo 11 se suprimió la actuación de la Comisión europea como órgano de resolución previo al Tribunal Europeo e igualmente eliminó las funciones judiciales del Consejo de Ministros, de forma que el Tribunal puede recibir directamente las reclamaciones de cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos, siempre que hayan agotado los recursos internos contra la vulneración denunciada. Con el Protocolo 14 se establecen nuevas medidas de admisibilidad de las demandas, ejecución de sentencias y nombramiento de jueces.

Cada demanda es examinada por un magistrado que estudia la admisibilidad del asunto; el Comité decide la admisibilidad por unanimidad. En caso de no existir unanimidad, se remite la decisión de admisión a la Sala. Ésta se ocupa también del examen y decisión del asunto admitido, mientras que la Gran Sala tiene atribuido el conocimiento de recursos contra las sentencias de las Salas, cuando se plantee una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez firmes, tienen fuerza vinculante para el Estado que ha sido parte en el correspondiente litigio. Por su parte, el artículo 41 del mismo Convenio, establece que si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Esta satisfacción ha de ser pedida por la parte demandante y es acordada por el Tribunal, normalmente en forma pecuniaria (daño material y moral). Estas medidas se ven completadas por la Recomendación del Comité de Ministros de 19 de enero de 2000 (**Recommendation No. R (2000) 2**) que exhorta a los Estados partes a que adopten las medidas precisas en los ordenamientos internos para que el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admita siempre la *restitutio in integrum*, la reposición de las cosas al estado anterior a la violación del derecho. En España, el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se canaliza por medio del recurso de revisión (**artículo 5 bis** de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el **artículo 954.3** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

5. La protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario

La construcción de los derechos fundamentales en la Unión Europea se produce desde dos perspectivas: a) la concepción de los mismos como un elemento de legitimación política y democrática del proceso de integración; y b) su configuración como parámetro de legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias¹⁰.

La Unión Europea se fundamenta en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho. En este ámbito de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el **Tribunal de Justicia** de las Comunidades Europeas desarrolló la protección a través de un sistema indirecto de naturaleza pretoriana a partir de tres decisiones clave (Stauder, Internationale Handelsgesellschaft y Nold), transitando de un fase inhibicionista a una fase proteccionista¹¹. Igualmente se ha subrayado la importancia que reviste el hecho de que el propio **artículo 7 del Tratado de la Unión Europea** prevea que en caso de que se produzca por parte de un Estado miembro a una violación grave y persistente de los derechos humanos y libertades fundamentales, puede procederse a la suspensión de determinados derechos derivados de la aplicación del Tratado, incluido el derecho de voto.

En el siglo pasado, un análisis pormenorizado del Derecho originario europeo sobre los derechos fundamentales resultaba un tanto desalentador, al comprobar que en modo alguno estamos ante una declaración completa y precisa de derechos fundamentales y libertades públicas. La ausencia de una especie de *Bill of Rights* se ha atribuido a razones de tipo histórico y de posición político-jurídica de los Estados fundadores. Lo cual no significa desatención al tema: ya el 5 de abril de 1977 nos encontramos con un pronunciamiento solemne por parte de las Instituciones europeas a favor del respeto a los derechos fundamentales en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

Históricamente, la cuestión central sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea era determinar cuáles eran y cuál resultaba ser su alcance concreto. En el ordenamiento jurídico comunitario se podían identificar dos núcleos básicos de derechos desde un punto de vista material: los reconocidos a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Constituciones nacionales, y algunos de los reconocidos en los propios tratados comunitarios. Esta identificación de los derechos

10 C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, "La protección de los derechos humanos en la Unión Europea", en *Derecho Comunitario. Iustel. Base del conocimiento jurídico*, fecha de consulta 7 diciembre 2014, en www.iustel.com.

11 M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 17-18.

fundamentales en el sistema comunitario era, sin embargo, compleja y ambigua, dada la inexistencia de criterios formales¹². En cualquier caso, se entendían reconocidos en el ordenamiento comunitario la libertad de circulación, de ejercicio de una profesión, la libertad de asociación, el derecho de petición, la protección del secreto profesional y comercial, el derecho de propiedad, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de opinión, los derechos de la personalidad, la libertad de religión y los derechos fundamentales procesales. Igualmente se encontraban en el ordenamiento los derechos derivados de la ciudadanía europea: circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento europeo, la mal llamada protección diplomática y consular, el derecho de petición al Parlamento europeo y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo.

La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** de 2000 entró en vigor en 2007 con motivo del Tratado de Lisboa¹³. Con ella se inició una nueva etapa en relación con el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

“El sistema de protección de los derechos fundamentales en Europa es muy difícil de comprender sin estudiar su evolución histórica, ya que no es un sistema trazado de una vez por todas de manera racional, sino que es la resultante de diferentes impulsos (...) Por eso, como el deslinde entre las competencias del Tribunal de Justicia, del Tribunal Europeo y de los Tribunales Constitucionales no es sencillo ni claro, resulta necesario un diálogo entre ellos”¹⁴, que ponga fin al cuestionamiento que los Tribunales constitucionales de algunos países (Italia y Alemania, por ejemplo) hacen de la suficiencia de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

12 *Ibid.*, p. 99.

13 M. LÓPEZ ESCUDERO; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES; J. M. SOBRINO HEREDIA; A. MANGAS MARTÍN; L. N. GONZÁLEZ ALONSO, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, 1ª ed, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

14 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, Editorial Universitas, Madrid, 2013, pp. 299-300.

Capítulo 4. Igualdad y no discriminación

1. Introducción

“Cada hombre es una diferente combinación de circunstancias naturales y sociales —familia, territorio, red social, raza, cultura, religión— así como una variable distribución de dones corporales —salud, fuerza, belleza—y espirituales —inteligencia, carácter, sensibilidad—; y en la vida de ese hombre se observa también una pluralidad de méritos, realizaciones y resultados. Desde esta perspectiva, existe en la vida, en la naturaleza y en la sociedad, como es evidente, una rica desigualdad entre los hombres. Por otra parte, no menos evidente es que determinadas características de la condición humana igualan a estas personas entre sí y las distinguen de otros órdenes del ser, inerte, vegetal o animal. La cultura puede optar por primar la desigualdad o la igualdad para la determinación del estatus ontológico del hombre. Desde el origen de los tiempos, ha elegido los criterios de la desigualdad con los que se han diferenciado entre grupos humanos sujetos a alguna forma de jerarquía: genealogías, castas, estamentos, credos, ideologías, etnias, clases sociales, educación; últimamente, en Ortega, como residuo del tradicional criterio de la desigualdad, la excelencia y la eminencia intelectual, vital o moral que adornaría, al parecer, a una minoría selecta.

“La originalidad de la democracia, su genio innovador y revolucionario, estriba en invertir por primera vez el anterior criterio y reducir esos elementos diferenciadores de cada hombre, antes determinantes de un estatus, a un rango accidental, remitiéndolos al ámbito privado, que se constituye así en el reino de la diversidad, la diferencia y la particularidad individual, en tanto que en el ámbito público se deja en suspenso la diversidad humana de capacidades y méritos, todas esas circunstancias de ‘nacimiento, raza, sexo, religión y opinión’ que las constituciones políticas modernas proscriben ahora como discriminatorias. Y, en esta

suerte de anonimato universal, se establece como principio único el de la esencial mismidad de todo hombre por el mero hecho de serlo, fundamentada en la común dignidad —inviolable, irrenunciable, imprescriptible— que todos los miembros de la condición humana comparten. Esa cancelación pública de la individualidad es la mejor prenda y la más preciada gala de la democracia, porque a cambio de la reducción política del yo a una dimensión cuantitativa —‘un hombre, un voto’, en la conocida fórmula— se asegura el reconocimiento de la misma esencia a todo ser humano por igual, y ello de un modo incondicional y absoluto y por tanto abstrayendo de cualquier accidente natural, social o histórico, así como de la concurrencia o ausencia en su conducta de virtud o de merecimiento personales. Que lo que presta al hombre su dignidad sea aquello que comparte con todos los demás tiene como consecuencia una indistinción ontológica entre los hombres —una masificación— que es el fruto maduro de la democracia. Naturalmente, la indistinción de este democrático ‘hombre sin atributos’ o vulgo sólo puede producir obras carentes absolutamente de distinción y esto significa, como se comprueba cada día y cada hora, la liberación de una vulgaridad sin límites con la fuerza de un Prometeo recién despojado de sus cadenas. Pero el espectáculo de la presente vulgaridad no debe alimentar la nostalgia de una sociedad otra vez dividida en dos géneros de humanidad, unas masas dóciles a la ejemplaridad de una autoproclamada minoría selecta”¹.

En relación con los derechos fundamentales comprobamos que, de un inicial campo de aplicación restringido a los derechos de primera generación, reflejado en el principio de igualdad ante la ley, la igualdad ha ido progresivamente alcanzando los derechos de segunda generación (derechos sociales, económicos y culturales), desbordando el campo de la participación política del ciudadano para alcanzar progresivamente otras esferas. En este tema nos ocupamos principalmente de la igualdad en relación con los derechos fundamentales de primera generación, pero conscientes a la vez de que no es una categoría aislada, y que a través de la discriminación positiva se ha tendido un puente y se ha establecido un *continuum* con los derechos sociales, económicos y culturales. Por lo demás, la sensibilidad cívica contemporánea exalta la consecución de la igualdad en todos los campos: se trata de un argumento poderoso cuyas implicaciones jurídicas no siempre se ponderan adecuadamente en los debates públicos.

En relación con los derechos fundamentales y libertades públicas, la igualdad aparece al mismo tiempo como principio y como derecho.

- a) Como principio, es la igualdad de todos los ciudadanos ante los derechos y deberes previstos por el ordenamiento del Estado. El principio de igualdad ante la ley tiene un significado prescriptivo, no descriptivo: afirma que todas las personas han de ser tratadas del mismo modo, no que sean, de hecho,

1 J. GOMÁ LANZÓN, *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid, 2009, pp. 68-69.

iguales². Limita su operatividad a la esfera jurídica (a los criterios de asignación de derechos y deberes), sin extenderse directamente a las esferas social y económica. Es decir, sólo en la medida en que las normas jurídicas inciden en la distribución de la estima o de la riqueza tiene sentido aplicar el principio de igualdad ante la ley. Como principio, la igualdad tiene un valor informador de la actividad de los poderes públicos e interpretativo de las normas jurídicas.

- b) Como derecho, la igualdad es especial, diferente a los demás, porque no se concreta en una actividad determinada propia (reunirse, manifestarse, expresarse) sino que tiene un contenido más general que informa cualquier actividad o ámbito material. No es un derecho autónomo. “[L]a igualdad, en cuanto derecho del individuo a no ser sometido a un trato arbitrario o discriminatorio, presenta características que la comprenden perfectamente en esa noción de derecho subjetivo. La fundamental: el poder de accionar los medios que permitan la equiparación. Mediante el reconocimiento de la igualdad, el individuo tiene un derecho a no ser tratado discriminatoriamente”³.

La normativa constitucional española es una muestra clara de esta doble vertiente de principio y de derecho.

El artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 dispone: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Y el artículo 9.2 de la Constitución establece: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Igualmente, el artículo 14 de la Constitución resulta central: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El artículo 14 goza de las máximas garantías de los derechos fundamentales: reserva de ley con intangibilidad del contenido esencial y protección jurisdiccional reforzada, aunque no sea de aplicación aquí la reserva de ley orgánica: es dudoso que la igualdad admita un desarrollo legislativo global.

2 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 191.

3 J. M. BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, 114, 1987, p. 183.

2. La igualdad como principio

La igualdad es una forma de expresión de la justicia. Dar a cada uno lo suyo (su derecho) se concreta en tratar de forma igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales. Lo cual remite a su vez a concretar qué es lo suyo de cada uno (su derecho), si es lo mismo o no, y cuál es el criterio en virtud del cual dos personas (que en la realidad son distintas, diferentes) son iguales. Para no pocos juristas, esta cuestión remite a debates y a criterios morales. Sin embargo, también cabe esgrimir que simplemente se dirige a determinar lo justo natural y a lo justo legal.

2.1. El mandato de la igualdad formal

El principio de igualdad significa igualdad *ante* la ley, *en* la aplicación de la ley y *en la propia* ley. Obliga a tratar igual a todos, a evitar por tanto un trato distinto y, si existen diferentes situaciones que así lo exijan, a dar un trato distinto a las situaciones diferentes.

El término “ley” del artículo 14 de la Constitución significa, a este respecto, toda norma jurídica, de modo que el mandato de igualdad debe entenderse como proscripción de cualquier discriminación normativa. Esto no puede predicarse de las propias normas constitucionales: no cabe tachar de discriminatorias en sentido técnico algunas diferencias de trato que derivan de la Constitución misma, tales como el polémico régimen especial de la responsabilidad penal de parlamentarios y miembros del Gobierno (artículos 71 y 102 de la Constitución)⁴. Conectado con lo anterior, téngase en cuenta —incidentalmente— la problemática española relativa a los títulos nobiliarios (Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio).

¿Qué significa entonces los términos “trato igual” y “trato distinto”? Una norma que impone igualdad de trato está estableciendo una regla relativa a la distribución de beneficios y de cargas dentro de un grupo, es decir, un criterio de justicia distributiva. El criterio de igualdad de trato nos remite a:

- a) La igualdad numérica (lo mismo a todos), que exige dar idénticos beneficios o cargas a todos los miembros (sufragio igual, artículo 68.1 de la Constitución).
- b) La igualdad proporcional (lo mismo a los iguales), que exige tratar de modo igual a los que se encuentran en idéntica situación y de forma desigual a quienes se encuentran en una situación distinta (criterios de mérito y capacidad, artículo 103.3 de la Constitución).

La igualdad numérica no provoca mayores complicaciones en su sencillez. No así la igualdad proporcional, que nos remite a una cuestión ulterior: ¿en qué consiste

4 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 198.

un trato desigual a quienes se encuentran en situaciones diferentes? Hay dos posibles respuestas:

- a) Proporcionalidad en sentido estricto (ir incrementando el beneficio o la carga en la misma medida del incremento de la diferencia).
- b) Progresividad (ir incrementando el beneficio o la carga en mayor medida del incremento de la diferencia y como medio de paliar esa diferencia).

Este principio de progresividad se aplica —y se justifica— en los modernos sistemas tributarios; estos se conciben no sólo como elementos que gravan la renta o la riqueza conforme a su aumento, sino también como sistemas de redistribución de la riqueza y de obtención de recursos para que el Estado realice sus tareas —por sí o a través de particulares— de compensación y superación de las desigualdades sociales ([artículo 31](#) de la Constitución). Lo cual es discutible como justificación, por lo menos, si se parte de la base de que quien obtiene una mayor renta también contribuye a la riqueza nacional y al crecimiento de grupos sociales desfavorecidos, sin necesidad de hacer del Estado el principal y casi único protagonista de la misión de superar las desigualdades.

2.2. El mandato de la igualdad material

Se refiere este mandato a los factores (jurídicos y extrajurídicos) que determinan la posición de los sujetos ante el Estado. Nos remite en parte a la igualdad de “oportunidades”. La igualdad de oportunidades tiene dos aspectos relacionados:

- a) La igualdad en el acceso, que solo exige que las condiciones establecidas para los cargos y beneficios sean iguales para todos (reflejada —por ejemplo— en el [artículo 103.3](#) de la Constitución española antes mencionado).
- b) Y la igualdad en el punto de partida que exige que todos los potenciales aspirantes tengan las mismas posibilidades de reunir las condiciones requeridas. La igualdad en el punto de partida demanda una igualación en otros elementos en favor de aquellos que por distintas razones (económicas, culturales, etc.) tienen menos probabilidades de llegar a reunir las condiciones requeridas para obtener un beneficio escaso⁵.

El mandato de igualdad material tiene una naturaleza diferente y complementaria al de igualdad formal. No exige a los poderes públicos que den aquí y ahora un trato igual o distinto cumpliendo ciertos requisitos (igualdad de acceso) sino que es un mandato de optimización que obliga al Estado a poner medios para alcanzar el objetivo fijado a través de las acciones positivas o la discriminación

⁵ *Ibid.*, p. 207.

positiva. El margen de realización de la igualdad efectiva no se refiere solo al sistema normativo existente, sino que se proyecta en las políticas legislativas y en factores variables que dependen de circunstancias diversas.

3. La igualdad como derecho fundamental

Tras la Segunda Guerra Mundial, en el constitucionalismo de nuestro entorno cultural se reconoció la igualdad con carácter de derecho fundamental, de forma distinta de otros derechos específicos a la igualdad reconocidos en situaciones concretas ([artículo 23.2](#) de la Constitución española de 1978 sobre el acceso a las funciones y cargos públicos; [artículo 32.1](#) sobre el derecho del varón y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; [artículo 39.1](#) sobre el derecho de igualdad de los hijos con independencia de su filiación)⁶.

3.1. Derecho relacional

Como se indicaba antes, el derecho de igualdad es relacional, no autónomo, en el sentido de que se ejerce respecto de una relación jurídica concreta, de un campo material de actividad determinado y sólo puede invocarse en relación con esa actividad o campo de actuación ([Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983](#), de 5 de agosto). El derecho de igualdad se concreta, entonces, como aquel que permite el disfrute de cualquier derecho subjetivo o satisfacer un interés legítimo en condiciones de igualdad respecto a otros sujetos situados en una posición equiparable⁷.

3.2. La cuestión de los sujetos

3.2.1. Los extranjeros

Conforme al [artículo 13.1](#) de la Constitución, “[l]os extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos dependerá del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación debe ser igual para ambos grupos. No obstante, tratándose de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional admite a veces mayores restricciones legales para los extranjeros que para los nacionales, siempre que esa distinción sea razonable ([Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993](#), de 22 de marzo).

⁶ S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 104-105.

⁷ *Ibid.*, p. 105.

La extranjería puede elevarse a un criterio de diferenciación pero, una vez que existe un tratado o una ley que reconozca a un extranjero la titularidad de un determinado derecho en condiciones de igualdad con los nacionales, el extranjero no podrá sufrir discriminación en el ejercicio del derecho de que se trate.

3.2.2. Las personas jurídicas

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos fundamentales en la medida en que, por su naturaleza, se puedan predicar también de ellas. No obstante, en sede de derecho de igualdad, el propio Tribunal Constitucional alerta de que no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Estas últimas son una creación del Derecho y corresponde a éste delimitar su campo y modos de actuación y, en consecuencia, señalar cuándo una actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas. La actuación del derecho de igualdad en el caso de las personas jurídicas sigue un régimen en algo semejante al de los extranjeros, ya que debe ser la ley la que determine el alcance del ejercicio.

Respecto de las personas jurídicas públicas, éstas en principio no son titulares de ningún derecho fundamental; no obstante, en algún caso excepcional se ha admitido que puedan ser titulares del alguno (señaladamente el derecho a la tutela judicial efectiva) en conexión con el supuesto de igualdad en la aplicación de la ley.

3.2.3. Sujetos obligados por el derecho

Todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo, judicial) están obligados por el derecho de igualdad. En estos casos, lo característico del derecho de igualdad es que las obligaciones que ligan a cada uno de los poderes del Estado son distintas: el legislador debe respetar la igualdad en el contenido de la ley, mientras que el ejecutivo y el judicial deben respetar la igualdad ante la ley⁸. Es igualmente cierto que los poderes públicos mantienen un “margen de libertad” en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas, de forma que cabe perfectamente situaciones diferentes o distintas siempre que no sean o resulten discriminatorias, es decir, que el trato distinto sea justificado; esta decisión puede revisarse posteriormente para comprobar que había suficiente justificación.

Es fundamental tener en cuenta a estos efectos que la composición organizativa del Estado español es autonómica. Lo cual, a efectos del derecho de igualdad, significa que no deben existir diferencias discriminatorias en el territorio nacional. A tal efecto, resultan relevantes los **artículos 139.1** (“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte de territorio del Estado”) y **149.1.1** de la Constitución (“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: La regulación de las condiciones básicas que garanticen la

8 *Ibid.*, p. 110.

igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”).

En principio, el **artículo 14** de la Constitución no vincula a los particulares de forma directa e inmediata, porque “la eventual eficacia horizontal o entre particulares del principio de igualdad ante la ley resultaría incompatible con la autonomía de la voluntad y, en definitiva, cercenaría la libertad en las relaciones privadas”⁹. Las excepciones a este principio general, en la jurisprudencia constitucional española, se han producido en materias de relaciones laborales —individuales o colectivas— y principalmente cuando se emplea uno de los términos de comparación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución (sexo, raza, religión, etc.) Correlativamente, en el Derecho español existe una imposición legislativa del deber de trato igual a los particulares. Así, el **artículo 512** del Código Penal establece: “Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tengan derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años”. Y el **artículo 69** de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece: “1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo. 2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito”. La profusión de normas de interdicción de la desigualdad de trato en la provisión de bienes y servicios ha provocado un sensible aumento de conflictos de derechos fundamentales en nuestro entorno jurídico¹⁰.

3.3. Contenido

3.3.1. La igualdad en la ley

Tal como indica el Tribunal Constitucional, para determinar si una desigualdad supone discriminación entre los sujetos debe examinarse el carácter objetivo y

⁹ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 197.

¹⁰ R. SANDBERG, “The Right to Discriminate”, *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 13, 02, 2011.

razonable de la diferenciación normativamente establecida. Este examen puede a su vez desdoblarse en cuatro criterios básicos¹¹:

- a) “[P]uede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales, cuando tal circunstancia no se produce” (*Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2003*, de 19 de junio).
- b) La diferencia de trato introducida por el legislador ha de ser objetiva y razonable, basada en hechos ciertos, no en presunciones del legislador que afecten a derechos constitucionales.
- c) La diferencia de trato introducida por el legislador ha de respetar un argumento lógico, objetivo, que supone una relación proporcional entre medios y fines.
- d) La medida adoptada por el legislador ha de ser congruente con el fin que se pretenda lograr, sea éste un valor constitucionalmente exigido o un bien conforme o permitido por el texto constitucional.

El Tribunal Constitucional no estima que la mera sucesión temporal de normas distintas sobre el mismo asunto sea en sí misma irrazonable: la igualdad en la ley no opera como límite al cambio legislativo¹².

De la lectura del *artículo 14* de la Constitución se deduce que existe, junto con la discriminación genérica, unos criterios de diferenciación expresamente vedados, que tienden a operar como una prohibición de diferenciación normativa especialmente rigurosa. Las distinciones por razón de raza, sexo, religión u opinión, por tanto, han de superar un examen más exigente que el juicio de racionalidad expuesto anteriormente. Los términos comprendidos por el *artículo 14* suelen denominarse “clasificaciones sospechosas” y su justificación requiere un apremiante interés público (*compelling interest*, en la terminología angloamericana) bajo un examen mucho más riguroso (*strict scrutiny*). El Tribunal Constitucional se muestra particularmente sensible hacia los actores potencialmente agraviados por estas discriminaciones, pues viene a disponer la inversión de las reglas generales de prueba, al exigir que sea quien sostiene la legitimidad constitucional de posibles diferencias el que deba aportar el fundamento probatorio, una vez que el actor ha establecido una real y efectiva diferencia de trato¹³.

11 J. C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 108-109; S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 114-115.

12 L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 202-203.

13 E. ALONSO GARCÍA; P. GARCÍA MEXÍA, “Igualdad y no discriminación. El derecho de igualdad”, en *Base del conocimiento jurídico*, Iustel, fecha de consulta 10 diciembre 2014, en www.iustel.com.

En relación con estos criterios de diferenciación expresamente vedados, se ha introducido la distinción entre discriminación directa e indirecta. La [Ley 62/2003](#), de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social introdujo en el Derecho español la discriminación indirecta. Dicha ley traspuso al ordenamiento español la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la [Directiva 2000/78/CE del Consejo](#), de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Conforme al [artículo 28](#) de la Ley 62/2003, hay discriminación indirecta “cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que existe discriminación indirecta por razón de sexo en la normativa griega que exige para los candidatos a la escuela de oficiales y agentes de policía una estatura mínima de 1,70 metros. Aunque la normativa no hace referencia alguna a hombres y mujeres, sin embargo un número mucho mayor de mujeres que de hombres tiene una estatura menor a la requerida. Indica el Tribunal de Luxemburgo que “aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por la policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud.” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-409/16, [Ypourgos Esoterikon y Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton contra Maria-Eleni Kalliri](#), de 18 de octubre de 2017).

Junto con la indirecta, las legislaciones anti-discriminación (especialmente en el ámbito laboral) contemplan otras formas de discriminación:

- a) Discriminación múltiple, cuando se produce discriminación por más de un factor constitucionalmente sospechoso (o un criterio de diferenciación protegido) de forma unitaria o simultánea.
- b) Discriminación por asociación, cuando alguien es objeto de discriminación como consecuencia de su relación con una persona o grupo sobre el que recae un factor constitucionalmente sospechoso (o un criterio de diferenciación protegido).

- c) Discriminación por error, cuando una persona o un grupo de personas son objeto de discriminación por un factor constitucionalmente sospechoso (o un criterio de diferenciación protegido) como consecuencia de una apreciación errónea.
- d) Acoso discriminatorio, entendido como conducta relacionada con un factor constitucionalmente sospechoso y que tiene el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona o de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo para esa persona.
- e) Represalia discriminatoria: trato adverso que se produce contra una persona como consecuencia de su actuación administrativa o procesal dirigida a evitar, disminuir o denunciar la discriminación o el acoso al que ha sido sometida.

3.3.2. Igualdad en la aplicación de la ley

Significa que “la norma debe ser aplicada del mismo modo en todos los casos, pues de nada serviría que la norma no fuese discriminatoria si después no es aplicada de modo uniforme”¹⁴. Debemos distinguir entre la aplicación judicial de la ley y la aplicación administrativa de la ley.

- a) Aplicación judicial de la ley: en atención al principio de igualdad en la aplicación de la ley, se exige que “un mismo órgano [judicial] no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (*Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982*, de 14 de julio).
- b) Aplicación administrativa de la ley: la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado que no constituye vulneración del artículo 14 separarse de anteriores actos ilegales (*Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1992*, de 14 de febrero). A efectos del recurso de amparo, no basta que el acto administrativo se separe de la interpretación previamente seguida por la Administración pública, sino que se exige que esa interpretación haya sido aceptada en vía judicial.

4. La discriminación positiva

La *affirmative action* norteamericana, que aquí traducimos por discriminación positiva, designa “todo trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial de las personas, especialmente aquellas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos”¹⁵. La discriminación positiva tiene por finalidad resolver

¹⁴ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 209.

¹⁵ *Ibid.*, p. 207.

problemas de igualdad de oportunidades: afronta la cuestión de cómo asignar de manera igualitaria beneficios y servicios escasos. Se residencia constitucionalmente en el [artículo 9.2](#) de la Constitución. Como el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su [Sentencia 216/1991](#), de 14 de noviembre, “[l]a incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida — antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.

En relación con los mecanismos de discriminación positiva, pueden distinguirse dos grandes grupos de políticas afirmativas. Un primer grupo pretende igualar en el punto de partida de los candidatos mediante complementos en la formación o medidas de reforzamiento que sitúen a los colectivos desfavorecidos en una posición de igual mérito. No garantizan la igualdad de resultados. Un segundo grupo introduce elementos de desigualdad formal mediante sistemas de cuotas o beneficios a favor de algunos colectivos, garantizándose en parte la igualdad de resultados.

Este último grupo de medidas induce una igualación desde el exterior, poniendo en entredicho la idea de que la asignación de derechos y deberes dentro de la sociedad sólo es justa cuando se hace sobre la base de las características personales, no sobre la pertenencia a un grupo.

En Estados Unidos las medidas de discriminación positiva han tenido una amplia implantación, en los sectores laboral y educativo especialmente. En la Unión Europea la idea de discriminación positiva se ha introducido más recientemente. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende posible y congruente con el derecho comunitario aquellas medidas de los Estados miembros que establezcan cuotas a favor de determinados colectivos, siempre que no se trate de cuotas rígidas que provoquen discriminación en igualdad de méritos (sentencias [Kalanke](#) y [Marschall](#)).

En España, la [Ley Orgánica 3/2007](#), de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, introduce igualmente el sistema de cuotas no rígidas en el ámbito de la representación política y otras medidas conducentes a paliar la subrepresentación de mujeres en diversos ámbitos de la actividad política, social y económica.

Capítulo 5. Derecho a la vida y a la integridad física

1. Introducción. La titularidad del derecho y el concepto de persona

La caracterización del derecho a la vida como derecho fundamental autónomo es reciente. Los textos clásicos no solían mencionarlo. La única excepción notable es la cláusula multi-direccional de *due process of law*, de las enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución de los Estados Unidos, conforme a las cuales no se puede privar a nadie de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal. La aparición de un específico derecho a la vida en la mayor parte de las declaraciones se produce tras la Segunda Guerra Mundial, como reacción frente a las atrocidades padecidas¹.

El bien jurídico protegido es el carácter valioso de toda vida humana. Desde una perspectiva estrictamente jurídica existen numerosos autores que consideran que no se puede hablar de un derecho a la vida, pues ésta es el presupuesto necesario o imprescindible de cualquier derecho. Por eso consideran más adecuado hablar de “derechos sobre la vida” ya que antes de vivir no existe derecho alguno, porque sin vida no hay ser humano².

La Constitución española de 1978 establece en su artículo 15: “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. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

1 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 215.

2 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 125.

“El concepto constitucional de vida es naturalístico. Vida equivale a ser humano vivo. La presencia de vida se determina de conformidad con criterios científico-naturales, es decir, biológicos y fisiológicos”³.

El deber del Estado de no lesionar la vida humana se manifiesta en la abolición de la pena de muerte; abolir no es sólo derogar, sino derogar para siempre, lo cual significa la prohibición constitucional de la pena capital⁴. La excepción establecida para las leyes militares en tiempos de guerra no es incompatible con la supresión de la pena de muerte también para los delitos militares en tiempos de guerra, supresión que hizo la **Ley Orgánica 11/1995**, de 27 de noviembre.

El “todos” con el que comienza en **artículo 15** de la Constitución pretendía una extensión protectora más allá del concepto de persona establecido en el Código Civil (**artículo 29**: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”; **artículo 30**: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”).

Sin embargo, tal previsión no lograría la intención pretendida. Como en su momento anunciaba uno de los redactores de la Constitución, “desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide una ley de aborto”⁵. Esta tesis somete el valor de los derechos fundamentales al vaivén del proceso político, traicionando el objetivo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de amparar siempre a los más débiles.

Más que en otros derechos fundamentales, en el derecho a la vida se plantea con toda su crudeza el problema de la titularidad, del concepto de persona como categoría distinta del ser humano. En el origen de esta distinción detectamos corrientes de pensamiento que han influido decisivamente en los perfiles y problemas que plantea el derecho a la vida.

3 J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, “Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el estado social y democrático de derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 38, 1984, p. 252.

4 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 216.

5 A. OLLERO TASSARA, “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1994, pp. 93-94.

1.1. La distinción entre persona y ser humano: el personismo

El término personismo⁶ parece emplearse por primera vez por J. Techmann, profesora de la Universidad de Cambridge, en 1988. El personismo consiste en la distinción de seres humanos, negadora del carácter personal de alguno de ellos. Sus raíces antropológicas se sitúan en el dualismo y el utilitarismo.

El dualismo se remonta a la filosofía cartesiana con su célebre distinción entre *res cogitans* (conciencia, autodominio) y *res extensa* (cuerpo). La distinción cartesiana influyó igualmente en la obra de Locke “Ensayo sobre el entendimiento humano”. Conforme a esta distinción entre *res cogitans* y *res extensa*, es posible en el plano lógico establecer una diferencia entre los individuos de la especie: unos serían “seres humanos” (es decir, miembros de la especie biológica humana) y otros serían “personas” (es decir, seres humanos capaces de una vida consciente y libre, con capacidad de disposición o autodominio de sí). Aunque ni Descartes ni Locke pretendieron extraer consecuencias éticas de la distinción, éstas sí que se produjeron en el siglo XX. Por ejemplo, bajo estos parámetros resultarían justificables las prácticas eugenésicas y la esterilización de deficientes mentales (sentencia *Buck v. Bell*, del año 1927, redactada por Oliver Wendell Holmes). En la obra del bioético norteamericano Engelhardt la *res cogitans* es la persona, sujeto descarnado titular de derechos en cuanto que es capaz de luchar por ellos. Por el contrario, la *res extensa* sería un ser humano simplemente biológico, que carece de derechos y puede ser objeto de experimentación. Este autor reconoce, por tanto, la dignidad humana a la mente, negándola a la corporalidad, de forma que todos los derechos, incluido el derecho a la vida, quedan subordinados al derecho a la autonomía. Al mismo tiempo, el criterio ético básico consistiría en que no hay injusticia cuando hay consentimiento (*volenti non fit iniuria*), de forma que resultaría ético el suicidio y su inducción. Engelhardt separa a los seres humanos adultos —que tienen derechos, que son conscientes y autónomos, que son agentes morales— y los niños, seres puramente biológicos.

Para el bioético australiano Singer, la base de los derechos radica en la capacidad de goce y de dolor, cosa que es común a hombres y animales. De ahí nace para Singer la necesidad de acabar con la creencia de una discontinuidad entre animales y hombres: todos son titulares de derechos, sólo que los primeros no pueden exigirlos y alegarlos por sí mismos. Sólo hay derechos donde hay goce y sufrimiento, negándose entonces los derechos fundamentales a los embriones humanos —o, al menos, hasta el comienzo de la formación del cerebro— y a los enfermos en coma. Se considerarían rechazables igualmente los cuidados paliativos, ya que incrementan el coste económico alargando la vida sin muchas posibilidades de

⁶ J. J. MEGÍAS QUIRÓS (ED.), *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, 1. ed, Garrigues Cátedra: Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 140-142.

placer y, en su lugar, se recomienda la eutanasia como eliminación de la vida de los que no pueden ser curados.

1.2. Personismo y neomalthusianismo

Robert T. Malthus consignó en su obra “Ensayo sobre el principio de la población” la tesis de que un hombre nacido en un mundo que ya es propiedad de otros, si no logra obtener subsistencia de sus padres, y si la sociedad no requiere su trabajo, no puede pretender el derecho a la menor porción de alimentos⁷. Las ideas anteriores encajan a su vez con las tesis de la *deep ecology*, conforme a las cuales la especie humana habría sobrepasado unos márgenes cuantitativos aceptables, superando el equilibrio con el resto de los seres vivos⁸. El malthusianismo intensifica la diferencia entre el ‘nosotros’, formado por personas, autoconscientes, libres y útiles, y el ‘ellos’ que son simples seres humanos.

1.3. Modelo humanista: ser humano es ser persona

El personalismo reinterpreta la crisis ecológica en clave solidaria considerando que todos los seres humanos tienen los mismos derechos a condiciones de vida dignas⁹. La alegación de que el aumento de la natalidad es la causa del deterioro ambiental escamotea la responsabilidad ecológica de los países más industrializados. Téngase en cuenta que el 25 % de la población mundial consume el 75 % de la energía producida o que un ciudadano europeo consume agua 70 veces más que un ghanés, y un norteamericano 300 veces más. Si toda la población actual de la tierra, unos 7.000 millones de personas, viviera como un estadounidense medio, con una huella ecológica de 4,5 hectáreas por persona, harían falta 26.000 millones de hectáreas en nuestro planeta, pero sólo 8.800 son ecológicamente productivas. La defensa universal e incondicionada de los seres humanos solo es posible si se atiende al ser humano en su radical condición.

“Persona es la capacidad de poseerse a sí mismo y de ser responsable de sí mismo; la capacidad de vivir en la verdad y en el orden moral. No es de naturaleza psicológica, sino de naturaleza existencial. No depende, por principio, de la edad, ni del estado físico-psíquico, ni de las dotes poseídas, sino del alma espiritual que es propia de cada hombre. La personalidad puede ser inconsciente, como en el que duerme, pero pese a ello está ahí y hay que respetarla. Puede estar aún sin desplegar, como en el niño, pero pese a ello reivindica ya protección moral. Es posible, incluso, que no llegue nunca al acto por falta de las correspondientes condiciones físico-

7 *Ibid.*, pp. 142-143.

8 J. BALLESTEROS LLOMPART; V. BELLVER CAPELLA; E. FERNÁNDEZ DE SIMÓN BERMEJO; M. PUJALTE; A. LUIS, “Las razones del ecologismo personalista”, *ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, 1995, p. 674.

9 J. J. MEGÍAS QUIRÓS (ED.), *Manual de derechos humanos*, cit., pp. 142-143.

psíquicas, como en el enfermo mental o en el disminuido psíquico, pero el hombre civilizado se distingue del bárbaro en que la respeta también cuando se encuentra cubierta por ese velo. También puede estar oculta, como en el embrión, pero la correspondiente disposición ya reside innata en él y tiene su derecho. Esa personalidad confiere al hombre su dignidad. Le distingue de la cosa y le hace ser sujeto. Una cosa tiene, sin duda, consistencia, pero no independencia; sin duda efectos, pero no responsabilidad; sin duda valor, pero no dignidad. Se la trata como cosa al poseerla, usarla y, en último término, destruirla, lo que en el caso de los seres vivos significa matarla. La prohibición de matar al hombre constituye la agudización extrema de la prohibición de tratarle como cosa. Y, a la inversa, era enteramente consecuente que el Estado, cuando su ‘cosmovisión’ negaba la dignidad espiritual de la persona y veía al hombre como mero ser perteneciente a una especie o mero elemento del entramado social, reivindicase también el derecho de matarle tan pronto hacerlo estuviese en correspondencia con sus fines”¹⁰.

1.4. Modelo transhumanista o post-humanista: superar la condición humana como utopía científica

“El transhumanismo-posthumanismo (T-P) ha sido definido como un movimiento cultural, científico e intelectual, que considera un deber ético el mejorar las capacidades del hombre, sean estas de índole biológica, psíquica o moral. Este mejoramiento es justificado por diversos fines, en principio útiles para el hombre, como son la eliminación del dolor y el sufrimiento asociado a la enfermedad y al envejecimiento, la mejora de nuestras sociedades suprimiendo comportamientos inadecuados, o la posibilidad de la inmortalidad”¹¹. Una parte importante de las inversiones económicas sobre investigación apuntan hoy en día hacia el transhumanismo que, para lograr sus objetivos, pretende la convergencia de las 4 tecnologías emergentes (NBIC): nanotecnología, biotecnología, informática y ciencia cognitiva.

No toda la comunidad científica comparte el optimismo del transhumanismo, por razones técnicas (no hay un desarrollo tecnológico suficiente para lograr lo que se pretende) o por razones filosóficas y morales (el transhumanismo propone dejar de ser lo que somos, o marca unos objetivos que significan emplear al hombre como medio en lugar de como fin).

Los derroteros por los que ha ido transitando el análisis del derecho a la vida nos remiten a un sutil juego de pretendidos límites y de situaciones fronterizas. A la

10 R. GUARDINI, “El derecho de la vida humana”, en *Escritos Políticos*, Palabra, Madrid, 2011, pp. 152-153.

11 “ACEPRENSA | TRANSHUMANISMO: UNA UTOPIA PELIGROSA”, fecha de consulta 5 abril 2015, en <http://www.aceprensa.com/articles/transhumanismo-una-utopia-peligrosa/>.

postre, lo que parece importar hoy en día no es tanto el derecho a la vida, sino la licitud del derecho a la muerte. Y, contra lo que pudiera parecer a primera vista, al final la determinación de los grandes temas en torno al derecho a la vida no depende de las evidencias biológicas, sino del valor que se adscribe a los seres humanos en los momentos cruciales de la vida¹². “Como ya sabía Platón, siempre hay casos límite para los que no está hecha la ley, y a los que se podrá apelar legalmente. Algunos moralistas, teólogos y filósofos, se lanzan hoy con sospechoso interés sobre tales casos límite, y pretenden fundar en ellos la legalidad. Las excepciones ya no habrían de servir para confirmar la regla, sino para construirla”¹³.

2. El aborto

Por aborto se entiende la interrupción, natural o provocada, de la vida del feto durante el embarazo.

La primera regulación se realizó en la Segunda República española¹⁴. El 25 de diciembre de 1936 se legaliza el aborto en Cataluña mediante decreto firmado por Josep Tarradellas. Por su parte, en la zona leal a la República durante la Guerra Civil Española, el gobierno de Francisco Largo Caballero despenalizó la práctica del aborto inducido en 1937, pero su vigencia duró muy poco, pues el gobierno de Franco derogó la norma.

El aborto provocado fue despenalizado parcialmente en España mediante la **Ley Orgánica 9/1985**, de 5 de julio. Conforme a dicha norma, el aborto consentido por la mujer no es punible en tres supuestos: grave peligro para la vida o la salud (física o psíquica) de la madre, embarazo como consecuencia de una violación, riesgo de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas. En los dos últimos supuestos se establecen plazos máximos para la práctica del aborto: doce y veintidós semanas de gestación, respectivamente.

“En el Derecho comparado, los sistemas despenalizadores se reducen fundamentalmente a dos: el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones. En el primero se cifra un plazo antes del cual se permiten las prácticas abortivas. El plazo se fija respecto a la duración del embarazo, y después de su vencimiento no se puede abortar. En el sistema de las indicaciones, la condición esencial no es un plazo, sino la existencia de circunstancias (‘indicaciones’) que la ley juzga como legitimadoras de las prácticas abortivas. Dentro de ellas opera un sistema también de plazo, ya que a cada circunstancia o indicación se le señala un plazo de vigencia, pasado el cual no se

12 R. P. GEORGE, *Conscience and its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*, ISI Books, Wilmington, Delaware, 2013, p. Cap. 16.

13 R. SPAEMANN, “¿Matar, o dejar morir?”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 18, 2007, p. 114.

14 G. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El aborto en España: análisis de un proceso socio-político*, Universidad Pontificia de Comillas, 1992, pp. 85-86.

puede abortar aunque exista indicación”¹⁵. De los dos sistemas despenalizadores, el legislador español atendió a un sistema de indicaciones en lugar de a un sistema de plazos¹⁶.

La despenalización parcial del aborto fue impugnada ante el Tribunal Constitucional. Éste se pronunció a favor de la constitucionalidad en su **Sentencia 53/1985**, de 18 de abril, en la que establece unos principios confirmados posteriormente, y que pueden sintetizarse así¹⁷:

- a) La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación.
- b) El feto o *nasciturus* es un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.
- c) La vida del feto o *nasciturus* constituye un bien jurídico cuya protección por el Estado es exigencia del **artículo 15** de la Constitución.
- d) La protección del feto o *nasciturus* puede ceder ante otros bienes constitucionales, existiendo situaciones características de conflicto entre aquel y otros bienes constitucionalmente protegidos.
- e) La resolución del conflicto debe tener en cuenta que no se debe afirmar ninguno de los bienes con carácter absoluto.

En suma, el Tribunal Constitucional mantiene la tesis —ya sentada por la jurisprudencia alemana, italiana y francesa— de que la protección de la vida del *nasciturus* es la regla general, mientras que la licitud del aborto representa la excepción¹⁸. Frente a esta tesis, en 1973, el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de Norteamérica sostuvo en su sentencia **Roe v. Wade** que el aborto es un derecho constitucionalmente garantizado a la mujer, cuyo fundamento último se encuentra en la *privacy* o intimidad.

Por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de aborto, pueden deducirse unos principios que rigen sobre la materia¹⁹:

- a) El Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no excluye la vida prenatal de su alcance protector.

15 J. A. GARCÍA GONZÁLEZ, “Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el estado social y democrático de derecho”, cit., p. 252.

16 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 219.

17 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, Editorial Universitas, Madrid, 2013, p. 111.

18 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 221.

19 G. PUPPINCK, “Abortion and the European Convention on Human Rights”, *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3, 2, 2013, pp. 146-147.

- b) Dicho Convenio no contiene ni crea un derecho al aborto.
- c) En la mayoría de las legislaciones europeas, el aborto es la derogación o excepción al principio general de protección del *nasciturus*.
- d) Si un Estado europeo despenaliza el aborto en su legislación, conforme al Convenio sigue estando obligado a proteger los derechos y bienes en conflicto.

En el año 2010 el legislador español cambia el modelo jurídico, aproximándose al norteamericano. En efecto, la **Ley Orgánica 2/2010**, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece un sistema de plazos: aborto libre en las primeras 14 semanas (**artículo 14**) y aborto por causas médicas (aborto terapéutico y eugenésico) en las 22 primeras semanas (**artículo 15**). En estas situaciones, y bajo las condiciones que establece el **artículo 13** (consentimiento de la mujer, salvo cuando existe riesgo inmediato grave para su integridad física o psíquica y no es posible conseguir su autorización; intervención médica en centro acreditado), el aborto es —según la ley— una prestación sanitaria a la que se tiene derecho y que los servicios públicos de salud tienen la obligación de garantizar (**artículo 18**).

Deben advertirse dos cuestiones relativas a la legislación vigente:

- a) Implícitamente seguimos bajo un régimen de despenalización en supuestos determinados, como cabe deducir de la **Disposición Final Primera** de la Ley Orgánica 2/2010, por la que se modifica la redacción de los artículos 145 y 145 bis del Código Penal de 1995.
- b) El *nasciturus* sigue siendo protegido por el ordenamiento jurídico, como ponen de manifiesto —entre otros— la tipificación de las lesiones o daños al feto en los **artículos 157 y 158** del Código Penal.
- c) En la Ley Orgánica 2/2010 el aborto o interrupción voluntaria del embarazo no queda configurado como un derecho fundamental. Lo que constituye un derecho es la prestación sanitaria. Ciertamente es que la ley juega de forma indiscriminada y falta de precisión jurídica con los vocablos “derechos” y “libertades”, “calificándolos en muchos casos como fundamentales, como si se tratase de los que, con este carácter, reconoce nuestra Constitución”²⁰. Lo cual va en detrimento de la seguridad jurídica y del reconocimiento de los derechos de las personas.

20 R. NAVARRO-VALLS, *Análisis Jurídico del Proyecto de Ley del aborto*, Foro de la Sociedad Civil, Madrid, 2009, p. 48.

3. La eutanasia

La primera exigencia a la hora de abordar el tema de la eutanasia consiste en plantear del modo más preciso posible la terminología a emplear.

En 1987, la Asociación Médica Mundial definió la eutanasia como acto deliberado de dar fin a la vida de un paciente. En enero de 2002 la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL) propuso la siguiente definición: “conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico”²¹. También podríamos definirla, de una manera más sintética, como la “conducta de un médico que provoca intencionadamente la muerte de un paciente para que no sufra”²².

Dentro de la eutanasia se distingue la eutanasia solicitada voluntariamente (se practica a petición del enfermo) y eutanasia no solicitada voluntariamente (cuando no la pide el enfermo, sino que se practica a petición de la familia o por la simple decisión del médico, que no consulta ni con el enfermo ni con su familia). También se distingue la eutanasia por acción (es decir, la que provoca intencionadamente la muerte mediante la administración de una sustancia letal) y la eutanasia por omisión (aquella que provoca intencionadamente la muerte por la omisión de un tratamiento imprescindible para mantener la vida y que en la situación concreta de ese enfermo está indicado, por ser un tratamiento útil y proporcionado).

En cambio, parece preferible evitar hablar de eutanasia activa y eutanasia pasiva, porque este último término es equívoco y produce confusión. “La eutanasia, entendida como conducta intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona enferma, por un motivo compasivo, puede producirse tanto mediante una acción como por una omisión. La distinción activa/pasiva, en sentido estricto, no tiene relevancia desde el análisis ético, siempre que se mantenga constante la intención y el resultado”²³.

Para la profesión médica y para un buen grupo de eticistas, no constituye eutanasia:

- a) La retirada o no iniciación de tratamientos inútiles y desproporcionados para la situación concreta de un enfermo; esto habrá que hacerlo cuidando muy bien el espíritu del consentimiento informado, en el que el paciente se reserva el

21 COMITÉ ÉTICO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS, “Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos”, *Diario Médico*, 2002.

22 D. MUÑOZ, “Definiciones y precisiones terminológicas”, *Con Dignidad*, fecha de consulta 3 noviembre 2017, en <http://www.condignidad.org/definiciones.html>.

23 J. DE LA TORRE, *La limitación del esfuerzo terapéutico*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, p. 106.

“derecho de veto” para los tratamientos no deseados y el médico también mantiene el “derecho de veto” para aquellos tratamientos que profesionalmente sean considerados inútiles o dañinos. Llega un momento en que el paciente y el médico reconocen que la enfermedad ya es incurable y aceptan su curso natural, sin empeñarse en alargar la vida a toda costa y con medios desproporcionados. Es lo que se denomina “limitación del esfuerzo terapéutico”.

- b) Igualmente no constituye eutanasia los tratamientos analgésicos que podrían acortar secundariamente la vida. La sedación paliativa es “la administración deliberada de fármacos para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico y/o psicológico, mediante la disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la consciencia en un paciente cuya muerte se prevé muy próxima y con su consentimiento explícito, implícito o delegado”²⁴. Las diferencias entre la sedación y la eutanasia son claras: en la sedación, la intención es aliviar el sufrimiento del paciente, el procedimiento es la administración de un fármaco sedante y el resultado el alivio de ese sufrimiento; en cambio, en la eutanasia la intención es provocar la muerte del paciente.

Con estas precisiones, pasamos a esbozar sintéticamente algunas cuestiones relacionadas con la eutanasia, el suicidio asistido y las instrucciones previas.

El Derecho español castiga el suicidio asistido en estos términos: “[e]l que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo” (artículo 143.4 del Código Penal).

Esta previsión del Código Penal es congruente con la perspectiva adoptada por la jurisprudencia en la materia. En efecto, el derecho a la vida no incluye causarse la muerte, por más que para algunas corrientes filosóficas el suicidio sea el acto máximo de autonomía de la persona. El Tribunal Constitucional, en su *Sentencia 120/1990*, de 27 de junio, afirma que el derecho a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. De igual forma, en su *Sentencia 154/2002*, de 18 de julio, precisa que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad

²⁴ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS, “Sedación y eutanasia”, *Aceprensa*, 2009, fecha de consulta 3 noviembre 2017, en <https://www.aceprensa.com/articles/sedacion-y-eutanasia/>.

que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse (...) sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”.

También es congruente con esta doctrina la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002: “el artículo 2 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] no puede interpretarse, sin distorsión del propio lenguaje, como un reconocimiento del derecho inverso, es decir, del derecho a morir, ni puede crear un derecho a la auto-determinación en el sentido de conferir al individuo la facultad de elegir la muerte en lugar de la vida”. La compleja sentencia *Lambert y otros c. Francia*, de 5 de junio de 2015, no altera sustancialmente la doctrina del caso *Pretty*: en *Lambert* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que no es contraria al Convenio una hipotética ejecución (aun no llevada a cabo, al existir un juicio médico posterior partidario del mantenimiento de la vida) de la decisión del Consejo de Estado francés de autorizar la retirada de la alimentación y la nutrición a una persona en estado vegetativo permanente.

Las instrucciones previas o testamento vital están reguladas en España por la *Ley 41/2002*, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se trata de una manifestación del respeto a la autonomía del paciente, que se plasma fundamentalmente en el consentimiento informado (*artículo 3*: “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”), del que las instrucciones previas serían una manifestación para aquellos casos en los que el paciente no va a poder manifestar personalmente su voluntad. La ley establece en su *artículo 11* que, “[p]or el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Con este documento se puede poner límite al esfuerzo terapéutico o a los cuidados inútiles o desproporcionados.

Desde la perspectiva de la política legislativa, los estudios apuntan a que la despenalización de la eutanasia, aun cuando se hiciera de forma excepcional y con todo tipo de garantías con el fin de dar al paciente autonomía y derecho a decidir por sí mismo, incrementa en la práctica el paternalismo de la profesión médica y abre la

puerta a una “pendiente resbaladiza” en la que se infringe abiertamente la legislación penal y el libre consentimiento de los pacientes²⁵.

4. Aspectos constitucionales de la bioética

La relevancia de la bioética en el ámbito de los derechos fundamentales viene dada por su conexión con el derecho a la vida y a la integridad física y moral. En materia de experimentación genética y médica, hay dos extremos jurídicos y éticos en torno a esta cuestión.

Por un lado, entender que, en el terreno científico, las únicas normas que rigen son las leyes científicas y que nada tiene que decir el Derecho o la ética. Se justificaría así la eugenesia y las experimentaciones (con o sin consentimiento) sobre seres humanos, cuando de esas prácticas entiende la ciencia que se sigue un bien (ahorrar costes a la seguridad social de personas que tendrán enfermedades o serán menos fuertes, mejorar la raza humana, etc.). Estaríamos ante sistemas de pensamiento cientifistas y consecuencialistas. Estos sistemas relativizan el valor de la dignidad del ser humano.

Por otro lado, entender que la bioética es un área de debate y desacuerdo en la que lo importante es la conciencia de cada uno. Sin embargo, un planteamiento así relativiza también la dignidad humana. En efecto, “[p]ertenece a los derechos del hombre el que no dependan del juicio de conciencia de otro hombre. Así, por ejemplo, se puede discutir sobre si los no nacidos son dignos de defensa, aun cuando la Constitución de nuestro país responda afirmativamente. Pero es demencial el eslogan de que ésta es una cuestión que cada uno debe resolver en su conciencia. Pues, o los no nacidos no tienen derecho a la vida —y entonces la conciencia no necesita tomarse ninguna molestia—, o existe ese derecho, y entonces no puede ponerse a disposición de la conciencia de otro hombre”²⁶.

Dos de las cuestiones más relevantes en materia de bioética son la reproducción humana asistida y la experimentación científica con embriones humanos.

La reproducción humana asistida está regulada por [Ley 14/2006](#) de 26 de mayo, modificada por la [Ley 3/2007](#), de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y por la [Ley 26/2011](#), de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Algunas de las características más relevantes de la Ley son las siguientes:

25 H. HENDIN, *Seducidos por la muerte: médicos, pacientes y suicidio asistido*, Planeta, Barcelona, 2009.

26 R. SPAEMANN, *Ética: cuestiones fundamentales*, Eunsia, Pamplona, 2007, p. 103.

- a) Admisión de la fecundación homóloga (de la propia pareja estable o matrimonio) o heteróloga (de personas diferentes a la propia pareja); en el caso de que la mujer receptora estuviera casada se exige el consentimiento del marido (artículo 6).
- b) Donación anónima no lucrativa, respecto de la cual no cabe investigación a los efectos de determinación de la filiación (artículo 5.5).
- c) Aparece el concepto legal de preembrión (artículo 1.2), entendiendo por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días. El preembrión queda sometido a reglas menos estrictas en orden a su protección legal. Se admite la investigación sobre el preembrión humano.
- d) No hay número máximo de gametos fecundables a los efectos de su posterior implantación; el número máximo de preembriones transferibles por cada ciclo reproductivo es tres (artículo 3).

La experimentación científica con embriones humanos viene regulada por Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. El texto prohíbe expresamente engendrar embriones y preembriones humanos con fines de experimentación (artículo 33). La norma legaliza la clonación terapéutica (i.e. con fines curativos); como es sabido, la clonación consiste en la transferencia del núcleo de una célula adulta de un paciente a un ovocito al que se le ha extraído el núcleo para reprogramar su crecimiento celular y poder crear así células madre embrionarias capaces de crear tejidos u órganos que se puedan transplantar a la persona enferma. Los principales puntos de crítica dirigidos a la ley proceden de dos elementos, entre otros:

- a) En sí mismo, el ovocito al que se implanta el nuevo núcleo, de seguir su desarrollo normal, genera un embrión humano: se está manipulando el comienzo de la vida por una pendiente resbaladiza que conduce a otras formas de clonación.
- b) El estado científico de las terapias mediante células madre adultas (pluripotenciales inducidas) estaba dando resultados satisfactorios. Así lo ponen de manifiesto recientes descubrimientos. La ventaja de las técnicas basadas en células madre adultas consiste en no requieren manipular vidas humanas.

Respecto de la experimentación con embriones humanos, debe tenerse en cuenta el fallo del Tribunal de Justicia la Unión Europea (Gran Sala) en el asunto C-34/10 *Oliver Brüstle contra Greenpeace eV*, de 18 de octubre de 2011, sobre

patentabilidad de procedimientos de producción de células madre embrionarias. De esta sentencia judicial destacan los siguientes elementos:

- a) Definición de embrión humano: todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. No efectúa esta sentencia distinción alguna entre embrión y preembrión, como hiciera la **Ley 14/2006** de 26 de mayo.
- b) Exclusión de patentabilidad, en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales, de aquellas técnicas y procedimientos científicos que tenga como objeto la destrucción de embriones humanos, aun cuando la patente no se refieran a la utilización de embriones humanos.
- c) Igualmente, exclusión de patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

5. La maternidad subrogada

En España se encuentra abierto el debate social y político acerca de la regulación de la gestación sobrogada. Esta tipo de gestación humana se produce “cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad”²⁷.

El derecho español establece (conforme al **artículo 10** de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) la nulidad de los contratos de gestación y establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

El problema práctico que se le presenta al Estado, y particularmente a los tribunales de justicia españoles, es qué sucede cuando el contrato de gestación se ha celebrado en un país distinto de España, y los padres (españoles) llegan al país con un bebé obtenido mediante contrato de gestación. En esta situación, “[p]arece lógico

²⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, p. 6, fecha de consulta 22 mayo 2017, en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eti_cos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf.

que el Estado impida la culminación de ese intento de fraude denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Por otro lado, nos encontramos ante una nueva vida humana cuyos intereses deben ser protegidos de forma preferente por el Derecho. Ese niño tiene derecho a una identidad, a unos padres y a una nacionalidad. La acción contraria a Derecho de quienes han propiciado su existencia no puede suponer perjuicio alguno al niño, pero tampoco puede, por sí sola, ser un título legítimo”.²⁸

En la práctica, el gobierno español, a través del Ministerio de Justicia, se ha mostrado favorable a la inscripción a favor de padres españoles de los niños nacidos en el extranjero por maternidad subrogada, comprometiéndose simultáneamente a llevar a cabo en el futuro una reforma legislativa. Reforma a la que se oponen diversos colectivos feministas, por entender que la gestación sobrogada es la quintaesencia de la cosificación del cuerpo de la mujer, lo cual se ha demostrado repetidamente de forma especial en países en vías de desarrollo.

Por su parte, el **Comité de Bioética de España** en su **Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada** de 19 de mayo de 2017 concluye: “El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan —la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes— son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor”²⁹.

6. Integridad física y moral. Tratos inhumanos o degradantes

Junto con el derecho a la vida, el **artículo 15** de la Constitución española de 1978 consagra el derecho de todos a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. “[E]l derecho a la integridad física supone la prohibición de cualquier acto atentatorio contra el propio cuerpo de la persona, mientras que la integridad moral implica la prohibición de todo acto que, en sí mismo, pueda suponer una tortura o trato inhumano o degradante de carácter esencialmente psíquico”³⁰. Estaríamos igualmente ante una gradación de conductas, que comprende infligir un sufrimiento

²⁸ *Ibid.*, p. 47.

²⁹ *Ibid.*, p. 86.

físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos)³¹.

La prohibición terminante se enmarca en un ámbito más amplio, cual es el contenido propio del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3) y en diversos convenios especializados para erradicar esta práctica inhumana y odiosa (**Convenio de Naciones Unidas contra la tortura**, de 10 de diciembre de 1984).

La prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes opera en una pluralidad de ámbitos, estableciendo un límite insalvable al exceso de celo policial, impidiendo igualmente su empleo como sanción penal o como castigo en la enseñanza (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos **Campbell y Cosans c. Reino Unido**, de 25 de febrero de 1982) o limitando los comportamientos inadmisibles hacia los reclusos en las instituciones penitenciarias (en este punto son relevantes algunos aspectos de las **Sentencias 120/1990**, de 27 de junio, y **137/1990**, de 19 de julio, del Tribunal Constitucional, relativas a la huelga de hambre de reclusos).

Al igual que sucede con el derecho a la vida, también el derecho a la integridad física y corporal impone al Estado el deber de investigar y castigar las torturas y tratos inhumanos o degradantes infligidos por particulares (artículos **147 y ss.**, **173 y ss.** del Código Penal).

30 E. ÁLVAREZ CONDE; A. NAVAS CASTILLO, "El derecho a la vida y a la integridad física y moral", en *Derecho Constitucional. Base del conocimiento jurídico*, fecha de consulta 3 noviembre 2017, en www.iustel.com.

31 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 229.

Capítulo 6. La libertad religiosa

1. Introducción

Desde la desintegración de la unidad religiosa de Europa fueron cobrando forma jurídica los derechos fundamentales. Uno de esos derechos más antiguos es precisamente el derecho de libertad religiosa y de creencias, del que nos vamos a ocupar en este capítulo.

De la libertad religiosa se dice que es “la primera de las libertades”. Lo cual puede entenderse en sentido histórico, en sentido lógico y en sentido antropológico.

En sentido histórico, pues los textos constitucionales y fundamentales de muchos países de Occidente reconocieron tempranamente la libertad religiosa, antes que otras libertades. La convivencia de ciudadanos pertenecientes a diversas religiones en un mismo territorio supone y exige el reconocimiento de este derecho fundamental.

En sentido lógico, pues la libertad religiosa implica, contiene o presupone otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la libertad de circulación, la libertad de asociación o la libertad de conciencia. Además, la Ciencia política ha puesto de relieve que donde hay más libertad religiosa y menos control estatal de las religiones hay también menos conflicto social¹. “Tanto la historia como las investigaciones contemporáneas demuestran que una democracia exitosa y consolidada no puede lograrse sin un compromiso con los derechos y las libertades fundamentales, cuyo núcleo es un amplio régimen de libertad religiosa”².

1 B. GRIM; R. FINKE, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the 21st Century*, Cambridge University Press, New York, 2011.

2 T. FARR, “Libertad religiosa, democracia estable y seguridad internacional”, en Jorge E. Traslosheros (ed.) *Libertad religiosa y Estado laico: voces, fundamentos y realidades*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 176.

En sentido antropológico, la religión se muestra como un elemento constante en la vida de los hombres, desde el más remoto origen. Lo específico, más propio y elevado del ser humano radica en su dimensión espiritual. “El ser humano busca el sentido último de las cosas, busca la Verdad grande. La infinitud potencial de esa inteligencia sólo puede colmarse con una respuesta radical, que lo incluya todo”³. Buscar y alcanzar esa respuesta radical es una tarea que el ser humano realiza conforme a su modo de ser, es decir, con libertad.

Y, a pesar de la importancia de este derecho, los estudios más fiables apuntan a que en torno al 74% de la población mundial vive en países con altas o muy altas restricciones de la libertad religiosa. Ante esta realidad, no es de extrañar que con frecuencia se mezclen los planos científico-jurídico y reivindicativo (la libertad religiosa como “idea metapositiva exigente”⁴).

2. Contenido y naturaleza del derecho fundamental de libertad religiosa

2.1. Algunos datos procedentes del Derecho interno, regional e internacional

Los textos legales nacionales e internacionales pueden servir de orientación para aproximarnos al contenido del derecho fundamental que examinamos.

El artículo 18 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en su artículo 18, repite la fórmula de la Declaración, pero introduce importantes modificaciones que afectan al derecho de proselitismo, al tiempo que señala los límites del derecho, y el derecho de los padres en materia de educación religiosa y moral de los hijos. El artículo 6 de la **Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** ofrece un elenco más detallado de manifestaciones de la libertad religiosa. El artículo 9 del **Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** repite prácticamente la dicción del correspondiente artículo del

3 R. YEPES STORK; J. ARANGUREN ECHEVERRÍA, *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*, 4ª ed., Euns, Pamplona, 1999, p. 358.

4 J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, “La libertad religiosa y el objeto del derecho eclesiástico”, *Persona y Derecho*, vol. 18, 1988, p. 92.

Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, si bien el párrafo segundo tiene una importancia especial en materia de limitaciones.

El artículo 16.1 y 2 de la Constitución española de 1978 establece: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. El artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa realiza, al igual que sucede en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación, un elenco de manifestaciones del derecho desarrollado.

Todos estos textos legales no son la libertad religiosa, sino formas de expresión de dicha libertad. Junto con el contenido esencial de la libertad religiosa —de carácter más permanente— también hay elementos que se especifican o explicitan con el paso del tiempo; “la libertad religiosa tiende a configurarse no como un dato objetivable e inmutable, sino como un valor en vías de perenne realización que encuentra modalidades nuevas de explicitación al compás de la multiplicidad de agravios —supuestos o reales— que a la subjetividad de la conciencia humana, en su zona de máxima sensibilidad, puede conferírsele”⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, al referirse específicamente al contenido del artículo 16 de la Constitución española de 1978, indica en su Sentencia 101/2004, de 2 de junio, que la libertad religiosa comprende una dimensión objetiva y un derecho subjetivo. “En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’ (STC 177/1996, de 11 de noviembre)»”.

En cuanto derecho subjetivo, continúa la sentencia, “la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el

5 R. NAVARRO-VALLS, “La enseñanza universitaria del Derecho Canónico en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 1, 1985, pp. 85-86.

fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades”.

Correspondería ahora ir detallando los elementos que comprende el derecho de libertad religiosa en lo referente a su contenido.

2.2. Naturaleza de la libertad religiosa

La libertad religiosa es un “derecho de libertad” en virtud del cual se reconoce a las personas una esfera de actuación libre de coacción e interferencias en materia religiosa y de creencias. Habitualmente, en la libertad religiosa se distingue una faceta positiva de una faceta negativa. Sucede aquí lo mismo que con las libertades de expresión (el sujeto es libre de hablar, escribir... o callar) o de asociación (el sujeto tiene derecho a asociarse con otros, pero también a no asociarse y no sufrir, por ello, sanción o reproche jurídico alguno).

La faceta negativa significa que nadie puede ser obligado a manifestar sus creencias, a ser clasificado en razón de ellas, a profesar o adherirse a creencias o religiones que no son las suyas. El artículo 16.2 de la Constitución española de 1978 es precisamente una expresión de esa faceta negativa: prohíbe la obligación de declarar o manifestar las creencias para que el Estado no pueda adoptar consecuencias jurídicas —positivas o negativas— a partir de la pertenencia religiosa; de esta manera se evita dificultar o interferir en la libertad de los sujetos.

La faceta negativa del derecho de libertad religiosa es preponderante, por ejemplo, frente a medidas para salvaguardar la seguridad del Estado a través de la

selección (con posibles criterios religiosos o de creencias) del personal trabajador (Sentencia del Tribunal Supremo 8460/1992, de 14 de noviembre) o frente a la participación obligatoria en actos de índole religiosa ([Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2004](#), de 2 de junio). Esta misma faceta negativa puso fin al sistema dualista de matrimonio civil subsidiario, ya que el juez encargado del Registro civil no puede preguntar a los contrayentes acerca de la religión que profesan: así lo reconoció la [Instrucción de 26 de diciembre de 1978, de la Dirección General de los Registros y del Notariado](#), sobre matrimonio civil. En el ámbito del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de examinar la faceta negativa de la libertad religiosa en sus sentencias [Dimitras y Otros \(n. 2\) contra Grecia](#), de 3 de noviembre de 2011, [Alexandridis contra Grecia](#), de 21 de febrero de 2008, y [Buscarini y Otros contra la República de San Marino](#), de 18 de febrero de 1999.

La faceta positiva del derecho de libertad religiosa despliega en mayor medida las implicaciones de este derecho fundamental. Comprende tres estadios que, a modo de “ondas concéntricas”, se expanden desde la esfera íntima de la persona hacia el exterior: libertad de creencias, libertad de culto y libertad de actuación conforme a las creencias que se profesan.

La doctrina académica se ha planteado, a la luz de lo señalado en el [artículo 9.2](#) de la Constitución española de 1978 y del [artículo 2.3](#) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, si el derecho de libertad religiosa tiene carácter o naturaleza prestacional o no⁶. Recordemos algo ya expuesto en el Capítulo 2: los derechos de prestación pueden ser de tres tipos: 1) derechos fundamentales que en sí mismos son un derecho de prestación (tutela judicial efectiva), 2) derechos de prestación que son condición necesaria para el ejercicio de un derecho de libertad (derecho de sufragio) y 3) derechos de prestación que favorecen, mejoran promueven o facilitan el ejercicio de un derecho fundamental (artículo 9.2 de la Constitución)⁷. La libertad religiosa pertenecería a esta última categoría, tal como parece reconocer el propio Tribunal Constitucional en su [Sentencia 46/2001](#), de 15 de febrero: “el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (...) pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen

6 M. RODRÍGUEZ BLANCO, “Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa”, en Andrés Corsino Álvarez Cortina, Miguel Rodríguez Blanco (eds.) *La libertad religiosa en España: XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio (comentario a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, pp. 92-95.

7 F. J. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 114.

manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 L.O.L.R. y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 L.O.L.R.”

2.3. Contenido de la libertad religiosa

2.3.1. ¿Qué es una religión?

Es claro que este derecho fundamental tiene un objeto (otros preferirían hablar de un “contenido esencial”) y que ese objeto hace relación a unas determinadas actividades relativas a la religión. Los textos internacionales sobre la materia apuntan a un derecho con tres manifestaciones: derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Lo cual ha llevado a considerar que la libertad religiosa carece de individualidad propia, pues estaría comprendida dentro de un conjunto de fenómenos más amplios a los que se denomina creencias o conciencia.

No obstante, algunos estudiosos proponen una distinción entre las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, siguiendo dos posibles vías. Una primera atiende al objeto de cada una de esas libertades: la verdad (libertad de pensamiento), el bien (libertad de conciencia) y el acto de fe y su manifestación (libertad religiosa)⁸. Y una segunda vía atiende a las facetas espirituales de la persona humana: *homo rationalis* (libertad de pensamiento), *homo moralis* (libertad de conciencia) y *homo religiosus* (libertad religiosa)⁹.

En la práctica, la mayoría de manifestaciones (faceta positiva del derecho) que reconocen esos textos legales internacionales se refieren ante todo a la religión. Y puesto que se reconoce una libertad referida a la religión, ¿cómo protegerla adecuadamente, si no se sabe bien qué es?

En el ámbito internacional, la solución parece orientarse hacia una formulación amplia. Así, la **Observación General nº 22 al artículo 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos**, adoptada por el entonces Comité de los Derechos Humanos en 1993, afirma que “[e]l artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos ‘creencias’ y ‘religión’ deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones

8 P. J. VILADRICH, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1ª ed., Euns, Pamplona, 1980, p. 269.

9 R. DOMINGO, *God and the secular legal system*, Cambridge University Press, 2016, pp. 138-142.

tradicionales”. Ahora bien, enunciar de forma amplia lo que se protege no es lo mismo que decir lo que es la religión.

Para algún sector doctrinal, el Estado no puede definir qué sea lo religioso, aunque con ello pretenda reconocer y proteger un derecho de libertad como éste del que nos ocupamos. Y ello, porque la capacidad de definir es también la capacidad de negar la libertad religiosa¹⁰. Otros sectores doctrinales consideran que la necesidad de tener, al menos, una noción de religión es prácticamente inevitable¹¹.

Tal vez sea cierto que el derecho no debe enfrentarse a la definición de la religión, porque si el Estado adopta una definición —o incluso define la religión— podría menoscabar la libertad religiosa. Pero al encontrarse, sobre todo, con fenómenos asociativos o individuales que reclaman especial protección, el ordenamiento jurídico estatal se ve forzado a intentar una cierta identificación que conjugue adecuadamente los aspectos individuales y societarios con la prevención del fraude y reconducir cada realidad socio-jurídica al sector de protección que le corresponde. Esto sucede, por ejemplo, cuando los grupos religiosos se acogen a un régimen fiscal específico para ellos (cosa que sucede en Estados Unidos de América, por ejemplo) o cuando el ordenamiento jurídico otorga una personalidad jurídica-civil (cosa que sucede en España) que confiere una especie de “paraguas” de legitimidad o reconocimiento sociológico que los grupos de nueva implantación —religiosos o no— pretenden obtener para desarrollar sus actividades sin prejuicios sociales.

Varias han sido las tendencias que se han observado a lo largo del tiempo para intentar determinar qué es una religión en el Derecho estatal. Y así, durante un largo tiempo se ha considerado religión la creencia en Dios (concepción teísta). No ha sido tampoco infrecuente la aproximación fenomenológica, acudiendo a signos externos tales como la existencia de un credo sistemático, unos ritos, un culto oficial y un código moral (concepción institucional). Puesto que en algunos casos —señaladamente en el caso del budismo o de otros nuevos movimientos religiosos— las creencias religiosas podían resultar completamente nuevas en sus contenidos, o incluso ajenas a lo teístico, se ha llegado a admitir como religioso al grupo que guarda rasgos semejantes, en todo o en parte, con los grupos religiosos tradicionales o más conocidos (concepción analógica). Y, por último, cuando de lo que se trata es de extender exenciones o formas particulares de protección desde hipotéticos sujetos religiosos a individuos con creencias no necesariamente religiosas, intentado evitar así resultados discriminatorios, se sostiene que es religión la creencia sincera y significativa que ocupa en la vida de la persona un lugar de importancia semejante al

10 “The ability to define religion is the power to deny freedom of religion” (voto particular del Juez Brorby), en *United States v. Meyers*, 95 F.3d 1475 (1996).

11 S. FERRARI; I. C. IBÁN, *Derecho y religión en Europa occidental*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 39-43.

que ocupa Dios en la vida de los miembros de las religiones monoteístas tradicionales (concepción funcional).

El ordenamiento español no parece suscribir ninguna de las tendencias anteriores. En la práctica administrativa, durante un tiempo, las resoluciones de la Dirección General de Asuntos Religiosos acogieron el concepto de religión de los diccionarios de la lengua española. Por otro lado, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece: “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los religiosos”. Tal vez el artículo 3.2 muestre sencillamente una cuestión común a otros muchos problemas de definición en el Derecho: al legislador le resulta más sencillo señalar lo que no es una religión que definirla¹².

2.3.2. Manifestaciones de lo que se protege

La Ley Orgánica de Libertad religiosa en su artículo 2 realiza un elenco bastante completo de acciones protegidas. Lo mismo sucede respecto del artículo 6 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981. Uniendo ambos textos, y recordando la distinción que antes se hacía entre creencias, culto y actuación, podríamos sintetizar esas acciones o actividades así:

- a) Creencias: profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
- b) Culto: practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos; no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales; establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos; confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; observar días de descanso y festividades de conformidad con los preceptos de una religión o convicción.
- c) Actuación conforme a las creencias: elegir para sí, y para los menores no emancipados bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la

¹² J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, “Posición jurídica de las confesiones religiosas y de sus entidades en el ordenamiento jurídico español”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 550.

educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas; enseñar la religión o las convicciones; solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión a los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero; reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos.

3. Sujetos de la libertad religiosa

El artículo 16 de la Constitución española de 1978 reconoce la libertad religiosa sin limitación en cuanto a la titularidad. Es decir: no es un derecho reconocido exclusivamente a aquellos que tengan la ciudadanía española o comunitaria, cosa que no sucede con otros derechos fundamentales tales como el derecho de sufragio activo y pasivo, o el derecho de libre circulación. La razón de esta extensa titularidad es la mayor cercanía que tiene la libertad religiosa a la dignidad del hombre, que es fundamento y justificación de los derechos humanos.

En este punto es importante aclarar dos cuestiones discutidas. La primera relativa a la titularidad del derecho fundamental de libertad religiosa a las personas jurídicas o grupos sociales; la segunda, relativa a la titularidad del derecho por parte de los ateos.

Respecto de la primera de ellas, desde una perspectiva ideológica liberal se podría sostener que las personas jurídicas y los grupos sociales sin personalidad jurídica no pueden ser titulares de derechos humanos y, por ende, tampoco de derechos fundamentales, ya que por su propia naturaleza son derechos subjetivos que se predicen de las personas físicas, que son las que realmente pueden circular o moverse por un territorio, opinar y expresarse, creer en una religión, etc. Como mucho, los derechos fundamentales de las personas jurídicas y de los grupos sin personalidad jurídica son los de las personas físicas que los componen, respecto de los cuales esas entidades pueden ejercitar alguna representación.

Sin embargo, la opción adoptada por la Constitución española de 1978 no es la anterior. Reconoce la libertad religiosa “de los individuos y las comunidades”. No parece que lo haga estableciendo ninguna diferencia entre ambas titularidades (la individual y la colectiva). Además, la Ley Orgánica de Libertad religiosa reconoce derechos específicos a las “Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas”. Lo cual pone de manifiesto que los grupos religiosos constituyen realidades con un peso

organizativo y una vida que no dependen del Estado, que constituyen (al igual que la persona física) un *prius* para el Derecho. Desde el punto de vista técnico, podríamos concluir que el derecho de libertad religiosa es un derecho de titularidad y ejercicio individual y colectivo.

4. Límites de la libertad religiosa

Respecto de las restricciones a la libertad religiosa, es importante tener en cuenta que en ocasiones podemos encontrarnos con una legislación que, a simple vista, nada tiene que ver con la religión y que, sin embargo, en la práctica restringe el ejercicio de algún aspecto de la libertad religiosa. Por ejemplo: un organismo estatal establece que la carne destinada al consumo debe sacrificarse cumpliendo unas condiciones sanitarias aprobadas y unos requisitos de humanidad en el modo de dar muerte a los animales. Si no se cumplen esas condiciones, el sacrificio podría ser sancionado con multas. Hasta aquí no aparece la religión por ninguna parte. Sin embargo, esa legislación podría restringir la libertad religiosa de judíos y musulmanes, que tienen leyes rituales propias relativas al consumo de carne. De ahí que el artículo 6 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio establezca excepciones por motivos religiosos a los requisitos relativos al sacrificio de animales para el consumo.

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa¹³ establece que el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa “ tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.”

La moralidad pública se refiere a un mínimo de principios relativos a la conducta, normalmente protegidos tanto por el Derecho penal como por el administrativo, conectados con la protección de menores de edad y discapacitados, particularmente en lugares abiertos o públicos en general, respecto de la exposición a contenidos sexuales, violentos o denigrantes de la persona. Por ejemplo: la prostitución sagrada sería una práctica contraria a la moralidad pública.

La seguridad pública hace relación a la prevención de daños a bienes y personas frente a acciones violentas, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y/o de la intimidad de las personas, etc. En ocasiones, se ha considerado que los actos

13 Z. COMBALÍA SOLÍS, “Los límites de la libertad religiosa”, en *Tratado de derecho eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, pp. 469-510.

de culto ruidosos en horas de descanso para el vecindario, o la exhibición de serpientes venenosas por grupos religiosos pentecostales, es contrario a la seguridad pública.

La salud pública como límite de la libertad religiosa apunta a la primacía del derecho a la vida sobre el ejercicio de la religión, así como a la prevención de daños para la salud de la población. Algunos países entienden que la vacunación, ante la amenaza de epidemias, es obligatoria; otros países admiten excepciones, por motivos religiosos, a esta obligación.

Por último, los derechos de los demás es un límite claro: del ejercicio de la libertad religiosa no puede seguirse la infracción del derecho de otros.

5. Conflictos entre libertad religiosa y otros derechos fundamentales

5.1. Libertad religiosa versus libertad de expresión

El conflicto entre libertad religiosa y libertad de expresión, con motivo de las caricaturas de Mahoma (2006) en Dinamarca, no es jurídicamente tal. Cuando alguien ejerce su libertad de expresión, en una sociedad abierta, esto no impide que otros contradigan las opiniones o afirmaciones vertidas. Unos opinan y se expresan en un sentido, otros lo hacen en el sentido contrario, y todo ello se mueve en un marco de libertad que comporta para el Estado un deber de no interferencia. Téngase en cuenta además que la vertiente negativa del derecho de libertad de expresión comprende el derecho a callar, no el derecho a no oír¹⁴. Es evidente que la libertad de expresión pone el énfasis en el sujeto que se expresa; de ahí que una tendencia ciertamente preocupante consiste en hacer descansar la libertad no en el sujeto que se expresa y en lo que expresa (elemento objetivo), sino en el modo en el que se recibe lo expresado (elemento subjetivo): ambos elementos deben encontrarse en equilibrio, en el contexto social (y en el contexto global) en el que nos encontremos.

Por otro lado, no es menos cierto que el objeto protegido por la libertad religiosa (la libertad de tener, adoptar o cambiar una religión o unas creencias y manifestarlas exteriormente, en público o en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza) podría verse seriamente afectado por una expresión dañina. De alguna manera, la libertad de expresión que alcanza un grado ofensivo —ya sea a través de la fuerza de las palabras, ya sea a través de un discurso que incita a la violencia —estaría generando un efecto inhibitorio hacia el derecho de la persona a tener y a manifestar libremente la religión o las creencias. Se

¹⁴ M. TUNEHAG, *Religious Cartoons & Sermons on Homosexual Practice. Global Trends, Concerns and Recommendations Regarding Freedom of Speech & Religion*, 2007, p. 7, fecha de consulta 12 diciembre 2011, en <http://www.worldevangelicals.org/news/article.htm?id=1556>.

situaría entonces la religión y a las creencias en una posición de desigualdad respecto a otros tipos de discursos. Si bien es cierto que la propia esencia de la libertad religiosa no incluye o exige explícitamente la protección de los sentimientos religiosos de las personas, también lo es que “el ejercicio de la libertad de religión y creencia —ya sea por parte de las personas religiosas o no religiosas— requiere un clima de tolerancia y de respeto, libre de ataques que puedan de hecho retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación. (...) Un ambiente de agresividad verbal o de violencia no constituye ciertamente el hábitat más adecuado para el ejercicio de las libertades. Desde esta perspectiva, las agresiones a la religión no son intrínsecamente diversas de las agresiones por razón de sexo, la raza o el origen nacional”¹⁵. Las expresiones satíricas o provocativas pueden no estar protegidas por el derecho fundamental de libertad de expresión, como ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recientemente respecto de un espectáculo cómico en Francia con tintes anti-semitas y negacionistas¹⁶.

5.2. Libertad religiosa y no discriminación

En el ejercicio de la libertad religiosa, una comunidad o un conjunto de creyentes puede haber establecido unas reglas de funcionamiento que obedecen a pautas y justificaciones distintas de las habituales en el ámbito secular. Por ejemplo: hay grupos religiosos que restringen el acceso a la categoría de sacerdote a los varones o que, para la contratación de empleados o personas al servicio de las labores espirituales o materiales, exigen la pertenencia a dicha confesión o una conducta acorde con los principios morales del grupo. Este tipo de requisitos especiales forman parte de la libertad religiosa colectiva y se denomina “autonomía de los grupos religiosos”, es decir, el derecho de organizarse conforme a unas peculiares exigencias.

En condiciones normales, en el mercado de trabajo este tipo de requisitos (ser varón, o mujer, o profesar las mismas creencias, etc.) no serían admisibles por discriminatorias. Sin embargo, el Derecho occidental es consciente de la peculiaridad que presenta el ejercicio colectivo del derecho de libertad religiosa y, en consecuencia, establece cláusulas especiales que excluyen del carácter discriminatorio algunas prácticas laborales de los grupos religiosos. Así, la **Directiva 2000/78/CE del Consejo**, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prevé en su

15 J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, vol. 16, 1, 2008, p. 35.

16 FRANK CRANMER, “Article 10 ECHR does not protect anti-Semitic views: M’Bala M’Bala v France”, *Law & Religion UK*, 13 November 2015, fecha de consulta 6 octubre 2017, en <http://www.lawandreligionuk.com/2015/11/13/article-10-echr-does-not-protect-anti-semitic-views-mbala-mbala-v-france/>

artículo 4.2: “Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización.”

5.3. Libertad religiosa y protección de datos personales

En países de tradición católica, como España o Italia, algunos ciudadanos han solicitado la cancelación de sus datos de bautismo en los registros parroquiales de la Iglesia católica, o la anotación de su apostasía, entendiendo que son titulares de un derecho de cancelación o de modificación de datos especialmente protegidos, como es la adscripción religiosa, a tenor del **artículo 7** de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El Tribunal Supremo, en su **Sentencia 4646/2008**, de 19 de septiembre, sostuvo que los Libros de Bautismo no constituyen propiamente “ficheros” de datos a los efectos de la protección otorgada por la Ley Orgánica. En la práctica, el aparente conflicto entre la autonomía organizativa (parte de la libertad religiosa colectiva) de la Iglesia católica *versus* el deseo de abandonar todo contacto con la confesión religiosa (cuya vinculación objetiva generó el bautismo) se resuelve en el acto formal de abandono que, por tener un valor jurídico, debe cumplir un conjunto de requisitos precisos¹⁷.

¹⁷ J. OTADUY, “Iglesia católica y Ley española de protección de datos: falsos conflictos”, *Ius Canonicum*, vol. 48, 95, 2008, pp. 121-131.

Capítulo 7. Las objeciones de conciencia

1. Introducción

El Derecho presupone desobediencia e incumplimiento. Sin embargo, no todos los incumplimientos son iguales. Diferenciamos entre incumplimientos motivados por el egoísmo, la avaricia, la ira, las pasiones humanas en general, de aquellos otros incumplimientos paradójicamente causados por el amor a la justicia, por fidelidad a un orden normativo que se considera superior o, en definitiva, por coherencia con un bien que se presenta como imperativo a la propia conciencia.

La desobediencia al Derecho por motivos de conciencia es un marcador identitario constante en la civilización occidental. Desde la tragedia “*Antígona*” de Sófocles, pasando por el testimonio épico de los héroes Macabeos en la Biblia o el del Apóstol Pedro ante el Sanedrín judío en los primeros momentos del cristianismo (“Juzgad vosotros si es justo obedeceros a vosotros más que a Dios”, Hechos, 4:19), llegamos a la Edad Moderna, en la que el Lord Canciller de Inglaterra, el jurista Thomas More, fue condenado a muerte por negarse a acatar la Ley de Supremacía de Enrique VIII; More afirma antes de morir: “I die being the King's good servant —but God's first”. A comienzos del siglo XIX, el escritor norteamericano Henry David Thoreau se rebela contra el pago de impuestos para sufragar guerras y escribe su “Civil Disobedience”. En el siglo XX, Mohandas Gandhi, abogado de formación británica, logra la independencia de la India de la mano de la resistencia pasiva, empleando la desobediencia a las normas del imperio británico como muestra de la incoherencia del sistema político-jurídico. En los Estados Unidos de América, el reverendo Martin Luther King desafió las leyes y costumbres segregacionistas, particularmente arraigadas en los estados del Sur. Y no calificamos a estos personajes de la históricos como delincuentes; más bien, sus conductas despiertan en nosotros la admiración o, al menos, el respeto.

La objeción de conciencia es un subtipo de desobediencia al Derecho. Se han interesado por ella diversas ramas jurídicas: el Derecho constitucional (estudiando si la objeción de conciencia es un derecho fundamental o no), la Filosofía del Derecho (en el marco de las distintas patologías de desobediencia al Derecho) y el Derecho eclesiástico del Estado. La multiplicación de formas de objeción de conciencia va siendo tan relevante, con caracteres ciertamente peculiares cada una, que la doctrina ha entendido que debemos hablar de objeciones de conciencia, en plural¹.

El carácter religioso de la objeción de conciencia tiene de suyo cierta relevancia². Hay tres razones para entenderlo así. En primer lugar, estadísticamente las objeciones de conciencia de mayor diversificación presentadas por grupos minoritarios son de origen religioso. En segundo lugar, no es tampoco infrecuente que los mecanismos jurídicos formales de los que se sirven los ordenamientos jurídicos para aproximarse a los problemas planteados por los objetores religiosos sean precisamente las configuraciones legales y/o constitucionales de la libertad religiosa. En tercer y último lugar, debe tenerse en cuenta que uno de los elementos a los que habitualmente se atiende para la admisión jurídica de la objeción de conciencia es la autenticidad o sinceridad del objetor. Pues bien: precisamente en la objeción de conciencia de raíz religiosa el legislador o el juez pueden identificar objetivamente una prueba de sinceridad de los motivos del objetor a través de los contenidos rituales y axiológicos de la religión a la que el objetor pertenece³, siempre y cuando tales motivos se presenten como un deber moral ineludible.

Por otro lado, cuando Occidente ha avanzado en cotas de mayor libertad —y también de relativismo—, la objeción de conciencia ha cobrado una importancia particular. “La Modernidad secular, que es esencialmente pluralista, está necesitada de un mínimo fundamento para conseguir un máximo consenso”⁴. Así, por ejemplo, todos estamos de acuerdo en que el derecho a la vida es esencial en un país democrático, pero difícilmente conseguimos ir más allá: aborto, eutanasia, lesiones consentidas, etc. se plantean como excepciones al derecho a la vida, e incluso se afirma que son cuestiones de “la conciencia de cada uno”. Cuando sobre temas fundamentales no es posible llegar a un acuerdo (sobre todo, desde el momento en

1 R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, 2a ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 29.

2 M. ALBERT, “Convicciones religiosas y elecciones personales: derecho a la objeción de conciencia y autodeterminación individual en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, vol. 77, 2017.

3 J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, en Ignacio Sánchez Gargallo (ed.) *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 115; M. W. MCCONNELL, “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, pp. 1472-1473; M. WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona; Buenos Aires; México, 1998, p. 81.

4 M. RHONHEIMER, *Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja*, Rialp, Madrid, 2009, p. 192.

que los motivos religiosos se excluyen del debate público por considerarse “irracionales”), entonces parece que el último recurso es reconducir los reductos de la conciencia religiosa a la excepción representada por la objeción de conciencia⁵. De ahí que negar el reconocimiento de la objeción de conciencia termine siendo el peor de los síntomas de una democracia totalitaria.

2. Concepto y elementos

Sirva como definición descriptiva de objeción de conciencia la siguiente: comportamiento individual omisivo, basado en los motivos de conciencia y contrario a la norma jurídica estatal. Esta definición excluye posiciones maximalistas (toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas —no meramente psicológicas—, de contenido primordialmente religioso o ideológico⁶) y minimalistas (objeción de conciencia es sólo lo que el ordenamiento jurídico reconoce como tal, estableciendo un régimen de cumplimiento alternativo al deber normativamente impuesto). En la definición propuesta podemos encontrar sus principales elementos.

2.1. Comportamiento individual omisivo

La objeción de conciencia no es el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de un modo alternativo de cumplimiento de un deber normativo. Para el objetor es importante que se llegue a producir ese reconocimiento, pero las objeciones de conciencia no están limitadas a aquellos comportamientos admitidos o eximidos por el Derecho estatal. La objeción de conciencia no es una forma de exención del cumplimiento de la norma jurídica, sino una forma de desobediencia al Derecho con pretensiones de legitimidad.

La objeción de conciencia es un comportamiento del individuo, pues la conciencia —como juicio práctico de actuación— pertenece al individuo singular, no a una asociación o colectivo. En la práctica, sin embargo, se está produciendo una extensión de la objeción de conciencia como realidad atribuible a algunas personas jurídicas (objeción de conciencia institucional).

La objeción de conciencia se restringe normalmente a comportamientos omisivos, poco frecuentes, de baja peligrosidad social. Es decir: el objetor quiere eludir el comportamiento que el Derecho estatal exige o protege. A este respecto, el Tribunal Constitucional español, en su [Sentencia 154/2002](#), de 18 de julio, observa que “los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen

5 R. TRIGG, *Religion in Public Life: Must Faith be Privatized?*, Oxford University Press, 2007, pp. 68-69.

6 R. NAVARRO-VALLS; R. PALOMINO LOZANO, “Las objeciones de conciencia”, en Instituto Martín de Azpilcueta (ed.) *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 1095.

la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción.”

En razón del carácter omisivo, distinguimos la objeción de conciencia de otras figuras de desobediencia al Derecho⁷:

- a) La resistencia: desobediencia al Derecho con finalidad política u oposición colectiva de algunos sectores de la sociedad contra gobiernos ilegítimos.
- b) El derecho de resistencia: defensa del orden político-jurídico legítimamente establecido y que se considera, por tanto, justo.
- c) Desobediencia civil: comportamiento activo, no violento o pacífico, dirigido a la transformación del ordenamiento jurídico; también se entiende por desobediencia civil los actos ilegales, públicos, no violentos y conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes —al menos una—, programas o decisiones de gobierno. La desobediencia civil tiende a la desaparición de la norma jurídica y es de naturaleza política; la objeción de conciencia presupone la norma y sólo pide una excepción, es de carácter moral (no político), excepcional y privado.

2.2. Basado en motivos de conciencia

Basado en el juicio individual acerca de la bondad o maldad de un acto determinado a partir de un código axiológico o ético de raíz filosófica, ideológica o religiosa.

El individuo debe tener el convencimiento de que, al observar la conducta que la norma le exige, se sigue un mal personal que atenta contra sus profundas convicciones, contra su propia dignidad o contra instancias superiores de obediencia. Por esto ve necesario seguir el juicio de la conciencia antes que cumplir la norma, aun cuando ésta dispare el mecanismo represivo o le prive de un beneficio.

Es frecuente que —por razones de economía normativa o de equiparación formal— se regule bajo el mismo título de objeción de conciencia la libertad de conciencia y la libertad ideológica; es decir, a efectos prácticos se equiparan los motivos religiosos y los filosóficos en ciertas formas de objeción de conciencia⁸.

Por otro lado, la objeción de conciencia se distingue de la objeción de ciencia, que es la actuación omisiva, basada en motivos técnicos, respecto de una práctica normativamente impuesta a un profesional⁹.

7 F. FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 10-28.

8 J. HERVADA, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984, p. 35, fecha de consulta 15 julio 2015, en <http://hdl.handle.net/10171/12442>.

9 J. L. GUZMÁN, *¿Qué es la objeción de conciencia?*, Eunsa, Pamplona, 2011, pp. 91-95.

2.3. Contrario a la norma jurídica estatal

La objeción de conciencia se plantea “no ante una ley que simplemente se considera injusta, sino ante un precepto que impone cometer la injusticia”¹⁰. El conflicto conciencia-ley se plantea no solo de forma directa, es decir, frente a lo que la norma exige, sino también indirectamente: (i) contrario a lo que determina un contrato o una relación particular, normativamente protegidos; (ii) omisión por motivos de conciencia de las actuaciones o comportamientos (cargas modales) que exige el Derecho para obtener un resultado ventajoso o un determinado beneficio.

2.4. Clases de objeción de conciencia

Dentro de la noción, se distinguen varios tipos de objeción de conciencia en general:

- a) Objeción sobrevenida: aquélla que se plantea con posterioridad al comienzo de la relación jurídica-base a la que se opone objeción de conciencia.
- b) Objeción indirecta: lo es al comportamiento o carga exigidos como condición para la obtención de un beneficio.
- c) Objeción absoluta: aquella que lo es a cualquier comportamiento posible dentro del deber normativa o contractualmente exigido.
- d) Objeción selectiva: aquella que lo es sólo a un tipo de comportamientos posibles dentro del deber normativa o contractualmente exigido.
- e) *Secundum legem*: la que tiene una regulación legal previa que puede originar opciones de conciencia (poder jurar o prometer el cargo oficial) y cláusulas de conciencia (regulaciones específicas a las que se acoge un profesional para eludir actuaciones impuestas contrarias a la propia conciencia).
- f) *Contra legem*: la que carece de dicha regulación legal previa.

3. Fundamento y tratamiento jurídico de la objeción de conciencia

La inicial respuesta del ordenamiento jurídico estatal a la conducta omisiva antijurídica es la sanción. Sin embargo, es probable que el ordenamiento no active el mecanismo represivo por entender que la calidad de los motivos del objetor, unida precisamente al carácter del comportamiento (omisivo, hemos dicho, y en consecuencia de baja peligrosidad social), autoriza una excepción a la ley general. Dicha excepción puede expresarse a través de una exención al cumplimiento del

¹⁰ D. DE BEDOYA AZORÍN, “Consideraciones sobre la libertad de conciencia y la primavera árabe”, *Conciencia y Libertad*, vol. 21, 2012, p. 93.

deber o de la norma, una opción alternativa de cumplimiento o una acomodación o adaptación razonable que conjugue los intereses implicados.

Además, es elemento común a todas las objeciones de conciencia una reclamación o una pretensión fundada en la libertad de conciencia que se ve restringida o lesionada, de forma intencionada o no intencionada, por una norma o por una situación amparada normativamente, de forma que se coloca al individuo en una situación merecedora de sanción o en una situación de clara desventaja respecto de aquellos ciudadanos que no presentan objeción alguna al comportamiento requerido. ¿Debe el Derecho del Estado, en determinadas circunstancias, adaptarse, generar una “adaptación” jurídica para quienes rehúsan por motivos de conciencia cumplir un deber legal?¹¹

La respuesta que se dé a esa pregunta debe tener en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, al igual que se señalaba en relación con la libertad religiosa, es conveniente desterrar el prejuicio de que solo una legislación que se diseña directamente contra la libertad de conciencia es merecedora del reproche jurídico y constitucional. Las lesiones a la libertad de conciencia difícilmente pueden predecirse legislativamente en toda su extensión, ya que la ley está pensada para la generalidad. Además, las leyes llamadas habitualmente “neutrales” no son tan neutrales, pues el legítimo fin secular no garantiza necesariamente y en todo caso dicha neutralidad¹², sobre todo si atendemos a los efectos “colaterales” que la normativa puede producir, y que el concepto de “discriminación indirecta”, tan importante hoy en día, nos ha hecho descubrir.

Unido a lo anterior, en segundo lugar, el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia no pasa siempre y necesariamente por establecer cauces legislativos (cláusulas de conciencia, reglas de excepción al deber normativo general, etc.) En el fondo, la protección de la objeción de conciencia viene exigida por los textos constitucionales de muchos países en los que se consagra el reconocimiento de la libertad de conciencia. No obstante, en los supuestos estadísticamente más frecuentes de objeción de conciencia, o en los que su tratamiento exige tener en cuenta factores que afectan a otros, puede establecerse el oportuno cauce regulativo, que por supuesto no estará exento de la oportuna revisión constitucional, en su caso, a la luz del reconocimiento de la libertad de conciencia y del principio de no discriminación. También parece fuera de duda que los instrumentos normativos de carácter acordado o concordado resultan eficaces con el fin de prevenir —mediante cláusulas de exención o reglas particulares— futuras formas de objeción

¹¹ J. MACLURE; C. TAYLOR, *Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, pp. 87-131.

¹² J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, cit., p. 109.

de conciencia. Ésta es precisamente la vocación radical de los Acuerdos de cooperación del Estado español con las minorías religiosas, del año 1992¹³. Por otro lado, también ha sido un elemento constante los Acuerdos o Concordatos firmados entre la Santa Sede y los Estados dotar de un “paraguas de protección” a las objeciones de conciencia del tipo del sigilo o secreto de confesión¹⁴, a las objeciones de conciencia derivadas del calendario laboral o a las relativas a la biotecnología y a la práctica del aborto¹⁵.

En tercer lugar, parece también necesario subrayar que las objeciones de conciencia no se encuentran limitadas a los motivos religiosos, si bien en algunos casos los motivos religiosos serían los únicos concebibles en relación con la conducta que se rechaza¹⁶. La pertenencia a un colectivo religioso, que defiende una determinada posición moral respecto de la conducta exigida, como ya se señaló anteriormente, no es sino un indicio de la sinceridad del objetor, elemento de capital importancia para determinar si realmente hay derecho a la exención y para evitar un posible fraude de ley.

Y en cuarto lugar, el elemento quizá más importante en las consideraciones que vengo haciendo. Si la objeción de conciencia no es sino “el nombre que recibe la libertad de conciencia cuando se halla en situaciones de conflicto con un deber jurídico”¹⁷, lo normal sería que estableciéramos como punto de partida el examen jurídico de la legitimidad de las restricciones de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad de conciencia. Se entiende por restricciones a los derechos fundamentales el establecimiento de “cualesquiera medidas, de carácter general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad del derecho”¹⁸. Estas restricciones o límites externos de los derechos fundamentales y libertades públicas quedan sometidos a unas reglas básicas de contención. Reglas que aparecen en ocasiones ya enunciadas en los propios textos normativos, como es el caso del artículo 9.2 del

13 Z. COMBALÍA SOLÍS, “La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en María J. Roca (ed.) *Opciones de Conciencia: Propuestas para una ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 83-88.

14 R. PALOMINO LOZANO, “La protección jurídica del secreto ministerial a través de los concordatos”, en María Blanco, Beatriz Castillo, José A Fuentes, Miguel Sánchez-Lasheras (eds.) *Ius et Iura. Escritos de Derecho eclesástico y de Derecho canónico en honor del Profesor Juan Fornés*, Comares. Universidad de Navarra, Granada, 2010.

15 R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Protecting Conscientious Objection as a Fundamental Right. Considerations on the Draft Agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with Other Registered Churches”, en Michaela Moravčíková, *Ustav pre vzťahy štátu a cirkví* (eds.) *Výhrada vo svedomí = Conscientious objection*, Ustav pre vzťahy štátu a cirkví = Institute for State-Church Relations, Bratislava, 2007, pp. 585-591.

16 J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 79, 1991, p. 207.

17 L. PRIETO SANCHÍS, “Estado Laico y Educación en valores”, en Santiago Catalá (ed.) *Sistema Educativo y Libertad de Conciencia*, Alderabán, Madrid, 2009, p. 37.

18 L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 103.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. A mayor abundancia, la jurisprudencia constitucional de algunos países europeos ha establecido unos criterios para establecer la legitimidad de las limitaciones al derecho de libertad de conciencia. Lo cual significa, una vez más, la aplicación del juicio o examen de proporcionalidad.

4. Objeción de conciencia y deberes cívicos

Para algún sector doctrinal, éste es el campo propio de las objeciones de conciencia, aquél donde encontramos un deber general que afecta a todos los ciudadanos contrapuesto frontalmente a un imperativo de conciencia que prescribe omitir ese deber general. Haciendo abstracción del modo como se presentan estos deberes en el texto constitucional y cuál es su configuración formal en el ordenamiento jurídico¹⁹, veamos algunas de las objeciones de conciencia más comunes frente a los deberes cívicos.

4.1. Objeción de conciencia militar

La doctrina académica otorga una especial posición a la objeción de conciencia al servicio militar. La razón de esta primacía se explica porque, históricamente, ha sido la primera en regularse legislativamente, incluso constitucionalmente: es el caso del **artículo 30.2** de la Constitución española.

Suele definirse como la negativa a cumplir la obligación legal que impone el servicio militar obligatorio o la participación en una guerra a través del reclutamiento forzoso. Esta negativa encuentra su base en la alegación de motivos de conciencia que impiden al sujeto cumplir la obligación impuesta por la norma estatal. Los problemas en los que ramifica son: objeción de conciencia sobrevenida (de ciudadanos reclutados, o también de profesionales o semi-profesionales), objeción de conciencia selectiva (al servicio armado y a las guerras consideradas intrínsecamente injustas) y objeción de conciencia al servicio civil (que en ocasiones se confunde con la insumisión).

El **artículo 30** de la Constitución española de 1978 estableció el derecho y deber de los españoles de defender a España; correlativamente, anuncia la regulación legal de la objeción de conciencia militar, garantizada de forma especial por el **artículo 53**. El desarrollo histórico legislativo comprendía la **Ley 22/1998, de 6 de julio, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria**, completada por el **Real Decreto 700/1999, de 30 de abril**, por el que se aprobaba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria. Tras diversas etapas, el desarrollo legislativo quedó cerrado con la

19 F. RUBIO LLORENTE, "Los deberes constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 62, 2001.

Disposición Adicional Decimotercera de la **Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas** (que determina que a partir del 31 de diciembre del año 2002 queda suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, derogada) y el **Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo**, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar al 31 de diciembre de 2001. La Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, establece que en la incorporación de reservistas obligatorios (artículo 163) se respetará el derecho a la objeción de conciencia, al admitirla con la simple declaración de los interesados, por lo que en caso de una incorporación obligatoria serán asignados a organizaciones con fines de interés general en las que no se requiera el empleo de armas (artículo 180). Tal previsión legal se desarrolla en el **artículo 54** del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas.

Si atendemos a la experiencia de países de nuestro entorno jurídico-político, cabe pensar que el futuro de la objeción militar en España apunta sólo a la posibilidad de que surjan supuestos de objeción sobrevenida a la prestación de servicios en las fuerzas armadas profesionales.

4.2. Objeción de conciencia fiscal

Consiste en la pretensión del impago de aquella parte de las tasas o tributos debidos al Estado o a otras organizaciones de Derecho público que —según cálculos financieros— corresponden a la financiación de actividades contrarias a la conciencia de algunos contribuyentes. La forma más conocida es la que reduce el impuesto sobre la renta de las personas físicas en la medida correspondiente al porcentaje que el Estado destina a los gastos militares, de defensa o sanitarios. Normalmente los llamados objetores fiscales plantean como alternativa destinar a otros fines, compatibles con su conciencia, la cantidad que inicialmente se niegan a pagar. Junto a actuaciones individuales o colectivas de objeción basadas en movimientos pacifistas, sin clara significación religiosa, también los adeptos a ciertas confesiones religiosas suelen plantear esta pretensión omisiva o sustitutiva (cuáqueros, menonitas y baptistas alemanes).

Detallemos dos iniciativas surgidas en Estados Unidos e Italia. En 2017 se presentó al Congreso norteamericano un proyecto de ley (**Religious Freedom Peace Tax Fund Act**), heredero de otros anteriores, que pretendía la creación de un fondo federal receptor de los pagos sustitutorios de los objetores de conciencia a los gastos de defensa. Por su parte, en 1989 se presentó ante el Parlamento italiano (con el apoyo de 80 diputados) un proyecto de ley que prevé la posibilidad de que en la declaración de la renta los contribuyentes puedan optar entre contribuir a los gastos de defensa armada o destinar parte de su débito fiscal a la defensa civil no violenta.

No obstante, la jurisprudencia estadounidense y la italiana han rechazado, por ahora, casi todas las pretensiones de objeción de conciencia fiscal.

El artículo 31 de la Constitución española de 1978 establece el deber de todos de contribuir a los gastos públicos. La objeción de conciencia fiscal en el Derecho español se han planteado tanto ante los Tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional (Auto 71/1993, de 1 de marzo). Las pretensiones conocidas por nuestra jurisprudencia han tenido un común denominador: se trata de contribuyentes que, en la autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y con expresa reserva de objeción de conciencia, deducen de la cuota líquida una determinada cantidad, disconformes con su contribución al sostenimiento de los gastos militares. Normalmente, el cauce normativo alegado son los artículos 16.1 y 30.2 de la Constitución española de 1978. La jurisprudencia, para rechazar estas pretensiones, ha utilizado los siguientes argumentos:

- a) El problema de la objeción fiscal es una cuestión política, cuya resolución corresponde a las Cortes Generales.
- b) Sin el oportuno reconocimiento legal, tal objeción no puede ejercerse ni siquiera al amparo del derecho de libertad ideológica o de conciencia, que por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o sub-constitucionales por motivos de conciencia.
- c) No cabe tampoco la adopción por los contribuyentes de fórmulas alternativas a su deber impositivo (es decir, indicar el destino de una parte de la cuota líquida), ya que esto supondría la quiebra del principio de no-afectación proclamado en diferentes preceptos de nuestro vigente ordenamiento jurídico.

4.3. Objeción de conciencia al jurado

La objeción de conciencia a formar parte del jurado ha sido acogida por los ordenamientos jurídicos de tradición angloamericana, quizá porque en ellos la institución del jurado se encuentra instaurada desde mucho tiempo atrás y ha sido necesario atender al problema de quienes han rehusado el deber cívico del jurado por motivos de conciencia. Y es que no ha sido infrecuente que algunos ciudadanos entiendan que es contrario a sus convicciones intervenir en los juicios, o bien por una interpretación rigurosa del pasaje bíblico en el que se ordena “No juzguéis y no seréis juzgados” (Lc. 6:37), o bien por entender que el oficio de juzgar está reservado a personas escogidas por Dios.

La Constitución española de 1978 recoge en su artículo 125 —como reflejo del principio recogido en el artículo 117 según el cual la justicia emana del pueblo— la

participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado. La regulación del Tribunal del Jurado llegó mucho después, por medio de la *Ley Orgánica 5/1995*, de 22 de mayo. Esta ley no recoge previsión explícita sobre el problema de la objeción de conciencia, salvo que pueda entenderse comprendida en el *artículo 12.7* ("Podrán excusarse para actuar como jurado: [...] Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado"). La *Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1999*, de 29 de noviembre, no llega a pronunciarse sobre la legitimidad de la objeción de conciencia al jurado en España, sino que establece que el mero hecho de ser incluido en la lista para ser jurado sin ser específicamente seleccionado para ello no vulnera los derechos reconocidos en la Constitución. La doctrina que ha estudiado el tema aconseja la modificación del artículo 12 de la Ley para incluir la objeción de conciencia "siempre que sea posible cerciorarse de la sinceridad de las convicciones religiosas o éticas alegadas"²⁰.

4.4. Objeción de conciencia y elecciones

Para hacer efectivas las previsiones del *artículo 23.1* de la Constitución española de 1978 la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General* regula el sistema electoral. Dicha Ley establece el deber cívico de formar parte de las mesas electorales en calidad de Presidente y Vocales; respecto de ellos, el *artículo 143* de la Ley establece que "El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses". A lo largo de los años, se han producido varias condenas penales de Testigos de Jehová que, por motivos religiosos, no acudieron a desempeñar sus deberes como miembros de mesas electorales.

La *Instrucción 6/2011, de 28 de abril, de la Junta Electoral Central*, de interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sobre impedimentos y excusas justificadas para los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales, establece que la Junta Electoral de Zona podrá valorar como causa personal que justifique la excusa del miembro designado de una mesa electoral la pertenencia a confesiones o comunidades religiosas en las que el ideario o el régimen de clausura resulten contrarios o incompatibles con la participación en una mesa electoral. La Instrucción exige que el interesado acredite dicha pertenencia y si no fuera conocido por notoriedad deberá justificar los motivos de objeción o de incompatibilidad.

²⁰ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "Ley del Jurado y objeción de conciencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 16, 48, 1996, pp. 139-140.

5. Objeción de conciencia y vida humana

5.1. Objeción de conciencia al aborto

Es la negativa a ejecutar o cooperar directa o indirectamente en la realización de prácticas abortivas. Negativa motivada por la convicción de que tal proceder constituye una grave infracción de la ley moral, de los usos deontológicos o, en el caso del creyente, de la norma religiosa. Normalmente la actitud abstencionista suelen plantearla miembros del personal médico o paramédico cuando, por razón de su oficio, vienen requeridos para ejecutar o colaborar en la realización de abortos legales. La medicalización del aborto a través de la denominada “píldora del día después” ha significado también la extensión de esta forma de objeción de conciencia a los profesionales farmacéuticos.

Es el campo de la cooperación indirecta donde el conflicto se plantea con mayor energía. En Estados Unidos, en los casos *Haring v. Blumenthal* (1979) y *Tramm v. Porter Memorial Hospital* (1989) el litigio se resuelve a través del principio de no-discriminación en el empleo. En Italia algunos jueces cuestionaron la constitucionalidad de la ley de aborto al no prever que los jueces se abstengan de decidir —por motivos de conciencia— en los supuestos en que vienen llamados por la ley a suplir con su consentimiento la petición de interrupción del embarazo solicitada por las menores de edad. En Bélgica surgieron complejos problemas de orden constitucional al negarse el rey Balduino a sancionar con su firma la ley de aborto aprobada por el Parlamento, aduciendo razones de conciencia. En Francia algunos farmacéuticos alegaron objeción de conciencia para no dispensar la píldora abortiva R.U. 486. Este tema, en la actualidad, es una cuestión extendida a otros muchos países.

En España, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985*, de 11 de abril abordaba el tema en estos términos: “(...) por lo que se refiere a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida por el Art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su *artículo 19.2* establece que “[l]os profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de

interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito”. En la [Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2014](#), de 25 de septiembre, se estableció que no son contrarios a la libertad ideológica y al derecho a la intimidad los registros autonómicos de profesionales sanitarios objetores al aborto. Posteriormente, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015](#), de 25 de junio, declaró contraria al artículo 16.1 de la Constitución la penalización de la objeción de conciencia farmacéutica a los productos con efectos abortivos.

La objeción de conciencia al aborto goza de una doble protección o engarce constitucional: la otorgada por la Constitución española a la vida, y la que se sigue de la propia objeción de conciencia. Por otra parte, el ejercicio de la deontología médica también apoya la cláusula de conciencia, ya que el objetivo de la profesión médica es salvar vidas.

Algunos autores se plantean la necesidad de un servicio alternativo, o bien la inaplicabilidad de la cláusula de conciencia en caso de urgencia. A este respecto, es preciso tener en cuenta que la obligación de organizar los servicios médicos abortivos recae sobre los entes hospitalarios y no sobre los objetores considerados como personas singulares. En caso de colisión entre el derecho de la madre gestante a la utilización de los mecanismos que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado o gravado por el hecho de su objeción, prevalece éste último, precisamente porque goza de una protección constitucional con especial cobertura y, en principio, diversa de la protección constitucional de la que disfruta el objetor de conciencia al servicio militar.

5.2. Objeción de conciencia y tratamientos médicos

En estos supuestos, nos encontramos con el rechazo, por motivos de conciencia, de tratamientos médicos, para sí mismo o para sujetos jurídicamente dependientes del sujeto objetor.

Su análisis no puede ceñirse a la sola perspectiva de la libertad religiosa y de conciencia. Entran en juego otros derechos, tales como el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho que corresponde a los padres en relación con la educación y modos de vida de los hijos. Al producirse una objeción de conciencia en ese ámbito, esos derechos deben armonizarse con dos intereses públicos de primer orden: el interés del Estado en preservar la vida y la salud de sus ciudadanos, y el interés en mantener la integridad ética de la profesión médica, cuyo objeto es procurar la salud de quienes se confían a su cuidado.

Del derecho comparado se extrae esta posible clasificación de supuestos²¹:

- a) Tratamiento médico en sujeto mayor de edad (tratamientos salvíficos o en situación de vida o muerte):
 - i. Sujeto con capacidad judicialmente completada o con pérdida de facultades. Se ha de estar al juicio emitido antes de entrar en esta situación; se intenta descubrir cuál hubiera sido ese juicio, o bien el Estado asume la tutela —en favor de la vida— de esa persona.
 - ii. Sujeto en pleno uso de sus facultades y capaz:
 - Sin menores dependientes: o bien se ha aplicado la doctrina del “falso conflicto”²², o bien se ha respetado hasta el final la decisión, al entender que no hay *intentio sese occidendi*.
 - Con menores dependientes: normalmente se impone el tratamiento médico salvífico, al estimar que se produce un perjuicio grave en el futuro de los menores dependientes, por los que el Estado tiene el deber de velar.
- b) Tratamiento médico en menor de edad:
 - i. Aspectos civiles: es decir, la imposición de un tratamiento médico en el menor de edad contra la voluntad de los padres o tutores, retirando por tanto con carácter temporal la custodia o la patria potestad a los mismos. Debemos distinguir:
 - Tratamientos salvíficos o situaciones de vida o muerte: los tribunales y leyes no dudan en retirar la patria potestad o la custodia temporalmente, si la situación de peligro para la vida es inminente.
 - Tratamientos no salvíficos: los criterios no son uniformes. Habrá que estar a la necesidad del tratamiento, sus características, las repercusiones en el ámbito familiar y en el futuro desarrollo de la vida

21 K. GREENAWALT, “Objections in Conscience to Medical Procedures: Does Religion Make a Difference”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2006, 2006; M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS; R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho Comparado y Derecho Español”, *Persona y Derecho*, 18, 1988.

22 La teoría del “falso conflicto” entiende que, en el caso de prestaciones o actuaciones de carácter personal, el Estado puede realizar la prestación o conducta en lugar del objetor, de forma que no quede gravada la conciencia de éste. Así, por ejemplo, en el caso de la objeción fiscal, el Estado puede embargar de la cuenta bancaria del objetor la cantidad que no tributó; o en el caso de la objeción de conciencia a tratamientos médicos, el juez puede ordenar al médico la hemotransfusión cuando el objetor ha perdido el conocimiento. En consecuencia, defiende esta teoría, el conflicto es solo aparente: basta “puentear” la voluntad del objetor para lograr el objetivo que se pretende. J. M. CLARK, “Guidelines for the Free Exercise Clause”, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1969, pp. 347-348.

del menor... Se suele también tomar en cuenta la opinión del menor, si éste puede emitirla.

- ii. Aspectos penales: Nos planteamos aquí la responsabilidad criminal de los padres cuando su negativa, por razones de conciencia, ha producido la muerte del hijo necesitado de tratamiento médico. La jurisprudencia italiana ha contestado afirmativamente respecto de dicha responsabilidad. Por su parte, la jurisprudencia norteamericana durante un cierto tiempo adoptó una posición ambigua ante estos supuestos: los tribunales sostenían que las creencias religiosas no generan causas de exculpación criminal y, simultáneamente, se mostraban reacios a condenar a los padres objetores que, aun infringiendo las leyes penales por motivos de convicción moral, facilitaban a sus hijos todos los medios de curación que su conciencia les permitía. Esta posición ambigua ha dado paso a otra de firme condena.

En el Derecho español, la normativa básica sobre esta cuestión remite a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En su **artículo 2** la ley establece dos principios: (i) el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles; (ii) todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. La expresión de la voluntad del paciente a favor de un tratamiento médico se verifica jurídicamente a través del consentimiento informado (**artículo 8**).

Las “instrucciones previas” del **artículo 11** de la misma Ley son también relevantes respecto a la objeción de conciencia a tratamientos médicos. Recordemos que el documento de instrucciones previas es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla, en el momento en que no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Sin embargo, resulta importante subrayar que, conforme a la Ley que se reseña aquí, no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, o las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. Por tanto, la oposición a un tratamiento médico por parte del paciente no siempre conduce inevitablemente a la inacción por parte del personal médico.

La jurisprudencia española ha analizado la responsabilidad del juez que ordena, ante la negativa de un adulto capaz o de los padres de un menor, la aplicación de un tratamiento hemotransfusional. El Auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978 determina que es válida la actuación de un juez que autoriza transfusión de sangre a una menor en peligro de muerte. El Tribunal Supremo, en Auto de 22 de diciembre de 1983, señala igualmente válida la actuación de un juez permitiendo la transfusión de sangre a un mayor de edad contra el consentimiento de su cónyuge, entendiendo que la salud es límite del ejercicio de la libertad religiosa.

Igualmente, resulta relevante la **Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002**, de 18 de julio, sobre condena de los padres por homicidio en caso de fallecimiento de menor de edad a su cargo. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: “la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias”.

La afirmación del Tribunal Constitucional debe completarse, a efectos prácticos, con la actuación que para estos supuestos prevé la **Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado**, conforme a la cual:

- a) Si un menor de edad maduro (de 16 y 17 años que no tenga su capacidad judicialmente completada, el menor emancipado y el menor de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tenga suficiente madurez para consentir) se niega a la transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma, el médico podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención.
- b) Si un menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el problema al Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que, si concurre una situación de urgencia, pueda sin autorización judicial llevar a cabo la intervención, amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
- c) Si un menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen, no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que

debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

- d) Si los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud, el médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

6. Objeción de conciencia y relaciones laborales

En el marco de las relaciones laborales se han planteado conflictos entre la realización una determinada actividad y los principios religiosos de quien viene obligado a ella. Los principales supuestos que aquí han de estudiarse son los derivados de negativas a la realización de trabajos en días declarados festivos por la propia religión.

A diferencia de otras objeciones de conciencia, en las que el motivo desencadenante del conflicto puede ser tanto ideológico, deontológico o filosófico como estrictamente religioso, los supuestos a los que ahora nos referimos tienen su base en directas y casi exclusivas motivaciones religiosas. Han sido planteados, fundamentalmente, por adeptos a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, Testigos de Jehová, Judíos ortodoxos y fieles de otras minorías que adoptan el sábado como día de descanso en todos los órdenes.

Por un lado, situamos aquí los supuestos históricos en los que el calendario laboral establece como obligatorio un día de descanso y cierre comercial (*Sunday Blue Laws*), lo cual perjudica a los seguidores de las religiones cuyo día festivo no coincide con el del país. La cuestión también surgió en España, con motivo de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985*, de 13 de febrero. El Tribunal Constitucional se pregunta “si el descanso semanal, instituido, por lo general, en un período que comprende el domingo, tiene o no una conceptualización religiosa que pueda hacer cuestionable que la Ley establezca un régimen favorable para unos creyentes y desfavorable para otros, partiendo de que la libertad religiosa comporta, en aplicación del principio de igualdad, el tratamiento paritario de las distintas confesiones”; y contesta del siguiente modo: “Que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que

tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, (...) si comprende el 'domingo' como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición".

Por otro lado, situamos aquí la objeción de conciencia al calendario, consistente en la negativa del trabajador a desempeñar tareas a las que viene obligado contractualmente en el día festivo de su religión. De suyo, tal conducta omisiva es incumplimiento contractual, y ésta sería la perspectiva principal que guio en su decisión al Tribunal Constitucional en la Sentencia anterior. Sin embargo, en esta materia, se ha producido un importante cambio en virtud de los **Acuerdos de cooperación con las minorías religiosas de 1992**. El artículo 12 de los tres Acuerdos establece dos líneas de actuación normativa, bien diferentes entre sí. Por una parte, una línea de compromiso estable del Estado para respetar el calendario religioso de los ciudadanos que pertenezcan a las Federaciones firmantes en lo que se refiere a la educación (exámenes, asistencias) en centros educativos de titularidad estatal y de iniciativa social concertados, así como a las oposiciones, exámenes o pruebas selectivas para el ingreso en las Administraciones públicas²³. Por otra parte, una línea débil de compromiso, consistente en remitir al hipotético acuerdo entre empresario y trabajador el respeto de los días festivos religiosos de este último. ¿Cuáles deben ser los márgenes de dicho acuerdo? El Derecho de algunos países apunta generalmente a que la acomodación razonable del empresario tiene como límite el perjuicio económico que pudiera sufrir éste. Pero en nuestro Derecho no se ha producido todavía ninguna indicación relevante al respecto.

7. Otras formas de objeción de conciencia

Describir todas las objeciones de conciencia conocidas excede el propósito de este Capítulo. Necesariamente quedaría fuera la objeción de conciencia a los juramentos promisorios, o a los contenidos educativos, entre otros, con el fin de respetar la brevedad del Manual. Se resumen a continuación dos tipos genéricos de objeción de conciencia, poco frecuentes, pero significativos.

7.1. Normas administrativas

A medida que la regulación administrativa estatal va invadiendo nuevas áreas de la vida diaria de los ciudadanos, es normal que se produzca mayores puntos de colisión con las regulaciones, tradiciones y costumbres religiosas. El despliegue de un **eruv** en las barriadas de judíos ortodoxos, con la posible contravención de las normas

²³ Sobre exámenes, oposiciones y pruebas selectivas, el Tribunal Supremo confirmó el contenido del Acuerdo de cooperación con la FEREDe en su Sentencia 3533/2015 de 6 de julio.

urbanísticas; la circulación de los **carros de tracción animal de los Amish** por carreteras de alta velocidad sin triángulos reflectantes, el rechazo de algunos grupos religiosos a que se utilice una serie de números como **código de identificación personal**, son algunos ejemplos gráficos de ese tipo de colisiones. En algunos casos, este rechazo a la regulación estatal conlleva que no se puedan cumplir los requisitos administrativos necesarios para obtener un beneficio, una documentación, etc. De forma indirecta, una regulación aparentemente neutral, que nada tiene que ver con la conciencia o con la religión, está haciendo más gravoso el derecho al libre ejercicio de la religión o las convicciones.

7.2. Empleados públicos y jueces

El despliegue de las previsiones normativas requiere con frecuencia creciente el concurso de la acción estatal; ésta —a su vez— el de personas al servicio del Estado. La cuestión es: ¿qué sucede cuando la previsión normativa es contraria a la conciencia de esas personas, ya sean jueces, funcionarios o personal contratado al servicio de las Administraciones públicas? ¿Son esas personas meros “ejecutores” instrumentales, y sin voluntad propia, del Derecho del Estado?

Respecto de las objeciones de conciencia al matrimonio de personas del mismo sexo²⁴, ésta afecta a no sólo a los jueces, sino también a los alcaldes o concejales. Recordemos que según la modificación del Código Civil en esta materia, en conexión con la **Instrucción de 26 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros y de Notariado**, los alcaldes intervienen en la celebración de matrimonios civiles, bien cuando no hay en el municipio juez encargado del Registro Civil o cuando los mismos contrayentes lo eligen en sustitución del juez. Diferenciaremos, pues, jueces de alcaldes, en relación con el tema (que, por otro lado, se está planteando **en otros países europeos**).

Para los jueces que actúan en este caso como funcionarios del Estado cabe una serie de alternativas²⁵: reconocimiento legal expreso, causa de abstención, delegar en un juez de paz la celebración de un matrimonio homosexual y reparto del trabajo de manera que celebren esos matrimonios los que no tengan óbice moral. El Tribunal Supremo, en su **Sentencia 3059/2009**, de 11 de mayo, sostiene la imposibilidad de objeción de conciencia por parte de los jueces: “no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención,

24 R. NAVARRO-VALLS, “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Persona y Derecho*, 53, 2005, pp. 259-292.

25 J. L. R. REQUERO IBÁÑEZ, “La objeción de conciencia por los jueces”, en María J. Roca (ed.) *Opciones de conciencia: propuestas para una Ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 199-203.

precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan — independencia, imparcialidad, responsabilidad— en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa”. De esta sentencia, la doctrina ha advertido que adolece de los mismos defectos e incongruencias que las sentencias del mismo órgano relativas a la objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía²⁶.

Respecto a los alcaldes o concejales la situación no es estrictamente la misma: son cargos políticos a los que se pone en acto su competencia cuando no hay en el municipio juez encargado del Registro Civil o cuando los mismos contrayentes lo eligen por encima del juez. Tendrían derecho, por razones de conciencia, a rechazar la celebración de la unión homosexual solicitada; este rechazo no significa una indefensión para los que reclaman el matrimonio, ya que siempre cabe la posibilidad de que celebre la unión el concejal en quien delegue el alcalde.

26 Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 21, 2009, p. 15.

Capítulo 8. Simbología religiosa

1. Introducción

Desde hace algunos años la simbología de carácter religioso ha sido un tema de actualidad en los países de nuestro entorno. El Derecho se ha encontrado con un filón de interesantes y polémicos problemas prácticos a nivel nacional, regional e internacional. La complejidad de la materia, la disparidad de supuestos que se han planteado (y se plantearán), la importancia del estudio comparativo en este complejo tema, permiten afirmar que estamos ante una especialidad de estudio jurídico académico.

Tres factores han incrementado la importancia de la simbología religiosa en el Derecho. El primero de esos factores es la mayor visibilidad de los símbolos religiosos en el espacio público¹. En las sociedades diversas, los símbolos religiosos juegan un papel muy especial en la dinámica identitaria. El segundo factor viene representado por la tensión a la que se ve sometido el modelo de Estado occidental, una partida jugada en dos tableros (el de la presión laicista y el de las demandas multiculturales) que arroja un resultado falseado: por un lado, utilizando el principio de laicidad se proscriben signos y referencias a las religiones tradicionales europeas; por otro lado, en virtud de la diversidad multicultural, se aceptan de forma indiscutida las simbologías y especificidades de otras religiones para las cuales la laicidad es del todo irrelevante². En tercer lugar, el factor inmigración suele considerarse un elemento determinante³: Occidente se ha convertido en el punto de llegada de

1 F. AMÉRIGO; D. PELAYO, *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, Fundación Alternativas, 2013, p. 5.

2 C. CARDIA, *Le sfide della laicità: etica, multiculturalismo, islam*, San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 2007, p. 181.

3 B. ALÁEZ CORRAL; J. J. RUIZ RUIZ, *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 13.

personas que, por motivos normalmente laborales, arriban pertrechados de culturas, identidades y religiones diferentes.

2. Concepto y clases de símbolos religiosos

Etimológicamente, en castellano, **símbolo** es un “elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc.” Todo símbolo se incardina en una cultura. La distinta procedencia cultural del emisor o portador del símbolo respecto del observador o perceptor del mismo puede interferir en la intelección del significado. Para un norteamericano de los estados del sur, por ejemplo, una persona ataviada con capirote y túnica blanca es un miembro del Ku Klux Klan; para un español, es un nazareno miembro de una cofradía penitencial que procesiona en Semana Santa.

En la determinación del significado religioso del símbolo, la doctrina académica atiende preferentemente a la apreciación objetiva o social común (el horizonte de significado social) y/o a la estimación subjetiva o individual del sujeto creyente.

Evans parece partidario de dar preponderancia al criterio subjetivo: a los efectos de la protección jurídica por parte del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la cuestión crucial es si la persona que porta el símbolo manifiesta así su religión o creencia al vestirlo o exhibirlo⁴. Este criterio de la apreciación subjetiva responde a una perspectiva específica, cual es el conflicto que pueden plantear los símbolos personales. Sin embargo, respecto de los símbolos institucionales no resultaría totalmente satisfactoria, pues de entrada siempre y en cualquier caso otorgaría protección a la libertad religiosa negativa del sujeto pasivo que se confronta con el símbolo.

Por el contrario, Areces Piñol se manifiesta partidaria de la prioridad del significado objetivo, al entender que “[t]odo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo, por lo tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos que siempre es social”⁵.

4 M. D. EVANS, *Manual on the wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Council of Europe Pub., Strasbourg, 2009, pp. 65-68.

5 M. T. ARECES PIÑOL, “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 26, 2011, p. 19.

Aláez, por su parte, apunta a esa intersección o mezcla de criterios subjetivos y objetivos para determinar el carácter religioso de un símbolo. Ninguno de los dos, en su opinión, puede resultar decisivo. “[S]i la democracia constitucional tiene como razón de ser garantizar a través de los derechos fundamentales las expectativas de la minoría contra las decisiones de la mayoría, la religiosidad del símbolo hay que valorarla a partir de una mixtura del criterio subjetivo y del objetivo, es decir, a partir de un criterio subjetivo cuya razonabilidad es controlada objetivamente por el Estado, porque lo relevante es lo que presuma razonablemente la persona que utiliza el símbolo, ni siquiera la organización o grupo religioso al que cada individuo pueda pertenecer. (...) El punto de equilibrio se puede alcanzar (...) si al ciudadano se le exige (1) un nivel mínimo de coherencia moral e intelectual al afirmar la religiosidad del símbolo y (2) la existencia para él de una seria y razonada vinculación de ese símbolo con las preguntas o cuestiones últimas acerca de la existencia humana”⁶.

En definitiva, el significado resulta de una especie de diálogo entre el creyente, la comunidad o grupo religioso al que pertenece, y la sociedad en general. El significado es producto de las relaciones interpersonales. El criterio subjetivo (del portador y el perceptor) y el criterio objetivo (del contexto social y cultural) tienen necesariamente que combinarse, a la luz de los derechos y valores que están en juego.

Los dos elementos jurídicos entre los que bascula la cuestión de la simbología religiosa son la neutralidad ideológica del Estado y la libertad religiosa. Respecto de la neutralidad del Estado, atendemos al carácter institucional del símbolo; y respecto de la libertad religiosa, al carácter personal del mismo.

El símbolo personal es, como su nombre indica, aquel que se incorpora a las personas, en calidad de vestuario, atuendo o adorno. El símbolo institucional es aquel elemento material o moral que se incorpora al Estado, o en entidades u organismos dependientes de él, como medios de expresión de diversas cualidades (identidad, origen, cultura, objetivos, etc.), o aquel que identifica a una institución y la diferencia de las demás⁷.

3. Los símbolos institucionales

La presencia de los símbolos religiosos institucionales se vincula al espacio público. El espacio público no comprende solo lo abierto o accesible a todos, sino también lugares relacionados con el Estado. Al referirnos aquí al Estado distinguimos dos facetas. Una vinculada al Estado-estructura, es decir, al conjunto de órganos de gobierno de un país soberano. Y otra relativa al Estado-comunidad, es decir, al grupo

⁶ B. ALÁEZ CORRAL; J. J. RUIZ RUIZ, *Democracia constitucional y prohibición del velo*, cit., pp. 25-27.

⁷ F. AMÉRIGO; D. PELAYO, *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, cit., p. 12.

social organizado políticamente. Es evidente que el principio de neutralidad afecta de modo más intenso a la primera acepción (Estado-estructura) que a la segunda (Estado-grupo social) o, dicho de otro modo, se exige la neutralidad del Estado-estructura con el fin de que los ciudadanos vean garantizado el disfrute de sus derechos fundamentales de libertad religiosa e ideológica⁸.

El espacio público europeo se configura según tres posibles tendencias⁹. La primera admite que la religión mayoritaria tenga una presencia predominante en el espacio público, pues se considera que refleja los principios y valores compartidos por la sociedad en general (caso de Italia). La segunda tendencia entiende que la identidad nacional no puede ser garantizada por ninguna religión, ya que ninguna posee la autoridad para servir como factor de cohesión; la ciudadanía estatal sólo se puede edificar en torno a creencias o principios seculares (libertad, igualdad, tolerancia, democracia) que deben ser asumidos por los individuos y grupos con independencia de su raza o credo (el caso de Francia resulta paradigmático). Una tercera y última tendencia es más flexible, puesto que deja un cierto margen para rediseñar el espacio público de forma que refleje la diversidad social, en el respeto a los derechos fundamentales y al principio de no-discriminación, lo cual sitúa a este modelo en una permanente revisión (Reino Unido es ejemplo de esta tendencia).

Respecto de la legitimidad de símbolos religiosos institucionales, los principios jurídicos aplicables para orientar la solución adecuada a cada caso pueden ser sintetizados en los siguientes¹⁰. En primer lugar, el principio del respeto a las minorías, que pueden considerarse lesionadas y/o marginadas por un símbolo religioso cultural e históricamente aceptado por la mayoría de la población. En segundo lugar, el principio de respeto al criterio democrático de la mayoría adoptado conforme al procedimiento legalmente establecido; es decir, si la mayoría adopta un símbolo religioso en un espacio público, su criterio debe respetarse, siempre que no suponga obligar a las minorías a abandonar sus propias convicciones. En tercer lugar, el principio de respeto al criterio histórico-cultural: si el símbolo institucional tiene una índole artística y/o histórica predominante, debe respetarse su presencia.

Estos principios admiten variables y grados, habida cuenta de la dificultad que entraña aplicar una regla apriorística allí donde el contexto (geográfico, humano, y un largo etcétera) propone un marco peculiar de análisis.

8 J. MACLURE, *Political Secularism: A Sketch*, RECODE – Responding to Complex Diversity in Europe and Canada, Helsinki, Finland, 2013, p. 3, fecha de consulta 4 noviembre 2013, .

9 RELIGARE, "Policy Brief. The Place of Religion and Belief in Public Spaces across the EU: Policy Dilemmas and Recommendations on Religious Symbols and Dress Codes", *Policy Brief*, 2013, p. 2, fecha de consulta 1 abril 2016, en http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE_WP5_POLICY%20BRIEF_March2013-1.pdf.

10 M. T. ARECES PIÑOL, "¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?", cit., pp. 117-118.

3.1. Símbolos institucionales en la vía pública

La vía pública consiste en el espacio abierto a todos sin permiso especial de nadie, con acceso permanente e incondicional (caminos, calles, carreteras, plazas, etc.)¹¹ La simbología religiosa “estática” en la vía pública (un “cruceiro” en una plaza de Galicia, una imagen del santo patrón, etc.) no resultaría lesiva allí donde no quepa atribuirle una declaración por parte del Estado-estructura: se entiende que el símbolo religioso está contextualizado en un ámbito histórico o de identidad nacional. El tal sentido, parece que es habitual vivir el principio del respeto histórico y cultural. Dependiendo del contexto de cada país, la erección de determinados monumentos o símbolos de carácter religioso por parte de los ciudadanos a costa de su propio patrimonio —y no el del Estado— no resulta reprochable. La excepción a la flexibilidad adaptada al contexto, suscribiendo una tendencia de estricta asepsia, corresponde a Francia: recordemos que el artículo 28 de la *Ley de Separación de 1905* prohíbe para el futuro colocar símbolos o emblemas religiosos en monumentos públicos, a excepción de los que se sitúen en edificios destinados al culto, cementerios, monumentos funerarios y museos o exposiciones. La cuestión ha sido tratada por el Consejo de Estado francés en una decisión de 25 de octubre de 2017, *Fédération morbihannaise de la Libre Pensée et autres*, nº. 396990.

3.2. Símbolos institucionales y edificios públicos

3.2.1. Elementos externos de los edificios públicos

No pocos edificios en los que se realizan funciones propias del Estado, o que son de su propiedad, tienen en sus portones, fachadas, tejados, cúpulas, pináculos, etc. símbolos religiosos. Se trata de edificios con un origen religioso directo o indirecto que con el paso del tiempo —y con procesos desamortizadores por medio— han cambiado de manos y de uso.

En principio, el hecho de que dichos edificios hayan pasado a propiedad o uso del Estado no infringe la neutralidad del Estado, en la medida en que del uso o propiedad de un edificio con valor artístico e histórico no se deduce la adopción por parte del Estado de una confesión religiosa como oficial o la confusión de las funciones estatales y las religiosas. Lo contrario, evidentemente, conduciría o bien al abandono de las posibilidades de aprovechamiento que proporciona el abundante patrimonio histórico-artístico de un país (con su consiguiente degradación en no pocos casos) o a una perpetua operación de “talibanismo” que mutile o despoje esos inmuebles de sus símbolos religiosos de valor artístico.

¹¹ A. CASTRO JOVER, *Vía pública y libertad religiosa*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2013, p. 7.

3.2.2. Elementos internos de los edificios públicos

Distinto resulta el análisis jurídico que merecen los símbolos religiosos situados dentro de un edificio público. En primer lugar, el tratamiento de la cuestión depende del tipo de actividad que se desarrolle en dicho espacio. “No es lo mismo, en otras palabras, la sede de un tribunal o un parlamento que un colegio o un hospital públicos. Los primeros constituyen una expresión material y visible de los poderes del Estado, mientras que los segundos son públicos, digámoslo así, «por accidente», en el sentido de que la enseñanza y la sanidad no son funciones privativas del Estado, y en consecuencia admiten probablemente una mayor flexibilidad por lo que se refiere a la acomodación de símbolos religiosos que responden a la particular historia o sensibilidad de una sociedad.”¹² Las actividades realizadas de forma exclusiva por el Estado (la defensa, la administración de justicia, la tributación, la seguridad ciudadana, por poner unos ejemplos) inducirían a confusión en caso de que fueran presididas por un símbolo religioso. Un ejemplo entre muchos: el **artículo 117** de la Constitución española establece que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey. La atmósfera ambiental de un juzgado pondría en entredicho la neutralidad del Estado en caso de que determinados símbolos llevaran a concluir lo contrario, es decir, si la sala de vistas no estuviera presidida por el retrato del monarca, o si la bandera de España fuese sustituida por la **Jolly Roger** de los navíos piratas.

En Italia, la objeción de un juez al crucifijo en la sala de vistas se resuelve en una doble dirección: por un lado, el respeto a la libertad de conciencia conlleva la adaptación a las objeciones personales presentadas por el juez; por otro lado, la defensa de la neutralidad no requiere la desaparición del símbolo religioso de las salas de los juzgados¹³. No resulta determinante la libertad religiosa negativa, o la libertad de conciencia, del letrado para el **Tribunal Constitucional de Perú**, respecto de la presencia del crucifijo y de la biblia en los juzgados: “En efecto, no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación para el recurrente (de adoración o veneración, por ejemplo), cuyo cumplimiento afecte su conciencia y podría dar lugar a que plantee una objeción de conciencia, que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de defender (...) Tal supuesto de coacción, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa, lo que sin embargo y como

12 R. NAVARRO-VALLS; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 374.

13 Corte di Cassazione - Sezioni Unite Sentenza - 14 marzo 2011, n. 5924; Consiglio Superiore della Magistratura - Ordinanza - 23 novembre 2006; Corte Costituzionale - Ordinanza - 24 marzo 2006, n. 127; Tribunale Amministrativo - Sentenza - 22 marzo 2006, n. 94. C. PANARA, “Another Defeat for the Principle of Secularism: Recent Developments on the Display of the Crucifix in Italian Courtrooms”, *Religion and Human Rights*, vol. 6, 3, 2011.

reiteramos, no sucede ni se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada a nuestra historia y a nuestras costumbres.”

El peso de la historia (y la decisión mayoritaria de la propia corporación) resultó determinante para la permanencia del crucifijo en el Salón de plenos del Ayuntamiento de Zaragoza. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su Sentencia 623/2012, de 6 de noviembre de 2012, señala expresamente: “nos encontramos ante un principio de aconfesionalidad del Estado en el sentido de aconfesionalidad o laicidad positiva partiendo de una declaración de neutralidad en ámbito de la libertad religiosa. Principio que, establecido en Constituciones europeas, no se ha interpretado en el sentido de eliminación de cualquier simbología religiosa en toda clase de centros e instituciones públicas y al margen de las circunstancias históricas y las condiciones particulares concurrentes en cada caso.”

La configuración del derecho fundamental de libertad religiosa que exige de los poderes públicos facilitar el ejercicio del mismo en determinadas condiciones especiales, conduce a la posibilidad de que en edificios destinados al uso público se encuentren dependencias (capillas y lugares de culto) en las cuales hay símbolos religiosos. “La presencia de símbolos religiosos institucionales en aquellas partes de los edificios públicos destinadas al culto privado no es contraria al principio de laicidad. Siempre que nadie se vea obligado a asistir a aquellos espacios y su exhibición sólo se produzca ante aquellas personas que elijan libremente utilizar ese servicio.”¹⁴

En este apartado sobre los edificios públicos tiene particular interés la escuela estatal. Sobre los crucifijos en las aulas de los colegios del Estado, el antecedente europeo más destacado vino representado por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre los crucifijos en Baviera, que estuvo seguida de un movimiento legislativo dirigido a conjugar de modo flexible la presencia del símbolo religioso con la libertad de conciencia de la comunidad escolar. En España, esa flexibilidad de criterios opta por el principio del respeto a las minorías, como se pone de manifiesto en la Sentencia 3250/2009, de 14 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. En 2011, el Tribunal Constitucional austriaco confirmó en su Sentencia de 9 de marzo de 2011 la compatibilidad del crucifijo en las aulas de un Kindergarten con el Convenio Europeo de Derechos Humanos; el Tribunal estimó que la interpretación del símbolo no es única y que no se veía conculcada la libertad de los padres y de los alumnos para tener o no tener unas creencias, o para rechazar un símbolo religioso. No obstante, a nivel internacional todo el protagonismo del tema fue acaparado por el caso *Lautsi II*, ante el Tribunal Europeo de Derechos

¹⁴ F. AMÉRIGO; D. PELAYO, *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, cit., p. 57.

Humanos, que decidió la compatibilidad del crucifijo en las escuelas estatales italianas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No son pocos los autores que proponen una solución basada no tanto en la proscripción de los símbolos religiosos en la escuela de titularidad pública, impuesta desde la legislación (propuesta italiana) o desde la jurisprudencia (propuesta alemana), cuanto en el debate y en el acuerdo —atendiendo a las circunstancias específicas (demográficas, físicas, etc.) de cada centro educativo¹⁵—, o la fijación de una pauta a partir del principio democrático de la mayoría¹⁶ en los órganos de gobierno de la institución de que se trate. En definitiva: no recurrir a una legislación universal y omnicomprensiva.

3.3. Edificios privados en los que se ejercitan funciones públicas

En supuestos puntuales, algunas funciones públicas se desarrollan en edificios de titularidad privada, de tal manera que la actividad desarrollada se puede poner en conexión ideológica con la ubicación de dicha actividad. Así sucede en los procesos electorales (elecciones generales, autonómicas, municipales, europeas...), que requieren para su desarrollo el empleo de centros de enseñanza en los que se exhiben símbolos religiosos institucionales. En España, un **Acuerdo de la Junta Electoral Central de 9 de junio de 2004** desestimó un recurso en el que se solicitaba la retirada de todos los símbolos religiosos de los locales que utilicen los colegios electorales, por cuanto la Junta tenía “reiteradamente acordado que los colegios que se utilicen como Colegios Electorales no tienen obligación de hacer desaparecer u ocultar los elementos que habitualmente se encuentran en dichos colegios y que no sean deliberadamente colocados el mismo día de la votación con el fin de realizar campaña electoral.”

4. Símbolos religiosos personales

4.1. Símbolos religiosos personales en la vía pública

El uso de la vía pública para fines individuales o colectivos es perfectamente legítimo y está protegido por los derechos fundamentales de reunión y manifestación. Aquí el uso de lo público (naturalmente también para fines religiosos,

15 F. CORTESE, “The Lautsi Case: A Comment from Italy”, *Religion and Human Rights*, vol. 6, 3, 2011, p. 230; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa”, *Ius Canonicum*, vol. 54, 2014, p. 135; G. PUPPINCK, “The case of Lautsi v. Italy: a Synthesis”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 2012, 3, 2012, p. 873; L. ZUCCA, “Crucifix in the Classroom: The Best Solution to the Lautsi Case”, *SSRN eLibrary*, 2010, pp. 4-5, fecha de consulta 7 enero 2013, en <http://ssrn.com/paper=1667496>.

16 M. T. ARECES PIÑOL, “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?”, cit., pp. 15-16.

como una procesión o un acto de culto) no pone en tela de juicio la neutralidad del Estado ni hace peligrar una democracia aconfesional: por el contrario, refuerza su sentido o función. No obstante lo anterior, desde una perspectiva comparada, la neutralización del espacio público frente a los ciudadanos podría constituir un objetivo estatal preponderante en un Estado laico. Por ello, podría decirse que la simbología religiosa personal en la vía pública se mueve entre dos extremos —uno permisivo, el otro restrictivo— representados por dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La primera de ellas decidió el caso **Ahmet Arslan contra Turquía** a favor de unos demandantes que portaban símbolos religiosos en la vía pública. En esta sentencia hay al menos dos elementos para destacar. El primero, que los demandantes eran simples ciudadanos, no funcionarios. Y el segundo, que dichos demandantes se encontraban precisamente en la calle, en las plazas de la ciudad, no dentro de un edificio público.

La segunda de las sentencias —que representa el “otro extremo”— enfrentaba al Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el difícil asunto de la Ley francesa de prohibición de ocultamiento del rostro en el espacio público, del año 2010. En esta ocasión (**caso S.A.S. contra Francia**) el Tribunal de Estrasburgo entiende que prevalecen los derechos y las libertades de los demás, en la medida en la que la prohibición del ocultamiento del rostro pretende garantizar las condiciones básicas de la convivencia cívica, y que la medida resulta proporcionada en razón del margen de apreciación nacional.

Respecto a la cuestión de si la prohibición **del burqa y el niqab** en la vía pública debe regularse o no mediante una legislación común o especial, cabe concluir que el debate se encuentra abierto y que la tendencia hacia un modelo o hacia otro depende en gran medida del contexto jurídico, político o ideológico. Como se ha afirmado, “el velo integral plantea un problema más ficticio que real. Una vez que se hubiera discernido entre el burka voluntario y el impuesto —y no sería difícil ajustar un castigo para esto último, como ante un delito de coacciones, por ejemplo, sin necesidad de leyes especiales—, nos encontraríamos con que la realidad del velo integral es casi anecdótica, incluso en aquellos países que han dispuesto prohibiciones contra su uso (...) las actuaciones contra el velo integral que están brotando en los ordenamientos jurídicos occidentales nacen de un objetivo común: acabar con aquello que simboliza todo lo que el sistema rechaza por amenazador, pero sin entrar decididamente en el caso concreto, en las razones personales, en los derechos individuales, en las creencias religiosas, que son lo que realmente han decidido a una mujer a cubrirse por completo.”¹⁷

17 Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 2013, pp. 44-45.

4.2. Símbolos religiosos personales en espacios de seguridad

La seguridad puede ser determinante para restringir el uso de símbolos religiosos personales en el acceso al transporte subterráneo, a las aeronaves, o para pasar controles en algunos recintos.

También se ha limitado, por motivos de seguridad y de identificación, el uso legítimo de símbolos religiosos personales en dependencias oficiales (al menos en España es cada vez más frecuente). “Pero la posibilidad de estos controles no implica una prohibición general de cubrirse el rostro en todo espacio público y lugar, sino únicamente la obligación de descubrirse para la identificación cuando la persona sea requerida en un control de identidad necesario para el cumplimiento de las funciones que las leyes encomiendan a los cuerpos y fuerzas de seguridad, es decir, parciales prohibiciones de uso de velo integral en ciertos contextos.”¹⁸

El Ayuntamiento de Lérida aprobó en 2010 una Ordenanza municipal de civismo y convivencia conforme a la cual se prohíbe el acceso a dependencias municipales a las personas que vistan “velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas”. El Tribunal Supremo, en su [Sentencia 693/2013](#), de 14 de febrero, entiende que estamos ante un problema competencial relativo a la reserva legal en la limitación de derechos fundamentales, por lo que prospera el recurso contra esa ordenanza por ser contraria a la Constitución, si bien permanece intacta la modificación de artículo 21 del Reglamento de Servicio de Transportes de Lérida, relativo a la identificación de los usuarios del transporte público.

4.3. Símbolos religiosos de los estudiantes en establecimientos educativos estatales

En relación con la simbología personal, el tratamiento jurídico otorgable en los establecimientos educativos estatales resulta muy variado, porque los regímenes de los países democráticos en materia de derechos educativos también lo son. El escenario que plantea la escuela francesa (santuario republicano¹⁹) como vehículo de formación del ciudadano laico, es totalmente distinto del que presenta el Reino Unido, donde rige el pluralismo interno y externo.

¹⁸ B. ALÁEZ CORRAL; J. J. RUIZ RUIZ, *Democracia constitucional y prohibición del velo*, cit., p. 99.

¹⁹ R. C. SALOMONE, “Laïcité in France. Contemporary Issues Panel Discussion”, *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 49, 1, 2010, p. 79.

4.3.1. Enseñanza básica y media

En nuestro entorno geo-jurídico, la educación en los niveles elementales o básicos se configura como derecho-deber, lo cual puede situar al discente de la escuela de titularidad estatal en una posición similar, si no idéntica, a la de quienes se encuentran en una situación administrativa de sujeción especial. Esto significa que el ejercicio y protección de los derechos fundamentales se encuentra modalizado y/o limitado en razón de los fines pretendidos por el Estado a través de la actividad que desarrolla.

Al desempeñar la función educativa, el Estado mantiene (o pretende mantener) como criterio o principio de actuación la neutralidad ideológico-religiosa. Conviene recordar que la neutralidad constituye un principio de carácter instrumental o de actuación²⁰, al servicio del pleno disfrute de la libertad religiosa e ideológica de todos. Pero podría suceder que la neutralidad, sin perder su carácter instrumental, se trasladara desde el Estado-aparato al Estado-comunidad, decidiendo no solo la neutralidad de la formación impartida por el Estado sino también la neutralidad en la apariencia de todos los miembros de la comunidad escolar.

Estas consideraciones permiten entender el amplio abanico de posiciones en las que se ha situado la limitación o permisión los de símbolos religiosos de los alumnos en la escuela. El caso británico planteado por la alumna **Sabina Begum** (sobre la admisibilidad de una vestimenta alternativa al uniforme ya aprobado para alumnas musulmanas) muestra, a lo largo de todo su recorrido judicial, las distintas perspectivas de análisis del mismo conflicto en un entorno escolar que promueve la acomodación a la realidad pluricultural. El criterio de las alternativas de escolarización para Sabina Begum en centros en los que no existiera restricción en el uso de símbolos tuvo sin duda cierto peso, como lo tuvo en España el caso de 2010 en Madrid, donde la alternativa fue entre un reglamento escolar interno restrictivo y neutral (no se admiten prendas de cabeza) y la escolarización en un centro sin restricciones²¹. El caso Begum, a su vez, condicionó el *affaire* británico del “anillo de castidad”, contrario al reglamento interno del colegio: la sentencia en el **caso Playfoot**, del año 2007, fue contraria a las pretensiones de respeto a la simbología de la alumna.

La limitación más congruente de la simbología religiosa de los alumnos en la escuela pública se deriva del ejercicio del derecho a la educación de los demás estudiantes y del normal desarrollo de las actividades escolares. Es decir: si el símbolo

20 J. MACLURE, *Political Secularism: A Sketch*, cit., pp. 3, 6.

21 I. M. BRIONES MARTÍNEZ, “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 10, 2009, pp. 54-57; S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Nuevos desarrollos en materia de simbología religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010, pp. 3-5.

personal no impide aprender a los demás, no les coacciona, ni distorsiona la actividad educativa, lo lógico sería su admisión.

4.3.2. Enseñanza superior

En el ámbito universitario la neutralidad religiosa e ideológica estatal imponen restricciones menos intensas que en la escuela. El régimen común de los límites generales a los derechos fundamentales resultaría idóneo para abordar los hipotéticos problemas, allí donde la simbología religiosa individual interfiriera el normal desarrollo de la actividad académica.

La excepción a la irrelevancia de los símbolos religiosos personales en la universidad viene representada precisamente por una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el caso **Leyla Şahin contra Turquía**, de 10 de noviembre de 2005, que planteaba la compatibilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos con la prohibición del pañuelo islámico a una alumna de medicina. El principio de laicidad del país demandado resultó decisivo en la decisión desfavorable a la estudiante. En sentido contrario se pronunció el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en un supuesto semejante (**Raihon Hudoyberganova contra Uzbekistán**), decidido poco antes que el caso Şahin. Unos años más tarde, **el parlamento turco decidió levantar la prohibición del velo** en las universidades del país.

4.4. Símbolos personales de los funcionarios

¿Por qué debe prohibirse a los funcionarios públicos el vestuario religioso al realizar funciones propias del cargo? La razón comúnmente ofrecida ha sido que, al realizar esas funciones o trabajos, el funcionario o empleado público representa al Estado y está al servicio de todos los ciudadanos, con independencia de la religión o la cultura a la que pertenezcan, desempeñando su función de forma imparcial. La apariencia externa no debería interferir en este servicio.

Sin embargo en un país de corte separatista como Estados Unidos de América, las **Orientaciones o Principios sobre práctica religiosa y expresión religiosa en puestos de trabajo federales de 1997** establecen que, incluso en los lugares de trabajo abiertos al público, no está prohibida toda expresión personal religiosa de los empleados públicos. En concreto, les está permitido emplear símbolos religiosos (objetos de bisutería o joyas) en ausencia de circunstancias especiales (como motivos de seguridad) que pudieran requerir una prohibición extendida también a todo tipo de objetos no religiosos. Los empleados públicos también pueden tener a la vista objetos religiosos artísticos y publicaciones religiosas en la misma medida en que pueden tener otro tipo de representaciones artísticas o literatura no religiosa,

siempre que el público al que atienden pueda razonablemente concluir que esa expresión religiosa corresponde al empleado y no al Estado.

Turquía, a partir de 2013, **cambió su postura prohibicionista** del velo islámico en el funcionariado femenino.

4.5. Símbolos religiosos personales en el ejército y la policía

La justificación del uso del uniforme en las Fuerzas Armadas resulta de una combinación de factores específicos que guarda relación con la neutralidad del Estado o, sobre todo, con el hecho de que el uniforme pone de manifiesto la subordinación de la identidad personal o de las preferencias de cada uno a la misión del grupo armado.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, que se mostraba flexible a la religión en otros ámbitos, no admitió una excepción a la uniformidad en el ejército en el caso *Goldman v. Weinberger*, del año 1986, sobre la inconstitucionalidad de la normativa sobre uniformidad militar aplicable a un oficial judío que fue sancionado por vestir bajo la gorra de plato la **kipá o yarmulke**. Posteriormente, la *National Defense Authorization Act* para 1988 estableció una regulación favorable a los símbolos religiosos personales. Y en 2014 el Departamento de Defensa norteamericano revisó su política de adaptación o acomodación a las prácticas religiosas en el ejército.

El contexto que presenta el ejército puede ser distinto del que ofrecen las fuerzas y cuerpos de seguridad. Salvo situaciones excepcionales, estos empleados públicos (normalmente policías) actúan también con uniformidad, lo que permite la pronta identificación por parte de los ciudadanos, fomenta el espíritu de cuerpo de la institución y ofrece una garantía de imparcialidad en la prestación del servicio de seguridad. La decisión de inadmisión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas *Riley v. Canada*, del año 2002, hizo notar a la comunidad internacional que el Reglamento de la Policía Montada del Canadá establecía una excepción genérica por motivos religiosos a la uniformidad de sus miembros.

4.6. Símbolos religiosos personales de los profesores en establecimientos educativos del Estado

En materia de simbología religiosa de los docentes en los niveles educativos básicos y/o obligatorios, la línea de máxima viene representada por el **caso Dahlab**, de 2001, en el que se estima congruente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos la prohibición del velo islámico de una profesora de educación primaria en Suiza. La neutralidad escolar, unida al margen de apreciación de las autoridades nacionales a la hora de proteger a los menores y a sus padres respecto del posible

impacto de la simbología religiosa personal, justifica la decisión adoptada. Distinta fue la apreciación del supuesto en el **caso Ludin, del Tribunal Constitucional alemán**, relativo al uso de velo islámico por parte de una candidata al puesto de profesora: el Tribunal entiende que no hay base legislativa suficiente para establecer una prohibición de mostrar la identidad religiosa. La sentencia provocó un intenso movimiento legislativo en algunos Länder para acometer, en diversas direcciones, la cuestión de los símbolos religiosos personales del profesorado. Y precisamente una **Sentencia posterior del Tribunal Constitucional alemán, de 27 de enero de 2015**, recaída sobre un recurso de amparo contra la normativa escolar de Renania del Norte-Westfalia, vendría a someter a control constitucional las consecuencias de aquel movimiento legislativo posterior al caso Ludin²². En concreto, el tribunal de Karlsruhe estima que limitación de la libertad religiosa de las docentes musulmanas establecida por la legislación estatal resultaba desproporcionada.

En general, para tratar adecuadamente la simbología personal de los profesores se debe atender a cuestiones prácticas, en lugar de centrar la cuestión exclusivamente en el principio de neutralidad escolar, evaluando el impacto que el símbolo personal del docente genera en la tarea pedagógica que desempeña. Así, en el Reino Unido la Sentencia en el **caso Azmi** de 2007 subraya la importancia del lenguaje gestual facial de la profesora en el desempeño de su trabajo, estableciendo para el caso concreto que no hubo discriminación alguna al suspender a la profesora en su empleo.

4.7. Símbolos religiosos personales en los tribunales de justicia

La administración de justicia es un área de actuación del Estado especialmente sensible. Del modo como se presentan los distintos intervinientes depende “la dignidad y solemnidad de los actos judiciales” que “compromete, en buena medida, el debido respeto a los ciudadanos y a la función que ejercen Jueces y Magistrados.”²³

No es una cuestión de respeto y solemnidad exclusivamente. La apariencia con la que se presentan Jueces, Magistrados y Fiscales transmite también visualmente un mensaje de imparcialidad. Constituye un complemento a las garantías del juicio justo.

Sin perjuicio de lo anterior, una sociedad democrática y diversa puede haber alcanzado una situación en la que determinados elementos diferenciadores —como los símbolos religiosos personales— pueden considerarse irrelevantes o protegidos

22 M. J. VALERO ESTARELLAS, “Neutralidad ideológico-religiosa del Estado y derecho de libertad religiosa en la escuela pública alemana: reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 27 de enero de 2015”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 38, 2015.

23 Exposición de Motivos, Acuerdo de 23 de noviembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2005, de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes, BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2005.

por el derecho fundamental de libertad religiosa, siempre que se observen determinados elementos mínimos de vestuario obligatorio (i.e. la toga conforme al artículo 187 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o indumentaria equivalente en otros países), o una vestimenta adecuada a la circunstancia (para el público, para el demandante o para el demandado). En cualquier caso, debe garantizarse que no queden comprometidas las normas de seguridad en la sala y el normal desarrollo de la administración de justicia, especialmente en los aspectos relativos a la comunicación entre personas. A este respecto, en diversas ocasiones los tribunales han subrayado que en la vista oral resulta imprescindible no solo el lenguaje verbal (impedido quizá por el burqa) sino también el lenguaje gestual.

Al ocuparse de la cuestión de la simbología personal en los tribunales, podríamos distinguir: jueces o magistrados, fiscales, abogados o letrados, por una parte, demandantes y demandados, por otra, y, por último, al público asistente a la vista o presente en la sala.

Respecto de los jueces, pocas han sido las situaciones en las que la simbología personal ha contravenido la observancia de las preceptivas normas de indumentaria. En el Reino Unido, parece pacífico que los magistrados sijs (en concreto Sir Mota Singh y Sir Rabinder Singh), puedan vestir su turbante en lugar de la tradicional peluca blanca.

En España, la abogada Zoubida Barik Edidi acudió a una vista en la Audiencia Nacional, acompañando a otro letrado, vestida con su correspondiente toga y el hiyab. El magistrado Javier Gómez Bermúdez recordó a la abogada que no se puede ejercer la abogacía ante un tribunal español con la cabeza cubierta. La abogada presentó una queja ante el Consejo General del Poder Judicial, que fue archivada. Interpuso un recurso que, finalmente, resolvió el Tribunal Supremo mediante la Sentencia 5910/2010, de 2 de noviembre, desestimándola por una cuestión de forma sin entrar al fondo del asunto. El caso también fue desestimado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2016.

Este mismo Tribunal ha reconocido en su sentencia Larichi c. Bélgica, de 18 de septiembre de 2018, que es contrario al artículo 9 del Convenio impedir la asistencia a las vistas judiciales de una parte en el litigio que viste el hijab.

4.8. Símbolos religiosos y cargas modales

La expedición de determinados documentos públicos por parte del Estado se encuentra sometida al cumplimiento de algunos requisitos previos, cargas modales entre las que se encuentran, a los efectos que aquí interesa, que se facilite una fotografía que cumpla determinados criterios. El problema más común ha sido que

las condiciones establecidas para dichas fotografías entran en colisión con los símbolos religiosos personales que cubren parte de la cabeza.

En el caso **Karaduman contra Turquía**, de 3 de mayo de 1993, la Comisión Europea de Derechos Humanos (existente hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio Europeo de 1950) estima que las exigencias normativas universitarias relativas a la expedición de títulos universitarios provisionales no infringen el derecho de libertad religiosa de la demandante, que entregó una fotografía vistiendo un pañuelo que cubría cabello, orejas y cuello. Igualmente, en el caso **Mann Singh contra Francia**, de 13 de noviembre de 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que el requisito de fotografía con cabeza descubierta es una injerencia justificada en la libertad religiosa del demandante.

En España, la regulación actual relativa al Documento Nacional de Identidad resulta restrictiva ("cabeza totalmente descubierta y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona", conforme al **artículo 5** del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica). Por el contrario, la regulación relativa a la expedición del Pasaporte ordinario (**Real Decreto 411/2014, de 6 de junio**, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características) admitiría la posibilidad de fotografías sin cabeza descubierta. Una Circular de la Comisaría General de Extranjería y Documentación del 16 de Octubre de 1998, sobre características exigibles a las fotografías para expedición del Documento Nacional de Identidad y Tarjeta de Extranjeros resultaba, desde luego, más respetuosa con las convicciones religiosas. Sin embargo, con motivo de la Recomendación del Defensor del Pueblo 156/2007, de 20 de diciembre, sobre supresión de la exigencia de presentación de un certificado de pertenencia a un culto religioso, se puso de manifiesto que los servicios de expedición del Documento Nacional de Identidad admitían las fotografías efectuadas con velo, siempre y cuando el óvalo del rostro apareciera totalmente descubierta desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona. Por su parte, la **Dirección General de Tráfico, para la expedición del Permiso de conducción de vehículos**, tampoco exige fotografía con la cabeza totalmente descubierta: "Se admitirán las fotografías con velo, pero el óvalo del rostro debe aparecer totalmente descubierta."

4.9. Símbolos religiosos en el ámbito laboral

En el ámbito empresarial y laboral, la simbología religiosa personal puede analizarse tanto respecto de los empleadores como respecto de los empleados. La colisión entre la simbología personal del empleador y los derechos del trabajador se

resolvería en la prohibición del proselitismo sirviéndose de las relaciones de jerarquía o superioridad. Pero es el segundo caso, el de los empleados, el que más ha atraído la atención de los parlamentos, los tribunales y la doctrina académica.

Ante una relación laboral futura o ya establecida, la simbología religiosa plantea al empleador una limitación de la libertad de organización de la empresa. La simbología personal, como manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa, entraría a valorarse frente a determinados aspectos de esa libertad de organización para determinar en qué casos predomina el derecho del trabajador, y en qué casos el del empresario.

4.9.1. La uniformidad en la empresa. La imagen corporativa

Los símbolos religiosos personales pueden alterar la uniformidad del vestuario empresarial por supresión, sustitución o adición de algún elemento. De entrada, la uniformidad forma parte del derecho de organización empresarial y sus límites se encuentran en que ese derecho no atente a la dignidad y honor del trabajador. Cuando lo que está en juego es la imagen corporativa de la empresa, se intenta llegar a un acuerdo con el trabajador consistente en la asignación a puestos en los que no haya trato directo con los clientes. Puede ser una solución satisfactoria, aunque no es aceptable si las condiciones salariales o de promoción se ven mermadas.

Respecto de la adición de elementos de simbología religiosa, dos son los ejemplos destacables que se resuelven en la misma dirección partiendo de situaciones distintas. Cronológicamente, el primero de ellos proviene de una [Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2003](#), confirmando la sentencia de instancia que declaraba improcedente el despido de una trabajadora que viste velo islámico en la sección de perfumería de unos grandes almacenes. El otro caso relativo a la adición de elementos de simbología religiosa a la uniformidad es el que fue objeto de la [Sentencia 457/2002](#), de 9 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en relación con el uso de la kipá por parte de un conductor judío de la empresa municipal de transportes: no existiendo ningún daño o menoscabo a la imagen de la empresa, se confirma la sentencia de instancia que declara el derecho del conductor a cubrir su cabeza con gorra. No obstante, en materia de adición de símbolos personales, es el caso [Eweida y Otros contra el Reino Unido](#) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que más ha atraído la atención de los expertos. La sentencia agrupaba dos tipos distintos de supuestos: simbología personal, por un lado, y objeciones de conciencia, por otro. Respecto de la simbología personal de Nadia Eweida, empleada de British Airways, cabe señalar que hay dos elementos incidentales que propician la decisión final en favor de la reclamante, que deseaba mantener a la vista la cadena al cuello con un crucifijo: la acomodación ya existente para los símbolos religiosos de empleados pertenecientes a otras confesiones religiosas y el cambio que se produjo en la normativa interna de la compañía respecto

de la admisibilidad de símbolos personales. En el año 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que no constituía discriminación directa (proscrita por la Directiva comunitaria relativa a la discriminación en el empleo) la regulación de una empresa belga que prohíbe el uso de pañuelo islámico a sus empleadas (asunto C-157/15, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, de 14 de marzo de 2017).

Respecto de la supresión o alteración de la uniformidad, el caso español más destacado se resolvió mediante la *Sentencia 1126/1997*, de 27 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: la trabajadora de las tiendas del aeropuerto de Madrid solicita una modificación de la uniformidad en razón de su condición de musulmana. Puesto que tal condición se da a conocer tras la celebración del contrato, entiende el Tribunal que se ha faltado a la buena fe negocial y no queda la empresa obligada a conceder esa solicitud y las demás que presentó la trabajadora.

4.9.2. Seguridad y salubridad en el empleo

Las normas de seguridad y salubridad en el empleo presentan quizá uno de los intereses más fuertes frente a la libertad religiosa del trabajador. En el *caso Bhinder*, ante el Tribunal Supremo de Canadá, se establece la inexistencia de discriminación al exigir al trabajador sij utilizar el casco: su uso es un requerimiento del trabajo válido (*bona fide occupational qualification*) que justifica el trato dispensado al trabajador. La misma medida de seguridad en el empleo se impone en Estados Unidos de América, en el *caso Bhatia*, al entender que es conforme a Derecho exigir al trabajador sij el uso de mascarilla de protección de gases tóxicos, que el trabajador no podía fijar herméticamente por la barba que dejaba crecer por motivos religiosos. En el Reino Unido, la seguridad en el trabajo parece aquilatarse mucho más frente a la libertad del trabajador, de forma que la *Deregulation Act de 2015* ha eximido a los trabajadores sijs de la obligación de usar el casco de seguridad en la mayoría de los puestos o lugares de trabajo²⁴.

²⁴ La responsabilidad por accidentes laborales derivados de no usar el casco no será exigible al empleador. No se aplica la exención del uso del casco en determinados servicios de emergencia (bomberos en acciones que entrañen graves riesgos), en determinadas misiones en el ejército (como la desactivación de bombas) o en trabajos que exijan la protección integral del cuerpo (manejo de sustancias peligrosas). F. CRANMER, "Sikhs to be allowed to wear turbans in the workplace", *Law & Religion UK*, 1 October 2015.

Capítulo 9. La libertad personal y la vida privada

1. Libertad personal y seguridad

El artículo 17 de la Constitución española de 1978 consagra el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad.

No estamos ante una genérica libertad de actuación o un derecho de autodeterminación individual¹. No es una “regla de libertad residual”² según la cual todo lo que no está prohibido está permitido. Tampoco es una zona de penumbra jurídica, un núcleo de autodeterminación abstracto, del cual van emanando diversas manifestaciones de la libertad del individuo que se concretan en derechos fundamentales según la necesidad o las circunstancias del momento. Por el contrario, el artículo 17 hace referencia solo a la libertad física, deambulatoria o de movimiento.

Como es evidente, la libertad personal que aquí se reconoce no puede ser puesta en conexión con la persona jurídica, por carecer de capacidad deambulatoria. Y aunque es protegida también frente a la actuación lesiva de los particulares, se invoca normalmente frente a los poderes públicos, pues son éstos quienes pueden privar de la libertad con apariencia jurídica legítima.

El primer aspecto que conviene subrayar respecto del derecho de libertad y de seguridad es que el desarrollo de los “casos” y la “forma previstos” que lo limiten, a que se refiere el artículo 17, están reservado a la Ley Orgánica (artículo 81 de la Constitución). Por eso, la tipificación de delitos que lleven aparejada pena privativa de libertad conlleva la reserva de Ley Orgánica y de ahí que gran parte del Derecho penal venga regulado por este tipo de ley.

1 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 185.

2 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 262.

El legislador no goza de una absoluta discrecionalidad para establecer en qué supuestos se puede privar a un individuo de su libertad. No son constitucionalmente admisibles modalidades legalmente no previstas de privación de libertad. Sin embargo, siempre que se respete las exigencias del principio de proporcionalidad el legislador es libre de configurar cuándo es posible privar de libertad³.

Cualquier forma de privación de la libertad deambulatoria cae dentro del ámbito protegido por el derecho fundamental. En consecuencia no serían admisibles fórmulas confusas, como las formas atenuadas de privación de libertad que se esconden bajo el concepto de “retención” policial (*Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993*, de 18 de noviembre).

El contenido del artículo 17 nos remite a examinar la detención preventiva, la prisión provisional y el procedimiento de *habeas corpus*.

1.1. La detención preventiva

En general, detención es cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica (*Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1986*, de 10 de julio). La detención preventiva “es aquella institución del proceso penal consistente en la aprehensión del sospechoso de haber cometido un hecho delictivo”⁴. La pretensión del artículo 17.2 de la Constitución es que ninguna detención puede prolongarse sin desembocar en la puesta a disposición de la autoridad judicial. “[T]oda detención, en un Estado de derecho, tiende a ser preventiva. No cabe la detención como sanción administrativa; excepcionalmente cabe privación de libertad por arresto administrativo en el ámbito castrense y solo respecto del personal sometido a estatuto militar”⁵.

La finalidad de la detención preventiva es efectuar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, asegurando igualmente a los presuntos responsables y las pruebas. En consecuencia, sería ilícita la detención con otros fines: venganza policial, imposición de sanciones fácticas, presiones sobre terceros, etc.

Respecto del sujeto susceptible de detención, no puede ser cualquier persona, sino que deben existir indicios racionales de que ha cometido un delito, entendiéndose por tales indicios los idóneos para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido un delito (*Sentencia del*

3 *Ibid.*, p. 264.

4 *Ibid.*, p. 266.

5 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, Editorial Universitas, Madrid, 2013, p. 146.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido de 1990); las redadas policiales no serían admisibles.

La duración de la detención preventiva tiene un tope objetivo, conforme al cual no pueden superarse las 72 horas, transcurridas las cuales debe ser puesto a disposición judicial o en libertad. Pero la garantía principal de la duración está establecida en que no podrá prolongarse más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos, lo cual no permite a la autoridad extenderse arbitrariamente a las 72 horas, sino realizar sus averiguaciones con toda diligencia. Conforme al artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal en el caso de delitos de terrorismo y pertenencia a banda armada podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre sea autorizada por el Juez.

Los derechos del detenido reconocidos por la Constitución son sustancialmente tres:

- a) Derecho a ser informado de la razón de su detención y de los derechos que, como detenido, le asisten.
- b) Derecho a no declarar y a guardar silencio.
- c) Derecho a la asistencia de un abogado.

Junto a los derechos de rango constitucional, existen otros concedidos por la ley: derecho a ser reconocido por un médico y derecho a comunicar con un familiar o persona designada por el detenido.

1.2. La prisión provisional

La prisión provisional es “la situación de privación de libertad en que puede hallarse el acusado de un delito mientras dura la tramitación del proceso”⁶. Es una medida cautelar del proceso penal que solo puede ser acordada por el órgano judicial y que pretende evitar riesgos que ponen en peligro el eficaz resultado de la justicia. La institución de la prisión provisional se sitúa “entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro” (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1982, de 2 de julio de 1982).

La prisión provisional se dictará, de conformidad con el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando concurran unos requisitos: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere

6 L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 269.

antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso; 2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; 3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en los que exista un peligro fundado y concreto; c) evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

La legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige el establecimiento de un plazo máximo, regulado en el [artículo 504](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La prórroga de la prisión provisional debe motivarse con independencia de la motivación inicial y no puede justificarse sencillamente por la expiración del plazo máximo establecido. La orden judicial que decreta la prisión provisional debe tener motivación suficiente y razonable.

1.3. El procedimiento de *habeas corpus*

Como es sabido, se trata de una institución de origen anglosajón situada en el *Common law* inglés de los siglos XIV y XV, existente también en el derecho del Reino de Aragón bajo la denominación de “[recurso de manifestación de personas](#)”. El *habeas corpus* es un recurso de cognición limitada, puesto a disposición de los ciudadanos, que establece remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente o que transcurran en condiciones ilegales. Su presencia en el derecho español viene exigida por el [artículo 17.4](#) de la Constitución española de 1978. “No es un procedimiento idóneo ni para anular actos ni para exigir responsabilidades. Es improcedente, por definición, frente a detenciones ordenadas judicialmente, pues tiene por objeto conducir al detenido al juez, que deberá verlo y oírlo”⁷.

Tal como explica la Exposición de Motivos de la [Ley Orgánica 6/1984](#), de 24 de Mayo, reguladora del procedimiento de “habeas corpus”, los principios que caracterizan al procedimiento en el derecho español son:

- a) La agilidad para conseguir que la violación ilegal de la libertad sea reparada con la máxima celeridad, para lo cual se instituye un procedimiento judicial sumario y extraordinariamente rápido, que tiene que finalizar en veinticuatro horas contadas desde que sea dictado el auto de incoación.
- b) La sencillez y carencia de formalismos, que se manifiestan en la posibilidad de la comparecencia verbal y en la no necesidad del Abogado y Procurador.

⁷ P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 146.

- c) La generalidad, que implica que ninguna autoridad puede sustraerse al control judicial de la legalidad de la detención.
- d) Y la universalidad, ya que el procedimiento alcanza tanto a los supuestos de detención ilegal —contra lo legalmente establecido o sin cobertura jurídica— como a las detenciones que se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

Es juez competente para conocer de la demanda el de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad. Si no constare, el del lugar en que se produzca la detención. Y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Las personas que pueden instar el procedimiento son el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas con capacidad judicialmente completada, sus representantes legales. También podrá instarlo el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo o el propio juez si tiene conocimiento de la situación de privación de libertad.

El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador. En dicho escrito o comparecencia deberán constar: el nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta Ley; el lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes, así como el motivo concreto por el que se solicita el procedimiento. Promovida la solicitud, el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento, o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. En el auto de incoación el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él. En el procedimiento, el Juez oírà a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oírà en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento. Como ya se ha señalado anteriormente, en el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, el Juez practicará todas las actuaciones y dictará mediante auto la resolución que proceda.

La decisión judicial podrá consistir en alguno de estos pronunciamientos: o bien estimar que la privación de libertad es conforme a Derecho, o bien que dicha

privación de libertad es ilegal. En este segundo caso, acordará la puesta en libertad, la continuación de la detención bajo la custodia de otras personas, o que el privado de libertad sea puesto inmediatamente a disposición judicial.

2. Los derechos de la vida privada

Protegen el ámbito de privacidad, es decir una esfera personal de contornos variables en la que se desarrolla la persona. La dual naturaleza espiritual y corporal del ser humano conduce a que lo íntimo no quede solo confinado a los más profundos pensamientos e ideas (el yo interior), sino que tenga su continuidad necesaria en la corporalidad y en las relaciones con los demás. Lo íntimo es lo que conoce uno mismo con exclusión de otros. “Intimidad significa mundo interior, el ‘santuario’ de lo humano, un ‘lugar’ donde sólo puede entrar uno mismo. Lo íntimo es tan central al hombre que hay un sentimiento natural que lo protege: la vergüenza o pudor. Éstos son el cubrir u ocultar espontáneamente lo íntimo frente a las miradas extrañas. Existe en consecuencia el derecho a la intimidad, que asiste a la gente que es espiada sin que lo sepan, o que es preguntada públicamente por asuntos muy personales”⁸. La intimidad de la persona queda protegida respecto de aquellas intervenciones públicas e intrusiones que tengan por objeto sustraer una realidad de la persona a un ámbito no querido (hacer de lo privado algo público, violentando de este modo la intimidad) o bien acceder a lo privado con el fin de servirse de los datos personales volcados espontáneamente en esa esfera para fines de control.

“El Estado totalitario, esa forma de Estado autocrático tan peculiar del siglo XX, se caracterizó muy especialmente por la opresión de la intimidad. No debe sorprendernos por ello que los derechos de la vida privada se formulen como una respuesta al mismo”⁹.

En la protección jurídica de la privacidad o la intimidad ha tenido una influencia importante el artículo de los juristas estadounidenses Warren y Brandeis “*The Right to Privacy*”, publicado en la Harvard Law Review en 1890. Concebido como “derecho a ser dejado en paz”, la intimidad ha terminado siendo una especie de libertad proteica que ampara conductas que los legisladores constituyentes no previeron (aborto, eutanasia, etc.) pero que los tribunales de muchos países han protegido, actuando conforme a lo que se denomina “activismo judicial”.

El artículo 18 de la Constitución española recoge un conjunto de derechos muy relacionados entre sí que progresivamente han sido considerados autónomos: derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la propia imagen, derecho al

8 R. YEPES STORK; J. ARANGUREN ECHEVERRÍA, *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*, 4ª ed., Eunsá, Pamplona, 1999, p. 64.

9 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 159.

honor, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, y protección en el tratamiento de datos.

2.1. Derecho a la intimidad personal y familiar

El valor jurídico protegido es un ámbito propio y reservado de las personas, necesario para alcanzar una calidad mínima de vida humana (**Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988**, de 2 de diciembre). Sujetos beneficiados o titulares del derecho a la intimidad, por su vinculación con la dignidad del ser humano, son todas las personas. Los sujetos obligados son tanto los poderes públicos como los particulares; respecto de éstos últimos, la protección se efectúa también desde la vertiente penal.

“El derecho a la intimidad consiste sustancialmente en la facultad de excluir del conocimiento ajeno cualesquiera hechos comprendidos dentro de un ámbito propio y reservado”¹⁰. La cuestión nuclear, entonces, consiste precisamente en definir ese ámbito. La jurisprudencia podría guiarse por dos tendencias a la hora de determinar esa área. La primera tendencia es objetiva: privado es lo que según la conciencia social imperante suele considerarse íntimo o ajeno al interés de los demás. La segunda tendencia es subjetiva: será privado lo que cada persona decide excluir del conocimiento de los demás. Es necesario buscar el equilibrio entre estas dos tendencias¹¹. En el caso de las personalidades públicas y de los políticos, éstos no podrán vetar la divulgación de sus actuaciones en el ejercicio de los cargos públicos o en actividades que puedan resultar objetivamente relevantes en relación con el ejercicio de dichos cargos, actividades respecto de las cuales tienen un interés legítimo todos los ciudadanos.

Resulta igualmente relevante establecer en la práctica los modos de resolución de las colisiones entre derecho a la intimidad y libertad de información, de lo que nos ocuparemos en el Capítulo siguiente.

Veamos a continuación el despliegue o alcance de la esfera privada de las personas¹²:

- a) El derecho a la intimidad alcanza la intimidad corporal y, por tanto, guarda una cierta conexión con la integridad física y los registros corporales. La intimidad corporal queda referida a las partes del cuerpo que, según las pautas sociales sobre el sentido del pudor, deben estar protegidas de la observación ajena. Igualmente, la intimidad corporal alcanza a las informaciones relativas a la salud y a los datos médico-sanitarios de las personas. Un avance desmedido de

¹⁰ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 288.

¹¹ *Ibid.*, pp. 289-290.

¹² *Ibid.*, pp. 290-296.

la información genética de la persona puede provocar la lesión del derecho a la intimidad al desembocar en cuestiones tales como contratar un seguro de vida o celebrar un contrato de trabajo. La información genética forma parte de los datos de carácter personal y bajo esta perspectiva se tratan en el [artículo 5.1](#) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica: “Se garantizará la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Las mismas garantías serán de aplicación a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal”. El derecho a la intimidad no alcanza a los controles antidopaje realizados a los deportistas de élite ([Sentencia del Tribunal Supremo 2138/2017](#), de 1 de junio).

- b) El derecho a la intimidad no alcanza a los datos puramente patrimoniales o económicos; por tanto, no es extraño que en algunos países no quede protegido por la intimidad el llamado secreto bancario, sin perjuicio de que pudieran ser relevantes los datos económicos en relación con otras facetas de la vida privada de las personas.
- c) La video-vigilancia en lugares públicos es admisible como medida imprescindible para preservar la seguridad de las personas y bienes, siempre que los datos recabados se sometan al necesario control legal.
- d) Respecto de la video-vigilancia en el lugar de trabajo, ésta es admisible si es indispensable para la seguridad de personas y bienes de la empresa o si el centro de trabajo es un lugar abierto al público (piénsese en las sucursales bancarias o en los grandes almacenes). El [artículo 89](#) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales establece que los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca del tratamiento de imágenes a través de videocámaras para el ejercicio de las funciones de control. En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos por el [Reglamento \(UE\) 2016/679](#). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos carece de un criterio definitivo acerca de la compatibilidad del artículo 8 del [Convenio \(europeo\) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) con el empleo de la video-vigilancia para el control

de los trabajadores, ya que el caso **López Ribalda y Otros c. España**, sobre el que se pronunció la Sección 3ª de dicho Tribunal el 9 de enero de 2018, ha sido remitido a la Gran Sala.

- e) Suele considerarse incluido en la esfera privada el derecho a la intimidad relativo a conductas sexuales. Se considera ilegítimo, por tanto, el acoso sexual.
- f) La intimidad protegida es también la intimidad “familiar”. Hay aspectos que se sustraen a dicho manto protector; téngase en cuenta, por ejemplo, la cuestión de los castigos corporales o la violencia doméstica. Pero alcanza a la necesaria discreción que deben guardar los empleados del hogar familiar respecto de asuntos que conocen por razón de su trabajo (**Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000**, de 5 de mayo).

2.2. El derecho a la propia imagen

El valor o bien protegido es la autodeterminación respecto de la vertiente corporal de la persona, es decir, respecto de la imagen. También se extiende a la reproducción y a la utilización de la voz. De nuevo aquí la titularidad se extiende a todas las personas, por la estrecha conexión con la dignidad humana.

Según la doctrina constitucional española, el derecho a la propia imagen se extingue con la muerte del titular, sin perjuicio de los eventuales derechos económicos de los herederos en la explotación de la imagen del difunto.

El derecho a la propia imagen se ha configurado como un derecho fundamental autónomo, distinto del derecho a la intimidad, de forma que llega a protegerse el aspecto físico incluso cuando, en atención a las circunstancias, no guarda una estrecha relación con la intimidad o con la reputación.

Para establecer el uso ilegítimo de la imagen resulta de interés la delimitación legal establecida por la **Ley Orgánica 1/1982**, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Su **artículo 7** considera intromisiones ilegítimas la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, así como la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El **artículo 8** exceptúa (a) la captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; (b) la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social o la información gráfica sobre un suceso o evento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesorio.

Subraya el carácter decisivo del consentimiento, entre otras, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001](#), de 18 de junio (con motivo de la publicación de unas fotos de un conocido hombre de negocios cazando en un safari) y en la [Sentencia del Tribunal Supremo 363/2017](#), de 15 de febrero (condena a un periódico a indemnizar a un hombre por publicar, sin consentimiento, su fotografía de Facebook para ilustrar una noticia sobre un suceso en el que resultó herido).

2.3. El derecho al honor

El valor o bien jurídico protegido es el aprecio social, la buena fama o la reputación de las personas. Protege a cada ser humano respecto de la opinión libre que de él pueden formarse los demás, que vendría mediatizada por los datos que fueren previamente suministrados o divulgados. Su carácter personal no está reñido con la posibilidad, admitida por la jurisprudencia, de que los causahabientes puedan ejercer este derecho respecto del causante agredido en su honor, siempre que la infracción del honor tuviera implicaciones familiares. El derecho al honor se extiende también a las personas jurídicas privadas y es distinto del derecho a la intimidad “pero está muy relacionado con ella, pues viene a ser el aspecto exterior de la misma, la proyección frente a terceros de la esfera de la vida privada de las personas”¹³.

El contenido del derecho al honor tiene unos contornos que remiten a pautas sociales generalmente aceptadas. El [artículo 7](#) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen mantiene un carácter abierto y general cuando establece en su número siete que tienen la consideración de intromisiones ilegítimas la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Los ataques contra el honor “son reconducibles a dos grandes modalidades: primera, la difamación, consistente en atribuir a la persona hechos falsos; segunda, la vejación, consistente en denostar o agraviar innecesariamente a una persona”¹⁴.

La colisión entre el derecho al honor y la libertad de información y expresión se viene resolviendo en España atendiendo a dos orientaciones complementarias: el grado de relevancia pública de la persona, por un lado, y la inexistencia de un derecho al insulto, por otro: la crítica nunca justifica expresiones de desprecio o de vejación. No hay atentado contra el honor en las actuaciones judiciales, incluidas las sentencias.

13 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 162. El Tribunal Constitucional, en su [Sentencia 107/1988](#), de 8 de junio, explicó que es inadecuado hablar de honor de las instituciones públicas, respecto de las cuales es más correcto emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que también deben protegerse, pero no de la misma forma o como manifestaciones del honor.

14 L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 300-301.

2.4. Inviolabilidad del domicilio. Secreto de las comunicaciones

“El respeto al domicilio tiene dos aspectos principales: la inviolabilidad o prohibición de entrar en el mismo sin el consentimiento del que lo habita o lo posee y el libre uso, es decir, el derecho a organizarlo y a desarrollar la propia existencia como se considere oportuno”¹⁵.

La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones comparten el carácter de garantías formales de intangibilidad. Ello significa que el espacio (domicilio) o la actividad (comunicación) son de acceso reservado en cuanto tales, sin una gradación o determinación atendiendo a criterios flexibles, una vez que el objeto de protección queda definido y determinado. Lo decisivo, por tanto, no es el contenido del espacio o de la comunicación, sino el propio continente (domicilio o comunicación), al que se referirá el consentimiento del titular para que desaparezca la infracción del derecho¹⁶.

No obstante, aunque el titular haya consentido el acceso al domicilio o a la comunicación, no queda excluido que la divulgación de la información obtenida pueda constituir una violación del derecho a la intimidad.

La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones tienen además dos características comunes: la reserva de jurisdicción (la intromisión siempre debe ser acordada por un juez en los supuestos previstos por la ley, con motivación efectiva) y la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de dichos derechos.

Refiriéndonos ahora más en concreto a la inviolabilidad del domicilio, el bien jurídico protegido es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima, tal como recuerda la [Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984](#), de 17 de febrero. Con ello se protege, como ya se indicaba antes, la intangibilidad formal de un espacio, más allá de la estricta intimidad.

El concepto constitucional de domicilio es más amplio que el del Derecho civil o del Derecho penal, de forma que por tal se entiende cualquier espacio cerrado en el que la persona desarrolla su vida privada, incluso de forma provisional (p.ej. habitación de un hotel es domicilio a efectos constitucionales; a este respecto, [Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002](#), de 17 de enero).

Son titulares del derecho todas las personas, tanto nacionales como extranjeras, e incluso las personas jurídicas, si bien respecto de éstas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del Derecho comunitario (Sentencia en el asunto C-

15 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 163.

16 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 305.

46/87, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, de 21 de septiembre de 1989). Los sujetos obligados a observar este derecho son tanto los poderes públicos como los particulares; la protección penal del derecho se establece para España en los *artículos 202 a 204* del Código Penal (del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público).

El derecho de inviolabilidad significa que la entrada en el domicilio solo es lícita si concurre alguna de estas tres circunstancias: consentimiento del titular, flagrante delito o autorización judicial.

El *artículo 15.2* de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana dispone que “[s]erá causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas”. En qué medida pudiera realizarse aquí una interpretación extensiva e inconstitucional del término flagrante delito, es una cuestión que deberá decidir el Tribunal Constitucional. El *artículo 15.3* de la misma Ley establece que “[p]ara la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo”: con ello quizá se ponga fin al infundado (pero popularmente admitido) privilegio de los rectores de otorgar su autorización previa para la entrada de la policía en edificios universitarios.

Respecto a los aspectos específicos del derecho al secreto de las comunicaciones, el bien jurídico protegido es la libertad de las comunicaciones, donde el secreto de las mismas tiene un sentido instrumental respecto de la libertad. La comunicación protegida ha de valerse de algún soporte técnico (postal, telegráfico, telefónico, informático), extendiéndose la protección tanto a este soporte como a su contenido. El secreto de la comunicación alcanza también a la identidad de los comunicantes. En cuanto al contenido de la comunicación, el secreto admite grados atendiendo a las características técnicas —y, por tanto, a las expectativas de reserva— del medio o soporte que se emplee.

Las excepciones a la inviolabilidad de la correspondencia “derivan principalmente de las exigencias de la represión penal: el juez puede ordenar que se intercepte la correspondencia no solo una vez que ha llegado al destinatario, sino también en las oficinas de correos cuando es necesario para una investigación. La correspondencia de las personas condenadas penalmente a privación de libertad queda sometida al control del director del establecimiento penitenciario, con excepción de las cartas intercambiadas entre ellas y su abogado, que el derecho a la defensa sustrae a cualquier tipo de investigación”¹⁷.

17 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 164.

Las escuchas telefónicas y de otros medios de comunicación parecen situarse en nuestros días fuera del alcance del control constitucional nacional, siendo practicadas —alegando motivos de seguridad— por alianzas occidentales (Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Austria y Nueva Zelanda, por medio de la red Échelon; la **NSA norteamericana** a través de los programas **Prism o Mystic**, entre otros). Nunca las comunicaciones a nivel global había sido tan extensas y rápidas, pero nunca antes el control de las mismas había sido tan sencillo y frecuente.

La **Ley 25/2007**, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, establece la obligación de los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, de conservar durante 12 meses los datos de las comunicaciones (telefonía fija y móvil) y de acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet. Igualmente, esos operadores estarán obligados a ceder los datos a los agentes facultados (policía judicial, funcionarios de vigilancia aduanera y personal del Centro Nacional de Inteligencia), siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2.5. El derecho fundamental a la protección de datos

“Es inevitable y necesario que los diferentes servicios administrativos elaboren ficheros acerca de los administrados con los que entran en relación con la información indispensable para ejercer su función. Tradicionalmente, estos ficheros no habían llamado la atención de la opinión pública ni de los poderes públicos. No se regulaba su existencia ni su uso desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Pero estos ficheros se han multiplicado y los servicios públicos se han diversificado y han aumentado en número. Algunos de ellos se extienden a la casi totalidad de la población. Y lo que es más importante, el desarrollo de la informática permite acumular un número creciente de datos de cada persona, utilizarlos con gran rapidez y conservarlos indefinidamente”¹⁸.

La llegada de las tecnologías de la información y de las comunicaciones añade importantes elementos en relación con el tema que tratamos. La limitación en el tratamiento de los datos personales que propugna el **artículo 18** de la Constitución española (y, como ella, tantos textos internacionales, como el artículo 8 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**) es una garantía de la vida privada, personal y familiar. Se habla incluso de un derecho de autodeterminación informativa, que abarca no solo los datos íntimos, sino en general todos los datos personales. Constituye, por tanto, un derecho fundamental autónomo del derecho a

¹⁸ *Ibid.*, p. 166.

la intimidad, respecto del cual guarda en ocasiones una relación instrumental. Los titulares de este derecho son las personas físicas.

Tras la entrada en vigor del [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y aplicable a partir de 25 de mayo de 2018, la normativa española efectuó su adaptación al nuevo marco europeo obligatorio mediante la [Ley Orgánica 3/2018](#), de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Tal como señala la Audiencia Nacional en su [Sentencia 5129/2014](#), de 29 de diciembre, “[e]l derecho a la protección de datos tiene, por tanto, un objeto más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 de la Constitución, sino a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inseparablemente unidos al respeto de la dignidad personal, como el derecho al honor, y al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.”

La limitación al tratamiento de datos tiene dos facetas: una negativa y otra positiva¹⁹.

Negativamente, se impone límites a la recogida de datos personales por parte de los poderes públicos. En efecto, éstos solo pueden recoger datos relativos a las personas en la medida en que sean necesarios para el ejercicio de las potestades atribuidas por la ley. Lo cual significa simultáneamente un principio de legalidad (la actividad pública que implique tratamiento de datos sólo será lícita si está prevista en la ley) y el principio de reserva de ley (la norma que dé cobertura al tratamiento de datos debe tener rango de ley).

Positivamente, la limitación del tratamiento de datos presupone el consentimiento del afectado (“manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca mediante una declaración o una clara acción afirmativa” conforme a la normativa comunitaria y) y comporta las siguientes facultades:

- a) De acceso a los datos relativos a uno mismo (*habeas data*).

19 L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 314.

- b) De recepción de los datos personales de un responsable de tratamiento y transmisión a otro responsable (derecho de portabilidad).
- c) De oposición a la utilización abusiva de los mismos.
- d) De corrección o rectificación de aquellos que sean falsos o erróneos.
- e) Y de cancelación o supresión de los datos personales cuando concurra circunstancias tales como su carácter innecesario para los fines para los que fueron recogidos, la retirada del consentimiento por el interesado, la oposición legítima, el tratamiento ilícito de los mismos, etc. (derecho al olvido digital).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el derecho al olvido digital no existe en relación con los datos profesionales recogidos en el registro de sociedades, si bien tras un plazo suficientemente largo puede establecerse un acceso restringido de terceros a los datos del registro (*Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2017, C-398/15, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce contra Salvatore Manni*). Por otro lado, la *Sentencia de la Audiencia Nacional 5129/2014*, de 29 de diciembre, establece que el derecho al olvido alcanza no sólo a los proveedores directos de contenidos en Internet, sino también —de forma distinta y separada— a los motores de búsqueda (en el caso concreto, Google) respecto de los datos protegidos.

La eficacia horizontal del derecho a la limitación en el tratamiento de datos es indiscutida, conforme al artículo 18 de la Constitución española (*Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998*, de 13 de enero, sobre datos de afiliación sindical y *Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999*, de 16 de diciembre, sobre ficheros de absentismo con baja médica), el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 en su artículo 3, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Capítulo 10. Libertad de expresión e información

1. Valores protegidos y estructura básica

La libertad de expresión e información está recogida en el artículo 20 de la Constitución española de 1978 y en el artículo 10 del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La regulación constitucional española persigue tres objetivos básicos: proteger la libertad de expresión e información, establecer el marco constitucional de los medios de comunicación y reconocer ciertos derechos (libertad de creación artística, de investigación científica y de cátedra) que son formas especiales de la libertad de expresión.

El principal valor jurídico protegido es la existencia de la opinión pública como condición para el verdadero funcionamiento de la democracia. Por eso, no solo se protege una libertad pública, sino que además se establece y reconoce una dimensión institucional, de forma que la libertad de información y expresión goza en teoría de una posición preferente (*preferred position*) respecto de otros derechos fundamentales. La razón es clara: la opinión pública libre es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático. No obstante, esa posición preferente va vinculada a elementos objetivos: las libertades deben ejercitarse en conexión con asuntos que son de interés público (por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen) y dichos asuntos deben contribuir a la formación de la opinión pública¹.

Junto con este valor jurídico protegido, también se entiende que esta libertad ampara la búsqueda de la verdad, que exige el flujo y encuentro de ideas, así como la necesidad del ser humano de comunicarse con sus semejantes. En efecto, como explicaba el profesor de la Universidad de Harvard Zechariah Chafee en una obra de

¹ S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 281.

1918: “el verdadero significado de la libertad de expresión parece ser el siguiente. Uno de los propósitos más importantes de la sociedad y el gobierno es el descubrimiento y la difusión de la verdad sobre temas de interés general. Esto solo es posible a través del debate absolutamente ilimitado, ya que cuando la coacción interfiere en el debate, es cuestión de azar inclinarse en el lado de lo falso o de lo verdadero, y entonces la verdad pierde toda su ventaja natural en la discusión”².

La libertad de expresión e información tienen como titulares a todas las personas. alguna de sus manifestaciones peculiares (como la libertad de expresión artística) difícilmente podría predicarse de las personas jurídicas. Y los poderes públicos no gozan tampoco de la libertad de expresión e información, porque sobre ellos pesa un deber de neutralidad ideológica y, en teoría, no deben participar en los debates surgidos en la sociedad u opinar sobre personas concretas³. En cuanto a los sujetos obligados, la libertad de información y expresión opera frente a los poderes públicos, si bien hay un extenso campo de operatividad horizontal sobre todo cuando entre en colisión esta libertad con otros derechos fundamentales, como el honor, la intimidad, la libertad de empresa, etc.

Propiamente no existe un desarrollo directo normativo de la libertad de expresión e información, sino más bien unos preceptos legales que afectan a su ejercicio, como son los que dan protección civil o penal a los derechos fundamentales con los que la libertad de información y expresión entra en desencuentro.

2. Distinción entre expresión e información

Para algunos autores hay una conexión entre libertad de expresión e información y libertad de ideas y creencias, de forma que la libertad de expresión se referiría de forma directa con las creencias, la libertad de opinión con las ideas y la libertad de información con los hechos⁴.

De acuerdo con la concepción tradicional de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional español se refería globalmente a esa libertad sin distinguir entre expresión e información: la libertad de expresión sería un derecho genérico con diversas manifestaciones entre las que se encontraría la libertad de información. Desde 1983, sin embargo, parece sostener que la libertad de información sería un derecho autónomo y diferenciado en su contenido de la libertad de expresión. Tal vez ello se fundamente en que la libertad de información no solo comprende la

2 M. I. UROFSKY; P. FINKELMAN, *Documents of American constitutional and legal history*, vol. II. From the age of industrialization to the present, Oxford University Press, New York; Oxford, 2002, p. 592.

3 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 320.

4 J. A. SOUTO PAZ, *Comunidad Política y Libertad de Creencias: Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2003, pp. 387-391.

libertad de comunicar información veraz, sino también la de recibir dicha información. Esta tendencia parece mantenerse constante hasta hoy⁵.

El núcleo de la libertad de expresión e información nos remite a un mismo objeto, principalmente a la comunicación verbal (oral o escrita) con un mensaje político o público. Por eso, podemos decir que estamos ante una sola libertad con dos dimensiones⁶ (expresión e información) que aparecen unidas en las noticias que recibimos cada día. Cabría hablar de un predominio de una o de otra en cada caso concreto: la información transmite un hecho y la expresión emite un juicio de valor o una opinión que puede incluso inquietar, chocar o molestar al Estado o a una parte de la población (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Handyside c. Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976), pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre).

La relevancia práctica de la distinción entre información y expresión consiste en que del mensaje que transmite un hecho exigimos la veracidad, cosa que no exigimos del juicio de valor, que podrá ser razonable o no, inteligente o estúpido, oportuno o inoportuno. Pero, al no tratarse de hechos, no podríamos exigir que sea verdadero o falso⁷. No obstante, el juicio de valor puede ser falso y no cabe excluir que lo sean, cuando carece de la información o los datos necesarios para su formulación; y no siempre podemos atribuir el mismo peso a un juicio de valor emitido por un experto que al de alguien que desconoce la materia... Lo cual también es relevante para la configuración de la opinión pública.

En consecuencia, la Constitución exige que la información sea “veraz”, de forma que no se reconoce el derecho fundamental a propalar rumores, bulos, mentiras, o a intoxicar la opinión pública. La exigencia de la información veraz alcanza su culmen práctico en la imputación de hechos delictivos: la libertad de información opera como causa de justificación frente a una eventual querrela por injurias contra el informador. La exigencia de veracidad tiene un contenido muy concreto, de tipo subjetivo, cual es su referencia a la buena fe y a la diligencia del informador. Esta exigencia queda cumplida si el sujeto creía que era cierta la noticia sobre la base de fuentes fiables y, en su caso, contrastadas. En otro caso, el coste de la veracidad sería demasiado alto y se provocaría un efecto silenciador paralizante de las informaciones⁸.

5 S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., p. 276.

6 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 321.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*, p. 322.

Como se señalaba al principio, el paradigma de la libertad de expresión e información viene dado por un mensaje verbal (escrito u oral) que versa sobre asuntos políticos o públicos. Conforme nos alejamos de este paradigma, surgen dudas acerca de si la libertad de información y expresión protege o no determinados actos o manifestaciones. No es el caso de la libertad de arte y ciencia, que constituyen manifestaciones particulares de la libertad de expresión e información, sino de la expresión simbólica (*symbolic speech*) y de la expresión con ánimo de lucro (*commercial speech*).

En el caso de la expresión simbólica, no se emplea la palabra o el medio escrito, sino imágenes, signos, acciones o gestos para transmitir un mensaje: quema de banderas o efigies, boicot de productos, destrucción de libros o documentos, etc. En algunos casos (señaladamente el uso de determinada indumentaria) esto podría tener más que ver con el libre desarrollo de la personalidad o con la libertad religiosa (uso del velo islámico). En otros, la incidencia de la conducta en el medio externo puede transformar el supuesto de una forma de expresión en una acción obstativa (piquetes a la puerta de una librería o a la entrada de un cine). La doctrina del Tribunal Supremo norteamericano a este respecto entiende que puede restringirse la expresión simbólica si está en juego un bien jurídico que resulte constitucionalmente digno de protección (libre comercio, organización militar) y si esa restricción no excede de lo indispensable para tutelar otros intereses en juego⁹. La sentencia **Texas v. Johnson** de 1989, mostró un Tribunal Supremo dispuesto a amparar ampliamente la quema de la bandera americana al estimar que la libertad de expresión simbólica solo se puede restringir cuando incite a una inminente acción ilegal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que la quema de retratos del rey de España en una manifestación independentista es una conducta amparada por el artículo 10 del Convenio Europeo (**Stern Taulats y Roura Capellera c. España**, de 13 de marzo de 2018).

En cuanto a la expresión con ánimo de lucro (*commercial speech*) su peculiaridad radica en que se efectúa con un interés económico. Para el Tribunal Supremo norteamericano, la publicidad cumple también una función conectada con la libertad de expresión: informar a los consumidores y, en consecuencia, protegerles en sus elecciones, lo cual garantiza el buen funcionamiento de la economía de mercado. El derecho continental europeo ha seguido otra tendencia a este respecto dejando la expresión comercial al margen de la libertad de expresión. Esta tendencia, sin embargo, empieza a modificarse con motivo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso **Casado Coca c. España**, de 24 de febrero de 1994, sobre la publicidad de las profesiones liberales. Sorprende igualmente el valor que el Tribunal de Estrasburgo ha otorgado al *commercial speech* frente a otros importantes

9 *Ibid.*, p. 324.

intereses jurídicamente protegidos, como el respecto a los sentimientos religiosos, con motivo de la sentencia *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, de 30 de enero de 2018.

3. Censura previa y secuestro de publicaciones

El régimen jurídico de la libertad de información y expresión se plasma principalmente —en lo que a su dimensión vertical atañe— a través de dos inmunidades: interdicción de la censura previa y reserva de jurisdicción para el secuestro de publicaciones.

En el ordenamiento español, la difusión de noticias u opiniones no puede ser objeto de previo examen oficial de su contenido. No cabe, por tanto, autorización administrativa para la difusión ni formas veladas de control mediante depósitos previos. El depósito legal de las publicaciones estaría justificado para proteger la propiedad intelectual y para efectuar una aportación gratuita al patrimonio bibliográfico estatal.

El secuestro judicial de publicaciones debe estar previsto por ley y sólo será constitucionalmente válido si se encamina a salvaguardar bienes jurídicos dignos de protección. La reserva de jurisdicción va encaminada a minimizar el alto riesgo de arbitrariedad en la decisión, excluyendo la intromisión gubernativa.

La prohibición de censura previa no excluye la responsabilidad por las opiniones e informaciones difundidas: no se controla *a priori*, pero cada cual es responsable último de las consecuencias que pudieran derivarse de las opiniones e informaciones difundidas.

4. Límites y restricciones a la libertad de expresión e información

La libertad de expresión e información puede quedar limitada —tal como establece el Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales— siempre que la finalidad sea salvaguardar ciertos bienes jurídicos (seguridad nacional, protección de la moral, reputación de las personas, etc.), que se establezca la restricción mediante ley, y que se trate de medidas necesarias en una sociedad democrática. Es decir, que la medida restrictiva sea necesaria, adecuada y proporcional.

La condición de que sea una medida necesaria en una sociedad democrática es variable en el tiempo y en el supuesto de que se trate. Lo cual nos remite a una adjudicación *ad casum* mediante la conocida ponderación de valores y el juicio o examen de proporcionalidad.

El legislador ha adoptado medidas en las que la moral actúa como límite de la libertad de expresión e información: la tipificación del delito de escarnio público de

dogmas, creencias, ritos y ceremonias de las confesiones religiosas o de aquellos que no profesen religión alguna; los delitos de exhibicionismo y provocación sexual; así como la limitación de lugares para la difusión de materiales pornográficos.

5. Colisión con otros derechos e intereses

“La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto a este punto ha pasado por tres fases. En la primera aceptó una considerable limitación de las libertades informativas. A partir de 1986, por influencia de la Sentencia Lingens, el Tribunal adopta la doctrina de la posición preferente de las libertades informativas. Dos años después hay un nuevo giro que se confirma a partir de 1990: no hay una prevalencia automática ni de la libertad de comunicación ni de las libertades de la vida privada frente a ella, sino que, en caso de colisión, en órgano judicial deberá ponderar o sopesar cuál de los derechos ha de prevalecer, siendo su criterio revisado en última instancia por el Tribunal Constitucional”¹⁰.

5.1. Noticias y opiniones sobre personajes públicos

Recordemos, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo norteamericano, que la libertad de expresión e información goza de una posición preferente (*preferred position*) por su dimensión institucional que garantiza el funcionamiento de la democracia. La importancia de la libertad de expresión e información alcanza su grado máximo cuando se trata de asuntos políticos o relacionados con la organización y el funcionamiento de los poderes públicos. En consecuencia, las personas que ocupan cargos públicos tienen un especial deber de soportar la visibilidad y la crítica de sus actuaciones y no pueden invocar los derechos a la intimidad y el honor con la misma amplitud que los particulares.

Sin embargo, los personajes públicos no se ven totalmente privados de su derecho a la intimidad y al honor, ya que la libertad de información no alcanza los aspectos de la vida de una persona que sean ajenos a su relevancia pública¹¹.

5.2. Noticias y opiniones sobre personajes con relevancia social

Nos referimos aquí a las personas que, sin ocupar un puesto público o político, gozan de notoriedad; es decir, que su actividad tiene objetivamente una dimensión pública (científicos, deportistas, artistas, profesionales, etc.) La jurisprudencia constitucional española es favorable a la existencia de una plena libertad de información y expresión siempre que ésta se refiera a noticias y opiniones que

¹⁰ P. TENORIO, *Libertades Públicas*, Editorial Universitas, Madrid, 2013, p. 182.

¹¹ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 330-331.

incidan en los aspectos de la actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública.

También son personajes con relevancia social los llamados “famosos de la prensa rosa”. Su notoriedad deriva precisamente de exponerse a los medios de comunicación: de ahí que la distinción entre esfera privada y pública resulte más difícil. Respecto a los que exponen voluntariamente su vida a la vista de todos, cabe libertad de expresión e información con los límites generales de veracidad y prohibición del insulto y la vejación. No es lícita la extensión de la libertad de información y opinión no deseada a los allegados y familiares, especialmente si son menores, ni cabe utilizar como fuente informativa a los empleados domésticos, sobre los que pesa un deber de reserva¹².

5.3. Noticias sobre materias calificadas como secretos

En la práctica, el criterio se reduce a entender lícita la divulgación de hechos cubiertos por el secreto del sumario siempre que se hayan conocido por medios lícitos y extraprocesales. Pero es necesario indagar más acerca del tema, para delimitar qué puede quedar protegido por el secreto y quiénes están obligados a guardar el mismo.

Respecto del objeto del secreto, la colisión sólo se produce respecto de los hechos que tengan relevancia pública. Los hechos de índole privada quedan fuera de consideración y, de hecho, están protegidos mediante el Derecho penal español (delito de descubrimiento y revelación de secretos, [artículos 197 y siguientes](#) del Código Penal). El legislador sólo puede imponer el secreto sobre hechos con relevancia pública cuando con ello se trate de salvaguardar valores o bienes jurídicos de rango constitucional, como la seguridad del Estado, la investigación de delitos, etc., y cuando no existan vías alternativas menos gravosas para alcanzar el fin pretendido.

En cuanto a las personas obligadas a guardar el secreto, el ordenamiento español parece extender la obligación a los que tienen legalmente acceso a dicha información reservada. Tratándose de secretos oficiales, el legislador español ha optado por extender el deber de secreto incluso a quienes tienen un acceso accidental a la información reservada.

El secreto deja de ser tal cuando ha sido descubierto y, en consecuencia, una vez revelado —aunque sea indebidamente— se encuentra en el terreno de la libertad de información¹³.

¹² *Ibid.*, pp. 331-332.

¹³ *Ibid.*, pp. 332-334.

5.4. Noticias sobre la Administración de Justicia

El buen funcionamiento de la Administración de Justicia requiere garantizar su imparcialidad y su autoridad. Al mismo tiempo, la publicidad de las actuaciones judiciales es un principio inherente al Estado de Derecho. En consecuencia, en el Derecho español, la jurisprudencia constitucional aboga por la libertad de expresión e información siempre que no se condicionen los procesos, no se desautoricen las resoluciones judiciales, se respete la veracidad y la presunción de inocencia. Lógicamente existe restricción cuando incidan el secreto en procesos relativos a menores.

En cuanto a los abogados, la libertad de expresión no ampara el uso de los medios de comunicación, en especial, para presionar o desautorizar a los jueces en asuntos concretos.

Por último, en el caso de los “juicios mediáticos paralelos” (como fue el del deportista norteamericano [O.J. Simpson](#)), la jurisprudencia constitucional se pronuncia por su licitud siempre que no falte el necesario requisito de la veracidad informativa¹⁴.

5.5. Expresión de odio (*hate speech*)

La expresión o discurso de odio consiste en cualquier forma de comunicación o mensaje, verbal o no, que divulgue, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de intolerancia como el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo¹⁵. Observamos en la actualidad una decidida tendencia en Occidente dirigida a combatir el discurso o expresión de odio. Dicha tendencia comprende tres posibles (y complementarias) acciones: (i) información, denuncia y prevención; (ii) circunstancias agravantes en la legislación penal; (iii) tipos penales específicos. Todas estas acciones dejan sin embargo la duda de si con esta política legislativa no podría producirse un efecto silenciador de toda forma de disidencia y heterodoxia¹⁶. Algunos entienden incluso que el agravamiento de las penas en los delitos de odio significa una discriminación¹⁷ en favor de determinados colectivos —y no de otros— que requiere por lo menos una cuidadosa justificación. En España, el [artículo 510](#) del Código penal tipifica el discurso o expresión de odio, su divulgación mediante publicaciones u otros materiales, la apología del genocidio y en negacionismo.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 334-335.

¹⁵ Recomendación No. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Discurso de odio (30 de Octubre de 1997).

¹⁶ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 336.

¹⁷ J. B. ELSHTAIN, “There Oughta Be a Law - Not Necessarily”, *Emory Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 79.

La clásica colisión representada por el discurso del odio frente a la libertad de expresión e información fue resuelta judicialmente por O. W. Holmes en la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Schenk v. United States* del año 1919 estableciendo la fórmula jurídica del *clear and present danger*: las expresiones de odio pueden ser reprimidas y castigadas cuando comportan un riesgo claro e inminente para un bien jurídico que el Estado debe tutelar. En parte, parece ser éste el criterio que seguiría el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia en el caso *Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía*, de 1999) y por el Código penal español. Pero el criterio del riesgo claro e inminente puede resultar demasiado liberal para contentar a todos¹⁸.

No parece claro que la jurisprudencia española se haya adherido plenamente a ese criterio angloamericano porque, de una parte, lo admite cuando se trata del menosprecio a las instituciones del Estado democrático, que no conoce otro límite que la interdicción de la violencia (*Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990*, de 15 de febrero, sobre injurias al Rey), mientras que no se acoge a dicho criterio cuando se trata de menosprecio a un grupo étnico (*Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991*, de 11 de noviembre, sobre apología del antisemitismo) o se difunden mensajes enaltecedores del terrorismo y de humillación o desprecio a las víctimas a través de las redes sociales (*Sentencia del Tribunal Supremo 3113/2016*, de 13 de julio).

Alternativamente, el Tribunal Constitucional alemán entiende que la expresión de odio es un problema de libertad de información, ya que aquélla se basa, de forma más o menos explícita, en ciertos presupuestos fácticos tales como la superioridad de la raza, la negación de la política nazi en relación con la solución final, etc. En consecuencia, es la veracidad lo que está en juego y es dicha veracidad lo que limita la licitud del discurso del odio¹⁹.

5.6. Libertad de expresión de trabajadores y funcionarios

La libertad de expresión de trabajadores y funcionarios puede entrar en colisión con el deber de lealtad. El criterio básico de ponderación establecido por el Tribunal Constitucional español señala que los trabajadores no tienen un deber general e incondicionado de lealtad hacia el empleador (o hacia el Estado, podríamos decir también), de forma que gozan de libertad de expresión e información respecto de los asuntos de la empresa o la organización con el único límite de la buena fe contractual, reflejado en la ausencia de intención de perjudicar y el deber de reserva sobre los datos que se conozcan por razón del puesto de trabajo desempeñado. Junto con este criterio particular, rigen los criterios de veracidad informativa y de interdicción del insulto o la vejación.

¹⁸ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 336.

¹⁹ *Ibid.*, p. 337.

Debe tenerse en cuenta las peculiaridades que plantean las denominadas “empresas ideológicas” o “empresas de tendencia”, que son aquellas que se identifican con algunos valores o cosmovisiones (periódicos, revistas, empresas educativas, sindicatos, partidos políticos). En estos casos, los trabajadores tienen un deber especial de no erosionar con su expresión la credibilidad del empresario.

Para los funcionarios, la libertad de expresión alcanza igualmente —a juicio del Tribunal Constitucional— a los puestos de libre designación y no puede poner en entredicho la autoridad de los superiores ni comprometer el buen funcionamiento del servicio²⁰. Los militares —aclara el Tribunal Supremo en la [Sentencia 2171/2015](#), de 20 de mayo— pueden realizar críticas públicas al ejército siempre que éstas se expresen con moderación, respeto y medida.

5.7. Medios de comunicación y posición de los profesionales de la información

La opinión pública no sólo exige medios libres (e independientes) sino también profesionales libres. En este terreno nos encontramos con la necesidad de armonizar la libertad de los medios y de las empresas de comunicación, por un lado, con la libertad de los periodistas, por otro. Para este fin, la cláusula de conciencia de los profesionales de la información es una garantía negativa que permiten al periodista reaccionar y defenderse frente a los excesos del titular del medio o de los poderes públicos.

En España, la [Ley Orgánica 2/1997](#), de 19 de junio, reguladora de la Cláusula de Conciencia de los profesionales de la información presupone que los profesionales de la información no tienen una facultad positiva de decir lo que deseen en el medio de comunicación (este derecho sería el propio del titular), pero pueden negarse lícitamente a elaborar informaciones, sin que ello signifique sanción alguna, si alegan razones deontológicas. Además pueden solicitar la rescisión de su relación de trabajo —con derecho a indemnización como si se tratara de despido improcedente— cuando el medio de comunicación cambia sustancialmente de línea editorial y cuando el periodista es trasladado a otro medio del mismo grupo, con la consiguiente ruptura de su orientación profesional.

Igualmente, los periodistas gozan de secreto profesional. El secreto de los profesionales de la información “consiste en que, a pesar del deber general que tienen todos los ciudadanos de colaborar con el Poder judicial, los periodistas tienen derecho a callar sus fuentes de información”²¹. El secreto profesional de los periodistas es una garantía absoluta que, sin embargo, no les exime de la obligación

²⁰ *Ibid.*, pp. 337-339.

²¹ P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 184.

de acreditar la veracidad, lo que significa que, si llega el caso, o tienen otros medios de probar la información o deben callar²². El secreto de los informadores “no debe confundirse con el secreto profesional genérico que atañe a médicos, abogados, etc., pues no comparten naturaleza jurídica, ni contenido, ni protegen el mismo bien jurídico, ni su titularidad puede predicarse las mismas personas. Así, mientras el secreto profesional genérico se configura como un deber jurídico de guardar secreto sobre aquellos datos que se han conocido por el ejercicio de una profesión concreta, el secreto profesional de los informadores se configura como un derecho fundamental a no revelar las fuentes informativas. El bien jurídico protegido en el primero es la intimidad, mientras que en el de los informadores lo que se protege es el derecho a la información y, por ende, la creación de una opinión pública libre”²³.

5.8. Libertad de información y derecho de rectificación

Cualquier persona natural o jurídica aludida en una información difundida en cualquier medio de comunicación, si considera que los hechos son inexactos y ello puede causarle perjuicio, tiene derecho a rectificar la información en el propio medio de información.

El derecho de rectificación está regulado en España por medio de la [Ley Orgánica 2/1984](#), de 26 de marzo. Conforme a su [artículo 2](#), el derecho de rectificación se ejercitará por medio de escrito de rectificación dirigido al director del medio de comunicación, dentro de los siete días naturales siguientes al de la publicación o difusión de la información que se desea rectificar. El director del medio de comunicación social, por su parte, deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, de forma gratuita y con relevancia semejante a aquélla en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. En su [artículo 3](#), la ley prevé el modo de rectificar para el caso de publicaciones o medios de difusión con una periodicidad que no permita la publicación o difusión en el plazo establecido. Si no se produce la rectificación en los términos prescritos, podrá el perjudicado ejercitar acción de rectificación en los siete días hábiles siguientes, siguiéndose entonces proceso sumario.

5.9. Libertad de expresión de afiliados a partidos políticos

Dentro de los grupos sociales amparados por el derecho de asociación, de los que se trata en el Capítulo 11, los partidos políticos tienen una especial posición constitucional. De ahí que resulten especialmente protegidos en el ejercicio de su potestad disciplinaria frente a la libertad de expresión de los afiliados cuando el

²² L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 343-344.

²³ S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y OTROS, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 293-294.

ejercicio de ésta pueda considerarse contraria a los intereses de la asociación política. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su [Sentencia 226/2016](#), de 22 de diciembre: “el ejercicio de la libertad de expresión de quien ingresa en un partido político debe también conjugarse con la necesaria colaboración leal con él. Lo cual no excluye la manifestación de opiniones que promuevan un debate público de interés general, ni la crítica de las decisiones de los órganos de dirección del partido que se consideren desacertadas, siempre que se formulen de modo que no perjudiquen gravemente la facultad de auto-organización del partido, su imagen asociativa o los fines que le son propios.”

6. Libertad de arte y de ciencia

La libertad de producción y creación artística, literaria, científica y técnica es una concreción del derecho a expresar libremente pensamientos, ideas u opiniones en ámbitos específicos. Gozan de él todas las personas físicas, sin perjuicio de que la libertad de investigación científica se haya institucionalizado progresivamente, es decir, se ejerce en el seno de organismos tales como las universidades, empresas o fundaciones. Quien investiga en dichos organismos goza igualmente del derecho de crítica, aunque no es libre de dirigir sus trabajos de investigación hacia ámbitos o sectores distintos de los marcados por el organismo en el que desarrolla su trabajo, por la vinculación contractual o estatutaria existente.

Si el trabajo de investigación se desarrolla al servicio de instituciones estatales en materias con connotaciones ideológicas, se debe tener en cuenta la observancia de la neutralidad ideológica que obliga a los poderes públicos. La investigación científica experimental puede venir limitada por las exigencias legales o éticas impuestas para trabajos de investigación con fondos públicos en áreas particularmente sensibles como la investigación con seres humanos, la experimentación con animales o la observancia de las normas de respeto al medio ambiente.

En cuanto a la libertad de creación artística, se plantea la posibilidad de colisión con otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, en particular la protección de la infancia o el respeto a los sentimientos religiosos. El modo de configurar el respeto a esos bienes puede ser distinto: en ocasiones legitima el secuestro judicial de las obras producidas; en otros casos resulta admisible hacer constar previamente el carácter o índole de la obra producida o exigir su exhibición en lugares especiales para ello²⁴.

24 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 345-347.

Capítulo 11. Libertad de asociación, reunión y manifestación

1. Libertad de asociación. Valor jurídico protegido

El derecho de asociación aparece reconocido en el artículo 22 de la Constitución española de 1978 y en el artículo 11 del [Convenio \(europeo\) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#). El valor o bien jurídico protegido es la sociabilidad y cooperación humanas, con amplias y múltiples resonancias en la vida social; cualesquiera fines lícitos pueden ser objeto de una asociación¹. Según el Tribunal Constitucional español, el derecho de asociación comprende cuatro facetas o dimensiones: “libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y, como dimensión inter privados, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse” ([Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2006](#), de 27 de abril).

Naturalmente, el derecho de asociación es, a través de los partidos políticos, un elemento capital para el buen funcionamiento de la democracia. El derecho de asociación implica igualmente la afirmación de que los vínculos públicos relevantes no se agotan en el binomio ciudadano-Estado, sino que se necesita la libertad de asociación para el florecimiento de una sociedad civil madura, crítica y dinámica.

Las peculiares circunstancias del nacimiento del constitucionalismo moderno llevaron a un reconocimiento tardío, en pleno siglo XX, del derecho de asociación. La prevención liberal hacia los cuerpos intermedios, las facciones o los estamentos, condujeron a una cierta desconfianza hacia las entidades privadas que pudieran interponerse entre el Estado y sus ciudadanos.

1 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 349.

“Siguiendo el criterio del Tribunal Europeo [de Derechos Humanos], podemos considerar como asociación una agrupación humana que es de naturaleza voluntaria, que persigue un fin común a sus miembros y que tiene vocación de permanencia y por tanto tiene alguna forma de organización”². La estabilidad o permanencia es el rasgo que permite distinguir el derecho de asociación del derecho de reunión y manifestación.

2. Régimen jurídico de las asociaciones

En el caso español nos encontramos con una situación un tanto peculiar, consistente en que durante más de veinte años no hubo un desarrollo normativo del derecho de asociación constitucionalmente reconocido y garantizado. Tal vez sea ello manifestación del escaso interés que tiene en la mentalidad española la plena articulación de la sociedad civil.

La [Ley 191/1964](#), de 24 de diciembre, de Asociaciones estuvo en vigor formalmente hasta el año 2002, si bien los principales preceptos de dicha ley podían considerarse derogados por la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ([Disposición derogatoria, n. 3](#)).

En la práctica, los elementos sobre los que se articulaba el régimen de las asociaciones pivotaban sobre el [artículo 22](#) de la Constitución y la jurisprudencia sobre el mismo. Se efectuó una regulación de tipos de asociaciones particulares, distinguiendo el concepto de “desarrollo” en sentido propio del [artículo 81](#) de la Constitución, del concepto de “mera regulación legal” o “régimen jurídico de las asociaciones”, lo cual salvaba en parte las garantías constitucionales exigidas. La anómala situación de falta de desarrollo normativo por Ley orgánica condujo también a un problema relativo a la regulación autonómica de las asociaciones (para el caso de la ley vasca, [Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998](#), de 23 de julio), que hoy resulta discordante respecto del régimen del derecho de asociación en el Estado español.

La [Ley Orgánica del Derecho de Asociación](#) no llegó hasta el año 2002. Esta ley establece el régimen jurídico general de las asociaciones, establece las materias excluidas de la reserva del [artículo 81](#) y, curiosamente, declara que determinados preceptos de la ley, aunque carecen de naturaleza orgánica, constituyen legislación básica del Estado en aplicación del [artículo 149.1.1](#) de la Constitución española, lo cual sitúa la ley en contradicción con la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada³.

2 P. TENORIO, *Libertades Públicas*, Editorial Universitas, Madrid, 2013, p. 195.

3 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 350-353.

3. Titularidad del derecho

Es pacífico entender que este derecho pertenece a los ciudadanos. Respecto a los extranjeros, la [Ley Orgánica 4/2000](#), de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reconoce en su [artículo 8](#) el derecho de asociación a los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles.

Cuestión distinta es detallar las categorías de personas que pueden ver restringida su capacidad asociativa en razón de determinadas circunstancias. En este sentido, el [artículo 3](#) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación establece algunas limitaciones importantes: el artículo 3.c y d se refiere a los jueces, fiscales y militares, siguiendo las previsiones de los artículos [28.1](#) y [127.1](#) de la Constitución. Lo que se pretende es evitar el sindicalismo militar o judicial, pero —a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— la ley no puede impedirles que formen parte de asociaciones referidas a aquellos aspectos de la vida ajenos a la milicia o la judicatura, incluso la pertenencia a asociaciones que persigan la obtención de beneficios colectivos.

También se refiere la Ley Orgánica del Derecho de Asociación a los menores en el [artículo 3.b](#): los menores no emancipados de más de catorce años pueden constituir asociaciones con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el [artículo 7.2](#) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Surge la duda acerca de la capacidad asociativa de las personas jurídicas. La ley contempla la posibilidad de que las asociaciones constituyan federaciones, confederaciones o uniones. Y de tal posibilidad no cabe excluir de entrada a las sociedades mercantiles, por mucho que su fin de lucro pudiera considerarse especial, distinto o incluso ajeno al propósito general del asociacionismo. En cuanto a las personas jurídicas públicas, también la ley contempla la posibilidad de ejercicio del derecho de asociación si bien, como es natural, las agrupaciones de entes públicos habrán de someterse a las reglas que rigen las relaciones interadministrativas⁴.

Las asociaciones mismas son titulares del derecho fundamental consagrado en el [artículo 22](#). En caso contrario, y entre otras cosas, se verían totalmente inermes ante las agresiones dirigidas a hacerlas desaparecer.

4 *Ibid.*, p. 355.

4. Facetas positiva y negativa

El contenido del derecho de asociación se despliega básicamente en la faceta positiva y la negativa, es decir, en el derecho a establecer o adherirse a asociaciones, o en el derecho a no pertenecer a ninguna de modo obligatorio.

Examinemos primero la faceta positiva. Para ello, es preciso dilucidar qué entidades de estructura asociativa están constitucionalmente protegidas en cuanto a su creación y/o adhesión. El Tribunal Constitucional español ha excluido del ámbito protegido por el [artículo 22](#) de la Constitución a las sociedades civiles y mercantiles, con el argumento de que en este tipo de entidades prevalece el fin económico ([Sentencia 23/1987](#), de 23 de febrero). Se trata de una argumentación matizable, pues la propia jurisprudencia constitucional no excluye que algunas asociaciones (señaladamente las cooperativas) puedan tener alguna forma de ánimo de lucro⁵.

E igualmente están excluidas del ámbito protegido por el [artículo 22](#) las entidades que, aun teniendo una estructura de tipo asociativo, sin embargo son jurídicamente necesarias para el desarrollo de funciones administrativas (como por ejemplo las agrupaciones de propietarios para la gestión de la red de conducción de agua en Canarias, [Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990](#), de 7 de febrero).

La Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, en su [artículo 1.4](#) excluye del ámbito de su aplicación “las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico”. De este precepto se deduce una coincidencia parcial con la jurisprudencia constitucional respecto de las entidades con ánimo de lucro, pero al mismo tiempo es importante subrayar que el efecto propio del precepto legal es “excluir” del ámbito de aplicación de la ley, no “dejar fuera” de la protección del derecho de asociación del [artículo 22](#). Algo semejante sucede cuando la propia ley excluye de su ámbito de aplicación “a los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios”. Esta exclusión se debe a que esas asociaciones están reguladas por leyes especiales y no cabe cuestionar la libertad asociativa de dichas entidades⁶. No obstante, en el caso de las confesiones religiosas, resulta difícil delimitar si su presencia asociativa radica en el artículo 22 o en el 16 de la Constitución, tal como se deduce de la propia jurisprudencia constitucional ([Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001](#), de 15 de febrero).

5 *Ibid.*, pp. 356-357.

6 *Ibid.*, p. 347.

Por último, en relación con la faceta positiva del derecho de asociación, es importante subrayar que la Constitución española establece que las asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. Algunas autores sostienen que la inscripción es constitucionalmente obligatoria: el legítimo ejercicio de este derecho exige soportar esta carga. La existencia de un registro de asociaciones es el medio para garantizar el carácter público de las mismas, carácter que se desprende de la prohibición de las asociaciones secretas.

En relación con la faceta negativa del derecho de asociación, un posible punto de conflicto arranca de la obligación legal de determinadas personas de pertenecer a corporaciones sectoriales (así, por ejemplo, las profesiones liberales, los comerciantes, los agricultores, etc.) también denominadas técnicamente “corporaciones de base privada”. “El Tribunal Constitucional considera que el establecimiento por la ley de la obligación de pertenecer a corporaciones no vulnera el derecho de asociación, siempre y cuando la corporación realice una función pública para cuyo desarrollo sea necesaria la afiliación obligatoria y además la adscripción obligatoria a las corporaciones sectoriales no cercene la posibilidad de pertenecer a otras asociaciones”⁷.

5. Autoorganización y control judicial

Como se ha indicado anteriormente, las propias asociaciones son titulares del derecho de asociación, lo que explica que este derecho comprenda también la facultad de defender su existencia y su modo de ser frente a agresiones del exterior.

Aceptado como bien jurídico protegido por la libertad de asociación la sociabilidad y el espíritu de cooperación de los seres humanos, es claro que dicho bien no se agota en la participación en asuntos públicos, que en el fondo ocupan sólo un sector limitado de la actividad social humana. Queda un amplísimo campo de fines y objetivos, respecto de los cuales podría predicarse, de nuevo, la plena autonomía de los grupos, comunidades y, en lo que aquí respecta, de las asociaciones. De ahí que la libertad de asociación alcance no sólo a la posibilidad de que se creen asociaciones, de que nadie sea obligado a pertenecer a una asociación, o de que cada asociación pueda establecer cualesquiera fines lícitos. El derecho de asociación comprende también la libertad de organizarse internamente del modo que los asociados entiendan más oportuno para alcanzar los fines pretendidos. Esto último es la libertad de autoorganización. La vida interna de las asociaciones, en suma, está ligada a la idea de autonomía, siempre que no se vulneren las normas de orden público en sentido propio⁸. En consecuencia, no cabría acudir a la autoridad judicial

⁷ P. TENORIO, *Libertades Públicas*, cit., p. 196.

⁸ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 359-360.

solicitando el control de los actos de las asociaciones, porque la validez de los actos asociativos que no afectan a terceros es una cuestión interna en la que no cabe interferencia pública. Para un asociado que está en desacuerdo con la asociación a la que pertenece, el remedio sería claro: abandonar la asociación y/o establecer una nueva.

Sin embargo, la autonomía de las asociaciones comienza a demostrarse debilitada por otros intereses jurídicos. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Christian Legal Society v. Martinez*, de 19 de abril de 2010, condiciona el alcance de la autonomía de las asociaciones universitarias al principio de no discriminación en la admisión de miembros.

Y en el ordenamiento jurídico español es preciso hacer también matizaciones.

Por un lado, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tiene importantes consecuencias en el campo asociativo, es decir, podemos encontrarnos casos en los que la autonomía de la asociación entre en colisión con los derechos fundamentales del asociado.

Por otro lado, la orientación que el Tribunal Constitucional ha dado a este asunto y la propia regulación de la Ley Orgánica de Asociaciones, aportan igualmente elementos que condicionan la autonomía. Veamos cuáles.

Respecto a la orientación de la jurisprudencia constitucional, ya en 1988 el Alto Tribunal se pronuncia en un caso arquetípico: la junta de gobierno de una asociación sanciona a uno de los asociados y éste pide el control judicial de dicha decisión. La Sentencia del Tribunal Constitucional 218/1988, de 22 de noviembre, reconoce la autonomía de las asociaciones, pero al mismo tiempo admite que los asociados puedan acudir al control judicial sobre actos puramente internos si el acto impugnado se basa en motivos fundadamente arbitrarios. Posteriormente, la jurisprudencia ha ido avanzando hacia un mayor control. Así, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1994*, de 21 de marzo, admite la posibilidad de control judicial de la expulsión de los asociados, y la *Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1999*, de 14 de junio, afirmó el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación.

En esta misma línea de intervención en la vida interna de las asociaciones, la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación dispone en su *artículo 2.5* que la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Esto —que los artículos *6*, *7* y *36* de la Constitución exigen imperativamente a los partidos políticos, los sindicatos, y los colegios profesionales, respectivamente— se extiende ahora a todas las asociaciones, en detrimento de la autonomía organizativa. Además, es un requisito que algunas entidades no pueden cumplir, señaladamente las confesiones religiosas. Lo cual sólo

admite dos posibles lecturas: o bien este requisito no es imperativo para todas las asociaciones, o bien hay asociaciones que no responden al régimen común de la Ley Orgánica.

6. Asociaciones ilícitas

Como se indicaba anteriormente, el derecho de asociación tiene marcado su límite, de forma genérica, en la licitud de los fines que persiga la asociación.

El artículo 22.2 de la Constitución española, por su parte, indica que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales, y en el número 5 del mismo artículo se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Las asociaciones ilegales y las asociaciones prohibidas pertenecen al mismo género: asociaciones no amparadas por el derecho de asociación. La diferencia entre ambas categorías radica en que las segundas (secretas y de carácter paramilitar) son indicadas expresamente por el legislador constituyente español y están prohibidas (si bien las sociedades secretas no están tipificadas en el Código penal), mientras que las primeras (las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito) remiten a lo que disponga el legislador penal en la materia, lo cual dependerá de la opción legislativa que se adopte. Si esta opción legislativa se extralimita, dirigiéndose contra asociaciones inocuas o escasamente peligrosas, es claro que el artículo 11 del [Convenio \(europeo\) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) sería de aplicación al supuesto. En efecto, en su apartado segundo ese artículo establece una cláusula sobre los límites admisibles: el derecho de asociación no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas en la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos.

En cualquier caso, el Código penal establece un elenco cerrado de asociaciones ilícitas en el artículo 515:

- a) Las que tengan por objeto cometer algún delito, o después de constituidas, promuevan su comisión.
- b) Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
- c) Las organizaciones de carácter paramilitar.
- d) Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación,

su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

En relación con la disolución de asociaciones, es preciso tener en cuenta las disposiciones legales siguientes.

Por un lado, el **artículo 38** de la Ley Orgánica de desarrollo del Derecho de asociación, que establece: “1. Salvo los supuestos de disolución por voluntad de los asociados, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en sus actividades, o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente. 2. La disolución de las asociaciones sólo podrá declararse en los siguientes casos: a. Cuando tengan la condición de asociación ilícita, de acuerdo con las leyes penales; b. Por las causas previstas en leyes especiales o en esta ley, o cuando se declare nula o disuelta por aplicación de la legislación civil. 3. En los procesos a que se refiere el apartado anterior, el órgano judicial competente, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la suspensión provisional de la asociación hasta que se dicte sentencia.”

Por otro lado, el **artículo 520** del Código penal, en el que se establece: “Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código.” Conforme a este precepto legal, la disolución y la suspensión son consecuencia accesoria del delito de asociación ilícita.

Subsiste, no obstante, una dificultad: ¿a partir de qué momento los comportamientos ilegales de los asociados permiten hablar de ilicitud de la asociación? “La respuesta dista de ser evidente porque, en definitiva, es posible que uno o varios asociados hayan incurrido en una de las conductas tipificadas por el art. 515 CP, sino que por ello quepa afirmar que el resto de los miembros de la asociación, ni ésta en su conjunto, hayan incurrido en ilegalidad alguna. (...) Se tropieza, así, con lo que en la teoría de la argumentación suele llamarse la ‘falacia de composición’: lo que es cierto para las partes no es necesariamente cierto para el todo. Ello explica que, en la práctica, la disolución de asociaciones resulte extremadamente difícil e infrecuente”⁹.

7. Asociaciones con regímenes especiales: partidos políticos

El tipo más importante de asociación con régimen especial, dado su papel para el funcionamiento de la democracia parlamentaria, es el de los partidos políticos. La propia Constitución española de 1978 en el **artículo 6** garantiza su presencia en el Derecho español: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental

⁹ *Ibid.*, p. 366.

para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

El desarrollo legal de esta previsión constitucional se lleva a cabo por la [Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos](#), que sustituye a la [Ley 54/1978](#), de 4 de diciembre.

La profunda relevancia de los partidos políticos no los sustrae de su carácter básico de entidades privadas de estructura asociativa¹⁰. No obstante, en España, existe un Registro de Partidos Políticos distinto del genérico de asociaciones.

Un problema de fondo, tanto del Derecho español como de otros ordenamientos jurídicos, es la ilicitud de los partidos políticos, de la cual se derivaría su disolución. El Tribunal Constitucional entiende acertadamente que carece de jurisdicción para disolver un partido político, ya que la reserva de jurisdicción del [artículo 22](#) de la Constitución sólo puede ser satisfecha por órganos integrados en el Poder judicial.

La delicada situación de España en relación con el terrorismo llevó a la Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002 a regular un procedimiento no penal para la disolución, en los [artículos 10 a 12](#) de la Ley, procedimiento del que conoce el Tribunal Supremo y que se inicia a instancia del Ministerio Fiscal o del Gobierno. Con el fin de evitar maniobras fraudulentas, la ley prevé que el partido disuelto no podrá reconstituirse bajo otro nombre o con otra apariencia. Se trata de un problema recurrente en la realidad política del país.

También parece conveniente detenerse en la cuestión sustantiva de la ilicitud de los partidos políticos. Según una autorizada doctrina, la Constitución española sólo permite un control de los medios —no de los fines— de los partidos políticos, como se deduce de la exigencia de que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos, recogida en el [artículo 6](#). De entrada, por tanto, todo partido político que cumpla esta condición, independientemente de si los fines son o no acordes con el sistema de democracia y libertades, estaría dentro de la ley. La Constitución no establece un modelo de “democracia militante”, esto es, “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” ([Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003](#), de 12 de marzo).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos completa esta cuestión sustantiva acerca de las circunstancias que permiten legítimamente declarar la ilicitud de un partido político. Ciertamente, la tendencia tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se alineaba con la doctrina

¹⁰ *Ibid.*, p. 367.

española de control de los medios, pero no de los fines. El cambio de orientación viene en 2003 con la sentencia *Partido de la prosperidad c. Turquía*, donde se entiende procedente la ilegalización por razones materiales, de fondo: en efecto, un partido político que preconiza el Derecho islámico como forma de organización política resulta incompatible con el pluralismo político democrático, para el que no quedaría espacio en la ideología de esa organización política. La licitud de la ilegalización de los partidos políticos cuyo modelo político sea contrario al de una sociedad democrática se vio confirmada—para el caso español— en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca c. España*, de 15 de enero de 2013.

Lo cierto es que la nueva Ley Orgánica de Partidos Políticos de 2002 parece seguir las orientaciones de la jurisprudencia de Estrasburgo, ya que permiten un cierto control de los fines en el *artículo 9.2*: “Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave...” Del texto de dicho artículo cabe deducir que no se produce una “incriminación” total de fines, sino sólo de aquellos que tiendan a destruir la libertad misma¹¹.

8. Reunión y manifestación

El derecho de reunión y manifestación está reconocido en el *artículo 21* de la Constitución española y en el artículo 11 del *Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Se desarrolló por la *Ley Orgánica 9/1983*, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

La jurisprudencia constitucional caracteriza el derecho de reunión y manifestación como un “derecho fundamental autónomo”, íntimamente relacionado con el derecho de asociación y con la libertad de expresión. Con el derecho de asociación tiene en común la agrupación de personas con un mismo fin, pero la diferencia radica en la falta de estabilidad o permanencia del derecho de reunión y manifestación. Con la libertad de expresión tiene en común la difusión de ideas u opiniones, pero la diferencia radica en que la libertad de expresión puede ejercerse de modo individual, mientras que el derecho de reunión y manifestación es un derecho colectivo.

El derecho de reunión y manifestación comprende los siguientes elementos¹²:

¹¹ *Ibid.*, p. 372.

¹² J. L. LÓPEZ GONZÁLEZ, “El derecho de reunión y manifestación”, en *Derecho Constitucional. Base del conocimiento jurídico*, Iustel, fecha de consulta 26 diciembre 2014, en www.iustel.com.

- a) Un elemento subjetivo, porque la reunión o manifestación supone una agrupación de personas que deciden congregarse de forma voluntaria con una concertación o convocatoria previa.
- b) Un elemento temporal, porque la agrupación de personas tiene carácter transitorio; la conclusión de la reunión supone la ruptura del vínculo que unía a los agrupados.
- c) Un elemento finalista, porque la reunión tiene como objetivo la defensa de intereses o exposición e intercambio de ideas u opiniones entre los agrupados.
- d) Un elemento objetivo, es decir, un lugar de celebración, con dos posibles desarrollos: un lugar de tránsito público o un lugar cerrado.

El bien jurídico protegido parece estar más relacionado con la libre circulación de ideas u opiniones que con la sociabilidad humana. La ley española se desentiende, a los efectos de regulación del derecho de reunión, de determinados eventos que no se verifican en lugar de tránsito público, tal como se establece en el [artículo 2](#) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión: “Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones (...) 1. Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios. 2. Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad. 3. Las que celebren los Partidos Políticos, Sindicatos, Organizaciones Empresariales, Sociedades Civiles y Mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de Propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas. 4. Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión. 5. Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica.”

La propia ley establece un concepto jurídico de reunión en su [artículo 1](#): se entiende por tal la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada.

Son titulares del derecho de reunión y manifestación todas las personas físicas incluidos los extranjeros. Respecto de los españoles, el único requisito que se exige para que éstos puedan convocar reuniones es que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Existen limitaciones en el ejercicio previstas para militares (tiene prohibido acudir de uniforme a manifestaciones o reuniones que no tuvieren carácter familiar, social o cultural), y para jueces y fiscales (no pueden concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto

cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial). Respecto de los extranjeros, la condición de ejercicio del derecho de reunión y manifestación es hallarse legalmente en territorio español.

En cuanto a la índole del derecho, parece oportuno aclarar que estamos ante un único derecho, en el que con las palabras “reunión” y “manifestación” se pone de relieve que el derecho se puede ejercer en un lugar fijo o discurriendo a lo largo de un itinerario. Tal distinción aparece implícita en el propio [artículo 21](#) de la Constitución: “1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará de autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.”

El [artículo 5](#) de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión prevé la disolución de las reuniones y manifestaciones no acordes con la exigencia constitucional (“pacífica y sin armas”): (i) cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes Penales, (ii) cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, o (iii) cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes. Al remitir a lo dispuesto en este artículo, la [Ley Orgánica 4/2015](#), de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, especifica que la autoridad también podrá “disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías” ([artículo 23.1](#)).

En relación con las reuniones y manifestaciones en lugar de tránsito público, el requisito de comunicación previa a la autoridad gubernativa no es una autorización. La manifestación o la reunión será legítima siempre que se hubiera comunicado en el plazo legalmente establecido: de 30 a 10 días antes o, en casos urgentes, con al menos veinticuatro horas de antelación. Mediante la comunicación previa, la autoridad gubernativa puede adoptar las medidas oportunas para salvaguardar el orden público. Conforme al [artículo 10](#) de la Ley, si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas. Repárese en que la expresión “orden público” ha de entenderse en un sentido puramente material o externo, como apreciación razonable de riesgo para personas o bienes.

Por último, señalar que la Ley española dota a los ciudadanos de un recurso especial, regulado en el **artículo 122** de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para dirimir con la autoridad gubernativa sus diferencias sobre la celebración de una manifestación o reunión. El recurso se interpondrá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que ésta remita inmediatamente el expediente. El Tribunal Superior de Justicia, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oirá a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas.

Capítulo 12. Derechos educativos

1. Introducción

Tener el monopolio de la sabiduría, de la información, o instrumentalizar el conocimiento, pueden ser mecanismos de poder que cercenan el acceso a la verdad y a la libertad. De ahí la importancia del reconocimiento y protección de los derechos educativos.

De la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podríamos diferenciar entre educación y enseñanza como dos conceptos distintos, englobado el segundo en el primero. La educación es el entero proceso mediante el cual, en cualquier sociedad, los adultos intentan transmitir a los jóvenes sus creencias, cultura y valores; la enseñanza, en particular, se refiere a la transmisión de conocimientos y al desarrollo intelectual ([Campbell y Cosans contra Reino Unido](#)).

1.1. El protagonismo del Estado en la enseñanza

La Ilustración es una cosmovisión con sus propios dogmas o principios: creencia en el progreso indefinido, en la soberanía de la razón para solventar los problemas y conducir a la felicidad, fe en la libertad, la igualdad y la solidaridad como ingredientes de esa felicidad, aceptación incondicional de la democracia y de los derechos humanos y confianza en la educación como instrumento para superar la ignorancia y erradicar el mal del mundo¹. Al Estado ilustrado no sólo le correspondería hacer carreteras, garantizar la paz social, defender el territorio de las agresiones externas, etc., sino también ejercer un papel rector en materia de enseñanza a través de la Instrucción pública. En consecuencia, se despliega una acción estatal dirigida a poner por obra —en mayor o menor medida y con matices

¹ P. TOWER, *Confusión y verdad. Raíces históricas de la crisis de la Iglesia en el siglo XX*, El Buey Mudo, Madrid, 2010, p. 314.

diversísimos— la idea de la “escuela pública” o, si se prefiere, el protagonismo estatal preferente en esta materia²: así se entiende que, en el curso 2017-2018, más de la mitad de los alumnos de enseñanza no-universitaria (el 67,2%) estuvieran matriculados en centros de titularidad estatal, según [cifras del Ministerio de Educación](#) español. Y de ahí que los sectores doctrinales de corte más estatista, pero dialogantes, estén dispuestos a “negociar” sobre la presencia de la religión y las creencias en cualquier sector de la esfera pública... menos en la escuela³.

El déficit de ciudadanía, de tolerancia, de democracia que se detecta en muchos países de Occidente parece exigir —a falta de otros recursos de formación ciudadana— una actuación urgente de los Estados sobre la enseñanza para lograr personas libres (en el sentido de autónomas) y ciudadanos activos. Así parece entenderlo, hoy en día, el [Consejo de Europa](#).

1.2. Actores sociales y enseñanza: padres, docentes y alumnos

Sin embargo, la sencilla ecuación “educación de los ciudadanos es igual a acción estatal promocional y prestacional” no agota todo el panorama jurídico de la enseñanza. En el siglo XIX al protagonismo estatal —y a veces pretendido monopolio educativo— le plantó cara la libertad de enseñanza. Este derecho demanda, por un lado, que exista una libre iniciativa social en la materia y, por otro, reclama que se respete y no se suplante el papel de los padres o tutores, a quienes el propio Derecho exige deberes con los hijos (véase, por ejemplo, el [artículo 154](#) de nuestro Código Civil) que se ejercen conforme al grado de madurez de los propios menores de edad, titulares del derecho a la educación y a la libertad religiosa e ideológica⁴.

Estado, padres o tutores y menores de edad plantean, por tanto, sus propias demandas e intereses en el área educativa. Pero no son los únicos, porque los docentes también son actores en el escenario y cumplen papeles nada despreciables.

Los docentes, en efecto, al ejercitar su profesión, pueden oponer cierta resistencia a convertirse en meras correas de transmisión de la ideología que les viniera impuesta desde arriba. El ejercicio de la profesión docente tiene un bagaje ideológico que no es simplemente la adopción, porque sí, de una postura apriorística, sino el resultado de la sincera búsqueda de la verdad científica en tantos campos en los que la asepsia en la transmisión de conocimiento es tan alabada como imposible.

2 C. L. GLENN, *El mito de la escuela pública*, Encuentro, Madrid, 2006.

3 A. GARCÍA-SANTESMASES, *Laicismo, agnosticismo y fundamentalismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007; S. H. SHIFFRIN, *The Religious Left and Church-State Relations*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

4 M. MORENO ANTÓN, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007; M. B. RODRIGO LARA, *La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2005.

En qué medida el Derecho debe proteger esta dimensión de la libertad ideológica frente a las pretensiones del poder y armonizarla con las aspiraciones de los padres o titulares del centro docente, es una cuestión que aflora también en los frecuentes litigios ante los tribunales de justicia nacionales e internacionales.

1.3. La enseñanza y las religiones

Y que las religiones tienen que ver con la educación y la escuela es también una afirmación de claridad meridiana. Dependiendo de las peculiaridades y cauces que tiene cada religión para la transmisión de su credo y de su cultura, lo cierto es que la transmisión de la fe y de las creencias se opera de dos modos, uno sincrónico y otro asíncrono.

Conforme al primer modo, la formación religiosa de la persona avanza simultáneamente con el crecimiento en edad y en madurez intelectual y espiritual. Las comunidades de creyentes, las religiones, no esperan que llegue un momento abstractamente ideal en el que cada persona procede —de forma aséptica, libre e independiente— a elegir un credo en el surtido mercado de ideas y creencias, sino que a lo largo del proceso de madurez humana, las religiones proveen a sus fieles de elementos que ayudan a la conformación de su fisonomía espiritual. En tal sentido, y con todo respeto a la opinión contraria, siempre me resultó clarificador en su ironía el juicio del escritor inglés G.K. Chesterton, cuando afirmaba que “[l]a persona adulta en ningún caso puede escapar a la responsabilidad de influir sobre el niño; ni siquiera cuando se impone la enorme responsabilidad de no hacerlo. La madre puede educar al hijo sin elegirle una religión; pero no sin elegirle un medio ambiente. Si ella opta por dejar a un lado la religión está escogiendo ya el medio ambiente (...) La madre, para que su hijo no sufra la influencia de supersticiones y tradiciones sociales, tendrá que aislar a su hijo en una isla desierta y allí educarlo. Pero la madre está escogiendo la isla, el lago y la soledad; y es tan responsable por obrar así como si hubiera escogido la religión de los menonitas o la teología de los mormones”⁵.

Conforme al modo que denomino aquí asíncrono, las religiones ofrecen una explicación global de la existencia que no puede aislarse del modo con que se afronta materias particularmente sensibles a la vida humana, como la historia, la filosofía, la ética o la biología, por mencionar sólo algunas. Especialmente la enseñanza referida a las humanidades “trata directamente con valores como una parte necesaria del contenido de cualquier cultura. Y los valores no simplemente se conocen, sino que se estiman, es decir que se juzgan por el interés que ellos puedan ofrecer y el sentido, negativo o positivo, que tienen respecto de la propia vida”⁶. Es natural, por tanto, que

5 G. K. CHESTERTON, *Obras completas*, vol. 1, Plaza y Janés, Barcelona, 1961, p. 1146.

6 V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, *Persona y Derecho*, vol. 6, 1979, p. 47.

de forma directa o indirecta las religiones posean un interés también primordial en la educación y en la escuela en razón de este elemento.

La existencia de intereses en la educación y en la enseñanza, tanto para el Estado como para las religiones, hace de esta materia —como ya se indicó— un campo de fricciones. Ante esas fricciones “la historia anota dos reacciones que no han sido infrecuentes. Para el Estado, la tentación extrema ha sido desembarazarse totalmente de la religión. Para el poder religioso, sofocar la necesaria e imprescindible autonomía del poder político. A la larga, ambas posturas han costado caro tanto al Estado como a las comunidades religiosas. Todavía hoy se dan retrocesos y ambigüedades, conflictos e incomprensiones sobre el modo de entender el bien común por uno u otro poder”⁷.

Y no estamos hablando solo de desencuentros y fricciones a nivel institucional, es decir, entre las Iglesias y el Estado por el predominio o el monopolio de una actividad social. En este sentido, creo que es llegado el momento de abandonar las explicaciones simplistas en las que se arroja sobre el Estado la etiqueta del adoctrinamiento y el totalitarismo ante su acción educativa, o la fácil explicación de que la Iglesia católica, perdida su hegemonía económica del pasado, pretende mantener el control de las conciencias a través de la enseñanza. En general, debemos concluir que la enseñanza es un campo conflictivo sencillamente porque entran en juego los derechos fundamentales de la persona y estamos, por tanto, en un área de enorme sensibilidad jurídica.

Para el caso español la situación de conflictividad vendría agravada por dos factores. El primero de ellos es la complejidad interna del artículo 27 de la Constitución española de 1978, que reconoce un haz de derechos fundamentales sin determinar la armonía práctica de los mismos. El segundo factor es la provisionalidad de la legislación española en materia educativa; en efecto, rara ha sido la ocasión en la que la alternancia de los partidos mayoritarios en el gobierno no haya llevado aparejada cambios en la enseñanza⁸.

2. Derecho a la educación y libertad de enseñanza

2.1. Conceptos básicos

El artículo 27 de la Constitución española de 1978 se abre precisamente con la proclamación de estos dos derechos fundamentales: derecho a la educación y libertad de enseñanza. “Históricamente, estos términos expresaban el conflicto entre

7 R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004, p. 144.

8 M. RODRÍGUEZ BLANCO, “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (OLIR)*, 2005, fecha de consulta 10 noviembre 2012, en http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/RodriguezBlanco_Ensenanza.pdf.

la enseñanza laica y la confesional, o entre la escuela pública y la privada. En definitiva, eran la manifestación del concepto de enseñanza propio de liberales y conservadores (...) La Constitución, al juntar ambas concepciones en un mismo artículo, aúna estas dos tradiciones enfrentadas con el objeto de que sea el legislador quien, a través de la normativa correspondiente, oriente el modelo educativo por una vía o por otra. De ahí que haya habido, desde la aprobación del texto constitucional, continuos cambios en las leyes orgánicas reguladoras de la materia, acompañadas de los recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”⁹.

El derecho a la educación se configura en nuestro ordenamiento como un derecho universal (no limitado a los ciudadanos), que tiene como objeto el acceso a la educación (no sólo a la enseñanza) en todos sus niveles y en todas sus posibles facetas. En los niveles más básicos, se configura como derecho-deber prestacional: la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. Su prolongación, de menor intensidad, se concreta en el artículo 44 del texto constitucional (derecho de acceso a la cultura). Respecto de sus limitaciones, se cuestiona si la existencia de *numerus clausus* en el acceso a la educación superior supone una infracción del derecho a la educación. Tal infracción no existe: en esta materia se requiere un justo equilibrio entre el derecho a la educación y el interés general, entendido como el mínimo de calidad docente o como la necesidad de desincentivar ciertos estudios en los que existe sobreabundancia de graduados.

Junto con el derecho a la educación, encontramos igualmente la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.6 de la Constitución, “libertad que han de gozar individuos y comunidades para —con independencia y autonomía del Estado— abrir centros docentes, otorgar educación y cultura, establecer sus propios planes de estudios, seguir peculiares métodos y procedimientos didácticos, así como conferir títulos académicos”¹⁰. La libertad de enseñanza guarda relación con el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación y una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas e incluso “pedagógicas”, tal como señala la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* en su artículo 14. “Para que la libertad de enseñanza de estos padres quede satisfecha, no basta introducir simplemente la asignatura de religión en el cuadro educativo institucional, sino que debe estar garantizada la posibilidad de que la propia fe abarque e inspire la educación que recibe el menor de edad”¹¹. La libertad de enseñanza parte, en definitiva, del convencimiento de que “en una sociedad pluralista (...) la transmisión de creencias y modelos de conducta no es asunto en que deban inmiscuirse los

9 A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “La libertad de enseñanza”, en Miguel Ángel Jurdado Ruiz-Capillas (ed.) *Derecho Eclesiástico del Estado*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2011.

10 J. A. ARAÑA Y MESA, *La fundamentación de la libertad de enseñanza como derecho humano*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2005, p. 71.

11 *Ibid.*, p. 268.

poderes públicos. De lo contrario, se correría el riesgo de abrir la puerta a una sociedad progresivamente uniforme y, sobre todo, dirigida”¹².

2.2. Diversidad, neutralidad y escolarización

Como se ha sintetizado acertadamente, al analizar el sistema español en este tema, “[a] través del reconocimiento del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza se ha pretendido garantizar la pluralidad de opciones dentro del sistema educativo. En concreto, el derecho a la educación, con la consiguiente afirmación del protagonismo de los poderes públicos, ha procurado asegurar una escuela ideológicamente neutral consistente (...) en la creación de una amplia red de escuelas públicas que garanticen la escolarización de todos, y donde no haya una opción por una determinada ideología o creencia. En cambio, a través de la libertad de enseñanza se ha intentado satisfacer la aspiración de posibilitar la opción de elegir centro que, por su orientación concreta, resulte más satisfactorio”¹³. No obstante esta alentadora afirmación, y frente a aquellos que, quizá con mejor criterio, han entendido que la conjunción de ambos derechos en la Constitución española arroja un resultado integrador¹⁴, creo que la realidad posterior ha demostrado la complejidad conflictual de la combinación entre derecho a la enseñanza y libertad de educación.

Veamos algunos de elementos relevantes del sistema educativo español: el logro del pluralismo, la neutralidad como característica de la escuela de titularidad estatal y, por último, la distinción entre escolarización obligatoria y enseñanza obligatoria.

El artículo 27 de la Constitución española de 1978 prescribe: “[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Tal objetivo compete a todo tipo de enseñanza. El respeto a los derechos fundamentales implicados obliga a garantizar la pluralidad en el ámbito educativo, con el fin de desterrar la posible tentación de convertir la enseñanza en cauce para el adoctrinamiento político o ideológico. La pluralidad puede plasmarse de dos modos: pluralidad externa (es decir, muchas escuelas con diversas orientaciones ideológicas, religiosas, etc. cada una de ellas) y pluralidad interna (una sola escuela, en el que convergen diversas orientaciones ideológicas, religiosas, etc.) En el sistema español, la libertad de enseñanza garantiza la pluralidad externa: libre creación de centros

12 L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 419.

13 A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “La libertad de enseñanza”, cit., pp. 174-175.

14 A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 18.

docentes con “idearios” diversos. Por su parte, el derecho a la educación quizá debería haber recogido la pluralidad interna, pero no lo hace porque los centros de titularidad estatal vienen obligados a observar la neutralidad como “ideario por defecto”.

El Tribunal Constitucional, en su [Sentencia 5/1981](#) de 13 de febrero, entiende que la neutralidad: “es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita”.

La neutralidad escolar no es una característica apropiada para la libertad, sino la posición más acorde con el protagonismo estatal en un área ideológicamente comprometida. La neutralidad viene a ser el sustitutivo menos malo de la falta de libertad¹⁵ allí donde el Estado interviene con fuerza y es preciso salvar la libertad ideológica de los ciudadanos —en este caso de los padres de los escolares— que tienen derecho a que sus hijos sean educados en sus convicciones morales y religiosas.

La neutralidad de la enseñanza de titularidad estatal plantea al menos dos problemas básicos, uno de orden político-jurídico y otro de orden pedagógico.

En el plano político-jurídico constatamos que el Estado moderno, en general, reclama para sí dos principios que resultan en sí mismos incompatibles. Por un lado, afirma la neutralidad ante las distintas cosmovisiones, con el fin de no influir en la sociedad civil. Por otro lado, asume como tarea esencial financiar, organizar e impulsar la educación en sus diferentes niveles, desde la educación infantil hasta la universidad, diseñando las líneas maestras del sistema educativo. Pero el Estado democrático, en razón de su deber de neutralidad, difícilmente puede servir como institución encargada de la educación, ya que no cabe educar sin tener muy presentes los fines a los que se aspira, y el Estado no puede aspirar a establecer fines sin recurrir a un sistema de valores, traicionando de este modo su neutralidad¹⁶. Y es que “la neutralidad es una idea regulativa o un ideal nunca por completo alcanzable;

15 J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, “La Enseñanza”, en Javier Ferrer Ortiz (ed.) *Derecho eclesiástico del Estado español*, 6ª ed., Eunsa, Pamplona, 2007, p. 281.

16 I. SOTELO, “Educación y Democracia”, en *Volver a pensar la educación: Congreso Internacional de Didáctica (La Coruña, 27 al 30 de Septiembre de 1993)*, vol. I, Ediciones Morata, 1995, pp. 57-58.

ninguna institución y menos una institución educativa puede quedar a salvo de la transmisión de valores, ideologías o concepciones de lo bueno y lo virtuoso.”¹⁷

En el plano pedagógico, formar neutralmente podría conducir a formar sujetos neutrales, pero no necesariamente sujetos libres. “Porque la neutralidad es posible en muchas situaciones de la vida en que se plantea un problema concreto que sólo afecta a un aspecto parcial de los intereses humanos. Pero cuando se trata de la existencia entera, como es el caso de la educación, la neutralidad es imposible. (...) Se puede también pedir una escuela neutra acudiendo al fácil recurso de que [en] la institución escolar sólo se debe tratar de problemas en los cuales hay consenso general y deben apartarse de ella los que puedan ser conflictivos. Concretamente, para poner algún ejemplo, los problemas religiosos (...) De hecho, la escuela neutra en tanto que centro educativo no existe a menos que sea un centro meramente instructivo en el que los problemas de la formación moral queden marginados, porque (...) el educador no puede inhibirse de los problemas que la educación plantea. Y justamente los más profundos problemas educativos se plantean en torno a la concepción del mundo, de la vida y del hombre, cuestiones que no se pueden soslayar a menos que la educación quede mutilada”¹⁸.

De hecho, la escuela de titularidad estatal no es neutra a la luz de los compromisos internos (artículo 27.6 de la Constitución) e internacionales en los que se encomienda a la tarea educativa el libre desarrollo de la persona en el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades fundamentales. El peligro es doble. En primer lugar, que el Estado convierta este marco general educativo en una fuente de legitimación del democratismo¹⁹. Por democratismo cabe entender la transposición de las características del sistema político institucional democrático a todas las áreas de la convivencia social. Ciertamente resultaría sospechosa la imposición abierta o velada del democratismo en la escuela, si se tiene en cuenta que, en otras áreas de la actividad social, el Estado renuncia a la imposición de formas de democracia militante ([Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003](#), de 12 de marzo), que vulnerarían los derechos fundamentales de libertad ideológica, participación, expresión e información. Y en segundo lugar, el peligro consiste en que el Estado transmita los derechos humanos y las libertades públicas concebidos desde patrones ideológicos concretos, señaladamente desde el liberalismo ideológico, gran impulsor de la idea de neutralidad como comportamiento más adecuado del poder democrático. De ahí que debería entenderse la neutralidad de la escuela de

17 L. PRIETO SANCHÍS, “Estado Laico y Educación en valores”, en Santiago Catalá (ed.) *Sistema Educativo y Libertad de Conciencia*, Alderabán, Madrid, 2009, p. 31.

18 V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, cit., pp. 43-44.

19 P. F. GAGO GUERRERO, “El democratismo, ¿vía hacia el progreso o a la decadencia?”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 122, 2003, pp. 73-107.

titularidad estatal exclusivamente como interdicción del adoctrinamiento, sin más extensión.

Por último, unas ideas en este apartado acerca de la escolarización. El artículo 27. 4 de la Constitución española de 1978 establece que la enseñanza básica es obligatoria. Cabe deducir en buena lógica que lo obligatorio es la enseñanza, pero sin alcanzar necesariamente un modo exclusivo de desarrollar dicha enseñanza, es decir, que podría darse el caso de una enseñanza sin escolarización. Lo cual es de importancia capital si se tiene en cuenta la necesidad de armonizar el derecho a la educación con la libertad de enseñanza y para dar entrada cabal a modelos alternativos de enseñanza obligatoria, tales como la “escolarización en casa”²⁰. No sin razón se ha concluido que en “aquellos casos singulares en que se compruebe que la elección hecha por una familia —incluida la decisión reflexiva de sustraer a los hijos del sistema escolar obligatorio— no impide que éstos desarrollen las competencias necesarias para que puedan ejercer sus libertades, el Estado no puede recurrir a medidas coercitivas”²¹.

Sin embargo, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010**, de 2 de diciembre, entiende que el sistema de escolarización obligatoria español no lesiona la libertad de enseñanza y que el respeto de la opción de escolarización en casa no viene exigido por la Constitución, sin perjuicio de que el legislador pudiera eventualmente admitirla.

3. Enseñanza de religión

En relación con la enseñanza de religión, el artículo 27 de la Constitución española de 1978 ha recibido distintas interpretaciones por parte de la doctrina. Simplificando la cuestión al máximo, pueden distinguirse dos posturas básicas²². Por una parte, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones ha sido calificado como un derecho de autonomía frente a los poderes públicos, en el sentido de que mediante su reconocimiento queda prohibido en los centros docentes el adoctrinamiento religioso o ideológico de los menores contra la voluntad de sus padres. Por otra parte, se ha interpretado como derecho de prestación, en el sentido de que exige la inclusión de la enseñanza de la religión en los contenidos formativos de la escuela. Esta última interpretación vendría avalada por el tenor literal del precepto —«los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos

20 I. M. BRIONES MARTÍNEZ, “¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 3, 2003.

21 R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria*, cit., p. 342.

22 M. RODRÍGUEZ BLANCO, “La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)”, cit., p. 2.

reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»— y por el contenido de los debates constituyentes.

“La enseñanza de la religión en la escuela ofrece un vivo contraste con la creciente secularización de Europa. Teniendo en cuenta que la organización de la enseñanza pública depende de las autoridades estatales, y la decisión del Estado sobre incluir o no la enseñanza de la religión en el currículo escolar es discrecional, cabría esperar que la escuela pública sería uno de los ámbitos de donde más rápidamente habría desaparecido la religión. Por el contrario, se constata que la enseñanza religiosa se mantiene en la mayoría de los países”²³. De forma muy resumida, la asignatura de religión en la escuela de titularidad pública puede seguir hasta tres modelos²⁴: enseñanza de religiones desde una perspectiva histórica o cultural (Reino Unido, Dinamarca, Islandia, Noruega), enseñanza confesional de religión como asignatura obligatoria con derecho a exención o a alternativa (Grecia, Austria o Rumanía) y enseñanza confesional de religión facultativa o de libre elección (República Checa, Bulgaria, España). Estos modelos, a su vez, exigen concretar asuntos de importantes consecuencias jurídicas: complementariedad de asignaturas, carácter evaluable, sistemas de designación, contratación y régimen jurídico del profesorado, autoridades competentes para establecer los programas de las asignaturas, etc.

Por lo demás, en esta materia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido perfilando los rasgos del contenido de dichas asignaturas (enseñanza confesional de religión, enseñanza de las religiones) de forma que resulten congruentes con el Convenio de Derechos Humanos, a través de las sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* de 7 de diciembre de 1976 y, más recientemente, en los casos *Folgerø y Otros contra Noruega* de 29 de junio de 2007, y *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía* de 9 de octubre de 2007.

3.1. Evolución de la normativa española

El Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979 en su **artículo 2** estableció: “Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”.

Todos los partidos políticos que han alcanzado el Gobierno desde la entrada en vigor de este acuerdo han introducido normas para hacer efectivo ese pacto de

²³ M. DEL C. GARCIMARTÍN MONTERO, *La religión en el espacio público*, 1. ed, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 139.

²⁴ A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La enseñanza de la religión en Europa*, Digital Reasons, Madrid, 2018.

1979. La regulación recogida en el Acuerdo dejaba determinados aspectos abiertos a la interpretación y hay cuestiones que requieren una ulterior concreción normativa, pero las líneas maestras de lo que se pretendía eran nítidas. Las sucesivas reformas y la falta de consenso político entre los partidos han venido motivadas en gran medida por la enorme carga ideológica de este tema y el tremendo poder que otorga el control de la enseñanza. Los partidos políticos no han sabido —o no han querido— alcanzar el consenso necesario para desarrollar de modo armónico con los interlocutores sociales lo previsto en el Acuerdo y en la legislación unilateral posterior. De forma que, hoy por hoy, el tema de la enseñanza de la religión en la escuela de titularidad pública no se encuentra definitivamente resuelto.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (ver [artículo 2.1. c y 2.3](#)) se amplió el abanico de elección a la enseñanza de la religión de diversos grupos religiosos, o a la ética y moral. La pieza clave de este régimen eran las [Órdenes de 16 de julio de 1980](#). Éstas regulaban la situación de la enseñanza de la religión católica y la enseñanza de la religión para “diversas Iglesias, Confesiones o Comunidades en Educación Preescolar y Educación General Básica”, y en “Bachillerato y Formación Profesional”, respectivamente. Luego se fueron concretando los programas, de los distintos niveles, de la enseñanza de religión católica, judía, adventista y de la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días. La incorporación a los planes de estudio se realizó por Órdenes ministeriales que se fueron aprobando desde 1981 a 1985.

Posteriormente, la [Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo \(LOGSE\)](#) establece un modelo restrictivo, al limitar la enseñanza religiosa a aquellos grupos religiosos (confesiones) que hubieran firmado acuerdo con el Estado.

Los [Acuerdos de cooperación 1992](#) se inspiran en la misma filosofía que la Ley Orgánica 1/1990. En los acuerdos se dejaba la enseñanza de su doctrina y moral fuera del horario escolar (y presumiblemente del plan de estudios), dando respuesta tan sólo a la exigencia del artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980. Los poderes públicos sólo se comprometían a facilitar, previa solicitud, “los locales adecuados para el ejercicio de aquel derecho [de los alumnos a recibir enseñanza de su religión] en armonía con el desenvolvimiento de las actividades lectivas” (artículo 10.4).

El 3 de mayo de 2006 el Parlamento español aprobó la sexta ley educativa de la democracia española, la Ley Orgánica 2/2006, de Educación. La [Disposición Adicional Segunda](#) de la Ley establece: “1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y

de carácter voluntario para los alumnos. 2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas”. El contenido de la enseñanza de religión impartida de forma confesional significa igualmente que los contenidos y libros de texto serán los determinados por las propias confesiones religiosas, que las asignaturas impartidas serán evaluables, si bien las calificaciones obtenidas no se computarán en oposiciones ni en la nota media a efectos de admisión de alumnos en estudios posteriores. Además, conforme a la normativa vigente, para quienes no elijan enseñanza de religión en la educación primaria no existía asignatura alternativa (Disposición adicional primera del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre), mientras que en la enseñanza secundaria obligatoria existía la alternativa (historia y cultura de las religiones) o la exención total (Disposición adicional segunda del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria).

La **Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa**, confirmó que la alternancia de partidos en el poder conlleva cambios en materia educativa, sin perjuicio de que esos cambios hayan sido propiciados o no por una verdadera demanda necesidad social. No se trata propiamente de una ley nueva, sino de una norma de modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En la Educación primaria y en la Secundaria obligatoria, entre las asignaturas específicas, se encuentra Religión o Valores sociales y cívicos, que se cursan alternativa o cumulativamente, a elección de los padres, madres, tutores o, en su caso, el alumno o la alumna. En el Bachillerato la religión no aparece como asignatura obligatoria con alternativa, sino como asignatura “específica” de libre elección. En las Enseñanzas Primaria y Secundaria Obligatoria, la asignatura de religión es evaluable, computa para la nota media final de curso, pero no es objeto de la Evaluación Final ni de la Enseñanza Primaria ni de la Enseñanza Secundaria Obligatoria. La Ley reitera el compromiso del Gobierno de cumplir con los Acuerdos suscritos con las confesiones religiosas, así como la autonomía de éstas en el establecimiento del contenido, materiales didácticos, libros de textos y criterios de evaluación. En la práctica la reforma operada por la Ley de 2013 ha supuesto una reducción del horario de enseñanza religiosa.

Añádase a esta normativa el dato de que las competencias en materia educativa están transferidas a las Comunidades Autónomas, lo cual supone a veces importante diferencias prácticas en la aplicación de las orientaciones generales.

3.2. Los profesores de religión

Otro punto habitualmente complejo ha sido el del profesorado de religión en la escuela pública. Las cuestiones debatidas, objeto en algunos casos de pronunciamientos judiciales, han sido: la remuneración del profesorado, su equiparación al resto de los profesores, su participación en los órganos colegiados de los centros de titularidad estatal, y los criterios fijados para la designación y cese del profesorado de religión en la escuela estatal. Los últimos pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones versan sobre la designación de profesores de religión católica y su régimen retributivo.

Respecto de la designación, es preciso aclarar que la **Disposición adicional tercera** de la Ley Orgánica 2/2006 establecía que los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. El régimen laboral de los profesores de religión de los centros de titularidad estatal viene regulado por el **Real Decreto 696/2007, de 1 de junio**. Para proceder a la contratación, es necesaria una “declaración de idoneidad” o certificación equivalente, emitida por la autoridad religiosa competente, declaración que abarca no sólo aspectos relativos a la capacidad docente desde un punto de vista técnico-pedagógico, sino que también engloba el comportamiento moral.

De suyo, tal declaración de idoneidad no plantea problemas de inconstitucionalidad, como constataba la **Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2007**, de 19 de abril. Sin embargo, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2011**, de 14 de abril, sostiene que la jurisdicción ordinaria no ponderó adecuadamente los derechos de una profesora (a no ser discriminada, a la libertad ideológica, a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar) con motivo de la “no renovación” por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas de Derecho canónico. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el **caso Fernández Martínez contra España**, de 12 de junio de 2014, estimó que no hay violación del artículo 8 del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al no renovar el contrato como profesor de religión a un sacerdote secularizado y casado, que había hecho manifestaciones públicas críticas sobre aborto, divorcio, sexualidad o control de natalidad contra la Iglesia católica.

Respecto del régimen retributivo de los profesores de religión católica, el Tribunal Supremo, en Sentencia 4876/2012, de 7 de junio, determina que los

profesores han de ser retribuidos de la misma manera que a los funcionarios docentes de carácter interino, reconociéndoles la antigüedad a efecto de trienios.

La impartición de las asignaturas de las religiones minoritarias — concretamente de los evangélicos e islámicos— se encuentra todavía en vías de efectiva satisfacción.

Los profesores de enseñanza religiosa evangélica son seleccionados por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), que cuentan con una formación extra que les imparte el **Centro de Formación de Profesorado de Religión Evangélica**. La FEREDE estableció desde hace años un Consejería de Enseñanza Religiosa Evangélica para impulsar la enseñanza religiosa y analizar los problemas para su efectiva implantación. Al mismo tiempo, la FEREDE tiene varias instituciones docentes de nivel superior que capacitan al profesorado para impartir de forma competente la enseñanza religiosa. En 2018 recibieron enseñanza religiosa evangélica 18.421 alumnos en 913 centros impartida por 254 profesores²⁵.

Respecto de la enseñanza islámica²⁶, ésta se está impartiendo en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Madrid, País Vasco, Ceuta y Melilla. En 2016 se alcanzó la cifra de 55 profesores contratados para impartir religión islámica; algunos profesores atienden varios centros. Las clases tienen lugar en horario lectivo, al igual que la religión católica, y se imparten principalmente en castellano, salvo en los casos en los que se explican algunos pasajes del Corán.

La enseñanza de la religión judía no ha gozado de implantación en el sistema educativo público ya que, como también ocurre en Italia, las comunidades judías en España se han apoyado en un sistema escolar de iniciativa propia²⁷.

4. La enseñanza de iniciativa social, también llamada escuela privada

4.1. El ideario de los centros docentes

La libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución española de 1978 significaba admitir la libre iniciativa social en materia educativa, también en los niveles básicos y obligatorios. A los efectos de la promoción de los

25 M. BLÁZQUEZ BURGO, A. CALVO TELLO, *Informe al MECD sobre la Enseñanza Religiosa Evangélica. Consejería de ERE "Análisis de la problemática de la enseñanza religiosa evangélica en los centros educativos públicos"*, 1 Noviembre 2018.

26 M. D. CEBRIÁ GARCÍA, "La enseñanza de la religión islámica en los centros docentes españoles", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 18, 2008.

27 A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, CLUEB, Bologna, 2005, pp. 123-128.

derechos fundamentales, el valor añadido de los centros docentes de iniciativa social radicaría en la diversidad ideológica, frente a la neutralidad a la que vendrían obligados los centros de titularidad estatal. Esa diversidad ideológica se refleja en el ideario de los centros docentes.

El ideario o carácter propio “se refiere a aquellos aspectos fundamentales [ideológicos, religiosos, pedagógicos] que caracterizan y definen la forma de impartir la enseñanza en un centro educativo, que le diferencian de los demás centros, y que informan a los padres a la hora de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, contribuyendo con ello al pluralismo externo de centros docentes”²⁸. El Tribunal Constitucional, en su **Sentencia 5/1981**, de 13 de febrero, ha determinado que el derecho a establecer un ideario propio es una faceta del derecho a crear centros docentes. El ideario no es una exigencia de carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque exista entre ambos una indudable relación. Asimismo, el derecho a establecer el ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa.

4.2. El sistema de conciertos

El Tribunal Constitucional entiende suficiente el deber de neutralidad de los centros docentes de titularidad pública para garantizar un nivel mínimo de libertad: “el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita” (**Sentencia 5/1981**, de 13 de febrero). Sin embargo, es igualmente cierto que el artículo 27.9 de la Constitución española de 1978 establece que “[l]os poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. La equiparación en la elección (sin trabas económicas) entre la enseñanza de titularidad pública y la enseñanza de iniciativa social o privada, mediando ese artículo 27.9 de la Constitución, se opera a través del concierto educativo. O, dicho de otro modo, “[l]a finalidad a que los conciertos se orientan es la de colocar en igualdad de condiciones a los ciudadanos a la hora de ejercer el derecho de optar por la educación en centros públicos o privados; obviamente la importancia de dar efectividad a ese derecho de opción es muy superior en los niveles obligatorios de la enseñanza y por ello es allí donde se centra el instrumento de los conciertos”²⁹.

El concierto educativo es un contrato público administrativo *sui generis* de financiación a favor del centro educativo, cumplidas unas condiciones legales. La

28 A. M. T. PEÑA TIMÓN, *Ideario, centros concertados y financiación pública estudio legislativo y jurisprudencial*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 103.

29 *Ibid.*, p. 381.

financiación estatal cubre, en teoría, los gastos de salarios y cargas sociales del profesorado, y otros gastos de la unidad escolar y del centro docente. A cambio, el centro docente se compromete a la gratuidad absoluta en ese nivel educativo concertado así como a perder gran parte de la autonomía organizativa del titular del centro, lo cual se refleja en la intervención del consejo escolar en los aspectos rectores y organizativos y la limitación en la libre selección del alumnado. La [Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa](#), eliminó los prejuicios existentes hacia la educación diferenciada (equiparada popularmente en nuestro país con una educación segregacionista o sexista) a los efectos de concurrir al sistema de conciertos. En concreto, modifica la redacción del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: “No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el [artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960](#). En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”. El Tribunal Constitucional ha estimado en su [Sentencia 31/2018](#), de 10 de abril, la constitucionalidad de la enseñanza diferenciada y su financiación pública.

5. La libertad académica

Por libertad académica se entiende “[l]a libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas” (UNESCO, [Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior](#) de 11 de noviembre de 1997).

El [artículo 20.1.c\)](#) de la Constitución española de 1978 reconoce la libertad de cátedra, en el contexto de la libertad de expresión. En su [Sentencia 5/1981](#) de 13 de febrero, el Tribunal Constitucional señala que “[a]unque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior (...) el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la

relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora”. Por tanto, el nombre libertad de cátedra es erróneo, como es designar la libertad religiosa con el término “libertad de culto”: es tomar la parte por el todo³⁰.

La libertad académica tiene un contenido relativo a la libertad ideológica y a la libertad de expresión en el ámbito docente. Aunque en la Universidad a los docentes nos gusta invocar la “libertad de cátedra” como “paraguas protector” que ampare el desarrollo de la maltrecha tarea docente, la libertad académica no se extiende a los aspectos organizativos³¹ sino a los ideológicos, como recuerda el Tribunal Constitucional, entre otros pronunciamientos, en su [Sentencia 217/1992](#), de 1 de diciembre.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en su [Sentencia 5/1981](#) de 13 de febrero, señala que el derecho a la libertad que llama de cátedra “se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar”. Conforme se asciende en el nivel educativo, la libertad académica tiene un alcance mayor, quizá por el debilitamiento del principio de neutralidad.

Respecto del juego de la libertad académica frente al ideario del centro docente privado, la propia sentencia a la que se hacía referencia antes intenta la armonización de ambos elementos. En efecto, la libertad de cátedra en los centros docentes privados o concertados puede quedar limitada por el respeto al ideario propio del centro; tal respeto no equivale a veneración o acatamiento, sino a consideración, atención o discreción. No pueden considerarse, a juicio del Tribunal Constitucional, vulneraciones del deber de respeto las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario siempre que se manifiesten razonadamente, con oportunidad y en la forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y madurez de sus alumnos. Tampoco se incumple el deber de respeto al ideario si el profesor se inhibe o se niega con discreción a colaborar en prácticas religiosas o actividades ideológicas con las que no se siente identificado. Ahora bien: la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario. En fin, la virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias

30 Ó. CELADOR ANGÓN, *El derecho de libertad de cátedra: estudio legal y jurisprudencial*, Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007.

31 C. VIDAL PRADO, “Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 28, 84, 2008.

exigencias de la enseñanza dejarían muy estrecho margen a las diferencias de idearios.

6. Universidades de la Iglesia católica

En su origen, las universidades europeas (y también norteamericanas) fueron promovidas por la Iglesia católica y por otras iglesias cristianas. El **Real Decreto de 17 de septiembre de 1845** supuso el sometimiento de la enseñanza universitaria a un régimen exclusivamente estatal. Tiempo después, el **Convenio de 5 de abril de 1962**, entre la Santa Sede y el Estado español, sobre el reconocimiento a efectos civiles de los estudios de ciencias no eclesiásticas, realizados en España en Universidades de la Iglesia, rompió el monopolio estatal al permitir que, por Decreto, la autoridad civil pudiera determinar “cuáles son las Facultades (y Secciones, en su caso) y las Escuelas Técnicas Superiores (y Especialidades, en su caso) de la Universidad eclesiástica a que se refiere, a las que se reconocen tales efectos” (artículo 2 del Convenio), respetando al mismo tiempo en todo la autonomía organizativa y de funcionamiento de la Universidad. La **Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria**, significó una decidida apuesta por la libertad en la enseñanza superior, al establecer el reconocimiento oficial de las universidades privadas mediante ley. Esta previsión se repitió igualmente en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. La **Disposición adicional cuarta** de esta última Ley establecía que “[l]as Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento”. El Tribunal Constitucional español declaró la nulidad e inconstitucionalidad de esa excepción de ley de reconocimiento en su **Sentencia 131/2013**, de 5 de junio de 2013, no exenta de **polémica doctrinal y social**.