



TESIS DOCTORAL

2019

**EL VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO. PROBLEMÁTICA SOBRE SU
POSICIONAMIENTO JURÍDICO ACTUAL Y EN EL
CONTEXTO ESPECÍFICO DE LA ATRIBUCIÓN DE SU
TITULARIDAD A ENTIDADES DIFERENTES A LA
PERSONA FÍSICA**

DIANA SAYAGO ARMAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN UNIÓN EUROPEA

**DIRECTOR: DR. D. LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNED**

**CODIRECTOR: DR. D. ANTONIO TORRES DEL MORAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNED**

TESIS DOCTORAL

2019

**“EL VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO. PROBLEMÁTICA SOBRE SU
POSICIONAMIENTO JURÍDICO ACTUAL Y EN EL
CONTEXTO ESPECÍFICO DE LA ATRIBUCIÓN DE SU
TITULARIDAD A ENTIDADES DIFERENTES A LA
PERSONA FÍSICA”**

AUTORA: DIANA SAYAGO ARMAS

DIRECTOR: DR. D. LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

CODIRECTOR: DR. D. ANTONIO TORRES DEL MORAL

Agradecimientos y Dedicatorias:

La gratitud sincera es una de las manifestaciones más excelsas y perfectas que alberga el corazón humano. En ella, coinciden en equilibrio inigualable, la emoción-origen del Interior más puro y las vivencias externas, que son su espejo.

Con esta comprensión agradezco y manifiesto. Para que con la palabra limitada se despliegue el vuelo infinito del sentimiento... hasta sus especiales destinos.

Y así procedo:

Mi más amoroso y eterno agradecimiento a Jesús, mi marido, por Estar y Ser en todo momento. Por aportar un pensamiento y sentimiento propio al sendero de mi Vida. Por todo lo que ya he agradecido y por todo lo que vendrá y también agradeceré. A ti dedico todo lo bueno que hay en mí.

Mi más profundo y cariñoso agradecimiento a D. Antonio Torres del Moral, mi Maestro. Por esa sencillez y calidad personal y humana que corona con luz y corazón un intelecto tan excelso y agudo.

Y mi agradecimiento a Luis Miguel González de la Garza, por constituir el cumplimiento perfecto de que un brillante interior humano puede Ser, Pensar y abrir nuevos horizontes al resto.

Y, como siempre, gracias a todos... porque SOIS.

ÍNDICE

- INTRODUCCIÓN.....	10
1. LOS VALORES Y PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. EL ARTÍCULO 1.1.	14
1.1. Antecedentes doctrinales. Problemática sobre la existencia del valor anterior al Derecho: la justificación de los valores.....	19
1.2. Constitución y democracia: legitimidad y validez constitucional.....	29
1.3. Conceptualización del valor superior de un ordenamiento jurídico.....	37
1.4. Diferencias entre los valores, los principios y las reglas.....	42
1.5. La determinación de los valores superiores del artículo 1.1. Antecedentes doctrinales del constituyente: acierto o error.....	54
1.6. Naturaleza jurídica de los valores superiores del ordenamiento jurídico.....	62
1.7. Los valores superiores como conceptos jurídicos indeterminados.....	68
2. LA DIGNIDAD HUMANA.....	73
2.1. Introducción al concepto de dignidad.....	73
2.2. La dignidad humana en el pensamiento filosófico.....	77
2.3. La dignidad en el constitucionalismo alemán como modelo inspirador del concepto recogido en la constitución de 1978. La dignidad como derecho fundamental en la ley fundamental alemana.....	87
2.3.1. El contenido de la dignidad humana.....	101
2.3.2. La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.....	103
a) Evolución general.....	103
b) La dignidad y el derecho a la vida.....	107
c) Comentarios a las Sentencias.....	119
2.3.3. Valoración crítica sobre la consideración jurídica de la dignidad en el constitucionalismo alemán.....	127
2.4. La dignidad en el constitucionalismo italiano.....	129
2.4.1. La dignidad humana según la Corte constitucional italiana.....	136

2.4.2. Valoración crítica sobre la consideración jurídica de la dignidad en el constitucionalismo italiano.....	143
3. LA DIGNIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (I): EL ARTÍCULO 10.1. CE.....	148
3.1. La dignidad de la persona como fundamento de los derechos fundamentales. Exclusión de la consideración de la dignidad como derecho fundamental.....	155
3.2. La dignidad como principio jurídico constitucional.....	158
3.3. La titularidad de los derechos fundamentales. La dignidad como mínimo a tener en cuenta en la atribución de la titularidad.....	162
3.4. La dignidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	167
3.5. La dignidad y los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución. Utilización del concepto dignidad como sinónimo de honor.....	180
4. LA DIGNIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (II): LA DIGNIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.....	184
4.1. Titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica...	192
4.2. La titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica según el Tribunal Constitucional. Especial referencia a la persona jurídica de Derecho Público.....	196
4.3. Especial consideración de los sindicatos y los partidos políticos.....	219
a) Los sindicatos.....	219
b) Los partidos políticos.....	227
4.4. El derecho al honor de las personas jurídicas.....	230
4.4.1. El concepto de honor.....	230
4.4.2. Diferentes posturas doctrinales en relación a la titularidad del honor de las personas jurídicas.....	234
4.4.3. Análisis 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 y la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo sobre el derecho de rectificación.....	238

4.4.4.	Argumentos que apoyan y rechazan la titularidad del derecho al honor de la persona jurídica.....	242
4.4.4.1.	Argumentos que apoyan la titularidad del derecho al honor por parte de la persona jurídica.....	242
a)	Atribución del honor en su dimensión objetiva.....	242
b)	Reconocimiento de daños morales en un sentido amplio.....	243
c)	El prestigio profesional como contenido del derecho al honor..	248
4.4.4.2.	Argumentos que niegan la titularidad del derecho al honor a la persona jurídica.....	252
a)	La dignidad como origen del derecho al honor.....	252
b)	La imposibilidad de reconocer que un ente colectivo sufra daños morales.....	253
4.4.5.	Titularidad del derecho al honor por parte de la persona jurídica según el Tribunal Constitucional.....	254
4.5.	Consideraciones finales acerca de la titularidad de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona jurídica.....	260
5.	ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MINORÍAS.....	264
5.1.	Introducción.....	264
5.2.	Tipología de las minorías.....	273
5.3.	Balance conceptual.....	276
5.4.	Estatuto jurídico de las minorías.....	277
5.4.1.	Marco normativo Internacional de las minorías.....	278
5.4.2.	Balance sobre los Instrumentos normativos europeos.....	304
5.4.3.	La protección de las minorías en el Derecho español.....	306
a)	Estatuto jurídico específico de las minorías étnicas en España.....	311
b)	Estatuto jurídico específico de las minorías lingüísticas.....	322
c)	Estatuto jurídico específico de las minorías religiosas.....	329
5.5.	Consideraciones acerca de las minorías.....	340

6. EL NEGACIONISMO DEL HOLOCAUSTO JUDÍO COMO LÍMITE ILEGÍTIMO AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEFENSA DEL PUEBLO JUDÍO COMO COLECTIVO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	343
6.1. Introducción al marco general del negacionismo del holocausto judío en Derecho.....	343
6.2. El revisionismo y el negacionismo. Encaje en la era de la posverdad.....	345
6.3. Regulación de la penalización del negacionismo en Derecho Constitucional Comparado.....	356
6.3.1. El Negacionismo en Estados Unidos.....	357
6.3.2. El negacionismo en Francia: la Ley Gayssot.....	360
6.3.3. El negacionismo en Alemania.....	362
6.3.4. El negacionismo en Bélgica.....	363
6.3.5. El negacionismo en Suiza.....	363
6.4. El negacionismo en Derecho Internacional.....	364
6.5. Derecho Supranacional: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	374
6.5.1. Análisis del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	374
6.5.2. Los valores democráticos como límite a la libertad de expresión del art. 10 CEDH.....	388
6.5.3. La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Referencia al caso Garaudy.....	391
6.5.4. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	397
7. LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO NAZI EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	408
7.1. STC 214/1991, de 11 de noviembre. Caso Violeta Friedman.....	408
7.2. STC 176/1995, de 11 de diciembre.....	412
7.3. La STC 235/2007, de 7 de noviembre.....	415
a) El artículo 607.2 del Código Penal.....	415
b) Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre.....	418

c)	Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre.....	430
7.4.	El artículo 510 del Código Penal tras la Reforma Penal de 2015.....	437
a)	Introducción general.....	437
b)	Sujeto pasivo y conductas castigadas en el nuevo artículo 510.1 del Código Penal.....	440
c)	Sujeto pasivo y conductas castigadas en el nuevo artículo 510.2 del Código Penal.....	445
d)	Artículo 510.3 del Código Penal: tipo agravado.....	447
e)	Artículo 510.4 del Código Penal: tipo agravado.....	449
f)	Artículo 510.5 del Código Penal.....	450
g)	Artículo 510.6 del Código Penal.....	451
h)	Artículo 510 bis del Código Penal: responsabilidad penal de personas jurídicas en estos supuestos.....	452
7.5.	Consideraciones finales acerca del tratamiento del negacionismo en el Ordenamiento jurídico español.....	454
7.6.	El artículo 607 del Código Penal tras la Reforma Penal de 2015.....	462
8.	¿OSTENTA UNA ESPECIAL PROTECCIÓN JURÍDICA LA PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO NAZI? REFERENCIA A OTROS GENOCIDIOS.....	465
8.1.	Especial protección jurídica de la prohibición del Genocidio Nazi.....	465
8.2.	Otros negacionismos.....	469
a)	Francia.....	471
b)	Bélgica.....	474
c)	Turquía.....	474
d)	Suiza.....	476
e)	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente al negacionismo del genocidio armenio.....	477
f)	España.....	477
9.	CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL NEGACIONISMO.....	480

10. EPÍLOGO.....	491
11. CONCLUSIONES.....	493
- BIBLIOGRAFÍA.....	503
- SENTENCIAS.....	514
- PUBLICACIONES EN REVISTAS.....	524
- PÁGINAS WEB.....	529

- INTRODUCCIÓN

Los valores actualmente forman parte habitual y fundamental en el contenido de las modernas Constituciones. La presencia de contenidos axiológicos en los textos constitucionales constituye la legitimación y justificación de todo el ordenamiento jurídico que, en puridad, es un conjunto normativo que deriva de éstos. Asimismo, los valores-fuente de todo ordenamiento ostentan una fundamentación histórica, según la cual expresan el acuerdo consensuado y concreto del pueblo soberano, siendo previos a todo reconocimiento del Derecho.

Efectivamente, los valores que exige el conjunto social como metas indispensables que la ordenación jurídica debe lograr en su máxima expresión, surgen primero en el “desear” colectivo, para posteriormente ser transformados en la suprema imposición jurídica tras el proceso de la positivación en el momento en que el cuerpo social asume su función como Poder constituyente.

Por otro lado, el hecho de que la Constitución acoja valores y principios fundamentales supone el rechazo del positivismo teórico más estricto por el que se negaba todo contenido que trascendiera al Derecho. De esta manera se supera definitivamente la concepción de la Constitución como un conjunto puro de reglas sobre procedimiento, en la que cabe cualquier regulación material posible siempre que se adopte la norma siguiendo el procedimiento formal establecido en sus preceptos. Los valores informan de la orientación, del "programa" ético-social a seguir como finalidad suprema del sistema normativo, por lo que la "Constitución material", va a marcar los límites en cuanto a lo que acepta el cuerpo normativo y, al tiempo, impone unos mandatos de actuación a todos los operadores jurídicos. Como consecuencia, éstos asumen un importante papel puesto que deberán hacer "reales y efectivos" los valores constitucionales.

Al respecto la Constitución española de 1978 no es una excepción. Nuestra Carta Magna rechaza todo valorativo en un sentido estricto desde su primer artículo: el 1.1 señala que el Estado propugna como valores superiores del Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, introduciendo expresamente en nuestro Derecho el concepto de valor desde este primer precepto. Desde el momento en

que la Constitución proclama estos "valores superiores", junto con unos principios y unos derechos fundamentales concretos, no cabe duda de que nuestra norma fundamental ha integrado contenidos materiales que nutren, marcan y se imponen en todo desarrollo normativo. Y es en este punto cuando se debe remarcar que, aunque el significado de los valores no tenga la precisión y concreción de la que otros conceptos jurídicos sí gozan, tampoco adolecen de una ambigüedad tal que los convierta en conceptos vacíos o que admitan cualquier contenido imaginable. Debemos tener en cuenta además que el texto constitucional proporciona ciertos elementos jurídicos auxiliares que permiten precisar su significado, como el espíritu general que subyace en su letra, así como los ya citados principios y derechos fundamentales. Todos estos elementos en su conjunto cooperan de una manera esencial en la determinación de las opciones axiológicas fundamentales de la Constitución, opciones que constituyen mandatos tanto de signo positivo como negativo, a todos los poderes públicos, erigiéndose en los fines a realizar en toda norma o acto jurídico.

Por otro lado, todo este consenso axiológico que se plasma en los valores y cuyo origen se sitúa en el cuerpo social, refleja la consolidación más moderna del constitucionalismo. Esta se basa en la separación de poderes y el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos, definiendo y localizando su fundamento último y supremo en la dignidad intrínseca de toda persona. Es la dignidad humana en toda su magnitud el valor inicial y supremo, fuente última de la legitimidad de los valores, del conjunto de preceptos recogidos en las Cartas Magnas y de todo el sistema normativo en definitiva. Su trascendencia absoluta hace que resulte necesario abordar cada cierto tiempo un análisis que ahonde en su concepto, su sentido y su significado último y concreto de acuerdo a las nuevas realidades y desafíos a las que se enfrenta el ser humano en su continuo caminar y avanzar.

Este es el objetivo de este estudio. La existencia de las enormes dificultades que rodean la conceptualización del valor supremo dignidad ha provocado que a día de hoy no se haya definido, aun cuando surgen continuamente nuevos desafíos sociales que demandan, una vez más, una resolución. Sin embargo, hay que decir que al respecto ocurre algo cuanto menos curioso: aunque estemos de acuerdo en que la definición del valor en cuestión es una tarea necesaria que se debe acometer de manera concluyente, las dificultades que entraña su conceptualización provoca que, aunque no se acometa, el

Derecho siga evolucionando y desarrollándose sin que parezca que importe.

Aun así, no estoy de acuerdo en que no sea trascendental la eliminación de esta ausencia. Me parece que estamos ante una carencia inconsolable para el Derecho, aunque no puedo dejar de apreciar y agradecer en toda su magnitud el hecho de que la Constitución ya haya establecido unos contenidos precisos de esta dignidad humana, de manera que se erigen en auxiliares indispensables que orientan y guían al legislador y el resto de los operadores jurídicos. Estoy haciendo referencia a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, que nos hacen partir con ciertas ventajas en la carrera hacia la definición de la dignidad.

Por lo tanto, la realidad jurídica y sus controversias nos manifiestan que la cuestión de definir de una vez por todas qué es dignidad importa, y mucho. En ello redunda la necesidad de solventar el interrogante sobre si puede predicarse una dignidad de la persona jurídica y si, como consecuencia lógica y natural en la posibilidad de su reconocimiento, podría ostentar con legitimidad la titularidad de los derechos fundamentales que se atribuyen a la persona física. Por analogía, el análisis de si otros entes colectivos, como aquellos grupos humanos con singularidades propias como los denominados “pueblos”, “minorías” o “grupos” deben ver reconocidos derechos colectivos (fundamentales o no) ha sido una cuestión obligatoria a resolver en este estudio.

Al respecto, uno de los grupos más activos en la demanda de derechos colectivos y reconocimientos a nivel normativo nacional e internacional es el denominado pueblo judío. Entre sus reivindicaciones más persistentes y generalizadas podemos citar la relativa a la consideración de su dignidad como pueblo: en referencia a ello solicitan una delimitación concreta en el contenido del derecho a la libertad de expresión, de manera que sea punible la negación de la realidad histórica del Holocausto nazi. Ante esta solicitud, muchos Estados europeos han decidido reaccionar adoptando en sus legislaciones penales o legislaciones especiales el delito de negacionismo. De esta forma lo que se ha tipificado de forma expresa es la negación, la minimización o la justificación del Holocausto, además de incluir, en algunos casos, la tipificación de la negación de otros genocidios o crímenes contra la humanidad.

Todas las cuestiones aludidas y que se incluyen en este estudio, ahondan en el cuestionamiento de la dignidad humana desde varios ángulos, e inciden en la configuración de su contenido particular y exacto. Sin embargo, asumo este reto partiendo de que la definición de la dignidad es un paso básico en su desarrollo y comprensión y, a partir de aquí, analizando y concretando la irradiación concreta del valor supremo sobre diversos temas que prometen ir tomando mayor protagonismo con el avance inexorable de la sociedad y su realidad, tanto a nivel individual como colectivo. Estos son los fines y metas a los que se consagra este estudio, jalonados con dos de los más potentes desarrolladores del potencial humano y que trascienden al Derecho: “las alas vivificadoras de la emoción” y “el poder de todo pensamiento”¹.

¹ SAYAGO ARMAS, D., “*TÚ. Pasos sencillos para conseguir todo lo que desees*”, Ediciones Amatista, 2017, pág. 31.

1. LOS VALORES Y PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. EL ARTÍCULO 1.1.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 en España, la doctrina se encuentra con primigenia estupefacción con la referencia axiológica contenida en el artículo 1.1. El citado artículo establece que *“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 esta proclamación, el constituyente deja claro, desde casi su prefacio, la superación definitiva del normativismo positivista rígido (modelo kelseniano) y el firme reconocimiento de la necesidad de que informen a todo el ordenamiento jurídico unos valores materiales a los que dota de la máxima posición en la jerarquía normativa y, por lo tanto, con funciones constitucionales. Como señaló nuestro Tribunal Constitucional con prontitud: nuestra Constitución es *“una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”*².

Sin embargo, hay que decir que estamos ante una enunciación original en el marco del Derecho Histórico español: no existen antecedentes³. Es cierto que otros textos anteriores, tanto españoles⁴ como extranjeros, fueron reconociendo los valores

² STC 9/1981, de 31 de marzo, fundamento jurídico 3.

³ PECES-BARBA MARTINEZ, G., *“Derecho y Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 244: *“Hasta la Constitución Española se consideraba imposible, o no se había intentado de manera solvente, la compatibilidad entre el punto de vista normativista sistemático y el de los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y de independizar al fenómeno jurídico. Kelsen distingue entre el modelo dinámico donde el sistema de normas se identifica por la forma, órganos y procedimientos para la producción de normas, que es, dice, el propio del Derecho, y el sistema estático que se identifica por los contenidos materiales de las normas, deducidos de una norma básica material, que es propio de los sistemas morales y del Derecho Natural”*. Con otro punto de vista, desde posiciones realistas tópicas y antinormativas se descartaba también la posibilidad que cristaliza en el artículo 1-1. Así para los realistas de todo tipo, las normas generales, el sistema, o no era relevante o lo era insuficientemente para identificar al Derecho”.

⁴ En el Preámbulo de la Constitución de 1869 se establecía que *“La Nación Española, y en su nombre las Cortes Constituyentes, elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución”*. Debemos destacar que la parte del texto constitucional donde se ubica esta proclamación es en el Preámbulo, con la consecuencia jurídica que esto representa: el determinar si posee carácter jurídicamente vinculante o nos encontramos ante una mera declaración que orienta la interpretación respecto del texto articulado posterior. Además, el tenor del artículo nos indica que posee un carácter meramente programático, así como el deseo de *“afianzar la justicia, la libertad y la seguridad”* no se vincula al modelo de Estado. En referencia al problema del valor jurídico del Preámbulo de la Constitución española de 1978, Pablo Lucas Verdú hace un interesante análisis en la *“Revista de Derecho Político”* (nº 10, Verano 1981). Lucas Verdú niega su carácter normativo, afirmando que *“viene a ser una mera*

inspiradores de sus respectivos sistemas normativos, “pero la forma en que se formula y la perspectiva desde la que se dice”⁵ en la actual Constitución, le otorgan una particularidad que no se ha recogido en tiempos pretéritos: “tanto por la estructura formal del artículo en la relación Poder-valores superiores-ordenamiento jurídico, como por la dimensión material que introduce, es evidente que no tienen semejanza con otras normas constitucionales similares”⁶.

En definitiva, la Constitución española de 1978, enumera y proclama los valores que la inspiran, los califica expresamente como “superiores” y aporta certeza respecto de los objetivos y fines que orientan todo el ordenamiento jurídico⁷.

Asimismo, nuestra Constitución incluye en el mismo artículo la fórmula de Estado por la que opta: el Estado español se constituye en un “Estado social y democrático de Derecho”. Para encontrar un antecedente cercano dentro de nuestras fronteras, debemos remontarnos a la Constitución de 1931, cuyo artículo 1 declaraba que “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia”⁸. Sin embargo, es más evidente la influencia

exposición de motivos que no tiene carácter dispositivo”. Asimismo pone de relieve como esta parte del texto constitucional constituye una introducción a la Constitución en “coherencia” consigo misma, ya que el artículo 88 exige que los proyectos de ley vayan acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores superiores”, TECNOS, Madrid, 1986, pág. 13.

⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores ...”, *Op. Cit.*, pág. 18.

⁷ Desde la segunda mitad del siglo XX, se ha producido una “materialización” del Estado. El poder del Estado se entiende ahora vinculado a la realización de unos determinados valores superiores del Derecho tal y como ha señalado Böckenförde: “la Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio de dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los “valores fundamentales” del orden de la vida común” (BÖCKENFÖRDE, E.W., “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Trotta, 2000, pág. 40. Este nuevo modelo constitucional, a juicio de los críticos, ha generado una serie de problemas: 1) elimina el contenido liberal de la Constitución, de forma que, los derechos fundamentales dejan de ser garantías en la relación ciudadano-Estado para convertirse en cometidos que debe realizar el Estado; 2) los valores, en su determinación del contenido dependen se ven afectados por la subjetividad de quien los proclama, por lo que carecen de fundamentación objetiva y racional; 3) el Estado constitucional de Derecho queda transformado en un Estado jurisdiccional, donde el Tribunal Constitucional desempeña una función primordial en la protección de los derechos fundamentales y la modelación del orden social. (CRUZ, LUIS M., “La Constitución como orden de valores”, Editorial Comares, Granada, 2005, págs., 6-7). Frente a estas críticas, Dreier concilia la teoría del orden de valores de la Constitución con su concepción de orden marco. Para ello, Dreier explica como la Constitución contiene tanto principios jurídicos materiales (derechos fundamentales y Estado social) como principios de procedimiento y organización (democracia y división de poderes). (CRUZ, LUIS M., “La Constitución como orden de valores”, *Op. Cit.*, págs., 97 y ss.).

⁸ Nótese que los valores de libertad y justicia se vinculan a la forma de Estado, así como son reconocidos en el articulado del texto y no en su Preámbulo.

procedente de otros textos constitucionales en Derecho Comparado, como la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuyo artículo 20 establece que *"La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social"*; o el artículo 28: *"El orden constitucional de los Estados miembros (Länder) deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social, en el sentido de la presente Ley Fundamental"*.

Finalmente, el constituyente define nuestro régimen político con una compleja y omnicompreensiva fórmula cuyas características concretas se han ido perfilando y desarrollando en el transcurso de una evolución histórica continuada: los inicios se sitúan en el Estado de Derecho Liberal como plasmación de los logros obtenidos con la Revolución Francesa⁹; se produce un avance sustancial con la proclamación de la democratización del sufragio; para culminarse el proceso con la consagración del Estado social de Derecho, ya en el segundo cuarto del siglo XX¹⁰.

⁹Lucas Verdú, remonta a la Grecia Clásica el origen de esta evolución histórica en su obra *"La lucha por el Estado de Derecho"*, (Bologna, Real Colegio de España, 1975, págs. 14 y ss.). Asimismo, Díaz García, aboga por considerar algunos preceptos de la Carta Magna de 1215, la "Bill of rights" de 1689, y la "Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia" de 1776, como los principios inspiradores en la formación del Estado de Derecho (DÍAZ GARCÍA, E., *"Estado de Derecho y sociedad democrática"*, Madrid, Taurus, 1988, pág. 25).

¹⁰ El lector podrá acaso disculpar el resumen tan simple y escueto que presento a continuación, de una etapa histórica tan importante y compleja cuyo desarrollo y evolución ha marcado de manera harto trascendental nuestra realidad jurídico-política moderna. El Estado de Derecho, expresión utilizada por primera vez por el jurista Robert Von Mohl en 1832, evoluciona hasta identificarse con el sometimiento del poder político al Derecho (el reconocimiento del imperio de la ley), la garantía jurídica de los derechos y libertades, la primacía del Parlamento y la división de poderes. Sin embargo, las características de un verdadero Estado de Derecho, que no aspire a serlo simplemente desde un punto de vista formal, no se agotan en estos reconocimientos, ni pueden ser efectivas sin la proclamación de la soberanía nacional. El Estado de Derecho pleno exige la democracia: los ciudadanos de cada nación, bien directamente o a través de representantes, deben poder decidir como han de organizarse políticamente, y, asimismo, toda ley debe ser un acto de la voluntad general. Torres del Moral lo explica y fundamenta de la siguiente manera: *"Para que un Estado sea de Derecho ha de serlo en los dos sentidos del término Derecho: 1) En su sentido de Derecho objetivo, de norma, exigiendo que rija el imperio de la ley, que el Ordenamiento jurídico sea límite y cauce del poder. 2) En su sentido de Derecho subjetivo, requiriendo también que ese ordenamiento jurídico incorpore los derechos y libertades de las personas. Y únicamente hay garantía de que el Ordenamiento jurídico incorpore los derechos subjetivos si los sujetos mismos, los ciudadanos, participan en su creación, lo que únicamente sucede en democracia. (...). La conclusión se impone: únicamente en una democracia puede realizarse plenamente el Estado de Derecho"*. (Torres del Moral, A., *"Principios de Derecho Constitucional Español. TOMO I"*, UCM, Madrid, 2010, pág. 49). El Estado democrático de Derecho, de esta forma, no puede definirse como un "tipo" de Estado, a la manera del Estado Liberal de Derecho o el Estado social. Tampoco puede acotarse en un periodo cronológico, puesto que opera como cualidad inherente a un verdadero Estado de Derecho, cuyas características han ido evolucionando y adaptándose en paralelo con el desarrollo y consolidación del propio Estado de Derecho del que es inalienable sustrato. Se puede afirmar que el último estadio de evolución del Estado democrático exige no solo la afirmación de la soberanía nacional y la participación ciudadana en la toma de decisiones, así como el reconocimiento y la efectiva garantía de los derechos fundamentales, sino que da un paso adelante y requiere que se promuevan efectivamente estos elementos. La fórmula, por otra parte, fue positivada por primera vez en la Ley fundamental de Bonn de 1949, donde se recoge la expresión "Estado democrático".

Así pues, podemos afirmar que el Estado social y democrático de Derecho es una forma política que incorpora la limitación jurídica del poder, la afirmación de la soberanía nacional y la participación ciudadana en la toma de decisiones, así como el reconocimiento y la efectiva garantía de los derechos fundamentales, sin obviar la exigencia de un comportamiento activo por parte del Estado en el fomento y protección de todo lo anterior. En un plano más general, la finalidad que se pretende es aunar y conjugar armónicamente los valores superiores libertad e igualdad, para su perfecta y efectiva realización, todo ello tras el entendimiento de que constituyen objetivos imperativos para garantizar el respeto a la dignidad, fin supremo y final de toda organización social. Sin embargo y aún así, “*la plenitud del Estado social y democrático de Derecho, más que una realidad, es un concepto tendencial*”¹¹. Por tanto, la plenitud que transformaría esta forma de Estado en una realidad, es una tarea necesaria que debe seguir acometiéndose sin descanso, teniendo en cuenta la ayuda que siempre supone el desarrollo evolutivo jurídico y político que proporciona el tiempo y la experiencia, para acercarse a su efectiva y deseada realización con perspectivas renovadas.

Para semejante y titánica finalidad, el artículo 1.1, una vez ha establecido el régimen político del Estado, decreta que se deben propugnar unos determinados valores superiores que inspiran a todo el ordenamiento jurídico. Discutible es al respecto (y discutido en un epígrafe posterior) la corrección o no de proclamar como valores superiores del ordenamiento jurídico los que se encuentran explícitamente enumerados

En cuanto al Estado social de Derecho, éste es un término acuñado por H. Héller en 1929, en oposición al Estado Liberal. A partir de ahora se considera al ciudadano como un individuo que debe integrarse en la organización política de forma efectiva, y para ello, debe estarlo desde el punto de vista económico, social y cultural, y no solo desde una perspectiva política y jurídica. El Estado social se posiciona activamente y no deja que el mercado se autoequilibre libremente por sí mismo, sino que lo regula, de forma que garantiza unas prestaciones asistenciales al individuo y asegura así unas condiciones de vida mínimas o de base. Se admite la asunción por parte del Estado de potestades económicas en aras de la consecución del bienestar general, potestades que actualmente se ven influenciadas por la globalización y la integración en entes supranacionales como la Unión Europea. Pero no se debe obviar que para la comprensión certera de la fórmula “*Estado social y democrático de Derecho*” se debe partir de una concepción unitaria de la expresión en la que cada uno de los enunciados condiciona y nutre a los demás. Asimismo, se puede afirmar que el reconocimiento de esta forma de organización política implica la exigencia de plenitud y equilibrio entre las tres concepciones.

¹¹ TORRES DEL MORAL, A., “*Estado de Derecho y democracia de partidos. Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*”, Editorial Universitas, 5ª Edición, 2015, pág. 104. Torres del moral afirma que el Estado social y democrático de Derecho “*representa un estadio en el que, a la vieja aspiración de la limitación jurídica del poder (tesis), se une la de que, sin embargo, ese poder actúe e incida en la sociedad para remodelarla (antítesis), lo que solo puede hacer lícitamente ese poder (síntesis) si está legitimado democráticamente, si respeta los procedimientos jurídicos, si garantiza los derechos y libertades, si es responsable de su actuación y si no bloquea los mecanismos de reversibilidad de sus opciones políticas*”.

en él¹². Tampoco podemos dejar de aludir, por ser de importancia máxima, a la dignidad humana, reconocida en el artículo 10 de la Constitución como “fundamento” (no valor, ni principio) tanto del orden político como de la paz social. Asimismo, debemos preguntarnos si realmente no estamos ante un valor superior que el constituyente situó erróneamente fuera del artículo 1.1, calificándola como “fundamento” del orden político y la paz social, y, por lo tanto, fuera de los “valores” que son la guía de todo el ordenamiento jurídico.

En definitiva, la tarea a la que consagro las siguientes páginas es ardua y compleja y consiste en dilucidar y esclarecer qué es valor y qué es principio, cuáles no deben ser considerados como tales en nuestro ordenamiento jurídico y cuáles si, así como la relación existente entre estas dos categorías jurídicas y ese concepto que la Constitución reconoce desconcertantemente como “*fundamento del orden político y la paz social*”. Rubio Llorente nos apercibió tempranamente de la complejidad de estos objetivos, por lo que voy a valerme de sus palabras para cerrar esta introducción, aún cuando él pone el acento en la identificación de los principios, en lo que parece una asimilación al término “valores”:

“Como bien se sabe, o al menos frecuentemente se dice, nuestra Constitución es ubérrima en principios. Qué y cuáles sean estos es, sin embargo, cosa que dista mucho de estar suficientemente esclarecida. Bien es verdad que la tarea no es fácil, pues para complicar las cosas, nuestra Constitución, además de enunciar principios, proclama

¹² Es este un tema ampliamente discutido por la doctrina. Incluso en Peces-Barba, ponente que colaboró en la redacción de nuestra actual Constitución, observamos una evolución sustancial en la posición que mantenía respecto al artículo 1.1 en un principio. Si bien siempre defendió la corrección en la elección de la expresión “valores superiores”, si admitió con el tiempo que “cambiaría los contenidos de los valores” que el precepto recogía. En consecuencia, propuso una nueva redacción del artículo, que quedaría de la siguiente manera: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la seguridad jurídica, la libertad, la igualdad y la solidaridad”. (PECES-BARBA, G., “Prólogo” en PAREJO ALFONSO, L., “*Constitución y valores del ordenamiento*”, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 11-15). Aunque, puntualiza, “el término justicia, más ambiguo, puede sustituir a los dos ausentes, que se desarrollan ampliamente en otros artículos de la norma fundamental, como signo de su presencia real, aunque no en la terminología aprobada por los constituyentes.” (PECES-BARBA MARTINEZ, G., “*Derecho y Derechos Fundamentales*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 320). Asimismo afirmó que la libertad constituía el núcleo esencial de los valores, matizándola y perfilando la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica. (PECES-BARBA, G., “*Derechos fundamentales y principios de organización del poder*” en “*Homenaje al Profesor Antonio Fernández-Galiano*”, Madrid, UNED, 1995, págs. 669-681).

valores, y por ello quien quiera ocuparse de los principios ha de comenzar por dilucidar la disputada `quaestio´ de la relación entre estas dos exaltadas categorías”¹³.

1.1. Antecedentes doctrinales. Problemática sobre la existencia del valor anterior al Derecho: la justificación de los valores.

Los estudios sobre los valores se remontan al humanismo clásico y al iusnaturalismo cristiano. Sin embargo, se alude a Franz Brentano a la hora de adjudicar la autoría de la introducción de la teoría de los valores en la filosofía moderna. Brentano no se rindió al positivismo imperante en su época, imbuido del saber aristotélico e influenciado por la escolástica, pero tampoco nos dio una definición inequívoca de “valor”: se limita a aproximarse al término¹⁴.

Sin embargo, Brentano fue fundamental para el desarrollo y avance de esta vertiente de pensamiento y su influencia fue determinante en el pensamiento de dos de los máximos representantes de la ética de los valores: Max Scheler y Nicolai Hartmann. Ambos autores se inscriben dentro del denominado “*objetivismo axiológico*”¹⁵. Nicolai Hartmann, continúa con el desarrollo de la teoría de los valores que inicia Max Scheler, ordenando su pensamiento e incluyendo algunas modificaciones propias¹⁶.

¹³RUBIO LLORENTE, F., “*Derechos fundamentales y principios constitucionales*”, Barcelona, Ariel, 1995, pág. X (Prólogo).

¹⁴CRUZ HERNANDEZ, M., “Francisco Brentano”, Ediciones Universidad Salamanca, 2000, pág. 215. “(...) *Lo que aceptamos con agrado es precisamente lo bueno, que lo aceptamos en cuanto que bueno. Brentano no emplea el término valioso, pero bajo su concepto de bueno va encerrado el concepto de valor. Ahora, bien, Brentano no nos ha aclarado jamás su concepto de valor, de ahí que se le hayan atribuido las concepciones más opuestas, desde los que lo consideran subjetivista, hasta los que piensan que defendía la independencia del valor frente al ser. Incluso dentro de su escuela se han dado dos interpretaciones completamente diferentes a sus doctrinas: las de Kraus y Scheler(...)*”.

¹⁵Esta doctrina afirma que los valores constituyen una realidad previa a la experiencia y ciertamente independiente a ésta. Consideran los valores como esencias puras y objetivas, cuya validez es absoluta. La existencia del valor, además, solo puede ser intuita a través del sentimiento: “*Se intuye, se siente que una acción es buena, que está bien, que algo es bello*” (DE CASTRO CID, B. Y MARTÍNEZ MORÁN, N., “*18 Lecciones de Filosofía del Derecho*”, Editorial Universitat, S.A., Madrid, 2004, pág. 95.) Esto no obsta para que exista una vinculación entre los valores y la realidad, pues no tendría sentido alguno que existiera un valor si no es para verse realizado en una realidad concreta.

¹⁶Hartmann coincidía con Scheler en que la fundamentación ética debía ser a priori, como expresaba Kant, por lo que no era posible admitir ninguna forma de empirismo ético. Pero además, afirmaba que existían principios más altos y principios más bajos, siendo los más altos dependientes de los más bajos y, por lo tanto, disfrutando los inferiores de mayor “libertad” en cuanto se no encontraban vinculados por una relación de dependencia con los que se situaban en una posición jerárquica superior. El principio más alto siempre es el más condicionado, el más dependiente, y, por ende, el más débil. El principio más incondicionado, y, por tanto, más fuerte, es siempre el más bajo.

A pesar de que estas iniciales conceptualizaciones han sido importantes en el estudio y evolución posterior del término “valor”, hay que admitir que en la práctica, cuando se ha intentado aplicar al ámbito jurídico, esta ética material de los valores (doctrina en donde se enmarcan Scheler y Hartmann, así como más recientemente, Max Horkheimer¹⁷), las tesis han tenido que ser “suavizadas”. Como señala Pérez Luño, es difícil que un esquema de valores abstracto, de pretendida validez a priori y universal, pueda ser operativo en el plano práctico de las relaciones sociales que constituyen el núcleo de la experiencia jurídica y el marco de actuación de sus valores¹⁸.

Desde una perspectiva más estrictamente jurídica, Bobbio se ocupa del estudio de la “*filosofía de los valores*” en los años 40 del siglo pasado, abriendo las puertas a un estudio y tratamiento racional de éstos. Para Bobbio, la razón no es solo científica, por lo que puede extenderse al estudio de los valores. Distingue entre la Filosofía Jurídica y la Ciencia Jurídica, pero sosteniendo una concepción racional de la primera¹⁹, y definiéndola como aquella disciplina que se ocupa del estudio de la Justicia y claramente diferenciada de la segunda²⁰.

Bobbio, fiel al historicismo que impregna sus concepciones doctrinales, rechaza la existencia permanente y estable de valores que sean válidos para todo tiempo. Ya en

¹⁷ Horkheimer fue uno de los fundadores y máximos representantes de la *teoría crítica* de la Escuela de Frankfurt., movimiento filosófico y sociológico fundado en 1923 y asociado al Instituto de Investigación Social de la Universidad de Frankfurt. La *teoría crítica* sostenía que, al igual que cualquier otra doctrina, el marxismo debía someterse a la crítica. Argumentaba que la sociedad moderna está aquejada de enfermedades que sólo pueden “curarse” con una transformación de la teoría y la práctica, constituyendo la tecnología una de esas enfermedades y no es una solución, como había supuesto Marx. Asimismo, afirmaba que las ciencias no están exentas de valores, sino que conllevan supuestos implícitos cuya condición de valor está oculta por su evidente obviedad. Estos juicios de valor deben “desenmascarse” y exponerse a la crítica (NIETO CANOVAS, C., “*Sociología*”, Editorial Club Universitario, 2001, pág. 283).

¹⁸ PEREZ LUÑO, A.E., “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 143.

¹⁹ BOBBIO, N., “*La Teoría pura del Derecho y sus críticos*”, en BOBBIO, N., “*Contribución a la teoría del Derecho*”, Valencia, 1980, pág. 119. Bobbio explica que la Filosofía del Derecho tiene su propio ámbito de estudio: el problema de la Justicia. Por Filosofía del Derecho, en efecto, entiende “*la teoría de la Justicia, es decir, la teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual, el Derecho empírico, histórico o positivo viene valorado y también, si es preciso, transformado*”. Como consecuencia, señalaba que la Filosofía del Derecho se puede dividir en una fenomenología de la Justicia (descripción del valor de lo justo) y una ideología de la Justicia (propuesta de determinado criterio de valoración y también de transformación de la sociedad).

²⁰ BOBBIO, N., “*Contribución a la teoría del ...*”, *Op. Cit.*, pág. 122. Bobbio señala que Kelsen diferencia entre el valor del Derecho y su validez, es decir, distingue entre si una norma es justa o si es válida. Puntualiza que para Kelsen no es tarea de la ciencia del Derecho, “si quiere ser ciencia como cualquier otra ciencia, esto es, indiferente a los valores”, ocuparse de la justicia de las normas de un determinado ordenamiento, sino que debe ocuparse de su existencia o inexistencia para éste. Sin embargo, para Bobbio esto no elimina en absoluto una de las cuestiones a favor de la otra: no elimina el problema de la justicia sólo por el hecho de afirmar que es distinto del problema de la validez.

la introducción de su obra *“El tiempo de los derechos”* nos adelanta que, como siempre ha sostenido desde el punto de vista teórico, *“los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas instancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”*. Al respecto, afirma que los valores son jurídicamente relevantes desde el momento en que se incorporan al ordenamiento jurídico, considerando que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es el primer sistema de principios y derechos generalmente aceptado por toda la humanidad²¹: representa un hecho novedoso y trascendental en la historia por el que un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado por la mayoría de los individuos, de forma que la Declaración es la expresión de un acuerdo universal y básico en torno a un determinado sistema de valores²².

Este acuerdo universal sería el elemento que justifica los valores, pudiendo así ser probado factualmente y evitando el acudir a conceptualizaciones meramente iusnaturalistas. El consenso es uno de los modos de justificar los valores, según el cual un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese. Con el argumento del consenso se sustituye la prueba de la objetividad, que Bobbio descarta por imposible o extremadamente incierta, por el de la intersubjetividad. Ciertamente, admite que se trata

²¹ No hay que olvidar, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el texto al que remite el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, para la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en el texto. La Declaración supone la plasmación normativa de unos valores que se consideran absolutos y universales para unas vertientes doctrinales; o los derechos universales más generalizados y abstractos consensuados y positivados a nivel internacional para otras doctrinas. Maritain titula un epígrafe del Capítulo IV del libro *“El hombre y el Estado”* haciendo la siguiente aseveración: *“Hombres mutuamente opuestos en sus concepciones teóricas pueden llegar a un acuerdo puramente práctico sobre una enumeración de los derechos humanos”*. Sin embargo, Maritain señala que es inútil intentar justificar racionalmente el porqué de este acuerdo general, y al respecto cita la anécdota que se produjo durante una de las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre. En un momento dado, alguien manifiesta extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías diametralmente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. *“Claro – replicaron ellos – estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué”*.

²² BOBBIO, N., *“El tiempo de los derechos”*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, pág. 66: *“Sólo después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido en que universal significa no dado objetivamente, sino subjetivamente acogido por el universo de los hombres”*.

de un fundamento histórico y, como tal, no es absoluto, “*pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente*”²³.

A partir de ahí, Bobbio apunta a que ya no es preciso proceder a explicar la fundamentación de los derechos, ya que la Declaración contiene e identifica los valores a partir de los cuales se nutren éstos, elegidos a través de un procedimiento que los dota de absoluta legitimidad: el acuerdo por consenso²⁴. Estamos pues, ante derechos cuya fundamentación es universal, al ser el consenso de aprobación del texto de carácter universal. Sin embargo, a mi modo de ver, no es posible admitir la renuncia a la motivación y argumentación de los derechos así como de los valores que la originan como si estuviéramos ante una cuestión totalmente obvia y resuelta y que, por lo tanto, se abandona. Debemos contar con que toda adopción jurídico-normativa va a ser analizada y sometida a los razonamientos diversos que proporciona el pensamiento humano así como el transcurso del tiempo, en un avance continuo que desarrolla, adapta y hace evolucionar el Derecho. Por otro lado, se debe tener en cuenta que del consenso no puede presumirse la eternidad del texto aprobado, si, en cambio, su general aceptación en un tiempo dado.

Sin embargo, de una Declaración “universal” pueden derivarse derechos “universales”, entendidos así en razón de su extenso alcance inferidos de una aprobación altamente consensuada. De esta manera y una vez más, sin embargo, la existencia real, previa y consensuada de toda “universalidad” se verá condicionada a ser reconocida en un acto de aceptación y plasmación en el ordenamiento jurídico. En este sentido, la Declaración ha querido personificar el resultado de un arduo proceso que se ha ido desarrollando a lo largo de la Historia en tres etapas: durante el auge del iusnaturalismo racionalista se afirmaba la existencia de derechos naturales universales; posteriormente, la positivación de los derechos supuso su transformación en derechos positivos particulares; por último, en esta última etapa, la Declaración los convierte en derechos positivos universales²⁵.

²³ BOBBIO, N., “*El tiempo de los derechos*”, *Op. cit.*, pág. 65.

²⁴ “(...) después de esta Declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés”. (BOBBIO, N., “*El tiempo de los derechos*”, *Op. Cit.*, pág., pág. 61.).

²⁵ Al respecto, y una vez solventado en el pensamiento de Bobbio el problema de la fundamentación de los derechos, la siguiente tarea crucial que se plantea consiste en garantizar la eficacia de esos derechos consensuados universalmente: “*El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son*

A esta tesis se le puede oponer el pensamiento de Herbert L.A. Hart, quien afirma que la simple proclamación de “*algo*” como Derecho no resuelve en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, de manera que “*por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral*”²⁶. Para Hart el derecho debe surgir de la propia conciencia de las personas para acatar las normas, sin que tenga que existir una amenaza necesaria que induzca a la obediencia. Al respecto, la conciencia humana admite una duplicidad de motivos que le inducen a seguir las normas: a) por interés propio cuyo beneficio puede vislumbrar a corto o largo plazo; b) por desinterés y altruismo hacia los demás; c) por el valor moral de la norma; o d) por la inercia de seguir un comportamiento ya consolidado o preestablecido²⁷.

Hart explica que no es posible negar que el Derecho considerado injusto sea Derecho, pero le niega la existencia de un deber moral de obedecerlo e incluso, reconoce la posibilidad de desobedecerlo, como planteó Gustav Radbruch en su crítica al derecho nazi. Señala que Radbruch consideró que el Derecho nazi no podía ser considerado como tal al ser moralmente injusto, por lo que los funcionarios alemanes deberían haberlo desobedecido. Pero Hart alega que si aceptáramos el parecer de Radbruch y rechazamos que ciertas normas sean legales en razón de su iniquidad, estaremos confundiendo una de las maneras más poderosas de la crítica moral. Según Hart si admitimos que ciertas leyes pueden ser tales pero demasiado inicuas para obedecerlas, estaríamos realizando una condena moral que presenta una denuncia clara e inmediata a la conciencia moral. Si, desde otro ángulo, se afirma que estos “desmanes” no son legales, he aquí una aseveración que podría suscitar multitud de cuestiones filosóficas antes de que pueda ser aceptado²⁸.

Recordemos que Radbruch proclama su célebre fórmula en 1946, en un contexto en el que la pregunta que había surgido y que exigía una pronta respuesta era

estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados” (BOBBIO, N., “*El tiempo de los derechos*”, *Op. Cit.*, pág. 64).

²⁶ HART, H. L.A., “*El concepto de Derecho*”, Abeledo-Perrot, 1961, págs. 259-260.

²⁷ *Op. Cit.*, pág. 286.

²⁸ HART, H.L.A., “*El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral*”, en DWORKIN, R.M. “*La filosofía del Derecho*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, 67-68.

consecuencia de la necesidad de que no se reiteraran las atrocidades cometidas bajo el régimen del nacionalsocialismo alemán. La cuestión se resumía en el planteamiento de si lo considerado como lícito según el Derecho positivo tenía que seguir considerándose como tal en caso de conculcar los principios fundamentales de la justicia y del Estado de Derecho. La solución a la que llega Radbruch la expresa en su conocida fórmula, de la siguiente manera: *"El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica"*²⁹. Tiene tan solo la apariencia de Derecho.

Como bien se aprecia y señaló nítidamente Alexy, la fórmula puede dividirse en dos partes. Una primera, donde se afirma que la norma jurídica carecerá de validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza lo que el autor denomina una *"medida insoportable"*. Alexy nos dice que esto puede ser designado como la "fórmula de la intolerancia". En la segunda parte, Radbruch niega naturaleza jurídica a las leyes positivas cuando se niega conscientemente la igualdad en su establecimiento, en lo que Alexy ha dado en llamar *"la fórmula de la negación"*³⁰.

A las críticas que opone Alexy³¹ respecto del razonamiento de Radbruch, puede añadirse la inseguridad e imposibilidad de determinar qué debe entenderse como

²⁹ RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, Volumen 3, 89.

³⁰ <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>

³¹ Alexy explica a Radbruch y opone las siguientes objeciones a su razonamiento: *"La fórmula de la intolerancia tiene un carácter objetivo. Aplica la medida de la injusticia. Por el contrario, en la fórmula de la negación se trata de algo subjetivo: los propósitos o las intenciones del legislador. Pueden imaginarse casos en que ambas fórmulas conduzcan a resultados distintos. Así, uno puede imaginarse tanto a un legislador que pretende lograr la igualdad como núcleo de la justicia pero que, sin embargo, lleva a cabo algo insoportablemente injusto, como a otro obstinado en realizar lo injusto, pero que al hacerlo no llega al umbral de lo insoportablemente injusto. En general, cuando se trata de una injusticia insoportable deberían coincidir resultado e intención. Por tanto, se puede hablar de un "solapamiento"*

“medida insoportable”. El autor intenta solventar este problema encuadrando en esta categoría aquellas normas que no tengan en cuenta los principios del Estado de Derecho, división de poderes y la protección de los derechos, así como aquellas que no cumplan con el principio de igualdad de las medidas, razón por la cual esas normas son “incorrectas” y “arbitrarias”³². Sin embargo, insiste en que es posible un Derecho que no esté completamente en concordancia con la Moral, puesto que no rechaza que el Derecho pueda ser injusto, pero incorporándole el límite de la extrema injusticia como criterio que determina su validez jurídica y alejándose de un positivismo rígido³³.

Sin embargo, nos encontramos con que el problema sigue sin solventarse del todo, porque ¿qué consecuencia o reacción debe adoptarse ante normas que no tienen en cuenta los principios del Estado de Derecho, la división de poderes o la protección de los derechos, esto es, constituyen una “medida insoportable”? Ante esta situación es lícita la desobediencia. Pero, si nos fijamos, las categorías señaladas por Radbruch y que posibilitarían esta desobediencia lícita, constituyen cláusulas tan generales que en ellas

(overlapping) de ambas fórmulas. La jurisprudencia ha aplicado ante todo la fórmula de la intolerancia. A favor de esto está el que, ante la duda, resulta difícil probar algo como un "dolo de violar la justicia" por parte del legislador. Aquí, la fórmula de la intolerancia seguirá permaneciendo en primer término. Lo característico de la fórmula de Radbruch es que no exige una coincidencia completa entre el Derecho y la moral. Permite que el Derecho promulgado y eficaz Radbruch habla del Derecho "asegurado por el estatuto y el poder"- sea también válido cuando es injusto, y en absoluto exige una orientación de la totalidad del Derecho hacia la moral. Más bien, incorpora al Derecho un límite extremo. En general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica. Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. Más breve incluso: La extrema injusticia no es Derecho” (<http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>).

³² Radbruch afirma que es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas. Aun así, añade otro límite: en aquellos casos donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es solo “derecho incorrecto”, sino que carece de la naturaleza de derecho. No se puede definir como derecho, por tanto. Medidos en esta escala, tramos enteros del derecho nacionalsocialista no alcanzaron nunca la dignidad del derecho válido. (RADBRUCH, G., “*Relativismo y derecho*”, Temis, Bogotá, 1999, Págs. 35 - 36).

³³ La fórmula de Radbruch va a influir de forma determinante en la jurisprudencia alemana posterior a la II Guerra Mundial y al desmoronamiento de la República Democrática Alemana, en 1989. Alexy lo resumió muy bien aludiendo a que, en ambos casos hubo que responder a la cuestión de si lo que era lícito según el Derecho positivo desaparecido tenía que seguir considerándose lícito en caso de conculcar los principios fundamentales de la justicia y del Estado de Derecho: “Según una formulación usual, aunque imprecisa, ¿puede ser hoy injusto lo que en aquella época era Derecho? Después de 1945 los Tribunales alemanes respondieron afirmativamente a esta pregunta, y el Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof) ha continuado esta tradición después de 1989, en especial en su jurisprudencia acerca de los denominados guardianes del muro. El propio Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) ha contribuido a su avance en el caso de la injusticia nacionalsocialista, y lo ha aprobado en el caso de la injusticia de la R. D. A.4 La fórmula de Radbruch constituye el núcleo iusfilosófico de esta jurisprudencia” (Alexy, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>).

cabrían las más diversas interpretaciones con el objeto de fundamentar casi cualquier desobediencia que se imagine.

En el trasfondo de todas estas controversias asoma la eterna pregunta que desde la noche de los tiempos se hace el ser humano: ¿Qué es justicia y por lo tanto, cuál es el Derecho justo? ¿Es posible determinar parámetros racionales y universales que la definan y que por lo tanto posibiliten su incorporación en el ordenamiento jurídico?³⁴. La noción de justicia incorpora una amplia variedad de concepciones que es imposible unificar, teniendo en cuenta, además, el factor histórico que influencia una determinada plasmación conceptual del término, dependiendo de las “injusticias” que se quieran evitar en ese momento³⁵. Además, debemos tener en cuenta que la vida humana se rige por disciplinas que se encuadran en diferentes ámbitos³⁶, las cuales poseen, cada una de

³⁴ Para Platón, la justicia fue un tema fundamental y a ella dedica gran parte de 2 de sus obras: “Diálogos” y “La República”. “*La justicia es el bien humano por excelencia; ningún mal se hace al hombre sino merzándole o quitándole este bien, esto es, haciéndole injusto*” (Platón, “*La República*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 434). Al respecto, nos dice que “*la justicia es la máxima virtud del alma y consiste en dar a cada uno lo suyo*”. Para Aristóteles el fin de la justicia es la igualdad, pero no para todos, puesto que no todos somos iguales. “*Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales*”. La justicia consiste, pues, en “*tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual*”. “*Al decir justas, por justicia entendemos igualdad; y esta igualdad de la justicia se refiere al mismo tiempo al interés general de la ciudad y al interés personal de cada ciudadano*” (Aristóteles, “*La Política*”, IV 12, 1234). Ya mucho más recientemente, Alexy traza un concepto de igualdad que es relativo y centro fundamental en la prosecución de la justicia. “*Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*”. “*Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*” (Alexy, R., “*Teoría de los derechos fundamentales*”, 1993, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 409). Esta línea dogmática conecta con la posibilidad de dispensar un trato diferencial a aquellos que lo necesiten: es lo que se denomina acción positiva, donde se otorga un trato diferente por parte del Estado o de los operadores jurídicos, con la finalidad de nivelar o equiparar a grupos o individuos que por alguna razón (histórica, social, por razón de sexo, condiciones sociales, económicas, religiosas, etc.) se encuentran sometidos a desigualdades.

³⁵ De esta manera, las teorías de la justicia tienden a reflejar las injusticias percibidas en cada momento histórico, relacionadas con la propiedad, el género, la raza o el poder. (CAMPBELL, T., “*La justicia. Los principales debates contemporáneos*”, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002, pág. 15).

³⁶ Theodor Geiger (GEIGER, T., “*Estudios preliminares de sociología del Derecho*”, Editorial Comares, Granada, 2001) analiza los ordenamientos sociales y sus normas, definiendo el ordenamiento jurídico como un tipo de ordenamiento social. Asimismo, profundiza en las diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico y los demás ordenamientos sociales, afirmando que nunca son nítidas: mantienen una continua interconexión, de manera que, en un estadio previo, el Derecho es un ordenamiento social que, sin poseer naturaleza jurídica, tampoco será “meramente” lo que precede al Derecho. De la misma manera, no se puede concretar el momento histórico en que el ordenamiento social se convierte en jurídico. Geiger analizará al respecto el fenómeno que denomina “pluralismo de los sistemas sociales de ordenamiento”. No obstante, señala Geiger, del hecho de que con el tiempo se consolide un ordenamiento jurídico no se puede inferir que estamos ante un ordenamiento dominante en una sociedad, puesto que junto a él conviven otros ordenamientos sociales que se subordinan al “conjunto de la sociedad libre”, a diferencia del jurídico, que se subordina a la organización estatal. Asimismo, Geiger afirma que el orden jurídico es “*un fenómeno puramente político, sin significación moral específica*” (GEIGER, T., “*Moral y derecho. Polémica con Uppsala*”, México: Alfa, 1982, pág. 181).

ellas, particulares criterios de valoración o valores propios que ponen el énfasis en un determinado aspecto³⁷: para la economía, prepondera el valor utilidad; para la ética, el bien; para la estética, la belleza; para el Derecho, la Justicia³⁸, etc.

En mi opinión, no se puede aceptar la validez jurídica a priori de estos valores pero sí considero que aquellos que el ordenamiento jurídico finalmente positiva y, por lo tanto, reconoce como la opción ético-social elegida por la sociedad en cuanto a fines u objetivos que debe perseguir y cumplir el Estado, tienen una existencia que es pretérita a su efectiva introducción en el Derecho. Esta existencia anterior a su conversión en

³⁷ MacIntyre (MACTYRE, A., *“Tras la virtud”*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1984) aporta interesantes reflexiones, desde una perspectiva pesimista. Partiendo de la consideración de que la Ilustración ha resultado un proyecto fallido, define como una quimera la búsqueda de una racionalidad y una moralidad universal, ya que no es posible fundamentar o legitimar los principios morales universales. Esto se traduce, por ejemplo, en que la pretendida universalidad de los derechos humanos es una invención. Al mismo tiempo, caracteriza el momento actual como una época que se encuentra más allá de la virtud. Al respecto, aborda y encauza una interpretación de la virtud y la justicia cuyo eje, principio y fin es el pensamiento aristotélico. MacIntyre enlaza así una acérrima reivindicación de Aristóteles en materia moral con la crítica moderna a los fines individualistas que sacralizó el liberalismo, puesto que las virtudes no se ejercen en solitario. En este contexto, MacIntyre revitaliza la idea de bien común como realización de la justicia. El hombre considerado como un ser aislado, sin tradición, ni historia, es una abstracción que no se corresponde con la realidad, siendo la comunidad una manifestación de éstas y abogando en todo momento por la vuelta a la noción de tradición. Según MacIntyre, la modernidad liberal puede aceptarse únicamente si se considera que no es más que una fase en el desarrollo de la Tradición. En cuanto a la justicia, MacIntyre no la define como un valor, sino como una virtud que no puede realizarse sin tener en cuenta al resto de seres humanos: se ejerce, por tanto, en comunidad. *“Saber cómo aplicar la ley es posible solamente para quien posee la virtud de justicia. Ser justo es dar a cada persona lo que merece, y los presupuestos sociales para el florecimiento de la virtud de la justicia en la comunidad son, por consiguiente, dobles: que haya criterios racionales de merecimiento y que haya un acuerdo socialmente consolidado acerca de cuáles son estos criterios”*. (MACTYRE, A., *“Tras la virtud”*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1984, pág. 152).^[1]

Michael J. Sandel, discípulo de MacIntyre, constituye junto a éste otro de los máximos exponentes de la filosofía actual, desde una perspectiva comunitarista. Para Sandel (SANDEL, MICHAEL J., *“Justicia, ¿hacemos lo que debemos?”*, Debate, Madrid, 2009), cuestiones como la justicia, el bien común o la vida buena no son temas meramente filosóficos, sino que deben incluirse en el discurso político. Asimismo, considerarlas cuestiones de índole meramente individual y privada como aboga el Liberalismo, es errónea. Al respecto, la justicia supone cultivar la virtud y razonar acerca del bien común y la vida buena, siendo ésta la manera de enfocar el concepto más correcto, por encima de la perspectiva utilitarista (la mayor felicidad para el mayor número) o la perspectiva de la libertad de elección (ya sea desde una dimensión económica o en la esfera individual). *“Si una sociedad justa requiere un intenso sentimiento comunitario, tendrá que encontrar una forma de cultivar en los ciudadanos una preocupación por el conjunto, una dedicación al bien común. No puede ser indiferente a las actitudes y disposiciones, a los “hábitos del corazón” que los ciudadanos llevan consigo a la vida pública. Debe encontrar una forma de apartarse de las nociones puramente privatizadas de la vida buena y cultivar la virtud cívica”* (SANDEL, MICHAEL J., *“Justicia, ¿hacemos lo que debemos?”*, Debate, Madrid, 2009, pág. 298).

Sandel ahonda en una crítica hacia el liberalismo y su concepción de la libertad y las obligaciones, afirmando que ésta no explica aquellas obligaciones cuyo origen no se encuentra en el consentimiento individual y propio. Apoyándose en la obra de MacIntyre, reconoce la existencia de obligaciones de solidaridad o adscripción que surgen ante aquellos semejantes con los que compartimos tradición o historia, y que no se pueden explicar refiriéndose a un contrato. De esta manera, la solidaridad y la responsabilidad colectiva constituyen lazos de interdependencia que son una base de identidad del individuo.

³⁸ PEREZ LUÑO, A. E., *“Teoría del Derecho”*, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 213.

Derecho positivo debe su origen a la voluntad general determinada a través de un consenso social tácito acerca de cuáles son las condiciones de vida prioritarias y fundamentales que se deben realizar en la vida comunitaria, que es la que recoge finalmente el Derecho. Su incorporación al ámbito jurídico, su positivación, por tanto, les otorga dimensión jurídica y garantía de plena protección y eficacia, erigiéndose en guía y límite de todo un ordenamiento jurídico.

Antes de esto, los valores son “entes” que muy posiblemente debiera o fuera aconsejable que pertenecieran, fundamentaran e informaran a todo el ordenamiento jurídico. Qué duda cabe de que inicialmente existen, empujan y presionan a través de un consenso social y no jurídico en cuyo contexto se consideran imprescindibles para el adecuado desarrollo del ser humano como contenido material mínimo que debe ser incorporado al Derecho. Pero hasta su definitiva plasmación jurídica no forman parte de éste. Una vez son reconocidos jurídicamente, la aceptación generalizada de que instituyen el fundamento objetivo del ordenamiento jurídico ha hecho que, normalmente, se consagren en el nivel o rango superior del Derecho: el nivel constitucional.

Esta idea es la que subyace en nuestra Constitución. El artículo 1.1 no crea los valores superiores del ordenamiento jurídico, como decimos, sino establece que la fórmula política elegida, esto es, el Estado social y democrático de Derecho, debe “propugnarlos”. Según la Real Academia Española de la Lengua, “propugnar” significa “defender, amparar”, y esto implica una existencia anterior: para que algo pueda ser defendido y protegido el presupuesto lógico es que debe existir previamente. La Constitución, pues, no crea los valores, los positiva a partir de esa fuente continua de moral social, vigente en un momento dado, que va a justificar y marcar los objetivos al Estado y al ordenamiento jurídico. De esta manera, se establece el vínculo jurídico necesario entre esta realidad social previa de fines prioritarios y el Derecho. Ahora bien, debemos destacar que la incorporación de esta realidad de existencia pretérita a través los cauces de producción normativa establecidos por el ordenamiento jurídico es lo que la convierte en Derecho y, por ende, en exigible jurídicamente³⁹.

³⁹ Peces-Barba denomina como “justicia legalizada” el contenido del artículo 1.1. de la Constitución y admite que esta justicia (o moralidad) que el ordenamiento jurídico incorpora e influencia cada precepto, a su vez, se ve influenciada por una “*justicia no legalizada*” que presiona para ser incluida en el Derecho Positivo. Para el profesor, el fundamento de esa moralidad *legalizada* y de la *no legalizada* no es absoluto, sino histórico y suficiente para una determinada etapa de la historia de la cultura jurídica y

La justificación de los valores, por tanto y como ya he señalado, debemos buscarla en el consenso, con lo que evitamos acudir y aceptar teorías iusnaturalistas que admiten unos valores universalmente válidos para todo tiempo y lugar y que, a la postre, deben ser universalmente aceptados. Como consecuencia, los valores tienen un innegable componente histórico: son fruto de un acuerdo social que se produce en un determinado momento histórico y que apunta a que este *telos* del sistema político actual es susceptible de las alteraciones propias de la evolución de la conciencia social. Lo que nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: si se diera una realidad donde un consenso social amplio abogara por la modificación radical del sistema de valores instaurado en nuestra Constitución, sustituyéndolo, por ejemplo, por un régimen político dictatorial, ¿sería posible considerar legítima e incluso Constitución a esta nueva Norma básica? A este apasionante análisis consagramos el siguiente epígrafe.

1.2. Constitución y democracia: legitimidad y validez constitucional.

Tras la lectura del artículo 1.1 de la Constitución de 1978 constatamos que, efectivamente, la Constitución es “*una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico*”⁴⁰. De esta forma nuestro Alto Tribunal ratifica una interpretación no estrictamente positivista de la Carta Magna y nos ofrece una interpretación finalista de ésta⁴¹. Como consecuencia, los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y que informan a todo el ordenamiento jurídico”⁴².

Böckenförde resumió perfectamente esta nueva concepción axiológica de las funciones que cumple una Constitución al señalar que ésta ya no se limita a fijar los

política. Nuestro artículo 1.1, según Peces-Barba, establece “qué se manda”, complementando el establecimiento del “quién manda”, contenido en el art. 1.2 de la Constitución. (PECES-BARBA, G. “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, Revista de las Cortes Generales. núm. 1, primer trimestre de 1984, págs. 35 y ss.).

⁴⁰ STC 9/1981, de 31 de marzo, Fundamento Jurídico 3.

⁴¹ STC 18/1981, de 8 de junio, Fundamento Jurídico 2.

⁴² STC 21/1981, de 15 de junio.

límites del poder del Estado frente a la libertad civil y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio de dominio, sino que se erige en la positivación jurídica de los “valores fundamentales”⁴³.

Todo esto se traduce en que la Constitución no es una norma agnóstica, no es neutral. El Estado social y democrático de Derecho propugna (ampara, defiende) unos valores superiores que informan, guían y nutren a todo el ordenamiento jurídico y que constituyen la plasmación de la ética social en un determinado momento histórico. La Constitución se convierte, puede decirse así, en una norma suprema “*materializada*”, con un claro carácter teleológico que va a estar presente en todo el tejido jurídico.

El Estado social y democrático de Derecho vinculado inexorablemente a los valores superiores del Derecho, por lo tanto, debe ser protegido y efectivamente realizado, sin permitir ataques que lo obstaculicen. Y todo esto por mandato constitucional. Sin embargo, al mismo tiempo, la propia Constitución permite su reforma total, lo que denomina con el término de “revisión” en el artículo 168. A través del procedimiento que se arbitra en este artículo sería posible una especie de “voladura controlada”⁴⁴ de todo el sistema que instaura, posibilitando la adopción de un régimen político distinto que propugnara unos valores superiores propios que podrían contradecir los actuales. Nos surge inmediatamente un interrogante: ¿Por qué la Constitución de 1978 hace esto?

Nuestra Constitución no ha establecido límites materiales frente a su reforma, al optar por excluir cláusulas de intangibilidad en su articulado, como sí hacen otras

⁴³ BÖCKENFÖRDE, E.W., “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en BÖCKENFÖRDE, E.W., “*Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*”, Trotta, Madrid, 2000, pág. 40.

⁴⁴ Recuerdo leer esta expresión por primera vez durante mis primeros años de carrera en la obra “*Curso de Derecho Constitucional*” de Javier Pérez Royo (PEREZ ROYO, J., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 120). Con ella se hacía referencia a la función de ruptura con el régimen de Franco que desempeñó la Ley de la Reforma Política, cuyo proyecto fue aprobado por el Gobierno en septiembre de 1976: “*Formalmente se presenta como una Ley Fundamental más. Materialmente es una ley instrumental para una futura operación constituyente*” (pág. 121). A partir de su proclamación se van dando todos los pasos necesarios para ir modificando las Leyes Fundamentales que el régimen franquista usaba a modo de “Constitución” (siete leyes en total: el “Fuero del Trabajo en 1938, la “Ley de Cortes” en 1942, el “Fuero de los españoles” y la “Ley de Reféndum” en 1945, la “Ley de Sucesión en la jefatura del Estado” en 1947, la “Ley de Principios del Movimiento Nacional” en 1956 y “La Ley Orgánica del Estado” en 1966.

Constituciones⁴⁵. El artículo 168 habilita la posibilidad que se realice una revisión total⁴⁶ de la Constitución a partir de un rígido procedimiento, cuya razón de ser es tanto garantizar la estabilidad jurídica como apuntalar el régimen democrático proclamado, de modo que solamente a través de un amplísimo consenso y tras un complejo proceso, puedan cambiarse las reglas establecidas. A priori, antes de analizar el sistema constitucional de reforma y revisión, podría interpretarse que la conjunción entre el reconocimiento constitucional de un sistema de valores y al mismo tiempo de un procedimiento que permite modificarlos, e incluso implantar otros diametralmente opuestos, le confiere una absoluta neutralidad ideológica a la Constitución. Sin embargo, esta concepción se ve modulada nada más terminar la lectura del Título X: estamos ante un procedimiento complejo y denso cuya pretensión es dificultar, con soberbio éxito, las reformas que afecten al sistema de valores y el régimen democrático que instaura. De esta manera, la presumible neutralidad ideológica de nuestra Carta Magna, no puede ser afirmada sin matices: la Constitución no incluye cláusulas de intangibilidad pero si se defiende y protege el orden establecido hasta el grado de convertir las posibilidades de cambio sustancial en algo poco probable. La cuestión sobre si es correcta la elección de los ámbitos que son fuertemente protegidos a través de este procedimiento agravado, es “harina de otro costal”.

Pero que la revisión constitucional encuentre múltiples dificultades a batir, no significa que sea imposible, de manera que volvemos a plantearnos el –hasta ahora– hipotético caso de que se pretenda un cambio de régimen político y axiológico, haciendo uso del artículo 168 de la Constitución. Manuel Aragón recuerda que debe hacerse la distinción entre validez y legitimidad y no caer en la tentación de asimilar ambos conceptos. Un nuevo orden proclamado a través del artículo 168 de la Constitución que implantara un régimen político dictatorial puede ser considerado democráticamente

⁴⁵ Piénsese en el carácter irreformable de la dignidad humana (art. 1) o la organización territorial del Estado en Länder, en el constitucionalismo alemán, en virtud del artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana de 1949, que establece que: “*No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20*”.

⁴⁶ Nuestra Carta Magna reserva el término “reforma constitucional” a la modificación de algún o algunos artículos de la misma, y “revisión total” a la modificación total o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II; esto es, una modificación sustancial del texto que suponga “de facto” un cambio total, para el que se habilita un procedimiento agravado. Esta diferenciación semántica tiene una salvedad: la del artículo 95 de la Constitución, donde se utiliza la expresión “revisión” con ambos significados.

válido por su origen, pero no va a ser democráticamente legítimo⁴⁷. Con esta afirmación el autor puntualiza varios extremos. En primer lugar, señala que utilizar las propias reglas de la Constitución para modificarla dotaría al nuevo orden establecido de validez, una vez se ha respetado el procedimiento constitucional habilitado para ello, pero no gozaría de legitimidad democrática si el contenido de esta nueva “Constitución” no está de acuerdo con los fines y principios democráticos. A partir de aquí expone un amplio análisis para explicar la inexistencia de la legitimidad jurídica democrática de una Constitución que fuera totalmente revisada con el objeto de instaurar un sistema contrario al orden democrático. Esta nueva ordenación, por no ser democrática en su contenido material, no será, en realidad, Constitución, sino mera ley fundamental, puesto que el principio democrático, no es ya el que legitima su “realización”, no es el que orienta y preside la vida constitucional a partir de ese momento. Y es que Aragón afirma, con precisión y acierto, que la democracia es un principio legitimador interno constitucional, no solo externo. Partiendo de esto, sería un error entender la democracia en la Constitución como un método y solo un método, al modo de Kelsen, puesto que nos quedamos solo con una visión parcial del fenómeno “democracia”: la dimensión formal o procedimental⁴⁸.

Aragón continúa afirmando con rotundidad que solo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella

⁴⁷ Aragón afirma que la utilización de las reglas establecidas por la propia Constitución para cambiarla dotaría al nuevo orden de validez, pero no necesariamente de legitimidad. La legitimidad de este nuevo orden que produzca dependerá del contenido de ese mismo orden. Si a través del art. 168 se transformase la democracia en dictadura, ese nuevo orden sería democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo. *“Esto es, esa nueva Constitución que emanó democráticamente ya no será una Constitución democrática en cuanto que el principio democrático, en que se fundó su emanación no es ya el que legitima su “realización”, el que ha de orientar y presidir la vida constitucional. Y esa nueva ordenación, por no ser democrática en su contenido, no será, en realidad, Constitución, sino mera ley fundamental”*. La nueva ley fundamental podrá poseer, quizás, una legitimidad sociológica, explica Aragón, pero no, desde luego una legitimidad jurídica democrática desde el momento en que el pueblo no tendrá asegurada por el derecho su condición de soberano (ARAGÓN, M., *“Constitución y Democracia”*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 28.)

⁴⁸ Bobbio se cuestiona las transformaciones de la democracia (BOBBIO, N., *“El futuro de la democracia”*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1992, págs. 30-31) y, en concreto, centra su reflexión en las dificultades de adaptación al presente, dejando claro que no considera que se encuentre, aun así, en peligro de colapso como forma política de gobierno. Respecto a los valores, y pese a su preferencia por una definición procedimental de la democracia, Bobbio no niega la importancia de los principios y valores. En primer lugar, por razones de legitimidad ideológica y, en segundo lugar, por erigirse en los parámetros que orientan y definen los objetivos y las metas. De esta manera, determinados ideales son indispensables, como pueden ser la tolerancia, la no violencia, la legalidad y las instituciones representativas equilibradas.

permite limitar jurídicamente, la acción del poder⁴⁹, en consonancia con las tesis de Rubio Llorente⁵⁰ o Klaus Stern. Y esto es así porque la democracia es la forma jurídico-política adoptada por el pueblo, no impuesta a ella, y la que le permite seguir siendo pueblo soberano.

Efectivamente, considero que para que el resultado de una revisión constitucional sea una Constitución debe converger en ella una razón de validez y de legitimidad democráticas. Estos dos elementos deben ir siempre de la mano. Como consecuencia, una revisión constitucional que siguiera el procedimiento establecido en el artículo 168, pero cuyo texto resultante no respetara los valores y principios que el Estado social y democrático de Derecho encarnan, declarando un régimen político contrario a éste, no sería constitucional, puesto que la revisión de la Carta Magna en este caso, sólo gozaría de validez formal y carecería de validez material y legitimidad democrática. En otras palabras, no estaríamos ante una revisión constitucional, sino una operación inconstitucional, y, por consiguiente, una operación jurídica nula. Admitir la validez de la revisión de la Constitución, en la que solo es necesario cumplir con un procedimiento formal establecido al efecto sería retrotraernos a una concepción constitucionalista estrictamente formal o procedimental que actualmente se encuentra felizmente superada tras la trágica experiencia histórica del régimen nacionalsocialista en Alemania⁵¹. Y “si

⁴⁹ ARAGÓN, M., “Constitución y Democracia”, Op. Cit., pág 11.

⁵⁰ RUBIO LLORENTE, F., “Derechos fundamentales y principios constitucionales”, Barcelona, Ariel, 1995, pág. X (Prólogo): “... solo hay Constitución allí en donde el poder está limitado por los derechos del hombre, y que en consecuencia es un falso poder constituyente el que no los incorpora a su obra. Pero esta incorporación no es la apertura de una vía media entre iusnaturalismo y positivismo, sino la recepción por el Derecho positivo de los derechos (o principios, o valores) que afirmaron las teorías del Estado y del Derecho que confluyen en las grandes revoluciones de las que surge el Estado constitucional. Una vez recibidos en la Constitución, esos derechos son Derecho positivo”.

⁵¹ Hitler manifestó que la Constitución de 1919 (Constitución de Weimar) solo hacía válidos métodos y no objetivos, por lo que simplemente había que controlar el poder legislativo para poder cambiar el Estado a su antojo y según su ideario. Y realmente así procedió, como se explica en el siguiente fragmento del texto “Estado de Derecho y Reforma Constitucional”, en: http://www.uspceu.com/instituto_democracia/pdf/investigacion/EstadodeDerechoyReformaConstitucional.pdf. “Un claro ejemplo de Fraude Constitucional es la forma en que se derogó la Constitución del Reich Alemán de 11 de agosto de 1919 (Constitución de Weimar), para ser sustituida por el nuevo Régimen Nacionalsocialista de Hitler. Aquella, la Constitución de Weimar, establecía claramente que «el poder del Estado emana del pueblo» (artículo 1) (...) Además, la Constitución de 1919 regulaba el mecanismo legal para llevar a cabo la reforma de ese Régimen en Derecho y pacíficamente, mediante la vía legislativa y, en su caso, referéndum (artículo 76). Pues bien, en ostensible Fraude Constitucional, y al amparo de las normas reguladoras del estado de emergencia, Hitler y su partido Nacionalsocialista hicieron lo que ellos mismos llamaron una «revolución legal», es decir, una Revolución de momento no sangrienta, aparentando que se usaba la Ley. Llevaron a cabo un radical cambio de Régimen mediante un aparente uso del Estado democrático de Derecho vigente, que de hecho encubría el uso de la Fuerza bruta para cambiar el Régimen e imponer una Dictadura. En el Poder gracias a la Constitución de Weimar, esta fue sustituida por el Caudillaje del Führer con aparentes leyes que, de hecho, eran mandatos amparados en el monopolio de la

Constitución y democracia significan lo que creo que significan, para que una reforma sea constitucional es necesario que lo sea en su principio, en sus procedimientos y en su desembocadura”⁵².

No hay discusión en admitir que una de las bases indispensables en las que se asienta un ordenamiento democrático, y sin la cuál no puede darse, es la expresión de la voluntad general, por la que el pueblo se articula política y jurídicamente como soberano. Aunque este pueblo soberano decidiera darse un orden político basado en principios autoritarios, de forma que una vez impuesto lo erradicara como tal, el orden subsiguiente no podría ser considerado legítimamente democrático en cuanto no contemplaría el principio que lo define: el gobierno del pueblo por el pueblo⁵³.

Sin embargo, todas estas consideraciones se hacen respecto a una operación constitucional (la revisión) de una Norma Suprema que ha sido democráticamente aceptada y promulgada, por lo que, no hay duda de que su modificación debe realizarse de acuerdo al marco material y formal consensuado en él. Pero, si cambiáramos el escenario jurídico y partiéramos de cero, en un contexto histórico-jurídico en donde no

coacción que todo Poder supremo tiene: Los Decretos En Defensa del Pueblo Alemán de 4 de febrero de 1933 suspendieron la democracia; la Ley de Defensa del Pueblo y del Estado de 21 de marzo de 1933 hizo que el Poder Ejecutivo asumiera también las facultades propias del Legislativo; la Ley de Reorganización de la Burocracia de 7 de abril del mismo año excluyó de todo cargo a los no arios y a los no adictos al Régimen; la Ley de Unificación de 7 de abril de 1933 abolió el Régimen Federal... Con aparente uso formal de legalidad, pero sin utilizar el mecanismo previsto en la propia Constitución de Weimar para su reforma, es decir, en claro Fraude Constitucional, por la Fuerza, el Estado democrático de Derecho fue sustituido por otro Estado radicalmente diferente, ya que su fundamento no era la soberanía del pueblo alemán, sino la voluntad dictatorial de un Tirano”. A raíz de los dolorosos aprendizajes que nos deparó la Historia posteriormente y que son tristemente conocidos, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana declara en el artículo 21: “(1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio. (2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal”.

⁵² TORRES DEL MORAL, A., “Terrorismo y principio democrático”, en *“Revista de Derecho Político”*, UNED, Madrid, 2010, nº 78, pág. 146.

⁵³ Torres del Moral sostiene que solo es poder constituyente, cuya titularidad ostenta el pueblo, el democrático, pues éste es el único que puede ser límite jurídico del poder y garantizar la libertad. *“Su titular, por tanto, es y solo puede ser el pueblo, bien lo ejerza directamente, bien mediante representantes. Como trasunto directo de la soberanía, cuanta mayor y más directa sea la intervención del pueblo en su ejercicio, tanta mayor frescura democrática alcanza en teoría a la Constitución y al régimen que instaure”*. Asimismo, define el poder constituyente *“como la voluntad política del pueblo que decide sobre su propia existencia democrática”*. A lo que añade que es una exigencia lógica del concepto de democracia repudiar todo acto, por libre y participativo que sea, cuyo objeto y resultado sea la liquidación de la democracia. (TORRES DEL MORAL, A., *“Estado de Derecho y democracia de partidos. Una teoría del Estado constitucional contemporáneo”*, Editorial Universitas, 5ª Edición, 2015, pág. 170).

existe Carta Magna, y donde la sociedad decide darse una Norma Suprema que ordene la convivencia, ¿podría denominarse Constitución a toda Norma básica y fundamental que la sociedad decida darse por consenso, aún cuando consagrara un régimen dictatorial?

La cuestión que subyace con esta pregunta ahonda en la identificación de los rasgos que determinan que estemos ante una Constitución. Al respecto, ya en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se nos proporciona una definición material aproximada en su artículo 16 : “*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*”. Desde entonces el constitucionalismo ha ido necesariamente evolucionado a partir de la experiencia histórica de llamadas Constituciones que no eran tal en tanto en cuanto en su aplicación se veían “falseadas”, hasta llegar a una necesaria vinculación conceptual entre democracia y Constitución, que vuelve a romper con los cánones establecidos por el formalismo kelseniano. Así pues, no hay otra Constitución que aquella que es democrática, todo lo demás es “*simple despotismo de apariencia constitucional*”⁵⁴.

La Constitución posee una especial consideración y características normativas que solo puede ir de la mano de la democracia desde el momento que la soberanía nacional debe ser el poder constituyente del que emane su poder en todos los estadios de su “existencia”, no solo en su inicio. En el fondo, estamos aludiendo a la dicotomía jurídica entre poder constituyente (el que emana del pueblo, es decir, la soberanía nacional) y poder constituido (la Constitución). Sin poder constituyente no hay Constitución, y sin soberanía nacional no hay poder constituyente. La democracia es la forma política por la que la soberanía nacional se instrumentaliza con todas las garantías en un poder constituyente del que puede emanar una Constitución. Es cierto, que se puede objetar el hecho de que la naturaleza del poder constituyente no es jurídica, en tanto en cuanto es previo al Derecho. Pero es que no puede ser de otra manera en tanto es anterior y exterior al Derecho, precisamente por ser su origen mismo, por lo que no va a poder ser interpretado jurídicamente. Es un poder originario, cuyo fundamento se encuentra en sí mismo: más allá de él no hay nada.

⁵⁴ RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del derecho”, en “*La Constitución española y las fuentes del derecho*”, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág. 61.

El paso siguiente, una vez aceptada la democracia como elemento indispensable para que exista Constitución, es la constatación de que es la única forma política que posibilita otra condición esencial y forzosa que debe darse para que estemos ante una verdadera Constitución: simultaneidad entre legitimidad y validez. Si una Constitución es aquella norma suprema que emana de la soberanía nacional y cuyo vehículo más apropiado de manifestación es el procedimiento democrático (validez), en consecuencia su legitimidad viene dada únicamente si realiza los valores y principios democráticos, que a su vez también se incardinan en el propio procedimiento formal y originario de la Carta Magna. Y es que la creación de un orden no puede desvincularse del contenido de ese orden una vez creado, como aboga Kelsen aún incurriendo en una clara contradicción⁵⁵.

La Constitución nace del pueblo soberano que decide “autolimitarse” a través de ella. Y esta “autolimitación” va a ser coherente siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución se basa en esta conjunción, de manera que, como declara Aragón, sin tal asociación no habría derecho “constitucional”, en puridad, sino mero derecho estatal⁵⁶.

Se puede explicar más sencillamente en la afirmación de que una Constitución, para serlo, debe responder a valores y principios democráticos: siendo la expresión de la voluntad soberana del pueblo, ésta no puede establecer que deje de ser expresión de la voluntad general; no puede destruirse a sí misma, yendo en contra de lo establecido por ella misma.

No obstante, esta proclama cuenta con ilustres detractores que afirman que

⁵⁵ Kelsen afirma, en un primer momento, que la democracia es un método únicamente: “Es una manifiesta corrupción de la terminología aplicar el vocablo ‘democracia’, que tanto ideológica como prácticamente significa un determinado método para la creación del orden social, al contenido de este mismo orden, que es cosa totalmente independiente” (KELSEN, H., “*Esencia y valor de la democracia*”, Editorial Guadarrama, Madrid, 1977, pág. 127). Sin embargo, posteriormente incurriendo en contradicción, afirma que la democracia implica tanto el reconocimiento del principio de la mayoría, como los derechos de las minorías (Ibídem, pág. 157), así como que no existe democracia sin la proclamación de la libertad de expresión (Ibídem, pág. 141). Asimismo, manifiesta su convicción de que es la forma de gobierno que realiza mejor la idea de igualdad, elemento indispensable e identificador de toda democracia y con lo que nos muestra la aceptación del elemento axiológico y apriorístico en la definición de este orden político.

⁵⁶ARAGÓN, M., “*Constitución y Democracia*”, *Op. Cit.*, pág. 14.

“fundir el concepto de Constitución con la libertad, los derechos individuales, la democracia y otras ideas capitales políticamente” son “por completo inoperantes para elaborar una dogmática jurídico constitucional”⁵⁷. Sin embargo, en mi opinión, el concepto de Constitución no queda explicado en su totalidad si no se alude a la democracia como uno de sus presupuestos definitorios en su dimensión formal y material, lo que nos lleva a identificar en la Carta Magna un determinado sistema de valores y principios que nutre -no indigesta o intoxica- a todo el ordenamiento jurídico y que le otorga una necesaria dimensión axiológica.

1.3. Conceptualización del valor superior de un ordenamiento jurídico.

El valor superior se caracteriza por su contenido teleológico, es innegable⁵⁸. Constituye el fin último a realizar en la regulación jurídica de la convivencia social definida en todo momento por el hombre. Este es un ser magistral cuya base existencial es tanto racional como emocional, por lo que inexorablemente se imbrica con sus máximas aspiraciones más allá del marco pragmático y utilitario. Los valores superiores

⁵⁷ OTTO, I. DE, haciendo referencia al pensamiento de García de Enterría en “Comentario al libro: La Constitución española de 1978. Estudio sistemático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº1, enero-abril de 1981, pág. 337.

⁵⁸ Luigi Ferrajoli, en su obra *Principia Iuris* (FERRAJOLI, L., “*Principia Iuris. Teoría de la democracia*”, Tomo II, Editorial Trotta, Madrid, 2011) presenta su teoría del Derecho y la democracia, abordando los valores en la democracia. Ferrajoli afirma que el Estado constitucional se caracteriza por la realización de una “democracia constitucional” regulada tanto por normas formales como normas sustanciales a las que están sometidos todos los poderes. De esta forma, en las democracias constitucionales modernas el Derecho se somete a normas en cuanto a su forma de producción, pero también respecto a los contenidos producidos. El Estado constitucional, por tanto, positiviza los límites y vínculos jurídicos a los que están sometidos los poderes, concretándose en los derechos fundamentales. En este sentido, en las democracias constitucionales se positiviza no solo el “ser”, sino también el “deber ser” del Derecho. “*El iusconstitucionalismo, como he escrito en varias ocasiones, es por el contrario un iuspositivismo reforzado porque se amplía a las mismas elecciones —los derechos fundamentales positivizados por las normas constitucionales— que deben informar, como un propio «deber ser jurídico», la producción de Derecho positivo. Por ello representa un complemento de un positivismo jurídico como el del Estado de Derecho. Pero por esto mismo, contrariamente a lo que sostienen DWORKIN, ALEXY y ATIENZA, según los cuales las constituciones habrían incorporado la moral en el Derecho y debería hablarse hoy de una conexión entre Derecho y moral, continúa valiendo el principio iuspositivista de la separación entre el Derecho y la moral frente a la enésima e insidiosa versión de legalismo ético que es el constitucionalismo ético. Este principio no quiere decir, ni mucho menos, que las normas jurídicas no tengan un contenido moral, o que no pretendan ser en algún modo «justas». Esta sería una tesis sin sentido. Incluso las normas (que nos parecen) más inmorales y más injustas expresan contenidos morales, que (a nosotros) nos parecen disvalores pero que a los que las producen y las comparten les parecen valores. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal expresa lo que, al menos para su legislador, es (subjettivamente) la «pretensión de corrección». Esto quiere decir que las constituciones expresan e incorporan valores del mismo modo en que lo hacen las leyes ordinarias*”. (FERRAJOLI, L., “*Principia Iuris. Una discusión teórica*”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008).

se erigen en las directrices que la conciencia general elige como los sublimes designios a materializar y garantizar para su convivencia pacífica y armónica; esto es, su concepción de convivencia ideal. De esta manera, los valores se proyectan sobre el ordenamiento jurídico como un elemento omnipresente de toda norma, constituyendo una especie de “ADN jurídico” que a lo mejor en un primer momento no es visible, pero que puede ser detectado a través del microscopio de un análisis pormenorizado de las concretas implicaciones materiales que manifiesta un sistema jurídico.

Todo esto ha sido posible tras un proceso de evolución histórica, en el cual el constitucionalismo moderno asume que estos valores deben cumplir con una doble función: a) constituyen un límite al poder, reconociendo para ello toda una serie de garantías en la relación ciudadano-Estado; y b) asumen un papel de aval de la opción axiológica consensuada socialmente que exige cristalizar el ideal ético de la convivencia social de forma efectiva. De esta manera, no se ha producido una ruptura, cambio siempre traumático, entre el clásico modelo de Estado de Derecho y el reconocimiento del elemento axiológico dentro del Estado Constitucional evolucionado, fruto de la madurez histórica.

A efectos del análisis del valor destaca su “idealidad”, que lo convierte en un término óntico, cuya existencia, en pureza, se predica de “algo” ya existente por sí mismo. Por ejemplo, puede afirmarse que el ser humano es libre, pero la *libertad* no constituye una entidad de la que podamos apreciar una realidad en sí misma, sino que “se adhiere” a otra entidad que ya *es* (el ser humano) y dice algo de él. Lo mismo puede predicarse de la dignidad. El valor se define, así, además, como “*un modo de ser de algo que, inasequible o escaso, es deseado*”⁵⁹.

A estos efectos, el pensamiento de Lotze, señalado como el fundador de la axiología moderna, analiza las diferencias entre el ser y el valer. Lotze señala que los bienes pertenecen al orden del ser, mientras los valores se integran en un orden axiológico con peculiaridades propias. En el orden del ser, las cosas son conocidas a través de los sentidos, a diferencia de los valores, que al constituir abstracciones no

⁵⁹ TORRES DEL MORAL, A., “*Principios de Derecho Constitucional español*”, Tomo I, Editorial Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pág. 52.

pueden captarse por medios físicos, sino únicamente a través del sentir emocional. Por lo tanto, para Lotze la existencia de los valores no se da en el mundo real, sino en uno ideal.

Ortega y Gasset también opina que los valores son cualidades de tipo irreal, por lo que no pueden percibirse directamente por los sentidos, sólo pueden estimarse: *“El estimar es a los valores lo que el ver a los colores y el oír a los sonidos”*. Estas dos experiencias -la sensible y la estimativa-, sin embargo, avanzan independientemente una de otra: la facultad estimativa que nos hace “ver” los valores es, pues, completamente independiente de la perspicacia sensible o intelectual⁶⁰. Ortega y Gasset afirma que si se analiza la naturaleza de los valores, se encontrará que gozan de ciertos caracteres ajenos a las cualidades reales. Así, es connatural al valor ser positivo o negativo: no hay término medio. La justicia es un valor positivo, aunque admite que cosa es advertirlo y otra estimarlo. La injusticia, en cambio, es también un valor, pero negativo. Además, todo valor positivo es siempre superior, equivalente o inferior a otros valores. Esta posición del valor la explica como un acto de “preferir” un valor sobre otro: podemos estimar ambos, pero preferimos uno sobre otro: *“La elegancia de un traje se impone a nuestra estimación, porque es un valor positivo; pero si la confrontamos con la honradez de un carácter vemos que sin perder aquella su calidad de estimable se supedita a ésta. La honradez vale más que la elegancia, es un valor superior a ésta. Por esta razón estimamos ambos, pero preferimos a aquel”*.

Esta actividad de “preferir” nos revela que los valores se organizan en una jerarquía de rangos fijos e inmutables. Ahora bien, Ortega admite la posibilidad de que erremos en las preferencias, anteponiendo lo inferior a lo superior, pero esto lo asimila a lo que ocurre cuando nos equivocamos en las cuentas, sin que ello anule la verdad rigurosa de los números. Cuando cierto error de las preferencias llega a ser habitual, de

⁶⁰ ORTEGA Y GASSET, J., *“El tema de nuestro tiempo”*, Austral, Barcelona, 2003 (“Capítulo VII: Las valoraciones en la vida”): *“A veces nos es perfectamente conocida una cosa en sus elementos reales, y, sin embargo, somos ciegos para sus valores. Pendiendo de las paredes, en estrados, iglesias y galerías, han permanecido durante más de dos siglos los cuadros del Greco. Sin embargo, hasta la segunda mitad de la centuria pasada no fueron descubiertos sus valores específicos. En lo que antes parecían defectos se revelaron de pronto altísimas calidades estéticas. La facultad estimativa –que nos hace <<ver>> los valores- es, pues, completamente distinta de la perspicacia sensible o intelectual. Y hay genios del estimar, como los hay del pensamiento. Cuando Jesús, soportando dócilmente una bofetada, descubre la humildad, enriquece con un nuevo valor la experiencia de nuestras estimaciones(...)”*.

manera que se antepone el valor inferior al superior, Ortega lo define como una perversión, “*una enfermedad estimativa*”.

No obstante, en el estudio de la filosofía de los valores, Bobbio llega a definirlos como criterios de juicio y elección que se orientan hacia la transformación de la realidad. Surgen como fruto de la “necesidad”; en respuesta a la realidad de una carencia en un momento determinado que hace que el valor sea “deseado”: “*Aquello que el hombre desea para satisfacer sus necesidades tiende a convertirse poco a poco en (...) ideal de sus acciones (...). Nosotros no deseamos la justicia porque sea un valor, sino que la justicia es un valor porque la deseamos; y la deseamos porque satisface una necesidad de los hombres que su propia historia ha producido*”⁶¹.

Pero Bobbio no admite la existencia de unos valores abstractos válidos para todo tiempo, afirmando inclusive, que es inútil justificar los valores últimos, porque éstos no se justifican, se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento⁶².

¿Y cuáles son los valores últimos para Bobbio? Para nuestro autor son la libertad y la igualdad⁶³. Pero mientras la libertad es una cualidad de la persona, la igualdad la describe como un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos⁶⁴. Para explicar el concepto de igualdad, Bobbio nos señala lo siguiente: mientras que el afirmar que “*X es libre*” nos proporciona un enunciado dotado de pleno sentido, decir que “*X es igual*”, es una proposición sin sentido, que necesita responder a la pregunta “¿igual a quién?” Esto hace que el concepto y valor de la igualdad presupone en su aplicación la presencia de una pluralidad de entes entre los cuales se debe determinar la relación existente⁶⁵.

⁶¹ BOBBIO, N., “*Introduzione alla filosofia del diritto*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 1948, págs. 34-38.

⁶² BOBBIO, N., “*El tiempo de los derechos*”, Ed. Sistema, Madrid, 1991, pág. 56.

⁶³ BOBBIO, N., “*Igualdad y libertad*”, Ediciones Paidós, 1993, pág. 53: “*La igualdad, como valor supremo de una convivencia ordenada, feliz y civil, y por consiguiente, de una parte, como aspiración perenne de los hombres que viven en sociedad, (...), queda emparejada a menudo con la libertad. Como “libertad”, “igualdad” tiene predominantemente en el lenguaje político un significado emotivo positivo, es decir, designa algo que se desea (...)*”.

⁶⁴ BOBBIO, N., “*Igualdad y libertad*”, *Op. Cit.*, pág. 54.

⁶⁵ BOBBIO, N., “*Igualdad y libertad*”, *Op. Cit.*, pág. 55: “*(...) mientras podría decirse, en el límite, que pudiera existir una sociedad en la cual solo uno es libre (el déspota), no tendrila sentido afirmar*”.

A mi modo de ver, los valores jurídicos son el punto de encuentro en el marco jurídico entre el *ser* y el *deber ser*, con el objetivo de que los valores por los que se optan terminen “*siendo*” en su máxima potencialidad. Constituyen el punto de partida y también el punto final del Derecho, referente programático e imperativo –pero no sólo esto- que incide en la interpretación del sistema normativo, sin amilanarse ante las dificultades que entraña su concreción material, consecuencia de la vastedad de su significado y contenido. Aún así, no son fines vagos o abstractos que se quedan en una esfera exterior e inexpugnable para el Derecho. Tampoco proclamaciones filosóficas o ingenuas, producto de un ordenamiento “bienintencionado”: son una fórmula generalista que deciden el carácter del ordenamiento, no solo adjetivándolo, sino definiéndolo totalmente. Como consecuencia, el resto del ordenamiento jurídico se ocupa de instrumentalizar, material y formalmente, las formas más efectivas para su realización práctica.

Desde otra perspectiva, los valores surgen como expresión de unas necesidades que se perciben como imprescindibles por el conjunto de la sociedad y que, por tanto, deben ser aseguradas en su desarrollo real y máximo a través de su reconocimiento jurídico. Estas necesidades tienen su origen en la conciencia que toma el ser humano de que para un adecuado desarrollo personal en todos sus ámbitos potenciales, debe proveerse y garantizar unas condiciones determinadas: la realización de estos valores cuya cúspide ocupa la dignidad.

Todo esto no debe obviar el reconocimiento de que la existencia del valor es anterior al Derecho positivo, pero debemos precisar que el valor jurídico debe su origen a la voluntad general determinada a través de un consenso social ético y tácito que es recogida en la norma jurídica. En otras palabras: surge en el ámbito de la ética o la moral, pero es su positivación posterior la que le otorga dimensión jurídica y la garantía de plena protección y eficacia, erigiéndose en guía y límite de todo el ordenamiento jurídico.

Toda norma expresa un contenido de voluntad⁶⁶ que en los Estados democráticos

que existe una sociedad en la cual solo uno es igual. (...) la libertad es la cualidad de un ente, y la igualdad un modo de establecer un determinado tipo de relación entre los entes de una totalidad”.

⁶⁶ DIEZ-PICAZO, L., “*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*”, Ariel, 1999, pág.39.

debe coincidir con la “voluntad del pueblo”⁶⁷. Y este contenido de voluntad general puede identificarse, a su vez, y resumiendo, en una voluntad social omnicomprensiva y suprema que se concreta en los valores superiores, otorgando unidad a todo el sistema normativo, legitimando todas sus disposiciones y orientando la producción e interpretación normativa.

1.3.Diferencias entre los valores, los principios y las reglas.

Junto al artículo 1, que como venimos desarrollando, califica los valores superiores del ordenamiento jurídico, aparece en nuestro texto constitucional las proclamaciones de los “*principios*”. Así, comprobamos que el artículo 9.3 declara que “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. O en el 103, se hace referencia a que la Administración Pública “*sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”⁶⁸.

Desde el punto de vista teórico, la distinción entre valores y principios, por una parte, y reglas, por la otra, no entraña dificultad. Los dos primeros enuncian cláusulas de carácter general, mientras que las reglas constituyen disposiciones específicas, que responden a la clásica estructura normativa que establece una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho. La dificultad surge a la hora de formular las diferencias entre los

⁶⁷ No puede admitirse una tesis imperativista por la que se acepte que el conjunto de mandatos normativos, sin tener en cuenta ningún elemento adicional, definen a un sistema normativo estable y consolidado. “*No basta un puro mandato para que exista una norma jurídica. Sólo cuando el mandato se produce dentro de los límites o las coordenadas de obediencia y se ajusta, con un cierto margen, a las ideas y creencias generales sobre lo que es justo, correcto y adecuado, puede hablarse de una norma jurídica. Si ella, el mandato escueto no es nada y provoca un estado latente de violación o una clara y abierta rebelión*” (DIEZ-PICAZO, L., “*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*”, *Op. Cit.*, págs. 41-42).

⁶⁸ El apartado 3 del artículo 103, declara que la ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública, “*de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*”. El artículo 117.5 nos dice que “*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*”. El 138.1: “*el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad, consagrado en el artículo 2 de la Constitución (...)*”.

valores y los principios, como demuestran las múltiples teorías que nos proporciona la doctrina, sin ponerse de acuerdo.

Remotti Carbonel y Freixes Sanjuán afirman que los valores enumeran cláusulas generales o finalidades y las reglas contienen disposiciones específicas. Asimismo, los valores y las reglas están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden apreciarse a través de una interpretación lingüística que, para nuestros autores, no entraña mayores dificultades. La inclusión de los valores y las reglas en normas de rango constitucional les otorga eficacia directa y elimina cualquier posibilidad de eludir su aplicación o realizar interpretaciones valorativas libres: la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas deben ajustarse a los valores recogidos en la Constitución⁶⁹.

Los valores del 1.1 son reglas prescriptivas, esto es vinculantes, obligatorias, eficaces y expresivas de un contenido material. Su estructura jurídica es la de auténticas reglas jurídicas, pero superiores del y al ordenamiento jurídico, por lo que estamos ante metanormas, de tal forma que estas características estructurales permanecen inmutables como substrato jurídico de los valores.

Por otro lado, el que la Constitución señale como “valores superiores” a los establecidos en el 1.1. puede indicar implícitamente la existencia de otros valores jerárquicamente inferiores a éstos y que podrían ser reconducidos a los cuatro positivados como tales. Sin embargo, Remotti Carbonel y Freixes Sanjuán no están de acuerdo. Los valores presentan idéntica estructura jurídica por lo que no hay una jerarquía estructural entre ellos sino que la relación que se da es de complementariedad.

Los principios, por su parte, se presentan de dos formas: 1) algunos principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez son determinados, adquieren proyección normativa y son vinculantes. En estos casos, hay que realizar una tarea de deducción estructural y sistemática que los dilucide en el texto; y 2) los principios se presentan explícitamente proclamados en el texto constitucional, como por ejemplo, el principio de

⁶⁹ FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTI CARBONEL, C., *“Los valores y principios en la interpretación constitucional”*, REDC, año 12, núm. 35, mayo-agosto de 1995, pp. 98 y 99.

legalidad del artículo 9.3⁷⁰. El mismo argumento utilizado para los valores se adjudica a los principios: todos los principios tienen idéntica estructura jurídica, por lo que entre ellos no existe un orden jerárquico.

Los principios desempeñan una función informadora del ordenamiento jurídico, al igual que los valores, pero los principios cumplen con un mayor grado de precisión, *“pues aún cuando son indeterminados, son predictibles”*⁷¹.

Sin embargo, ambos autores admiten la dificultad de deducir los contenidos materiales que les corresponde a cada categoría, puesto que los mismos pueden actuar como valores, como principios o como reglas jurídicas. A esto añaden la constatación de que, aunque valores y principios comparten un distinto grado de abstracción, ambos pueden dar cabida a diferentes significados materiales admisibles constitucionalmente, *“de cuya adopción y manifestación concreta sólo puede predicarse responsabilidad política”*⁷².

En este punto y debido a su trascendencia teórica, no es conveniente obviar a Dworkin. Dworkin publica en 1967 un artículo titulado “El modelo de las reglas” (que posteriormente incluiría en su libro “Los derechos en serio”), reavivando y actualizando los estudios acerca de los principios jurídicos. En este artículo, el autor analiza el positivismo de Hart, estableciendo la distinción entre normas y principios y criticando los argumentos positivistas de éste⁷³. Dworkin observa que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas echan mano de “estándares” que operan de manera diferente a las normas, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas. En la mayoría de los casos usa el término “principio” en sentido genérico,

⁷⁰ FREIXES SANJUÁN, T., Y REMOTI CARBONEL, C., *“Los valores y principios ...”*, Op. Cit., págs. 98 y 99.

⁷¹ FREIXES SANJUÁN, T., Y REMOTI CARBONEL, C., *“Los valores y principios ...”*, Op. Cit., pág. 103.

⁷² FREIXES SANJUÁN, T., Y REMOTI CARBONEL, C., *“Los valores y principios ...”*, Op. Cit., pág. 107.

⁷³ Dworkin cita el famoso caso *Riggs v. Palmer* donde se falla en la apelación de acuerdo al principio jurídico que establece que “nadie puede beneficiarse de su propio delito” y no conforme a la letra de la ley. Conforme a este principio no era posible fallar a favor del nieto y permitir que heredara los bienes de su abuelo, puesto que lo había asesinado. Se argumentó que *“todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen”*.

para referirse a todo el conjunto de estos estándares que no son normas, aunque en algunas ocasiones es más exacto y distingue entre principios y directrices políticas⁷⁴.

Por lo tanto, para Dworkin el Derecho se compone de reglas y estándares, situando los principios dentro de la categoría de los estándares. Dentro de los principios, a su vez, hace la siguiente clasificación:

- Principios en sentido general: lo forman el conjunto de estándares que no son normas.

- Principios, en sentido específico: son estándares que han de ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

- “Directrices” o “directrices políticas”: son tipos de estándar que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Estos objetivos pueden ser positivos y negativos.

- “Otro tipo de pautas”: son otros estándares que no son normas, ni principios (*stricto sensu*), ni directrices.

Dworkin afirmará que la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, o sea, se aplica todo o nada. Los principios, ni siquiera los que más se asemejan a normas, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas⁷⁵.

A partir de aquí Dworkin plantea dos argumentos: una primera posición que implica considerar los principios como normas y, como tales, los postula como

⁷⁴ DWORKIN, R., “*Los derechos en serio*”, Barcelona: Ariel, 2002, pág. 72. Llama “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, como una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Llama “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque asegure una situación económica, política o social que se considera necesaria, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

⁷⁵ DWORKIN, R., “*Los derechos en serio*”, *Op. Cit.*, pág. 81.

obligatorios; y una segunda argumentación que los concibe como no obligatorios. La primera argumentación parte de la consideración de que el Derecho está constituido por normas y principios, ambas conceptualizaciones igualmente aplicables y, de este modo, vinculantes. La segunda posición doctrinal alude a los principios como extrajurídicos, frente a los cuales existe libertad a la hora de aplicarlos o no. Para Dworkin según este segundo punto de vista, los principios no son más que resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen en aquellos casos en que se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan⁷⁶. Dworkin afirmará que esta segunda argumentación es inaceptable y adoptarla conllevaría a abocar la resolución de las controversias humanas a la discrecionalidad judicial, hecho que “*ejemplifica uno de los problemas más espinosos que llevan a los filósofos a preocuparse por la obligación jurídica*”⁷⁷.

Por su parte Pérez Luño estima que el criterio más adecuado para identificar valores y principios debe buscarse en el diferente grado de concreción existente entre los dos conceptos. Los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos de hecho en los que deben ser aplicados, ni vinculan las consecuencias jurídicas a estos supuestos, sino que constituyen ideas generales con una función tripartita: fundamentar, orientar y limitar la interpretación y aplicación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Por el contrario, los principios entrañan un mayor grado de concreción respecto de las situaciones donde deben ser aplicadas y sus correspondientes consecuencias jurídicas, pero todo ello sin llegar a ser normas analíticas. Asimismo, los valores tienden a concretarse en los principios, que explicitan su contenido, y los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas en las que tanto los supuestos de hecho, como sus consecuencias jurídicas hallan una mayor precisión. “*Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas*”⁷⁸.

Prieto Sanchís también afirmó que la distinción entre valores y principios se encuentra en su diferente grado de concreción⁷⁹, siendo los valores más generales que

⁷⁶ DWORKIN, R., “*Los derechos...*”, *Op. Cit.*, pág. 82.

⁷⁷ DWORKIN, R., “*Los derechos...*”, *Op. Cit.*, pág. 83.

⁷⁸ Pérez Luño, A. E., “*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*”, Madrid, Tecnos, 2005, págs. 297-298.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “*Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional*”, *Revista Poder Judicial*, nº 11, 1984, pág. 86.

los principios. El autor capta con brillantez el carácter dual que poseen los valores y los principios, poniéndolo de relieve. Dicha dualidad consiste en que, de un lado puede interpretarse que realizan un “*llamamiento al desarrollo de la discrecionalidad o del poder creador de la judicatura, pero de otro, parece encauzar o limitar esa misma discrecionalidad o poder*”⁸⁰. Con estas afirmaciones, Prieto hace referencia a las dos realidades que rodean a los valores y los principios: de un lado, son enunciaciones generales, pero por otro lado, no incorporan posibilidades ilimitadas en la interpretación de su contenido, por lo que se constituyen en límites dentro de los cuáles debe extraerse el significado más adecuado para la interpretación, producción y aplicación de toda norma del ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, Prieto Sanchís sostiene que los valores no pueden fundamentar una concreta resolución judicial, lo que harán será condicionar y orientar la interpretación que el órgano judicial ha de realizar del ordenamiento jurídico para llegar a esa resolución concreta⁸¹.

Prieto recalca, por tanto, la importancia del reconocimiento de los valores en el proceso interpretativo del ordenamiento jurídico, aún siendo consciente de las dificultades que entraña el determinar el alcance y significado concreto de cada uno de los valores superiores. Aún así, su reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre⁸².

En cuanto a Atienza Rodríguez y Ruiz Manero, éstos parten de la idea de que los sistemas jurídicos están formados por normas de mandato (entre los que se incluyen las reglas y los principios) y otros enunciados (como las disposiciones permisivas, las definiciones y las reglas que confieren poderes). La diferencia entre reglas y principios estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, L., “*Los valores superiores del ordenamiento jurídico y...*”, *Op. Cit.*, pág 85. El Profesor Prieto se muestra convencido de que el ámbito de la argumentación jurisdiccional, los valores superiores, por sí solos, no pueden servir de fundamento de una decisión. Aun así, no los despoja de valor normativo, sino que los circunscribe al ámbito de la interpretación jurídica, y de modo especial, al ámbito de la interpretación constitucional. En este sentido, cree que los valores superiores se pueden incluir dentro de la categoría de las normas de segundo grado o normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema, que tienen por objeto ayudar a elegir, de entre los diversos significados posibles de una norma, el significado mejor que se puede considerar perteneciente al ordenamiento. (Prieto Sanchís, L., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Revista Poder Judicial*, nº 11, 1984, pág. 86).

⁸² PRIETO SANCHÍS, L., “*Los valores superiores del ordenamiento jurídico y...*”, *Op. Cit.*, pág. 85.

lo hacen de forma cerrada. Con ello los autores quieren decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas ya que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que caracteriza a los principios es más radical que el de las reglas⁸³. Sin embargo, el hecho de que la configuración de los principios sea abierta hace que éstos sean más que las reglas en dos sentidos. En un primer sentido, porque al tratarse de enunciaciones más generales, entran en juego en un mayor número de situaciones, esto es, tienen un mayor alcance justificatorio. Por otro lado, gozan de mayor fuerza expansiva. Este segundo sentido se puede explicar con un ejemplo: a partir del principio de que “*los españoles tienen derecho a una vivienda digna*” junto con el enunciado “*abaratar los créditos para viviendas facilita que un mayor número de personas acceda a una vivienda digna*” puede concluirse, cuando menos que “*hay una razón para que el Estado abarate los créditos para la compra de viviendas*”.

Los principios poseen un fuerte vínculo con los valores de manera que cada principio corresponde a un valor determinado. Atienza y Manero se acercan a esta cuestión afirmando que un principio en sentido estricto expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, así como estos principios suponen la asunción de valores que se consideran razones categóricas frente a cualesquiera intereses⁸⁴. La tesis que sostienen es que los principios y también el resto de las normas del ordenamiento jurídico, no solo incorporan un elemento directivo (o normativo en sentido estricto), sino que también incluyen un elemento valorativo⁸⁵.

⁸³ MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Barcelona, Ariel, 1996, pág. 9.

⁸⁴MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, “*Las piezas...*”, *Op. Cit.*, pág. 123.

⁸⁵MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, “*Las piezas...*”, *Op. Cit.*, págs. 123-124. Los valores incorporados a los enunciados jurídicos pueden considerarse como “*la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados (las autoridades jurídicas) sobre ciertas acciones y estados de cosas. Esto no quiere decir que atribuyamos a las autoridades (digamos, al legislador) la capacidad de crear valores, sino que nos interesan únicamente los valores asumidos por autoridades jurídicas.*” (Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “*Las piezas...*”, *Op. Cit.*, pág. 139). Al respecto John Searle ofrece un estudio de gran interés en “*Actos de habla*” (SEARLE, J., “*Actos de habla*”, Planeta-Agostini, 1994). Los estudios de Searle se encuadran en el campo de la filosofía analítica, en concreto en el estudio de los actos ilocucionarios, para demostrar que los enunciados descriptivos entrañan en sí mismos enunciados evaluativos. Ambos tipos de enunciados están en estrecha relación en y con el mundo real, de manera que los segundos pueden encontrarse contenidos en los primeros; lo cual elimina la consideración absolutista que niega tal posibilidad, al tiempo que tampoco hace necesario acudir a tesis contrarias, como es el caso del emotivismo. El autor argumenta en el último capítulo (Capítulo VII, pág. 190) que es común afirmar que ningún enunciado ético puede seguirse de un enunciado de hecho, alegando que los enunciados éticos son una subclase de enunciados valorativos y ningún enunciado

Los principios jurídicos, por tanto, pueden encuadrarse dentro de los valores, diferenciándose los dos conceptos tanto en el grado de concreción de cada uno, tal y como ya dijera Prieto Sanchís, como en la dimensión valorativa que pretenda plasmar el legislador y el carácter técnico, que determinaría que se llamaran “valores” y no “principios”. Aún así y admitiendo que existen entre los dos términos diferencias por razón de su concreción, respecto a la redacción del artículo 1.1 de nuestra Constitución afirman los autores que podría haberse redactado haciendo alusión a “principios” en vez de optar por incorporar el concepto de “valores”, sin que éste hubiese significado modificar el sentido de la Constitución ni un ápice⁸⁶. Responden así, a las amplias críticas vertidas por la doctrina respecto a la positivación como “valores superiores” en vez de como “principios constitucionales”, decisión constitucional que fue defendida y explicada por Peces-Barba pocos años después de la redacción del artículo 1.1 CE⁸⁷.

Además de lo anterior, realizan una interesante diferenciación entre los valores, distinguiendo entre valores utilitarios y valores últimos o finales. Los valores últimos se

valorativo puede seguirse jamás de un conjunto de enunciados de hecho. Searle manifiesta que “*la afirmación general de que no se pueden derivar enunciados evaluativos de enunciados descriptivos es falsa*”, y expone múltiples contraejemplos que desmienten la afirmación de que no pueden derivarse evaluaciones a partir de descripciones.

⁸⁶ ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., “*Las piezas...*”, *Op. Cit.*, pág. 135. Para los autores el hecho de que un enunciado asuma la forma de juicio de valor o de principio no implica ninguna diferencia en cuanto a su significado, sino tan sólo un cambio relativo a su dimensión valorativa o directiva. Lo exponen con el siguiente ejemplo: el artículo 1.1 de la Constitución española tal y como reza actualmente, no hubiese cambiado en nada si hubiese triunfado una de las propuestas de redacción con el siguiente tenor: “España queda constituida en un Estado de Derecho democrático y social que proclama como principios de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y la paz”. Otra cosa, puntualizan, es que el lenguaje valorativo acostumbra a ser más abstracto que el de los principios. Esto ocurre, por ejemplo, en nuestra Constitución, con el valor igualdad, con el que se corresponden diferentes principios: igualdad ante la ley (art. 14); igualdad real o efectiva (art. 9.3); igualdad política (art. Art. 23); igualdad impositiva, etc. Al respecto lo que dicen es que la diferencia no está entre enunciados valorativos de mayor o menor grado de abstracción; no habría nada de extraño en hablar del valor de la igualdad ante la ley, del valor de la igualdad real, etc.

⁸⁷ Peces-Barba defendió tempranamente la corrección de elegir la expresión “valores superiores” y no “principios” en la redacción del artículo 1.1 de la Constitución, puesto que aludir a estos *conceptos como “principios” nos hubiera abocado a caer en posiciones iusnaturalistas. En palabras del autor “hubiera sugerido la existencia de unos conceptos a priori que el Derecho positivo tenía que garantizar”*. Continúa explicándonos como el artículo 1.1 es la expresión del “*esfuerzo por superar el positivismo que se cierra a consideraciones éticas de contenido y que, en el plano moral solo hace metaética, y al mismo tiempo no quiere expresar sus criterios éticos con lenguaje iusnaturalista*”. “*Uno de los motivos principales, por consiguiente, de esa utilización en el artículo 1.1. de la expresión “valores superiores” es precisamente la de superar la antítesis iusnaturalismo-positivismo, permanentemente latente en la cultura jurídica contemporánea. Este punto de vista explica la utilización del verbo “propugna” que supone el esfuerzo por incorporar al ordenamiento jurídico esos valores superiores. No es un planteamiento positivista, ya que habla de los valores, ni tampoco iusnaturalista, porque están positivados y son históricos*”. (PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores superiores”, TECNOS, Madrid, 1986, págs 52-53).

hallan en la cúspide del ordenamiento jurídico en tanto en cuanto no tienen más límites que los que representan otros valores últimos o finales. Obligan, asimismo, a que el resto de las normas (las reglas y los principios) se interpreten conforme a ellos. Por otro lado, los valores utilitarios se encuentran limitados tanto por otros utilitarios como por los valores últimos. Como ejemplo de estas afirmaciones señalan en la Constitución la libertad de expresión, que entendida como libertad negativa, constituiría un valor último. Por contra, entendida como libertad material o real “*viene a ser un objetivo limitado tanto por la necesidad de considerar otros objetivos e intereses como, desde luego, por los valores que constituyen fines últimos*”⁸⁸.

La diferenciación entre valores finales y valores utilitarios que realizan Atienza y Manero lo interpreto como una acertada aproximación a la conceptualización de los valores superiores del 1.1 de la Constitución y los principios constitucionales plasmados en el resto del articulado constitucional. Así, los valores “*últimos*” podrían asimilarse a los valores superiores de la Constitución del artículo 1.1, y los valores “*utilitarios*” coincidirían con los principios constitucionales, sin mayor problema.

También está claro, en mi opinión, que la Constitución integra un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista⁸⁹. Esto se traduce en que cuando se interpreta la Constitución y el resto de normas del Ordenamiento jurídico, ha de hacerse no solo de acuerdo a este “*todo normativo*”, que otorga, por cierto, coherencia y unidad a todo el ordenamiento⁹⁰, sino intentando realizarlos materialmente en su máxima expresión. Toda tarea de interpretación normativa, queda así informada por estos valores que son proclamados como superiores en el texto constitucional, para no dar lugar a dudas.

Al respecto, además, no debemos obviar la importancia que tienen los derechos y libertades en esta interpretación finalista. Estos se encuentran profundamente

⁸⁸ ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J, “*Las piezas...*”, *Op. Cit.*, pág. 139.

⁸⁹ STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico 2.

⁹⁰ TORRES DEL MORAL, A., “La interpretación teleológica de la Constitución”, en “*Revista de Derecho Político*”, nº 63, Madrid, 2005, pág. 19: “*A la postre, la interpretación teleológica de las normas constitucionales exige que, junto a la finalidad de la norma, se busque el telos de la propia Constitución, que no es otro que la creación y mantenimiento de un orden abierto a todas las posibilidades respetuosas de la dignidad humana y de la libertad, y que no impida la alternativa política (F. RUBIO LLORENTE). A ese todo normativo, presidido por unos valores que le confieren unidad de sentido, se deben acomodar todas las demás piezas del Ordenamiento.*”

vinculados a los valores ya que, como muy acertadamente puntualizó el Tribunal Constitucional, “*responden a un sistema de valores y principios de alcance universal (...) que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico*” ⁹¹ . Afirmación de la que se extrae que los derechos fundamentales actúan como parámetros o criterios de interpretación de todas las normas jurídicas.

Pero los valores, además de cumplir con la función de orientar y limitar la interpretación y la aplicación del resto de normas, así como de la propia Constitución, poseen otra dimensión funcional: constituyen las opciones ético-sociales fundamentales por las que opta el pueblo soberano en un momento histórico-cultural determinado y que deben ser realizados en su máxima expresión. Son las finalidades prioritarias y básicas que la sociedad decide alcanzar por lo que se erigen en un núcleo básico informador en la producción de toda disposición normativa o institución.

Los valores y principios, en resumen, cumplen con una triple función: 1) ser núcleo básico informador del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como de todo del resto del ordenamiento jurídico; 2) constituir los parámetros de orientación hacia los fines y objetivos a alcanzar en el contexto jurídico-político; y 3) ser criterios de interpretación de toda norma jurídica que forme parte del sistema normativo, lo que significa, además que ninguna disposición los contradecirá.

Como consecuencia, y en total coherencia con las funciones que desempeñan, los valores no pueden revestir otra forma que no sea la de cláusulas generales que permitan un amplio margen de posibilidades de determinación por parte de los operadores jurídicos. Al mismo tiempo, esto no implica que den cabida a un horizonte ilimitado de posibilidades en el desarrollo normativo, o en la interpretación y la aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico. No responden a la estructura que incorpora un supuesto de hecho en el que deben ser aplicados, ni vinculan consecuencias jurídicas a estos supuestos, pero al mismo tiempo su omnipresencia en toda decisión normativa y judicial está garantizada al orientar y limitar la interpretación, aplicación y producción de todas las normas del ordenamiento jurídico.

⁹¹ STC 21/1981, de 15 de junio.

Los principios constitucionales, por su parte, aún integrando un mayor grado de concreción respecto de las situaciones en las que deben ser aplicadas, no llegan tampoco a responder a la estructura de una regla. Sin embargo, desempeñan funciones propias e indispensables para la pervivencia y correcta interpretación de los valores en dos aspectos:

a) A través de ellos, los valores alcanzan cierto grado de concreción que facilitan el correcto entendimiento y conocimiento del orden jurídico.

b) Otorgan la versatilidad necesaria a los valores a la hora de adaptarse a los cambios propios del dinamismo social, favoreciendo la adaptación y por lo tanto, la aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

Efectivamente, los principios pueden otorgar flexibilidad y rigidez en la aplicación de las disposiciones jurídicas, ampliar o reducir su alcance y, por supuesto, dan un paso más allá en el sendero de la interpretación correcta de los valores y, por lo tanto, del ordenamiento jurídico.

Torres del Moral identifica los principios constitucionales, asignándolos en cinco grupos⁹², de manera que se presentan:

- Como principios políticos fundamentales del Estado; piénsese en la soberanía popular o la democracia interna de los partidos.

- Como principios técnico-jurídicos del Ordenamiento; se trata de todos aquellos señalados en el artículo 9.3 de la Constitución (legalidad, jerarquía normativa, etc.).

- Como principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos; se trata de los principios de política social y económica contenidos en los artículos 39 al 52 de la Constitución.

⁹² TORRES DEL MORAL, A., *“Principios de Derecho Constitucional español”*, Tomo I, Editorial Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, págs. 57-58.

- Como principios informadores de una institución; como sucede en el caso del artículo 103.3 donde se establece que la ley que desarrolle el acceso a la función pública debe respetar los principios de mérito y capacidad; o el artículo 31 que impone los principios de igualdad y progresividad (que, en ningún caso tendrá efecto confiscatorio) en la regulación del sostenimiento de los gastos públicos.

- Como derechos fundamentales; como observamos en el artículo 24.2 con el reconocimiento de la presunción de inocencia o en el artículo 25.1, con el principio de legalidad penal.

Tras todo esto surge la pregunta acerca de qué grado de concreción o generalidad es necesaria para que se pueda hablar de principios o valores. Esta es una cuestión de difícil respuesta. La tarea de determinar con exactitud que es un principio constitucional o un valor choca con el obstáculo de que estamos ante conceptos equívocos. Piénsese que, sin ir más lejos, nuestra Carta Magna designa la igualdad aludiendo a ella como valor y también como principio en diferentes partes del texto, o que el propio Tribunal Constitucional utiliza indistintamente ambos términos en sus sentencias, e incluso ha llegado a aumentar el número de valores superiores reconocidos en la Constitución expresamente, proclamando el valor superior vida humana⁹³.

La determinación de la categoría correcta puede concluirse fácilmente si utilizamos el método de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero que diferencia entre valores utilitarios y valores últimos que antes he señalado. De esta forma, los valores superiores se identifican con aquellos que se hallan en la cúspide del ordenamiento jurídico en tanto

⁹³ El TC califica como “valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” a la vida humana en la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3), siendo el derecho a la vida la proyección de este nuevo y proclamado valor superior por parte de nuestro Alto Tribunal. “Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

en cuanto no tienen más límites que los que representan otros valores últimos. Como tales, obligan a que el resto de las normas del sistema jurídico se interpreten conforme a ellos. Los principios constitucionales son aquellos que siendo cláusulas generales que también orientan o definen el tenor del resto de normas, se encuentran limitados tanto por otros principios como por los valores superiores. Asimismo, son derivación de éstos valores superiores. Hasta llegar al valor superior supremo y último que, que expondré más adelante, es la Dignidad.

1.5. La determinación de los valores superiores del artículo 1.1. del constituyente: acierto o error

El artículo 1.1 de nuestra Carta Magna proclama como valores superiores del sistema normativo español la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Desde una primera aproximación podemos afirmar que llama poderosamente la atención la opción, harto discutible por parte del constituyente, de designar como valor superior al pluralismo político. Sin embargo, se excluye a la dignidad, que queda relegada al 10.1 y que sí es considerada como “*valor jurídico fundamental*” por parte de nuestro Tribunal Constitucional⁹⁴, “*pórtico de los demás valores o principios*”⁹⁵ y “*el fundamento genérico de los derechos*”⁹⁶. La sensación que me embarga al respecto es que, se proclaman como valores aquellos derechos cuya realidad efectiva es deficitaria e insatisfactoria y, que se han considerado necesitados de consolidación y fortalecimiento a través del reconocimiento expreso como valor, aún cuando realmente se tratara de derechos u otras categorías normativas. Esto es lo que parece explicar que en nuestra Constitución se eleve a tal categoría al “pluralismo político”, cuando realmente nos encontramos con una manifestación del valor “libertad” (importantísima, eso sí). De esta forma, se ha pretendido afianzar un derecho del que había adolecido el régimen político inmediatamente anterior a la promulgación de la Constitución, así como recalcar el carácter novedoso e indiscutiblemente democrático del sistema político que consagra⁹⁷.

⁹⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3.

⁹⁵ STC 337/94, de 23 de diciembre, FJ 12: “la dignidad de la persona (...); valor superior del ordenamiento que se contiene en el art. 10.1 C.E. como pórtico de los demás valores o principios allí consagrados, lo que revela su fundamental importancia”.

⁹⁶ STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.

⁹⁷ Tengamos en cuenta que en la España de los 70 había un profundo interés en reconocer, instaurar y destacar la democracia y el pluralismo político, puesto que habían sido los grandes ausentes

Sin embargo, que su intención sea tan loable no significa que sea correcto y admisible adjudicarle una categoría jurídica errónea. El reconocimiento del pluralismo político como derecho fundamental con la reforzada garantía que el texto constitucional otorga a estos derechos hubiera sido suficiente y totalmente acorde con su naturaleza jurídica. Y esto como una concesión en atención a la acuciante necesidad del constituyente de reconocer explícitamente el pluralismo político en su articulado, puesto que ya se puede interpretar su reconocimiento como derecho fundamental tras la lectura de los artículos 16.1 y 23 de la Constitución. También se puede mencionar el artículo 6 al respecto, donde se enuncia como principio al establecer que “*los partidos políticos expresan el pluralismo político*”.

¿Puede todo esto llevarnos a pensar que hubo cierta “desconfianza” inicial en las garantías y efectividad real de los derechos fundamentales de manera que se aseguró tan importante manifestación de la libertad individual proclamándolo como valor superior? Me inclino a admitir que a la hora de incluir el pluralismo político como valor superior estuvo presente cierto temor a un retorno a la situación ya sufrida en la Dictadura franquista, por lo que primó el elemento emocional sobre el análisis racional de la fortaleza de las garantías efectivas que proporcionaba la Carta Magna a los derechos fundamentales. También debo decir, para no ser injusta, que soy consciente de que es ostensiblemente más fácil opinar así actualmente, ante la experiencia proporcionada por el paso de los años. Con esta ventaja no pudo contar el constituyente.

Aun cuando hubiera aludido al Pluralismo en una concepción más amplia a la que designa el pluralismo político, no podría considerarse acertada su categorización como valor superior”⁹⁸. No sería necesario, puesto que el Pluralismo se encuadra en el

durante casi medio siglo en la vida política española. Sin embargo, los alemanes, , por ejemplo, tras la trágica experiencia del régimen nazi, concedían un valor menor a la democracia, y sentían que el gran valor a reconocer y preservar era la dignidad humana. No olvidemos que Hitler llegó al poder entre otras cosas a través de un procedimiento formalmente democrático. Se trataba, pues, de consagrar el respeto a la dignidad de toda persona, y de establecer los límites de lo que debía resultar infranqueable incluso para un legislador elegido democráticamente. En consecuencia, la primera norma que constituye la apertura a la Constitución alemana contiene el reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana (1.1).

⁹⁸ Recomiendo el estudio de Häberle acerca del Pluralismo en su acepción más amplia en HÄBERLE, P., “*Pluralismo y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 2002. Häberle, otorgándole un contenido amplísimo lo define como aquello que “*consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de la libertad humana, información y opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos y de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura*” (pág. 107).

contenido del valor libertad, en conexión con la igualdad. Así, Häberle mantiene que “*la Constitución de la libertad es siempre la Constitución del pluralismo, o la Constitución pluralista, y viceversa*”⁹⁹.

En cuanto a la libertad, Torres del Moral sostiene que es el valor superior y que los demás enunciados en el artículo 1.1 son derivaciones de ella. “*El hombre, al reconocerse como ser libre, se reconoce distinto de los otros seres, dotado de la dignidad óntica de ser libre. Por eso, por esa dignidad que corresponde a un ser libre, no tolera ser tratado con injusticia, con desprecio, como un mero instrumento. Es la libertad, pues, la que nutre de sentido a la dignidad, a la justicia, a la igualdad y a todo el sistema constitucional de los derechos*”¹⁰⁰. Sin embargo, a mi juicio el valor superior, del que derivan todos los demás como una forma de expresión de ésta, es la dignidad humana. Es del reconocimiento del hombre como ser dotado de dignidad del que deriva la proclamación consecuente de su derecho a ser libre¹⁰¹, siendo la dignidad el valor que se concreta y que nutre la exigencia del reconocimiento de la justicia, de la igualdad (que deriva, a su vez, de la justicia), la seguridad y los derechos fundamentales. Todos estos reconocimientos son expresión positiva del contenido intrínseco del concepto de dignidad humana, que es inalterable y ajena a toda disposición voluntaria o impuesta. La libertad absoluta de la que goza el ser humano, sin embargo, es la primera cesión que acontece como fundamentación del pacto social, en su transformación del estado de naturaleza a la sociedad civil¹⁰². En esta cesión del valor disponible de libertad, la dignidad continúa siendo el núcleo esencial que lo conforma, sin variaciones,

⁹⁹ HÄBERLE, P., “*Pluralismo y...*”, Op. Cit., pág. 116. Häberle responde a la pregunta de por qué otorgar tanta preponderancia al pluralismo en general y a sus respectivos procedimientos en particular, señalando que así es como se libera la fuerza creadora del ser humano en las ciencias y las artes, en economía y política. Al equilibrarlas materialmente, se evita la lucha de clases. “*Pluralismo significa, por tanto, consecución de la mayor medida posible de libertad pública y privada, con lo que el pluralismo se convierte así en vía y sendero por antonomasia para alcanzar la libertad*”.

¹⁰⁰ Así lo afirma expresamente Torres del Moral en TORRES DEL MORAL, A., “*Principios de Derecho Constitucional español*”, Tomo I, Editorial Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, pág 53.

¹⁰¹ En palabras de Kant: “*la dignidad es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da*”. Por lo tanto, “*la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional*” (Kant, Emmanuel, “*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, págs. 25 y ss). Y nos explica que “*aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad*” (*Ibidem*, pág. 91).

¹⁰² Rousseau, en “*El contrato social*”, afirma que el hombre por el contrato social lo que pierde es su libertad natural y gana la libertad civil. La libertad natural es un “*derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar*”, y “*que no tiene más límite que las fuerzas del individuo*”. La libertad civil sin embargo, es una “*libertad moral, la única que verdaderamente hace al hombre dueño de sí mismo*”. (ROUSSEAU, “*El contrato social*”, Austral, Madrid, 2011, pág. 50).

imperturbable.

Por otro lado, nuestro Alto Tribunal ha definido la dignidad y la libertad con una relación de complementariedad en donde la primera se erige en límite a la libertad del individuo. Oehling señala que el Tribunal Constitucional acepta esta relación de dos formas¹⁰³:

a) Por un lado, la dignidad sirve como un refuerzo más en la fundamentación de la idea de libertad. Así, el Tribunal considera la libertad como un “*valor genérico*”, “*vinculado directamente a la dignidad de la persona*” y que sirve como el presupuesto de las otras libertades, de manera que la libertad se configura como la capacidad de autonomía del individuo “*para elegir entre las diversas opciones que se le presentan*”¹⁰⁴. Poniendo la libertad en relación con la dignidad, ésta se conceptualiza como “*valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida*”¹⁰⁵. Esta relación general se concreta en los diferentes ámbitos en los que incide la libertad de la persona. Oehling señala algunos ejemplos concretos: respecto de la libertad ideológica y religiosa, en cuanto a aspectos concernientes a la “autodeterminación intelectual” y derivados de la dignidad individual, consiste en una facultad de los ciudadanos de actuar de acuerdo con las propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, así como el reconocimiento de otras posibilidades como la libertad de enseñanza, de reunión y de manifestación con fines religiosos¹⁰⁶.

b) Por otro lado, la dignidad se erige como límite de la libertad del individuo. La dignidad no le presupone una libertad ilimitada, ya que convive con otros individuos en la comunidad¹⁰⁷. Esta concepción es la que recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al definir la dignidad como “*valor espiritual inherente de la persona*”, permanente e inmutable “*cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre*”¹⁰⁸. Como ejemplos se puede citar la STC 2/1982, de 29 de enero, donde el

¹⁰³ OEHLING DE LOS REYES, A., “*La dignidad de la persona*”, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 368-369.

¹⁰⁴ SSTC 147/2000, de 29 de mayo; 233/2000, de 2 de octubre.

¹⁰⁵ STC 53/1985, de 11 de noviembre.

¹⁰⁶ SSTC 154/2002, de 18 de julio; 101/2004, de 2 de junio.

¹⁰⁷ Oehling realiza una interesante enumeración de los límites a la libertad que impone la dignidad, en OEHLING DE LOS REYES, A., “*La dignidad de la persona*”, *Op. Cit.*, págs. 376-378.

¹⁰⁸ STC 120/1990, de 27 de junio.

Tribunal puntualiza que *“ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral que han de respetar no solo los poderes públicos, sino también los ciudadanos”*. Y siguiendo la misma línea la dignidad se proclama como el límite a la libertad de información¹⁰⁹ o los comportamientos machistas¹¹⁰.

Al respecto, no puedo más que objetar que la relación que los une no puede ser de complementariedad. Ello equivaldría a hacer un juicio nivelador donde ambos ocupan el mismo escalón valorativo y jurídico. Debo señalar primero que la dignidad abarca un espectro del ser humano amplísimo y que no puede explicarse sin la libertad como elemento basal e indispensable en su configuración y contenido. Y desde luego, la dignidad también supone el límite configurador de la libertad cuando intenta salirse de su esfera (que supondría una libertad para la no-dignidad), pero esto lo hace siempre desde una posición jerárquica superior que es natural e intrínseca a la dignidad. La dignidad incluye, pero supera, la concepción de la libertad en todos sus planos y manifestaciones, desde el momento en que la parte no es el todo.

En consecuencia, es muy discutible la opción del constituyente considerando como una imperante necesidad el proporcionar una mayor certeza jurídica elevando la igualdad, la justicia y la libertad a la categoría de valores superiores. De esta forma, en aras de una pretendida mayor seguridad jurídica, se nos proporcionó una gran confusión jurídica que ha provocado numerosos estudios doctrinales que no han derivado en consenso alguno.

El respeto a la dignidad, auténtico valor superior del que derivan la igualdad, la libertad y la justicia, es el fundamento de todo Derecho positivo ya sea estatal o internacional y este reconocimiento exige acomodar cualquier norma del ordenamiento jurídico a ésta. Es la fuente y el que da sentido de todos los derechos fundamentales que desarrollan y profundizan el concepto. Irradia su efecto por todo el ordenamiento jurídico, el cuál debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha

¹⁰⁹ STS 231/1988, de 2 de diciembre.

¹¹⁰ STC 224/1999, de 13 de diciembre.

dignidad se realice en su máxima expresión.

Es el valor superior, y como tal, permanece inalterable en su grado. Toda persona posee dignidad en su máxima expresión y ésta no puede ser aumentada o disminuida, no es graduable. La dignidad permanece imperturbable cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe intentar también asegurar en su máximo¹¹¹.

Sin embargo, el resto de manifestaciones o derivaciones de la dignidad humana sí son modificables en grado: la libertad de una persona puede verse modificada como consecuencia del cumplimiento de una pena privativa de libertad, por ejemplo. La igualdad en cada caso depende de los parámetros que tengamos en cuenta una vez fue superada su concepción únicamente formal. De esta manera se debe atender a los elementos diferenciadores de las categorías y los grupos de ciudadanos donde deseemos conseguir la igualdad para, permítaseme la obviedad, evitar la desigualdad. Añado que el valor dignidad no exige la realización igual y desde el principio por parte del hombre concreto, sino que establece la igualdad en la capacidad potencial y abstracta para la realización¹¹².

Al respecto y en un alarde de justificación de la opción constituyente, el Tribunal Constitucional ha identificado la proclamación como valor superior de la igualdad con

¹¹¹ El TC lo ha recogido así en su jurisprudencia. STC 120/1990, de 27 de junio, (FJ 4): "*Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1, CE, implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona', la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan*". Sin embargo, Alto Tribunal en los supuestos que invoca la dignidad humana lo hace siempre vinculado con algún derecho fundamental reconocido en la Constitución y nunca autónomamente, esto es, "*como ratio decidendi autónoma e independiente de una decisión*" (Serna, P., "Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial", Persona y derecho, núm. 41, 1999, p. 144). Los supuestos básicos en que se apoya en el valor dignidad para sus resoluciones Fernando Batista Jiménez los resume en los siguientes: 1) Aquellos en que se hace necesario determinar el alcance de ciertos derechos fundamentales, 2) Aquellos en que la titularidad de derechos deviene en una cuestión conflictiva; y 3) Supuestos en que se invoca como fuente de "nuevos" derechos. ("La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español", Fernando Batista Jiménez, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard1.htm#N3>

¹¹² CRUZ, LUIS M., "*La Constitución como orden de valores*", Editorial Comares, Granada, 2005, pág. 22.

la finalidad de asegurar la ampliación de su contenido hasta lo posible en las tareas de producción y aplicación normativa ¹¹³. Intención que se ve reforzada con el reconocimiento de la igualdad ante la ley (artículo 14), proclamación que constitucionalmente obliga al respeto de la igualdad por toda norma jurídica, con la garantía de estar ante un derecho fundamental. Sin embargo, sigue sin poder negarse que toda igualdad reconocida al ser humano deriva de su absoluta dignidad intrínseca.

Ahora bien, como valor superior, la dignidad se erige en el límite de límites y por lo tanto determina un *minimun* a respetar en el reconocimiento de los límites a los derechos ¹¹⁴. Así lo ha reconocido sin saber explicarlo muy bien nuestro TC, ya que hay que admitir que en las Sentencias en las que señala la dignidad como límite de derechos o regulaciones, la argumentación que lo lleva a esta consideración brilla por su ausencia. Simplemente lo afirma. Sirva como ejemplo la STC 197/1991, donde el Tribunal Constitucional en referencia al derecho a la intimidad afirma que *"desde esta perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el art. 39.2 CE"*¹¹⁵.

Dentro del sistema constitucional tanto la dignidad como la vida han sido también considerados *"como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos"*¹¹⁶. Estoy de acuerdo con que la vida es el presupuesto lógico que debe darse para poder hablar del reconocimiento de derechos: ni que decir tiene que para que se reconozcan derechos debe existir un sujeto a quién reconocerse. Pero la dignidad es una cualidad axiológica que va más allá. La vida

¹¹³ TORRES DEL MORAL, A., "Interpretación teleológica de la Constitución", en *"Revista de Derecho Político"*, N° 63, UNED, Madrid 2005, pág. 33.

¹¹⁴ STC 53/1985, (FJ 3) *"Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes»."*

¹¹⁵ STC 197/91, de 17 de octubre, FJ 3: *"El derecho a la intimidad personal del art. 18 CE está estrictamente vinculado a la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, fundamento jurídico 3). Desde esta perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 CE. No es ocioso recordar, a tal efecto, que la legislación civil ofrece una pauta significativa sobre la privacidad de estos datos (art. 178.1 Código Civil)"*.

¹¹⁶ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 2).

puede ser arrebatada por otro ser humano, pero nadie puede anular o minusvalorar la dignidad de la persona. Aún cuando cualquiera de sus derivaciones como la libertad o la igualdad quisiera ser reducida a la mínima expresión, la dignidad humana seguiría “*existiendo*”, inmodificable, indisponible e irrenunciable.

Es cierto que la definición de la dignidad es de difícil determinación, y que es más fácil fijarlo utilizando la vía negativa, esto es, señalando cuando se ve lesionada¹¹⁷. Quizá puede ser definida como aquella toma de conciencia del valor propio que ostenta todo ser humano, por el hecho de serlo, sin que pueda ser rebajado a animal o cosa y que lleva anexa toda una serie de derechos como la libertad, la justicia y la igualdad.

Por todo lo aludido, pienso que la dignidad debió ser reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1 de la Constitución, de forma que no me resulta entendible que se la relegue al artículo 10, proclamándola, para mayor confusión, como el fundamento del orden político y de la paz social. Admito mi imposibilidad de justificar o explicar de qué manera la dignidad humana constituye el fundamento de la paz social, si no es a partir de una interpretación social y política forzada, por la que admitamos que el reconocimiento jurídico del valor atiende a la reivindicación histórica y popular fuertemente consolidada tras la Segunda Guerra Mundial cuya indiferencia constitucional podría llevar a violentas rebeliones sociales y políticas. También puede añadirse a la expresión la consideración de que el único orden político posible es el que contemple la dignidad como su fundamento, siendo un orden diferente un “caos político”.

Termino con una breve apreciación sobre la realidad jurídica actual. A mi modo de ver, en los países de nuestro entorno se ha interiorizado tan sólidamente a nivel social, político y jurídico el reconocimiento del valor dignidad, aún sin ser capaces de definirla, que quizá es necesario poner el énfasis en una de sus expresiones más importantes, si no la más, en aras a perfeccionar su mejor realización en la sociedad. Me refiero a la libertad, valor de imperativa realización que alberga en su seno sus propias exigencias de reconocimiento como son la proclamación de justicia o la igualdad.

¹¹⁷ La Ley Fundamental alemana, en su artículo 1.1 y en la que se inspira nuestro constituyente define la dignidad como “*intangible*”.

1.6. Naturaleza jurídica de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Más allá del grado de acierto de nuestro constituyente en la enumeración de los valores superiores incluidos en el 1.1, nos encontramos con la tarea de determinar la naturaleza jurídica de los “valores superiores” finalmente escogidos y reconocidos en la Norma de Normas de nuestro sistema jurídico.

Algunos autores, como Jiménez Campo no dudan en negar efectos jurídicos inmediatos por sí solos al artículo 1.1, entendiendo que constituye una pauta de legitimación del ordenamiento jurídico en su conjunto. El autor explica como la carencia de determinación normativa de la que hace gala el precepto hace difícil reconocerle eficacia jurídica inmediata. No ocurre así con las disposiciones constitucionales “*que a ella se articulan, como momentos normativos de su desarrollo a lo largo de la Constitución*”¹¹⁸.

Rubio Llorente por su parte, afirma que cuando el Tribunal Constitucional alude a los valores superiores como argumento de fundamentación de sus decisiones, lo hace de una forma puramente retórica, de manera que no extrae de la consagración constitucional del valor ninguna conclusión que no se apoye en otros preceptos de la Constitución¹¹⁹. Si bien es cierto que, aún a pesar de que en la STC 116/1987, el Alto Tribunal dilucida que “*como regla general, los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad*”, en la práctica el Tribunal no ha basado ninguna de sus decisiones en una autosuficiente vulneración directa de los valores del 1.1, sino que siempre ha motivado esta afirmación en relación y con apoyo de una conculcación de los preceptos que reconocen derechos fundamentales.

Llegados a este punto es conveniente aludir a la STC 53/1985, en la que nuestro Tribunal no dudó en ponderar la inconstitucionalidad de una ley añadiendo un inédito valor superior a los proclamados en el 1.1: la vida. Este valor, que no es tal, es un derecho

¹¹⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., “*La igualdad jurídica como límite frente al legislador*” en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 9, 1983, pág. 79.

¹¹⁹ RUBIO LLORENTE, F., “*Derechos fundamentales y principios constitucionales*”, Barcelona, Ariel, 1995, pág. XII (Prólogo).

fundamental reconocido en el artículo 15, aparte de constituir el *prius* lógico necesario para el reconocimiento de todo derecho, como ya se ha dicho. De esta manera, el Tribunal admitió que el 1.1 no establece unos “*numerus clausus*” en el reconocimiento de nuestros valores superiores, introduciendo mayor confusión en su identificación.

Otros célebres autores, sin embargo, proclaman sin reservas el carácter normativo de los valores superiores. Para Peces-Barba el artículo 1.1 es una norma jurídica, y, por tanto, los valores superiores gozan de carácter normativo. “*No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas, aunque ya hay que adelantar que ello se refiere muy especialmente a los operadores jurídicos (...)*”¹²⁰. Expresan el acuerdo mayoritariamente aceptado y elegido como opción deseable en un determinado momento cultural e histórico. En sus palabras, constituyen la “*expresión máxima de la decisión política de España como Estado social y democrático de Derecho*”¹²¹. Al proceder los valores de lo que denomina como moralidad general, Peces-Barba puntualiza que algunas de sus “*dimensiones*” no van a poseer carácter normativo, pero son de máxima importancia al realizar una tarea de “*crítica y de presión*” sobre los valores ya positivados, con el fin de ampliar y profundizar su sentido. Por todo esto, los valores superiores son normas jurídicas que no se agotan en el reconocimiento del artículo 1.1, sino que a través de esta “*moralidad crítica no positivada*” se ven enriquecidos y cumplimentados, “*por medio del desarrollo y de la interpretación de los valores superiores por el legislador, el juez, el resto de los operadores jurídicos e incluso los ciudadanos*”¹²². En consecuencia, el 1.1, “*como norma abierta a la moralidad crítica, está en permanente creación -ampliación-, y los destinatarios son al mismo tiempo protagonistas, con su esfuerzo y su reflexión en la Historia, de ese consenso que se amplía, corrige y se concreta permanentemente*”¹²³.

Para Peces-Barba, por tanto, los valores no se agotan en su contenido normativo, otorgándoles unas posibilidades de ampliación que se sitúan claramente fuera de los límites del Derecho, pero que aún así deben ser tenidos en cuenta en todo momento. El autor nos aporta de esta manera una dificultad añadida en la ardua tarea de conocer los

¹²⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores ...”, *Op. Cit.*, pág 42.

¹²¹ PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores ...”, *Op. Cit.*, pág 42.

¹²² PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores ...”, *Op. Cit.*, pág 89.

¹²³ PECES-BARBA MARTINEZ, G., “Los valores ...”, *Op. Cit.*, pág 96.

valores, considerando esta “*moralidad no positivada*” como un elemento determinante en la aprehensión del significado y posterior aplicación de los valores. Por otra parte, es cierto que los valores poseen un innegable contenido moral pero su análisis como normas jurídicas está determinado por los límites de su consideración como prescripciones jurídicas, situándolos en el Derecho, al igual que los principios jurídicos.

García de Enterría afirma que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, afectando, según el artículo 9.1 de la Constitución, a todos los poderes públicos¹²⁴. Y Prieto Sanchís, aún manteniendo que los valores poseen fuerza normativa, les confiere una función primordial que no es otro que condicionar y orientar la interpretación del resto del ordenamiento jurídico, de manera que su sentido pleno se entiende cuando se les considera como pautas de interpretación¹²⁵. En sus propias palabras: “*Creo que, en el marco de la argumentación jurisdiccional, los valores superiores no ofrecen por sí solos cobertura suficiente para fundamentar una decisión (...). Lo que no significa, desde luego, que los valores superiores (...) carezcan de alcance normativo (...). Y ese alcance se manifiesta fundamentalmente, a mi juicio, en el proceso de interpretación jurídica, de modo particular en la interpretación de la propia Constitución*”¹²⁶.

A mi modo de ver, los valores superiores reconocidos en el 1.1 tienen carácter normativo y disfrutan de aplicabilidad directa. No son, en modo alguno, un exceso de retórica huera, hermosa y grandilocuente por parte de nuestro constituyente. Admitir que adolecen de efectividad directa los abocaría injustamente a depender de otros pronunciamientos normativos a través de los cuales poder realizarse y obtener un determinado contenido que ya poseen. Esta concepción nos llevaría a descargar a los valores de parte de su sentido real y nos llevaría a considerar que no poseen contenido material propio alguno, cuando al ser los fines generales y máximos a los que debe dirigirse la proclamación de toda norma jurídica portan en su seno todo el contenido en sí mismo.

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, Civitas, Madrid, 1985, pág. 65.

¹²⁵ PRIETO SANCHÍS, L., “*Ideología e interpretación jurídica*”, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 123.

¹²⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, en *Revista Poder Judicial*, nº 11, junio 1984, pág. 83.

Por otro lado, el admitir que la ausencia de determinación del artículo 1.1 hace difícil, si no imposible, reconocerle eficacia jurídica, como ha dicho algún autor, sería aceptar que el detalle de la norma, su especificidad, es lo que le otorga carácter normativo a una enunciación jurídica. Y deberíamos entonces, admitir que existen grados de normatividad según este criterio. Ninguna norma jurídica goza de especificidad y concreción plena puesto que, de hecho, su máxima determinación la haría aplicable solamente al caso concreto al que se refiera, cayendo en el disparate de hacer un Derecho de casos exactos y predeterminados. Estamos ante cláusulas generales que presentan gran dificultad semántica a la hora de configurar con exactitud su contenido material, qué duda cabe, pero la abrumadora dificultad de determinación al respecto no debe abocarnos a negar que lo posee, y eximirnos de abordar la tarea.

Tampoco se pueden circunscribir nuestros valores superiores a ser únicamente las pautas de interpretación del ordenamiento jurídico. No cabe duda de que esta es una de sus funciones esenciales: como criterios de interpretación de toda norma jurídica que forme parte del sistema normativo, ninguna disposición puede contradecirlos. Sin embargo, limitarlos a desempeñar solamente esta función sería robarles parte de su dimensión funcional. Y, en puridad, siguiendo un razonamiento lógico podemos afirmar que si aceptamos que el contenido de los valores está lo suficientemente determinado como para erigirse en criterios orientadores del ordenamiento, también lo está para gozar de su legítima eficacia directa.

Los valores superiores del 1.1 poseen, por tanto, aplicabilidad directa: estamos ante auténticas normas constitucionales, con un evidente contenido finalista con el que delimitar las metas a alcanzar por el resto de disposiciones del sistema jurídico¹²⁷.

Una vez llegados a este punto, y más allá de estas cuestiones jurídicas debemos

¹²⁷ Perez Luño también es de la opinión de que los valores y principios disfrutan de aplicabilidad directa, para lo que no es necesario que se encuentren “*expresamente desarrollados en normas específicas*”, ya que son “*auténticas normas constitucionales*”. Además, les reconoce una posición preferente, tanto a los valores como a los principios, derivada de su condición de normas finales (que señalan y promueven las metas a alcanzar) y de su carácter de “*permanentes (que definen la estructura básica de un sistema, y por ello, gozan de una garantía reforzada en caso de reforma constitucional), lo que las hace jerárquicamente superiores a las restantes normas constitucionales que, en unos casos, actúan como instrumentales y, en otros, como temporales o provisionales respecto a aquéllas*”. (PEREZ LUÑO, A.E., “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 299).

identificar el verdadero problema al que alude el discutido tema del carácter de Derecho directamente aplicable de los valores, esto es, la seguridad jurídica¹²⁸.

La seguridad jurídica, como señala el Tribunal Constitucional *"implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas"*¹²⁹. En resumen, y siguiendo con lo afirmado por el Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica es certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable y sobre los intereses jurídicamente tutelados¹³⁰, es previsibilidad sobre los efectos de la aplicación de la norma¹³¹. La infracción de la seguridad jurídica tiene lugar cuando la incertidumbre que provoca la disposición normativa es razonablemente insuperable. No existe infracción del principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. *"Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución garantiza"*. La norma singular no es un precepto aislado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un sistema jurídico, *"en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten"*. Sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación de las que dispone el Derecho, el contenido o las omisiones de

¹²⁸ Es necesario poner de relieve que el principio de seguridad jurídica es reconocido como tal en el 9.3 de la constitución, aún cuando una parte de la doctrina se plantea si no estamos ante un valor superior del ordenamiento que debió incluirse en el 1.1.

¹²⁹ STC 46/1990, de 15 de marzo, (Fundamento Jurídico 4).

¹³⁰ SSTC 15/1986, de 31 de enero (Fundamento jurídico 2), 65/1990, de 5 de abril (Fundamento jurídico 4). Según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988), se define además como la *"suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio"*.

¹³¹ STC 150/1990, de 4 de octubre (Fundamento jurídico 8).

un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios “una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos”, podría admitirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica¹³².

Pero el concepto de seguridad jurídica abarca mucho más. En su relación con el poder obliga a la certidumbre en cuanto a su origen, ejercicio e identificación, y por lo tanto, se entrelaza con el sistema democrático que nuestra Carta Magna instaura y reconoce en el artículo 1.1. En su proyección sobre el Derecho supone la imperatividad de reconocer criterios y procedimientos estables en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, a cuya finalidad se consagran el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el principio de legalidad y el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución). Principios que fácilmente pueden, por tanto, entenderse imbricados con el de seguridad jurídica, a la vez que el principio de seguridad jurídica puede incardinarse dentro del valor “justicia”.

Los valores superiores son cláusulas generales, máximas fundamentales que abarcan un amplio contenido material imprescindible para la consecución de los objetivos jurídico-políticos marcados en consenso. Indudablemente se trata de enunciaciones generales que gozan de un alto grado de abstracción y que, por tanto, admiten diversas concreciones. Sin embargo, esta afirmación no puede llevarnos a considerar que incorporan posibilidades ilimitadas en la interpretación de su contenido. Como instrumentos valiosísimos para evitarlo, el texto constituyente proporciona los principios jurídicos y los derechos fundamentales como antorchas a seguir en el camino de la configuración semántica de los valores, ya que éstos derivan de los valores superiores abarcando ámbitos determinados.

Con estas aseveraciones no niego la dificultad de que el valor superior sea definido en su contenido con cierta precisión en el ejercicio de la aplicabilidad directa. Que duda cabe de que la indeterminación de la noción genérica de justicia convierte en una tarea mastodóntica su aplicabilidad directa, por ejemplo. Pero ante los obstáculos

¹³² SSTC 150/1990, de 4 de octubre, STC 142/1993, de 22 de abril.

que entrañan, sucumbir en la derrota de negarles carácter normativo constituiría la aceptación de la existencia de una limitación subyacente a los valores superiores que escondería el reconocimiento de la futilidad intrínseca a éstos.

Por todo esto, su aplicabilidad directa se ha concretado de facto, en la fundamentación a la que se acude para limitar negativamente a los derechos: impiden que el ejercicio de un derecho conculque los fines establecidos en la Constitución, más que admitir que pueden ser alegados positivamente para resolver un caso concreto. Aún así, esto significa cercenar gravemente sus posibilidades funcionales.

1.7. Los valores superiores como conceptos jurídicos indeterminados

Me parece importante incorporar este epígrafe en el estudio de los valores al comprobar cierta asimilación en los dos conceptos. Freixes Sanjuán ha aludido al uso confuso e indistinto que hacen tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia constitucional de los términos “principios” y “valores”, lo que ha suscitado la identificación de éstos con la estructura normativa de los conceptos jurídicos indeterminados¹³³.

Los conceptos jurídicos indeterminados son todas aquellas nociones expresadas en una norma jurídica que tienen a priori, un cierto margen de imprecisión, al que se denomina halo de concepto¹³⁴. García de Enterría y Fernández Rodríguez, por su parte, diferencian entre los conceptos determinados y los indeterminados, afirmando que los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca (ponen como ejemplo paradigmático, la mayoría de edad, que se alcanza a los dieciocho años). Por el contrario, con el concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen exactamente precisados en su enunciado; no obstante, intenta delimitar un supuesto concreto que no es posible

¹³³ FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI, C., “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 35, agosto 1992.

¹³⁴ ALONSO MAS, M.J., “*La solución justa en las resoluciones administrativas*”, Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 1998, pág. 273.

ignorar”¹³⁵. García de Enterría nos aclara que no se da en este caso una deficiencia del lenguaje jurídico, sino que se busca alcanzar una amplia capacidad de adaptabilidad a la realidad¹³⁶.

La realidad jurídica con la que nos encontramos es que los conceptos, salvo los que se expresen a través de una cantidad concreta, sufren en algún grado una indeterminación a priori que es la que les otorga operatividad a la hora de subsumirle un caso concreto. Y este es el margen de incertidumbre *a priori* que se denomina “el halo del concepto”. La misión del aplicador del Derecho sería eliminar este halo que se consigue con la casuística. Sin embargo, en los conceptos jurídicos indeterminados el legislador acentúa esta indeterminación semántica como una “*técnica general de normación*”¹³⁷.

Ignacio Ara Pinilla¹³⁸, ha analizado la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, afirmando que con ante éstos, el jurista asume la imposibilidad de encontrar una solución automática para los supuestos de hecho. Se supone así que cuando nos encontramos frente a uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, debemos efectuar un esfuerzo adicional al normalmente exigible, o incluso apelar a una instancia superior si fuera necesario, con vistas a solventar la indeterminación semántica, esto es, a hacer que el concepto en cuestión resulte convenientemente determinado, produciéndose la apuntada solución en un momento ulterior a la emisión del enunciado en cuestión¹³⁹.

Para Ara Pinilla el destinatario del derecho debe tener muy presente que el legislador ha dejado voluntariamente indeterminado el concepto, realizando una remisión al propio receptor del enunciado jurídico para que sea él mismo el que determine su contenido semántico. Éste encuentra así en el concepto jurídico

¹³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “*Curso Derecho Administrativo I*”, Civitas, Navarra, 2011, pág. 446.

¹³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La Constitución como norma y Tribunal Constitucional*”, Civitas, págs. 228-229.

¹³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “*Curso Derecho...*”, *Op. Cit.*, pág. 444.

¹³⁸ Profesor de Derecho Natural a cuyas clases tuve la oportunidad de asistir en mi primer año de carrera (Universidad de La Laguna).

¹³⁹ ARA PINILLA, I., “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2004, pág. 107-108.

indeterminado un margen de intervención que no se traduce en la absoluta libertad de determinar el sentido de su intervención y que en principio le está vedado en relación al resto de los términos que integran los enunciados jurídicos.

Los conceptos jurídicos indeterminados pretenden dotar a los sistemas jurídicos de un margen y elasticidad que posibilite la acomodación de la regulación jurídica a las diversas circunstancias contextuales que se vayan presentando. El coste que se aprecia es una deficiencia en materia de seguridad jurídica, puesto que el juez (y en general el destinatario del derecho) queda directamente obligado por la propia lógica del discurso legal a intervenir activamente, precisando en cada caso singular el significado de nociones que resultan intrínsecamente variables e indeterminadas.

En los conceptos jurídicos indeterminados¹⁴⁰, por tanto, lo que ha pretendido el legislador o el Constituyente deliberadamente, es dejar indeterminado el contenido material de la norma para delegar su configuración al intérprete o al legislador, aportando así a la norma una amplísima capacidad de adaptación frente a los cambios sociales.

Llegados a este punto considero que no es posible identificar los valores superiores del Derecho con los conceptos jurídicos indeterminados. Los valores, como ya he señalado anteriormente, gozan de un contenido material que no por plantear dificultades en su determinación debe ser tildado de inexistente o impreciso. Es por esto que el constituyente no ha pretendido la remisión al propio receptor del enunciado jurídico para que sea él mismo el que determine el contenido semántico con libertad. Es más, de cara a la determinación u orientación del sentido de los valores, la propia Carta Magna no solo reconoce los derechos fundamentales, sino que ha proclamado toda una serie de principios que orientan el significado de éstos, y, constituyen, además, la forma

¹⁴⁰ <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/28150/1/CONCEPTO%20JURÍDICO%20INDETERMINADO.pdf>. “«Concepto jurídico indeterminado» es el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho. Por ejemplo, en el terreno administrativo, «interés público», «urgencia»; o ya en el ámbito canónico, «bien de la Iglesia», «necesidad o utilidad de la Iglesia», etc. La ventaja de estos conceptos para la función legislativa es clara: basta fijarse en su gran capacidad de abarcar situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten. De ese modo se consigue que las normas que los usan sean flexibles y duraderas, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de indicar, a la vez, suficientemente lo esencial de su ratio: la función del concepto indeterminado es, precisamente, expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley. El principal problema de estos conceptos se plantea cuando se usan para expresar requisitos a los que debe atenderse la actuación de la autoridad para ser legítima”.

en que nuestro Constituyente previó la adaptabilidad del Ordenamiento ante el carácter dinámico de la realidad social¹⁴¹. Esta función “actualizadora” también es asumida por los derechos fundamentales. Considero que, por todo esto, el Constituyente no quiso instituir lo que se denomina “concepto jurídico indeterminado” a los valores fundamentales y superiores del sistema jurídico.

Por otro lado, existe otra sólida interpretación en la imposibilidad de considerar los valores superiores del ordenamiento como conceptos jurídicos indeterminados: el reconocimiento de que “*la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma constitucional*”¹⁴². Desde este momento, es eliminada la opción casi-libre de que el receptor del enunciado jurídico sea el que determine semánticamente la norma que proclama los valores o de cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico.

¹⁴¹ Torres del Moral, A., “*Principios de Derecho Constitucional Español. TOMO I*”, UCM, Madrid, 2015, pág 57: “*Los principios jurídicos (...) como dice M.L. Balaguer, reactualizan constantemente los valores que la sociedad comparte, manteniendo la identidad del Ordenamiento jurídico; pero evolucionan como consecuencia del dinamismo de la sociedad, y, por este otro carácter suyo, facilitan la adaptación del Ordenamiento a la hora de ser aplicado*”.

¹⁴² STC 18/1981, de 8 de junio, Fundamento Jurídico 2.

2. LA DIGNIDAD HUMANA

2.1. Introducción al concepto de dignidad.

La Real Academia Española de la Lengua define la dignidad, en su primera acepción como la “*calidad de digno*”. Si acudimos, a su vez, a verificar el significado de “*digno*” la RAE nos da las siguientes acepciones:

- *digno, na. (Del lat. dignus).*

1. *adj. Merecedor de algo.*

2. *adj. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo.*

3. *adj. Que tiene dignidad o se comporta con ella.*

4. *adj. Dicho de una cosa: Que puede aceptarse o usarse sin desdoro. Salario*

digno. Vivienda digna.

5. adj. De calidad aceptable. Una novela muy digna.

La dignidad es aquella cualidad humana que lo erige en el Ser mas elevado de la naturaleza y que es más fácil de intuir que de explicar con palabras. Al respecto, recuerdo que cuando aún no pasaba de los diez años de edad, escuché un pensamiento que siempre ha tenido una honda huella en mí y al que recurro una y otra vez con la esperanza de que la madurez propia del transcurso del tiempo me revele algún aspecto más de la profundidad del significado que entraña. Aquel pensamiento pronunciado afirmó con rotundidad que: *“aquello que es Absoluto no puede ser descrito con palabras, porque el instrumento limitado de la palabra finita no puede encerrar aquello que es Infinito, y si es posible adjudicarle palabras precisas que lo identifiquen, que consigan encerrarlo, no es tal. Sin embargo, lo Universal, lo Absoluto, se siente en plenitud, y este es el auténtico y más profundo regalo del conocimiento: la emoción”*¹⁴³.

Permítame el lector esta licencia filosófica personal al intentar aproximarme al concepto de dignidad humana: es un concepto que primero se siente y después se entiende. Realmente la dignidad encierra un perfil y contenido que parece inabarcable, pero que, como juristas, debemos acotar lo máximo posible, toda vez que el Derecho busca garantizar y realizar en plenitud las realidades fundamentales por las que opta.

¹⁴³ Este pensamiento fue expresado por una persona a la que guarda un gran cariño la que suscribe estas páginas, como consecuencia de las incisivas inquisiciones de orden metafísico formuladas una tarde de verano. No obstante, Wittgenstein, en *“Tractatus lógico-philosophicus”* expuso una teoría del pensamiento a través del lenguaje que se opone a esta reflexión (WITTGENSTEIN, L., *“Tractatus lógico-philosophicus”*, Alianza, Madrid, 1999). Para Wittgenstein, la realidad es aquello que puede describirse a través del lenguaje, afirmando que *“Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”* (Tractatus: § 5.6), describiendo el pensamiento como *“la proposición con sentido”* (Tractatus: § 4), de manera que *“De lo que no se puede hablar, hay que callar”* (Tractatus: § 7). Así, si algo es pensable, ha de ser también posible (Tractatus: § 3.02). El objetivo de *Tractatus*, nos dice Wittgenstein, es *“trazar unos límites al pensamiento, o mejor, no al pensamiento, sino a la expresión de los pensamientos; porque para trazar un límite al pensamiento tendríamos que ser capaces de pensar ambos lados de este límite, y tendríamos por consiguiente que ser capaces de pensar lo que no se puede pensar. Este límite, por lo tanto, sólo puede ser trazado en el lenguaje y todo cuanto quede al otro lado del límite será simplemente un sinsentido”*. En este punto, también es interesante citar la hipótesis de Sapir-Whorf que afirma que existe una relación determinante entre las categorías gramaticales del lenguaje que una persona utiliza en su hablar y la forma en que la persona entiende y conceptualiza el mundo. Así, los pensamientos teóricos están basados en el lenguaje y están condicionados por él, hasta el punto que la estructura de nuestra lengua determina la manera de que percibimos el mundo (SAPIR, E., *“Culture, Language and Personality”*, The regents of the University of California, 1949; WHORF, B. L., *“Language, thought, and reality”*, The M.I.T. Press. Massachusetts institute of technology. Cambridge, Massachusetts, 1956).

Como primera aproximación se puede definir a la dignidad como un rasgo distintivo que posee y con el que nace todo ser humano, sin excepción, que lo diferencia de todos los demás seres vivos, y que instituye a la persona como un principio y fin en sí mismo, y, por ende, razón de ser de todo el ordenamiento, impidiendo que sea considerado como un instrumento, cosa o un medio para otro fin. El ser humano, inconscientemente, parece conocer su absoluta dignidad desde que nace: el bebé en su primigenia comprensión se sabe titular absoluto de todo derecho y bien que la vida puede darle, de manera que cualquier cosa que desee o necesite la solicita con convicción y de la manera que la naturaleza le permite: el bebé cuando reclama, llora y lo hace con total seguridad y persistente obstinación, sin dudar de su natural derecho a obtenerlo. Esto enlaza con las vertientes actuales de pensamiento que ponen en cuestión los postulados de “la tabla rasa” y que defienden la existencia de unos patrones universales en el comportamiento humano, donde se incluirían muchas de las conductas que tradicionalmente se explican en función del aprendizaje o como manifestaciones culturales. En este sentido, Pinker se ha erigido como uno de sus máximos defensores. El autor analiza los avances que se han producido en los últimos años en disciplinas como la ciencia cognitiva, la neurociencia, la genética conductual o la psicología evolucionista, y llega a la conclusión de que la idea de la conducta humana y social, determinada únicamente por fuerzas sociales, no es defendible. Estas disciplinas, a su modo de ver, han demostrado la existencia de mecanismos mentales universales y de una estructura genética con una gran influencia en la conducta humana¹⁴⁴.

No obstante, una consideración imbatible es que la dignidad constituye una cualidad inherente a la persona que se manifiesta en múltiples aspectos y cuya realización

¹⁴⁴ PINKER, S., [SEP] “La tabla rasa. La negación moderna de la naturaleza humana”, Paidós, Barcelona, 2005. En su obra, Pinker analiza las tres grandes doctrinas en las que se basa la visión moderna del ser humano y que defienden que la naturaleza humana es completamente moldeable por las influencias del entorno. Estas tres doctrinas son: a) la doctrina de la Tabla Rasa, que es la “*idea de que la mente humana carece de una estructura inherente y que la sociedad y nosotros mismos podemos escribir en ella a voluntad*” (pág. 23); la doctrina del “Buen Salvaje”, que es la “*creencia de que los seres humanos, en su estado natural, son desinteresados, pacíficos y tranquilos, y que males como la codicia, la ansiedad y la violencia son producto de la civilización*” (pág. 27); y la doctrina del “Fantasma en la Máquina”, que hace alusión a la creencia generalizada de “*un alma inmortal, hecha de alguna sustancia no física, que se puede separar del cuerpo (...) de la dicotomía entre mente y cuerpo*” (págs. 31-32). El autor, a nivel filosófico, identifica estas tres doctrinas con el empirismo, el romanticismo y el dualismo, respectivamente (pág. 32). No obstante, estas doctrinas, combinadas con el conductismo moderno (que explica el origen de la conducta a partir del mundo exterior) y los estudios de la cultura iniciada desde las ciencias sociales por autores como Boas, Kroeber o Durkheim, tienen como resultado una aversión dominante hacia los instintos y la evolución que ha deformado significativamente los estudios sobre el ser humano, además de incidir negativamente en las decisiones públicas y privadas que se han dejado influenciar por tales estudios.

y efectividad determina al sistema normativo en su conjunto. El respeto y protección de la dignidad, por tanto, como base jurídica fundamental, es la premisa inexcusable y omnipresente en todo el Derecho, con un carácter absoluto que no admite “paréntesis” en su manifestación, ni estados de suspensión o de excepción: es irrenunciable e indisponible. Tampoco es graduable: no se puede maximizar la dignidad de una persona y tampoco reducirse. En todo momento, condición y circunstancia disfruta de su pleno significado e intensidad como cualidad propia del ser humano.

No es, por tanto, una construcción jurídica que surge para el mejor desarrollo y realización de la persona o su personalidad. Tampoco se ve afectada por limitaciones fruto del convencionalismo jurídico, como si se ve alterado el valor superior “libertad” cuando, por ejemplo, se apareja una pena de privación de libertad a la comisión de un delito a través de una ley consensuada en el Parlamento. Por todo esto, el Derecho se limita a reconocer la dignidad del ser humano, constituyendo el mínimo invulnerable que debe asegurar.

Por otra parte, su fundamental desarrollo constitucional se concreta en los derechos fundamentales al tratarse éstos de reconocimientos normativos expresos de ámbitos propios del contenido de la dignidad de la persona. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales y el sistema que forman, se instrumentalizan como criterios-guía de definición e interpretación del valor del que surgen y del que forman parte, ante la dificultad manifiesta de conceptualizar satisfactoriamente a la dignidad. Ante este panorama conceptual solo si aceptáramos que la definición de un término puede proporcionarse enumerándose las partes de las que consta, nos podríamos dar por satisfechos. Pero no es así, y la aproximación intuitiva al vocablo, sin que se traduzca en una precisión suficiente, es la razón por la que parece que se ha banalizado de facto o dejado sin efectividad el valor dignidad, siendo los operadores jurídicos determinantes al respecto al no acudir a ella como argumento definitivo en sus argumentaciones judiciales o jurídicas en general, o por el contrario, hacerlo para incurrir en un abuso retórico del concepto donde puede caber todo y nada.

Actualmente, considero que se sigue produciendo una exigencia jurídica y social de revisión y determinación del valor que no podemos ignorar, toda vez que se producen avances en los campos sociales, tecnológicos o científicos. Piénsese, por ejemplo, que la

bioética¹⁴⁵ aborda los límites de la ciencia partiendo de la línea inexpugnable de la dignidad del ser humano, de cara a planteamientos ante el aborto o la eutanasia. El tratamiento jurídico de estas realidades depende del contenido y contorno que se otorgue a la línea intocable de la dignidad.

Por todas estas razones debemos hacer un esfuerzo por sacar el término de la imprecisión en la que se haya sumergida, sin dejar de ser conscientes de la tarea “faraónica” que nos imponemos. Pero, como nos adoctrina la conocida obra de la literatura española y universal: *“Don Quijote soy, y mi profesión la de andante caballería. Son mis leyes, el deshacer entuertos, prodigar el bien y evitar el mal. Huyo de la vida regalada, de la ambición y la hipocresía, y busco para mi propia gloria la senda más angosta y difícil. ¿Es eso, de tonto y mentecato?”*.

Imbuida de este espíritu, me permito exponer, por adelantado, mi propuesta de redacción del artículo 1.1: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la dignidad humana, siendo núcleos fundamentales de ésta los valores libertad e igualdad”*.

2.2. La dignidad humana en el pensamiento filosófico

El uso -y abuso- de la “dignidad humana” como pilar fundamental que sirve de justificación en los contextos y las disciplinas más variadas, me insta a hacer constar alguna alusión a su contenido fuera del Derecho, antes de ser abordado definitivamente desde su propia perspectiva jurídica. Como segundo argumento de apoyo, debemos afirmar que el entendimiento en profundidad del individuo, no puede lograrse dividiendo en compartimentos-estancos puros su naturaleza, así como obviando las influencias determinantes que recibe y que la modelan. La filosofía, al respecto, ha contribuido categóricamente en la configuración jurídica del valor dignidad.

La dignidad humana puede ser considerada como el presupuesto lógico de la

¹⁴⁵ La palabra bioética fue acuñado acuñado en 1971 por el bioquímico estadounidense Van Rensselaer Potter, en su obra *“Bioethics: bridge to the future”*, donde la define como aquella *“disciplina que combina el conocimiento biológico con el de los valores humanos”*. La prestigiosa *Encyclopedia of Bioethics* (coordinada por Warren Reich) define la bioética como *“el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado sanitario, en cuanto que tal conducta se examina a la luz de los valores y de los principios morales”*.

moral moderna que antes conformaba la idea de Dios¹⁴⁶. Antes de esto, la interpretación que se hacía del Ente Superior y sus mandatos constituía el sistema ético-social del que debía partir todo. La ley moral era buena y de obligado cumplimiento porque su origen era Dios, afectando a todas las esferas de desarrollo de la persona.

En cambio, la moral actual diferencia entre ética y religión a la hora de establecer su sistema normativo. Prescinde de Dios como hipótesis troncal y fundante, y en su lugar posiciona a los valores. Estos valores hacen suyas algunas de las características otorgadas al Ser Supremo: se les presume una existencia *a priori*, y se acepta su obligatoriedad como consecuencia natural derivada del hecho irrefutable de que son “buenos”. Sin embargo, es relevante destacar que la sustitución de un presupuesto lógico por otro no ha supuesto un cambio significativo en el comportamiento que imponen; en todo caso, podría admitirse una variación en las preferencias o importancia de los elementos contenidos en la hipótesis fundante. Los comportamientos que dictan ambos como obligatorios son casi los mismos, véase la honradez, la sinceridad, el trato igualitario, la tolerancia, la solidaridad, la prohibición del uso de la violencia, etc.¹⁴⁷

- PLATÓN

La concepción de la dignidad humana en Platón carecía de universalidad: estaba reservada a una minoría de individuos. Defendía la esclavitud como una institución necesaria, formada por aquellos individuos irracionales, sin capacidad de dominio sobre sí mismos. Estos eran dominados por sus instintos animales, lo que justificaba que la sociedad ideal los reconociera como seres inferiores que debían ser sometidos y dirigidos por otros “Hombres superiores”, que si gozaban de racionalidad y libertad¹⁴⁸.

¹⁴⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N., “Hacia una teoría crítica de la dignidad humana”, Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, pág. 32.

¹⁴⁷ Ya lo señaló Sartre en “*El existencialismo es un Humanismo*” (Ediciones del 80, 1985, pág. 20), al exponer su crítica hacia el llamado radicalismo francés: “*Dicho en otra forma-y es según creo yo, la tendencia, nada se cambiará aunque dios no exista; encontraremos las mismas normas de honradez, de progreso, de humanismo, y habremos hecho de dios una hipótesis superada que morirá tranquilamente por sí misma*”.

¹⁴⁸ PLATÓN, “*La República o el Estado*”, (591c), Editorial Gredos, Madrid, 1988, pág. 453. - “*Y el artesano y la clase obrera, ¿por qué crees que son vituperados? ¿Diremos que por otra cosa sino que son gente en quienes la parte mejor es débil por naturaleza, de modo que no puede gobernar a las bestias que hay dentro, sino que las sirve y no es capaz de aprender más que adularlas (...)? - Por consiguiente, para que esa clase de Hombre sea gobernada por algo semejante a lo que rige al Hombre*”.

En cuanto a las personas que debían ser esclavos, Platón vinculó la esclavitud al extranjero y al conquistado. Preservaba de esta condición a la raza griega, hasta el punto de que ésta debía ser respetada por el resto de pueblos¹⁴⁹. Abogaba por la superioridad de los griegos, y en este sentido los definía como “*allegados y parientes*”¹⁵⁰, pero ajena y extranjera respecto de la raza bárbara¹⁵¹.

En el pensamiento platónico, por tanto, no cabe entender la igual dignidad del ser humano por el hecho de serlo. Se vinculaba con el grado de racionalidad e instinto animal que se atribuía a cada individuo, que también difería de uno a otro. En este contexto, lo mejor que podía ocurrirle a esclavo era tener un amo que lo dirigiera en la vida ante su total incompetencia para vencer su “animalidad”.

Aún así, Platón reconoce que en el alma de cada uno existe la “*facultad de aprender mediante un órgano destinado a éste fin*”¹⁵², y ejercer las máximas capacidades humanas. Las virtudes del alma, cuando no se poseen por naturaleza, se pueden adquirir mediante la educación y la cultura. Platón insistió en la necesidad de desarrollo de estas capacidades para lograr unos objetivos morales y despertarse de un sueño que proporciona una aparente y fácil felicidad, pero que no es conforme a su dignidad. De esta forma, el Hombre debe conocer los criterios morales e inmutables y seguirlos por encima de sus anhelos egoístas; solo así alcanzará un estado sublime de felicidad. Estos criterios morales son el Bien común y el ideal de Justicia.

- ARISTÓTELES

superior, sostenemos que debe ser esclava de este mismo Hombre (...) porque es mejor para todo ser el estar sujeto a lo divino y racional”.

¹⁴⁹ PLATÓN, “*La República o el Estado*” (469c), pág. 276: “- Sócrates: « Lo primero, en lo que toca a hacer esclavos, ¿parece justo que las ciudades de Grecia hagan esclavos a los griegos o más bien deben imponerse en lo posible aun a las otras ciudades para que respeten la raza griega evitando así su propia esclavitud bajo los bárbaros? »- Glaucón: « En absoluto - dijo - ; importa mucho que la respeten »”. *Interesante es la nota (no 69) del traductor que vincula también este texto con el problema de la dignidad humana: “Podemos apreciar que la plena dignidad que nosotros los modernos atribuimos a la persona humana, Platón la concede aquí solamente al Hombre griego”* (pág. 326).^[1]

¹⁵⁰ PLATÓN, “*La República o el Estado*” (470c), pág. 278.

¹⁵¹ Se debe tener en cuenta para su correcta comprensión que la época en que se desarrolla el pensamiento de Platón la organización social era la siguiente: los pueblos griegos eran considerados como el paradigma de la civilización. El resto eran pueblos bárbaros que debían ser dominados. Se aceptaba la esclavitud como clase social inferior constituida por extranjeros y bárbaros, que soportaban el peso de una economía eminentemente rural y artesanal. La clase social superior, minoritaria, no trabajaba y conformaba la clase política.

¹⁵² PLATÓN, “*La República o el Estado*” (518c), pág. 343.

Para Aristóteles la dignidad del Hombre era de origen divino, toda vez que reconocía la existencia de un alma en cada individuo. El alma es la entidad definitoria del cuerpo y el principio de la vida, esto es, la “entelequia primera”¹⁵³. El cuerpo podía ser moldeado por ésta, siendo la causa que le confiere el movimiento¹⁵⁴. Sin embargo, y a pesar de la aparente superioridad del alma sobre el cuerpo, el hombre aristotélico se configura a partir de los dos elementos en conjunto: el individuo es cuerpo (materia) y alma (forma). Aristóteles no le otorga a la forma superioridad sobre la materia, de manera que el Hombre no debe someterse al dominio del alma, sino considerarla un medio a su disposición.

Aristóteles vincula la capacidad racional del Hombre con su carácter divino. Es la facultad de raciocinio la que le otorga un valor superior al Hombre, no el hecho de poseer un alma, que también poseen el resto de los seres vivientes no racionales. Únicamente el Hombre se ocupa de entender e interpretar el mundo que le rodea, preocupación que forma parte de su “naturaleza única”, al igual que la búsqueda de la felicidad. Ambos anhelos condicionan su vida y lo ungen de carácter divino.

La función del hombre es pensar y tener entendimiento, razón por la que camina erguido¹⁵⁵. Para Aristóteles la verticalidad humana es de trascendental importancia: es consecuencia de la presencia del alma en el cuerpo además de constituir una postura necesaria para el adecuado desarrollo cognitivo.

Vemos, entonces, que la naturaleza única del Hombre deriva de su capacidad racional y de la búsqueda de la felicidad, a la que también, añade un tercer elemento: el Hombre es un “animal político”. Esta característica es consecuencia directa del hecho de ser “*el único animal que tiene palabra*”¹⁵⁶, que le convierte, además, en un “animal

¹⁵³ ARISTÓTELES, “*Acerca del alma*”, Gredos, Madrid, 1994, (412b5- 11), págs. 168-169.

¹⁵⁴ ARISTÓTELES, “*Acerca del alma*”, (404a38-39), pág. 138: “*el movimiento es lo más peculiar del alma y que si bien todas las demás cosas se mueven en virtud del alma, ella se mueve por sí misma*”.

¹⁵⁵ ARISTÓTELES, “*Partes de los animales*”, (686a25 ss.), Gredos, Madrid, 2000, pág. 213: “*El Hombre, en lugar de patas y pies delanteros, tiene brazos y las llamadas manos, pues es el único de los animales que camina erguido porque su naturaleza y su esencia son divinas, y la función del ser más divino es pensar y tener entendimiento. Pero esto no sería fácil si la parte superior del cuerpo comprimiera mucho, pues el peso hace lento el razonamiento y el sentido común*”.

¹⁵⁶ ARISTÓTELES, “*Política*”, (1253a5), págs. 50-51: “*La razón por la cual el Hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: (...) el Hombre es el*

social”, haciéndole singular y diferente, con capacidad para la amistad. Este sentimiento, que constituía una virtud de dimensión moral, se fundamentaba “(...) *en la convivencia y en la comunicación de palabras y de pensamientos, porque así podría definirse la convivencia humana, y no, como en el caso del ganado, por pacer en el mismo lugar*”¹⁵⁷.

Sin embargo, Aristóteles, al igual que Platón, defendió la existencia de unas razas superiores a otras, siendo la griega la situada en el escalón supremo: “*Los que habitan en lugares fríos y en Europa están llenos de coraje, pero faltan de inteligencia (...). Los de Asia en cambio, son inteligentes y de espíritu técnico, pero sin coraje (...). En cuanto a la raza helénica (...) es a la vez valiente e inteligente*”¹⁵⁸. La concepción de dignidad, por tanto, era desigual e imperfecta entre los seres humanos, sometida a unos condicionamientos para poder ser apreciada y reconocida. Aristóteles llegaba a admitir, incluso, que la raza determinaba el régimen político de cada uno.

Justificaba la esclavitud, identificando al amo con el ciudadano. El esclavo, como subespecie humana, participaba de la razón, pero no la poseía. Esto lo explicaba afirmando que el esclavo es capaz de percibir el razonamiento, pero con el fin de seguirlo y obedecerlo. “*La vida es acción, no producción y por ello, el esclavo es un subordinado para la acción (...). Aquellos cuyo trabajo consiste en el uso de su cuerpo, y esto es lo mejor de ellos, éstos son por naturaleza, esclavos (...)*”¹⁵⁹.

La acción a la que se refiere Aristóteles es la vida pública, de manera que la actividad del individuo demostraba su ausencia de capacidades racionales, y llegando a abogar, incluso, por el que los cultivadores y los constructores de obras públicas fueran considerados esclavos¹⁶⁰. Además, aludía a que la Naturaleza exigía la distinción entre amos y esclavos, siendo ésta una clasificación natural y, por ende, justa: “(...) *por naturaleza la mayoría de las cosas tienen elementos regentes y elementos regidos. De diversa manera manda el libre al esclavo (...)*”¹⁶¹.

único animal que tiene palabra (...). La palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del Hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores (...)”.

¹⁵⁷ ARISTÓTELES, “*Ética a Nicómaco*”, (1170b11), págs. 372-373.

¹⁵⁸ ARISTÓTELES, “*Política*” (1327b), págs. 416-417.

¹⁵⁹ ARISTÓTELES, “*Política*” (1254a5-1254b7), págs. 55-57.

¹⁶⁰ ARISTÓTELES, “*Política*”, (1267b12-41), págs. 115-116 y (1330a24-34), págs. 426-427.

¹⁶¹ ARISTÓTELES, “*Política*” (1260 a), pág. 81.

También, al igual que hiciera Platón, asimiló esclavo con extranjero. Un griego no puede convertir a otro griego en esclavo porque ambos forman parte de la raza suprema, por lo que se reserva la consideración al extranjero: “*justo es que los helenos manden sobre los bárbaros*”¹⁶².

De esta manera, la noción dignidad vuelve a ser definida como una cualidad no universal: es el privilegio de unos pocos o de un pueblo en su conjunto y está supeditada a unas capacidades, actividades o actos determinados que hacen al ser humano digno o lo reducen a la categoría de animal.

- HUGO GROCIO

El ser humano, para Grocio, tiende innatamente a la vida en comunidad con el resto de sus semejantes. La vida en sociedad a la que aspira es aquella que se desarrolla con orden y en paz, condiciones que solo pueden garantizarse a través del Derecho. Sin embargo, lo que determina la “excelencia” del ser humano y que lo sitúa por encima de los animales, no es su carácter social, únicamente, sino el hecho de ser capaz de discernir lo que es útil o perjudicial, esto es, el poseer juicio y entendimiento¹⁶³.

Este juicio que realiza la mente humana, y que Grocio señala como una facultad cognoscitiva por las que se aprehende las verdades fundamentales de la vida en comunidad, puede ser mal empleado por el individuo o ser erróneo. Es aquí, entonces, cuando aparece el Derecho como regulador de los conflictos que aparezcan como consecuencia de este mal uso, erigiendo la naturaleza humana racional como fundamento del Derecho.

Grocio realiza un enorme esfuerzo cognitivo con la finalidad de separar completamente el Derecho de su origen divino. Afirma que Dios no puede influir sobre

¹⁶² ARISTÓTELES, “*Política*”, (1252a21-b13), págs. 46-47.

¹⁶³ GROCIO, H., “*El derecho de la guerra y de la paz. Discursos preliminares*”, Editorial Reus, Madrid, 1925, págs. 8-9.^[SEP] “*La excelencia del Hombre por encima del resto de los animales, consiste no solamente en los sentimientos de sociabilidad que acabamos de mencionar, pero en que puede dar un justo precio a las cosas agradables o desagradables, tanto las futuras como las presentes, y discernir lo que puede ser útil o perjudicial. Se concibe por tanto que no es menos conforme a la Naturaleza humana, regularse en esos tipos de asuntos, que sea un Juicio recto y sano, en la medida que se nos lo permita la flaqueza de las luces de nuestras mentes (...)*”.

el Derecho, al igual que tampoco sobre la naturaleza humana, esto es, su dignidad. Es la propia naturaleza humana la que garantiza la existencia de la ley, siendo ésta externa a Dios:

“El Derecho es inmutable de modo que Dios incluso no puede modificarlo. Porque, aunque el poder de Dios es infinito, se puede decir que hay cosas que no puede alcanzar, porque son cosas que no se podría expresar mediante proposiciones que tuvieran algún sentido, pero que contienen una contradicción manifiesta. Como, pues, es imposible que Dios mismo, haga que dos por dos no haga cuatro, no lo es tampoco posible hacer que las cosas buenas o malas en sí y por naturaleza, no lo fueran como tal”¹⁶⁴.

Pero, una vez más, encontramos en Grocio la defensa de una dignidad no universal o igualitaria. La esclavitud era admisible en las sociedades, al igual que admitía las diferencias entre rey y súbditos, o Dios y los Hombres¹⁶⁵. Por contra, denuncia incansablemente las aberraciones licenciosas que se permiten en relación con las guerras: *“He notado en todas las partes, del Mundo cristiano, una licencia tan desenfrenada en relación con la guerra, que las Naciones más bárbaras se avergonzarían. Se corre a las armas o sin razón o por cuestiones muy ligeras: y cuando se las tiene una vez en las manos, se pisa todo Derecho divino y Humano, como si uno estuviera autorizado y resuelto con firmeza a cometer todo tipo de crímenes sin comedimiento”. “Esta barbarie es tan horrible que muchas personas con una probidad segura, han sido tan chocadas que han defendido que todo tipo de guerra está prohibido a un cristiano, cuyo deber consiste primero a amar a todos los Hombres sin excepción”¹⁶⁶.*

El reconocimiento de Grocio de que todo ser humano debe ser amado sin excepción, esconde, a pesar de sus afirmaciones en contra, un derecho por naturaleza: el de ser digno y por lo tanto merecedor y legítimo titular del sentimiento más sublime que el Hombre puede albergar. Asimismo, y en referencia al tratamiento del cuerpo en la sepultura, declara la universalidad de la dignidad sin diferenciaciones posibles: sería *“una indignidad que el Cuerpo sirviera de pasto”,* e, incluso, *“siempre sería cosa poco*

¹⁶⁴ GROCIO, H., “El derecho de la guerra y de la paz...”, *Op. Cit.*, pág. 51.

¹⁶⁵ GROCIO, H., “El derecho de la guerra y de la paz...”, *Op. Cit.*, pág. 40.

¹⁶⁶ GROCIO, H., “El derecho de la guerra y de la paz...”, *Op. Cit.*, pág. 20.

conforme a la dignidad de la Naturaleza humana, que el cuerpo del Hombre fuera expuesto a ser pisoteado por los pies”, por lo que se debía dar sepultura a todo ser humano. Al pronunciarse de esta manera, admitía la existencia, sin excepciones, de la dignidad después de la muerte, aun cuando, paradójicamente en vida no fuera de titularidad universal.

- JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Rousseau intenta encontrar el lugar que le corresponde al individuo dentro de la gran Jerarquía Universal del mundo, en cuya cúspide se encuentra Dios. Para ello, parte de si mismo y llega a la conclusión de que el ser humano se encuentra en un rango superior respecto del resto de seres no humanos, a razón de una voluntad y los instrumentos que están en su poder para ejecutarla. El individuo, además, dispone de una mayor fuerza para decidir y actuar, y para ello posee una inteligencia que le proporciona una visión sobre la totalidad, a diferencia del resto de seres.

Rousseau describe al ser humano como aquel que es capaz de “amar el bien” y tener voluntad propia. Asimismo, y para ello, el hombre goza de una libertad que es inherente a su naturaleza¹⁶⁷. Al respecto, Rousseau critica a la Iglesia al restringir la autonomía e impedir la plena dignidad de la persona, y defiende, por el contrario, la compatibilidad entre dignidad y una religiosidad no controlada por las Iglesias¹⁶⁸.

Dedica el Capítulo IV de su obra “El contrato social” a la esclavitud, cuya primera afirmación es lapidaria: ningún hombre tiene una autoridad natural sobre otro, por lo que si se da esta circunstancia, es fruto del convencionalismo. Sin embargo, y aún así, el derecho de esclavitud lo declara ilegítimo (además de absurdo) y, por tanto, nulo: “(...) *Estas palabras, esclavo y derecho, son contradictorias: se excluyen mutuamente. Sea de un hombre a otro, bien de un hombre a un pueblo, este razonamiento será igualmente insensato: <<Hago contigo un convenio, completamente en tu perjuicio y completamente en mi provecho, que yo observaré cuando me plazca y que tú observarás*

¹⁶⁷ ROUSSEAU, “*El contrato social*”, Austral, Madrid, 2011, pág. 41: “*Renunciar a la libertad es renunciar a la cualidad de hombres, a los derechos de humanidad e incluso a los deberes. (...) Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre*”.

¹⁶⁸ PECES-BARBA, G., “*La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*”, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 54.

*cuando me plazca a mí también>>*¹⁶⁹.

- IMMANUEL KANT

Para Kant, la dignidad humana se erige en fundamento de la virtud suprema cuyas manifestaciones pueden constatarse en las capacidades racionales del individuo (la filosofía, las artes o las ciencias), identificándolo además como un sentimiento, que junto con el de “*belleza*”, es innato y universal. Además, señala que “*sólo puede injertarse la virtud verdadera en principios, que cuanto más generales sean, tanto más sublime y más noble se hace*¹⁷⁰”.

El hombre es un fin en sí mismo, no un medio para uso de otros individuos, lo que lo convertiría en animal o cosa. Los seres irracionales, como los animales, pueden ser “*medios para*” el ser humano, por ejemplo, sirven de alimento y de materia prima para su vestido y calzado. En cambio, la persona es un valor absoluto.

La “dignidad” humana deriva del hecho de estar dotado de razón, es por esto que los animales no poseen dignidad: se rigen por el instinto. Sin embargo, admite que el individuo toma conciencia de su naturaleza racional a través de los sentimientos que suscita en él esta naturaleza; esto es, el sentimiento de superioridad sobre las demás cosas. Efectivamente, Kant define la dignidad como una “prerrogativa” que sólo posee el ser racional y que lo determina como entidad superior en exclusiva. Partiendo de esta concepción, desarrolla la conexión entre la dignidad humana, la razón y su capacidad de autolegislarse.

El ser humano debe ser considerado como el “legislador universal”, como conclusión ante reconocimiento de su dignidad: “*un ser racional (...) no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo*”¹⁷¹. Kant desvela aquí la influencia

¹⁶⁹ ROUSSEAU, “*El contrato social*”, *Op. Cit.*, pág. 44.

¹⁷⁰ KANT, I., “*Observaciones del sentimiento de lo bello y de lo sublime*”, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pág. 47: “*Sólo puede injertarse la virtud verdadera en principios, que cuanto más generales sean, tanto más sublime y más noble se hace. Estos principios no son reglas especulativas, sino la conciencia de un sentimiento que vive en todo pecho humano y que es mucho más amplio que los fundamentos peculiares de la compasión y de la amabilidad. Creo que puede resumirse diciendo que es el sentimiento de la belleza y de la dignidad de la naturaleza humana*”.

¹⁷¹ KANT, I., “*Observaciones del sentimiento de lo bello y...*”, *Op. Cit.*, pág. 74.

recibida de Rousseau y la aplica al ámbito moral¹⁷², concretando que estas leyes que se propone a sí mismo el individuo no dependen de lo contingente sino de lo universal. Así, todo ser racional, como fin en sí mismo, se debe considerar al mismo tiempo como legislador universal: es justamente esta aptitud de sus máximas para la legislación universal lo que lo define como fin en sí mismo, e igualmente se predica de su dignidad¹⁷³.

Como vemos, Kant apunta hacia las “máximas para la legislación universal” donde se encuadran los imperativos categóricos. Asimismo, vincula libertad, autonomía y voluntad: “¿*Qué puede ser, pues, la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma?*”¹⁷⁴. La autonomía, por tanto, como expresión de la libertad autoreguladora del individuo para darse leyes de carácter universal (imperativos categóricos), constituye la base de la dignidad humana. La autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional¹⁷⁵.

Kant atribuyó el carácter de *valor absoluto* a la dignidad, situándola por encima del resto de valores. El valor supremo dignidad protege al ser individual de la práctica de toda comparación o degradación: “(...) *lo aleja infinitamente de todo precio, con el cual no puede ponerse en parangón ni comparación sin, por decirlo así, menoscabar la santidad del mismo*”¹⁷⁶. Para ello, Kant nos muestra el valor del ser humano a través de un punto de referencia, que fija en el precio, y la distancia que lo separaba de él, el infinito. La dignidad es un valor incondicionado y que escapa a cualquier valoración y comparación posible, de manera que, al no poder explicarse el ser humano desde un razonamiento comparativo, se le atribuye el ser un fin en sí mismo: si no es posible compararse con nada, el concepto debe replegarse sobre sí mismo y ser autosuficiente¹⁷⁷.

Como consecuencia práctica, Kant nos dice que la única conducta admisible ante

¹⁷² Kant afirmó, por ejemplo, en “*De la relación entre teoría y práctica en el derecho político*”, (“*Teoría y práctica*”, págs. 34 y 37)^[SEP]: “*A esta ley fundamental, que sólo puede emanar de la voluntad general (unidad) del pueblo, se le llama contrato originario*”.

¹⁷³ KANT, I., “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, Ed. Encuentro”, Madrid, 2003, pág. 79.

¹⁷⁴ KANT, I., “*Fundamentación de la metafísica de...*”, *Op. Cit.*, pág. 90.

¹⁷⁵ KANT, I., “*Fundamentación de la metafísica de...*”, *Op. Cit.*, pág. 76.^[SEP]

¹⁷⁶ KANT, I., “*Fundamentación de la metafísica de...*”, *Op. Cit.*, pág. 75.

¹⁷⁷ KANT, I., “*Fundamentación de la metafísica de...*”, *Op. Cit.*, pág. 76.

la dignidad humana es el respeto, sentimiento solo posible si su objeto de destino es la persona, único ser racional y fin en si mismo: *“El respeto se aplica siempre únicamente a personas, jamás a cosas. Las cosas pueden suscitar nos inclinación, y cuando se trata de animales (v.g. caballos, perros, etc.) incluso amor, o también miedo, como el mar, un volcán o una fiera, mas nunca respeto”*¹⁷⁸.

Kant apela incesantemente al sentido de superioridad del ser humano en relación con su dignidad. No olvidemos que a veces la denominaba, sin tapujos, como “santidad”, o “noble linaje”. A razón de su dignidad, el Hombre no debía doblegarse a la voluntad de otro que no fuera él mismo, ni venerar las imágenes de los ídolos, imponiéndose a si mismo, y voluntariamente, una obediencia que no estaba de acuerdo a su naturaleza. *“(…) Quien se convierte en gusano, no puede quejarse después que le pisoteen”*¹⁷⁹. Esta es una manifestación más de una idea central en su pensamiento: *“No te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin”*.

Pero la noción de dignidad implica no solo deberes del individuo para consigo mismo (que se puede resumir en que no debe permitir degradarse), sino también hacia los demás. El Hombre tenía el deber de rechazar completamente la mentira y el engaño, desde el momento en que a través de estas acciones el prójimo era tratado como un medio y no el fin en si mismo al que tenía derecho como ser racional.

Por último, debemos destacar que el imperativo categórico que formula Kant se fundamenta en la dignidad intrínseca del individuo: *“obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio”*. Este constituiría una ley absoluta y de obligado cumplimiento, pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo¹⁸⁰. El primer deber jurídico, por tanto, es ser un hombre virtuoso en cumplimiento de su dignidad: *“Este deber se esclarecerá en lo que sigue como obligación surgida del derecho de la humanidad a nuestra propia persona (Lexiusti)”*¹⁸¹.

¹⁷⁸ KANT, I., *“Crítica de la razón práctica”*, Op. Cit., pág. 167.

¹⁷⁹ KANT, I., *“Fundamentación de la metafísica de...”*, Op. Cit., pág. 299-302.

¹⁸⁰ KANT, I., *“Fundamentación de la metafísica de...”*, Op. Cit., pág. 73.^[1]_[SEP]

¹⁸¹ KANT, I., *“Fundamentación de la metafísica de...”*, Op. Cit., pág. 47.

2.3. La dignidad en el constitucionalismo alemán como modelo inspirador del concepto recogido en la Constitución de 1978. La dignidad como derecho fundamental en la Ley Fundamental alemana

La primera Constitución que recogió en su articulado la dignidad del ser humano fue la Constitución del imperio alemán de 1919 (denominada como Constitución de Weimar). Hay que avanzar hasta el artículo 151.1. para constatarlo, sin que se aporte ninguna definición. En el citado artículo se proclamaba que “el régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre”. No es, por tanto, un reconocimiento general y superior como contenido axiológico de todo el sistema jurídico, sino que la dignidad se vincula a las condiciones en que debe desarrollarse el régimen de la vida económica del ciudadano: éste debe ser justo, para así asegurar su dignidad.

Es después de la Segunda Guerra Mundial cuando la garantía y protección constitucional de la dignidad ocupa el lugar preeminente y fundamental que debe tener. Y, desde luego, no es sorpresivo que la primera reacción jurídico-constitucional al respecto se diera en la Alemania post-bélica, y aún bajo los devastadores efectos del conocimiento de los actos promovidos y ejecutados por el poder nacionalsocialista bajo el Tercer Reich, que llevaron a una degeneración inimaginable y superlativa, la negación del reconocimiento de la dignidad humana de todo ser humano. Primero se produce el reconocimiento en las Constituciones de algunos Länder, para posteriormente recogerse en la Ley Fundamental alemana de 1949.

Efectivamente, el artículo 1.1. de la Ley Fundamental reconoce la dignidad de la persona en los siguientes términos: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.¹⁸² El constituyente alemán lo incluye

¹⁸² El artículo 1 de la Ley Fundamental alemana contiene otros 2 apartados, por lo que queda redactado de la manera siguiente: “1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan al legislador, al poder ejecutivo y a los tribunales como derecho de vigencia inmediata”. La Ley Fundamental alemana engloba su primer capítulo los diecinueve primeros artículos del texto bajo la rúbrica “Los derechos fundamentales”, la mayoría de

en el Título al que denomina “Los derechos fundamentales”, pero otorgándole la cualidad de irreformable en el artículo 79.3, a diferencia de otros derechos fundamentales¹⁸³.

Tras la lectura del artículo, lo primero que se nos pone de manifiesto es el reconocimiento de la dignidad desde el pórtico del texto legal, sin demora alguna, poniendo de relieve el carácter básico y fundamental que ostenta y que se le reconoce en la estructuración del contenido del ordenamiento jurídico alemán. La dignidad se proclama como intangible, es decir, como realidad que no se puede afectar o alterar. Tampoco se puede modificar, en virtud del art. 79.3 que declara, con rotundidad, que el contenido del artículo 1.1. es irreformable y con el que se le otorga la cualidad de eterna¹⁸⁴. En definitiva, este artículo constituye la reacción jurídica a la Ley de plenos poderes de Marzo de 1933, que destruyó de forma legal lo que quedaba de la Constitución de Weimar.

Sin embargo, a partir de aquí, la doctrina alemana no se pone de acuerdo a la hora de determinar cuál es el contenido de un precepto que se muestra tan inabarcable como fundamental, circunstancia que ha obligado inexorablemente a proceder, por lo pronto, a una identificación desde el punto de vista negativo, esto es, estableciendo cuándo se considera lesionada la dignidad.

Como consecuencia, el debate doctrinal al respecto de su contenido es amplio y tiene un importante punto de partida en Dürig y su sistema de valores.

Dürig proclama la dignidad humana como un supra-valor preexistente y “por encima” del Derecho, por lo que no nos encontramos ante una construcción jurídica: el ordenamiento jurídico se limita a recogerlo¹⁸⁵, con la pretensión de respeto en todas sus

los cuáles reconocen derechos fundamentales. Además de éstos, encontramos otros derechos fundamentales en otras partes del texto (arts. 20 IV, 33, 38, 101, 103, 104, por ejemplo).

¹⁸³ Artículo 79.3 Ley Fundamental alemana: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

¹⁸⁴ VON BEYME, K., “Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, eine Einführung, München”, R. Piper & Co. Verlag, 1979, pág. 21.

¹⁸⁵ ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., “La Constitución como proceso y la desobediencia civil”, Madrid: Trotta, 1994, págs. 96 a 103: “El artículo 1.1 de la Ley Fundamental establece que la dignidad humana es inviolable. Dürig considera que la dignidad humana es algo preexistente al derecho. “Preexistente al derecho» significa fundamentalmente dos cosas: La primera tiene que ver con la concepción iusnaturalista de derechos y valores: la dignidad humana es un valor que está «por encima» del derecho

manifestaciones, y sin perder de vista que su contenido viene predeterminado. La dignidad humana es el “*principio constitucional supremo*”¹⁸⁶, declarando con rotundidad que no es un derecho fundamental, en cuanto a derecho público subjetivo inmediato. Implica la “*pretensión de respeto absoluta, esto es, dirigida contra todo posible agresor. Con ello se acentúa que la acción positiva del “protector” consiste en una estatalidad rechazada y no en una realización positiva*”¹⁸⁷. Con esto lo que apunta Dürig es que tras el reconocimiento de la dignidad no se nos dice que por ello a cada individuo deba corresponder un derecho fundamental en el sentido de un derecho público subjetivo directamente ejecutable¹⁸⁸. No estamos, por tanto, ante un derecho fundamental, ya que el autor asimila el concepto de derecho fundamental con el de derecho público subjetivo. Como resume a la perfección Estévez Araujo, con esta consideración, Dürig lo que remarca es que, para la efectiva protección de la dignidad humana, la Constitución no utiliza la técnica del Derecho Subjetivo consistente en establecer unas obligaciones de las que determinadas personas son beneficiarias atribuyéndoles facultades de acción para que puedan instar el cumplimiento de dichas obligaciones. El mecanismo por el que opta la Constitución alemana, según Dürig es el de utilizar el valor de la dignidad humana como criterio interpretativo de todos los derechos fundamentales reconocidos en el texto

positivo. Éste se limita a «reconocerlo», pero no lo crea. Ése sería el sentido que cabría dar al carácter «inviolable» (unantastbar) de la dignidad humana que señala la Ley Fundamental. Desde este punto de vista, la dignidad humana aparece como un valor cuyo contenido no es establecido por el derecho positivo. El derecho tiene la obligación de no vulnerar ese valor, pero el contenido del mismo le viene predeterminado. (...) Hay otros derechos fundamentales que son, según Dürig, derechos y valores. En concreto, se trata de aquellos derechos fundamentales distintos de la dignidad humana a los que se reconoce un carácter de valor moral preexistente que el derecho debe reconocer. Sería el caso, por ejemplo, de la libertad, a la que la Ley Fundamental considera como «inviolable». Dürig afirma que el sistema de derechos generado a partir del sistema de valores carece de lagunas en el sentido siguiente: considera que el sistema de los derechos fundamentales es completo si contempla todos los posibles ataques a la dignidad humana; de acuerdo con su planteamiento, el valor de la dignidad humana opera como criterio interpretativo de todos los derechos fundamentales; por consiguiente todo ataque que pudiera llevarse a cabo contra la dignidad humana caerá en el ámbito de protección definido por alguno de los derechos fundamentales de la Constitución si se utiliza el valor de la dignidad humana como criterio interpretativo. A la inversa, no puede darse una aplicación de uno de estos derechos particulares de libertad que vulnere el valor fundamental de la dignidad humana sin violar la Constitución, por lo que el sistema resulta también ser coherente desde el particular punto de vista de Dürig”. Que los derechos fundamentales integran un sistema significa que las normas que los reconocen tienen un cierto grado de organización, fundamentalmente de carácter jerárquico. Esta jerarquía se fundamenta en la idea de que los derechos y libertades específicos son concreciones de derechos más generales. La existencia de una relación jerárquica entre las normas que regulan los derechos fundamentales impone una interpretación sistemática de las mismas y permite solventar hasta cierto punto las antinomias que pudieran producirse”.

¹⁸⁶ DÜRIG, G., “Kommentar zum GG, Art. 1”, en MAUNZ/DÜRIG/hERZOG, GG Kommentar, München, C.h. beck, 2004, nota núm. 4, pág. 1-I.6.

¹⁸⁷ DÜRIG, G., “Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz”, Maunz-Dürig Grundgesetz Sonderdruck, Verlag C. H. Beck München, 2004, pág. 3.

¹⁸⁸ DÜRIG, G., “Kommentierung der Artikel 1 und ...”, *Op. Cit.*, pág. 5.

constitucional¹⁸⁹. Puede aludirse a que, con ésta afirmación, Dürig restringe innecesaria y dolorosamente una vertiente práctica del reconocimiento de la dignidad. Sin embargo, nada más lejos de la verdadera intención del autor, que le reconoce la obligatoriedad de ser protegida por los poderes públicos frente a toda injerencia¹⁹⁰ y en consideración a la crucial importancia que le reconoce, la erige como principio enraizado en todo el ordenamiento jurídico y especialmente omnipresente -y omnipotente- en los derechos fundamentales.

El art. 1.1, por tanto, que establece tanto su intangibilidad, como la obligación de su respeto y protección por el poder público, es encuadrada en la categoría de norma objetiva. En concreto la define como una norma suprema dentro del Derecho Objetivo, de validez universal, que incide en todo el ordenamiento jurídico¹⁹¹. Y una vez Dürig ha llegado a este punto, identifica en el texto un sistema de valores que al mismo tiempo es un sistema lógico-jurídico de derechos¹⁹², donde el valor superior se comporta respecto del resto de los valores como la norma jurídica suprema respecto de las normas inferiores.

Este sistema se estructura tomando como punto de partida y de referencia global la dignidad humana, situado en el primer apartado del artículo 1. Prosigue con el reconocimiento de los derechos humanos inviolables e inalienables en el artículo 1.2, de manera que la dignidad humana se descompone en primer lugar en “derechos humanos” individuales¹⁹³. El artículo 1.3 de la Ley Fundamental recoge como destinatarios del respeto de los derechos fundamentales a los tres poderes del Estado, proclamando su aplicabilidad directa. La estructura del sistema se completa con el sistema de garantías

¹⁸⁹ DÜRIG, G., “*Kommentierung der Artikel 1 und ...*”, *Op. Cit.*, pág. 5.

¹⁹⁰ DÜRIG, G., “*Kommentar zum GG, Art. 1...*”, *Op. Cit.*, pág. 1-I.

¹⁹¹ Dürig define la dignidad como “principio constitucional superior a todos los derechos objetivos”, negando su carácter de “derecho público subjetivo inmediato”. (DÜRIG, G., *Kommentar zum GG, Art. 1...*”, *Op. Cit.*, pág. 1-I.6). Dürig, lo explica claramente: “*La significación jurídico-positiva del artículo 1.1 de la Ley Fundamental como norma actual suprema de Derecho objetivo reside, sobre todo, en lo siguiente: El panorama estatal conlleva una medida de implementación valorativa para toda la actuación estatal; determinando y delimitando los fines y obligaciones del Estado y la legitimidad del Estado y del Derecho en orden a los valores de una ética personalista (...), y presupone, además, en el sistema de derechos públicos subjetivos invocables frente al Estado, no sólo una «preocupación ética» sino que obliga también a perfeccionar la totalidad del ordenamiento jurídico (sobre todo en lo referente al Derecho privado), ya que también respecto a los poderes que no son el Estado no es dable una lesión de la dignidad del hombre*”.

¹⁹² CRUZ, LUIS M., “*La Constitución como orden de valores*”, Editorial Comares, Granada, 2005, pág. 24.

¹⁹³ CRUZ, LUIS M., “*La Constitución como orden...*”, *Op. Cit.*, pág. 24.

de los derechos en el 19.2¹⁹⁴, que garantiza su contenido esencial, y el artículo 79.3, que no permite una reforma constitucional que afecte a los principios enunciados en los artículos 1 y 20, otorgándoles eternidad en su validez, en un exceso de seguridad (y de celo) al considerar que la opción axiológica mostrada es valedera para toda circunstancia y tiempo.

Y para Dürig la dignidad humana se concreta por un lado, en que los derechos fundamentales se garantizan precisamente como derechos subjetivos de libertad del particular frente al Estado con objeto de asegurar su libertad y autonomía; por otro lado, se impone también en las relaciones de los sujetos jurídicos entre sí, por lo que los derechos fundamentales en particular pueden ser de manera mediata punto de partida para un efecto de irradiación, desde el momento en que en ellos se materializa un contenido procedente del artículo 1.1 de la Ley Fundamental¹⁹⁵.

A raíz de todas estas consideraciones, Dürig reconoce el sistema de los derechos fundamentales como un todo coherente y pleno, a la manera siguiente:

- Es un sistema coherente; puesto que todo derecho, como manifestación de la dignidad, procede de ésta y, por lo tanto, concuerda con ella.

- Es un sistema pleno; porque toda lesión que pudiera llevarse a cabo contra la dignidad humana podrá encuadrarse dentro del ámbito de protección definido por alguno de los derechos fundamentales.

La dignidad humana se constituye, en resumen, en el fundamento en el primer nivel de todo derecho fundamental sin llegar a ser propiamente un derecho fundamental. No obstante, constituye el concepto protegido y garantizado indirectamente a través de los mecanismos de protección que se le otorgan al derecho fundamental, respecto del cual Dürig llega a firmar que *“no cabe pensar en ningún supuesto en el que un ataque del Estado a la dignidad humana no hubiera sido ya amortiguado por un derecho*

¹⁹⁴ Artículo 19.2 Ley Fundamental alemana: *“En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”*.

¹⁹⁵ BÖCKENFÖRDE, E. W., *“Escritos sobre derechos fundamentales”*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pág. 112.

fundamental concreto”¹⁹⁶.

También Dreier niega el carácter de derecho fundamental a la dignidad, al que califica de “*principio fundamental*”¹⁹⁷ y cuya operatividad se concretaría en la praxis jurídica como “*garantía central de la Ley Fundamental*”¹⁹⁸. Geddert-Steinacher, por su parte, afirma que la dignidad y los derechos fundamentales guardan “*una relación sui generis*”, donde la dignidad es la medida de interpretación constitucional¹⁹⁹. Gröschner lo erige como fundamento para la neutralidad ideológica del ordenamiento²⁰⁰, dándole una dimensión al concepto aún más inabarcable, si cabe, en el que se puede encuadrar cualquier contenido.

Sin embargo, a pesar del pensamiento de Dürig, Dreier y el resto de eminentes autores que niegan a la dignidad el carácter de derecho fundamental, la mayoría de la doctrina la reconoce como tal. Al respecto, Nipperdey²⁰¹ ha sido crucial en la interpretación del concepto como derecho fundamental, siendo aceptado y seguido su pensamiento tanto por la doctrina como por el propio Tribunal Constitucional Federal.

Para Nipperdey, la dignidad se hace realidad en el ordenamiento cuando éste asegura una esfera al hombre en la que puede actuar como ser independiente y responsable de sí mismo²⁰². Nipperdey tiene en cuenta la posición inicial que ostenta en el texto de la Ley Fundamental, así como el tenor literal del artículo 1.1 para calificar la dignidad como derecho fundamental. De este modo y analizándolo junto al 1.2, reconoce que los inviolables e inalienables derechos del hombre, siendo éstos conformes a la dignidad tal y como señala el inicio del precepto, se instituyen como una derivación

¹⁹⁶ DÜRIG, G., “*Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*”, en AöR 81, 1956, pág.13.

¹⁹⁷ DREIER, H., “*Grundgesetz Kommentar*”, vol. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pág. 127.

¹⁹⁸ DREIER, H., “*Grundgesetz Kommentar*”, , *Op. Cit.*, pág. 127.

¹⁹⁹ GEDDERT-STEINACHER, T., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der [1] [SEP] Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu Art. 1 Abs 1 GG*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pág. 172.

²⁰⁰ GRÖSCHNER, R., *Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung*, Stuttgart, R. Boorberg, 1995, págs. 28 y 29.

²⁰¹ En 1954, Nipperdey publicó su comentario al Artículo 1.1 de la Grundgesetz, “*Die Würde des Menschen*”, en el libro “*Los derechos fundamentales. Manual de teoría y praxis de los derechos fundamentales*”, (NIPPERDEY, H.C., “*Die Würde des Menschen*”, en la edición de NEUMANN/NIPPERDEY/SCHÜNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. II, Berlín, Duncker & Humblot, 1954, págs. 11 y 12) donde reconoce el carácter de derecho fundamental de la dignidad del hombre.

²⁰² NIPPERDEY, H. C., “*Die Würde des Menschen*”, *Op. cit.*, págs. 10 y 11.

acorde y concreta de éste. A su vez, el concepto dignidad se erige en omnicomprensivo del resto de los derechos fundamentales, y esto le supone no ser un derecho fundamental más, sino constituirse en el derecho fundamental principal material de la Constitución, y un derecho público y privado subjetivo elemental. Como consecuencia, su reconocimiento jurídico “*exige la abstención de toda merma en la dignidad (derecho de defensa) y actuación de protección positiva (derecho de protección)*”²⁰³.

Von Münch, se expresa de manera muy similar, sin que para él quepa alguna duda de la intención del constituyente alemán tras el final de la Segunda Guerra Mundial de erigir en derecho fundamental la dignidad, no en principio general o uno de los llamados objetivos estatales. Esto lo deduce formalmente del hecho de que el artículo 1 de la Grundgesetz se encuentra en la primera parte del texto constitucional, que sobrelleva el título los derechos fundamentales²⁰⁴, a lo que añade que no tendría sentido que el supremo valor jurídico individual de la Constitución no fuera un derecho público subjetivo (un derecho fundamental) del individuo²⁰⁵. De hecho, recalca la lógica de que el inmediatamente posterior reconocimiento constitucional de la obligación del Estado de respetar y proteger la dignidad (art. 1.2 Ley Fundamental) se consigue más eficazmente con la conceptualización como derecho fundamental de la dignidad, configurándose el 1.2 como norma constitucional objetiva y como un derecho público subjetivo del individuo a la vez²⁰⁶.

Se hace patente, pues, como una amplia mayoría de la doctrina califican la dignidad como un derecho fundamental, entre los que no debemos olvidar incluir a Stern²⁰⁷, Benda²⁰⁸ o Starck²⁰⁹. Enders, tras un complejo estudio donde analizó más de cuarenta textos de autores a favor y en contra de considerar el contenido del 1.1 como

²⁰³ NIPPERDEY, H. C., “*Die Würde des Menschen*”, *Op. cit.*, págs. 11 y 17. [L]
[SEP]

²⁰⁴ VON MÜNCH, I., “*La dignidad del hombre en el Derecho constitucional*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, 1982, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982, pág. 29.

²⁰⁵ VON MÜNCH, I., en “*La dignidad del hombre...*”, *Op. cit.*, pág. 24. [L]
[SEP]

²⁰⁶ VON MÜNCH, I., en “*La dignidad del hombre...*”, *Op. cit.*, pág. 24: “*El compromiso del Estado de respetar y proteger la dignidad de la persona humana no puede por ello, entenderse de otra forma más que aceptando que constituye cuando menos también un derecho fundamental*”.

²⁰⁷ STERN, K., SACHS, M., “*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*”, Vol. II-I/I, Munich, 1988.

²⁰⁸ BENDA, E., MAIHOFER, W., “*Manual de Derecho Constitucional*”, Madrid, 1996, pág. 121.

²⁰⁹ STARCK, C., “*Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán*” en *AIJC*, CEPC, Madrid, 2005.

derecho fundamental, constató que eran mayoría los que se proclamaban a favor²¹⁰, aunque el propio Enders no pudiese incluirse en este grupo²¹¹.

Un principal punto de apoyo para esta deducción seguida por la mayoría, lo proporciona la propia Ley Fundamental al denominar el título que contiene el artículo 1 como “Los derechos fundamentales”. Como consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal no ha dudado en considerar y proclamar que el derecho fundamental de la dignidad es un derecho invocable, frente a cuya injerencia cabe apelar a su protección. De hecho, en la práctica, el Tribunal Constitucional Federal ha dirimido con cierta frecuencia recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerden*) donde se invocaba la lesión del derecho fundamental de la dignidad humana²¹². El Tribunal lo califica como el “derecho fundamental principal”, situándolo así en un orden jerárquico superior, prevalente y supremo respecto del resto, pero también lo define como el “*valor jurídico supremo dentro del orden constitucional*”²¹³, aludiendo a su carácter de núcleo axiológico del ordenamiento jurídico. El fundamento de su superioridad jerárquica se ve ratificada por el hecho de que el artículo 1 no es susceptible de reforma constitucional, de acuerdo a lo establecido en el art. 79.3 de la Ley Fundamental y a diferencia del resto de artículos que reconocen los derechos fundamentales.

Por otro lado, y desde el punto de vista de la aplicación normativa de la dignidad, el Tribunal ha declarado que no se ve afectada por la cuestión de la ponderación²¹⁴ con

²¹⁰ ENDERS, C., “*Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG*”, Tübingen, 1997, págs. 501-509.

²¹¹ Enders entiende la garantía constitucional de la dignidad humana como únicamente formal en la medida en que reconoce la capacidad jurídica del hombre: su “derecho a tener derechos” y su capacidad de actuar responsablemente. El contenido del 1.1 no es un derecho subjetivo sino un criterio interpretativo que dirige la interpretación de los derechos fundamentales que se derivan del mismo (ENDERS, C., “*Die Menschenwürde in der ...*”, pág. 302).

²¹² Sentencia BVerfGE 30,1; Sentencia BVerfGE 45,187; Sentencia BVerfGE 7, 198 (más conocida por Sentencia Lüth).

²¹³ Sentencia BVerfGE, 45, 187.

²¹⁴ En palabras de T. Alexander Aleinikoff: “*La ponderación supuso una ruptura notable con el pasado, que respondía al colapso del formalismo y del conceptualismo del siglo XIX, así como a medio siglo de cambios sociales e intelectuales. Basándose en las obras de Holmes, James Dewey, Pound, Cardozo, y los realistas, y enarbolando las banderas del pragmatismo, del instrumentalismo y de la ciencia, la ponderación representaba una clara tentativa del poder judicial de que podía demostrar que podía deshacerse de la jurisprudencia mecánica sin rechazar la noción misma de Derecho*”. (ALEINIKOFF, T.A., “*Constitutional Law in the age of balancing*”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, nº 5, April 1987, pág. 949). La ponderación es una técnica de interpretación y aplicación del Derecho que se inscribe en el seno de la corriente de pensamiento que se denomina neoconstitucionalismo y que se impone en la segunda mitad del siglo XX, por la que el constitucionalismo se caracteriza de la siguiente manera: a) dentro de las normas constitucionales se diferencia entre principios y reglas, predominando los primeros

otros bienes jurídicos protegidos. De este modo, el análisis de proporcionalidad²¹⁵ como principio metodológico que se utiliza con el objetivo de controlar el grado de intervención admisible en el ámbito de aplicación de un derecho, bien por otro derecho en un caso de colisión o por una ley ordinaria, pierde su sentido en el momento en que la dignidad se introduce como uno de los bienes jurídicos, objeto de este análisis. El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios²¹⁶: a) el análisis de la idoneidad de los medios elegidos con relación al fin perseguido (juicio de adecuación), de manera que la restricción a la que se ve sometida el derecho debe ser útil para justificar el fin perseguido; b) el análisis de la necesidad de que el medio elegido sea necesario o el más moderado entre todos los medios útiles, en el sentido de que la acción se legitima no solo por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino que además es imprescindible desde el momento en que no existe otra más moderada a tal propósito (juicio de indispensabilidad) ; y c) el análisis de la proporcionalidad entre sacrificio impuesto y la ventaja que se alcanza, de manera que la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Es preciso, por tanto, que la medida enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con la finalidad perseguida (proporcionalidad strictu sensu).

Para Alexy, el criterio de proporcionalidad es un criterio universal de

sobre las segundas; b) la interpretación de los principios de realiza mediante la ponderación, en lugar de la subsunción; c) se constitucionaliza el ordenamiento jurídico, lo que supone el condicionamiento de la validez de las normas subconstitucionales y, por lo tanto, del legislador a la norma suprema; y d) los jueces asumen una función principal como creadores-actualizadores del Derecho y, más concretamente, como jueces de la ley, es decir, del Tribunal Constitucional.

²¹⁵ El principio de proporcionalidad es el más utilizado en las democracias constitucionales, contando con un amplio reconocimiento dentro de la teoría de la jurisdicción constitucional. Entre la amplia bibliografía sobre el análisis de proporcionalidad en la cultura constitucional contemporánea, cabe mencionar BEATTY, D. M., *“The Ultimate Rule of Law”*, Oxford University Press, Oxford, 2004; BARAK, A., *“Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations”*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; STONE SWEET, A.; MATHEWS, J., “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 2008; COHEN-ELIYA, M., PORAT, I., “Proportionality and the Culture of Justification”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, N° 2, 2011.

²¹⁶ En la doctrina otros autores distinguen cuatro principios. En particular CERVATI, A. A., *“In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)”*, in AA.VV., “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica”, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 42 y ss, distingue los siguientes momentos: a) el propósito de la intervención debe ser constitucionalmente legítimo y no arbitrario; b) la intervención legislativa debe ser idónea, apropiada para perseguir el propósito predeterminado; c) la intervención debe ser necesaria; d) la intervención debe ser proporcional en sentido propio, o bien tolerable.

constitucionalidad²¹⁷, que se articula a través de estos tres principios y que manifiestan la idea de optimización: “*estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización. Los principios <<qua>> mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas*”²¹⁸. Para Alexy, los derechos constitucionales son “requerimientos de optimización”, conceptualizándolos además como “principios”, esto es, normas que exigen su máxima realización en la práctica y desde una perspectiva legal. Los principios, en este sentido se opondrían a las reglas, en cuanto éstas sólo pueden estar plenamente satisfechas o del todo insatisfechas²¹⁹. Y es a partir del carácter de principio, es decir, deducible de él, del que se deriva “*el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho)*”²²⁰. El uso de la ponderación ante la colisión de principios es un rasgo conectado con la naturaleza de los derechos constitucionales como principios que se erigen como requerimientos de optimización. Asimismo, y mientras los subprincipios de adecuación y necesidad tienen que ver con si la interferencia en un principio contribuye efectivamente a la realización del otro, y si no existe otro medio menos restrictivo con el que se alcance el mismo resultado, la proporcionalidad en sentido estricto exige un juicio moral, en el que se comparan los principios que intervienen en cada caso concreto. Dicho juicio debe responder a lo que Alexy denomina la primera ley de la ponderación: “*cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”²²¹.

Barak, por su parte, aunque influenciado por Alexy, se aparta de éste en algunos extremos importantes²²². Aharon Barak realiza un estudio analítico donde pone de

²¹⁷ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril (2011), págs. 11-29.

²¹⁸ ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de...”, *Op. Cit.*, págs. 75 y ss.

²¹⁹ ALEXY, R., “Teoría de los ...”, *Op. Cit.*, págs. 67-68.

²²⁰ ALEXY, R., “Teoría de los ...”, *Op. Cit.*, págs. 91-92.^[1]_[SEP]

²²¹ ALEXY, R., “Teoría de los ...”, *Op. Cit.*, pág. 138.

²²² BARAK, A., “Proportionality. Constitutional Rights...”, *Op. Cit.*, págs.^[1]_[SEP]5-6, 38-42, 234-238, 286, 363-365.^[1]_[SEP]

relieve la importancia de disponer de un conjunto de reglas concretas que sirvan para evaluar, objetiva y racionalmente, la necesidad y las condiciones que deben darse para limitar un derecho fundamental por una ley dentro de los sistemas constitucionales democráticos. Este procedimiento, Barak lo encuentra en el principio de proporcionalidad ya que considera que es el menos limitado de los que resuelven las controversias entre colisiones o restricciones de los derechos fundamentales. No obstante, identifica cuatro subprincipios, en lugar de los tres ya expuestos:

a) Finalidad legítima. La ley debe tener como fin uno de aquellos cuya consecución autoriza a limitar derechos fundamentales y que sea suficientemente urgente conseguir.

b) Conexión racional o adecuación. Los medios establecidos por la ley han de ser adecuados o aptos para conseguir el fin legítimo que se desea alcanzar, con independencia de si son o no los más adecuados, o los más eficientes de todos los posibles.

c) Necesidad o uso de los medios menos restrictivos. Los medios establecidos por la ley han de ser, de entre todos los posibles y adecuados para el fin legítimo, los que menos restrinjan o limiten el derecho fundamental afectado. Esto supone la no posibilidad de que se existan otros medios posibles, racionalmente adecuados y menos restrictivos que los que la ley examinada establece.

d) Proporcionalidad *stricto sensu* (balancing): para que una limitación a un derecho constitucional sea justificada, debe existir una relación proporcional entre los beneficios obtenidos por cumplir el propósito y el daño causado al derecho constitucional por realizar tal propósito. Este relación se analiza a través de un test donde se sopesan los beneficios obtenidos y el daño causado al derecho constitucional a través del uso de los medios seleccionados por la ley para alcanzar dicho propósito.

Asimismo, Barak reconoce el carácter no excepcionable de unos pocos derechos, citando la prohibición total de la tortura por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos humanos²²³, como ejemplo, asumiendo implícitamente la defensa de la existencia de unos “pocos, pero estratégicos”, “absolutos morales”²²⁴. Finnis, por su

²²³ BARAK, A., “*Proportionality. Constitutional Rights...*”, *Op. Cit.*, pág. 28 y págs. 27-32. 

²²⁴ FINNIS, J., “*Absolutos morales*”, Barcelona, 1992, págs. 15-18.

parte, también defenderá la existencia de derechos humanos absolutos²²⁵, a los que caracteriza como derechos inviolables y universales, cuyo fundamento se encuentra en el principio anticonsecuencialista, según el cual no puede infringirse un mal, o escoger dañar, destruir o impedir alguna participación de un bien o bienes básicos, a cambio de un posible bien. Efectivamente, este principio, nos dice Finnis, fundamenta las normas morales absolutas y constituye la columna vertebral del sistema jurídico, así como la base de los derechos humanos absolutos e inviolables²²⁶. Pero Finnis, además, reconoce una correlación clara entre la noción de derechos humanos y el concepto de dignidad humana: “(...) cada miembro de la especie humana tiene títulos de justicia. Por lo tanto, desde que el objeto de la justicia es siempre el derecho de alguien {ius}, existen derechos a los que tiene título cada miembro de nuestra especie: los derechos humanos. (...) Mejor aún, cada uno de nosotros tiene ese título porque cada miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser una persona. Y esto no es un “status” que pueda ser conferido o retirado, sino una realidad que debe ser reconocida”²²⁷.

Para Hervada, la dignidad supone la absoluta e inmanente eminencia del ser humano, de los que derivan los derechos y las libertades a los que dota también de este carácter absoluto, y que son inherentes a tal dignidad. Así, la dignidad es absoluta, y no en el sentido en que no pueda ser fácticamente limitada, sino que, bajo ninguna circunstancia, debe ser limitada. El respeto a la dignidad no admite excepción alguna, bajo ninguna circunstancia, de manera que no puede justificarse la instrumentalización de ningún ser humano²²⁸. Por consiguiente, la dignidad hace referencia a un valor intrínseco por el que se es fin en sí mismo, nunca un medio para lograr otra cosa, otro fin²²⁹.

²²⁵ FINNIS, J., “*Ley natural y derechos naturales*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 252-253: “Nosotros tampoco tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque la séptima de las exigencias de la razonabilidad práctica (...) es ésta: que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor [bien humano] básico, ya para uno mismo, ya para los demás seres humanos. (...) De manera correlativa a los deberes sin excepciones que esta exigencia implica hay, por lo tanto, derechos-exigencias sin excepciones o absolutos —el más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para algún fin ulterior”.

²²⁶ FINNIS, J., “*Fundamentals of Ethics*”, Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 69.

²²⁷ FINNIS, J., “*Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*”, Oxford, Oxford U.P., 1998, pág. 176.

²²⁸ FINNIS, J., “*Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth*”, Washington D. C., The Catholic University of America Press, 1991, pág. 3.

²²⁹ HERVADA, J., “*Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*”, Pamplona, EUNSA, 2000, pág. 447.

La garantía y protección de la dignidad no puede verse limitada aludiendo a la protección de otros bienes constitucionales²³⁰: no existe argumento valedero para imponer una limitación o restricción de la dignidad humana. Al mismo tiempo, no es fácil imaginar -por no decir que es imposible- en qué circunstancia un bien jurídico protegido colisiona con ella y puede considerarse prevalente frente a ella. La dignidad es un bien constitucional absoluto e ilimitado.

Esta interpretación de la dignidad como concepto ilimitado no es aceptado por autores como Hofmann o Kloepfer. Hofmann afirma que la dignidad no puede ser a la vez relevante en la práctica e illimitable, señalando que en las limitaciones de la dignidad humana como principio jurídico debe diferenciarse la limitación de la dignidad como principio moral²³¹. Tampoco Kloepfer acepta este carácter absoluto, afirmando que es una condición indispensable para su efectiva operatividad jurídica que esté sujeta a limitaciones, como el resto de los derechos fundamentales²³².

Por su parte, Schlink, responde afirmativamente a la pregunta sobre si es la dignidad susceptible de ponderación, y pone como ejemplo las investigaciones médicas con el objeto de curar enfermedades severas. *“Sí, depende del contenido de la investigación el que la dignidad resulte respetada o violada”*²³³.

Herdegen sostiene que la dignidad no puede gozar *per secula seculorum* de supremacía absoluta. El autor diferencia dentro del concepto dignidad un núcleo y un contenido que lo rodea, que es el que sufre progresivas concreciones que posibilitan que su respeto y protección varíe o aumente en consonancia con el desarrollo de la dignidad concreta del ser humano. Es este contenido que varía y que concreta el concepto, y al que Herdegen denomina como “ámbito de protección periférico”, el que permite el procedimiento de la ponderación, pero entendiéndola no como una resolución por

²³⁰ BVerfGE 75, 369 (380) *Strauss-Karikatur*.^{[1][2]}

²³¹ HOFMANN, H., “Die versprochene Menschenwürde”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, págs. 19 y ss.

²³² KLOEPFER, M., “Humangentechnik als Verfassungsfrage”, *JuristenZeitung* 57, Jahrg., Nr. 9 (3. Mai 2002), pp. 417-428.

²³³ SCHLINK, B., “Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes”, Berlin, 2002, págs. 10 y ss.

colisión entre normas, sino como la concreción de la pretensión de dignidad²³⁴.

Lo que resulta claro es que en el constitucionalismo alemán el concepto de dignidad se ha definido como todo a la vez: el Tribunal Federal lo declara como el supremo derecho fundamental y como valor supremo del ordenamiento jurídico. El objetivo es garantizarle una efectividad práctica y eterna que permita su invocación directa ante los Tribunales con la firme intención de cerrar toda posibilidad imaginable de que pueda “ignorarse” jurídicamente y que, como consecuencia, se vuelva a repetir un capítulo de la Historia especialmente trágica, que disfrutó de respaldo legal tras una serie de actuaciones y “artificios jurídicos” que contravenía toda concepción moral, ética y democrática establecida. Esta consideración guarda la convicción de que su conceptualización como valor, únicamente, le negaría la efectividad directa, o como mínimo, es una posibilidad cuyo riesgo no se quiere comprobar si es fundado o no. Como consecuencia, su efectividad queda unida a constituir un derecho fundamental. Jerárquicamente superior y supremo, eso sí.

2.3.1. El contenido de la dignidad humana

Una vez se define a la dignidad como derecho fundamental supremo, absoluto e irreformable, hay que afrontar la concreción y delimitación de su contenido para alcanzar efectivamente la operatividad jurídica, por la cuál es invocable judicialmente en demanda de protección. Y es entonces, cuando se pone de manifiesto la imposibilidad de definir satisfactoriamente su contenido, por lo menos a la manera “convencional”, esto es, como se procedería con un derecho o norma. Como señala Dreier, con la dignidad humana el principal problema es establecer los contornos con los que su empleo se configure de modo controlable y racionalmente reproducible. De no ser así, se corre el riesgo de que la apertura del art. 1.1 de la Ley Fundamental constituya la puerta de entrada para determinadas éticas particulares, que convertirían su específica comprensión de la dignidad humana en máximas generales con la fuerza vinculante del Derecho Constitucional positivo.

El artículo 1.1. se configura de esta forma como una cláusula general que obliga a su determinación a través de una fórmula negativa que se va perfilando caso a caso.

²³⁴ HERDEGEN, M., “Art. 1 Abs. I”, en MAUNZ-DÜRIG, “*Grundgesetz Kommentar*”, München, 2005, pág. 27.

Esta es la resolución que ha adoptado el Tribunal Constitucional Federal tal y como expresó en la célebre sentencia de 15 de diciembre de 1970 sobre las escuchas (*Abhörurteil*): “Lo que concierne al llamado principio de intangibilidad de la dignidad humana del artículo 1 LF que no puede verse afectado por una reforma constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 79.3 LF, depende todo de la constatación de bajo qué circunstancias se pueda haber vulnerado la dignidad humana. Evidentemente ello no puede afirmarse de modo general, sino teniendo presente el caso concreto. Fórmulas generales como la de que el hombre no puede ser menospreciado como mero objeto del Poder estatal, permiten únicamente indicar la dirección en la que pueden hallarse vulneraciones de la dignidad humana”²³⁵.

La forma en que el Tribunal precisa el concepto de dignidad en esta sentencia plasma la influencia de la denominada fórmula de la “no-instrumentalización” (*Objektformel*) a través de la cuál Dürig nos brinda una de sus más importantes aportaciones en la interpretación del concepto. Conforme a esta fórmula, de claras reminiscencias kantianas, “la dignidad humana como tal es violada cuando el hombre concreto resulta degradado a la cualidad de objeto, como simple medio para otros fines o como una cantidad susceptible de ser reemplazada”²³⁶. Ahora bien, el Tribunal adopta la fórmula como criterio orientativo, no como un recurso argumental autosuficiente²³⁷.

El “imperativo categórico” kantiano en la que se basa la fórmula de “no-instrumentalización” (*Objektformel*), enuncia la siguiente máxima en su 2ª formulación: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solo como un medio”. No obstante, el punto siguiente a considerar vuelve a ser que la cláusula es tan general que no nos aporta una definición positiva del concepto, por lo que ha de determinarse desde la perspectiva negativa y caso a caso, esto es, estableciendo qué conductas lesionan la dignidad humana en el marco que proporcionan la resolución concreta de los conflictos. Dürig ya nos apercibió de ello, afirmando que definir la dignidad a través del *Objektformel* no es satisfactorio, de manera que debe acudir al concreto desarrollo

²³⁵ BVerfGE 30, 1(25).

²³⁶ DÜRIG, G., “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, en AöR 81, 1956, pág. 127.

²³⁷ BVerfGE, 30, 1.

jurídico que suministran los derechos fundamentales en los que se resuelve el caso concreto²³⁸.

Por su parte, en un esfuerzo de concreción desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán a través de su jurisprudencia, ha precisado que la humillación, la persecución y el desprecio son acciones que atentan contra la dignidad de la persona²³⁹. Dürig añade a esta enumeración el trabajo forzoso, la privación colectiva de derechos, asesinatos masivos, o los experimentos con personas²⁴⁰, mientras que Höfling manifiesta que la dignidad debe proteger contenidos como: a) el respeto y protección de la integridad corporal; b) la garantía de los fundamentos de la vida del hombre; c) el reconocimiento de una igualdad jurídica elemental; d) la conservación de la identidad personal²⁴¹.

2.3.2. La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

a) Evolución general

El Tribunal Constitucional Federal a lo largo de su jurisprudencia ha calificado la dignidad del artículo 1.1. de la Ley Fundamental como el “*derecho fundamental principal*”, el “*valor jurídico supremo del ordenamiento constitucional*”²⁴², el “*punto de partida de los derechos fundamentales*”²⁴³ o el “*fin supremo de todo el derecho*”²⁴⁴. De esta forma, el Tribunal ha ido configurando un concepto que encuadra a la vez en diferentes categorías jurídicas y que concreta con la casuística, defendiendo en todo momento su aplicabilidad en atención a su carácter de derecho fundamental, así como la necesidad de que goce de toda la protección jurisdiccional al máximo nivel y por lo tanto admitiendo el recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) para ello. La dignidad “*no solo es un derecho fundamental individual, sino que concreta todos los demás derechos fundamentales*”²⁴⁵.

²³⁸ DÜRIG, G., “Der Grundrechtssatz von...”, *Op. Cit.*, pág 119 y ss.

²³⁹ BVerfGE 1, 104.

²⁴⁰ DÜRIG, G., “Der Grundrechtssatz von...”, *Op. Cit.*, pág. 30.

²⁴¹ CHUECA, R. (dir.), “*Dignidad humana y derecho fundamental*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 64.

²⁴² BVerfGE, vol. 45, pág. 227.

²⁴³ BVerfGE 26, 174 (188); 21, 362 (369).

²⁴⁴ BVerfGE 45, 187 (227); 33, 23 (29).

²⁴⁵ BVerfGE 93, 266 (293).

En las primeras sentencias el Tribunal Constitucional Federal relacionó la defensa de la dignidad con los crímenes del Holocausto, rechazando abiertamente por vulneración de la dignidad humana las “*humillaciones, estigmatizaciones, persecuciones, el aislamiento...*”²⁴⁶ que tuvieron lugar. El Tribunal se muestra firmemente preocupado y decidido a asegurar la imposibilidad de repetición de la barbarie permitida durante el régimen nacionalsocialista desarrollando progresivamente la concepción de la dignidad del ser humano como “principio central de la jurisprudencia”²⁴⁷. Pero a pesar de los esfuerzos y la tan loable como categórica resolución, la explicación y determinación del contenido se va configurando ya desde sus inicios a partir de la conformación de los límites negativos, estando la tarea inexorablemente vinculada a la casuística.

Posteriormente, en el importantísimo caso Lüth (Sentencia de 15 de enero de 1958) el Tribunal institucionaliza la dignidad como el valor supremo y omnipresente en todo el Derecho. Con esta sentencia se deja definitivamente atrás la neutralidad valorativa de la Constitución de Weimar para considerar que el texto constitucional se encuentra sujeto a un sistema de valores que se fundamenta en la dignidad: “*este sistema de valores que encuentra su punto de apoyo en la personalidad del hombre libremente desarrollada y en su dignidad, dentro de la comunidad social, debe tener validez en todos los ámbitos del Derecho; la legislación, administración y jueces reciben de él directrices e impulsos e influye asimismo en el Derecho Civil, de modo que ninguna prescripción de carácter jurídico civil puede estar en contradicción con ella, todo debe ser interpretado conforme a su espíritu*”²⁴⁸. De esta manera, el Tribunal deja rotundamente claro que el valor supremo dignidad no solo es de aplicación en las relaciones entre ciudadano-Estado, sino que su efecto se expande a todo el ordenamiento jurídico, tal y como señaló Alexy²⁴⁹.

En la práctica, el constitucionalismo alemán, con el convencido y firme afán de

²⁴⁶ BVerfGE 1, 97, 104.

²⁴⁷ HÄBERLE, P., “*Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*” en ISENSEE y KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland” Vol. I, 1987, pág. 820.

²⁴⁸ BVerfGE 7, 198 (27).

²⁴⁹ ALEXY, R., “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed.), “*The Spanish Constitution in the European Constitutional Context/La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*”, Madrid, Dykinson, 2003, pág. 1507.

dejar atrás su trágica historia de genocidio en el horizonte, se ha procurado un orden valorativo cuyos cimientos se hilvanan a partir de la dignidad. Así lo ha entendido el máximo intérprete de la Ley Fundamental, profundizando y entendiendo, además, que los valores que instaura su texto fundacional protegen la democracia como sistema político propio por el que se opta. De esta manera ha consagrado un determinado sistema de valores cuya cúspide y origen se encuentra en la dignidad y que se concreta en la libertad y la igualdad entre otros valores, impermeabilizando el orden político democrático contra la posibilidad de instauración de un orden dictatorial. Esta es la comprensión que refleja el Tribunal Constitucional alemán en sentencias como la de Octubre de 1952, en la que prohíbe, por inconstitucional (apoyándose en el art. 21 de la Ley Fundamental) el *Sozialistische Reichspartei* (SRP), agrupación de extrema-derecha, entendiendo que está ante la organización heredera del NSDAP. “*El ordenamiento de la Constitución incorpora la decisión política constitucional de que el hombre tiene un valor independiente propio y goza de dignidad, libertad e igualdad... y está en contra del Estado totalitario que rechaza la libertad, igualdad y dignidad del hombre*”²⁵⁰.

Con esta respuesta, el Tribunal Constitucional federal reconoce la *Grundgesetz* como un todo, cuyo sentido pleno debe buscarse interpretándose globalmente el sistema de valores democráticos que se instaura a lo largo del texto. A partir de aquí el Estado democrático impone otorgar una especial importancia a los partidos políticos, que justificaría la prohibición del SRP. Sin ir más lejos, el artículo 21 de la ley Fundamental declara que “*la organización interna de los partidos políticos deberá responder a los principios democráticos*”, y añade: “*los partidos que, por sus fines o por actitud de sus miembros, tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en riesgo la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional*”. Pues bien, el SPR se dedicaba a luchar contra todas las instituciones constitucionales utilizando medios legales, además de dedicarse a quebrantar los valores básicos del Estado constitucional democrático de libertades. Para el intérprete constitucional alemán estos valores conforman el régimen democrático presidido por la dignidad que la *Grundgesetz* contempla²⁵¹.

²⁵⁰ BVerfGE 1, 97, 104.

²⁵¹ Al respecto, podemos postillar que Häberle declaró categóricamente que “*la democracia es consecuencia de la dignidad humana.... Dicho de otro modo: pertenece a la imagen del hombre en el*

En 1956, vuelve el Tribunal a pronunciarse respecto a la prohibición de un partido político por considerar que aboga por la configuración de la democracia de una manera distinta a la que se considera establecida en la *Grundgesetz*, al que el Tribunal no duda en calificar de “ordenamiento básico democrático liberal”. En esta sentencia, el partido comunista *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD) es declarado inconstitucional, quizás influenciado no solo por los temores de repetición de los horrores de la Segunda Guerra Mundial sino además por una palpable y creciente tensión, cuyo origen se encuentra en la guerra fría y la división alemana existente en ese momento. El Tribunal subraya que la opción por la que se desmarca la *Grundgesetz* es el orden democrático y, como consecuencia, afirma que “un partido es ya inconstitucional cuando aspira a una consideración social y política de democracia en libertad, distinta a la que existe actualmente en la República Federal, para emplearla como etapa de transición que facilite la eliminación de todo orden fundamental libre y democrático”²⁵². Asimismo, declara que bajo la influencia y aceptación de la enseñanza marxista más radical, los “objetivos generales del KPD” son cambiar este orden político buscando la dictadura del proletariado desde la incitación violenta hacia la lucha de clases²⁵³.

Sobre estas premisas el Tribunal enlaza la dignidad del hombre como valor supremo con la democracia liberal. La dignidad, que comprende el libre desarrollo de la personalidad y la propia consciencia de constituirse en seres “dignos”, obliga a contar con todo individuo en la determinación de las decisiones que le afectan²⁵⁴. Por tanto, la inexorable identificación entre orden democrático y el valor supremo dignidad compele a la prohibición de partidos políticos que no acepten estos fines o adopten simplemente una posición neutral.

Estado constitucional que el hombre como ciudadano pueda elegir y votar, que tenga derechos democráticos de participación”. (HÄBERLE, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en ISENSEE y KIRCHHOF, “Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland” Vol. I, 1987, págs. 847 y ss.

²⁵² BVerfGE 5, 85.

²⁵³ BVerfGE 5, 85.

²⁵⁴ BVerfGE 5, 85 (245). La dignidad “es intangible, el Estado la tiene que proteger y respetar. Se comprende al hombre dotado con personalidad y con capacidad para la conformación de su existencia de forma responsable. Su conducta y su pensamiento no puede ser predeterminados de forma absoluta en base a criterios de clase (...). En aras de su dignidad se tiene que asegurar en lo posible un desarrollo amplio de su personalidad. Desde el ámbito político-social esto significa que no es suficiente con que una autoridad se esfuerce en cuidar del bien de los “súbditos”; además el individuo debe intervenir responsablemente en lo posible en un margen amplio en las decisiones que afectan al conjunto”.

Posteriormente, ya en los años 70 del siglo pasado, la célebre sentencia sobre las escuchas (*Abhörurteil*) a la que ya he aludido con anterioridad²⁵⁵, marca la adopción por parte del Tribunal de la fórmula de la “*no-instrumentalización*” (*Objektformel*) inspirada en el imperativo categórico kantiano, a través de la cuál se afirma que la dignidad humana es vulnerada cuando el ser humano resulta degradado a la cualidad de objeto, como simple medio para otros fines o como una cantidad susceptible de ser reemplazada. Al respecto, destaca el Voto particular emitido por los magistrados Dr. Von Schlabrendorff y Dr. Rupp donde tildan sin miramientos de “*patética expresión*” a la dignidad humana, a la cual no es admisible entender solamente “*en su sentido más elevado*”, esto es, aquel “*que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público –al hacer cumplir la ley– a las personas sea considerado como “expresión de desprecio del valor del que goza el ser humano por el mero hecho de ser persona”, y en ese sentido tiene también el carácter de un “tratamiento abyecto”. Si se hace esto, entonces se reduciría el Art. 79, párrafo 3 de la ley Fundamental a la prohibición de reintroducir, por ejemplo, las torturas, la picota y los métodos del Tercer Reich*”. Esta restricción no es, en modo alguno, la intención de la Ley Fundamental, prosiguen los magistrados. El poder estatal tiene la obligación de proteger al individuo “*en sus valores propios y su autonomía*”, de forma que no puede ser tratado de manera impersonal y reducido a objeto.

Especial consideración merece la relación que ha establecido el Tribunal Constitucional alemán entre la dignidad y el derecho a la vida, cuestión a la que se consagra el apartado siguiente.

b) La dignidad y el derecho a la vida

El derecho a la vida está recogido en la ley Fundamental en el artículo inmediatamente posterior al reconocimiento de la dignidad, concretamente en el apartado 2º del art. 2²⁵⁶. Sin embargo, la vida humana y la dignidad gozan de una protección constitucional ampliamente diferenciada. La dignidad es *intangibile* y absoluta, de

²⁵⁵ BVerfGE 30, 1.

²⁵⁶ Art. 2.2. Ley Fundamental: “*Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley*”.

manera que no admite limitaciones o ponderaciones en la que predomine otro derecho o bien jurídico protegido. Sin embargo, la vida es un derecho fundamental que puede verse limitado en la colisión con otros derechos fundamentales y que puede ser restringido “*en virtud de una ley*”, tal y como recoge el texto de la Ley Fundamental.

Por su parte, la doctrina ha abordado insistentemente la relación jurídica entre derecho a la vida y dignidad, intentando dar respuesta a los diferentes y amplísimos cuestionamientos que suscita. Para Dworkin, el fin ético de vivir bien en ocasiones puede reclamar negar el bien de otros, como en el caso del aborto²⁵⁷. Dworkin diferencia dos dimensiones en la dignidad (una política y una individual), que se sostienen en principios éticos: el respeto propio (que implica tomar la vida seriamente y que las acciones se dirijan hacia una vida benéfica o prospera) y la autenticidad (que se define como un principio de la responsabilidad especial, por el que se nos exige identificar por nosotros mismos la vida que es benéfica o prospera) y, todo ello imbricado armoniosamente en la finalidad de alcanzar el ideal de la buena vida y del vivir bien. Dworkin caracteriza al individuo como moralmente autónomo²⁵⁸, dotado de la capacidad de plantearse un ideal de vida buena y de tomar decisiones que le conduzcan a ese fin. La dimensión individual de la dignidad exige fundamentalmente autenticidad²⁵⁹ y respeto propio²⁶⁰, mientras la dimensión política de la dignidad persigue la independencia ética: estipula las demandas de nuestra propia dignidad en nuestras relaciones con los demás²⁶¹. Y es en este contexto donde es posible admitir el aborto: “*la decisión sobre el aborto es una decisión fundamental que refleja la concepción de una persona sobre cómo y por qué la vida humana es importante. La gente debe ser libre de tomar malas decisiones. En el caso de la mujer que planeaba su viaje a Europa, son decisiones muy malas, pero que pertenecen al individuo, no le corresponde a un colectivo de personas tomar decisiones individuales*”²⁶².

²⁵⁷ DWORKIN, R., “*Justicia para erizos*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, págs. 369, 377-378.

²⁵⁸ La dignidad “*asigna a cada uno de nosotros una responsabilidad personal para actuar consistentemente con el carácter y proyecto que cada uno identifica*” DWORKIN, R., “*Justicia para ...*”, *Op. Cit.*, pág. 205.

²⁵⁹ DWORKIN, R., “*Justicia para ...*”, *Op. Cit.*, págs. 203-204.

²⁶⁰ DWORKIN, R., “*Justicia para ...*”, *Op. Cit.*, pág. 209.

²⁶¹ DWORKIN, R., “*Justicia para ...*”, *Op. Cit.*, págs. 211, 320.

²⁶² DWORKIN, R., “*La justicia para erizos a debate*”, *Lecciones y Ensayos*, N.º. 94, 2015, págs. 347-371: “*En una primera etapa, es una pregunta sobre si un feto temprano es una persona con derechos propios, con intereses y derechos propios. En ocasiones se dice que el gobierno no debería tomar esta decisión en tanto es una decisión religiosa, metafísica, que no concierne al gobierno. En mi opinión, el*

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sostenido con rotundidad que si existe vida humana, le corresponde dignidad²⁶³. Pero la inmediata pregunta que surge a continuación es: ¿a partir de qué momento se considera que existe vida humana?

gobierno debe tomar esa decisión. El gobierno puede no tomar la posición de sostener que, en los Estados Unidos, los estados puedan decidir si un feto tiene intereses o derechos propios. La pregunta es si un feto es una persona en términos constitucionales, es decir, alguien a quien la Corte Suprema, las Cortes o la legislatura tienen el deber moral de proteger del homicidio.

No creo en el argumento de que un feto temprano es una persona con derechos, no importa si lo llamamos persona. La pregunta clave es si debemos reconocer que tiene derecho a vivir. Creo que la respuesta a esa pregunta debe ser “no”, porque una criatura no tiene intereses antes de tener sentidos, es decir, antes de poder sentir y sentir dolor. De acuerdo con algunas teorías, una criatura no puede poseer intereses hasta que tenga algún tipo de autoconciencia, la cual aparece más tarde. Esta es una teoría difícil por lo que implica respecto de los animales que nunca tienen –o eso creemos– consciencia de sí mismos. Pero, al menos en el caso de sentidos, es decir la capacidad de sentir dolor, creo que es muy poco plausible –y, también lo cree la Corte Suprema– suponer que “algo” que no puede sentir, que no tiene noción de sí mismo, si quiera en el sentido de sufrir dolor, tenga intereses. Nosotros podremos tener intereses en ello, pero no tiene intereses propios, y, obviamente, se puede dar vueltas al asunto por un tiempo prolongado, pero simplemente expongo mi propia visión sobre el tema. Este es también el punto de vista de la Corte Suprema y también lo es, debo decir, de muchos de los opositores al aborto en los Estados Unidos, en tanto sostienen que sería mejor dejar la pregunta por la prohibición del aborto librada a decisión democrática. Si un feto es una persona con intereses y derechos propios, uno no puede dejar el asunto sujeto a una decisión democrática, así como tampoco se puede dejar la pregunta sobre si los Judíos o Musulmanes tienen derechos e intereses propios, no podríamos crear una situación en la que la mayoría pueda decir que no. Agrego eso último solo para decir que no muchas personas consideran realmente que un feto tenga derechos por sí mismo. Encuestas incluso entre católicos indican que la mayoría de los católicos consideran que un embarazo que es producto de una violación debería poder ser interrumpido y, por supuesto, aquello sería erróneo si un feto fuese persona, una persona “constitucional”. Debo decir que hay gente que sí sostiene la idea, son pocos pero mantienen esta concepción, de que incluso una mujer que fue violada o que morirá si el embarazo continúa no tiene derecho a abortar, pero son muy pocos los que piensan así. Entonces, la pregunta que considero interesante es: ¿está terminado el debate? ¿Es esto el final de la historia? Y en el libro “Life’s Dominion” sostuve que no es el fin de la historia, porque incluso si un feto no es una persona con derechos propios, es algo a lo que debemos considerar como de enorme valor. Es más, me atrevería a decir que la vida humana en cualquier estadio debe ser considerada sagrada. Entonces, puedo comprender bien la idea, yo sostuve la visión de que una mujer que se realiza un aborto por razones frívolas (hay historias de mujeres que abortan porque tienen planteado un viaje a Europa y no quieren arruinarlo con un embarazo), falla en comprender algo muy importante: sus valores son completamente erróneos, desde mi punto de vista. Considero lo opuesto en el caso de una madre adolescente, una niña de 13 o 14 años viviendo en una situación de pobreza, sin posibilidad de tener capacidad económica para criar a un niño, sin identificar al padre o sin que este sea identificable. Me parece que el respeto por la vida del feto en ese punto se traslada a la preocupación por la vida de la madre. Creo, de todos modos, que hay asuntos de valores que subsisten incluso luego de que digamos que un feto no tiene derechos propios. Hay formas buenas de respetar la vida humana, y las hay malas también. Ahora, la tercera etapa: ¿quién toma esa decisión? Más temprano en nuestra discusión de hoy alguien mencionó el derecho a la independencia ética. Mi consideración sobre el derecho a la independencia ética se re- monta a mi concepción de dignidad. La dignidad requiere que tomemos decisiones que reflejen nuestro punto de vista sobre aquello que es importante en la vida humana, asuntos que no conciernen a los derechos de los otros pero sí a preguntarnos sobre el respeto, sobre si debemos dirigir nuestras vidas, las únicas que tenemos, simplemente orientándonos a adquirir dinero, la cual es una versión distorsionada de aquello para lo que vivimos. Creo que se debe permitir que esas decisiones sean tomadas, incluso cuando sepamos que van a cometer errores, por aquella persona a cuya vida conciernen. Ahora ven la conclusión que delinee: la decisión sobre el aborto es una decisión fundamental que refleja la concepción de una persona sobre cómo y por qué la vida humana es importante. La gente debe ser libre de tomar malas decisiones. En el caso de la mujer que planeaba su viaje a Europa, son decisiones muy malas, pero que pertenecen al individuo, no le corresponde a un colectivo de personas tomar decisiones individuales”.

²⁶³ BVerfGE 39, 1 (41).

La determinación del comienzo de la vida humana como tal, no ha obtenido una respuesta pacífica. Su precisión implica ciencias que están más allá del Derecho, como la biología o el resto de ciencias naturales. Incluso, desde otra perspectiva y según a quién se consulte, se tienen en cuenta concepciones éticas, morales, filosóficas o religiosas que proporcionan las más diversas respuestas. Asimismo, si el Derecho opta por considerar únicamente las teorías científicas, que sería lo que se considera mayoritariamente como lo razonable, la Ciencia Jurídica se topa con que la valoración de vida está en continua evolución y existen también corrientes diferenciadas. Aun así, parece ser que la corriente que predomina es la que identifica la vida con el momento en que existe embrión²⁶⁴.

Llegados a este extremo, lo que procede entonces es hacer un recorrido por las sentencias más relevantes al respecto, para ir dilucidando cuál es la interpretación que ha proporcionado la jurisprudencia al crucial momento del inicio de la vida.

- Sentencia de 25 de Febrero de 1975, BVerfGE 39, 1. Interrupción voluntaria del embarazo.

Esta paradigmática sentencia puso de relieve la profunda relación entre la dignidad humana y el derecho a la vida. En ella se recuerda que la obligación de protección de la vida por parte del Estado deriva del reconocimiento explícito del artículo 1, párrafo 1, inciso dos de la Ley Fundamental. Asimismo, donde existe vida humana corresponde también dignidad humana, afirma categóricamente el Tribunal, sin que sea

²⁶⁴ Sin embargo, la Ciencia también discute el momento en que puede afirmarse que hay embrión. Los que apoyan que el embrión humano ha de ser considerado como una persona desde el momento de la fecundación se basan en criterios biológicos: desde ese momento, la estructura contiene ya todo el genoma humano. Alegan, además, que desde la fecundación y hasta el nacimiento, el desarrollo embrionario y luego fetal es un proceso en el que no es posible señalar claramente la línea divisoria que detremine ambos estadios, por lo que aplicando el beneficio de la duda, prefieren decantarse por sostener que ese nuevo ser es persona desde el momento en que hay fecundación. Otra opinión biomédica sostiene que en el desarrollo que se producea partir de la concepción si se pueden diferenciar 3 estadios: a) Desde la fecundación y hasta la implantación (dos primeras semanas); b) Periodo de formación de la estructura nerviosa (hacia el 18º día); c) Periodo de formación de los órganos (entre la 8º y la 10º semana). En el primer estadio de desarrollo, el embrión es un conjunto de células aún poco diferenciadas, sin individualidad clara ni autonomía biológica, aun cuando este estadio inicial es fundamental para el posterior desarrollo físico y psíquico del ser. Es al final del proceso de implantación, cuando adquiere la información suficiente que le dará autonomía biológica e individualización, por lo que abogan por considerar que es en este momento cuando debe ser protegido como una forma inicial de vida. Finalmente puede citarse la consideración de que es la actividad cerebral la que determina la vida humana, así como la muerte cerebral es el criterio que se utiliza para determinar la muerte de la persona. La aparición de las primeras funciones cerebrales se produce a las 6-7 semanas tras la fecundación.

determinante para ello que el individuo sea consciente de que posee dignidad o esté en condiciones de hacerla valer por sí mismo. Aquellas facultades potenciales que desde un principio se encuentran en el ser humano son suficientes para fundamentar la garantía de la dignidad humana.

La sentencia da respuesta a la pregunta de si el embrión en gestación es titular del derecho a la vida y, por lo tanto, plenamente dotado de dignidad. El Tribunal proporciona una respuesta afirmativa basándose en dos argumentos: a) los fundamentos biológicos-fisiológicos declaran que la vida humana comienza a partir del decimocuarto día a partir de la fecundación²⁶⁵; b) el principio establecido por su propia jurisprudencia que proclama que los derechos fundamentales siempre deben ser objeto de una interpretación extensiva, de forma que *“en casos dudosos ha de optarse por aquella interpretación capaz de desarrollar con mayor fuerza el efecto jurídico de las normas que garantizan derechos fundamentales”*²⁶⁶. Por lo tanto, la interpretación necesariamente extensiva del artículo 2 de la Ley Fundamental establece que la titularidad del derecho a la vida no puede restringirse al ser humano tras el nacimiento, sino antes: existe vida humana a partir del decimocuarto día a partir de la fecundación, gozando el no nacido de dignidad humana, antes de su nacimiento y antes del comienzo del desarrollo de su personalidad.

Una vez se llega a esta consideración se constata que la obligación de protección por parte del Estado del ser humano en desarrollo abarca un amplio campo de actuación. En primer lugar, impone la prohibición de injerencias por parte de otros en la vida del no nacido, incluyendo aquellas que proceden de la propia madre: la desprotección de la vida

²⁶⁵ *“Puede afirmarse que la vida, en el sentido de la existencia histórica de un individuo de la especie humana, existe –según conocimientos biológico-fisiológicos comprobados– por lo menos desde el 14º día posterior a la fecundación (nidación, individuación) (...). El proceso de desarrollo ahí comenzado constituye un proceso continuo, el cual no presenta cortes marcados y no admite delimitar en forma precisa las diversas etapas de desarrollo de la vida humana. Dicho proceso tampoco termina con el nacimiento; por ejemplo, los fenómenos de la conciencia –específicos de la personalidad humana– aparecen bastante tiempo después del nacimiento. Por tanto, la protección garantizada por el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la ley Fundamental no puede limitarse al ser humano “consumado” (i.e. después del nacimiento), como tampoco al nasciturus viable en forma independiente. El derecho a la vida está garantizado a todo aquel que “vive”; aquí no cabe hacer ningún tipo de distinción entre los diversos estadios de la vida en desarrollo (antes del nacimiento), como tampoco cabe distinguir entre nacidos y no nacidos. “Todos”, en el sentido del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la ley Fundamental, debe entenderse como “todo viviente” o, dicho en otros términos: todo individuo de la especie humana que tenga vida; “todos”, por tanto, abarca también al ser humano que aun no ha nacido”.*

²⁶⁶ BVerfGE 6, 55 (72), BVerfGE 32, 54 (71).

del que está por nacer no puede exigirse, ni siquiera con base en la dignidad de la mujer y en su capacidad para decidir responsablemente.

El embrión no es considerado como una extensión del cuerpo de la madre, ya que si así fuera, la interrupción del embarazo pertenecería al ámbito privado de la mujer y la legislación no podría intervenir ²⁶⁷. Sin embargo, el *nasciturus* es un ser individual al que se protege constitucionalmente. Y en este sentido, la sentencia se expresa claramente en términos que dificulta la posibilidad de una apreciación legítima del aborto, exponiendo con claridad en la Directriz 2 que la obligación del Estado en cuanto a la protección de la vida del no nacido existe aún frente a la madre. De esta forma, *“la protección de la vida del embrión tiene fundamentalmente preferencia frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada, y no puede ser puesta en entredicho por un plazo determinado”* (Directriz 3).

Esta opción parece ignorar por completo el reconocimiento del derecho constitucional e irrenunciable al libre desarrollo de la personalidad de la persona que ostenta la madre, cuyo contenido abarca la posibilidad de optar en contra de la maternidad. Sin embargo, tampoco puede obviarse que este derecho fundamental se encuentra sometido a límites: los derechos de otros, siendo el orden constitucional en su conjunto el que delimita sus líneas materiales. El Tribunal ha interpretado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no supone la facultad de interferir en la esfera jurídica de otro sin un motivo adecuado y proporcional que lo justifique, y menos aún, supone su preeminencia ante la vida misma. Este es un ejercicio de ponderación donde *“deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución”*²⁶⁸. Por lo tanto, partiendo del art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental como referente obligado, la decisión que el ordenamiento jurídico debe tomar es otorgar preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada. Y como consecuencia, el Derecho no puede aprobar la interrupción del embarazo de manera general y el Estado debe asumir la obligación de protección del ser humano en desarrollo. El modo más efectivo para lograrlo es decisión del legislador.

²⁶⁷ BVerfGE 6, 32, (41); BVerfGE 6, 389 (433); BVerfGE 32, 373 (379).

²⁶⁸ BVerfGE 35, 202.

Por todo lo expuesto la sentencia del Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional la “ley de plazos” por la que se permitía la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación. El Tribunal Constitucional, sin embargo, reconoció que el legislador podía regular “*indicaciones*” si convergían situaciones especialmente graves, y prescindir, en tales casos, de la aplicación de una pena. Con fundamento en lo anterior, el legislador llevó a cabo una nueva reforma al Código Penal en junio de 1976, donde se contemplaban situaciones ante las cuáles la madre podría proceder por decisión propia a la interrupción del embarazo: a) ante un grave peligro para la salud de la madre; b) en el caso de violación o estupro; c) riesgo de graves anomalías en el feto; d) estado general de necesidad, cuando éste sea tan grave que no se pueda exigir a la mujer la continuación del embarazo y dicho peligro no pueda ser evitado de otra manera.

En este último caso, una vez era constatada la existencia de un “*estado general de necesidad*”, la interrupción del embarazo debía realizarse dentro de las primeras 12 semanas. Sin embargo, la práctica derivó a que el estado general de necesidad se interpretaba de forma tan amplia que casi podía ser equiparado a una ley de plazos.

- Sentencia 28 de mayo de 1993, BVerfGE 88, 203. Interrupción voluntaria del embarazo.

El 27 de julio de 1992 se aprueba la “*Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amigable para con los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo*”, por la que se introducía una legislación uniforme para el territorio de las dos Alemanias²⁶⁹.

Esta ley permitía la interrupción para los casos de ‘*insostenibilidad*’ del embarazo

²⁶⁹ Tras la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989, comenzaron las negociaciones de un tratado para la reunificación de la Alemania fragmentada, para lo que era necesario alcanzar la armonización del orden jurídico. La República Democrática Alemana había autorizado el aborto prácticamente sin restricciones en la reforma de 1972 de su Código penal, mientras la República Federal Alemana partía de la antijuridicidad fundamental de la interrupción del embarazo. Con la reunificación se establece como fecha máxima el 31 de diciembre de 1992 para al creación de una regulación uniforme. El Art. 31 párr. IV del Tratado para la Reunificación Alemana dispuso que, hasta entonces, las disposiciones sobre aborto vigentes en las dos Alemanias con anterioridad a la reunificación siguieran aplicándose en su territorio respectivo.

por motivos graves, esto es, por las indicaciones médica, criminológica y embriopática ya mencionadas anteriormente, a los que se añade un nuevo supuesto en el que se permitía la interrupción del embarazo dentro de las doce primeras semanas de gestación cumpliendo un requisito: un médico, mediante una certificación, debía comprobar que la mujer se había sometido a un asesoramiento destinado a convencerla de que no interrumpiera su embarazo por lo menos con tres días de anterioridad a la intervención.

Antes de la aprobación de la ley (27 de julio de 1992), el 14 de julio de 1992, el gobierno de Baviera y 249 parlamentarios federales solicitaron la suspensión de la entrada en vigor de la norma. La suspensión fue decretada el 4 de agosto de 1992, y el Tribunal Constitucional dictó sentencia el 28 de mayo de 1993. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del sistema de libertad del aborto condicionado al asesoramiento previo, a tres días de reflexión y a que se practicase durante las primeras 12 semanas del embarazo.

La sentencia anula varios artículos correspondientes a diversos textos legislativos, entre los que se encontraba el artículo 219 del Código Penal ²⁷⁰

²⁷⁰ Código Penal alemán: “Artículo 218. Aborto. (1) *Quien interrumpa un embarazo será sancionado con pena de prisión hasta por tres años o con multa. Los actos que tengan efectos antes de la culminación de la nidación del óvulo fecundado no se consideran como interrupciones del embarazo en el sentido de esta ley.* (2) *En casos especialmente graves la pena será de prisión de seis meses a cinco años. Un caso especialmente grave se presenta normalmente cuando el infractor: 1. Actúa contra la voluntad de la mujer o 2. de manera culposa causa un peligro para de muerte o un daño grave en la salud de la mujer embarazada.* (3) *Si la mujer comete el acto ilícito, la pena será hasta de un año de prisión o de multa.* (4) *La tentativa será sancionada. La mujer embarazada no será sancionada por la tentativa*”. “Artículo 218-a. *No punibilidad del aborto.* (1) *El aborto no se será ilegal cuando 1. la mujer embarazada solicita el aborto y el médico certifica, en la forma prescrita por el artículo 219, párrafo 3, frase 2, que ella recibió consejería por lo menos tres días antes de la intervención (Asesoría de la mujer embarazada en una situación de necesidad y conflicto).* 2. *El aborto es practicado por un médico y 3. No han transcurrido más de doce semanas desde la concepción.* (2) *El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, no es ilegal cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, el aborto es necesario para evitar un peligro para la vida de la mujer o el peligro de que se produzca un perjuicio grave para su estado de salud física o mental, siempre y cuando esos peligros no puedan ser conjurados de otra manera que le pueda ser exigida a la embarazada.* (3) *Los supuestos del numeral 2 se consideran también cumplidos cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, existen razones poderosas que fundamentan la presunción de que el niño sufrirá de daños insuperables en su salud, por causas hereditarias o derivadas del embarazo, de tal gravedad que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo. Lo anterior será válido solamente si la mujer embarazada le demuestra al médico, a través de una certificación expedida de conformidad con el art. 219, numeral 3, frase 2, que ella acudió a un centro de consejería, por lo menos tres días antes de la intervención, y si no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción.* (4) *La mujer embarazada no será sancionada al tenor del art. 218, cuando el aborto es practicado por un médico, luego de recibir asesoría (art. 219) y antes de que hubieren transcurrido más de 22 semanas desde la concepción. El Tribunal puede prescindir de aplicar la pena establecida en el art. 218 cuando establece que la mujer estuvo sometida a especiales presiones en el momento del aborto.* “Artículo 219. *Asesoría a la mujer en situación de necesidad y conflicto.* (1) *La asesoría ha de servir para la protección de la vida a través del consejo y la ayuda para la mujer*

(asesoramiento de la embarazada en situación de necesidad o de conflicto), por no considerarse de acuerdo con el artículo 1, párrafo 1, en relación con el artículo 2, inciso 1 de la Ley Fundamental. El supuesto despenalizador del aborto que introducía el citado artículo relegaba a la voluntad de la madre la interrupción del embarazo, lo que, a juicio del Tribunal garantizaba y protegía los derechos fundamentales de ésta únicamente, incumpliendo el deber de protección del *nasciturus* que consagra la Ley Fundamental.

La resolución consolida los argumentos aducidos en la BVerfGE 39, 1 de 1975: la Ley Fundamental obliga al Estado a proteger la vida humana del que está por nacer. Asimismo, prohíbe no sólo las intervenciones directas del Estado en la vida del no nacido, sino que también impone al Estado la obligación de colocarse respecto de esa vida como protector (deber de protección que incumbe a todos los poderes del Estado) y promotor, lo que implica, ante todo, protegerla frente a injerencias ilegales de terceros y frente a la propia madre²⁷¹. Se reafirma en el reconocimiento de la dignidad humana de la vida del no nacido desde el momento en que se considera que hay vida humana, antes del nacimiento.

El Tribunal, sin embargo, declaró que es posible fijar otros supuestos donde el aborto esté también justificado y que se sumen a los permitidos de riesgo de la vida o la salud de la madre, siempre que el criterio que se utilice para determinar estos nuevos supuestos sea la “*exigibilidad del sacrificio*”. Esto significa que en principio una mujer embarazada está obligada a llevar a término su embarazo, a menos que éste represente una carga tan fuerte que se traduciría en un sacrificio inexigible, o, lo que es lo mismo, un sacrificio excesivo para la mujer.

embarazada, en reconocimiento del alto valor de la vida en gestación y de la responsabilidad propia de la mujer. La asesoría debe contribuir a superar la situación de necesidad y conflicto en que se encuentra la mujer en razón del embarazo. Ella debe poner a la mujer en la situación de tomar su propia decisión, consciente y responsable. Es labor de la asesoría brindarle a la mujer una amplia información médica, social y jurídica. La asesoría abarca la descripción de los derechos de la mujer y el niño y de las posibles ayudas prácticas, especialmente aquellas que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la mujer y el niño. La asesoría contribuye también a evitar futuros embarazos indeseados. (2) La asesoría debe ser prestada por una entidad reconocida por la ley. El médico que practica el aborto no puede actuar como asesor. (3) La asesoría prestada no será llevada a actas y se realizará en forma anónima si así lo solicita la mujer. La entidad asesora deberá expedir una certificación fechada acerca de que realizó una consejería en los términos del numeral 1 y de que la mujer ha recibido la información necesaria para tomar su decisión”.

²⁷¹ La Sentencia aduce que “...la mujer no podía reivindicar sus derechos constitucionalmente protegidos a fin de matar al no nacido, hecho involucrado en la interrupción del embarazo”, así como declara que “los derechos constitucionales de la mujer no tienen, en términos generales, un alcance tal como para invalidar su obligación de llevar su embarazo a término”.

- Sentencia de 15 de Febrero de 2006, BVerfGE 115, 118. Seguridad aérea.

El 11 de enero de 2005 se aprueba la Ley de Seguridad Aérea, norma cuyo contenido refleja la influencia reguladora que surge tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y algunos sucesos posteriores (la propia Ley señala el secuestro de la avioneta el 5 de enero de 2003²⁷²). Efectivamente, la Ley de Seguridad Aérea, en su artículo 14, apartado 3, habilitaba a las autoridades federales a ordenar el derribo de una aeronave si, a la vista de las circunstancias, podía concluirse que iba a ser utilizada para acabar con vidas humanas y siempre que se considerara que el derribo era la única medida posible para evitarlo²⁷³. El citado artículo, fue impugnado mediante la solicitud de varios recursos de amparo presentados por cuatro abogados y un piloto de avión²⁷⁴ ante el Tribunal Constitucional Federal, siendo declarado inconstitucional y nulo por su incompatibilidad con el derecho a la vida del artículo 2, en relación con la dignidad humana del artículo 1, párrafo 1º.

Como señala el Tribunal en la propia sentencia, la Exposición de Motivos de la Ley expone claramente que el apartado tercero del artículo 14 autoriza el uso de las armas para abatir una aeronave, aún cuando en él se encuentren inocentes y el ataque armado

²⁷² “El 5 de enero de 2003, un hombre armado secuestró una avioneta y comenzó a sobrevolar con ella el barrio financiero de Fráncfort del Meno, amenazando con abalanzarse contra la sede del Banco Central Europeo si no se le permitía efectuar cierta llamada telefónica. El suceso causó gran alarma. El centro de la ciudad y sus edificios de mayor altura fueron evacuados. Un helicóptero de la policía y dos aviones de caza militares acudieron al lugar y se situaron cerca de la avioneta. Tras algo más de media hora, quedó claro que no había ninguna organización terrorista detrás de los hechos, sino tan sólo un perturbado. Después de que sus exigencias fueran atendidas, aterrizó en el aeropuerto de Rhein-Main y se dejó apresar sin ofrecer resistencia”. (*Revista de Administración Pública*, nº 170, Madrid, mayo/agosto 2006, pág. 390).

²⁷³ Artículo 14: “(1) Para evitar la producción de un siniestro especialmente grave, las fuerzas armadas podrán intervenir en el espacio aéreo desviando las aeronaves, obligándolas a aterrizar, amenazándolas con el uso de las armas o efectuando disparos de advertencia. (2) De entre las posibles medidas, habrá que escoger aquella que previsiblemente cause menores perjuicios a los individuos y al común de las gentes. El alcance y la duración de la medida serán los estrictamente necesarios para alcanzar su fin. La medida no podrá acarrear un perjuicio desproporcionado en relación con el objetivo perseguido. (3) El ataque armado sólo será lícito cuando, de acuerdo con las circunstancias, pueda concluirse que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro inminente. (4) Las medidas a que se refiere el apartado 3 sólo podrán ser ordenadas por el Ministro Federal de Defensa o, en su lugar, por el miembro del Gobierno Federal autorizado para ello. En lo demás, el Ministro Federal de Defensa podrá autorizar con carácter general al Inspector del Ejército del Aire la adopción de las medidas referidas en el apartado 1».

²⁷⁴ Los cuatro abogados y el piloto de avión interpusieron la solicitud de recurso de amparo alegando que, como usuarios asiduos de aviones civiles, podían verse afectados en alta probabilidad real por el artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea.

les ocasione una muerte prácticamente segura. En definitiva, se optaba por legalizar una opción que permitiría sacrificar la vida de las personas que viajan a bordo de un avión (terroristas, tripulantes y pasajeros) a fin de salvar la vida de otras personas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal entiende que el precepto, en cuanto permite al Estado abatir un avión con inocentes a bordo, lesiona la dignidad que les corresponde como personas, reduciéndolas a simples objetos que son utilizadas para proteger a otras. Semejante trato representa un desprecio a la dignidad de los pasajeros y tripulantes, donde se pone sus vidas a disposición del Estado para salvar otras, negando el valor que al hombre le corresponde por sí mismo. De esta manera, los inocentes que viajan en el avión-arma son “cosificados”, considerados como parte del avión y tratados como tales. Esta concepción, es incompatible con la imagen constitucional del hombre y con la idea de que pertenece a su esencia intrínseca su consideración de dignos, y, a la postre, libres e indisponibles.

No obstante, el supuesto que nos presenta la norma, se presta a otras conjeturas de difícil respuesta. Una de ellas es cómo el Gobierno Federal puede comprobar, con la certeza que exigiría una decisión de esta índole, “*que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de los hombres y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro*”. Efectivamente, no es posible afirmar con seguridad que, si el avión no es derribado, éste se estrellará, ocasionando la muerte de personas inocentes. Por otro lado, ¿cómo obtener un grado de seguridad admisible sobre cuáles son las intenciones reales de los secuestradores que justificarían una acción tan grave como abatir la nave? ¿Acaso se podría obtener la certeza acerca de la imposibilidad de que la tripulación y/o los pasajeros impidan la consumación de las intenciones de los criminales, por ejemplo?²⁷⁵. Una situación extrema de las características que se describen pueden incluir variables imposibles de predecir con certeza, o aún siendo posibles de pronosticar, las circunstancias pueden ser modificadas en cuestión de segundos y, por lo tanto, no garantizan una acertada apreciación de que se dan las condiciones habilitadoras para la aplicación del artículo 14, apartado tercero.

La redacción del precepto exige un juicio de predicción imposible sobre el tiempo

²⁷⁵ BAUMANN, K., “*Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt? Zur Terrorismusbekämpfung durch “finalen Rettungsabs- chuß*”, DÖV, 2004, págs. 858 y 861.

de vida que le queda a las personas a bordo del avión, además de una apreciación de inviabilidad absoluta de un rescate que no es factible asegurar. A esto añadimos que no es asumible bajo ninguna circunstancia adoptar una regla general que admita que la vida de una persona "*de cualquier forma está perdida*". El derecho a la vida de estas personas también debe ser protegida por los poderes públicos de acuerdo con el imperativo del artículo 1 de la Ley Fundamental que no hace excepciones a la hora de reconocer la dignidad del ser humano.

La sentencia arriesga y expone el eventual caso de que la aeronave estuviese ocupado únicamente por los terroristas decididos a emplear el avión como arma de destrucción y muerte. ¿Sería lícito entonces derribarlo? No obstante todo lo ya aducido, el Tribunal Constitucional responde afirmativamente a la cuestión: la aplicación del artículo 14, párrafo tercero es compatible con el artículo 2, párrafo segundo de la Ley Fundamental si quienes van a bordo del avión son sólo los secuestradores. El Tribunal argumenta que las circunstancias determinarían en este supuesto que la vida de los criminales está sujeta a límites y restricciones. Es más, el Tribunal declara que el agresor no ve vulnerada su dignidad puesto que considera que el que ataca antijurídicamente bienes jurídicos ajenos no es reducido en su cualidad humana cuando el Estado se defiende de esta agresión ilícita y cumple con su deber de protección de la vida de aquellos contra la que se dirige el ataque. La pérdida de sus vidas solo podría serle imputada a ellos mismos, pudiendo en todo momento decidir evitarlo, abandonando sus intenciones criminales.

Se alude también al argumento de que éstos se han puesto en esa situación en uso de su libre albedrío, y se añade, que de acuerdo al principio de proporcionalidad, es admisible constitucionalmente la limitación del derecho a la vida de los autores con la finalidad legítima de salvaguardar las vidas de las víctimas. Se considera que la gravedad de la intervención en el derecho fundamental es paliada por el hecho de que los autores causaron la intervención del Estado y, además, pueden evitarla con solo abandonar sus intenciones criminales.

Por su parte la doctrina se ha pronunciado al respecto con contundencia. El conflicto entre la obligación estatal de esencia liberal de no intervenir respecto al derecho a la vida de los ocupantes del avión, por un lado, y la obligación activa de proteger la

vida de otras personas, por otro, debe saldarse con la prevalencia del primer supuesto. En virtud de las raíces liberales de las que se nutre la Constitución, lo que requeriría una seria justificación sólidamente motivada sería la intervención estatal. *“La primacía de la libertad del individuo frente a cualquier limitación estatal impregna la concepción de los derechos fundamentales e impone una asimetría en aquella ponderación en favor del derecho fundamental defensivo, cuya eficacia jurídica deriva inmediatamente de la Constitución, en detrimento del deber de protección, más complejo y necesitado de concreción legal. El deber de omisión prevalece sobre el de actuación”*²⁷⁶.

Por su parte, el Gobierno Federal defendió el precepto impugnado alegando que la jurisprudencia constitucional ha afirmado con gran reiteración que los poderes públicos no solo deben abstenerse de lesionar los derechos fundamentales adoptando una posición de omisión, sino que están obligados activamente a defenderlos de las posibles injerencias de terceros. Añadían que el precepto impugnado se ocupaba de garantizar la protección del derecho a la vida en unas circunstancias extraordinarias donde se produce un conflicto entre el derecho a la vida de diferentes individuos cuya resolución compete al legislador. Sin dejar de tener en cuenta de que no existe preferencia entre la función defensiva de los derechos fundamentales que implican que los poderes públicos se abstengan de intervenir en ellos y la función de protección que también ostentan los poderes estatales que le facultan a desarrollar comportamientos activos.

Pero el Tribunal se muestra disconforme con los argumentos del Gobierno Federal, aludiendo que, de todas formas y en toda circunstancia, la resolución que aporte el legislador en su imperativa función protectora de los derechos fundamentales debe ser conforme a la Constitución, sin que se pueda presumir el respeto constitucional del precepto impugnado: del apartado tercero del artículo 14 no se puede deducir la protección del derecho a la vida de los pasajeros y tripulantes del avión. Más allá de esto, se llega a facultar la intervención estatal en la vida humana, vulnerando por tanto, la irrenunciable dignidad que es intrínseca.

²⁷⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Puede el estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, *Revista de Administración Pública*, nº 170, mayo/agosto (2006), págs. 389 y ss.

c) Comentario a las Sentencias

Analizando la motivación de la Sentencia de 15 de Febrero de 2006 lo que se pone en cuestión es la delicada controversia entre si es admisible ponderar el derecho a la vida de las personas y resolverla con la prevalencia de aquella actuación que proteja y preserve el mayor número de vidas humanas, esto es, adoptar un criterio que asuma el cálculo de efectividad en la protección del mayor número de vidas humanas. Como ha afirmado Kersten resulta inadmisibles decidir una actuación tras la realización de un cálculo utilitarista de las vidas de los ocupantes del avión y de quienes se encuentran en tierra firme²⁷⁷. La ponderación entre el número de vidas sacrificadas y las salvadas o su previsible duración no puede constituir el criterio de decisión válido desde el momento en que la vida humana tiene un valor absoluto y el ser humano es un fin en sí mismo dotado de dignidad en toda su magnitud. La ponderación, asimismo, supondría partir de la premisa de que no hay igualdad fundamental entre todas las personas en su derecho a la vida, cualidad que deriva, no lo olvidemos, del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano.

La dignidad de la persona, valor indiscutible del que surge y se nutre el derecho a la libertad, la igualdad en su derecho a existir y ser, y la concepción de que es un fin en sí mismo contra el que no es aceptable admitir argumentos y razonamientos, obliga al respeto y protección de la vida humana sin que se le reconozca una dimensión cuantitativa o cualitativa²⁷⁸. Toda vida humana tiene como tal el mismo valor, siendo un

²⁷⁷ KERSTEN, J., “Die Tötung von Unbeteiligten. Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG”, NVwZ, 2005, pág. 663.

²⁷⁸ Esta es más o menos, la concepción que el Tribunal adoptó también en las Sentencias sobre el aborto analizadas. La sentencia de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39,1) hace alusión a la posibilidad de ponderación de vidas ante la alegación del Gobierno de que el sistema de despenalización del aborto repercutiría en una disminución del número de abortos, que se traduciría en la efectividad mayor en la protección de la vida humana. El Tribunal responde que la “ponderación global de la vida contra la vida, que conduce a permitir la aniquilación del número supuestamente más pequeño en interés de la conservación del número presumiblemente mayor, no es compatible con la obligación de proteger individualmente cada vida concreta”. El Tribunal prosigue explicando que en “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se ha desarrollado el principio según el cual la inconstitucionalidad de una disposición legal que, de acuerdo con su estructura y eficacia real, perjudica a un determinado grupo de personas no puede ser refutada con la indicación de que esta disposición u otras determinaciones de la ley favorecen a otro grupo de personas... Este principio... debe valer en especial medida para el bien jurídico personalísimo de la vida. La protección de la vida individual no puede ser abandonada porque se persigue el objetivo, en sí mismo digno de aprecio, de salvar otras vidas. Toda vida humana —también la vida que se está desarrollando— es como tal igualmente valiosa y, por lo tanto, de ninguna manera puede quedar sometida a una valoración diferente en función de su tipo o a una ponderación numérica... La protección del derecho fundamental en particular no puede ser sacrificada en aras de la eficiencia de la regulación en su conjunto. La ley no es sólo un instrumento con el que gobernar procesos sociales de

fin en si mismo, con lo que se expulsa cualquier posibilidad de preferencias entre personas y tampoco según su número, de lo contrario, se posibilitaría la aceptación de que unas personas queden subordinadas a otras, que unas vidas valgan más que otras, que la vida humana es ponderable frente a otra según algún criterio²⁷⁹. Y, asimismo, si admitiéramos el criterio cuantitativo para adoptar la resolución, no habría motivo por el que no se aceptara el cualitativo, puesto que los mismos argumentos se utilizan para rechazar ambas pautas de decisión. Aceptando todo lo que he expuesto, sin embargo, debo ir más allá, porque con estas reflexiones no doy respuesta al supuesto fáctico planteado.

En efecto, el sentido común y la sociedad en general consideran lícito derribar un avión con inocentes dentro si con ello se salva un mayor número de vidas humanas que las que se sacrifican²⁸⁰, siempre que, con certeza, se constate la intención de los

acuerdo con pronósticos y conocimientos sociológicos, sino que también es una ex- presión permanente de la valoración ético-social y, subsiguientemente, jurídica de las conductas humanas; vale decir, de lo que para el individuo es lícito e ilícito”.

²⁷⁹ Nozick, si bien afirma que las personas son fines en si mismos, no pudiéndose ser cosificados o reducidos a un instrumento para conseguir otro fin, también sostiene una perspectiva sobre la vida que la relaciona con su “significación”. Nozick define al ser humano como un “buscador de valores”, hasta el punto de que el significado de la vida está estrechamente relacionado con el concepto de valor, y de que cuanto mayor sea la conexión entre la vida y la búsqueda de valores, mayor será el significado de la misma: *«El significado y el valor, tal como lo hemos explicado son nociones coordinadas que establecen una interesante e intrincada relación. El significado se puede obtener vinculándose con algo de valor. Sin embargo la naturaleza del vínculo es importante. Yo no puedo infundir significación a mi vida diciendo que estoy vinculado con la promoción de la justicia en el mundo, si esto significa que leo los periódicos todos los días o todas las semanas y así me fijo como andan la justicia y la injusticia. Este vínculo es demasiado trivial e insustancial. Cuanto mayor sea el vínculo, cuanto más estrecho, más vigoroso, más intenso y extenso sea mayor es la significación obtenida. Cuanto más estrecha sea la conexión con el valor, mayor será el significado”.* (NOZICK, R., “Meditaciones sobre la vida”, Gedisa, Barcelona, 1989, pág. 6). Asimismo, Nozick sostiene que *“la vida inmoral es una vida menos valiosa que la vida moral. Una persona inmoral es una persona menos valiosa que una persona moral”* (NOZICK, R., “Philosophical explanations”, Harvard University Press, 1981, pág. 409)

²⁸⁰ Esta aseveración redundante en la posibilidad de una moralidad generalizada que todos compartimos. Autores como Marc D. Hauser, afirman que nuestro sentido moral funciona de un modo muy parecido al lenguaje, de manera que hay un conjunto de principios universales que permite establecer los posibles sistemas morales. describen los juicios morales del ser humano como resultado de una facultad moral que es innata: *“nuestra facultad moral está equipada con un conjunto universal de reglas, en las que cada cultura introduce determinadas excepciones”* (HAUSER, M.D., “La mente moral: como la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal”, Paidós, Barcelona, 2008, pág. 73). De esta forma, Hauser niega que nuestra psicología moral esté completamente fundada en la experiencia y en la educación: para Hauser, el ser humano ha desarrollado un instinto moral universal por el que realizamos juicios sobre lo que está bien y lo que está mal con independencia de las diferencias de género, educación y religión. Define *“...nuestra psicología moral como un instinto –una capacidad, producto de la evolución, que posee toda mente humana y que se manera inconsciente y automática genera juicios sobre lo que está bien y lo que está mal-, [lo que permite] entender mejor por qué algunos de nuestros comportamientos y decisiones se considerarán siempre injustos, permisibles o punibles, y por qué algunas situaciones nos conducirán a pecar a los ojos de una sensibilidad impuesta por la ley, la religión y la educación”.* (HAUSER, M.D., “La mente moral: ..., Op. Cit., pág. 26). Mayr, asimismo, sostiene que *“toda la evidencia acumulada en las últimas décadas indica que los valores asumidos por los*

secuestradores de que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro inminente y cierto. Tal vez sea aquí donde radica la poca efectividad y la inconstitucionalidad de la regulación del apartado 3º del artículo 14: cómo y en qué condiciones puede considerarse la exactitud de la evidencia de lo que va a ocurrir, apreciación que exigiría la concesión de un margen amplio de actuación y consideración al Gobierno Federal que le permita aplicarlo a la circunstancia. Dicho esto, si bien estoy de acuerdo de que no se puede ponderar vida con vida, puesto que todo ser humano es un fin en si mismo y absolutamente valioso en toda circunstancia, en un escenario de certeza, que en puridad es imposible en la realidad, y en donde existe la seguridad total de que todas las variables y circunstancias confluyen (que el avión se va a estrellar, que morirán todos sus ocupantes, y que el derribo salva un número mayor de vidas humanas, que si no se atacara el avión se sumarían a las muertes irreversibles de todos los que viajan a bordo), puede aducirse que el derribo es la solución preferible entre todas las malas soluciones que ofrece la situación fáctica. Pero no bajo la premisa de que se acepta el criterio cuántico, sino partiendo de que se da tan alto grado de certeza (muy difícil en la práctica) de la existencia de las circunstancias enumeradas y de su resultado nefasto inevitable, que el acudir al derribo de la aeronave constituye una defensa de la pérdida de vidas humanas en tierra, no una ponderación entre vidas humanas. Tampoco aceptando, sin más oposición, que como máxima general se adopten y amparen las conductas capaces de favorecer la supervivencia²⁸¹.

Por otro lado, se plantea la cuestión de admitir que se pueda limitar el derecho a la vida de los agresores, y solo de éstos, ante la amenaza certera contra la vida de otros y aplicando el principio de proporcionalidad. Este debate aboca directamente a la consideración de una especie de “legítima defensa”, aceptada en todo ordenamiento jurídico democrático. Desde luego, desde la perspectiva de la igualdad valorativa de la vida humana no se puede impedir al sujeto defender la vida propia ante un ataque y, con

*individuos humanos son el resultado de la combinación de tendencias innatas y aprendizaje. La mayor parte, con gran diferencia, se adquiere por observación y adoctrinamiento por parte de otros miembros del grupo cultural. Pero parece que los individuos varían mucho en su capacidad de asimilar las normas morales de su grupo. Esta capacidad innata para adquirir normas éticas y adoptar conductas éticas es la contribución crucial de la herencia” (MAYR, E., “¿Puede la evolución explicar la ética?”, *Ars Médica. Revista de Humanidades*, 2008, vol. 7 (2), 222–240) .*

²⁸¹ Esta es una idea que enuncia, a modo de crítica, Adela Cortina: “entre el mundo del ser natural y el del deber ser (los códigos morales) existe un lazo adaptativo que prescribiría establecer como normas éticas aquellas conductas capaces de favorecer la supervivencia” (CORTINA, A., “Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?”, *Isegoría*, nº 25, 2010, pág. 137).

el mismo razonamiento, desde el momento en que se acepta un deber reconocido de los poderes estatales de protección de la vida del ser humano como consecuencia de la aceptación de su dignidad como tal, no es admisible la inacción ante aquellos que deciden libremente acabar con la vida de los demás, incurriendo en conductas antijurídicas. Pero, ante la gravedad del método de defensa que supondría acabar con la vida de los criminales que también son objeto de protección, la exigencia de certeza sobre la masacre inminente y la imposibilidad de impedirla de otra manera, debe ser máxima. De otro modo, estaríamos admitiendo que la dignidad del ser humano disminuye o aumenta según los actos propios y que la vida de los que atacan bienes jurídicos protegidos se minusvalora por esta causa. No es así, y el único argumento a admitir a la hora de adoptar una medida tan drástica como limitar el derecho a la vida es el considerar que la actuación ilegítima extrema que supone acabar con la vida de otros de forma arbitraria, faculta la limitación del derecho a la vida de los criminales, dejando intacta en toda su plenitud el de las certeras futuras víctimas.

Esta limitación, no obstante, debe ser una última opción a tener en cuenta y siempre que exista esta certeza razonable (muy razonable) de que no es posible evitar la masacre de inocentes de otra manera. El principio de proporcionalidad debe aplicarse rigurosamente a la decisión de acabar con la vida de los agresores: el fin es legítimo (salvar vidas humanas); la necesidad de la medida no tendrá margen de duda (no existe otra medida igualmente eficaz que sea menos gravosa y pueda aplicarse), igualmente debe predicarse de su utilidad (idoneidad para alcanzar el fin pretendido) y, finalmente, la actuación debe ser proporcionada, atendiendo a su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. Todas estas exigencias, sin embargo, se topan de nuevo con la dificultad de constatar con certeza que se dan en la realidad, para proceder al derribo de la aeronave con los criminales de forma legítima y apropiada.

Es desconcertante e inquietante el argumento de la doctrina apelando a la esencia liberal de la Constitución alemana ante el conflicto entre la obligación estatal de no intervenir respecto al derecho a la vida de los ocupantes del avión, por un lado, y la obligación activa de proteger la vida de otras personas, por otro, de manera que abogan por la prevalencia del deber de omisión de actuación alguna. Es esta una concepción constitucionalista que creo ya históricamente superada y, más concretamente,

completada. La cualidad liberal, que presume prioritaria en el contenido de los derechos fundamentales y por la cual las obligaciones negativas que al Estado impone prevalecen *a priori* sobre las obligaciones positivas que contienen los mismos no resiste ninguna argumentación lógica. Tan importante es para la preservación, protección y efectividad de un derecho fundamental el comportamiento activo, como la omisión por parte de los poderes estatales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin ir más lejos, ante conflictos entre las obligaciones negativas y las positivas que constituyen el contenido de los derechos fundamentales, ha dirimido que lo procedente no es hacer prevalecer a las primeras sobre las segundas, sino establecer una regulación proporcionada y ponderada: el Estado debe lograr un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos afectados²⁸². La omisión ni es preferible ni más rechazable que la actuación *a priori*, y viceversa: hay que estar a la cuestión o ámbito concreto que se desea dirimir, realizando un juicio de ponderación que se signifique en un resultado equilibrado, proporcionado y razonable.

Tal vez en este sentido lo que se plasma es la influencia de esa moralidad enraizada en nuestro sentir por la que consideramos que la acción dañina siempre es peor que la omisión dañina. Socialmente también se considera más reprobable al que mata que al que deja morir²⁸³, por ejemplo, aun cuando el resultado es el mismo. Y generalmente, se constata que el ser humano prefiere cometer un error por omisión que por acción²⁸⁴. A nivel psicológico, el sesgo de la omisión está íntimamente relacionado con el sesgo del Status Quo bias. Este último fue definido por Samuelson y Zeckhauser²⁸⁵ como la preferencia por mantenerse en el status quo, de manera que entre optar por

²⁸² STEDH de 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*), STEDH de 9 de diciembre de 1994 (*López Ostra*), STEDH 12 de junio de 2003 (*Van Kück*), STEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros*).

²⁸³ ODDIE, G., “*Killing and Letting-Die: Bare Differences and Clear Differences*”, *Philosophical Studies*, 88, , 1997, pág. 283, señala que “*un homicidio típico... tiene rasgos horribles de los que un típico “dejar morir” carece: intención maliciosa, sufrimiento innecesario, actuar sin el consentimiento informado de una persona, quizás violación de ciertos derechos, etc. Pero... son esos rasgos horribles los que hacen que un homicidio sea típicamente peor que un “dejar morir”... [rasgos que en algunos casos atípicos] bien pueden estar ausentes en un homicidio y presentes en un “dejar morir”*”.

²⁸⁴ En el ya clásico trabajo realizado por Ritov y Baron RITOV, Ilana y Jonathan BARON “*Reluctance to Vaccinate*”, (Ritov, I., Baron, J. “*Reluctance to vaccinate: Omission bias and ambiguity*”, *Journal of Behavioral Decision Making* 3, 1990, pág. 263 y ss) se constató, por ejemplo, que muchos padres se niegan a vacunar a sus hijos menores de edad cuando se les informa de que, aun cuando la probabilidad de que la vacuna salve la vida del pequeño es mucho mayor, existe un cierto riesgo de que la vacunación provoque su muerte.

²⁸⁵ SAMUELSON, W., ZECKHAUSER, R., “*Status quo bias in decision making*”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, N° 1, 7-59.

permanecer en el estado actual o cambiarse a otra alternativa (sea esta mejor o peor), sin que exista ningún tipo de costo en el cambio, el individuo tiende a elegir la primera opción, evitando así asumir una elección y actuar.

Sin embargo, también se ha observado la existencia de un sesgo de la acción (*action bias*)²⁸⁶ cuando los individuos han de elegir entre ganancias o entre alternativas que llevan a resultados positivos: en estos casos, el individuo desea ser reconocido y captar la atención de los demás hacia él, para lo cual tiende a actuar, puesto que las acciones son más efectivas a la hora de causar un impacto en la atención que las omisiones. Este comportamiento se acentúa en la medida en que los resultados positivos son más fácilmente identificables e imputables a la actuación del sujeto. En contrapartida, cuando se debe optar entre opciones que implican pérdidas o alguna consecuencia negativa, los individuos tienden a no querer “*tener nada que ver*” en el asunto.

Algunos filósofos y neuroéticos afirman que es posible construir una ética basada en el funcionamiento de nuestro cerebro. Patricia Churchland, por ejemplo, manifiesta que, al igual que la salud “*es un ámbito en el que la ciencia puede enseñarnos, y ya lo ha hecho, gran parte de lo que deberíamos hacer*”, también en “*el ámbito de la conducta social (...) podemos aprender mucho de la observación común y de la ciencia acerca de las condiciones que favorecen la armonía y la estabilidad social, así como la calidad de vida individual*”²⁸⁷. También Gazzaniga propone la construcción de una ética universal basada en el funcionamiento del cerebro²⁸⁸, en donde la neuroética asume una función primordial: “*es o debería ser un intento de proponer una filosofía de la vida con un fundamento cerebral*”²⁸⁹.

Pero posiblemente, tal y como afirma Cortina, “*en el diseño de ese sentido que*

²⁸⁶ PATT A., ZECKHAUSER R., “Action Bias and Environmental Decisions”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 2000, 21-1, págs. 45 y ss.

²⁸⁷ CHURCHLAND, P., “*El cerebro moral. Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad*”, Paidós, Barcelona, 2012.

²⁸⁸ GAZZANIGA, M. S., “*El cerebro ético*”, Paidós, Barcelona, 2015, pág. 178-180: “*La ética universal nace del hecho de ser humano, que es claramente contextual, sensible a la emoción y orientada al refuerzo de la supervivencia. (...) Ése es el imperativo de la neuroética: partir de una constatación científica —la observación de que el cerebro reacciona ante las cosas según su configuración— para contextualizar y discutir los instintos viscerales que aportan los mayores beneficios —o las soluciones más lógicas— en determinados contextos*”.

²⁸⁹ GAZZANIGA, M. S., “*El cerebro...*”, *Op. Cit.*, pág. 17.

elijamos como moralmente superior, y además con pretensión universal, me temo que no son las neuro-ciencias las que nos van a dar la respuesta. Y además, como decía Paul Newman en una simpática película cuando la dueña de la casa en que vivía le preguntaba si quería un té, «ni ahora ni nunca»²⁹⁰. La respuesta a los dilemas morales dependen de muchos más aspectos a tener en cuenta: no pueden ser reducidas al conocimiento exhaustivo del funcionamiento del cerebro²⁹¹.

Todas las cuestiones, variables y condicionantes mencionadas inciden de alguna manera en el problema que se plantea en el apartado tercero del artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea. No me aventuro a afirmar que el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha visto influenciado por éstas o ha tenido en cuenta alguna a la hora de declarar inconstitucional el precepto. La realidad fáctica se impone en todo momento, por lo que la constatación de que la frecuencia porcentual con la que un secuestro aéreo tiene como desenlace estrellarse sobre la población civil es afortunadamente hasta la fecha, residual. Es este un riesgo que más bien está muy presente en la memoria emotiva de la colectividad por el impacto de los atentados del 11 de Septiembre de 2001 en Nueva York. Sin embargo, la baja probabilidad no implica que no se produzca y que el ordenamiento jurídico no pueda proporcionar una respuesta a un supuesto de hecho mínimamente probable.

Para admitir la operatividad y la constitucionalidad del artículo 14, apartado 3º, el Tribunal Constitucional Federal debería reconocer primero al legislador un amplio margen de apreciación, que comprendería: 1) la posibilidad de actuar tras realizar una cuidadosa y rigurosa ponderación de todos los riesgos e intereses legítimos en juego, esto con la finalidad de que fuera un supuesto normativo operativo en la realidad: y 2) la

²⁹⁰ CORTINA, A., “*Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética...*”, *Op. Cit.*, pág. 144.

²⁹¹ CORTINA, A., “*Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética...*”, *Op. Cit.*, pág. 144: “*Si, como han dicho algunos de los que lanzaron la promesa de una ética universal con bases cerebrales, la neuroética es el estudio de los circuitos cerebrales y su actividad que dan como resultado al ser ético, y lo que llamamos «ética» depende del funcionamiento del cerebro y, en particular, de ciertos sistemas cerebrales trabajando en un contexto social (Mora), entonces tal promesa no se ha cumplido. En primer lugar, porque el neurocientífico recurre necesariamente a otras ciencias, como la sociobiología, la psicología cognitiva, la psicología evolutiva o la antropología biológica, con lo cual nos encontramos hablando, casi sin percatarnos, del bagaje psicológico que necesita un sujeto para reciprocarse, bagaje que es bien complejo y cuyo diseño trasciende con mucho las posibilidades de las neurociencias. Por otra parte, el neurocientífico no suele molestarse en estudiar la dimensión filosófica de los problemas a los que hace frente, con lo cual acaba diciendo atrocidades sin cuento porque ni sabe de qué habla. Pero aun si olvidáramos estos aspectos, quedarían una gran cantidad de interrogantes para los que no hay respuesta ni actual ni previsible, y en esta conclusión recogeremos algunas de las que creemos que son deficiencias del intento, amén de las mencionadas.*”

obligación de establecer las debidas garantías para minimizar el riesgo de equivocaciones en los juicios de valor, estableciendo las condiciones excepcionales, que una vez producidas, son consideradas como garantías de certeza del supuesto de hecho que habilita al derribo de un avión con vidas humanas inocentes. Todo esto con la finalidad de que sea conforme a la Constitución la respuesta al precepto.

Sin embargo, estas segundas son unas condiciones que difícilmente pueden ser cumplidas por el legislador y que, desde luego, no establecía el precepto. La vaguedad del que hacía gala el artículo elevaba exponencialmente el riesgo de una actuación precipitada, arbitraria y equivocada, cuyo resultado es inaceptable.

2.3.3. Valoración crítica sobre la consideración jurídica de la dignidad en el constitucionalismo alemán

La Ley Fundamental y el máximo intérprete constitucional han catalogado la dignidad como derecho fundamental. Pero al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional alemán ha ido pautando una jurisprudencia que lo erige en valor supremo y principio, susceptible de protección constitucional directo a través del recurso de amparo. Asimismo, el texto constitucional proclama su cualidad de intangible y ostenta el carácter de absoluto, contra el que no cabe ponderación ante un conflicto con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos protegidos.

Detrás de esta necesidad imperante de considerar la dignidad como “todo lo posible” en el sistema jurídico, late innegablemente el peso de la Historia “reciente” alemana, así como una aprensión palpable hacia considerarlo únicamente como un valor supremo que prive de real efectividad y protección su contenido. Por todo esto se opta por considerarlo como un derecho fundamental especial, esto es, “supremo”, cuyo reconocimiento impregna al resto del ordenamiento. Y en estas consideraciones estriba el error: se parte de considerar que la categoría normativa “valor jurídico” está exento de aplicabilidad directa, efectividad que se le quiere otorgar a la dignidad “a toda costa”. ¿Cómo se resuelve este conflicto? Se le define como derecho fundamental (dotado de eficacia directa y, por lo tanto, alegable ante los tribunales) pero derecho fundamental “supremo”, origen del que deriva el resto de los derechos fundamentales y criterio de interpretación de éstos. De esta manera se amplía artificialmente la concepción y

definición del derecho fundamental más allá de si misma, considerando que, si es el derecho fundamental supremo, goza naturalmente de omnipresencia y cumple la función propia del valor.

Nace así una novedosa categoría jurídica que satisface el arduo interés porque la dignidad lo constituya todo: el valor supremo-derecho fundamental. Y, asimismo, se crea artificiosamente un derecho fundamental imponderable a diferencia del resto, que lo hace inmune ante la imposición de límites por colisión con otros derechos fundamentales. Estamos ante un derecho fundamental absoluto y, por cierto, también dotado de eternidad (artículo 79. 3 Ley Fundamental).

Todos los problemas que plantea el encaje de la dignidad como “derecho fundamental supremo”, esto es, como derecho subjetivo constitucional dotado de supra-cualidades, se resuelven con la aceptación de que estamos ante el valor supremo del ordenamiento; jurídicamente aplicable y vinculante, aun cuando se sea consciente de las dificultades que entraña la determinación de su contenido. Se puede admitir como punto de partida, que este contenido se vaya configurando a partir de la conformación de los límites negativos, estando la tarea inexorablemente vinculada a la tarea legislativa y la casuística.

Los derechos fundamentales, no son valores, y tampoco se pueden confundir con los principios: nos encontramos ante categorías jurídicas valiosísimas que, al aludir a aspectos concretos de la dignidad, del que derivan, concretan su contenido y orientan al legislador y al operador jurídico. Los derechos fundamentales, al contrario que el valor supremo dignidad, pueden ser sometidos a ponderación ante el conflicto con otros bienes jurídicos protegidos.

Los valores reservan para si la indispensable función de encerrar los fines, inicialmente metajurídicos, a los que se consagra el ordenamiento jurídico. Estos pueden reducirse a uno último y supremo: la dignidad del ser humano, concepto que define la cualidad inicial y suprema del ser humano. Sin embargo, su posición en la cúspide del orden valorativo y normativo no es óbice para admitir el mayor grado de eficacia que le otorga su desarrollo constitucional a través de los derechos fundamentales. Existe, por tanto, una vinculación intrínseca entre ambas categorías que no es reconducible a una

sola. En consecuencia, tampoco es posible encuadrar un concepto normativo en ambos, con el afán de garantizarlo de todas las maneras posibles.

2.4. La dignidad en el constitucionalismo italiano

La Asamblea constituyente, nombrada el 2 de junio de 1946, aprueba la Constitución de la República italiana el 21 de diciembre de 1947. Es esta una Constitución de origen popular, a diferencia de la norma suprema precedente que fue una Carta otorgada por el monarca: el Estatuto Sardo-Piemontese de 1848 (Estatuto Albertino), concedido por el rey Carlos Alberto.

La Constitución entra en vigor el 1 de enero de 1948, abriendo su articulado con el Título denominado “*Principios Fundamentales*”. Con buen criterio sistemático, el primer artículo²⁹² ya define la forma de Estado, a la que califica de “*República democrática fundada en el trabajo*”, poniendo de relieve su decidido carácter social. El artículo 2, por su parte, reconoce los “*derechos inviolables de la persona*”²⁹³, precepto que, ya podemos adelantar, ha sido dotado de un amplio contenido a través de la actividad jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional. El artículo 3 adjetiva la dignidad como “social”, en relación con una de sus más importantes manifestaciones: la igualdad²⁹⁴. Más adelante, en el artículo 32 se dispone que nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado salvo por disposición de una ley, que en ningún caso podrá violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana²⁹⁵. El artículo 36 ofrece una nueva garantía social respecto de la dignidad intrínseca del ser humano al constitucionalizar el derecho de todo trabajador “*a una retribución proporcionada a la*

²⁹² Art. 1: “*Italia es una República democrática fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución*”.

²⁹³ Artículo 2 de la Constitución de la República italiana: “*La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social*”.

²⁹⁴ Artículo 3 de la Constitución de la República italiana: “*Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*”.

²⁹⁵ Art. 32: “*La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana*”.

cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa". Finalmente, en el artículo 41 el valor dignidad supone un límite al ejercicio de las libertades económicas y otras manifestaciones concretas de su contenido: *"la iniciativa económica privada, no podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana"*.

Desde el inicio, llama la atención la opción por la que se decanta el constituyente italiano en el reconocimiento de la dignidad del ser humano: en un primer momento el texto fundacional se inclina por una proclamación tácita y general en su artículo 2º, donde concretamente enuncia los *"derechos inviolables de la persona"*, para, a continuación, entrelazar el valor dignidad con derechos fundamentales de carácter social, a los que sirve de configurador sustantivo utilizando una fórmula negativa; esto es, articulándose la dignidad como un límite necesario en el contenido de éstos. Asimismo, sin embargo, podemos afirmar que se presenta como el valor supremo, de acuerdo con una interpretación conjunta de los artículos 2 y 3. La dignidad se configura como un plus-valor, que junto al principio de igualdad, sustentan el gran edificio del constitucionalismo contemporáneo²⁹⁶. Al respecto, ni la mayoría de la doctrina, ni la jurisprudencia constitucional muestran importantes disensiones a la hora de proclamar la dignidad como el valor superior o el principio supremo del ordenamiento constitucional²⁹⁷, que irradia su influencia a todo el Derecho positivo.

Pero además, la dignidad ve reconocida su dimensión individual al considerar que cada ser humano como tal, constituye *"un bien en sí mismo, independiente de las condiciones personales y sociales, de las actitudes o defectos del sujeto, es decir, que a cualquiera sea reconocido el derecho a que su individualidad sea preservada"*²⁹⁸. Como ya he declarado anteriormente, la dignidad es una cualidad que no aumenta o disminuye a tenor del comportamiento del sujeto; es indisponible e invariable. De esta forma, la exigencia de respeto y protección no se ve suspendida o nivelada por una actuación antijurídica cometida por el individuo, por ejemplo. Si así lo admitiéramos, nos

²⁹⁶ SILVESTRE, G., *"Considerazione sul valore costituzionale della dignità umana"*, en www.associazionedeicostituzionaliti.it

²⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia número 1146-1998. [SEP]

²⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia número 13-1994. [SEP]

adentraríamos en el galimatías de legislar y concretar en qué situaciones y grados el individuo ve aumentado o disminuido su cualidad de digno, y, por lo tanto, en qué circunstancias el ser humano es más o menos humano.

Por su parte, la doctrina italiana se ha esforzado vehementemente en configurar y delimitar el valor supremo de la dignidad, tal y como ocurre en el resto de los ordenamientos jurídicos. Giancarlo Rolla afirma que estamos ante una cláusula general que no puede ser confundida con la categoría de la cláusula abierta, ya que, si así procediéramos, no diferenciaríamos los derechos constitucionalmente protegidos de los que no lo son. Rolla muestra su desacuerdo con aquellas posiciones doctrinales que tratan de atribuir a las cláusulas generales un significado evocativo, excluyendo la directa aplicabilidad en sede jurisdiccional y considerándolas más fórmulas de naturaleza ideal y política que de carácter propiamente jurídico²⁹⁹. Es más, el autor le reconoce a la dignidad humana una pluralidad de funciones que se concretan en las siguientes:

a) Función de interpretación general respecto del resto de derechos reconocidos³⁰⁰. Como criterio general de interpretación, la dignidad exige que ante una disposición susceptible de aceptar más de un significado, deba elegirse la opción más conforme con el valor dignidad.

b) Función distintiva del ordenamiento constitucional.^[11] Los diferentes derechos, aun cuando poseen un significado específico cada uno, tutelan un bien jurídico unitario que se concreta en los rasgos concretos de la personalidad humana; de manera que resultan reconducibles a la más general expresión de la dignidad humana³⁰¹. Como

²⁹⁹ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones Iberoamericanas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 6, enero/diciembre, 2002, pág. 470.

³⁰⁰ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana...”, *Op. Cit.*, pág. 471: “Suministran —dicho en otros términos— una base legal para desarrollar una interpretación evolutiva que asegure una continua síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos. En definitiva, entre Derecho e historia. La actividad interpretativa no posee, en este caso, naturaleza creativa en sentido propio, sino meramente verificadora, en tanto que explícita o relata la historia de los derechos positivamente recogidos”.

³⁰¹ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana...”, *Op. Cit.*, pág. 471. En este punto, Rolla hace referencia a que esta es la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español en la STC 231/88. En ella, el alto Tribunal declara que los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, al domicilio, o al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE) son “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados, sin duda, de la «dignidad de la persona (...) y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

consecuencia natural, el valor confiere unidad al sistema de los derechos fundamentales y, en última instancia, a todo el ordenamiento jurídico.

c) Función de universalización de ciertos derechos fundamentales. El valor universal dignidad obliga a una interpretación no literal, sino evolutiva y amplia de algunos derechos fundamentales, donde no se exija la condición de ciudadano del Estado para su reconocimiento, protección y disfrute. Esta concepción extensiva es admitida en estrecha relación con los Tratados Internacionales que tienden a dar un paso más allá, en este aspecto, que las legislaciones estatales.

d) Función de ponderación en el caso de conflicto entre diversos derechos constitucionales. Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales encuentran un límite total en la protección del valor de la dignidad humana como principio supremo, determinante de todo ordenamiento constitucional democrático.

Rolla afirma que la dimensión individual de la dignidad se traduce, principalmente, en la moderna concepción del respeto al libre desarrollo de la personalidad³⁰², y la estrecha relación con el principio de igualdad en su manifestación de prohibición de discriminación. De esta manera, las diferencias individuales que se presentan en la sociedad en términos sociales y culturales, no pueden constituir el presupuesto para actos de discriminación, puesto que se estaría vulnerando la igual dignidad de la persona³⁰³.

Otros autores, entre los que se encuentran Ruggeri y Spadaro, le reconocen a la dignidad la posición de valor supraconstitucional indiscutible³⁰⁴, admitiendo a continuación, con cierta exculpatória despreocupación, la imposibilidad de proponer una definición de la dignidad que sea satisfactoria³⁰⁵. Aun así, la dignidad, afirman, se caracteriza por gozar de autonomía conceptual respecto del resto de los derechos fundamentales, constituyéndose en “*estrella polar*” que marca “*el fin y los límites, al*

³⁰² ROLLA, G., “*El valor normativo del principio de la dignidad humana...*”, *Op. Cit.*, pág. 307.

³⁰³ ROLLA, G., “Concepto Dignità Umana”, en *Enciclopedia dei Diritti Umani*, Editorial UTET, Torino, 2007, p. 305¹⁷ y ss.

³⁰⁴ RUGGERI, A. y SPADARO, A., “Dignit ell uo o e giurispruenza costituzionale pri e notazioni”, en *Politica del diritto*, 1991, pág. 347.

³⁰⁵ RUGGERI, A. y SPADARO, A., “Dignit ell uo o e giurispruenza...”, *Op. Cit.*, pág. 362.

*mismo tiempo, de los derechos fundamentales y de los deberes inderogables de solidaridad de cada ser humano hacia los demás*³⁰⁶.

Ruggeri añade en otra obra suya posterior y en referencia a la admisión de la eutanasia, que existe un deber constitucional de *“cuidar de sí mismo, hasta en el fondo”*, por el que mantener la vida con dignidad es un derecho y un deber fundamental al mismo tiempo³⁰⁷.

Jörg Luther reconoce que la jurisprudencia italiana conecta la dignidad humana principalmente con el derecho al trabajo y con la salud, esto es, con derechos sociales, constituyendo el valor el “núcleo esencial”. Como consecuencia, este “núcleo esencial” no es susceptible de ponderaciones con otros bienes constitucionalmente reconocidos³⁰⁸, como establece, por ejemplo, la sentencia 252/2001: *“el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se halla «constitucionalmente condicionado» por las exigencias de ponderación con otros intereses constitucionalmente protegidos, salvando, en todo caso, la garantía de «un núcleo irreducible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana el cual impone un impedimento para la constitución de situaciones carentes de tutela que puedan, precisamente, perjudicar la actuación del derecho”*. Fuera de estos derechos sociales, la jurisprudencia define la dignidad desde una perspectiva más general: como el “bien fundamental” al que se refiere “el sentimiento común de la moral”³⁰⁹. Se define como *“aquello que es común a las distintas morales de nuestro tiempo, pero también a la pluralidad de las concepciones éticas que conviven en la sociedad contemporánea”*, que se concreta en el respeto de la persona humana.

Luther se pregunta, además, cuál es la relación entre la razonabilidad y la dignidad. Desde el lenguaje común son consideradas en sentido positivo y se reconocen como valores compatibles con otros y, por tanto, valores morales además de jurídicos³¹⁰.

³⁰⁶ RUGGERI, A., “Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo il diritto costituzionale”, en www.rivistaaic.it, nº 1/2011 (5 diciembre 2010), pág. 3.

³⁰⁷ RUGGERI, A. “Dignità versus vita?”, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011 (29 marzo de 2011).

³⁰⁸ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007, pág. 322.

³⁰⁹ Sentencia 29/2000, en relación con el delito de publicación de imágenes espeluznantes, art. 15 de la Ley sobre la prensa de 1948.

³¹⁰ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, pág. 297.

Sin embargo, la razonabilidad incide en la forma en que el individuo actúa, mientras la dignidad se refiere al modo en que una persona es tratada o se trata a sí misma. La dignidad queda ligada a la persona, de tal forma que puede ser ofendida o defendida. El juicio de razonabilidad se basa, en primer lugar, en criterios racionales, mientras que el juicio de dignidad lo hace en sentimientos³¹¹.

Luther, sin embargo, afirma que la dignidad es jurídicamente inconcebible si se prescinde de las referencias a la razonabilidad del caso concreto. *“Podría concluirse que hablar de la dignidad sin prestar atención a los casos humanos concretos es algo que quizás sólo se permite a los teólogos y filósofos, pero no a los juristas”*³¹².

Ambos son dos conceptos diferenciados, pero fuertemente enlazados: no se puede separar la razonabilidad ni de la dignidad, ni de las ponderaciones a aplicar en los conflictos entre derechos. Luther afirma que, incluso allí donde se argumenta una violación de la dignidad revelando un sentimiento de injusticia, en el fondo se apelará siempre a la razonabilidad de quien debe reconocer la evidencia de la violación. No es admisible hablar de dignidad humana sólo en términos sentimentales, olvidándonos de nuestra razonabilidad y eliminando la conciencia de los límites de nuestra capacidad de razonar³¹³.

Para Luther esta razonabilidad no excluye la posibilidad de que se adexistencia de valores absolutos así como su consideración de principios supremos y absolutos. La razonabilidad resulta impensable y jurídicamente inconcebible si se rechaza una evaluación sobre la dignidad. Las violaciones de la dignidad nunca son razonables, apositilla, si bien la ausencia de razonabilidad por sí sola no constituye necesariamente una violación de la dignidad³¹⁴. Con mayor claridad nos dice Luther que la dignidad sólo puede ser respetada y protegida razonando³¹⁵, siendo el razonar el requisito indispensable para el legislador, el juez y todo aquel que participe en las decisiones colectivas del Estado. *“Es más: la razonabilidad es el primer deber republicano y presupuesto antropológico y cultural del Estado de Derecho, la dignidad quizás el primero de los*

³¹¹ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, págs. 297-298.

³¹² LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, pág. 318.

³¹³ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, pág. 324.

³¹⁴ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, pág. 324.

³¹⁵ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, pág. 325.

derechos de la república, presupuesto antropológico y cultural de la democracia. En la república, el buen ciudadano ha de aspirar conjuntamente a lograr una «razonabilidad digna» y a defender una «dignidad razonable»”³¹⁶.

A mi modo de ver, desde luego que la razón debe estar presente en todo acto, juicio, interpretación o ponderación jurídica: es esta una afirmación de una obviedad manifiesta. Pero se debe admitir con la cautela propia que otorga el conocimiento de que posee una gran flexibilidad intrínseca que le posibilita apoyar las más múltiples interpretaciones e ideologías. De esta manera, con el ejercicio legítimo de esta razonabilidad se pueden adoptar soluciones en relación con los límites marcados por la dignidad que sean totalmente contrapuestas. Es por todo esto, que la razón que debe anudarse al ejercicio y aplicación de la dignidad en Derecho debe ser razón jurídica, esto es, producto de juicios lógico-sistemáticos de la Carta Magna que no repudie, sino que asiente con solidez y prudencia, su evidente contenido axiológico. De otra manera, puede convertirse en el parapeto de cualquier ideología o pensamiento que surja, aun cuando la reduzca a la nada.

Frente a la dignidad como concepto conexo a un ejercicio de razonabilidad, Silvestri, aboga por situarla como valor de referencia ante conflictos entre derechos, de manera que se garantizan respuestas similares, y sin que pueda ser sometida a ponderación³¹⁷. La dignidad no sería un valor constitucional más entre los otros igualmente reconocidos en la Carta Magna y que si precisan de ponderación ante los conflictos que se manifiesten entre ellos; se posiciona en un escalón diferente a éstos, como balanza o criterio de resolución de controversias. Por lo tanto, Silvestri lo coloca como el valor superior y supremo del ordenamiento.

Más recientemente, Paolo Veronesi sostiene que la dignidad, en el artículo 41, párrafo 2, es evocada refiriéndose a su naturaleza de valor, aunque sin definirla³¹⁸. Sin embargo, a mi modo de ver y leyendo el artículo completo, esta opinión nos llevaría a

³¹⁶ LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad...”, *Op. Cit.*, pág. 325.

³¹⁷ SILVESTRI, G., “Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona”, en <http://archivio.rivistaaic.it>, 2008.

³¹⁸ VERONESI, P., “La dignidad humana: una idea aparentemente clara”, en “Dignidad humana y derecho fundamental”, de CHUECA, R. (director), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 135.

considerar como valores la libertad y la seguridad, cuestión que se puede admitir no especialmente problemática³¹⁹. Por el contrario, si considero muy discutible interpretar que el artículo enuncia estos tres supuestos valores adjudicándoles igual trascendencia y posición jerárquica en el ordenamiento jurídico. Veronesi define los principios como concreciones del contenido del valor dignidad. De hecho, señala que frecuentemente, el concepto aparece bajo la forma de principios que son fruto evidente de “acuerdos parcialmente teorizados” emanados de ella³²⁰.

Hasta ahora, hemos aludido a lo que la doctrina ha establecido al respecto. Pasemos pues a la configuración del valor por parte de la jurisprudencia constitucional italiana, que, ya adelantamos, se centra principalmente en su dimensión social.

2.4.1. La dignidad humana según la Corte constitucional italiana

El Alto Tribunal no ha dudado en declarar que *“la dignidad humana es un valor constitucional que impregna por sí mismo el derecho positivo”*³²¹, aun cuando carece de una disposición constitucional explícita. En su vertiente individual, ha proclamado el art. 2 de la Carta Magna como el fundamento y garantía de un *“patrimonio irretractable de la personalidad humana: derechos que pertenecen al hombre entendido como ser libre”*³²², relacionándolo a continuación con la igualdad de la dignidad social de todo ser humano que se reconoce en el artículo 3.

Asimismo, la Corte Constitucional ha destacado en diversas ocasiones, la irrenunciable dimensión del valor dignidad como límite negativo necesario de los derechos, centrándose fundamentalmente en la práctica en la configuración de los límites y contenidos de los derechos sociales. Por ejemplo, en la sentencia n° 44 de 1967, la Corte determina que la tutela de la dignidad humana ha obligado *“al legislador a abolir la reglamentación de la prostitución, la grabación, la afiliación y cualquiera otra*

³¹⁹ Artículo 41: *“Será libre la iniciativa económica privada. No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales”*.

³²⁰ VERONESI, P., *“La dignidad humana: una idea...”*, Op. Cit., pág. 135.

³²¹ Sentencia 293/2000.

³²² Sentencia 11/1956.

degradante calificación o vigilancia sobre las mujeres que ejercen la prostitución". En la sentencia 51/1967 pone en relación el valor dignidad con las exigencias de una retribución salarial y unas condiciones laborales adecuadas para el trabajador: *"la dignidad humana puede ser ofendida por la exigüidad de la retribución o por la inconveniencia o dureza del lugar o de las condiciones de trabajo; no por la existencia per se de una relación de preeminencia entre un trabajador y otro o por un cierto grado de responsabilidad laboral de uno ante el otro ni por la simple calificación del primero como empleador del segundo"*.

Posteriormente, la sentencia 74 de 1968, al analizar la legitimidad constitucional de una ley sobre los tratamientos involuntarios ambulatorios determina que *"un procedimiento de la autoridad pública de seguridad debe ser respetuoso de la persona humana (art. 2 y 32 de la Constitución)"*, a lo que añadió que las autoridades no puede actuar con desprecio a la persona del enfermo.

Más adelante, en la sentencia número 479 de 1987, con ocasión de la regulación de las condiciones sanitarias en el lugar de trabajo, se reafirma el valor absoluto de la persona apoyándose en el artículo 2. En la 217 de 1988, fija como una de las tareas inexcusables de un Estado social de Derecho el contribuir a que la vida de cada persona refleje *"la imagen universal de la dignidad humana"*, de manera que garantice al mayor número de ciudadanos posibles sus derechos sociales, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda³²³.

Tras este somero recorrido jurisprudencial, es fácilmente apreciable que la dignidad se ha visto ampliamente desarrollada a partir de los numerosos pronunciamientos de la Corte en relación con derechos eminentemente sociales. Esta es una consecuencia que emana de la expresa vinculación entre dignidad y derechos individuales sociales del artículo 3, cuyo segundo inciso recoge la cláusula general del Estado social, y que completan las enunciaciones del artículo 32 y el 36 de la

³²³ Sentencia 217/1998: *"el derecho a la vivienda ingresa dentro los requisitos esenciales que caracterizan la socialidad que conforma el Estado democrático querido por la Constitución. En resumen, crear las condiciones mínimas de un Estado social, concurrir a garantizar al mayor número de ciudadanos posible un fundamental derecho social, como aquel a la vivienda, contribuir a que la vida de cada persona refleje cada día y sobre cualquier aspecto la imagen universal de la dignidad humana, son tareas el Estado no puede dejar de lado en ningún caso"*.

Constitución italiana³²⁴. En consecuencia, la redacción constitucional obliga a la jurisprudencia al reconocimiento de la obligación de procurar una efectividad real a través de la relación dignidad-dimensión social del ser humano. Y es, por tanto, una referencia a los poderes públicos sobre la obligación de acometer la tarea de arbitrar las garantías necesarias para ello.

Pero la Corte Constitucional italiana, aun así, ha ido más allá en la configuración del valor dignidad, erigiéndolo como límite absoluto frente a la revisión constitucional³²⁵. Con esta significación, se reafirma en la concepción de que ostenta una categoría y posición jerárquica que la instituye como valor supremo omnipresente y fundamental en el sistema jurídico. Todo ello, recordemos, a pesar de la ausencia de una norma constitucional general y explícita que reconozca el valor dignidad.

Todas estas aseveraciones nos dan un plano meramente general del tratamiento específico del valor dignidad por parte de la jurisprudencia constitucional, que no obvia la exigencia de un análisis más pormenorizado en atención a un adecuado acercamiento. A esta tarea nos consagramos a continuación.

- DIGNIDAD HUMANA Y PROTECCIÓN DE LA SALUD

El derecho a la protección de la salud se plasma en el artículo 32 de la Constitución italiana, calificándolo como “derecho fundamental” en la única ocasión en toda la carta Magna en que esta expresión es utilizada. La jurisprudencia constitucional se ha mostrado conforme a este pronunciamiento aun cuando no ha sido muy prolífico a la hora de hacer uso de esta expresión: en la práctica ha preferido utilizar la locución “*derechos inviolables*”³²⁶ para referirse a los derechos fundamentales.

³²⁴ El título II de la primera parte, consagrada a los derechos y deberes de los ciudadanos, lleva por título “Relaciones éticas y sociales”, donde se sitúan los derechos reconocidos al individuo en tanto se le reconoce como ser social. Entre estos derechos encontramos el derecho a la protección de la salud (art. 32), el derecho a la instrucción (art. 34), el derecho de los trabajadores a una remuneración justa y el derecho de las madres que trabajan en la protección de su función familiar (art. 37), el derecho al cuidado y a la asistencia social de los ciudadanos no aptos para el trabajo y desprovistos de medios de subsistencia (art. 38) y el derecho a la educación y a la formación profesional de los no aptos y minusválidos (art. 38), la libertad sindical y el pluralismo de los sindicatos (art. 39), o el derecho a la huelga (art. 40).

³²⁵ Sentencia 1146/1998.

³²⁶ En el proceso de elaboración de la Constitución italiana se produjo un amplio debate respecto de los derechos sociales. Finalmente, se optó por considerar la igualdad semántica y axiológica entre los

Efectivamente, el término “derecho inviolable” se ha asimilado como un sinónimo³²⁷ de la expresión “derecho fundamental”, tal como lo demuestra el empleo no diferenciado realizado en sus pronunciaciones tanto por la Corte Constitucional como por la doctrina. A partir de aquí, los derechos sociales son considerados derechos inviolables.

En cuanto al derecho a la protección de la salud, la Corte Constitucional le ha reconocido un contenido mínimo y fundamental como consecuencia de la proclamación de la dignidad del ser humano en el texto de la Carta Magna, y en concreto por el tenor del artículo 32. Así lo declara en la sentencia 185 de 1998, completando esta referencia con una pronunciación posterior donde alude al “*núcleo esencial*” (sentencia 267/1998) e “*irreductible*” del derecho a la protección de la salud (sentencia 252/2001) protegido por la Constitución como ámbito inviolable que se engloba en el contenido de la dignidad humana³²⁸.

Este núcleo mínimo del derecho a la protección de la salud protegido por la Constitución opera como mandato hacia los poderes públicos y les obliga a ofrecer una tutela sanitaria básica a toda persona, sin restricciones, reconociendo explícitamente el artículo 32 un derecho a la protección de la salud gratuita de “*los indigentes*”³²⁹. Igualmente, esta es la senda que se reitera en la sentencia 509/2000, donde el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se garantiza a toda persona. Sin embargo, en la sentencia se apostilla que se trata de un derecho constitucionalmente condicionado a la tarea del legislador, en donde se debe hacer un balance del interés tutelado por tal derecho con los demás intereses constitucionalmente protegidos. Este balance a su vez, tiene que tener en cuenta los límites objetivos que se

derechos individuales y los derechos sociales. (Baldassarre, A., “*Diritti sociali*”, en Enc. giur. (vol XI). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989).

³²⁷ La Sentencia 1/1956, certificó que los derechos inviolables no eran únicamente aquellos que la Constitución declaraba expresamente como tales (la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de comunicación, etc.). Entre ellos que se debían incluir los derechos sociales.

³²⁸ Sentencia 252/2001: “*El derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se halla «constitucionalmente condicionado» por las exigencias de ponderación con otros intereses constitucionalmente protegidos, salvando, en todo caso, la garantía de «un núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana el cual impone un impedimento para la constitución de situaciones carentes de tutela que puedan, precisamente, perjudicar la actuación del derecho».*”

³²⁹ Sentencia 309/1999.

dan en relación a los recursos organizativos y financieros existentes, quedando salvo, en todo caso, el núcleo irreducible del derecho a la protección de la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana. En efecto, como nos muestra la sentencia, el Alto Tribunal tiene en consideración el impacto financiero y presupuestario del derecho a la protección de la salud como un límite al derecho, pero no hasta el extremo de anular o ignorar este núcleo mínimo que obligatoriamente debe garantizar el Estado en su opción social³³⁰.

La Corte constitucional, además, ha extendido la titularidad del derecho a la protección de la salud a los extranjeros. La sentencia 432/2005 puntualiza que, aunque, el derecho a los tratos sanitarios necesarios para la tutela de la salud se encuentra condicionado constitucionalmente por las exigencias de balance con otros intereses constitucionalmente protegidos, se excepciona *“un núcleo irrenunciable del derecho a la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, (...) que impone (...) impedir la constitución de situaciones ausentes de tutela, que puedan perjudicar la realización de aquel derecho” (...)*. Este *“núcleo irreducible” de tutela de la salud cuál derecho de la persona debe por tanto también ser reconocido a los extranjeros, cualquiera sea su posición respecto a las normas que regulan la entrada y la permanencia en el Estado, incluso el legislador pudiendo prever muchas modalidades de ejercicio del mismo”*.

La sentencia añade que el valor igualdad, constitucionalmente reconocido, prohíbe las distinciones entre la posición del ciudadano y el extranjero cuando sea

³³⁰ Es en este momento cuando aparece el principio de gradualidad al que la Corte ha hecho referencia en varias ocasiones. El principio de gradualidad o progresividad implica un reconocimiento de las limitaciones del legislador en el desarrollo efectivo de normas constitucionales que consagran derechos sociales: se reconoce que los derechos sociales se ven irremediamente condicionados, a la hora de materializarse, por otros intereses también constitucionalmente protegidos como consecuencia de los límites objetivos que imponen los recursos financieros disponibles. Estos son limitados. De esta forma, los derechos se ven condicionados en su efectividad, sometiéndose a las posibilidades financieras del Estado en su amplitud y desarrollo. El Alto Tribunal italiano ha reconocido este condicionamiento en la sentencia 455 del 16 de octubre de 1990, precisamente respecto del derecho a la protección de la salud. Ante este panorama contextual, Jean-Jacques Pardini ha reconocido un riesgo real de retroceso del Estado Social que *“explica los temores más altos evocados según los cuales la Corte Constitucional, en su realismo frío, abandonaría su rol de promoción de los derechos sociales. Sin embargo, los límites que ella marca también frente al legislador dejan más bien pensar que, la fuerza de los hechos económicos que han reaccionado [ayant agi], ella desea proceder a una reorganización del Estado Social”* (PARDINI, JEAN-JACQUES, *“Principe de gradualità et droits sociaux de prestation (ou l’effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie)”*, en *“Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen”*, 2006).

referido al goce de los derechos inviolables del hombre. Por tanto, incluso el extranjero que se encuentre en situación irregular en el Estado “*tiene derecho de disfrutar de todas las prestaciones que resulten impostergables y urgentes, según los criterios indicados por el artículo 35, inciso 3, del decreto legislativo n. 286 del 1998, tratándose de un derecho fundamental de la persona que tiene que ser garantizado, tal como dispuesto, en línea general, del art. 2 del mismo decreto legislativo n. 286 del 1998*”³³¹.

Se reconoce, pues, el carácter universal a este núcleo esencial e irreductible del derecho a la protección de la salud como ámbito protegido y garantizado por la dignidad del ser humano, en relación con otro valor derivado, a su vez, de éste: la igualdad.

- DIGNIDAD HUMANA Y ÁMBITO LABORAL

La dignidad la encontramos expresamente enunciada en la Constitución italiana como condicionante y garantía activa en las estipulaciones que afectan al individuo en cuanto trabajador, según lo dispuesto en el Título III. En este Título, cuya nomenclatura concreta es “*De las relaciones económicas*”, el constituyente ha plasmado un claro y rotundo interés en tutelar la dignidad del individuo en el ámbito laboral, haciendo hincapié en la obligación de una “*retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa*” (art. 36) y el respeto a la libertad en la iniciativa económica privada, siempre y cuando se desarrolle sin que “*inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana*” (art. 41).

El Alto Tribunal tiene claro, y así lo ha puesto de relieve en sus numerosas pronunciaciones, que las infracciones o violaciones de los derechos del trabajador inciden directamente en su dignidad, siendo la actividad laboral vital en el desarrollo de la personalidad del individuo. Como consecuencia, el Tribunal no ha dudado en proclamar que el no cumplimiento por parte del patrono del pago del salario o parte de él, pueden producir “*daños de varios géneros*”, entre los que enumera los “*daños a la persona y a su dignidad*”, así como a la salud física y psíquica. Y esto es un “*hecho*

³³¹ Sentencia 252/2000.

incontrovertido”³³².

En cuanto al *mobbing* (o acoso moral en el trabajo) la Corte Constitucional se pronunció al respecto a tenor de la sentencia 359/2003, declarando inconstitucional la Ley 16/2002. Esta Ley establecía toda una serie de medidas de prevención contra la aparición y difusión del acoso en el trabajo, así como la tipificación de conductas constitutivas de acoso laboral. Sin embargo, la Corte declara inconstitucional esta Ley, alegando que el *mobbing* debe encuadrarse en el orden civil³³³, materia que el artículo 117 de la Constitución italiana reserva como ámbito competencial exclusivo del Estado.

También le reconoce potestad a la legislación regional para intervenir en el ámbito civil y penal cuando la finalidad sea la protección de la salud física y psíquica de los trabajadores, en congruencia con la enumeración contemplada en el artículo 117 como materia de legislación concurrente tanto para el para el Estado como para las regiones³³⁴. Incluso añade que la ley regional tiene competencia en la adopción de medidas tendentes a profundizar en el estudio del fenómeno del acoso, así como en su prevención. Recordemos que el 117 establece que, en las materias de legislación concurrente corresponde a las Regiones la potestad legislativa, excepto para la determinación de los principios fundamentales, que se reserva a la legislación del Estado³³⁵.

³³² Sentencia 113-2004, partió de que era un hecho incontrovertido “*que de la violación por parte del patrono de la obligación de destinar al trabajador el monto del salario –rubros- a que tiene derecho puede derivar en daños de varios géneros: daños en el complejo de capacidad y aptitudes que viene definido con el término de profesionalidad(...); daños a la persona y a su dignidad, particularmente graves en la hipótesis, en que la ausencia de destinar al trabajador los rubros a los que tiene derecho se concretiza en la ausencia de cualquiera prestación, así que él recibe la retribución sin proveer ningún correspondiente; daños a la salud psíquica y física*”.

³³³ Sentencia 359/2003.

³³⁴ El 117 de la Constitución italiana señala como “*materias de legislación concurrente las relativas a: (...) protección y seguridad del trabajo; (...) protección de la salud (...). En las materias de legislación concurrente corresponde a las Regiones la potestad legislativa, excepto para la determinación de los principios fundamentales, reservada a la legislación del Estado*”.

³³⁵ Posteriormente a la Sentencia 359/2003 dos leyes regionales sobre la materia se han promulgado: la Ley de Abruzzo 26/2004 y la Ley de Umbría 18/2005. Ambas se refieren a la salud físico-psíquica de los trabajadores así como a la prevención del acoso laboral. La primera de estas leyes fue declarada constitucional en la Sentencia 22/2006, dado que “*da por presupuesta la noción de los comportamientos que pueden dar lugar al mobbing y no formula sobre este fenómeno ni una definición general ni ejemplificaciones*”. Sin embargo, la segunda Ley enumera en su primer artículo una serie de conductas que pueden ser consideradas constitutivas de acoso laboral, lo que nos lleva a preguntarnos sobre su constitucionalidad, habida cuenta de que la jurisprudencia constitucional se inclina por considerar que la definición de cualquier objeto de actuación normativa regional debe hacerse respetando los principios establecidos previamente por el legislador estatal.

En definitiva, la Constitución impone una fuerte tutela a la dignidad del trabajador cuya pretensión es erradicar situaciones de marginación, discriminación, explotación o acoso laboral. El constitucionalismo italiano apreció con acierto que el ámbito laboral es un contexto proclive a las violaciones de la dignidad, dadas las condiciones de desigualdad inicial que conlleva la relación de trabajo. De ahí que el objetivo de eliminar la desigualdad entre las partes a través de un especial “blindaje” jurídico a la parte más débil se alce como uno de los fundamentos que justifican y motivan todo el Derecho del Trabajo. No olvidemos, al igual que no lo ha hecho el ordenamiento constitucional italiano, que la igualdad es una de las manifestaciones que se entroncan directamente con el valor supremo dignidad e indispensable en su contenido una vez se han identificado los parámetros que necesitan su efecto equilibrador.

2.4.2. Valoración crítica sobre la consideración jurídica de la dignidad en el constitucionalismo italiano

Lo que se aprecia tras la lectura de la Constitución italiana es que su articulado no incluye una enumeración explícita de los valores que la inspiran, ni siquiera podemos aspirar a encontrarlos diseminados sutilmente por el texto. La Carta Magna optó por reconocer principios y reglas, evitando de forma consciente, seguramente, introducirse en el ámbito eminentemente axiológico al que abocan éstos y prefiriendo plasmar una vertiente más concreta de los valores que es la que se vierte en los principios y, en mayor grado, en las reglas ³³⁶. Asimismo, evita aludir explícitamente al concepto “dignidad” como valor supremo general. Sin embargo, tanto la doctrina como jurisprudencia afirman que se encuentra recogida como valor en la proclamación de “*los derechos inviolables del hombre*” del artículo 2º, siendo éste el presupuesto del que derivan el resto de derechos, para posteriormente aparecer adjetivada y precisada en su dimensión igualitaria y social en varios artículos.

³³⁶ La Constitución italiana hace referencia a la libertad y la democracia en la Presentación: “*Por esta razón es importante que esta sea conocida y comprendida por las generaciones jóvenes que deberán formar la sociedad del mañana sobre la base de los grandes valores de libertad y democracia*”. Sin embargo, se echa en falta en su articulado una proclamación expresa y vinculante que defina como pilares del ordenamiento jurídico los valores que la conforman, a la manera de la Constitución alemana o española.

Es en este punto que debo mostrar mi disconformidad, en apoyo de la necesidad inexcusable de la proclamación expresa de los valores supremos en las Constituciones, sin ambigüedades, sin tener que acudir a criterios interpretativos, preferentemente en su articulado y concretamente en el primer artículo del texto. Su efectividad, obligatoriedad, así como su carácter absolutamente esencial, deben quedar fuera de toda discusión o duda. Los valores poseen una funcionalidad esencial, fundamentadora de todo el sistema jurídico, que no puede ignorarse ni verse sustituido en modo alguno por la concreción semántica y funcional que los principios y las reglas proporcionan al extenso contenido del valor. Admitir este extremo significaría limitar y circunscribir a algunos de sus principios el reconocimiento de los pilares básicos de todo ordenamiento jurídico democrático que se precie, y por lo tanto, acotar incomprensiblemente las múltiples dimensiones efectivas de las que goza, relegándolas a las expresamente elegidas y proclamadas.

Tampoco considero que sea posible aceptar una proclamación constitucional expresa de los principios como un reconocimiento tácito del valor del que derivan. No desde el momento que esto exige el ejercicio de una tarea interpretativa más allá del propio texto constitucional que nos coloca fuera del Derecho más allá de lo necesario y razonable, con el añadido de que complica exponencialmente la labor, ya ardua y compleja de por sí, de la determinación de los valores-origen. Implicaría asimismo, sustituir el método sistemático-deductivo de interpretación del contenido de la Constitución por un método inductivo cuyo punto de partida se situaría, como digo, fuera del Derecho y que nos dirige al abandono de la lógica de la suprema posición jerárquica de la Constitución en el sistema normativo en una cuestión. El efecto resultante de esta hipótesis sería la confusión y la inseguridad jurídica. Recordemos que, aunque no cabe duda de que los valores se nutren de un contenido axiológico que es pre-jurídico en su origen y en su naturaleza inicial, exigen ser positivados para ser considerados “existentes” para el Derecho³³⁷.

³³⁷ De otra manera, lo explica también con gran acierto Rubio Llorente en el Voto Particular que emite en la STC 53/1985: *“El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente”*.

También me produce un gran rechazo el relegar la enunciación expresa de los valores superiores al Preámbulo o la Presentación de la norma básica del ordenamiento jurídico. Esta pieza que se inserta en las Constituciones carece de alcance normativo, erigiéndose, sólo en el mejor de los casos, como una base interpretativa del articulado posterior y del resto del sistema jurídico al que, en la práctica, poco o nada es objeto de atención jurídica. El lugar idóneo para la enunciación de los valores constitucionales, dado su carácter preeminente y universal como fines últimos del ordenamiento jurídico, se ubica en el inicio de la Carta Magna; esto es, el primer artículo de la Constitución.

En definitiva, podemos afirmar que la dignidad humana en el constitucionalismo italiano no se encuentra reconocida en una disposición explícita y con carácter general, sino que debemos acometer una tarea interpretativa que abarca el artículo 2º y si se quiere, el 3º, como única alternativa para considerarla plasmada constitucionalmente. Esta es la opción interpretativa que posibilita a la dignidad el reconocimiento de la importancia máxima y troncal que se le atribuye en ordenamientos jurídicos como el alemán³³⁸. Por su parte, y en justo mérito, debemos admitir el desarrollo cardinal y determinante del concepto acometido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, conscientes de la necesidad de situarlo como el valor absoluto que fundamenta el sistema normativo, a pesar de todo. Es preciso destacar, aún más, la tarea interpretativa realizada por la Corte Constitucional italiana, que no sólo erige en “*bien fundamental*” a la dignidad humana, sino también la proclama como valor constitucional del Derecho positivo que condiciona la interpretación de las todas las disposiciones normativas³³⁹.

Como consecuencia de su reconocimiento como valor constitucional que sustancia los derechos fundamentales y por su dimensión limitadora de la libertad personal, el concepto se vincula estrechamente con las manifestaciones de los derechos inherentes de la persona, entre las que el constitucionalismo italiano ha destacado, tanto en la Carta Magna como en sus pronunciamientos jurisprudenciales, la vertiente

³³⁸ Ruggeri llega a afirmar que una de las concepciones más acreditadas actualmente es aquella según la cual la Constitución es, en esencia, una carta de valores positivizados, aun cuando no sea posible reducirla únicamente a eso: también es fundamento y límite de la soberanía. “Sin embargo, también esta ampliación del concepto puede reconducirse al primero”. RUGGERI, A., “Balances entre valores constitucionales y Teoría de las fuentes”, en “*Teoría y Realidad Constitucional*”, nº 12-13, 2º semestre 2004, págs. 155-180.

³³⁹ Sentencia 293/2000.

social³⁴⁰. Es evidente la enfatización puesta en la fórmula de Estado de carácter intervencionista, orientado a la consecución de objetivos de justicia social, en conexión con la dignidad intrínseca del ser humano. Sin embargo, se distancia de las Constituciones de tendencia eminentemente socialista al reconocer, además, derechos civiles y políticos (Títulos I y II). En consecuencia, los derechos económicos y sociales buscan como objetivo final la justicia social³⁴¹, pero se deben considerar en conjunción con el resto de derechos fundamentales, indispensables todos y cada uno en la realización efectiva del valor dignidad.

Solo resta apostillar, por su relevancia, la actualización de la visión de la economía social imperante en la cultura constitucional italiana que ha tenido lugar en este siglo; cambio al que ha contribuido la entrada de Italia en la Unión Europea. Tras la recepción de los principios comunitarios europeos se ha producido una progresiva moderación hacia una economía social de mercado, plasmada constitucionalmente en la revisión de 2001 (ley constitucional de 18 de octubre de 2001, n. 3) que afecta al artículo 117 de la Constitución. Ya en el primer párrafo del 117 se subordina toda legislación (estatal y regional) a las “*obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y los compromisos internacionales*”; para a continuación enumerar las materias de legislación exclusiva por parte del Estado, así como las concurrentes con las Regiones. La revisión incluye aspectos relacionados con el “libre mercado” como materia reservada a la legislación estatal (apartado e), correspondiéndole al Estado en exclusiva la regulación de la moneda, la protección del ahorro y los mercados financieros, la defensa de la competencia, el sistema monetario, el régimen tributario y contable del Estado y la compensación de los recursos financieros. De esta manera, el ordenamiento comunitario ha propiciado –u obligado- la adopción constitucional de una economía social de

³⁴⁰ “*La interpretación más creativa y significativa del concepto, por parte de este órgano, se encuentra en el campo de los derechos sociales*”, afirma Bognetti refiriéndose a la labor de la Corte Constitucional. (BOGNETTI, G., “*The concept of human dignity in European and US constitutionalism*”, en NOLTE (ed.), *European and Us Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pág. 96).

³⁴¹ La Constitución italiana se detiene en la formulación de las condiciones generales del trabajo y los derechos y deberes del individuo en cuanto trabajador, fiel a su espíritu social. La propiedad privada es reconocida (art. 42), igual que la pública, pero el derecho de propiedad puede verse limitado por el Estado por motivos de interés general en la expropiación o con el fin de “asegurar la función social y hacerla accesible a todos”. La iniciativa económica privada es libre (art. 41), pero siempre susceptible de limitación por razones sociales o de “seguridad”, “libertad” o “dignidad humana”, en otra clara manifestación de desconfianza de la economía de mercado y, por ende, del empresario. El Estado debe, incluso, regular, coordinar y controlar el ejercicio del crédito (art. 47).

mercado más fuerte y definida³⁴², que refuerza una realización más plena, a mi modo de ver, del valor superior dignidad.

³⁴² Recomiendo la disertación al respecto que realiza GIUSEPPE DE VERGOTTINI: “*La Constitución económica italiana: pasado y actualidad*”, en “*Teoría y Realidad Constitucional*”, UNED, número 29, 2012. El autor afirma que se puede asumir una economía de mercado que de un paso más, haciendo una interpretación del artículo 41 de la Constitución italiana que de “*más valor a las garantías ofrecidas por la actual formulación*”, sin necesidad de reformar el artículo con el objeto de eliminar los condicionamientos a la iniciativa económica privada, tal y como propuso el ministro de economía en junio de 2010.

3. LA DIGNIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (I): EL ARTÍCULO 10.1.

Por poco que nos adentremos en el análisis de la dignidad humana en nuestro constitucionalismo, nos encontramos que ocupa una posición primordial en el sistema axiológico positivado por el constituyente de 1978, cumpliendo con múltiples funciones. En efecto, no podemos dejarnos embaucar por el reconocimiento del valor superior dignidad en el inadecuado y postrero artículo 10.1 e ignorar su presencia en todo el sistema normativo: como sustrato general y dinámico de toda norma, como criterio interpretativo del mismo y eliminador de toda posible laguna jurídica, como límite y, también cuando se precie, extensión, en el contenido de los derechos. Su carácter de fundamento general del ordenamiento dibuja al estudioso un panorama donde se deduce con facilidad su proyección en toda la materia jurídica, más allá del marcado por la disciplina estrictamente constitucional.

Todas estas proclamas, a las que me suscribo al igual que casi la totalidad de la doctrina, se reducen en la práctica judicial, sin embargo, a las vulneraciones en su proyección y relación con los derechos específicos y concretos, sin que parezca poseer la dignidad autonomía para fundamentar un recurso de amparo por sí sola. Así lo afirma el Tribunal Constitucional remitiéndose a la literalidad de lo establecido en los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC ³⁴³, porque, y es aquí donde se desliza con naturalidad la pregunta, ¿cómo definir de forma general la dignidad humana sino es recurriendo a las manifestaciones concretas de su esencia en los derechos? Su, aparentemente inabarcable contenido, ha hecho desistir a muchos autores de intentarlo, circunscribiéndose al análisis

³⁴³ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones. Por ejemplo, en la STC 136/1996 declara que “*el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.1 LOTC (SSTC 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985)*”. También en la STC 116/1999, de 17 de julio: “*la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE)*”.

de las más factibles –y, a decir verdad indulgentes con el estudioso- garantías que constituyen aspectos fundamentales en su realización, esto es, la libertad y la igualdad y el resto de los derechos fundamentales. Nada más lejos de mi intención reprochar semejante elección. Desde la humildad, abordo una noción que, soy consciente, se intenta conocer y enmarcar desde los inicios de la filosofía y que, se ha desvelado como una especie de “*cuadratura del círculo*”. Con mayor claridad: conceptualizar la dignidad es definir la naturaleza humana y para eso el hombre debe conocerse a sí mismo respondiendo a todas las preguntas que se pierden sin respuesta desde la noche de los tiempos.

Desde este punto de partida, considero que todos los estudios sobre la dignidad son meritorios y contribuyen desde el acierto o el error a ir definiendo un “Ser” en el individuo, que quizás, aventuro con ligereza confesa, no es ni necesario precisar, desde el momento en que la dignidad es irrenunciable, indisponible e invariable. Si lo que puede ser atacado y reducido a la nada son sus manifestaciones, quizás son éstas las que necesitan ser definidas y garantizadas: el ser humano no deja de serlo porque coarten su libertad o la reduzcan a su mínima expresión, lo menosprecien o violenten su integridad física y moral. Sin embargo, como tal, el orden político y jurídico está obligado a garantizarlo en su más perfecta realización.

A pesar de todo ello, no puedo considerar satisfactorias las argumentaciones que aboguen por la imposibilidad de definir el valor superior dignidad, o las que se conforman con atribuir al intelecto un “instinto” que nos indica cuando es vulnerado, aún cuando no sepamos describir qué es. En primer lugar, afirmo categóricamente (ya lo he mencionado anteriormente) que la posición que le corresponde a nuestro valor superior debe ser el artículo 1 de la Constitución, pudiéndose incluir la mención expresa de los dos valores superiores fundamentales que derivan directamente de ella: la libertad y la igualdad. Sería a mi parecer más que recomendable no olvidar esta referencia en el artículo, en aras de una mayor precisión jurídica y en honor a su importancia. En cuanto a la aproximación al concepto valor supremo dignidad, se puede definir como el “ser” del individuo, previo al Derecho y positivado por éste, por el que es titular, de pleno derecho o en grado potencial, de todos los derechos, sin exigírsele ninguna condición y en pie de igualdad: un individuo no posee más dignidad que otro. Es el ser humano un fin en sí mismo, tal y como manifestó Kant, y el fin último del Derecho, y ello deriva de

su máxima personificación de “lo digno”. Al efecto, y como no podría ser de otra manera, el sistema jurídico reconoce al Estado obligaciones tanto positivas como negativas que garantizan la efectividad real del valor en sus manifestaciones, indispensables para el adecuado desarrollo personal del individuo.

No obstante, para el reconocimiento del valor, el constituyente consideró suficiente relegarlo al artículo 10.1 de la Constitución, por lo que vamos a analizar pormenorizadamente su contenido.

El Título I de la Constitución se inicia con el reconocimiento de la “*dignidad de la persona*”³⁴⁴. De esta manera, el constituyente español plasmó la influencia recibida desde el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn. No obstante, no se dejó tentar por la posibilidad de incorporar la dignidad como derecho fundamental o incluir su calificación de “intangible”, como sí hizo el constituyente alemán.

Asimismo, el artículo 10 de nuestro texto, se enreda en un galimatías donde la dignidad se erige en “*fundamento del orden político y de la paz social*”. El artículo señala directamente hacia su consideración como un valor superior al erigirla en la base del orden político, pero, al mismo tiempo, nos hace cuestionar su no inclusión en el artículo 1.1 de la Constitución. Sin embargo, y además como ingrediente perturbador, es fundamento de la paz social como segunda aclamación que suele pasarse por alto ante la poca fortuna, que se vislumbra de antemano, en la determinación del significado de esta expresión.

Hernández Gil³⁴⁵ señala que el 10.1 no tiene la apariencia de una norma de conducta u organizativa, pero debe entenderse como un precepto con fuerza obligatoria para los ciudadanos y los poderes públicos. Fernández Segado, por su parte, afirma que no estamos ante una mera definición doctrinal o ideológica o ante una cláusula de limitada o nula eficacia práctica: el 10.1 recoge cómo entiende el legislador constituyente el fundamento del orden político y de la paz social, de manera que cuando establece que

³⁴⁴ Artículo 10.1 CE: “*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*”.

³⁴⁵ HERNÁNDEZ GIL, a., “*El cambio político español y la Constitución*”, Editorial Planeta, Barcelona, 1982, pág. 421.

la dignidad de la persona es fundamento de la paz social, pone de manifiesto que ésta no es posible sin la dignidad de la persona. En puridad, no hay paz social sin dignidad de la persona y no hay dignidad de la persona si falta la paz social. En consecuencia, el precepto supone la consagración de la persona y de su dignidad como el fundamento de la totalidad del orden político, pero además, y precisamente por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico³⁴⁶.

Estemos o no de acuerdo con la redacción de la dignidad como fundamento del orden político y la paz social, el Tribunal Constitucional toma como base esta confusa redacción para proclamar la dignidad como “*fundamento jurídico del ordenamiento jurídico entero*” (STC 5/1981), como “*valor cardinal*” (STC 170/1994), como “*valor jurídico fundamental*” (STC 53/1985), o como “*mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar*” (STC 120/1990). El propio Tribunal Constitucional afirma que su función interpretadora en cuanto a este precepto no está sujeta a ninguna concepción previa. Así, se expresa en la sentencia 150/1991, Fundamento Jurídico 4: “*... las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad ... si bien integran mandatos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo*”.

Para Mora esta afirmación resulta oscura, en cuanto se ignora qué entiende el Tribunal por «construcción dogmática». Afirma que no puede evitar la polémica iusnaturalismo-positivismo, “*aunque más bien parece que quiere excluir, de forma precisamente dogmática, el reconocimiento del Derecho Natural, en la labor interpretativa del propio Tribunal*”³⁴⁷.

A mi modo de ver, la afirmación del Tribunal sobre que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad no pretenden la consagración de ninguna construcción dogmática, hace referencia al hecho de que interpretará el precepto según el texto-base del que dispone, esto es, la Carta Magna, sin dejarse influenciar por

³⁴⁶ FERNANDEZ SEGADO, F., “*La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*”, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5924>

³⁴⁷ MORA, J.E., en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/5545/1/JOSE%20ENRIQUE%20MORA.pdf>

corrientes anteriores que defienden un significado más o menos iusnaturalista. Otra cuestión sería verificar esta afirmación a través de su jurisprudencia, pero ese no es un análisis que se deba realizar aquí. No obstante, sobre el tratamiento jurídico de la dignidad por parte del Tribunal Constitucional volveré en un epígrafe posterior, con mayor ahondamiento.

Para Pérez-Luño, el artículo 10 conjuga en una misma norma y con un claro matiz iusnaturalista, el valor de la dignidad de la persona y los derechos inalienables que le son inherentes, con el libre desenvolvimiento de la personalidad. Pérez-Luño cita a Basile, quién entiende que el art. 10.1 recuerda modelos franceses del siglo XVIII, pero recibe también influencias más recientes sobre todo alemanas e italianas, y de cuya afirmación Pérez-Luño extrae un reconocimiento implícito de la impronta iusnaturalista del precepto ³⁴⁸. Asimismo, Garrido Falla señala que, con el artículo 10.1, nuestra Constitución se adhiere a *“una metafísica personalista (naturae rationalis individua substantia, como definiera Boecio), que da por supuesta la identidad persona humana-persona jurídica y que consiguientemente excluye la esclavitud”*³⁴⁹.

Para Lucas Verdú el artículo 10.1 CE expresa la visión constitucional de la persona y la “dimensión axiológica” que ostenta la Carta Magna. Para el profesor la dignidad es, indiscutiblemente, un valor constitucional porque cuenta con la dimensión axiológica característica de la superioridad. De esta forma, la dignidad no es resultado del Estado social y democrático de derecho, sino un presupuesto de este. *“El hombre no es digno porque su convivencia se configure con arreglo a dicho Estado de derecho, sino justamente, al contrario: el Estado social y democrático de derecho es digno en la medida en que cuadra con la dignidad humana”*.

De todo lo expuesto, la conclusión obvia para Lucas Verdú es que, si bien la noción dignidad de la persona no se encuentra reconocida junto con el resto de los valores constitucionales que se enumeran en el artículo 1.1. CE, sí se encuadra dentro de esta consideración. Y ello, tanto por su eminente carácter de parámetro interpretativo del

³⁴⁸ PEREZ LUÑO, A.E., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 331.

³⁴⁹ GARRIDO FALLA, F. (director), “Comentarios a la Constitución”, Tomo II, Editorial Civitas, 3ª Edición, Madrid. 2001, pág. 137.

resto de las normas como por el hecho de que no puede hablarse de igualdad, libertad, justicia, ni pluralismo político, sin hacer referencia a la idea de dignidad de la persona, pues todos estos valores encuentran su fundamento primario precisamente en la dignidad inherente a toda persona humana, reconocida, además, como fundamento del conjunto de derechos fundamentales que, a su vez, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social³⁵⁰.

Lucas Verdú, una vez analiza esta función fundadora del orden político y social, lo interpreta como que el régimen político sólo será legítimo en la medida en que respete y proteja:

- la dignidad de todas y cada una de las personas.
- sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad.
- el imperio de la ley.
- el recto uso de todos esos derechos.

El profesor Lucas Verdú subraya el carácter legitimador de la dignidad, que exige tanto prestaciones positivas como abstenciones por parte del Estado. Su función fundadora adquiere especial trascendencia tratándose del imperio estatal, y esto porque opera como presupuesto y límite para el ejercicio de la potestad de los poderes públicos, de modo que, la validez y la legitimidad de cualquier acto emanado de la autoridad dependerá de su adecuación a los valores a que responden los derechos fundamentales de todas las personas.

Ruiz-Giménez Cortés ha distinguido cuatro dimensiones en la dignidad personal³⁵¹:

³⁵⁰ LUCAS VERDÚ, P., “*Estimativa y política constitucionales*”, Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984, pág. 104.

³⁵¹ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Derechos fundamentales de la persona (Comentario al artículo 10 de la Constitución)”, en ALZAGA, O. (dir.), “*Comentario a las Leyes Políticas*”, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 113-114.

a) la dimensión religiosa o teológica, que entraña un vínculo de filiación a Dios ya que estamos “hechos a su imagen y semejanza”.

b) la dimensión ontológica, como seres dotados de racionalidad, inteligencia libertad y consciencia de si mismo.

c) la dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, no absoluta, pero sí como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta; y de esfuerzo de liberación frente a interferencias o presiones alienantes y de manipulaciones cosificadoras.

d) la dimensión social, como estima y fama dimanante de un comportamiento positivamente valioso, privado o público, en la vida de relación.

A partir de esta clasificación, Ruiz-Giménez entiende que las dimensiones que se deben tener en cuenta a la hora de aplicar el 10.1 son la de carácter ontológico (racionalidad y libertad del ser humano) y la de carácter ético profundo (autonomía y fin de si mismo, no medio o instrumento de nadie). Asimismo, señala la estrecha relación que guardan el artículo 10.1 y el 9.2, ya que este último impone la obligación a todos los poderes públicos de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad”*, contenidos básicos y fundamentales de la dignidad humana, sean reales y efectivos; así como la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y la garantía de *“la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*³⁵².

En definitiva, el artículo 10 supone la consagración de la persona y de su dignidad en el centro nuclear del ordenamiento jurídico como valor rector supremo, y, como consecuencia natural y lógica, se erige en el fundamento de la totalidad del orden político. Como ha señalado Parejo, se condensa aquí, y en clave principal, la filosofía, los criterios axiológicos a que responde por entero y que sustentan el orden dogmático constitucional³⁵³. Esta cima fundacional de las normas y el Derecho donde se sitúa la

³⁵² RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, *“Comentarios a la Constitución de 1978”*, Madrid, Edersa, 1997, T. II, pág. 58.

³⁵³ LUCIANO PAREJO, A., *“Estado social y Administración Pública”*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 71.

dignidad humana no supone, sin embargo, un mandato de elección respecto de un determinado orden económico o social, más allá de aquel que respete su esencia y contenido.

3.1. La dignidad de la persona como fundamento de los derechos fundamentales. Exclusión de la consideración de la dignidad como derecho fundamental

Sin embargo, influencias aparte, no es discutida la consideración de que la dignidad constituye la base, fuente y fundamento de los derechos. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, pone de relieve con prontitud, la doble naturaleza de los derechos fundamentales que se considera reconocida en el 10.1³⁵⁴:

“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

³⁵⁴ CASAS BAHAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, “Comentarios a la Constitución”, Fundación Wolters Kluwer, 2009, pág. 207: “La colisión entre derechos acogidos a las diferentes secciones —los derechos reconocidos en preceptos de la Sección 2ª pueden acceder al recurso de amparo si la denuncia de su lesión acompaña a la de derechos a la igualdad en la ley y en su aplicación y a la no discriminación consagrados en el art. 14 o en preceptos de la Sección 1ª como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 o el derecho de libertad sindical del art. 28.1—, o a la misma Sección —1ª, de plantearse el problema por la vía del recurso de amparo; no si la colisión de derechos se suscita en otros procesos constitucionales—, se resuelve en cada caso por el Tribunal Constitucional a través de un juicio de ponderación —que lo es, en esencia, de proporcionalidad— del que son criterios básicos que, no siendo ningún derecho fundamental ilimitado pese a su natural vocación expansiva, ninguno de ellos quede privado de contenido —criterio exigido por el principio de unidad de la Constitución y por el valor mismo de los derechos fundamentales que no admiten restricciones tan intensas que sean intolerables para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho— a la luz del contenido esencial que define y les garantiza la Constitución, interpretado en su caso de acuerdo con las normas internacionales llamadas por el art. 10.2, y atendiendo a su doble significación complementaria: a su grado de vinculación con la dignidad personal (dimensión subjetiva del derecho) y con los valores y principios esenciales del orden democrático representativo, pluralista y participativo al que los derechos fundamentales son consustanciales (dimensión objetiva del derecho)”.

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución. (...)

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado”³⁵⁵.

Los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, poseen también una reconocida función unificadora “*por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas*”. Son un límite infranqueable impuesto al poder, estableciendo de esta manera “*una vinculación directa entre los individuos y el Estado*”³⁵⁶. La sentencia puntualiza que el cometido de asegurar esta unificación, según lo establecido en el artículo 155 de la Constitución, le corresponde al Estado.

Los derechos fundamentales, por tanto, son decisivos en la configuración moderna de los ordenamientos democráticos, más allá de una mera concepción que le atribuya únicamente el papel de derecho subjetivo. El hecho de que estos derechos constituyan la proyección cristalizada de núcleos esenciales del valor supremo dignidad, dotándola de mayor concreción y certidumbre jurídica, es el argumento sólido que respalda esta afirmación. Los derechos fundamentales dan contenido a esos principios y valores y éstos ilustran el sentido de cada derecho en relación con el conjunto³⁵⁷. De esta forma son fundamentos indispensables que se imbrican en la concepción moderna de

³⁵⁵ STC 25/1981, FJ 5.

³⁵⁶ STC 25/1981, FJ 5: “*Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna*”.

³⁵⁷ BASTIDA FREIJEDO, F.J. y VVAA, “*Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*”, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 35.

todo Estado democrático, como necesarias concreciones del sistema de valores que lo nutren e informan en todas sus expresiones jurídicas y cuya cima ocupa la dignidad³⁵⁸. Sin embargo, la posición generalmente aceptada es considerar que la dignidad no es un derecho fundamental³⁵⁹, aun cuando su mención abre el Título I con la nomenclatura “*De los derechos y deberes fundamentales*”³⁶⁰. La construcción como tal que hace el constitucionalismo alemán ha sido tan (hasta lo indecible) forzada que disuade de “*osar*” siquiera intentarlo desde la perspectiva doctrinal. Por otra parte, la necesidad jurídica que se vislumbra en la proclamación alemana de la dignidad como derecho fundamental y como valor superior, esto es, todo a la vez, está en nuestro constitucionalismo a medio camino de ser superado, desde el momento en que se le considera un valor superior³⁶¹. Y digo a medio camino, porque si le otorgáramos en nuestro ordenamiento, con carácter general, la efectividad directa que como valor supremo y final –afirmo- debería ostentar, afrontando en paralelo el problema de su contenido amplio, que no inabarcable, la cuestión quedaría zanjada, dándole su categoría propia y la operatividad que realmente debe poseer. Más aún ahora, tras el paso de un tiempo de desarrollo jurídico fundamental desde que se promulgara la Constitución de 1978, quizás resultaría un poco más sencillo –sólo un poco- acometer la tarea de delimitación del concepto-valor con la ayuda de la jurisprudencia constitucional y el desarrollo de los derechos fundamentales que nos

³⁵⁸ En un resumen conciso pero rotundo, así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985: “*Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política*”.

³⁵⁹ Díez-Picazo afirma categóricamente que, aunque la dignidad humana sea reconocida en el artículo 10.1 CE, y, por tanto, dentro del Título I, no estamos ante un derecho fundamental. Tanto la dignidad como el libre desarrollo de la personalidad, constituyen “cláusulas generales”, lo que se traduce en que en el sistema de valores de la Constitución “*son precisamente (...) la base última de la convivencia democrática, es decir, la democracia constitucional no se estima viable si no adopta como criterios de orientación permanente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*”. A continuación, señala que estamos ante “principios” que constituyen los fines últimos del Estado democrático (DÍEZ-PICAZO, L.M., “*Sistema de derechos fundamentales*”, Civitas, Madrid, 2003, pág. 64).

³⁶⁰ Recordemos que el Tribunal Constitucional ha erigido la dignidad en valor (valor superior, valor supremo, valor jurídico-fundamental, valor central), principio (principio constitucional, principio general del Derecho, principio rector supremo, principio político), o bien constitucional (SSTC 53/1985, de 11 de abril, 231/1988, de 2 de diciembre, 214/1991, de 11 de diciembre, 120/1990, de 27 de junio), así como la ha excluido como posible objeto de recurso de amparo (STC 64/1986, de 21 de mayo), u objeto de reserva de ley orgánica del 81.1 (STC 116/1999, de 17 de junio). Lo que está claro es que no es admisible un posible tratamiento como regla jurídica, puesto que el 10.1 CE no nos proporciona un supuesto de hecho más o menos preciso, al que ligue una consecuencia jurídica.

³⁶¹ El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la dignidad es un “*valor superior del ordenamiento que se contiene en el art. 10.1 CE como pósito de los demás valores o principios allí consagrados, lo que revela su fundamental importancia*” (SSTC 337/1994, de 23 de diciembre, 34/2008, de 25 de febrero).

marca el camino, así como la ayuda inestimable de los Tratados Internacionales y la Declaración Universal de Derechos de 1948.

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando su esencia omnipresente a todo el sistema jurídico, el cuál debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma. Asimismo, la producción normativa debe ajustarse a su mejor realización. Ninguna de estas características y funciones que ostenta como valor pueden ser reducidas y limitadas a las peculiaridades de la tipología del derecho fundamental: lo convertiríamos en otra cosa, desnaturalizando la base necesaria de nuestro sistema de convivencia normativo. Y esto es algo, a todas luces, insensato.

3.2. La dignidad como principio jurídico constitucional

Para Amelia Pascual Medrano el encuadre jurídico correcto de la dignidad es el de principio constitucional, una vez expone un desarrollo argumentativo que tiene en cuenta la expresa enunciación del 10.1 CE como *“fundamento del orden político”*³⁶². Efectivamente, la dignidad cumple una función legitimadora y explicativa del orden político, al igual que el respeto a la ley y el resto de fundamentos que enumera el 10.1 CE, pero la dignidad no se queda ahí, no es solo eso: admitir este extremo nos proporcionaría una mirada parcial del fenómeno. El principio constitucional, tal y como resume Pascual Medrano, dejando al margen su carácter de fundamento legitimador, se define como pauta interpretativa de todo el ordenamiento jurídico, canon de constitucionalidad de normas y actos, y, en ausencia de reglas, puede ser directamente aplicable en sede judicial. Sin embargo, y aún siendo imputable a la dignidad todas estas

³⁶² PASCUAL MEDRANO, A., “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”, en CHUECA R. (dir.), *“Dignidad humana y derecho fundamental”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 306: *“Ciertamente, la CE tampoco califica expresamente a la dignidad como principio y cierto es también que la heterogeneidad de supuestos y rasgos subsumibles en dicho término es asimismo notable, pero si hemos de definir el modo de inserción de la dignidad en nuestro ordenamiento, la categoría genérica de los principios, teniendo en cuenta los rasgos de éstos generalmente aceptados, resultaría, al menos, como punto de partida, más ajustada. El propio artículo 10.1, al definir asertivamente que la dignidad es fundamento del orden político y la paz social se alejaría de la tradicional misión de fin, faro o guía de actuación de los poderes públicos que, por el contrario, se entiende inserta –aunque para algunos no la agote– en la idea de “propugnar” valores del ordenamiento, y la acercaría a la óptica de los principios (...).”*

funciones, nos quedamos a medio camino si nos conformamos con considerar un principio a la dignidad, puesto que impone un margen limitado de actuación que no se corresponde con el de un valor supremo. La dignidad cumple todas las funciones del principio constitucional sin sus límites propios, abarcando un efecto irradiante que lo sobrepasa: características todas propias de un valor. Al mismo tiempo, no olvidemos que un principio puede ser reconducido a un valor, puesto que deriva de éste como un instrumento importantísimo de concreción de su contenido. Sin embargo, no concibo imaginar a qué valor puede ser reconducida la dignidad si se aceptara como principio, mientras me resulta más o menos fácil subsumir a ella cualquier otro valor y principio constitucional.

Pascual Medrano puntualiza que la categorización de la dignidad humana como valor superior parece responder a un deseo inconsciente de dotarla del máximo honor jurídico. En definitiva, se plasma jurídicamente un sentimiento casi innato, pero a la vista de la historia muy entendible, de estima y apreciación como valor o bien trascendental de toda forma de organización social el respeto y garantía de la dignidad de las personas³⁶³. Estoy de acuerdo en que este sentimiento innato de reconocimiento primordial de la dignidad flota en el inconsciente colectivo como una necesidad y una exigencia, pero opino también que ostenta una dimensión jurídica amplia, rotunda e innegociable que exige su proclamación y colocación en el mapa normativo en el sitio que le corresponde. Sin la inclusión de la dignidad en el pináculo del espectro jurídico, el Derecho no puede explicarse de forma satisfactoria, ni siquiera de una manera completamente lógica. La heterogeneidad de supuestos que abarca la dignidad, así como la preeminente posición axiológica que ocupa y que no sólo la imbrica en el ordenamiento sin que sea posible su distinción, sino que la posiciona en la cima que determina y justifica todo el sistema normativo, demanda la afirmación de su justa categoría como valor supremo.

Por otra parte, observamos cómo, con frecuencia, el Tribunal Constitucional ha calificado a la dignidad como “*principio*”³⁶⁴. Cabría preguntarnos si el Tribunal, la considera un principio general del Derecho. El artículo 1.4 del Código Civil establece

³⁶³ CHUECA R. (dir.), “*Dignidad humana y derecho fundamental*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, págs. 305-306.

³⁶⁴ STC, 53/1985; STC 214/1991; STC 16/1994; STC 57/1994; STC 337/1994.

que los principios generales del derecho son fuente del Derecho en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad, efectivamente, informa, esto es, cumple con una función hermenéutica del conjunto del sistema y es mecanismo de autointegración de las posibles lagunas del mismo. Sin embargo, en puridad, no puede ser considerada como un principio general del Derecho desde el momento en que éstos se aplican en defecto de ley y costumbre, con lo que, se admitiría el absurdo de que cualquier ley de rango inferior a la Constitución dejaría sin efecto a la dignidad.

Los principios constitucionales, por su parte, condicionan y determinan la interpretación y aplicación de todas las normas, incluidas las leyes, pero tampoco puede subsumirse la dignidad a esta categoría, puesto que del valor emanan los principios constitucionales y no al revés, abarcando el primero un amplio contenido que no envuelve completamente el principio.

El Tribunal, por su parte, dejó tempranamente claro que entiende que los principios generales del Derecho incluidos en la Carta Magna, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, tal y como establece el 1.4 del Título Preliminar del Código Civil. Pero con una trascendental y lógica diferencia: *“es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo”* (STC 4/1981, de 2 de febrero).

Desde otro punto de vista, González Pérez considera la dignidad tanto como un valor superior como un principio general del Derecho, argumentando que si consideramos principios generales del Derecho las normas básicas del Ordenamiento que le informan y dan unidad, es indudable que los que la Constitución proclama como “valores superiores” constituyen auténticos principios generales del Derecho, pues, como tales valores superiores, cumplen las funciones propias de los principios jurídicos. De tal forma, la dignidad de la persona constituye uno de sus principios generales³⁶⁵. Asimismo destaca que la propia Constitución erige la dignidad como principio político

³⁶⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *“La dignidad de la persona”*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 86.

al consagrarle la función de fundamento del orden político y la paz social en el artículo 10.1 CE. Sin embargo, reconoce que es un principio general del Derecho que, al encontrarse positivado en el texto constitucional, adquiere la fuerza de norma inmediatamente aplicable³⁶⁶.

Santamaría Ibeas declara que en nuestro ordenamiento existen tres categorías que aluden a idénticos contenidos: los valores superiores, los principios y los derechos fundamentales. Como posibles argumentos que explica esta coincidencia señala, o bien que la Constitución es simplemente redundante y reiterativa, o bien que la reiteración de los mismos conceptos bajo distintas categorías persigue un fin específico³⁶⁷.

A mi modo de ver estamos ante tres categorías que abarcan un mismo contenido en distinto grado de concreción. En este esquema teórico, los principios y los derechos fundamentales realizan la tarea fundamental de aclarar y especificar el extenso contenido del valor supremo del que derivan. De esta manera, el constituyente optó por brindarnos unas normas más precisas que nos auxilian exponencialmente en la tarea de deducir la respuesta adecuada a la cuestión “¿cuál es el contenido y cómo debe realizarse el valor supremo dignidad?”. De no haber sido así, el legislador e intérprete del Derecho hubiera debido acometer una tarea que, aunque no irrealizable desde el momento que el ordenamiento proporciona un valor supremo o fin último, si hubiera supuesto para éstos multiplicar casi por infinito la complejidad de su trabajo.

No debemos olvidar tampoco, que los principios constitucionalizados son un instrumento importantísimo de limitación ante el deseo de adaptar cualquier opción imaginable que albergue en su seno la finalidad sutil de desvirtuar el espíritu constitucional. Es este, seguramente, un posible abuso que debería ser capaz de vencer el valor superior por si mismo, pero que ante la amplitud de su contenido se vuelve muy difícil y laborioso. Este riesgo es restringido con el reconocimiento de los principios y los derechos fundamentales, de forma que nos evita que con una “pirueta” jurídica se incluya en el sistema normativo una reforma constitucional implícita que la desvirtúe *de facto*. Manuel Aragón, lo expresó de forma clara y concisa: “*Las reglas derivadas de un principio están indeterminadas en él, pero son predecibles en términos jurídicos. Y son*

³⁶⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “*La dignidad de la ...*”, *Op. Cit.*, pág. 87.

³⁶⁷ SANTAMARÍA IBEAS, J.J., “*Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Dykinson, 1997, pág. 101.

*predecibles porque el principio jurídico, como derecho condensado que es (...), no permite que en su “desarrollo” se dicten o creen cualesquiera tipos de reglas, sólo aquellas que se comprendan dentro de la variedad “delimitada” que el principio proporciona”*³⁶⁸.

3.3. La titularidad de los derechos fundamentales. La dignidad como mínimo a tener en cuenta en la atribución de la titularidad

Toda persona posee igual dignidad humana, siendo los derechos fundamentales concretas proyecciones de su contenido. Sin embargo, el constituyente ha supeditado la titularidad ³⁶⁹ de algunos de estos derechos fundamentales al cumplimiento de determinadas condiciones personales o temporales, como la exigencia de poseer la nacionalidad española o ser mayor de edad. Así, el artículo 13 de la Constitución señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I, según lo establezcan los Tratados y la ley, por lo que no hay una proclamación constitucional inicial y general de titularidad al extranjero ³⁷⁰. Esta voluntad constitucional se complementa con las referencias expresas a los “*españoles*” de artículos como el 14, el 19, el 23 o el 29 o “*los deberes de los ciudadanos*” con que se encabeza la Sección 2º, del Capítulo II del Título I. No queda duda alguna de la voluntad del constituyente de que se tenga en cuenta la nacionalidad a la hora de otorgar la titularidad de algunos derechos fundamentales, aunque abra la vía al legislador para un reconocimiento posterior³⁷¹.

³⁶⁸ ARAGÓN REYES, M., “Principios constitucionales” en “*Temas básicos de Derecho Constitucional*”, Civitas, Madrid, 2001, pág. 42.

³⁶⁹ BASTIDA FREIJEDO, F.J. y VVAA, “*Teoría general de los derechos...*”, *Op. Cit.*, pág. 85: “*La titularidad, esto es, la efectiva atribución constitucional, directa o indirecta, de determinados derechos fundamentales*”.

³⁷⁰ Como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, el artículo 13 CE “*reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (...)*”. (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3). Efectivamente, en la atribución de la titularidad de los derechos fundamentales hay que estar a lo que establece el artículo 13 de la Constitución, el resto de las disposiciones constitucionales, pero también los Tratados internacionales. De entre éstos debemos hacer especial mención a los Tratados constitutivos de la Unión Europea y toda la legislación comunitaria.

³⁷¹ STC 95/2003, de 22 de mayo: “*(...) con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutan de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y en la Ley interna española*”. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “*existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos*” (STC 107/1984, de 23 de noviembre) ; así sucede con aquellos

La explicación y justificación del trato desigual entre nacionales y extranjeros, aun cuando todos poseen igual dignidad humana, la encontramos en la diferenciación teórica entre las proclamaciones constitucionales y la realidad natural o “de facto” a las que hace referencia estos reconocimientos. Con todo esto hago alusión al hecho de que cuando la Constitución reconoce la dignidad a todo ser humano, sin condicionante alguno, la extensión del efecto que irradian los derechos fundamentales que la concretan está limitada al territorio del Estado y a los que son sus ciudadanos, si no se especifica otra cosa. Así, si de forma natural la igualdad de todo ser humano es indiscutible, la desigualdad normativa es aceptada como un trato diferenciador y discriminatorio perfectamente legítimo a la hora de establecer, por ejemplo, que un no nacional no pueda votar en las Elecciones Generales. La titularidad de un derecho a un extranjero, aún cuando naturalmente goza de igualdad natural respecto a cualquier otra persona, puede serle reconocida o no: según lo permita el convencionalismo constitucional, y una vez se ha salvado de la excepción de aquellos derechos que son indiscutibles³⁷² (el derecho a la vida, la libertad personal, etc.). Esta es la consecuencia sobrevenida de la consagración dogmática por la que no existen derechos naturales del hombre para el Derecho, sino derechos fundamentales, esto es, derechos consagrados constitucionalmente por elección consensuada. Sin embargo, tampoco hay que perder de vista que la exigencia del reconocimiento de los derechos fundamentales tienen su base en la previa aceptación general de unos derechos sin los cuáles el ser humano no puede desarrollarse ni vivir acorde a su dignidad, y esta base porta un contenido de conciencia social donde si se aceptan derechos que, por naturaleza, debe poseer el individuo. Como ha resumido el Tribunal Constitucional en la STC 107/1984 (fundamento jurídico 3), se garantizan a todas las personas, sin que se tenga en cuenta si son nacionales o extranjeros, los derechos *“imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”*:

“ (...) nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles» (STC 107/1984, FJ 3) puesto que

derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con *“aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”* (ibídem, FJ 3).

³⁷² El Tribunal Constitucional así lo ha entendido: *“Cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose en exclusividad a “los españoles”. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, “son iguales ante la ley”, y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”*. (STC 107/1984, de 23 de noviembre).

gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español» (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos «inherentes a la dignidad de la persona humana» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva. La aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana”.

Debemos también mencionar, para poder avanzar en la comprensión de la titularidad de los derechos, la construcción dogmático-jurídica aceptada en Derecho por la que se diferencia entre la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental. De esta forma el ejercicio de un derecho puede quedar eventualmente separado de la titularidad cuando el titular carece total o parcialmente de la capacidad exigida para ejercerlo por sí mismo, haciéndose alusión al estado en que se encuentran los menores e incapaces. Manuel Aragón critica esta distinción, ampliamente consolidada tanto jurisprudencial como doctrinalmente, pero exceptuando en su crítica los supuestos de menores e incapacitados donde si encuentra justificada la división. En el resto de casos donde se pretendiera separar la titularidad del ejercicio del derecho además de constituir una impropiedad jurídico-dogmática, supondría asimismo emplear un lenguaje confuso para encubrir una realidad: la de que si un mayor de edad no incapacitado tiene la titularidad

y no el ejercicio del derecho no tiene entonces, en el presente, derecho alguno³⁷³.

De facto, lo razonable es aceptar que la afirmación es totalmente certera. Se debe admitir, como mínimo, que la construcción jurídico-dogmática que separa ambos conceptos es necesaria en los casos concretos del sujeto menor de edad o el incapacitado. Pero lo que si se podría discutir es la correcta utilización de la diferenciación teórica en la regulación concreta de los extranjeros, incluso la constitucionalidad de las condiciones impuestas para el ejercicio del derecho, una vez se le ha reconocido la titularidad al foráneo. Para esta tarea, el Tribunal Constitucional señala la dignidad como criterio configurador, incluso si ello provoca negar eficacia jurídica a una resolución judicial extranjera que no garantice un contenido mínimo derivado de la proyección de la dignidad en los derechos fundamentales³⁷⁴.

Pero volviendo al texto constitucional, constatamos cómo en otros artículos, no se subordina la titularidad de los derechos al cumplimiento de un requisito: son aquellos donde aparecen las fórmulas genéricas “*todos*” (art. 15, art. 31.1.), “*nadie*” (16.2, 25.1), “*toda persona*” (art. 17), “*se reconoce*” (art. 21.1, 22.1), o “*se garantiza*” (16.1, 18.1). Cualquier limitación o condicionante al respecto no parece razonable desde el momento en que estos artículos hacen referencia a aspectos básicos de la dignidad humana que no es posible restringir en base al cumplimiento de algún requisito, esto es, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad ideológica, religiosa y de culto, el derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen o la libertad de expresión.

En un grupo diferente a los dos anteriores situamos el derecho de asilo y refugio del artículo 13.4. Por su propia naturaleza sólo es posible atribuir su titularidad a los

³⁷³ ARAGÓN, M., “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 112, 2001, págs. 11-12.

³⁷⁴ Podemos citar como ejemplo, la STC 91/2000, de 30 de marzo: “*Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal (...). Así, (...) si bien los Tribunales extranjeros no se hallan vinculados por la Constitución española ni por su elenco de derechos protegidos por el recurso de amparo, sí lesionan los derechos fundamentales las resoluciones de los órganos judiciales españoles que homologan "una resolución judicial foránea en un supuesto en que, por ser contraria a los principios esenciales contenidos en el art. 24 de la Constitución, debiera haber sido repelida por el orden público del foro (...) ya que "aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros"* (STC 43/1986, FJ 4)”.

extranjeros, ya que el derecho configura la protección dispensada por España a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se les reconozca la condición de Refugiado de acuerdo con la Ley reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria³⁷⁵, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

Asimismo, encontramos un grupo de derechos que la Constitución atribuye en exclusiva a los españoles, por la estrecha relación que guardan con el ejercicio de la soberanía: estamos ante la previsión del art. 23.1 CE, donde se hace referencia expresa a los “ciudadanos”.

En definitiva y en palabras del propio Tribunal Constitucional, existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen otros derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); y, además existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio³⁷⁶. La dignidad es el criterio delimitador y configurador definitivo en la asignación de la titularidad de los derechos constitucionalmente consagrados.

Mención especial debemos dispensar a los menores³⁷⁷ e incapaces, quienes son titulares de todos los derechos fundamentales desde el nacimiento, pero cuya condición

³⁷⁵ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/concepto>. “Por una parte, se concede el derecho de asilo a los que ostenten la condición de refugiados, es decir, a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él. De otra, el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate”.

³⁷⁶ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

³⁷⁷ La condición de menor es el período de tiempo que abarca desde el nacimiento hasta los dieciocho años de edad (art. 12 de la Constitución). La condición de incapaz, sin embargo, se adquiere solamente mediante resolución judicial (199 Código Civil), siendo las causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma (200 Código Civil).

personal particular afecta al ejercicio de éstos. El texto constitucional ha tenido en cuenta la necesidad de protección de estos dos colectivos fijando en su articulado mandatos tanto a los poderes públicos (art. 39 y 49) como a aquellas personas que se posicionan como garantes de éstos (art. 39). De esta manera, la Carta Magna fija un régimen especial de protección, cuyo grado o margen de acción corresponde determinar al legislador.

3.4. La dignidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Lo primero que destaca en el análisis del tratamiento de la dignidad por parte del Tribunal Constitucional es la ausencia de decisiones donde se utilice el valor como argumento autónomo, fundante y determinante de la decisión. Esta actitud choca frontalmente con la jurisprudencia constitucional alemana, que no ha dudado en encuadrar la dignidad en la categoría de derecho fundamental, a la vez que la considera valor y principio, siendo la base que motiva numerosas sentencias constitucionales en su aguierrida convicción de la aplicabilidad directa del valor-derecho fundamental. Las jurisprudencias de ambos países, por tanto, se colocan en dos extremos equidistantes y no recomendables: el federal alemán cae en el abuso y la española en una excesiva “prudencia” en la aplicación, que convierte la dignidad en un concepto con el que no se sabe muy bien qué hacer³⁷⁸. Lo mejor es siempre la virtud del término medio, como proclamó hace siglos el Maestro filósofo³⁷⁹, y no dejar que la efectividad jurídica del valor sea considerada en todo momento procedente o, por contra, una quimera desconocida y, a veces, profundamente anhelada.

Sin embargo, la realidad es bien distinta. El Alto Tribunal en las sentencias y

³⁷⁸ De hecho, el Tribunal Constitucional español ha calificado a la dignidad de la persona en sentido general como “valor” (cuando afirma que la dignidad es “*un valor espiritual y moral*”, en la STC 53/1985, fundamento jurídico 8º), como “*valor constitucional*” (STC 214/1991, fundamento jurídico 8), como “*valor constitucional trascendente*” (en la STC 102/1995, fundamento jurídico 7º), como “*valor superior*” (STC 337/1994, fundamento jurídico 1º, aunque a continuación llama a la dignidad humana “*este principio*”; STC 123/2008, fundamento jurídico 2º y STC 63/2010, fundamento jurídico 2º), como “*valor fundamental*” (STC 81/2001, fundamento jurídico 2º, la STC 139/2001, fundamento jurídico 5º, STC 14/2003, fundamento jurídico 5º), o como “*valor cardinal*” (Voto particular a la STC 16/1994). Es de destacar que el voto particular de Jiménez de Parga, al que se adhirió Garrido Falla en la STC 116/1999 menciona hasta en cinco ocasiones distintas a la dignidad humana como “*valor*” en sus diferentes variantes: fundamental, constitucional, moral, etc. ^[1]_[55]

³⁷⁹ Hago referencia a Aristóteles, que como es sabido nos lega el pensamiento de que la virtud consiste en el hábito de actuar según “el justo término medio” entre dos aptitudes extremas, de manera que evite actuar por defecto o por exceso (Aristóteles, “*Ética a Nicómaco*”, Libro VI).

autos en las que hace referencia a la dignidad humana ha evitado afrontar una conceptualización definitiva y nítida del término, afirmando así, consciente o inconscientemente, la opinión doctrinal que le adjudica un carácter inabarcable, indefinible y poco práctico.

Lo que ha dejado claro es que no estamos ante un derecho fundamental, ante cuya vulneración pueda acudir al recurso de amparo. A este extremo se ha referido el Tribunal Constitucional con reiteración al señalar entre otras muchas en la STC 136/1996: *“Ciertamente, el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.1 LOTC (SSTC 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985)”*.

En la STC 64/1986, donde alude a la presunción de inocencia, define el 10.1 CE como una declaración de carácter general relativa a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad que no puede servir autónomamente de base para el recurso de amparo.

Aún más rotundo se muestra el Tribunal en un Auto de 1999 (ATC 149/1999): *“Debemos descartar (...) la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex art. 10 CE. Comenzando por esta última invocación, basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como fundamento del orden político y la paz social”*.

No obstante lo afirmado, no faltan pronunciaciones donde la dignidad es calificada de derecho fundamental por el tribunal. Así, en el ATC 171/1985, hace referencia a *“la protección de otros derechos fundamentales, como son la dignidad de la persona y su integridad moral”*. O el Voto Particular de García-Mon en la STC 297/1994, donde alude a *“los derechos fundamentales del recurrente y, especialmente, el que consagra el artículo 10.1 de la Constitución: la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes (...) que son fundamento del orden político y de la paz social”*.

No obstante, dejando aparte esta pronunciación que calificamos de “anecdótica”, al no ser la dignidad un derecho fundamental, su desarrollo legislativo no exige ley orgánica: *“la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE)”* (STC 116/1999, de 17 de julio).

A mi modo de ver este tratamiento jurídico del desarrollo de la dignidad es el más apropiado y coherente. La dignidad no es un derecho fundamental, ni siquiera puede concebirse una hipotética jerarquía dentro de la categoría que la situase en la cima, como derecho fundamental supremo. Pero lo que no parece aceptar nuestro constitucionalismo es que aún no incluyéndose dentro de la categoría de derecho fundamental, goza de efectividad directa, como he señalado y argumentado anteriormente.

Por otro lado, si partiéramos por un momento de que aceptamos la dignidad como derecho fundamental con el objeto de dilucidar su acierto o error, en primer lugar nos toparíamos con que todo el sistema normativo deriva de él y, por tanto, podríamos considerar como obligado y coherente dotar de las garantías del derecho fundamental a toda regulación que la desarrolle, lo que nos veríamos en el absurdo de que cualquier norma jurídica que se dicte debería revestir la forma de ley orgánica. Es, a todas luces, una hipótesis descabellada. La Constitución establece los contenidos precisos de la dignidad humana que sí cuentan con estas garantías reforzadas y que son consensuadas como derechos fundamentales. Discutible podría ser que se le haya otorgado esta máxima protección a determinados derechos fundamentales que deberían no serlo, pero esta es otra cuestión, y la que nos ocupa aquí es si la dignidad debería ser objeto de recurso de amparo y desarrollada por ley orgánica.

Todo esta argumentación también puede predicarse respecto de la otra consecuencia inevitable si le adjudicamos a la dignidad la categoría de derecho fundamental: la protección y garantía a través del recurso de amparo. Con una visión amplia y extremista se puede considerar que la vulneración de cualquier norma que pertenezca al sistema normativo constituye en último término una conculcación del

valor, por lo que siempre se podría admitir el recurso de amparo alegando la dignidad. Se podría alegar que puede obviarse que es el fin último al que puede reconducirse todo el sistema normativo tras un procedimiento lógico, con la finalidad de delimitar el acceso a las garantías de ley orgánica y recurso de amparo a un determinado contenido. Pero, a continuación, habría que conseguir delimitar el concepto dentro de un contenido específico que precise cuando se vulnera la dignidad humana de forma más o menos directa, lo que en definitiva, es la función que cumplen los verdaderos derechos fundamentales proclamados en la Constitución: concretar su contenido y aparejarle las máximas garantías.

No, la dignidad no es un derecho fundamental, es un valor, y la necesidad de evadir esta realidad nace de la enorme dificultad de establecer su contenido y otorgarle eficacia directa.

Aún así, hay que admitir que, aunque es esta una tarea necesaria que se debería acometer, las dificultades que entraña provoca que aunque no sea así, el Derecho siga evolucionando y desarrollándose sin que parezca que importe. Sin embargo, la definición de la dignidad no es una cuestión baladí. Importa, y mucho.

Puede afirmarse que el Tribunal constitucional, como máximo intérprete de la Carta Magna, debería ser quien proporcione la definición del concepto ya que su función consiste en dilucidar todo aquello que el texto constitucional quiere decir, pero de facto, no dice. El material “de base” del Tribunal está compuesto de conceptos generales y abstractos cuyo significado nos debe desentrañar para su comprensión y aplicación. Pero, en justicia, no debemos dejar de admitir y reconocer, es una carga-tarea harto difícil. Es, en realidad, ese mínimo invulnerable que se le reconoce a la dignidad la que debe ser establecida y definida a través de una fórmula general a la que se pueda acudir y que se extraiga del texto constitucional, puesto que sus despliegues concretos los encontramos en los derechos fundamentales y el resto de valores como la libertad y la igualdad.

Sin embargo, el Tribunal no ha asumido esta tarea y, como consecuencia, no encontramos un fallo en su jurisprudencia para que la que la dignidad constituya el *ratio decidendi*. Las decisiones del Tribunal donde se menciona expresamente la dignidad son realizadas al hilo de derechos fundamentales que realmente fundamentan sus pronunciamientos y que, en definitiva, no lo olvidemos, son cristalizaciones del valor.

Lo más cerca que ha estado la dignidad del 10.1 CE de fundar una decisión autónomamente (sin que al final el Alto Tribunal haya evitado totalmente el hacer referencia a la vulneración de otros derechos fundamentales en relación con el caso) podemos encontrarla en la STC 53/1985, de 11 de abril. En esta resolución se enjuiciaban los supuestos de despenalización del delito de aborto, de manera que se entra a ponderar los intereses en conflicto en el caso concreto de que *“el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429”*, que *“el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado”* (art. 417 bis del CP de 1973). El fallo confirma la conformidad con la Constitución del levantamiento de la protección penal al nasciturus con fundamento en la preservación de la dignidad personal de la mujer embarazada como consecuencia de haber sido víctima de un delito de violación: *“En cuanto a la indicación prevista en el núm. 2 -que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos”*. De esta forma, la dignidad es configurada siguiendo la estela que marcó Kant, afirmándose que el ser humano no puede ser “cosificado” o “instrumentalizado”, teniendo en consecuencia la capacidad de autodeterminación de sus acciones como ser digno. *“ (...) la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*.

Sin embargo, es notorio que el Tribunal no puede dejar de hacer mención también a la vulneración grave del *“derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal”*, aún cuando parece dejarnos la sensación

de que es la dignidad la que fundamenta la argumentación del fallo, a diferencia del resto de sus pronunciamientos donde invoca la dignidad y en la que no nos queda la menor duda de que cumple de apoyo conexo y delimitador o, como se diría en mi tierra natal, “de comparsa” al derecho fundamental que es quien realmente sirve de base jurídica de la resolución.

Por tanto, la principal función que se le ha adjudicado a la dignidad es la de delimitación del contenido de los derechos fundamentales, de forma que en su jurisprudencia el Tribunal nos ha ido pautando, sin mucha convicción, cómo “conjugar” el valor dignidad en nuestro ordenamiento jurídico, aún cuando sea con un resultado insatisfactorio. En la STC 120/1990, donde el Tribunal enjuicia la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, declara que el hecho de que el artículo 10.1, CE, reconozca en la dignidad de la persona la fuente de determinados derechos que le son inherentes³⁸⁰ y el fundamento del orden político y social, *"no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad"*³⁸¹.

El punto de vista que adopta el Tribunal es el más práctico y aplicable tal y como se ha planteado la construcción jurídica del concepto. Aunque la estructura axiológica de la dignidad que venimos desarrollando, reclama una acepción donde los derechos se fundamentan y son reconducibles a la dignidad en último término, no es posible admitir jurisprudencialmente que “los derechos que le son inherentes” sean todos los incluidos en el sistema normativo, así como que cualquier restricción de un derecho fundamental viole su contenido por su estrecha –o amplia- relación como realización de la dignidad en algún grado. Esto haría inoperante el Derecho. Así pues, debemos precisar qué derechos inherentes a la dignidad cuya violación o restricción acarrearía directamente su vulneración y qué derechos pueden verse restringidos sin que se vea afectada la dignidad (que es un *mínimum* absoluto del derecho, por supuesto). Respecto de los derechos inherentes a la persona, no serían admisibles las distinciones para su reconocimiento, esto es, no podría diferenciarse entre españoles y extranjeros en la atribución de su

³⁸⁰ STC 2/1982, STC 20/1992, STC 113/1995.

³⁸¹ STC 120/90, FJ 4.

titularidad. Por el contrario, en lo referente a los derechos que no son inherentes a la dignidad la distinción puede darse. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que los derechos inherentes son aquellos derechos fundamentales cuya titularidad no exige la condición de ser ciudadano español.

La misma STC 120/1990 señala que la dignidad, entendida como "*valor espiritual y moral inherente a la persona*", debe siempre permanecer inalterada en cualquier situación en que la persona se encuentre, constituyendo "*un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona*". Y es aquí donde el Alto Tribunal caracteriza a la dignidad como valor superior si seguimos un sencillo razonamiento. El Tribunal interpreta la dignidad como un concepto cuyo contenido está presente en todo derecho, y por eso, es un mínimo común a todos. Siguiendo con esta idea, la siguiente deducción lógica es que es así como consecuencia natural de que éstos derivan de la dignidad. Y una vez, aceptamos esto, podemos comprobar como estamos describiendo la estructura y comportamiento de lo que es un valor superior, aún cuando la Constitución no lo denomina como tal en ninguno de sus artículos.

Aún así, la STC 120/1990, reafirma, una vez más, la incapacidad de la dignidad para fundamentar, de forma autónoma, el recurso de amparo: "*Sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan*".

González Pérez afirma que el reconocimiento y la tutela eficaz de los derechos fundamentales constituyen la elemental garantía de la dignidad de la persona. Si un Ordenamiento arbitra medidas que aseguren la plena realización de esos derechos, en ese Ordenamiento estará garantizada la dignidad de la persona"³⁸². De esta manera concibe la dignidad como un marco configurador negativo y mínimo que debe ser respetado y

³⁸² GONZÁLEZ PÉREZ, J., "*La dignidad de la persona*", Madrid, Civitas, 1986, pág. 98.

salvaguardado y que condena al concepto a una tutela totalmente mediatizada y subordinada a la realización de los derechos que de ella derivan. Señala, por tanto, que la dignidad puede considerarse satisfactoriamente protegida mediante la acumulación de derechos. Sin embargo, considero que el concepto reclama –y merece– una tutela autónoma plena, tarea que no debe abandonarse aún cuando se reconozca el acierto de sus palabras: *“Ante los intentos de definición la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso”*³⁸³. Debemos ser conscientes de la ventaja de partida con la que contamos para la precisión del concepto dignidad: ya se ha comenzado a concretar su contenido con las especificaciones realizadas en las proclamaciones de los derechos fundamentales, esto es, contamos con estos derechos-guía inestimables que facilitan la labor, pero no la solventa *“pues la dignidad de la persona se invoca para defender soluciones radicalmente contrarias sobre cuestiones fundamentales como la admisibilidad del aborto o la eutanasia (...)”*. Es por esto que nuestro autor termina aseverando que únicamente podrá llegarse a una posición firme acudiendo a la esencia y fundamento de la dignidad de la persona, y, asimismo, aventura una definición de dignidad: *“La dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Comporta un tratamiento acorde a su naturaleza humana”*³⁸⁴.

Por otra parte, llama poderosamente la atención el hecho de que el Tribunal, cuando hace alusión al valor en conexión con un derecho fundamental no lo justifica o argumenta: considera evidente su lógica o quizás, que se explica por sí misma tal y como afirmara Boecio al referirse a sus máximas evidentes³⁸⁵. En los fallos observamos como se limita a afirmar que una conducta es contraria a la dignidad o un derecho deriva de ésta sin más explicación. Es casi un “acto de fe” el que no exige el Tribunal.

Pero quizás lo que más puede sorprender es constatar cómo el Tribunal ha apelado

³⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *“La dignidad de la...”*, Op. Cit., pág. 111.

³⁸⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *“La dignidad de la...”*, Op. Cit., pág. 112.

³⁸⁵ Boecio, en su obra *“De Hebdomadibus”* afirma que *“Hay axiomas o proposiciones que son evidentes por sí mismas y para todos; y tales son aquellas cuyos términos son de todos conocidos, como “el todo es mayor que la parte” o “dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí”. Y hay proposiciones que son evidentes por sí mismas sólo para los sabios que entienden la significación de sus términos”*.

a la dignidad para justificar y argumentar la tutela de nuevos derechos que derivan de ella y que no se encuentran enumerados en el texto constitucional. Este es el procedimiento que sigue en la STC 119/01 y la STC 224/99. Vamos a analizarlas más pormenorizadamente.

- STC 119/2001, de 24 de mayo.

La Sentencia se ocupa de establecer la incidencia del ruido sobre la dignidad del ser humano y una serie de derechos fundamentales. De hecho la recurrente invoca en su escrito de demanda los arts. 9, 10, 14, 15, 17, 18, 19, 33.3, 39.1, 43, 45 y 47 CE, si bien señala que el "*eje básico afectado*" es el derecho a la vida (art. 15 CE), a la intimidad personal e inviolabilidad del domicilio (arts. 18.1 y 18.2 CE) "*y, en definitiva, la noción que se halla en la base del concepto de derechos fundamentales, esto es, la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)*"³⁸⁶.

Tanto los tribunales ordinarios, como el Tribunal Constitucional, y en virtud del art. 10. 2 CE, apelan a la sentencia del caso López Ostra del TEDH³⁸⁷, donde el Estado español fue condenado al pago de una indemnización al estimar que los gases y los malos olores que había soportado la demandante provenientes de una depuradora constituían una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal y familiar³⁸⁸. Debemos

³⁸⁶ Fundamento Jurídico 4.

³⁸⁷ Caso López Ostra contra España, de 9 de diciembre. El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo de López Ostra por falta de fundamento constitucional, por lo que el caso termina siendo resuelto por el TEDH. En el caso que nos ocupa vemos como el Tribunal cambia de parecer y adopta la apreciación del TEDH. Los hechos que se relatan en la Sentencia del TEDH son los siguientes: "*Gregoria López Ostra vive en Lorca, Murcia, cerca del centro de la ciudad. En julio de 1988 comienza a funcionar, sin licencia, una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos, construida con una subvención pública. Debido a un defectuoso funcionamiento, empezó a despedir gases, humos y malos olores, ocasionando problemas de salud a muchas personas. El 8 de septiembre de 1988 el Ayuntamiento ordena el cese de una de las actividades de la planta, pero permite que continúe con otra: el tratamiento de aguas residuales. A pesar de ello continuaron los problemas de salud de la familia de la recurrente. Los gases y malos olores además de hacen imposible tener una convivencia familiar normal. Gregoria acude al proceso de protección de derechos fundamentales, el cual resulta contrario a sus pretensiones en virtud de la sentencia de la Audiencia Territorial de Murcia de 31 de enero de 1989. El Tribunal Supremo asimismo desestima el recurso de apelación por sentencia de 27 de julio de 1989. En ambas instancias el Ministerio Fiscal informó favorablemente a las pretensiones de Gregoria. El Tribunal Constitucional declara inadmisibile el recurso de amparo que interpone, por ser, a su juicio, manifiestamente infundado*".

³⁸⁸ Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la

destacar además, que la sentencia del TEDH nos deja entrever cómo el Tribunal aboga por incluir el derecho al medio ambiente en el derecho a la intimidad familiar, o a la inviolabilidad del domicilio, y en consecuencia a entender el deber de conservar el medio ambiente como un deber derivado de esos derechos³⁸⁹.

En la STC 119/2001, por su parte, y respecto al derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), se precisa que el ámbito constitucionalmente protegido es la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (fundamento jurídico 5º).

En referencia al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), el Alto Tribunal recuerda que *“tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad. (...) este derecho fundamental se halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2 y las resoluciones allí citadas), e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5).*

A continuación admite que el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno, así como una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida del ser humano, por lo que procede examinar la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales (fundamento jurídico 5).

Una vez analizado, resuelve en el fundamento jurídico 6, que, en lo referente al derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), su vulneración va a depender de la

seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, 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 las libertades de los demás.

³⁸⁹ STEDH 1994/2003, de 9 de diciembre: *“Naturalmente, una grave contaminación del ambiente puede afectar el bienestar del individuo e impedirle disfrutar de su hogar de tal modo que se ataca su vida privada y familiar sin poner, sin embargo, su salud en peligro”.*

intensidad del ruido, de manera que se pone el énfasis en que el peligro a la salud de las personas tenga un carácter grave e inmediato. Ante esta opinión, se va a mostrar discrepante el magistrado ponente, Manuel Jiménez de Parga en su voto particular, quien alega que para apreciar lesión de los derechos fundamentales impugnados no debería exigirse *“que el ruido sea de un nivel intenso y que ponga en grave peligro la salud de las personas”*.

A continuación, añade que en relación a los derechos del 18 CE, la necesidad de protección surge ante *“una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables (...), en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad”*³⁹⁰.

Pero el Tribunal Constitucional también va a recurrir a la dignidad de la persona (y el libre desarrollo de la personalidad) para apoyar el reconocimiento de un derecho fundamental no expresamente plasmado en el texto constitucional. Para ello interpreta que en la asunción de una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad se pretende consagrar derechos reales y efectivos, de donde se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en la sociedad tecnológicamente avanzada³⁹¹. En definitiva, lo que hace el máximo intérprete de nuestra Constitución es crear un nuevo derecho derivado de un reconocimiento constitucional ante una circunstancia que considera que lo legitima para tal función extensiva: la necesaria adaptación del texto constitucional al avance de los tiempos. De esta manera, el ser humano debe ser protegido frente al riesgo a su calidad de vida que supone en la sociedad actual el ruido, que, argumenta el Tribunal, incide sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales, anteriormente señalados. Estos nuevos riesgos dan lugar a una protección susceptibles del recurso de amparo, por lo que, por su naturaleza, no aparecen descritos ni admitidos en anteriores fallos.

³⁹⁰ Fundamento jurídico 6. Posteriormente se apoya en esta doctrina para negar el amparo a la parte recurrente, justificándose en que no había acreditado el nivel de los ruidos que soportaba en su vivienda a través de ninguna medición, de forma que se pudiera *“concluir que, por su carácter prolongado e insoportable, hayan podido afectar al derecho fundamental para cuya preservación solicita el amparo”*.

³⁹¹ Fundamento jurídico 5.

La sentencia es un claro ejemplo de la ampliación de los derechos tutelables como derechos fundamentales por parte del Alto Tribunal. A partir de esta interpretación y construcción novedosa, el derecho al medioambiente se considera parte fundamental del derecho a la integridad física y psíquica del ser humano, para proporcionarle la máxima protección jurídica. No puedo estar de acuerdo con la derivación artificial -y artificiosa- que introduce el derecho al medio ambiente y la protección contra el ruido en el derecho a la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio. Este derecho ya posee una enunciación propia en el derecho al medioambiente reconocido en el art. 45 CE, o incluso encuadraría en el contenido del derecho a la protección de la salud de todo ser humano (art. 43 CE), que, desde luego, puede verse vulnerado por una causa que perjudique tanto física como psíquicamente³⁹². En el caso concreto del perjuicio que procede del ruido hay que señalar que si es, en principio, de índole psicológica, toda dolencia psicológica puede terminar influyendo nocivamente a nivel físico si el ruido persiste en el tiempo. Posiblemente, el Tribunal aprecia que no encaja del todo la protección contra el ruido en el derecho a la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio por lo que apela a la dignidad del ser humano para completar su argumentación jurídica. Sin embargo incomprensiblemente, el Alto Tribunal hace caso omiso del reconocimiento expreso del 45 CE, ampliando así el ámbito subjetivo del derecho a la integridad física y psíquica al amparo del empleo del 10.2 CE.

- STC 224/1999, de 13 de diciembre.

En esta Sentencia se otorga el amparo solicitado, reconociendo que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad, en vulneración de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 CE). La demandante argumentaba, entre otras cosas, que se había incluído su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE), en cuanto no se tomaba en consideración las agresiones de naturaleza libidinosa que

³⁹² Recordemos que la OMS define la salud como "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*". (Preámbulo de la *Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional*, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948). Los daños causados por este tipo de injerencias pueden afectar negativamente a la salud física de las personas y ser causa de importantes perturbaciones del sueño, de afecciones negativas a la salud psíquica y mental, u ocasionar también incrementos de la tensión arterial, arritmias, vasoconstricción, etc. (Informe de la Organización Mundial de la Salud. *Guidelines for Community Noise*. Edit. Birgitta BERGLUND, Thomas LINDVALL, Dietrich H. SCHWELA, 2000, basado en el documento *Community Noise*, que en 1995 publicó la Stockholm University and Karolinska Institute, a propuesta de la propia OMS [www.who.int/peh/noise/noiseold.html]).

había sufrido, con la vulneración consecuyente de su dignidad personal³⁹³. Sin embargo, lo que llama la atención es que, aún cuando la trabajadora no citaba como base jurídica de su argumento la vulneración del artículo 18 CE, el Tribunal Constitucional, lo considera implícitamente alegado, puesto que, como arguye, aunque admite que es cierto que no se ha invocado en ningún momento por su número ni por su nombre, no lo es menos que los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos que permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana. Este argumento lo considera suficiente ya que *“en tal sentido nos hemos pronunciado tantas veces que hace superflua la cita de los precedentes”*³⁹⁴. Actualmente, el Tribunal Constitucional exige la alegación explícita del derecho fundamental vulnerado, sin posibilidad de que se interprete su alusión indirecta en la demanda si no consta expresamente en ésta.

Pero en la sentencia que nos ocupa, se reformula la cuestión jurídica a dilucidar utilizando como apoyo y base la dignidad humana, que cumple aquí con la importante función de encuadrar las conductas que se enjuician dentro de un derecho fundamental no invocado en la demanda y que cuenta con la protección de derecho fundamental. Ahora, pues, la cuestión planteada estriba en determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el art. 18.1 CE, *“pues en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como «acoso sexual» en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho de la mujer a no ser*

³⁹³ Fundamento jurídico 1: *“la demandante nos dice que tal decisión judicial vulneró su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE) en cuanto no reparó las agresiones de naturaleza libidinosa que padeció -según su versión-, con menoscabo de su dignidad personal (art. 10.1 CE). La Sentencia impugnada habría consumado, a su juicio, una lesión de los derechos fundamentales afectados en un supuesto de «acoso sexual en el trabajo» y ello a través de una argumentación jurídica que en sí misma es lesiva del art. 14 CE, por perpetuar estereotipos de conducta sólo exigibles a una persona en cuanto mujer. Más en concreto, denuncia que, habiendo sido víctima de ofensas físicas y verbales de significado claramente libidinoso por el empresario, frente a las cuales reaccionó siempre expresando su rechazo e incomodidad, tal y como se desprende de los hechos probados, la Sentencia impugnada consideró, sin embargo, que esa reacción no fue suficiente ni adecuada, induciendo de ello el carácter tolerado o consentido de tal conducta, por lo cual, reconociendo que constituyó objetivamente acoso sexual, llegó a la conclusión de que, subjetivamente, la trabajadora no se sintió intimidada o agredida”.*

³⁹⁴ Fundamento jurídico 2.

discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art. 14 CE)”³⁹⁵.

3.5. La dignidad y los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución. Utilización del concepto dignidad como sinónimo del derecho al honor

El primer inciso del artículo 18 de la Constitución cuenta con un contenido complejo, pues en él se protegen el derecho al honor, el derecho a la intimidad tanto personal como familiar, y por último el derecho a la propia imagen. Éstos son tres derechos autónomos y sustantivos, a pesar de estar estrechamente vinculados entre sí, en tanto que son derechos de la personalidad y derivados de la dignidad humana³⁹⁶.

El derecho al honor constituye uno de los llamados “derechos clásicos” de la personalidad, por lo que ha sido objeto de una larga interpretación jurisprudencial, absolutamente necesaria debido al alto grado de abstracción que rodea al concepto. Para su mejor delimitación, el Tribunal Constitucional ha distinguido un aspecto interior, que consiste en la estima que cada persona tiene de sí misma; y un segundo aspecto que se proyecta hacia el exterior: es el reconocimiento de la dignidad de cada uno por parte de los demás y que guardaría una estrecha relación con la fama o la opinión social³⁹⁷. Es

³⁹⁵ Fundamento jurídico 2.

³⁹⁶ STC 14/2003, de 28 de enero, fundamento jurídico 4: *“los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3). Como hemos declarado en la última de las Sentencias citadas, el carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima”.*

³⁹⁷ RODRIGUEZ COLLAO, L., “Honor y dignidad de la persona”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 1999: *“Desde un punto de vista objetivo, el término honor alude a la reputación o fama de una persona, es decir, a la opinión que la comunidad tiene sobre sus aptitudes, comportamientos y condiciones, tanto en el plano moral, como en el campo de lo intelectual, profesional, cultural o comercial (por nombrar sólo algunos de los ámbitos en los cuales se materializa*

crucial, además, no perder de vista que el honor es un concepto especialmente susceptible de sufrir variaciones en su contenido, según parámetros como el tiempo y el lugar, de tal forma que la noción actual del honor poco tiene que ver con el de hace décadas³⁹⁸.

En el ámbito personal, la valoración de la vulneración del derecho al honor habrá de tener en cuenta diferentes variables: la relevancia pública del personaje, su afectación a la vida profesional o a la privada, las circunstancias concretas y el contexto en el que se produce, así como su repercusión exterior³⁹⁹.

Llegados a este punto, nos es útil citar la definición del honor que nos ha proporcionado Vidal Martínez y que lo identifica como aquel derecho “*derivado de la dignidad de la persona, consistente en el derecho a ser respetado por los demás; cuyo ámbito de protección puede disminuir como consecuencia de la conducta del sujeto*”⁴⁰⁰. El Tribunal Constitucional, por su parte, lo define como un derecho fundamental que deriva de la dignidad de la persona y que confiere a su titular el derecho “*a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás*”⁴⁰¹. Entre las conductas que vulneran el derecho al honor, pueden mencionarse los insultos, las injurias, el menosprecio o la calumnia.

- Utilización del concepto dignidad como sinónimo de honor

El Tribunal Supremo ha sucumbido ante el error de utilizar el honor y la dignidad como términos equivalentes, como puede comprobarse tras la lectura de su paradigmática Sentencia de 3 de mayo de 1985. En ella, hace referencia al delito de injurias tipificado en el artículo 457 del Código Penal (texto vigente con anterioridad a 1995), expresando su opinión acerca de la amplitud imprimida a su redacción, que comprende tanto el ataque “*a la honra, como al crédito y a la estimación de las personas*”. Así, prosigue el Tribunal Supremo, “*ofrece como objeto o bien jurídico... el*

el honor). Desde un punto de vista subjetivo, en cambio, el término honor alude a la autoestima, es decir, lo que cada cual siente que vale en relación con esas mismas aptitudes, comportamientos y condiciones”.

³⁹⁸ STC 185/1989, de 13 de noviembre, fundamento jurídico 4: “*El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento*”.

³⁹⁹ SSTC 46/2002, de 25 de febrero; 20/2002, de 28 de enero; 204/2001, de 15 de octubre.

⁴⁰⁰ VIDAL MARTÍNEZ, J., “*El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*”, Madrid, Montecorvo, 1984, pág. 66.

⁴⁰¹ STC 85/1992, de 8 de junio.

honor en su sentido lato, como equivalente a dignidad de la persona humana”.

González Pérez opina que a nivel sustantivo la dignidad humana y el honor se diferencian. Mientras la dignidad es una categoría personal y absoluta, el honor se encuadra como categoría relativa y subjetivizada⁴⁰². Sin embargo, a continuación también afirma que podemos admitir un concepto amplio de honor con la finalidad de que no queden sin la garantía jurisdiccional del recurso de amparo los atentados a la dignidad que no puedan catalogarse entre las lesiones a los derechos específicamente reconocidos como inherentes a ella. Así, según nuestro autor, a través del proceso de amparo se permitiría la protección del individuo frente a cualquier atentado contra su dignidad personal, aunque éste no se pueda encuadrar en alguno de los derechos que expresamente dan lugar a la protección que otorga el recurso de amparo⁴⁰³.

En definitiva, la asimilación del honor con la dignidad parece guardar la pretensión de evitar que queden exentos de protección penal los atentados contra la dignidad que no se encuentren específicamente tipificados. Sin embargo, a mi modo de ver, el afán de protección del sujeto no puede llevarnos a convertir en una suerte de “cajón de sastre” el contenido derecho al honor hasta el punto de asimilarla a la dignidad y, por lo tanto, otorgándole al derecho fundamental un amplísimo, extensísimo contenido. Las figuras tipificadas penalmente y que protegen el honor, esto es, la calumnia y la injuria, responden a un sistema de protección jurisdiccional penal del derecho, sin olvidar que también se ve protegido desde el orden civil en 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. Ambas jurisdicciones cumplen en gran medida con la función de proteger el derecho al honor de todo ser humano, pudiéndose subsumir al mismo, a través de la interpretación, conductas nuevas que puedan surgir, como consecuencia por ejemplo, de los avances tecnológicos de la sociedad. Todo ello sin tener que recurrir a una asimilación artificial que, por cierto, complicaría exponencialmente el tratamiento jurídico del derecho al honor al extrapolarle los problemas de conceptualización de la dignidad.

⁴⁰² GONZÁLEZ PÉREZ, “*La dignidad de la persona*”, Op. Cit., pág. 105.

⁴⁰³ GONZÁLEZ PÉREZ, “*La dignidad de la persona*”, Op. Cit., pág. 107.

4. LA DIGNIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (II): LA DIGNIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.

La palabra “persona” tiene su origen etimológico en el vocablo “personare” cuyo significado inicial era el de “máscara”. El término aludió posteriormente al actor de comedia, ya que éstos utilizaban máscaras a la hora de representar su personaje. Finalmente, su uso normal evolucionó hasta designar al individuo.

Actualmente en Derecho, habiéndose superado los periodos históricos que contemplaban la esclavitud y la servidumbre, la coincidencia entre persona y ser humano

es total. Sin embargo, en Derecho no se habla de ser humano, hombre, mujer o niño, salvo que sea necesario hacer la distinción, sino que se utilizan las expresiones “*personas físicas o personas naturales*”⁴⁰⁴.

La persona física o natural designa al ser humano considerado como sujeto de derecho. No obstante, a esto hay que añadir entidades, agrupaciones o colectivos a los que el ordenamiento ha atribuido derechos y obligaciones y que constituyen paralelamente otros sujetos de derecho: hablamos de la persona jurídica. La persona jurídica se erige en una realidad normativa que surge del afán del hombre en conseguir fines que considera necesarios para su desarrollo pero que superan su capacidad individual, lo que le lleva a agruparse con otros individuos o a unificar diferentes patrimonios, todo ello en aras de un objetivo común⁴⁰⁵.

El ordenamiento jurídico español regula la atribución de la condición de persona a los individuos en los artículos 29 a 34 del Código Civil y a los conjuntos de individuos o bienes en los artículos 35 a 39. En el marco de este reconocimiento normativo, tanto a la persona física como a la jurídica se les dota de una personalidad, siendo ésta una aptitud inherente que se concreta en la capacidad para ser titular de facultades, derechos y obligaciones. Dentro de la personalidad, comúnmente se diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar:

- La capacidad jurídica puede definirse como una atribución genérica que el ordenamiento otorga tanto a las personas físicas como a las jurídicas por la que se les atribuye la titularidad de derechos y obligaciones. Es consustancial con la persona, de manera que no puede verse afectada por ley o ser objeto de negociación.

- La capacidad de obrar es una atribución que otorga el Derecho tanto a las personas físicas como a las jurídicas por la que pueden realizar actos con eficacia

⁴⁰⁴ LASARTE, C., “Compendio de Derecho de la persona y del patrimonio”, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 3.

⁴⁰⁵ Díez-Picazo define las personas jurídicas como aquellas “*realidades sociales a las que el ordenamiento jurídico reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus miembros componentes, y a las que trata como sujetos de derechos y deberes, con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes*”. (DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil. Vol. I”, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 586).

jurídica⁴⁰⁶. Esta cualidad es susceptible de limitación únicamente a través de una norma jurídica, nunca por la voluntad del sujeto, puesto que estamos ante una cuestión de orden público⁴⁰⁷.

La capacidad jurídica hace referencia a la titularidad. No hace alusión a la posibilidad de actuar jurídicamente, *“sino sencillamente la posibilidad, abstracta y teórica, de encontrarse en situaciones originadoras de derechos y obligaciones que pueden darse a lo largo de la vida de un sujeto”*⁴⁰⁸. Como consecuencia, se coloca a todas las personas (todas las personas físicas en este caso) en un punto de partida igualitario que ahonda en el cumplimiento del artículo 14 de la Constitución.

No obstante, si todas las personas poseen la misma capacidad jurídica, en cambio no ostentan la misma capacidad de obrar. Esta se refiere al “ejercicio” de derechos y obligaciones, por lo que puede darse la situación de que una persona siendo titular de un derecho, sea incapaz para ejercerlo, y esto tanto en el caso de las personas físicas como en el de las jurídicas.

Sin embargo, esta diferencia legal entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, para ser legítima y no conculcar la igualdad que impone la Constitución, debe encontrar su causa en la persona misma y no en condiciones jerárquicas o sociales. En otras palabras, su fundamento debe buscarse en cualidades personales que hacen que la persona viva o esté en la comunidad de una manera diferente respecto de otra en que no concurren⁴⁰⁹. El estado civil⁴¹⁰ es la cualidad de la persona que determina su capacidad de obrar y que viene determinada por la ley. ¿Y cuáles son los estados civiles previstos en nuestro Derecho? Díez-Picazo señala los siguientes: la nacionalidad y la vecindad, el matrimonio, la edad y la capacitación⁴¹¹.

⁴⁰⁶ Al respecto, Lasarte afirma que la capacidad jurídica no admite graduaciones o matizaciones, puesto que se tiene o no se tiene; se es persona o no. Esto conlleva que los términos capacidad jurídica y personalidad sean coincidentes. Sin embargo, la capacidad de obrar si permite estas graduaciones o matizaciones en atención al tipo de acto que se pretenda realizar por el sujeto de derecho (LASARTE, C., “Compendio de Derecho de la persona...”, pág. 5).

⁴⁰⁷ La capacidad de obrar plena la tiene el mayor de edad no incapacitado.

⁴⁰⁸ LASARTE, C., “Compendio de Derecho de la persona...”, pág. 5.

⁴⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil. Vol. I”, Tecnos, Madrid, 2003, Pág. 222.

⁴¹⁰ El estado civil con carácter de orden público.

⁴¹¹ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil. Vol. I”, Op. Cit., pág. 224.

En el caso de las personas jurídicas, al constituirse como colectividades de personas o de bienes, las limitaciones en la capacidad de obrar vienen determinadas, además, por su propia naturaleza. Por ejemplo, las manifestaciones de voluntad se arbitran a través de instrumentos jurídicos como la representación⁴¹². Al respecto, algunos autores consideran a las personas jurídicas como sujetos incapaces lo que obliga a que su voluntad se exprese por medio de la institución de la representación. Teorías más recientes, sin embargo, afirman que las personas físicas que suplen la voluntad de las personas jurídicas no lo hacen en virtud de la institución de la representación, sino en virtud de la relación orgánica que se establece entre las distintas partes de una organización. Esto les convierten en “órganos” de la persona jurídica y actúan como tales⁴¹³.

La adquisición de la personalidad en la persona física tiene lugar con el nacimiento. En este sentido, el artículo 29 del Código Civil ha establecido que “*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*”, esto es, el nacimiento con vida “*una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”. De esta manera, la nueva Ley 20/2011, de 21 julio, elimina los requisitos que establecía el anterior artículo 30 por la que el feto debía tener “*figura humana*” y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno para reputarse nacido. Según la nueva regulación cualquier ser nacido, una vez separado de la mujer alcanza de manera inmediata la personalidad, sin atender a plazos de tiempo o apariencias físicas⁴¹⁴.

El Código Civil regula en el artículo 32 la extinción de la persona: “*la personalidad civil se extingue con la muerte de las personas*”. El momento del fallecimiento es un hecho físico que hoy no admite dudas, por la que el ser humano deja

⁴¹² La naturaleza de la persona jurídica será abordada ampliamente cuando se analice la posibilidad de atribuirle dignidad, por lo que ahora nos centraremos brevemente en situar a la persona natural en el marco que estudiamos.

⁴¹³ <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-10-persona-y-personalidad-juridica-capacidad-juridica-y-capacidad-de-obrar>.

⁴¹⁴ El artículo 31 del Código Civil regula el caso de los partos dobles, estableciendo que se le otorgan los derechos de primogénito al primer nacido. Aún así, debe decirse que nuestro actual Derecho no contempla derechos especiales de “primogenitura”, siendo una institución perteneciente a tiempos pretéritos. Solo en casos muy concretos respecto de instituciones históricas como la Corona (artículo 57 CE) o en relación con los títulos nobiliarios (donde la primogenitura es determinante en la sucesión del título nobiliario) se hace alusión a ella con efectos jurídicos muy determinados.

de serlo y pasa a ser considerado cosa para el Derecho. La regulación se completa con la Ley de Registro Civil, que establece las condiciones que debe reunir la inscripción de la defunción (art. 85 Ley Registro Civil 20/2011, de 21 de julio y el art. 274 Reglamento Ley de Registro Civil de 14 de noviembre de 1958).

En cuanto a la persona jurídica, ésta nace en virtud de un acto jurídico, cumpliendo los requisitos que para ello impone la ley respecto a las condiciones de organización, el patrimonio y finalidad. La persona jurídica no posee una existencia previa al acto de constitución, a diferencia de la persona natural, señalándose como tales a las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones de interés público reconocidas por la ley, así como las asociaciones de interés particular, ya sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad propia (artículo 35 del Código Civil).

La capacidad jurídica de las personas jurídicas, tanto en el orden civil como en el patrimonial, es regulado ampliamente. El artículo 38 les reconoce la capacidad de *“adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”*, reflejando dos salvedades: la Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

En cuanto a la extinción de la persona jurídica, en el artículo 39 se señala lo siguiente: *“Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas”*.

A continuación, se seguirá ahondando con más detenimiento en el análisis de la persona jurídica.

- LA PERSONA JURÍDICA

A poco que observemos el desarrollo natural del ser humano en su aspecto social podemos encontrar una normal inclinación a agruparse con el objetivo de conseguir un fin común. Pronto el individuo, desde sus estadios más primitivos, fue consciente de que su supervivencia dependía de la asociación con sus semejantes, a los que necesitaba para cazar o defenderse de animales u otras agrupaciones humanas. A partir de aquí, el ser humano ha ido desarrollado más y más necesidades que superan sus capacidades individuales, lo que le obliga a acudir a la asociación como medio para un fin. Ya lo resumió para la posteridad el gran Aristóteles: el hombre es un animal político y social⁴¹⁵.

De esta unión de individuos o de sus patrimonios, surgen asociaciones, sociedades, corporaciones, fundaciones o agrupaciones, cuyo desenvolvimiento en el tráfico jurídico se caracteriza por funcionar como una individualidad. Es esta una realidad de la que ha tenido que ocuparse el Derecho, desarrollando la creación artificial y jurídica que constituye la persona jurídica, desde el punto de vista constitucional, legislativo, jurisprudencial y dogmático. Todo ello sin perder de vista, como señala Díez-Picazo, que el término “persona” se utiliza en un sentido meramente traslativo, porque en puridad, persona sólo lo es el hombre en cuanto ser dotado de inteligencia y voluntad propia⁴¹⁶.

En definitiva, la persona jurídica no designa algo existente, tal y como señalaba la denominada “teoría de la ficción”⁴¹⁷, sino que es un instrumento que articula

⁴¹⁵ “Es pues manifiesto que la ciudad es por naturaleza anterior al individuo, pues si el individuo no puede de por sí bastarse a sí mismo, deberá estar con el todo político en la misma relación que las otras partes lo están con su respectivo todo. El que sea incapaz de entrar en esta participación común, o que, a causa de su propia suficiencia, no necesite de ella, no es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios” (Aristóteles, “Política”, Libro 1,1).

⁴¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volúmen I, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 585.

⁴¹⁷ La “teoría de la ficción” es una de las más antiguas y define a la persona jurídica como un ente ficticio, de creación legal, que no existe como persona en el mundo real. Sus orígenes se atribuyen a Sinibaldo de Fieschi (posteriormente sería el Papa Inocencio IV), cuya meritoria obra es descrita por Gierke: “La doctrina de las personas jurídicas se nos presenta en la obra de Inocencio IV en un estado de imprevista perfección que despierta maravilla, a pesar de que no falte una cierta preparación anterior. El le dió a tal doctrina una marcadísima configuración, de la misma manera que Savigny lo hiciera después en nuestro siglo, con cuyas enseñanzas concuerda también materialmente de modo verdaderamente remarcable”. (Referido por Ruffini, Francesco, Giuffrè, Milano, 1936, “La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlos di Savigny”). Posteriormente surge la “teoría de la realidad”, desarrollada sobretodo por Gierke, que afirma que la persona jurídica son seres reales que poseen una realidad. Gierke proclama que son organismos

posibilidades de actuación colectiva en el tráfico jurídico, a partir de una figura jurídica creada al efecto que goza, necesariamente, de unidad e individualidad. Es una abstracción, a través de la cuál se arbitra una forma en la que pueden operar un conjunto de individuos o patrimonios con el objeto de realizar un fin común colectivo y preestablecido, como si actuase una única persona. Esta ficción evita que la agrupación de individuos sea tratada jurídicamente como suma de ellos, de manera que, por ejemplo, las deudas que contrajese el grupo como tal, tuvieran que ser atendidos con el patrimonio personal de sus miembros.

Es oportuno evidenciar que no cualquier agrupación humana o patrimonial es persona jurídica, piénsese en la familia o en las comunidades de propietarios. La mera asociación de individuos para un fin común no obliga al ordenamiento jurídico a reconocerle personalidad jurídica. Entonces, ¿cómo podemos definirla?

El Código Civil no nos proporciona un concepto, limitándose a declarar, en el artículo 35, que *“son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*.

Las asociaciones se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, (art. 36 Código Civil), detallando a continuación en el art. 37 que *“la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y las de las fundaciones por las reglas de su institución,*

vivos y sociales, que, al igual que el ser humano, se sirven de sus órganos para el desarrollo de su propia vida. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico no crea a la persona jurídica, según este autor, sino que se limita a reconocerla. Y es en este punto donde fracasa esta teoría, a mi modo de ver, puesto que no es posible considerar que la persona jurídica posee una existencia por si misma, antes de su reconocimiento jurídico. Francesco Ferrara intenta ir más allá y describe el concepto de “persona” como una cualidad abstracta, ideal, y otorgada por el ordenamiento jurídico, por lo que no va a ser la resultante de la individualidad corporal y psíquica. El hombre es persona para el Derecho cuando es reconocido como ente jurídico, dotado de derechos y deberes. De esta forma, al no ser coincidentes las nociones de “ser humano” y de “persona”, la calidad jurídica de persona puede atribuirse por el ordenamiento jurídico a cualquier ente que más allá de la persona física. Ahora bien, reconoce que la cualidad natural del hombre; esto es, ente dotado de racionalidad y voluntad, constituye la base ética que obliga al ordenamiento a reconocerle personalidad.

debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario”.

La regulación que nos ofrece el Código Civil no agota la normativa por la que debe regirse cada tipo de persona jurídica, siendo necesario acudir a su propia normativa, una vez constituida, o a la legislación específica; esto es, los estatutos de la asociación, o la normativa referente a los diferentes tipos de sociedades (anónimas, limitadas, etc.).

En cuanto a nuestra norma suprema, la Constitución reconoce en el artículo 22 el derecho de asociación como derecho fundamental, y con un nivel menor de protección, el derecho de fundación, en el 34.

Una vez establecido el marco general donde se desarrolla la persona jurídica podemos avanzar su definición. Y para ello acudimos a la concisa conceptualización que nos proporciona Rosado Iglesias, de manera que con “persona jurídica” se alude a la organización creada a partir de la agrupación de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y con una identidad diferenciada respecto de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad independiente de la de sus miembros y con un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones⁴¹⁸.

Se debe advertir que los criterios que distinguen los diferentes tipos de persona jurídica son numerosos. A modo de breve exposición, que no pretende ser exhaustiva, se citan los más importantes, siguiendo la clasificación de Díez-Picazo⁴¹⁹:

1º Un primer criterio de distinción, diferencia entre persona jurídica de base asociativa o corporativa (*universitas personarum*), y personas jurídicas formado eminentemente por un conjunto de bienes destinados a un fin.

⁴¹⁸ ROSADO IGLESIAS, G., “La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica”, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 97.

⁴¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, *Op. Cit.*, pág. 591.

2º Se distingue entre personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho Privado. Entre las de Derecho público se sitúan las que forman parte de la organización general del Estado; esto es, el Estado mismo, las Comunidades Autónomas, las provincias y los municipios. También las denominadas corporaciones de Derecho público (cámaras oficiales, colegios profesionales, etc.). Las personas jurídicas de Derecho privado se desenvuelven en el terreno propio del Derecho Privado: son las asociaciones (sin ánimo de lucro), las sociedades (con ánimo de lucro) o las fundaciones, por ejemplo.

Por último, se debe ser consciente que toda la materia concerniente a las personas jurídicas es altamente controvertida. La enorme dificultad que rodea al concepto ha llamado la atención de los grandes maestros del derecho y suscitado un deseo de dilucidarla que se ha saldado con la desesperación de más de un jurista ante la imposibilidad de un acuerdo entre los autores ha llegado a creer en la inutilidad del mismo concepto”⁴²⁰.

Sin embargo, en modo alguno el reto debe disuadirnos de abordarlo con mayor o menor gallardía.

4.1. Titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica

La posición central que ocupan los derechos fundamentales en nuestro texto constitucional es innegable. Personificaron en los inicios del constitucionalismo más moderno las aspiraciones que desembocarían en las declaraciones de derechos. La garantía de la libertad del ser humano y la igualdad son algunas de su “solidificaciones” jurídicas más importantes. Desde entonces han transcurrido dos siglos que no han disminuido su importancia, pero la evolución de los tiempos, el desarrollo del capitalismo moderno (donde cobran especial importancia sociedades mercantiles como la sociedad anónima) y el Derecho Público en general (con especial mención dentro del Derecho Administrativo de las denominadas sociedades estatales autónomas, las

⁴²⁰ CASTRO Y BRAVO, F., “*Temas de Derecho Civil*”, Madrid, Marisal, 1972, pág. 67.

empresas públicas, los municipios o las provincias) se han rebelado exigentes ante la necesidad de mayores desarrollos doctrinales que se adecúen a su natural y progresivo evolución y desarrollo. Es aquí donde se encuadra la regulación de la construcción jurídica de la “persona jurídica” y en concreto, el debate acerca de si la similitud que jurídicamente se le otorga respecto de la persona física es extrapolable a la titularidad de los derechos fundamentales o, al menos, a algunos de ellos.

Lo primero que debe precisarse es que, a diferencia del constituyente alemán que incluye el reconocimiento expreso de la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales⁴²¹, la ausencia de pronunciación constitucional en este tema ha provocado que sea el Tribunal Constitucional el que configure las respuestas y acote límites para solventar esta omisión, cambiando si es necesario de criterio a lo largo de su jurisprudencia. Para ello, se ha basado en la pronunciación constitucional que las dota de legitimidad para interponer el recurso de amparo (art. 162.1.b) y en la necesidad de “*asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legalmente desarrollados*”⁴²².

Sin embargo, la lectura de la Constitución nos muestra que donde el constituyente quiso reconocer el derecho fundamental a la persona jurídica, así lo hizo, lo que nos lleva a que no podamos considerar “un olvido involuntario” allí donde no aparece la extensión de la titularidad. Así, constatamos como el artículo 22 reconoce el derecho de asociación. A esto hay que añadir, sin ánimo exhaustivo, la mención expresa de la titularidad a sujetos diferentes a la persona física en el Título I y el Título II de la Constitución. El artículo 16.1 se “*garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades*”; el artículo 27.6 “*reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes*”, y el apartado 10, “*la autonomía de las Universidades*”; el artículo 28.1 reconoce “*el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas*”; y el artículo 29 garantiza el derecho de petición individual o colectiva a todos los españoles.

⁴²¹ Artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn.

⁴²² STC 241/1992, de 21 diciembre.

Fuera del ámbito circunscrito al derecho fundamental, más discutida es la mención del artículo 9.2, que atribuye a los poderes públicos la función de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos donde se integra sean reales y efectivas. Tengamos en cuenta que el precepto no cumple con la función de reconocer derechos fundamentales, sino establecer un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones que hagan efectivas la libertad e igualdad de personas individualmente consideradas y de grupos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve las enormes dificultades que supone concretar el contenido del artículo⁴²³.

Pero en contra del reconocimiento en nuestro ordenamiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas también surgen otros argumentos que para una parte de la doctrina, quizás menor, son indiscutibles y se basan en los artículos 10.1 y 53.2 de la CE. Desde este punto de vista que el Tribunal Constitucional se ha ocupado en contra argumentar, el artículo 10.1 se erige en una prueba definitiva de que el espíritu constituyente se decantó por los principios propios de la liberal-democracia, por lo que la concepción de los derechos fundamentales es que se tratan de derechos de los individuos. De esta forma, siendo como son la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad la base originaria de los derechos fundamentales, no es posible admitir que se le reconozcan estos derechos a las personas colectivas, al no ser ni seres humanos ni tener una personalidad a desarrollar⁴²⁴. Asimismo, alegan que el artículo 53.2 de forma clara excluye de la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica, desde el momento en que la expresión que utiliza es “cualquier ciudadano”, excluyendo de su ámbito a la persona jurídica y al extranjero.

Sin embargo, veremos a continuación y con detenimiento, como el Tribunal Constitucional se ha ocupado de matizar estas interpretaciones, afirmando que el 53.2 CE no excluye del término “*ciudadanos*” a otras formas de “*persona*” (STC 241/1992) o que, respecto de las instituciones públicas “*es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral*” (STC 107/1988), adjudicándoles la titularidad del valor superior.

⁴²³ STC 95/1985, STC 6/1988, STC 120/1990.

⁴²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo”, *Revista Anuario de Derechos Humanos*, 1981, págs. 155 y ss.

Lo que si debemos admitir es que, por poco que nos atengamos a la naturaleza y función de los derechos fundamentales, se pone inmediatamente de relieve que son numerosos los derechos no susceptibles de ser atribuidos y ejercidos por un ente colectivo. Como ha afirmado Gomes Canotilho, las personas jurídicas no pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales que “*presupongan características intrínsecas o naturales del hombre, como el cuerpo o los bienes espirituales necesariamente ligados al hombre*”⁴²⁵. Entre estos derechos podemos citar:

- el derecho a la vida, a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

- la libertad personal y las medidas establecidas ante su privación del artículo 17 CE, así como la libertad de circulación (art. 19 CE) y la libertad de cátedra (art. 20.1.c) CE).

- el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1CE).

- los derechos de participación política como el derecho de sufragio, o el derecho de acceso a cargos públicos (art. 23 CE).

- el derecho a recibir educación (art. 27.1 CE).

A esto hay que añadir otros tantos derechos no fundamentales pero si consagrados en la Constitución, tampoco susceptibles de ser atribuidos a la persona jurídica. Piénsese en el derecho a defender a España (art. 30.1 CE), el derecho al matrimonio (art. 32 CE), o el derecho a trabajar y a recibir una remuneración suficiente (art. 35 CE).

A título didáctico se puede hacer la siguiente clasificación referente a las corrientes doctrinales que reconocen o no la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas:

1) Corriente doctrinal que admite esta titularidad. Esta, a su vez, admite dos

⁴²⁵ GOMES CANOTILHO, J.J., “*Direito Constitucional*”, 4º Edic., Almedina, Coimbra, 1986, pág. 457.

vertientes:

a) Aquella que afirma que los entes colectivos solo ostentan la titularidad de aquellos derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por los mismos.

b) Vertiente que hace una distinción entre la persona jurídico-privada y la jurídico-pública para la atribución de la titularidad.

2) Corriente doctrinal que no admite esta titularidad. Es la vertiente que afirma que solo las personas físicas pueden ostentar la titularidad de los derechos fundamentales, apoyándose, fundamentalmente en el artículo 10.1 CE.

Lo que es indiscutible es la real y creciente importancia de la persona jurídica en una sociedad cada vez más globalizada, por lo que es necesario dar respuestas a los problemas ya planteados y, en la medida de lo posible, adelantarnos a los que se puedan producir.

4.2. La titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica según el Tribunal Constitucional. Especial referencia a la persona jurídica de Derecho Público

Nuestro Tribunal Constitucional ha demostrado en su jurisprudencia ser consciente de que la realidad social empuja a un gradual mayor reconocimiento de capacidades subjetivas a la persona jurídica. Es por ello que podemos encontrar resoluciones donde, aún careciendo de un apoyo normativo expreso, aborda la cuestión buscando el argumento jurídico que fundamente la atribución de la titularidad del derecho en cuestión, mostrando su predisposición a una interpretación extensiva de la titularidad de los derechos fundamentales que le posibilite su acceso. Así, en la STC 19/1983, se le plantea si la Diputación Foral de Navarra (persona jurídico-pública) es titular del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, para lo que analiza si

el artículo 53.2 CE al hacer referencia a los “ciudadanos”, pretende incluir o excluir de su titularidad a las personas jurídicas. Pues bien, el Tribunal Constitucional afirma categóricamente que el 53.2 CE no excluye del término “*ciudadano*” a otras formas de “*persona*”: “*basta leer los arts. 14 a 29 para deducir el sentido del art. 53.2, que es el de afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales libertades y derechos, es decir, que todos los ciudadanos son titulares de los mismos, pero sin que ello limite la posible titularidad por otras personas*”⁴²⁶.

La sentencia, además, hace una importante apreciación en el fundamento jurídico 2: el problema de determinación de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general. Ni respecto de la persona física ni de la jurídica nos es posible realizar una afirmación categórica y absoluta de la titularidad de estos derechos ateniéndonos a la Constitución. Como ya hemos visto, hay derechos que se atribuyen solo a los nacionales, otros solo a los extranjeros y en el caso de algunos derechos, se somete su ejercicio al cumplimiento de algún condicionante. En consecuencia y en relación al artículo 24 de la que se ocupa, en el fallo se puntualiza que “*la expresión «Todas las personas», hay que interpretarla en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con «la tutela efectiva de los jueces y Tribunales», que comprende lógicamente -en principio- a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso, capacidad que no puede negarse a la Diputación Foral -hoy Comunidad Foral- en sus relaciones jurídico-laborales*”⁴²⁷.

La capacidad de la persona jurídica para ser titular, necesita ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental, como ratificaría en pronunciamientos

⁴²⁶ Fundamento jurídico 2. Esta es la posición doctrinal que ha seguido manteniendo a lo largo de su jurisprudencia, por ejemplo en la (STC 241/1992, de 21 de diciembre. En esta sentencia, el Tribunal se reafirma en esta tesis, incidiendo en la necesidad de una interpretación extensiva del artículo 53.2, ya que “*el pleno reconocimiento Constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legalmente desarrollados. En definitiva, el término “ciudadanos” del artículo 53.2 de la Constitución ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas*”.

⁴²⁷ Fundamento jurídico 2, STC 19/1983. En el mismo fundamento, el Tribunal prosigue: “*Por lo demás, y como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido de casos en que los conflictos han sido promovidos por personas jurídicas (Sentencias de 27 de octubre de 1975 y de 6 de febrero de 1976), y el art. 6.º del Convenio reconoce el derecho a la tutela judicial, para las relaciones civiles y penales, expresión que no tiene el sentido de excluir las de carácter laboral, ni, por lo tanto, los recursos que tienen por objeto la actuación de los órganos judiciales competentes en materia laboral (Sentencia del Tribunal Europeo de 6 de mayo de 1981, caso Buchholz)*”.

posteriores el Tribunal Constitucional: “ (...) *no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad (...) sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta*”⁴²⁸.

Posteriormente, en la STC 137/1985, de 17 de octubre, el Tribunal admite que no existe un reconocimiento constitucional expreso de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica, como si recoge el artículo 19.3 de la ley Fundamental de Bonn, pero aún así, afirma que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas⁴²⁹. Partiendo de que el constitucionalismo español no cuenta con un reconocimiento expreso de la potencialidad de la persona jurídica a la hora de atribuírsele la titularidad de los derechos fundamentales, va a ir construyendo estas atribuciones derecho a derecho, en muchos casos con una argumentación cuanto menos, endeble. Sirva como ejemplo que el Tribunal, en la STC 137/1985, alegue como justificación para atribuir la titularidad de la inviolabilidad del domicilio a la persona jurídica el hecho de que “*parece claro*” que era la intención del constituyente, en lo que constituye una auténtica petición de “*acto de fe*” el que se asuma así. Señala, asimismo, que esta es la doctrina seguida mayoritariamente por otros países, esto es, Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio de carácter extensivo, pudiendo entenderse que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno rechaza la posibilidad de aplicación a estas últimas. Asimismo el Tribunal recuerda como apoyo de su argumentación que las personas jurídicas también pueden ser titulares de viviendas, que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra⁴³⁰.

Sin embargo, la sentencia no otorga con carácter universal la titularidad de la persona jurídica, sino que la condiciona a que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y la instrumentación del derecho a la libertad no sea incompatible con la naturaleza y la

⁴²⁸ STC 139/1995, de 26 de septiembre.

⁴²⁹ Fundamento Jurídico 3.

⁴³⁰ Fundamento Jurídico 3.

especialidad de fines del ente colectivo⁴³¹.

Un año después y ya con una total claridad y contundencia, el Tribunal afirma en la STC 23/1989, que aún cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros estados, en nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas (fundamento jurídico 2). Como resultado, el Tribunal incorpora y consolida en nuestro ordenamiento el contenido del artículo 19.3 de la Constitución de Bonn, reincidiendo en una ausencia de argumentación más sólida e interna en donde apoyarse.

Por otro lado, en el fundamento jurídico 3 el Tribunal hace referencia a la posible titularidad de la persona jurídica del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, señalando que las personas jurídicas y las físicas son dos realidades distintas que conllevan un trato desigual justificado. Corresponde al ordenamiento jurídico delimitar las condiciones y límites específicos que determinen el campo de actuación propio de la persona jurídica atendiendo a su especial naturaleza y en qué actividades puede desarrollarse en condiciones de igualdad respecto de la persona física⁴³².

Toda esta doctrina jurisprudencial que se ha ido configurando y que se ha caracterizado por ser expansiva y permisiva en la atribución de la titularidad de la persona jurídica, termina afianzándose a través de dos pronunciamientos, en 1995: la STC 139/1995 y la STC 183/1995, que cita la anterior. En ambas se dilucida si entre los derechos fundamentales que se pueden atribuir a la persona jurídica se encuentra el derecho al honor del artículo 18.1 CE.

Por su parte, la STC 139/1995, pone de relieve, una vez más, la inexistencia de una proclamación constitucional a la manera del artículo 19.3 de la ley Fundamental de Bonn (fundamento jurídico 4), omisión que, lejos de suponer un obstáculo para el

⁴³¹ Fundamento Jurídico 3.

⁴³² STC 237/1989, de 2 de febrero, fundamento jurídico 3: *“Ahora bien, no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas”*.

Tribunal, es interpretado como una prueba de que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales. A esta argumentación añade precisamente que si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, prosigue el Tribunal, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la CE, sino como titulares de un derecho propio.

A continuación, se señalan los límites implícitos en el reconocimiento de esta titularidad y que derivan del hecho de que la persona jurídica es una construcción jurídica, no real. De su naturaleza artificial, irremediablemente se traduce la incapacidad de atribuirle derechos como la integridad física, o lo que debe resultarnos aun más revelador: la dignidad humana (fundamento jurídico 4º). Pero, a pesar de admitir este extremo, declara como necesario el adjudicar la titularidad a la persona jurídica de aquellos derechos que posibiliten y complementen los fines para la que fue creada, por la voluntad, no lo olvidemos, de individuos reales e individuales, colectivamente organizados y amparados por derechos fundamentales⁴³³. Congruentemente con esta doctrina, se considera que el fin que persigue la persona jurídica sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan -como decíamos- su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad.

Sin embargo, la capacidad general de titularidad por parte de la persona jurídica debe *“ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental”*⁴³⁴, de manera que la naturaleza del derecho fundamental se alza también como un importante e indiscutible condicionante. Pero, en concreto, respecto del derecho al honor del artículo

⁴³³ Fundamento jurídico 4: “Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines”.

⁴³⁴ Fundamento jurídico 5.

18.1 CE del que se ocupa la sentencia, el Tribunal afirma que el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Aun cuando reconoce que este derecho fundamental “*se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E.*”, ello no lo considera un obstáculo para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E.

A partir de 1998, lo que parecía ser la tendencia firme en el Tribunal, se va a ver matizada en la STC 117/1998, de 18 de junio. Hasta ahora, recordemos, el Tribunal ha apelado a los mismos argumentos para fundamentar su interpretación extensiva de la atribución de titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica. Estos pueden resumirse en los siguientes:

- Aunque constitucionalmente no existe reconocimiento general de la capacidad o incapacidad para la titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica, esto se interpreta como una ausencia de obstáculos constitucionales o legales para ello.

- Se adopta como propia la fórmula del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn: “*los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas*”.

- La persona jurídica es creada por el conjunto de personas individuales al amparo de derechos fundamentales, con el objeto de alcanzar fines constitucionalmente protegidos, por lo que es lógico reconocer su titularidad.

- La titularidad de los derechos fundamentales, sin embargo, no puede ser reconocida con carácter general a la persona jurídica. Los límites se marcan teniendo en cuenta, por un lado, la propia naturaleza del derecho fundamental y, por otro lado, los fines que persigue la persona jurídica.

En la STC 117/1998, la cuestión que se dilucidaba era si el reconocimiento de la tutela judicial efectiva de la persona jurídica significaba, a su vez, la atribución de la asistencia jurídica gratuita. El Tribunal comienza recordando que “*las personas*

*jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, cuya existencia jurídica no puede ser negada por el ordenamiento jurídico, pues la persona, esto es, el ser humano, tiene el derecho inviolable a que se reconozca su personalidad jurídica (art. 10 C.E. y art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948), constituyen una creación del legislador, y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso”*⁴³⁵. Asimismo, conceptualiza a la persona jurídica como un instrumento creado por la técnica del Derecho y al servicio de la persona individual para que ésta pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar así aquellos fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento.

Ahora bien, el Tribunal señala que el art. 119 CE, al establecer que *"la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar"*, lo que consagra es un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24.1 CE⁴³⁶, que en ningún momento es absoluto e ilimitado. Su contenido y las condiciones de su ejercicio son de configuración legal, por lo que el legislador podrá atribuir el beneficio de la justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes (STC 16/1994, fundamento jurídico 3). En consecuencia, el legislador limita la posibilidad de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a dos tipos de personas jurídicas de carácter privado, siempre y cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar: las asociaciones de utilidad pública, previstas en el art. 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones y las fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente⁴³⁷.

No obstante, *"la Constitución no se opone a que determinadas o incluso todas las personas jurídicas pudieran ser beneficiarias de la justicia gratuita"*⁴³⁸, pero este reconocimiento general, no significa que las personas jurídicas tengan derecho en todo

⁴³⁵ Fundamento jurídico 4.

⁴³⁶ Fundamento jurídico 3.

⁴³⁷ *"Junto a ello, se mantiene la atribución ex lege del derecho (Disposición adicional segunda de la Ley 1/1996) para la "Cruz Roja Española (...) sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar", y para las "Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios "cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado". (Fundamento jurídico 4, STC 117/1998)*

⁴³⁸ Fundamento jurídico 6.

caso a disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando carezcan de recursos económicos para litigar. A la proclama general sobre la titularidad del derecho que establece el art. 24 de la Constitución que va a corresponder a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconozca capacidad para ser parte en un proceso y que es de aplicación a todas las personas jurídicas de Derecho privado, como se ha señalado, debe añadirse otra que adquiere una especial importancia: las sociedades mercantiles de capital. En este tipo de entidades, el *substratum* que justifica su personificación jurídica se halla en la existencia de un pacto asociativo dirigido a racionalizar los riesgos de la actividad empresarial limitando la responsabilidad patrimonial al valor de la aportación social⁴³⁹, y como se dice, la atribución del derecho es decisión legislativa.

Tampoco consideró el Tribunal que se hubiera producido una lesión al derecho a la igualdad del artículo 14 CE por el hecho de que se conceda un trato diferenciado en el reconocimiento al derecho a la asistencia jurídica gratuita a la persona física y la jurídica. Como ha reiterado en numerosa jurisprudencia, no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación de una determinada materia, supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación arbitrario, carentes de una fundamentación razonable o que no sean proporcionales a la finalidad perseguida. Las realidades diferenciadas de la persona física y la jurídica permiten y justifican un trato legal desigual, *“especialmente cuando nos hallamos ante un derecho prestacional que, como el contemplado en el art. 119 CE, es de configuración legal, por lo que el legislador dispone, en principio, de un amplio margen de libertad para conformar en atención a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias”*⁴⁴⁰.

Tampoco, por tanto, se puede afirmar que la diferencia de trato legal entre las personas jurídicas societarias y las constituidas para fines de interés general encierra

⁴³⁹ Fundamento jurídico 7.

⁴⁴⁰ Fundamento jurídico 8.

lesión alguna del art. 14 CE, pues posee una evidente justificación, objetiva y razonable, dentro del amplio margen de libertad de configuración del que, como ya se ha dicho, goza el legislador a tenor del art. 119 CE.

En la STC 69/1999, de 26 de abril, se aborda la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de la persona jurídica⁴⁴¹, de una forma más argumentada de lo que se hiciera en la STC 137/1985, de 17 de octubre. El Tribunal se ocupa del concepto de “domicilio”⁴⁴² en el fundamento jurídico 2, para inmediatamente y a continuación declarar que las personas jurídicas son titulares del derecho a la inviolabilidad del mismo, apoyándose en su jurisprudencia anterior (SSTC 137/1985, 144/1987 y 64/1988).

Ahora bien, y como prosigue el fundamento jurídico 2º, esto no implica que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Este argumento lo ejemplifica con el diferente tratamiento constitucional que hace respecto del domicilio constitucionalmente protegido, puesto que, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con la intimidad, (STC 22/1984, fundamento jurídico 5º (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras) donde lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en el hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, se puntualiza, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una

⁴⁴¹ Fundamento jurídico 1: “*El recurso de amparo que examinamos denuncia que las sucesivas resoluciones del Juzgado de Instrucción y de la Audiencia Provincial referenciadas en antecedentes y que autorizaron la entrada en un local de la recurrente para proceder al precinto de una serie de equipos radioelectrónicos, en ejecución de una Resolución administrativa anterior, vulneraron el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por cuanto en ellas no se especificaron “día, objeto y circunstancias para llevar a cabo la entrada así como ejecutarse del modo menos gravoso para el destinatario”*. Se trata de una sociedad anónima, en cuya sede autorizó la Autoridad Administrativa a precintar toda una serie de equipos radioelectrónicos, sin especificar día, objeto, y circunstancias como motivo de una sanción.

⁴⁴² Fundamento jurídico 2: “Respecto al concepto de domicilio y a los titulares del derecho a su inviolabilidad ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 C.E. garantiza [SSTC 149/1991, fundamento jurídico 6, y 76/1992, fundamento jurídico 3 b), así como, respecto a distintos locales, los AATC 272/1985, 349/1988, 171/1989, 198/1991, 58/1992, 223/1993 y 333/1993]. Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros.”

protección frente a la intromisión ajena”⁴⁴³.

De esta forma, el Tribunal delimita el núcleo esencial del derecho constitucionalmente protegido en cuanto el domicilio es morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Pero respecto de las personas jurídicas, y precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas, el derecho goza de una menor intensidad en su protección, extendiéndose *“a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros”*.

Todo este cuerpo doctrinal que ha ido configurando nuestro Tribunal constitucional plasman la intención de reconocer a la persona jurídica la titularidad de derechos fundamentales determinados, no con carácter general, cuyo reconocimiento, a su vez, no significa que se le otorgue la protección del derecho en condiciones de igualdad con la persona física. Se ha abogado por dar preeminencia a su carácter de construcción técnico-jurídico que constituye un medio para que la persona individual realice plenamente los derechos fundamentales de los que es titular fuera de toda duda. Pero, al mismo tiempo, el Tribunal no ha perdido de vista precisamente eso: que es una construcción artificial consensuada por el Derecho, por lo que, una atribución de titularidad de los derechos fundamentales en pie de igualdad con la persona física significaría desvirtuar la importantísima noción de derecho fundamental. Sin embargo, también es cierto que las pronunciaciones al respecto y, por lo tanto, el desarrollo concreto de la posición jurisprudencial que se adopta, van al compás del caso concreto, como no podía ser de otra forma, por lo que vamos teniendo una visión parcial de lo que establece y considera el Tribunal. De esta manera, tenemos que ir “armando” y encajando “las piezas” para conseguir una visión general de una cuestión que, con seguridad, irá abordándose más y más con el tiempo.

⁴⁴³ Fundamento jurídico 2.

- La persona jurídica de Derecho Público

Señala Gómez Montoro, que no es posible elaborar una teoría común a ambos tipos de entidades⁴⁴⁴, refiriéndose al tratamiento diferenciado que se debe aplicar según nos encontremos ante una persona jurídico-privada⁴⁴⁵ o una jurídico-pública. Inmediatamente a continuación se plantea la cuestión: ¿es posible atribuir la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas? Una respuesta rápida nos llevaría a contestar que no, teniendo presente el sinsentido de que el Estado tuviera la posibilidad de protegerse de sí mismo. Sin embargo, la pregunta no es tan sencilla y su respuesta de gran calado. Tengamos en cuenta que la gran pluralidad de Administraciones públicas, así como de Organismos autónomos hace que el sujeto pasivo y el sujeto activo de las relaciones jurídicas de Derecho Público no coincidan (piénsese, por ejemplo, una Corporación Local que deba enfrentarse al Estado) lo que provoca, como mínimo, que la cuestión necesite de un análisis y razonamiento más profundo. Todo esto sin obviar que las diferentes Administraciones tienen dos formas de actuar diferenciadas: una actuación en forma soberana a través de actos y contratos administrativos y otra actuación privada, que se circunscribe fundamentalmente a la gestión patrimonial⁴⁴⁶.

Al respecto, el Tribunal Constitucional pronto se mostró reacio al reconocimiento general de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas⁴⁴⁷, circunscribiendo este reconocimiento al derecho a la tutela judicial efectiva

⁴⁴⁴ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, Número 65, mayo-agosto 2002, pág. 86 (nota a pie de página nº 116).

⁴⁴⁵ Las personas jurídicas de Derecho público pueden definirse como aquellas que reúnen tres características: su creación se realiza mediante acto estatal, su patrimonio proviene de los fondos oficiales del Estado y es administrada por alguno de los órganos públicos o estatales. Los *órganos*, es administrada y gobernada mediante órganos públicos o estatales como los distintos Ministerios que tiene el Estado.

⁴⁴⁶ DÍAZ LEMA, J.M., “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, *Revista de Administración Pública*, nº 120, septiembre-diciembre, pág. 85.

⁴⁴⁷ Y esta es la línea que seguiría manteniendo, sirva como ejemplo la STC 240/2001, de 18 de diciembre (fundamento jurídico 3): “*En principio los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1). Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de "derecho fundamental" que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con antes de naturaleza pública (STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2). En consecuencia, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional (STC 129/2001, de 4 de junio, FJ 3)*”.

(STC 64/1988), el derecho a la igualdad en relación con la anterior (STC 100/1993) y la libertad de información (STC 190/1996). Para ello, se ha apoyado en la clásica consideración del derecho fundamental como derecho público subjetivo: éste protege un ámbito de libertad a favor del individuo que obliga al poder público a permanecer ajeno a esta esfera a no ser para garantizar su protección⁴⁴⁸. Como consecuencia, en un primer momento ha admitido que podría parecer absurdo siquiera razonar sobre la posibilidad de que el Estado pueda ser titular de derechos fundamentales que debería defender u oponer ante sí mismo, ya que no pueden obviarse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades (públicas), teniendo en cuenta que la noción misma de derecho fundamental que está en la base del artículo 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública⁴⁴⁹.

En la paradigmática STC 64/1988, de 12 de abril, el Tribunal reconocía expresamente esta mayor problemática que rodea la atribución de la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de Derecho público, declarando que, si bien es indiscutible que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, y así como afirmaba que el primer apartado del artículo 10 CE, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su apartado 2º, los conecta con los llamados derechos humanos⁴⁵⁰, la persona jurídica no se beneficia de una titularidad tan obvia. Pero a continuación, puntualiza que la atribución de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas es necesaria para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de los individuos, siempre y cuando su finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.

A partir de aquí, el Tribunal resume algunos derechos fundamentales cuya titularidad ha sido reconocida en jurisprudencia anterior a la persona jurídica de Derecho Privado, haciendo especial mención a la STC 137/1985, para, a continuación, expresar

⁴⁴⁸ “El derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, protege, antes que nada, a los individuos frente al poder”, STC 175/2001, de 26 de julio.

⁴⁴⁹ STC 91/1995, de 19 de junio, fundamento jurídico 2.

⁴⁵⁰ STC 64/1988, de 12 de abril, fundamento jurídico 1.

la posibilidad de esta titularidad a la persona jurídica de Derecho Público, con condiciones: *“En un sentido más general, la STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985, ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Privado, especialmente en lo que concierne al derecho del art. 18.2 y, con carácter general, siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas. A la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho Público”*.

Debemos poner de relieve que en el caso de los entes colectivos jurídico-públicos como es el caso de la Administración General del Estado por ejemplo, no estamos ante una Administración que corresponda al tipo corporativo, esto es, cuyos miembros sean todos los ciudadanos, sino de tipo territorial, estando sujeta a la Ley como cualquier otro sujeto de Derecho, aunque en su caso este sometimiento se matice con ciertas especialidades cuya singularidad estudia el Derecho Administrativo, y que son, sobre todo, especialidades de funcionamiento (la potestad de autotutela, especialmente)⁴⁵¹. Todo ello, teniendo en cuenta que la Administración General del Estado no es la única Administración. Piénsese en la Administración de las Comunidades Autónomas, o las locales donde se sitúan el Municipio, la provincia, la comarca, etc. , con sus propias singularidades todas y cada una.

Otra diferencia a citar respecto de la persona jurídica de Derecho Privado es referente a su capacidad. La capacidad de la persona de Derecho Público está limitada y determinada por el ordenamiento jurídico y supeditada a las necesidades que exija el correcto cumplimiento de determinados fines que también concretan las normas y que en última instancia son los intereses generales (art. 103.1 CE). Mientras, la persona jurídico-privada se rige por el principio de autonomía.

⁴⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Administración Pública*, nº 129, septiembre-diciembre 1992, pág. 201.

Todas estas diferencias parecen predeterminar la aceptación de un diferente tratamiento jurídico de la persona jurídica según sea de Derecho Público o de Derecho Privado, y parecen apoyar la tesis de que la jurídico-privada, en cualquier caso, es más adecuada para ser titular de derechos fundamentales siempre que, atendiendo a la naturaleza del derecho fundamental y a los fines de la persona jurídica, sea aplicable como ha matizado el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no es cuestión pacífica, de manera que en numerosas ocasiones, personas jurídico-públicas han acudido al recurso de amparo en defensa de sus derechos fundamentales. A esto hay que añadir el pronunciamiento que hemos citado del Tribunal Constitucional en la STC 64/1988, de 12 de Abril, donde abre la vía a este reconocimiento de titularidad a la jurídico-pública, pero que en la práctica se ha circunscrito al derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 19/1983, 64/1988), el derecho a la igualdad en relación con la anterior (STC 100/1993) y la libertad de información (STC 190/1996)⁴⁵². Veámoslo con algo más de detenimiento:

a) Se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a las personas jurídico-públicas, puesto que se interpreta que la referencia a *“todas las personas”* que aparece en el art. 24.1 CE debe hacerse *“en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con la tutela efectiva de los jueces y tribunales, que comprende lógicamente – en principio- a todas las personas que tiene capacidad para ser parte en un proceso, capacidad que no puede negarse a la Diputación Foral –hoy Comunidad Foral- en sus relaciones jurídico-laborales”*⁴⁵³. Se reconoce esta titularidad, pues, como resultado de la posibilidad de ser parte de un proceso y siempre que no haya una norma jurídica que niegue esta capacidad a la persona jurídico-pública⁴⁵⁴. Sin embargo, y como bien señala Gómez Montoro⁴⁵⁵, no se puede obviar la utilización de la expresión *“en principio”* en

⁴⁵² Parte de la doctrina aboga por el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a la persona jurídica de Derecho Público de forma excepcional. Parejo así lo entiende: *“en el supuesto de las personas jurídico-públicas son ya sus mismas características las que conducen a una negativa de principio a su aptitud en abstracto y con carácter general para la expresada titularidad, siendo sólo posibles determinadas excepciones positivas justamente en función de los fines de la entidad y de la naturaleza del derecho o la libertad implicados”*. (PAREJO ALFONSO, L., *“Eficacia y administración: tres estudios”*, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1995, pág. 54.

⁴⁵³ STC 19/1983, de 14 de marzo (fundamento jurídico 2).

⁴⁵⁴ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., *“La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”*, Cuestiones Constitucionales, nº 2, enero-junio 2000, pág. 48: *“Si existe una vía judicial previamente establecida por la ley, el juez no puede cerrar a los entes públicos el acceso a la misma. Por el contrario, cuando es la Ley la que impida al ente público acudir a la jurisdicción para pretender la nulidad o revocación de un acto, no siempre se produce indefensión”*.

⁴⁵⁵ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., *“La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...”*, *Op. Cit.*, pág. 46.

la STC 19/1983, de 14 de marzo (fundamento jurídico 2), que posibilita otras interpretaciones, como tampoco podemos ignorar la alusión directa y única a las relaciones jurídico-laborales esto es, de Derecho Privado, que nos hace plantearnos inmediatamente la cuestión de cómo proceder en el caso de que la persona jurídico-pública actuara en relaciones de Derecho Público⁴⁵⁶.

En la STC 197/1988, de 24 de octubre, el Tribunal explica su dogmática acerca de la problemática del alcance de la tutela judicial en su relación con los poderes públicos. Y para ello, en el fundamento jurídico 4 aborda la “doble garantía” que supone para “*todas las personas*” el artículo 24.1 CE, pues como señala, no sólo proscribire que los Jueces y Tribunales cierren arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos a quienes, estando legitimados para ello, pretenden defender sus propios derechos e intereses, sino que también prohíbe al legislador que, a través de normas excluyentes de la vía jurisdiccional, les impida el acceso al proceso. Esta última prohibición, además, se ve reforzada por lo previsto en el art. 106.1 de la CE, cuando se trata de solicitar justicia frente a la actuación de las Administraciones públicas.

Prosigue el Tribunal afirmando que esta doctrina, construida en relación con la tutela judicial de las personas privadas no cabe, siguiendo la STC 64/1988, de 12 de abril, trasladarla íntegramente a las personas jurídico-públicas⁴⁵⁷, desde el momento en que los derechos fundamentales constituyen garantías de los particulares frente al poder público. Por ende, si se sostuviera que los entes públicos gozan, en paridad de posición con los

⁴⁵⁶ Posteriormente, la STC 82/1983, de 14 de marzo, se pronuncia reconociendo la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a una Entidad Local (Ayuntamiento). Y continúa en esta línea en las Sentencias 124/1987, de 15 de julio (la titularidad se reconoce al Instituto Nacional de la Seguridad Social), la 180/1987, de 12 de noviembre (se le atribuye al Ente Público RTVE) y la 99/1989, de 5 de junio (al Museo Nacional del Prado, que es un organismo autónomo).

⁴⁵⁷ Fundamento jurídico 1: “*Por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho Privado como a las de Derecho Público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden.(...) Sin embargo, (...) este Tribunal ha dicho que no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho Público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho”.*

particulares, de un derecho constitucional subjetivo en cuya virtud el legislador venga obligado a establecer recursos judiciales para que estos entes públicos defiendan sus propios actos frente a los que hayan sido adoptados por otras personas públicas, la concepción anteriormente descrita quedaría desvirtuada. Por lo que la resolución a la que se llega es la siguiente: existiendo una vía judicial preestablecida por la ley, los órganos judiciales deberán respetar el derecho a la tutela judicial que demanden los que estén legitimados para ello, sin que este imperativo pueda ser excepcionado cuando el que reclama la prestación jurisdiccional es un ente público (según ha declarado, entre otras, la STC 19/1983, de 14 de marzo, fundamento jurídico 4).

No obstante lo dicho, en el supuesto de que sea la propia ley y no la autoridad judicial, la que impida al ente público acudir a la jurisdicción para pretender la nulidad o revocación de un acto adoptado por otro ente público, no siempre podrá hablarse de indefensión⁴⁵⁸. Lo que será determinante en este caso es la existencia o no de un conflicto de intereses: *“es aceptable que la predisposición legislativa de remedios jurisdiccionales pueda resultar inexcusable, por imperativo del art. 24.1 de la Constitución, si el acto adoptado por el poder público resuelve un conflicto de intereses en perjuicio de otro ente público, que se vea, por ello, precisado a demandar la tutela judicial frente a aquel acto”*.

En los supuestos en que los órganos públicos no actúen como decisores de conflictos de intereses, ni ostenten un interés propio que se contraponga al de otro ente público implicado en la decisión, sino que ejerzan funciones de control de la legalidad de determinados actos de entes públicos, realizando una tarea estrictamente objetiva y ajena a toda controversia de intereses, en estos casos la falta de recurso de amparo frente

⁴⁵⁸ STC 175/2001, de 26 de julio, fundamento jurídico 8: *“Las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4; 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 7). Corresponde a la Ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el juez”*.

a estos actos de control no menoscaba el derecho a la tutela judicial del poder público. Esto se explica porque la función que asumen de garantes de la legalidad de los actos de otros órganos igualmente públicos, no incide en el “interés legítimo” de estos últimos, dado que, en modo alguno, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico reconozca un interés público para llevar a cabo una actividad pública, que se califique como contraria a la legalidad por órganos de la Administración especialmente encargados por la ley de su control (fundamento jurídico 4).

Posteriormente, el Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia fiel a esta línea argumentativa: cuando el legislador ha establecido la vía judicial, el artículo 24 CE es garantía aplicable a todo el proceso, pero cuando el legislador no ha procedido a reconocer ésta, el 24 CE no garantiza el acceso a los Tribunales, a diferencia de lo que ocurre a los particulares y la persona jurídico-privada. Así lo comprobamos en la STC 129/1995, en la que se aborda un supuesto en el cual los Tribunales controlan “la legalidad de la actuación administrativa” (art. 106.1 CE). *“Con la particularidad de que el legislador, dentro del ámbito de su libre configuración, no ha confiado dicho control ni a órganos administrativos especializados ni a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a “órganos judiciales especializados” (STC 2/1987 y 74/1985), los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, pertenecientes al orden jurisdiccional penal”* (fundamento 8). El Tribunal apostilla que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ejerce funciones de control de la legalidad de los actos de la Administración en materia de régimen penitenciario, y, al respecto, el legislador puede disponer, sin que ello menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva de dicho poder público, que esa actuación de la Administración sea controlada por dichos órganos judiciales. El Tribunal, por lo tanto, procede a desestimar el recurso interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Administración (ramo de Instituciones Penitenciarias) contra la resolución de inadmisión por parte de la Audiencia Provincial de Sevilla que se basaba en que la legislación sobre la materia (el apartado 5 de la Disposición adicional quinta de la L.O.P.J) solo prevé la legitimación por parte del Ministerio Fiscal para recurrir las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el ámbito del régimen disciplinario de los centros. Por lo tanto, el Tribunal rechaza de pleno la tesis mantenida por el Abogado del Estado según la cual, *“por emanar su derecho de acceso a los Juzgados y Tribunales directamente del art. 24.1 CE, el desarrollo legislativo que se contiene en la referida Disposición adicional puede calificarse de incompleto en cuanto a los*

legitimados para recurrir las decisiones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria” (fundamento jurídico 5).

Sin embargo, voy a destacar el Voto Particular que Conde Martín de Hijas introduce en la STC 175/2001 en contra de esta argumentación, donde el Magistrado hace gala de una gran claridad en su exposición discordante: “ (...) *se da por sentado que es posible la titularidad de los derechos fundamentales por los entes públicos, y, en concreto, del de tutela judicial efectiva, si bien con una diferenciación neta respecto de la titularidad por las personas físicas y jurídicas de carácter privado y por las personas jurídico- públicas. (...) En mi concepción de los derechos fundamentales no me resulta convincente que puedan ser titulares de ellos los entes públicos, pues creo que tales derechos son ante todo garantías de los ciudadanos frente al poder público, directamente conectados (art. 10.1 CE) con la dignidad de la persona, entendida ésta en su esencia primaria como referida al hombre y a la mujer, a la persona física. Que en una ulterior extensión ciertos derechos fundamentales puedan atribuirse a personas jurídicas, puede justificarse en cuanto limitada esa extensión a las jurídico-privadas, que no son, en definitiva, sino meras formas de organización y relación de las personas físicas, pudiéndose referir de modo mediato la atribución de titularidad del derecho a dichas personas físicas. Pero la posible inclusión de los entes públicos, en tanto que personas jurídicas, en la referencia general a éstas me resulta ya forzada, pues creo que en esa extensión hay un elemento de diferenciación cualitativa en el iter de la personificación, en el que la referencia última a las personas físicas, como soporte básico de la titularidad de los derechos fundamentales, se pierde.*

Si la idea de persona jurídica supone una metáfora respecto de la idea de persona física, la consideración de persona de la Administración pública entraña, a mi juicio, una metáfora elevada al cuadrado, en la que la esencia de lo personal desde la clave de la dignidad de la persona se desvanece por completo”.

Es efectivamente, una línea de pensamiento razonada a la que me adhiero sin reservas. La naturaleza de los derechos fundamentales, directamente conectados y que derivan del reconocimiento de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) solo puede ser entendida en su esencia original y sin necesidad de artificios jurídicos como referida a la persona física. La atribución de esta titularidad a los entes públicos necesitan:

a) En primer lugar de un convencionalismo jurídico forzado que excluye el postulado de la dignidad humana como base de los derechos fundamentales.

b) Superar los obstáculos que impiden que se erijan los derechos fundamentales, de alguna manera y con una conexión clara, como garantías de los ciudadanos.

c) Resolver los problemas de atribuir los citados derechos a una entidad de Derecho público, cuando su base no sea corporativa, sino territorial, y sea necesario ejercer un instrumento de defensa de un ente público ante otro ente público.

Realmente, la cuestión parte de la concepción con la que se defina al derecho fundamental, lo dispuestos que estemos a redefinirlo para acomodarlo a la persona jurídica y lo inclinados que estemos a aceptar la ficción de que, en última instancia, la persona jurídica puede reducirse a un instrumento de representación directa de la persona individual, cuál pirueta jurídica perfecta y aceptada.

Respecto al recurso de amparo y tal como establece el art. 162.1.b) CE, “*toda persona natural o jurídica*” (así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal) están legitimados para su interposición, basta con que se invoque un interés legítimo⁴⁵⁹, constituyendo su objeto la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución. Por lo tanto, los poderes públicos no pueden utilizar el recurso de amparo para la defensa de competencias propias, o para solicitar la invalidación de una resolución judicial anulatoria de un acto propio⁴⁶⁰. Lo que hace el artículo 162.1 b) CE es regular la legitimación para la interposición del recurso de amparo, no el reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales, conceptos (legitimación y titularidad) que el Tribunal

⁴⁵⁹ STC 19/1983, de 14 de marzo (fundamento jurídico 1): “*ha de afirmarse que la legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona - natural o jurídica- que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado*”. De esta manera, el Tribunal Constitucional separa la titularidad de la legitimación, con la finalidad claramente aperturista de posibilitar la interposición del recurso a cualesquiera persona, ya sea física o jurídica.

⁴⁶⁰ ROSADO IGLESIAS, G., “*La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*”, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 261. Asimismo, Rosado Iglesias recuerda que el artículo 34 CEDH no contempla que organizaciones públicas invoquen los derechos reconocidos en el Convenio de Roma ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Constitucional se ha ocupado de diferenciar⁴⁶¹.

El Tribunal Constitucional, a pesar de la línea aperturista que consagra en la STC 19/1983, de 14 de marzo, haciendo una diferenciación entre legitimación y titularidad que posibilita el acceso al recurso de amparo a cualquier persona física o jurídica que alegue un interés legítimo, prosigue con una jurisprudencia más moderada que va limitando en la práctica el ejercicio del recurso. Así, la STC 257/1988, de 22 de diciembre, invoca la necesidad de que se alegue un interés legítimo en un sentido más estricto: exige la existencia de una *“específica relación con el objeto de las pretensiones que puedan deducirse”*, esto es, se requiere una relación evidente y directa con el derecho cuya vulneración se alega, *“ya consista tal relación en la titularidad propia de un derecho o libertad fundamental presuntamente vulnerado o, incluso, en un mero «interés legítimo» en la preservación de derechos o libertades, igualmente fundamentales, de otros”* (Fundamento jurídico 3).

En el fundamento jurídico citado, el Tribunal expone los argumentos que ha seguido, aclarando expresiones y términos: *“(…) la expresión «interés legítimo» utilizada en nuestra Norma fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico. No cabe, pues, confundirlo con el interés genérico en la preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza «política», cuya actividad está orientada a fines generales y que ha de cumplir y respetar la legalidad en su sentido más amplio y hacerla cumplir en su ámbito de atribuciones”*.

El Tribunal daría posteriormente un giro radical a su doctrina. En las SSTC 123/1989, de 6 de julio; 11/1992, de 27 de enero, y la reciente STC 240/2001, de 18 de diciembre hace coincidir legitimación para interponer el recurso con titularidad del derecho vulnerado: *“el recurso de amparo es, en principio, un instrumento procesal con sustantividad propia, para cuya utilización sólo vienen legitimadas las personas directamente afectadas, entendiendo por tales aquéllas que sean titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado (SSTC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 1; y 123/1989, de 6 de julio, FJ 1). En consecuencia no habilita a la defensa de un derecho fundamental*

⁴⁶¹ STC 19/1983, de 14 de marzo; STC 53/1983, de 20 de junio.

por quien no es su titular (salvo, por ejemplo, en determinados supuestos de representación o de sucesión procesal), pues la acción es de carácter personalísimo y no puede ser ejercida por persona diversa a la de su originario titular, único legitimado para impetrar la protección del propio derecho (STC 11/1992, de 27 de enero, FJ 2; y ATC 96/2001, de 24 de abril, FJ 5), tanto más cuando su objeto lo constituyen derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona" que reconoce el art. 10 CE y ligados a la existencia misma del individuo” (STC 240/2001, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 4).

b) En cuanto al derecho de igualdad, se ha reconocido su titularidad a la persona jurídico-pública únicamente en relación al derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁶². En estos márgenes, tal y como expresa Gómez Montoro, se le reconoce el derecho a la igualdad “*en aplicación de la ley*”, pero no “*en la ley*”⁴⁶³.

El Tribunal ha rechazado que las personas jurídico-públicas puedan ostentar la titularidad del derecho a la igualdad en la Ley, como ha sostenido en el Auto 135/1985 (fundamento jurídico 3):

“Por lo que se refiere, por último, a la pretendida legitimación del Ayuntamiento de Bilbao para recurrir en amparo alegando ser titular del derecho fundamental a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución, es de advertir que tal legitimación no se da en el presente caso, porque los entes públicos, como el Ayuntamiento de Bilbao, no pueden ser considerados como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el citado artículo, que se refiere a los españoles» y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales”.

Y ha ratificado en el Auto del Tribunal Constitucional 106/1988⁴⁶⁴ (fundamento

⁴⁶² STC 100/1993, de 22 de marzo (fundamento jurídico 2); STC 211/1996, de 17 de diciembre (fundamento jurídico 4); STC 237/2000, de 16 de octubre (fundamento jurídico 2); STC 240/2001, de 18 de diciembre (fundamento jurídico 3).

⁴⁶³ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “*La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...*”, *Op. Cit.*, pág. 23.

⁴⁶⁴ Otras Sentencias que reiteran esta línea doctrinal son la STC 13/1996 y la STC 211/1996, donde el Tribunal manifiesta que “*la presente alegación de trato desigual entre la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma y la de la Administración general del Estado, carece de relevancia constitucional, pues el principio de igualdad del art. 14 C.E., cimentado en la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10.1 C.E.) y que está en la base de la noción misma del derecho fundamental, es de todo punto ajeno a la cuestión*” (fundamento jurídico 4).

jurídico único):

“ (...) a diferencia de otros derechos fundamentales, cuya titularidad por las entidades públicas es innegable, aun con ciertos matices, no pueden ser aquellas consideradas como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el art. 14 de la Constitución, que se refiere a «los españoles» y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales (ATC 135/1985, de 27 de febrero)”.

Hemos de decir que esto no significa que los entes públicos queden desamparados o indefensos frente a la discriminación. Lo que se afirma es que en este caso no gozan de amparo constitucional porque no se le reconoce el derecho fundamental pero por las vías permitidas y si reconocidas pueden hacer valer sus demandas en tal sentido (por ejemplo con la interposición de demanda en el conflicto de competencias).

El Tribunal Constitucional, por tanto, adopta una posición negativa al reconocimiento general de la titularidad del derecho a la igualdad de las entidades públicas, así como su legitimación para impugnar su vulneración en amparo, admitiendo sólo una excepción: se reconoce el derecho a la igualdad en tanto que vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva. En la STC 100/1993, de 22 de marzo, declara que no cabe negar la íntima conexión existente entre esa igualdad en la aplicación judicial de la Ley y el derecho a la tutela judicial efectiva, que también se lesiona por tratamientos jurídicos arbitrariamente desiguales (fundamento jurídico 2), siendo un rasgo esencial del Estado de Derecho el sometimiento de los poderes públicos a la jurisdicción, frente a la cual la situación de los poderes públicos no es radicalmente diferente a la de los particulares, también en lo que se refiere al derecho a no someterse a un trato desigualmente arbitrario por parte de los Jueces y Tribunales. Como consecuencia, prosigue en su argumentación, las mismas razones que justifican la viabilidad de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los entes públicos, han de aplicarse a los supuestos de desigualdad en la aplicación judicial de la Ley, señalando que en este caso no solo está en juego el art. 14 CE, sino también, en todo caso, el art. 24 CE. En resultado, se estima que existe legitimación del Ente Público para iniciar un recurso de amparo y que se le reconozca el derecho a la igualdad en aplicación de la ley en el seno de un proceso judicial, pero sin olvidar que estamos ante una excepción que confirma la regla.

Esta doctrina es la que reafirma el Tribunal en la STC 240/2001, de 18 de Diciembre:

“lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional (STC 129/2001, de 4 de junio, FJ 3).

En este sentido a las personas públicas se les ha negado por este Tribunal Constitucional la titularidad del derecho a la igualdad (art. 14 CE). Aun cuando es cierto que les hemos reconocido, con muchos matices, el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto el Ordenamiento les atribuye capacidad para ser partes en los procesos (STC 175/2001, de 16 de julio), sin embargo dicha doctrina no es extrapolable a otros derechos fundamentales susceptibles de ser invocados en amparo y, específicamente, el derecho a no sufrir discriminaciones injustificadas proclamado en el art. 14 CE (en este sentido, por ejemplo, las SSTC 100/1993, de 25 de marzo, y 211/1996, de 17 de diciembre; y en el ATC 1178/1988, de 24 de octubre). Y ello porque el principio de igualdad, cimentado en la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10.1 CE), no es trasladable a aquéllas, pues el art. 14 CE se refiere a los ciudadanos y, en consecuencia, no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales (STC 237/2000, de 16 de octubre, FJ 2; y AATC 135/1985, de 27 de febrero; 139/1985, de 27 de febrero; y 106/1988, de 20 de enero). Sólo cuando se ha tratado de desigualdades "en la aplicación de la ley", y por su íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (que también se lesiona por tratamientos jurídicos arbitrariamente desiguales), se ha admitido, en ocasiones, su lesión, sobre la base de que, dado que un rasgo esencial del Estado de Derecho es el sometimiento de los poderes públicos a la jurisdicción, la situación de éstos frente a la misma no se ha considerado radicalmente diferente a la de los particulares y, en consecuencia, las mismas razones que justifican la viabilidad de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los entes públicos han de aplicarse a los supuestos de desigualdad en la aplicación judicial de la Ley en los que está en juego, no sólo el art. 14 CE, sino también,

en todo caso, el art. 24 CE (STC 100/1993, de 22 de marzo, FJ 2)”⁴⁶⁵.

c) **Respecto de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE**, el Tribunal ha precisado que a las personas jurídicas de Derecho Público se les puede reconocer derechos fundamentales *“siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad de los que pueden disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos”*, puntualizando que así ocurre en el caso concreto *“de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho Público”⁴⁶⁶*. Siguiendo esta posición, el Tribunal ha admitido varios recursos interpuestos por Televisión Española S.A. en defensa de estos derechos, sin cuestionarse la titularidad de los mismos. En estos casos el Ente público reclamaba a un particular, sin que se hayan dado supuestos en los que el recurso se opusiera a un acto procedente de la Administración pública o del poder legislativo⁴⁶⁷.

Por mi parte, me parece difícilísimo sostener la titularidad de los derechos fundamentales ya no de la persona jurídica en sí, sino de la jurídico-pública en particular. Estamos en este ámbito ante cuestiones de fondo que pueden y deben ser resueltas por su importancia, sin forzar y flexibilizar el concepto de derecho fundamental hasta su deformación más inverosímil. Aún admitiendo aquellos casos donde el sujeto pasivo y activo no coinciden por pertenecer a organizaciones estatales diferenciadas, no puede afirmarse que es una situación análoga a la que se encuentra el particular frente al Estado o frente alguno de sus organismos. Cuando un ente estatal ve vulnerada algunas de sus competencias por otro, las vías jurisdiccionales existentes que debe transitar deben ser suficientes y efectivas pero ello no justifica un reconocimiento de derechos fundamentales forzado. El contenido y función del derecho fundamental no es extrapolable a la persona jurídico-pública cuyas relaciones con otras entidades públicas discurren por el cauce de las normas de organización y de distribución de competencias. Desde estas consideraciones, lo razonable es afirmar que los entes jurídico-públicos no

⁴⁶⁵ STC 240/2001, de 18 de diciembre (fundamento jurídico 3).

⁴⁶⁶ STC 64/1988, de 12 de abril (fundamento jurídico 1).

⁴⁶⁷ STC 190/1996, de 25 de noviembre: *“la cuestión central de la demanda, atinente a la corrección de la ponderación efectuada entre el derecho al honor y la libertad de información por los órganos judiciales cuyas resoluciones se reprochan. La noticia que para éstos y para los demandantes en el proceso ordinario es vehículo de intromisión ilegítima en el honor ajeno no es, desde la perspectiva del medio informativo hoy recurrente, sino manifestación legítima de un derecho fundamental del que es titular”*.

pueden ser titulares de derechos subjetivos, como así parece sostener la corriente mayoritaria alemana. No olvidemos que la persona jurídica es una creación del Derecho que va ostentar únicamente aquellos derechos que el ordenamiento le reconozca.

4.3. Especial consideración de los sindicatos y los partidos políticos

El tratamiento jurídico que hemos estado viendo hasta ahora sigue vías diferentes cuando nos encontramos con dos personas jurídicas en concreto; esto es, el sindicato y el partido político. Vamos a tratar cada una de ellas por separado.

a) Los sindicatos

El artículo 7 de la Constitución declara: *“Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. 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”*.

Dejaremos aparte en este análisis a las asociaciones empresariales, debido a que éstas no están vinculadas constitucionalmente con la titularidad de derechos fundamentales defendibles por recurso de amparo. Esta es la explicación respecto al hecho de que “el grueso” de la jurisprudencia del Tribunal constitucional se centre en los sindicatos⁴⁶⁸.

Entrando ya en materia, lo primero es apostillar la necesidad de analizar al sindicato en conjunción con el artículo 28.1 de la Constitución, que consagra la libertad

⁴⁶⁸ STC 75/1992, de 14 de mayo, fundamento jurídico 5: *“Ciertamente, las organizaciones empresariales no son en todo caso equiparables a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 C.E. que se refiere sólo a los sindicatos de trabajadores, como ha de deducirse de la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 28. Esta es, por lo demás, la interpretación que este Tribunal ha realizado en ocasiones anteriores (ATC 113/1984 y recientemente, STC 52/1992). Ello no quiere decir, sin embargo, que el tratamiento jurídico de las organizaciones empresariales no tenga condicionantes constitucionales. Por el contrario, la Constitución impone que su creación y funcionamiento sean libres (art. 7) y ello lo garantiza al máximo nivel, si no en virtud del art. 28.1, sí en aplicación de la más genérica libertad de asociación protegida en el art. 22”*.

sindical como derecho fundamental⁴⁶⁹. Efectivamente, el 28 dispone que todos tienen derecho a sindicarse libremente con excepción de las limitaciones o excepciones que puedan imponerse a colectivos determinados; esto es, las Fuerzas o Institutos armados o los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, así como los funcionarios públicos. El artículo prosigue concretando la libertad sindical como un derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Sin embargo, quedan fuera del ámbito de protección de los derechos fundamentales el derecho a la negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y los empresarios, así como el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, puesto que son reconocidos en el artículo 37 de la Carta Magna.

Tras la lectura de estos artículos, podemos considerar que la voluntad constitucional parece ser atribuir a los sindicatos la titularidad de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, y a los trabajadores el derecho de huelga y la elección libre de afiliación a un sindicato, así como establecer los derechos que comprende la libertad sindical. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional va a mostrar sus discrepancias hacia una aceptación taxativa de estas titularidades a uno u otro y la aceptación de que el 28.1 contiene una lista cerrada de derechos contenidos en la libertad sindical.

Una de las primeras sentencias que podemos citar es la importantísima STC 11/1981, de 8 de abril⁴⁷⁰, donde el Tribunal ya aboga por una interpretación amplia del contenido esencial del derecho de libertad sindical y el derecho a la huelga, que garantiza el 28 CE, en conexión con el 7. De esta forma, aun cuando el artículo 28.2. de la Constitución atribuye explícitamente el derecho de huelga a los trabajadores, el Tribunal lo configura como aquel derecho cuya titularidad recae sobre los trabajadores “uti

⁴⁶⁹ Art. 28.1 CE: “*Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato*”.

⁴⁷⁰ Sentencia a razón del recurso de inconstitucionalidad promovido por don Nicolás Redondo Urbieto y cincuenta y un diputados más, contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo.

singuli”, pero cuyo ejercicio se lleva a cabo en acuerdo o concierto entre éstos⁴⁷¹. Y es que el derecho de huelga “*además de ser un derecho subjetivo, es (...) un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución. (...) un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución).*”

Este razonamiento se aleja muchísimo de resultar claro. El Tribunal afirma que lo que es colectivo es el ejercicio del derecho a la huelga⁴⁷², lo que no obliga al reconocimiento de la titularidad del derecho a los representantes de los trabajadores y las organizaciones sindicales. Palomeque ha puesto de relieve que, de esta manera, se le atribuye al derecho una “titularidad diferenciada”: es a la vez individual, desde el momento en que la Constitución la atribuye al trabajador, el cuál puede sumarse o no a la huelga. Pero también ostenta una titularidad colectiva, ya que le corresponde a los representantes de los trabajadores y las organizaciones sindicales los derechos de convocatoria, terminación y gestión de la huelga⁴⁷³.

Pero en el reconocimiento colectivo del ejercicio del derecho a la huelga lo que se produce es una nueva “vuelta de tuerca” a la aceptada jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de éstos no solo es atribuible a los individuos aisladamente considerados, sino también a los grupos y organizaciones, cuando su finalidad sea la de

⁴⁷¹ Fundamento jurídico 11: “*Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.*”

⁴⁷² La propia sentencia, para mayor aclaración, señala en el fundamento jurídico 11 que el ejercicio colectivo del derecho de huelga consiste en “*la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada.*”

⁴⁷³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “*Derecho sindical español*”, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 300-301.

defender ámbitos de libertad o realizar los intereses y valores que comportan la esencia misma del derecho fundamental⁴⁷⁴. Por lo tanto, teniendo en cuenta esto, y que el sindicato tiene como función “*la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios*”, esto es, de los trabajadores, podrá ser titular de aquellos derechos fundamentales que sean necesarios para que cumpla adecuadamente con su misión social. Sin embargo, en la sentencia que nos ocupa, el Tribunal no atribuye la titularidad del derecho fundamental a la persona jurídica, sino su ejercicio, sin que la preceda una titularidad que la habilite.

El mismo argumento es el que va a utilizar el Tribunal para reconocer a los sindicatos el derecho a plantear conflictos colectivos: se trata de un derecho individual pero de ejercicio colectivo y concertado⁴⁷⁵. Y es que, cuando la Constitución y la Ley les invisten a los sindicatos con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *ut singulus*, sean de necesario ejercicio colectivo⁴⁷⁶, dejando a un lado su titularidad. Por ello, como señala la STC 70/1982, apoyándose en la anterior STC 11/1981, tanto los derechos de huelga y de declaración de conflicto colectivo, de titularidad individual y de ejercicio colectivo, pueden ser hechos efectivos por los grupos de trabajadores y por los sindicatos en cuanto es un medio de participación de los trabajadores como conjunto⁴⁷⁷.

Pero, además, la Sentencia, para considerar el derecho de los sindicatos a la huelga y a las medidas de conflicto colectivo, hace una interpretación conjunta de los artículos 28.2 y 37⁴⁷⁸ de la Constitución, a la que añade una amplísima interpretación del contenido del 28.1, que reconoce la libertad sindical y es susceptible de protección por recurso de amparo, en relación con el 7 CE. Todo ello en aras a la atribución de la titularidad de derechos no previstos constitucionalmente a los sindicatos⁴⁷⁹. Para que no

⁴⁷⁴ STC 64/1988, de 12 de abril, Fundamento jurídico 1.

⁴⁷⁵ STC 70/1982, de 29 de noviembre; STC 37/1983, de 15 de mayo.

⁴⁷⁶ STC 70/1982, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 3.

⁴⁷⁷ STC 70/1982, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 3.

⁴⁷⁸ Artículo 37 Constitución: *1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.*

⁴⁷⁹ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “*La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...*”, *Op. Cit.*, pág. 40 y ss.

quepa duda de la interpretación extensiva por la que aboga el Tribunal, la posterior STC 23/1983, de 25 de marzo, en el fundamento jurídico 2, señala que el texto del artículo 28.1 CE no puede interpretarse como “exhaustivo o limitativo” del derecho a la libertad sindical, debiéndose entender que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad.

La STC 37/1983, de 11 de mayo, en el fundamento jurídico 2, afirma que “*la Constitución, (...) al reconocer en su art. 28.1 la libertad sindical, no está admitiendo sólo el derecho de los trabajadores a sindicarse libremente o el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los Sindicatos a formar Confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, sino también, por la necesaria remisión al art. 7, del que aquél es interdependiente, el derecho de los sindicatos a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, permitiendo así que la propia actividad del Sindicato, como elemento teleológico que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, se integre en el art. 28.1 de la Constitución y goce de la protección que el art. 53.2 atribuye a los derechos y libertades reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II*”. De esta forma, el Tribunal configura los derechos que, a su vez, engloba el derecho consagrado en el artículo 28.1 CE, en su relación con el 7, en lo que podemos identificar como “contenido esencial” de la libertad sindical.

En resumen, el TC ha considerado que dentro del derecho de libertad sindical, y como contenido esencial de mismo se encuentran derechos también reconocidos constitucionalmente como el derecho a la negociación colectiva, el derecho al planteamiento de conflictos colectivos y el derecho de huelga. Pues, siguiendo su razonamiento, quedaría en nada el reconocimiento de la libertad sindical si se priva a los trabajadores y sus organizaciones de los necesarios medios de autotutela colectiva y acción sindical.

Posteriormente, en la STC 121/2001, de 4 de junio, volverá a precisar este punto al decir en el fundamento jurídico 2º que la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda

desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE (SSTC 11/1981, de 8 de abril, 37/1983, de 11 de mayo, 95/1985, de 29 de julio, 9/1988, de 25 de enero, FJ 2, 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5, y 127/1989, de 13 de julio, FJ 3).

Siguiendo esta argumentación, el Tribunal ha ido atribuyendo la titularidad de diferentes derechos al sindicato:

1) El derecho a no recibir un trato discriminatorio por parte de los poderes públicos (relacionando los arts. 28.1 CE y el 14 CE, en las SSTC 65/1982, de 10 de noviembre; 23/1983, de 25 de marzo; 208/1989, de 14 de diciembre; 32/1990 de 25 de enero).

2) El derecho a ejercer libremente sus actividades y a probar y a poner en práctica programas de actuación y, correlativamente, a que los poderes públicos no interfieran en tales actividades o entorpezcan la ejecución de aquellos programas (STC 23/1983, de 25 de marzo, fundamento jurídico 3).

3) El derecho a celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio Sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible; consideración que es asimismo aplicable al derecho de asociación que reconoce el art. 22 de la Constitución, si bien entendemos que tratándose de una Asociación sindical el derecho fundamental en juego es el de sindicación. Desde esta perspectiva, el derecho de reunión sindical existe con independencia del derecho de reunión que, con el carácter de fundamental, reconoce el art. 21 de la Constitución (STC 91/1983, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 2).

Pero volviendo con el comentario de la STC 37/1983, el Tribunal continúa reafirmando en su doctrina de que la libertad sindical supone la libertad para el ejercicio de la acción sindical por parte del Sindicato, comprendiendo en ella la adopción de todos los medios lícitos para el ejercicio de esta función, así como la negociación colectiva y la huelga, sin olvidar la incoación de conflictos colectivos, puesto que sería paradójico que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudiera hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los conflictos

colectivos. De esta forma, admite el Tribunal, el art. 37.2 de la Constitución se conjuga con el art. 37.1 y con el 28.2 para definir el ámbito de ejercicio de la libertad sindical.

El Tribunal, al incluir el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE) como contenido del derecho a la libertad sindical del 28.1 CE, posibilita, partiendo de esta relación, que se solicite protección a través del recurso de amparo, pero negándole el carácter de derecho fundamental autónomo. Se convierte así, en una especie de derecho fundamental (no autónomo, eso sí)⁴⁸⁰, aún cuando su reconocimiento expreso se localice en el 37 CE⁴⁸¹. O, desde otra perspectiva y tal y como señala García Torres, el art. 28.1 CE se convierte en un “derecho fundamental-fuente”, del que emanan una pluralidad de facultades o derechos los cuáles gozan, en virtud de esta relación, de las garantías del derecho fundamental⁴⁸².

Ante esta tendencia de los derechos fundamentales a convertirse en derechos-fuente, Gómez Montoro también señala varios inconvenientes en el caso concreto de la libertad sindical. Para Gómez Monoro, lo que en la Constitución se configura como un derecho individual a sindicarse, se convierte en un derecho de los sindicatos a actuar, derecho que a su vez se multiplica en una pluralidad de facultades que se convierten a su vez en derechos fundamentales. Esto se traduce en que cada derecho se convierte casi en un sistema autónomo de derechos que existen al margen de los demás reconocidos en la

⁴⁸⁰ ROSADO IGLESIAS, G., “La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica”, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 240.

⁴⁸¹ AUTO 1074/1988, de 26 de septiembre de 1988, fundamento jurídico 3: “Planteada así la cuestión, convendrá recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas ocasiones [por todas, SSTC 37/1983, de 11 de mayo, fundamento jurídico 2; 73/1984, de 27 de junio, fundamento jurídico 1, y 39/1986, de 31 de marzo, fundamento jurídico 3] que «la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical comprendiendo en ella todos los medios lícitos entre los que (...) (se) incluyen la negociación colectiva ...», pero, a la vez, ha puntualizado que «... este hecho cierto no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución. Tanto la Sala Primera como la Segunda de este Tribunal se han pronunciado con claridad al respecto, entre otras, en las SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, y 45/1984, de 27 de marzo» (STC 98/1985, de 29 de julio, fundamento jurídico 3). Buena prueba de ello es que este Tribunal, en diversas ocasiones, no ha dudado en afirmar que el derecho a la negociación colectiva no es un derecho susceptible de ser protegido por la vía del amparo constitucional (así SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, y 45/1984, de 27 de marzo) (STC 98/1985, de 29 de julio, fundamento jurídico 3). Buena prueba de ello es que este Tribunal, en colectiva, con radical eliminación o desconocimiento del mismo y de la autonomía colectiva, y en la medida en que incida en la libertad sindical vulnerándola, podrá propiciar el amparo constitucional”.

⁴⁸² GARCÍA TORRES, J., “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, nº10, 1988, pág. 16.

Constitución⁴⁸³. Y, al mismo tiempo, cada derecho fundamental que garantiza la creación de personas jurídicas garantizaría determinados derechos fundamentales de éstas, pero reconduciéndolos siempre al derecho originario⁴⁸⁴.

Así las cosas sin embargo, esta singular construcción jurídico-dogmática de derechos fundamentales-origen o fuente a la que acude el Tribunal, no es aplicada extensivamente a otros preceptos. Por ejemplo, podría hacer una interpretación similar respecto del partido político (artículo 6 CE), conectándolo con el 22 y el 23 CE, donde el derecho a la creación de partidos políticos constituya un derecho-fuente que posibilite toda una amalgama de derechos fundamentales reconocidos a la persona jurídica concreta del partido político, en una ampliación del contenido esencial de ese derecho y atribuyéndole la titularidad. Afortunadamente, como digo, el Tribunal no lo ha considerado así, aun cuando no logue atisbar el razonamiento que explique porqué en un caso si y en el otro no.

Como hemos visto hasta ahora, el Tribunal atiende a los fines que persigue el sindicato para atribuirle la titularidad de derechos fundamentales y, a su vez, utiliza un criterio consistente en integrar a la libertad sindical aquellos derechos que considera primordiales para que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, y que proclama como el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical⁴⁸⁵. Pues bien, el mismo criterio es al que ha apelado el Tribunal para llegar a la conclusión contraria.

Como ejemplo, podemos citar la STC 141/1985, donde el Tribunal declaró que a “Unión Sindical de Policía” podía reconocérsele legitimación para defender los derechos e intereses de sus miembros, siempre que estuviera en relación a la vulneración del derecho a la libertad sindical, pero no en cuanto al derecho a la libertad de expresión y a la libertad de comunicación, *“pues este último es en línea de principio un derecho individual de los miembros de la asociación y sólo excepcionalmente cuando se refiera*

⁴⁸³ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, Cuestiones Constitucionales, nº 2, enero-junio 2000, págs. 43-44.

⁴⁸⁴ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, Número 65, mayo-agosto 2002, pág. 103.

⁴⁸⁵ SSTC 11/1981, de 8 de abril; 37/1983, de 11 de mayo; 95/1985, de 29 de julio; 9/1988, de 25 de enero; 51/1988, de 22 de marzo y 127/1989, de 13 de julio.

a aquellas facetas respecto de las cuales la asociación sea titular directo del derecho podría ella considerarse lesionada”⁴⁸⁶. El Tribunal señala así que el derecho a la libertad de expresión es un derecho individual que no puede integrarse en los fines concretos y directos que originan la constitución de la persona jurídica del sindicato. El Tribunal aclara que en el caso de una pretendida vulneración del tipo de comunicación por la que naturalmente transita la acción sindical, ésta se situaría en el marco del derecho de la libertad sindical del art. 28 CE, y no en el del 20.

b) Los partidos políticos

Así las cosas, sin embargo, hemos de afirmar que afortunadamente, esta singular construcción jurídico-dogmática de derechos fundamentales-origen o fuente a la que acude el Tribunal, no es aplicada extensivamente a otros preceptos. Como dijimos, podría aplicar toda esta línea argumentativa al partido político (artículo 6 CE), conectándolo con el 22 y el 23 CE, convirtiendo el derecho a la participación política en derecho-fuente que posibilite toda una amalgama de derechos fundamentales anexos y reconocidos a la persona jurídica concreta que constituye el partido político, y realizando una ampliación artificial del contenido esencial de ese derecho. Pero afortunadamente, el Tribunal no lo ha considerado así, aun cuando no logre proporcionarnos el razonamiento que ha tomado en consideración por la que explique porqué en un caso si y en el otro no. De hecho, tanto el partido político como el sindicato son personas jurídico-privadas que surgen tras el ejercicio del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la CE y amparados por el alto grado de protección que éste otorga como derecho fundamental, todo ello unido a la especial posición que ambas ostentan y que se deriva de las importantes funciones que desempeñan⁴⁸⁷.

En lo que se refiere al Tribunal Constitucional, en diferentes ocasiones ha justificado que el partido político tenga un régimen jurídico peculiar respecto de otras

⁴⁸⁶ Fundamento jurídico 1.

⁴⁸⁷ “Son “*personas jurídico-privadas que detentan una especial posición (como bien prueba el lugar destacado que les ha reservado el constituyente) derivada de las importantes funciones que les cumple realizar y su vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales que son, en un caso, elemento estructural del Estado democrático (partidos políticos, procesos electorales y derechos de participación política) y, en otro, del Estado social (sindicatos y representación y defensa de intereses económicos y sociales y ejercicio de los derechos de libertad sindical y huelga).*” (ROSADO IGLESIAS, G., “La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica”, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 224-225).

asociaciones, ya que se pone en valor los cometidos que están llamados a desempeñar institucionalmente⁴⁸⁸, de lo que se deriva que éstos gocen legalmente de determinados “privilegios”⁴⁸⁹.

Todo ello sin olvidar, como nos recuerda el Tribunal, que los partidos políticos son los instrumentos a través de los cuáles se canaliza la voluntad del cuerpo electoral formado por los ciudadanos con derecho a voto, siendo el “ciudadano” al que le corresponde la titularidad del derecho reconocido en el art. 23 CE y no al partido político, al sindicato o cualquier otro ente de naturaleza colectiva⁴⁹⁰. Pero, se matiza que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos⁴⁹¹, aún cuando no ostenten la titularidad del derecho.

A la luz de esta interpretación, la participación de los ciudadanos a la que se refiere el 23 habrá de hacerse a través de los procedimientos previstos por la Constitución, procedimientos éstos en los que habrán de estar presentes los partidos y, en general, las agrupaciones políticas, mas no como titulares del derecho mismo a la participación, sino en lo que a los partidos políticos se refiere, como instrumentos fundamentales que la posibilitan⁴⁹².

⁴⁸⁸ STC 85/1986, de 25 de junio (fundamento jurídico 2).

⁴⁸⁹ STC 3/1981, de 2 de febrero (fundamento jurídico 2): “Así, en nuestra legislación los partidos políticos tienen derecho a obtener ayuda financiera del Estado con motivo de su participación tanto en las elecciones generales como en las que afectan a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales. Tienen también derecho a utilizar gratuitamente con fines electorales los medios de comunicación social de titularidad pública. Pero tales derechos no se les reconocen por su simple existencia como partidos sino en cuanto concurren a la manifestación de la voluntad popular. Para exigirlos es necesario que tomen parte en las elecciones; en las subvenciones públicas se tienen en cuenta el número de votos y escaños, y los mismos elementos se ponderan al determinar el grado de acceso a los medios de comunicación social. Precisamente porque esos derechos se conceden a un partido no por existir sino por servir de cauce de expresión a un sector del electorado gozan también de ellos las simples coaliciones o meras agrupaciones de electores”.

⁴⁹⁰ STC 39/1986, de 31 de marzo (fundamento jurídico 4): El artículo 23 de la Constitución “tiene como único destinatario de los derechos en él consagrados a los ciudadanos, y no a otros entes o sujetos como, en este caso, los sindicatos» (Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1984, fundamento jurídico 4”. También la STC 63/1987, de 20 de mayo, es perfectamente clara al respecto (fundamento jurídico 5): “(...) en el art. 23.1 de la Constitución. Este derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, lo ostentan sólo, según el dictado del propio precepto constitucional, «los ciudadanos», y así ha venido a reconocerlo una muy reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual no son titulares de la situación jurídica así garantizada otras personas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 5/1983, de 4 de febrero; 23/1983, de 25 de marzo, y 51/1984, de 25 de abril).

⁴⁹¹ STC 64/1988, de 12 de abril, fundamento jurídico 1.

⁴⁹² STC 63/1987, de 20 de mayo, fundamento jurídico 5.

Gómez Montoro critica esta interpretación por considerar que es excesivamente restrictiva con el término “*ciudadanos*”, sobre todo en relación con los partidos políticos a los que el artículo 6 de la Constitución atribuye las funciones de expresar el pluralismo, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento de participación política, funciones que recuerda, están estrechamente vinculadas con los derechos que consagra el artículo 23 de la Constitución española⁴⁹³. Se apoya, asimismo, en la apreciación de que en los últimos años el Tribunal ha ido modificando esta jurisprudencia hasta aceptar la posibilidad de que los partidos sean titulares de los derechos del art. 23 CE⁴⁹⁴.

Pero si el Tribunal no le ha atribuido al partido político la titularidad del derecho aún, lo que si le ha reconocido, dada su incuestionable condición constitucional como instrumento esencial para la participación política (art. 6 CE), es “*un interés legítimo suficiente a que se respeten las adecuadas condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio*”⁴⁹⁵. De esta manera aunque el partido político no pueda alegar en recurso de amparo derechos propios de participación, “*actúan con un interés legítimo consistente en que se protejan los derechos correspondientes de sus candidatos electorales*”⁴⁹⁶.

4.4. El derecho al honor de las personas jurídicas

4.4.1. El concepto de honor

El honor es un concepto omnipresente en la historia de la humanidad. Es una cualidad propia de la persona que emana de su dignidad, inherente a ésta y que la ley debe consagrar y proteger. Sin embargo, a lo largo del tiempo su contenido se ha ido modificando y configurando en un avance continuado conforme a la sabiduría de cada

⁴⁹³ GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “*La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...*”, *Op. Cit.*, págs. 65 y ss.

⁴⁹⁴ Gómez Montoro cita las SSTC 130/1991, 25/1992 Y 31/1993. (GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “*La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas...*”, *Op. Cit.*, pág. 66: “*En los últimos años, el Tribunal, implícita y en ocasiones explícitamente, ha cambiado esta jurisprudencia y en las sentencias del Tribunal Constitucional 130/1991, 25/1992 y 31/1993 parece aceptar la posibilidad de que los partidos sean titulares de los derechos del artículo 23.*”

⁴⁹⁵ STC 25/1990, de 19 de febrero (fundamento jurídico 3).

⁴⁹⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, en *Revista de Estudios políticos*, nº 105, Madrid, 1999, pág. 25.

lugar y momento, partiendo de concepciones iniciales en las que solo se atribuía honor a determinadas personas y siempre bajo el cumplimiento de condiciones que incluían el patrimonio del sujeto.

En tiempos más recientes, el concepto ha estado íntimamente relacionado con los llamados “*códigos de honor*”. Estos eran un conjunto de normas de conducta que asumía la aristocracia o las instituciones militares en donde el honor constituía el valor supremo o la máxima virtud del ser humano. En este estadio histórico el concepto se revelaba como una cuestión vinculada al prestigio social y económico, donde el verdadero “caballero” debía cumplir el “código honor” ya que “nobleza obliga” y, en contrapartida, los más desheredados no estaban sujetos a él. Así las disputas “entre caballeros” era solventadas de acuerdo a estas normas en un ámbito eminentemente privado.

Por su parte, el honor ostentaba una diferente consideración según se fuera hombre o mujer. La honorabilidad de la mujer se hacía depender de su obediencia a un virtuosismo religioso por el que debía guardar una “impoluta reputación”, manteniendo, además, lo que era considerado como el perfecto y obligado comportamiento femenino según “las leyes de Dios”: ser una buena madre y esposa.

Felizmente, hoy en día se encuentran superadas estas conceptualizaciones. Los derechos fundamentales modernos, en cuya categoría se circunscribe el derecho al honor, son producto y consecuencia de aquellos derechos individuales que se consagran en las Cartas de Derechos, allá en los siglos XVII, XVIII Y XIX (Carta de derechos ingleses de 1689, Declaración de derechos de Virginia de 1776, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1798, etc.). Es en este contexto social y jurídico donde se consolidan como derechos inherentes a la condición humana y se reconocen a todas las personas sin excepción, de forma que todos tienen reconocido su derecho al honor, por el mero hecho de serlo⁴⁹⁷.

Nuestra Constitución de 1978 reconoce el derecho en el 18.1, pero ni en su articulado, ni en ningún otro cuerpo normativo se lleva a cabo una definición del

⁴⁹⁷ Aunque aún se acepta hoy en día alguna consideración histórica como contenido del término honor, como demuestra la tercera acepción que recoge la RAE: “*Honestidad y recato en las mujeres, y buena opinión granjeada con estas virtudes*”.

concepto de honor. En la doctrina tampoco encontraremos una conceptualización unánime del bien jurídico, debido fundamentalmente a su carácter abstracto. Rebollo Delgado lo define como *“la valoración personal y social de la persona, con muy diferentes conformaciones (éticas, morales, religiosas, filosóficas, políticas, sociales). Su fundamento radica en la dignidad de la persona humana y su libre desarrollo, y dada su importancia radical respecto del sujeto, ha de ser reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico”*⁴⁹⁸. De Castro, por su parte, hace una diferenciación entre honor y fama: *“El honor está referido directamente al trato dado o recibido por los demás, y la fama, es el rumor, voz pública, renombre, que está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública”*⁴⁹⁹.

Ante la total ausencia de univocidad, la configuración del concepto se ha ido desarrollando a través de la interpretación que han ido acometiendo los órganos judiciales y la inestimable ayuda de la doctrina. Y seguramente, ésta fue la intención del constituyente desde el primer momento (y del legislador orgánico posteriormente, que tampoco nos ofrece la definición), consciente de que se está ante un concepto que debe ser definido en cada momento histórico según los valores vigentes. Así, lo vemos expresado en la STC 185/1989, de 13 de noviembre⁵⁰⁰.

La búsqueda de una definición nos lleva ineludiblemente a acercarnos a las dos dimensiones que lo integran: el objetivo y el subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, el honor se identifica con la reputación o la buena fama que de la que se goza frente a los demás⁵⁰¹. El sentido subjetivo del honor, por su parte, tiene que ver con el sentimiento de estimación o valoración que ostenta el individuo hacia sí mismo. *“Todo ser humano*

⁴⁹⁸ REBOLLO DELGADO, L., *“Límites a la libertad de comunicación pública”*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 148.

⁴⁹⁹ DE CASTRO, F., *“Temas de Derecho Civil”*, Madrid, 1970, pág. 18.

⁵⁰⁰ STC 185/1989, de 13 de noviembre (fundamento jurídico 4): *“El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquel son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión (...)”*.

⁵⁰¹ SALVADOR CODERCH, P., *“El mercado de las ideas”*, Centro de Estudios Constitucionales, MADRID, 1990, pág. 57: *“Fama es la ‘opinión’ -buena o mala, acertada o equivocada- que las gentes tienen de una persona, mientras que honor es solo la buena y merecida fama: la ‘gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas...”* (Diccionario de la Lengua Española, Ed. 1970)”.

tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo” (dimensión subjetiva del honor) “*y que espera de los demás*”⁵⁰² (que entra dentro de lo que se considera la dimensión objetiva de honor).

Al respecto, la jurisprudencia ha reconocido ambas dimensiones, de manera que el ataque al honor tiene incidencia tanto en el marco interno de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el externo o ámbito social y, por lo tanto, profesional, en la que cada persona desarrolla su actividad⁵⁰³.

Por último, es necesario señalar en esta introducción la protección que se reserva al honor. El derecho al honor, reconocido en el artículo 18.1 CE y, por lo tanto, derecho fundamental que goza de las máximas garantías constitucionales, proyecta su tutela sobre tres ámbitos definidos que completan un recio círculo de protección: el ámbito civil, el penal y, por supuesto, el constitucional.

- **Ámbito penal:** la protección se arbitra a través de la tipificación del delito de injuria⁵⁰⁴ y de calumnia⁵⁰⁵.

- **Ámbito civil:** la protección en el civil se fundamenta en el artículo 1902⁵⁰⁶ del Código Civil y 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.

- **Ámbito constitucional:** cuenta con los siguientes procedimientos:

⁵⁰² NOVOA MONREAL, E., “*Derecho a la vida privada y libertad de información*”, Siglo XXI, Madrid, 1989, pág. 74. “*El honor subjetivo (...) es atacado por medio de acciones –principalmente, palabras ajenas-que expresan menosprecio hacia el sujeto, las cuales son conocidas en el derecho penal como injuria o contumelia. El honor objetivo (...) es ofendido mediante la propagación de información que perjudica su reputación ante otros, hecho que se conoce en el derecho penal como difamación*” .

⁵⁰³ SSTs de 23 de marzo y 22 de octubre de 1987.

⁵⁰⁴ Artículo 208 del Código Penal: “*Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173*”.

⁵⁰⁵ Artículo 205 del Código Penal: “*Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

⁵⁰⁶ Artículo 1902 del Código Civil: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

a) El derecho de rectificación, que viene regulado por la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. El artículo 1 reconoce el derecho a ejercitarlo a “*toda persona natural o jurídica*”⁵⁰⁷.

b) El recurso de amparo, cuyo reconocimiento se encuentra en el artículo 161.1.b) y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁵⁰⁸.

Procedamos a ver más pormenorizadamente al estudio de la persona jurídica en relación al honor para intentar alcanzar una posición doctrinal respecto a la adecuación o el desacierto en el otorgamiento de la titularidad del derecho al honor.

4.4.2. Diferentes posturas doctrinales en relación a la titularidad del honor de las personas jurídicas

La categoría de persona jurídica es fruto de un largo proceso evolutivo que se ha ido desarrollando a lo largo de centurias y que aún no ha terminado. A lo largo de este procedimiento que se ha producido, diferentes acercamientos doctrinales han intentado explicar y conformar el fenómeno de la persona jurídica en el Derecho, “afinando” cada vez más su significado, así como sus funciones y su operatividad en el tráfico jurídico. Un primer conjunto de estas doctrinas reconoce a la persona jurídica como sujeto de Derecho que ha sido creado jurídicamente (teoría de la ficción). Sin embargo, otra corriente se opone a esta artificialidad y la interpreta como una creación pre-jurídica (teoría realista u organicista). Algunos argumentos abogan por poner el énfasis en los fines para los que se crea apartando todo lo demás (teoría del interés) y otros aceptan la teoría normativista de Kelsen, sin más. Vamos a tratar cada una de ellas.

a) Teoría de la ficción:

⁵⁰⁷ Artículo 1: “*Toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*”.

⁵⁰⁸ Una parte de la doctrina considera que este recurso solo procede en caso de que la violación del derecho provenga de un órgano estatal. Rebollo Delgado se opone a esta tesis, argumentando que “*no solo el derecho al honor, sino también a la intimidad y a la propia imagen, tienen virtualidad tanto frente a las posibles violaciones o intromisiones del poder público, como de los particulares*”. (REBOLLO DELGADO, L., “*Límites a la libertad de comunicación pública*”, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 151).

Esta teoría se remonta al Derecho romano, teniendo en cuenta que, en relación a las entidades colectivas, la jurisprudencia romana no se ocupó de elaborar un concepto universal que diera respuesta a cuestiones como su personalidad jurídica, sino que a través de la casuística, se iban estableciendo los actos jurídicos que podían realizar⁵⁰⁹. Es muchos siglos después, en el siglo XVI cuando aparece la “Compañía de Indias”, que constituye una sociedad anónima en estado embrionario, a través de la cual se comerciaba e en el Nuevo Mundo en régimen de monopolio y cuyos socios tenían limitada su responsabilidad a sus aportaciones patrimoniales.

La teoría de la ficción fue ampliamente desarrollada en el siglo XIX, principalmente por Savigny, quien elabora la tesis como fundamento de la persona jurídica y prefiriendo esta expresión a la de “persona moral”. La teoría de la ficción considera al hombre como el único sujeto de derecho con existencia real, por lo que la persona jurídica es una ficción creada y utilizada por el Derecho con la finalidad de resolver la necesidad de que los entes colectivos actúen en el tráfico jurídico. Y para ello, el Derecho asume la ficción de que la persona colectiva tiene una voluntad propia, igual que la posee el hombre individual. Savigny, en sus conclusiones, llega a diferenciar claramente entre corporaciones y asociaciones de base personal y las fundaciones de base patrimonial.

Las entidades colectivas son “sujetos artificiales”, por tanto, pero necesarios y creados para el cumplimiento de un determinado fin⁵¹⁰. Sin embargo, al ser el individuo en principio el único sujeto de Derecho, es indispensable que se de un reconocimiento expreso por parte del Estado, reconocimiento que tiene carácter constitutivo. De esta manera, señala Rodríguez Guitián, se “*convierte al Estado en árbitro exclusivo de la persistencia y regulación de los cuerpos intermedios ya que es él el que, fingiendo,*

⁵⁰⁹ BLANCH NOUGUÉS, “*Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*”, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 21 y ss.: “*Los juristas romanos no partían de la elaboración de un concepto universal de ‘persona jurídica’ sino que actuaron a partir de la necesidad misma de identificar diversos centros de imputación de relaciones jurídicas en torno a los conceptos de res incorporalis, corpus y universitas*”. En estos supuestos, “*la labor de los juristas romanos es instrumental, en tanto que persiguen en esencia hacer posible la atribución de relaciones jurídicas a ciertas agrupaciones permanentes o al menos estables de personas constituidas como tales para el cumplimiento de fines de interés general*”.

⁵¹⁰ SAVIGNY, F.C., “*Sistema de Derecho Romano actual*”, Comares, Madrid, 2005, pág. 57. “*He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al individuo, y ahora la voy a considerar en relación con otros seres ficticios, a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de relaciones de derecho*”.

atribuye la personalidad jurídica”⁵¹¹.

A esta posición se le han criticado ciertas deficiencias, dado que a través de ella no puede resolverse la cuestión sobre quién es la autoridad que le otorga personalidad jurídica al Estado. Al respecto se ha contra-argumentado que el Estado posee una existencia natural y necesaria, por lo que no ha sido creado artificialmente.

b) Teoría realista, organicista o antropomórfica:

Esta teoría surge a finales del siglo XIX con Johannes Althusius, y tiene como máximo defensor al prominente jurista Otto Von Gierke. Considera a la persona jurídica como un organismo vivo, con voluntad propia e independiente de los sujetos que lo conforman. Por lo tanto, el Derecho no crea estos entes colectivos, sino que se limita a reconocer su existencia y a regular sus actividades delimitando su ámbito de actuación.

El sustrato real que posee la persona jurídica se localiza en esta voluntad general que se forma independientemente de las voluntades individuales de sus miembros, y que se articula y arbitra a través de sus órganos de funcionamiento. Al no considerarse que estamos ante una mera abstracción jurídica, no necesitan del reconocimiento especial del Estado, sino, en todo caso, un reconocimiento de carácter declarativo de la existencia de la persona jurídica⁵¹².

Como es fácil constatar, las dos posiciones doctrinales vistas mantienen teorías diametralmente opuestas. En relación con el honor, ambas son coherentes con su propio razonamiento. La teoría de la ficción va a rechazar la titularidad del honor de la persona

⁵¹¹ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “*El derecho al honor de las personas jurídicas*”, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996, pág. 56.

⁵¹² FERRARA, F., “*Teoría de las personas jurídicas*”, Comares, 2006, pág. 186: “*la persona corporativa está ciertamente sobre, pero no fuera de la colectividad de las personas que forman su cuerpo; constituye una inmanente unidad con él; es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia (Gesamtvilleville) que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, como no es la voluntad de una unidad ideal separada de los particulares, sino una voluntad plúrrima y única, la voluntad común de todos ordenadamente declarada. La corporación tiene también una capacidad de obrar propia. Una acción colectiva (Gesamthandlung) hay allí donde la generalidad de los miembros, como un ente concreto y visible, traduce en acto la voluntad general. Esta generalidad no es ni el órgano colegial de una diversa unidad corporativa ni una simple suma de individuos; es más bien la corporación misma, que en su totalidad toma forma de una pluralidad recogida en unidad. Su estructura reposa en la constitución de un cuerpo orgánico de individualidades coaligadas*”.

jurídica, ya que un sujeto creado artificialmente no goza de reputación o fama, cualidades propias de un ser humano. Sin embargo, la teoría realista mantiene que es un ser viviente y real que posee honor como cualquier persona física.

c) La teoría del interés:

La teoría del interés, formulada por R. Von Ihering, considera a la persona jurídica como una construcción jurídica con fines prácticos, ya que un colectivo posee intereses que el Derecho debe reconocer y proteger. Por lo tanto, lo que se denomina “persona jurídica” es una forma mediante la cual sus miembros se agrupan para responder a un fin puramente práctico, pero sin perder de vista que en toda persona jurídica lo que se da es la agrupación de personas físicas. Siguiendo su argumentación, Ihering se va a referir a la fundación, definiéndola como la personificación de un patrimonio supeditado a los intereses y fines de un grupo de personas indeterminadas⁵¹³. La clave estriba, precisamente, en que se trata de un conjunto indeterminado de personas, ya que si fuera determinado gozarían de acción y serían éstos los sujetos de la fundación. Sin embargo, la indeterminación hace que no sea así⁵¹⁴. Aún así, hablar de propiedad de la persona moral es una ficción inexacta: son los individuos asociados los titulares de esta propiedad.

d) Teoría normativista de Kelsen

De acuerdo con su “teoría pura del Derecho”, Kelsen afirma que el concepto “persona” no es una realidad para el Derecho. Ya se trate de la persona individualmente considerada o asociada colectivamente, para Kelsen estamos ante categorías jurídicas, esto es, creaciones del Derecho. El hombre, explica, no es una noción jurídica, sino biológica, fisiológica y psicológica, que será un elemento del contenido de una norma jurídica cuando algunos de sus actos se convierten en objeto de responsabilidades, deberes o derechos subjetivos. Pero el hombre en sí no es esa noción jurídica que se denomina persona⁵¹⁵.

⁵¹³ IHERING, R.V., “*Espíritu del Derecho Romano*”, Tomo IV, Comares, Granada, 1998, pág. 381.

⁵¹⁴ IHERING, R.V., “*Espíritu del Derecho...*”, pág. 381.

⁵¹⁵ KELSEN, H., “*Teoría pura del Derecho*”, *Op. Cit.*, pág. 125: “La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una

“El mundo del derecho es un mundo normativo, un mundo de mandatos y órdenes. Toda norma no es en sí misma sino una imputación: previsto un hecho o condición, la norma ordena que se produzca un efecto coactivo. Ese efecto ha de tocar a alguien, sea un individuo o una colectividad. Ese alguien viene entonces a ser el destinatario de la norma, o sea, el término de la imputación. Y bien: la circunstancia de ser destinatario de la norma, constituye a ese alguien en sujeto de derecho y, e consecuencia, persona. El hecho de que la norma atribuya a alguien un derecho o un deber, constituye a ese alguien en persona”⁵¹⁶.

e) Modernas doctrinas que intentan superar la contraposición entre lo “natural” y lo “jurídico”:

Las más actuales posiciones doctrinales abogan por superar la discusión que contrapone ambos términos. Para ello se declara que tanto en la persona física como en la jurídica se intercambian los dos elementos. Si en la consideración del sujeto del derecho se adopta el punto de vista teleológico las personas sociales son perfectamente naturales, porque su causa final es siempre la satisfacción de las necesidades y el cumplimiento de los fines humanos. Si, por el contrario, se parte del punto de vista de la voluntad, la conclusión es la misma tal y como manifestó Gorovtseff ⁵¹⁷: la base de la persona jurídica es el conjunto de voluntades sucesivas que emanan de los diferentes elementos del sujeto de derecho colectivo de los que está formado, esto es, el fundador, el administrador y el destinatario. A su juicio el derecho protege y asegura estas voliciones que, en sí mismas, son siempre naturales, ya se trate de la voluntad de un solo individuo o bien de una conjunción de voliciones de varios individuos. De esta forma, no es el sujeto mismo el que crea el Derecho, sino el estado del sujeto.

función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esa fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona”.

⁵¹⁶ Sintetización del pensamiento de Kelsen que se encuentra en BUSSO, E., “Código Civil anotado”, Tomo I, pág. 266, nº76.

⁵¹⁷ GOROVITSEFF, “La lutte autor de la notion de sujet de droit”, en la *Revue trimestrielle de droit civil*, año 1926, pág. 885.

4.4.3. Análisis 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 y la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de rectificación

Ante la ausencia y el rechazo frontal (ya sea por parte de la doctrina o desde la jurisprudencia) a una teoría general que se decante por una posición de apoyo o rechazo de la titularidad de todos los derechos atribuibles a la persona jurídica “en bloque”, hay que ir derecho a derecho. En esta tarea debemos apoyarnos en la interpretación de otros preceptos constitucionales o leyes que regulan o están estrechamente relacionados con el derecho al honor, por lo que el natural primer paso es acudir al reconocimiento constitucional del derecho al honor del artículo 18.1 CE, que si bien no determina claramente la titularidad del derecho fundamental, el apartado 4 del 18 opta por mencionar el término “*ciudadanos*”⁵¹⁸. Al respecto se han pronunciado el Tribunal Constitucional y parte de la doctrina, como ya hemos comentado, y ambos se inclinan por interpretar ampliamente el término, de manera que “*ciudadanos*” incluye en su contenido tanto a personas físicas como a las jurídicas⁵¹⁹.

Sin embargo, es razonable acudir al legislador orgánico para comprobar qué sujetos titulares ha establecido, y en este caso, constatamos que tampoco 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, salda la cuestión. En efecto, ningún precepto se ocupa expresamente de la titularidad, por lo que, una vez más, se debe acudir a la interpretación exhaustiva del articulado orgánico para intentar extraer alguna respuesta.

La lectura del texto normativo parece dar la razón a los que opinan y argumentan que la ley está prevista para la persona física únicamente. Desde el inicio, en la Exposición de Motivos se declara que “*los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad*”, derechos éstos predicables únicamente respecto de los individuos. Esto, a su vez, daría una explicación satisfactoria a la presunción del daño que establece el

⁵¹⁸ 18.4. CE: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”.

⁵¹⁹ STC 241/1992, de 11 de noviembre.

artículo 9 o el procedimiento preferente y sumario, procedimientos que suponen una protección especial y privilegiada⁵²⁰.

Como argumento añadido que apoya esta tesis, la utilización de la palabra “persona” a lo largo del articulado concuerda mejor con una concepción física de ésta. Esta es la interpretación más acertada tras la lectura del artículo 2, al delimitar la protección civil del honor, de la intimidad y la propia imagen, al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia⁵²¹, teniendo en cuenta de que solo las personas individuales pueden ser integrantes de una familia. Asimismo, la tesis se ve confirmada en los artículos 7.1 y 7.2, que al hacer referencia a la “*vida íntima de las personas*”, está claramente definiendo como sujeto al individuo. Además, debemos mencionar que en el artículo 4 se utiliza la expresión “*imagen de una persona*”, y se alude a la “*persona fallecida*”. Respecto a este último punto, se defiende que no es fácil aceptar, ni para el más recalcitrante defensor de la titularidad del derecho al honor de la persona jurídica, que el término “*fallecimiento*” pueda ser de aplicación a ésta, siendo propio solo de la física. Igualmente, la capacidad para testar, si no es a través de un ejercicio de interpretación amplísimo y forzado, no parece que le sea atribuible.

Sin embargo, a pesar de todos los argumentos, otra parte de la doctrina opina y fundamenta que la ley está prevista tanto para la persona jurídica como la física. Para ello aducen argumentos, cuyo punto de partida pasa por interpretar el silencio de la Ley Orgánica de forma positiva:

a) Se ha de diferenciar entre el honor y la intimidad, de forma que se niega la titularidad del derecho a la intimidad a la persona jurídica, pero se admite la del derecho al honor. Se considera, pues, que la Ley Orgánica 1/1982 se ha redactado pensando en el derecho a la intimidad⁵²². Esta idea es refutada por autores como Casas Vallés, al

⁵²⁰ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “*El derecho al honor de las personas jurídicas*”, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996, pág. 91.

⁵²¹ Pablo Salvador Coderch salva este “obstáculo” en el 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 de la siguiente manera: “*Es cierto que el art. 2.1, al decir que “la protección civil del honor ... quedará delimitada por las leyes y los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia” se refiere a las personas individuales (únicas que pueden integrar una familia) pero el texto no está destinado directamente a determinar quiénes son titulares del derecho al honor sino que solo dice que se aplica a las personas (individuales) el principio de actos propios*”. (SALVADOR CODERCH, P., “*El mercado de las ideas*”, Centro de Estudios Constitucionales, MADRID, 1990, pág. 219).

⁵²² ESTRADA ALONSO, E., “*El derecho al honor en la LO 1/1982 de 5 de mayo*”, CIVITAS,

considerar que las medidas de protección que establece la Ley son adecuadas para el derecho al honor y no para los otros derechos recogidos en ella⁵²³.

b) El reconocimiento de un derecho de reputación (concepto objetivo del derecho al honor) de la persona jurídica se apoya en el art. 38 del Código Civil⁵²⁴, junto al reconocimiento con carácter general que recoge el 18.1 CE. Para entender lo contrario, la Ley Orgánica debería haber previsto expresamente la exclusión de las personas colectivas de la titularidad de los derechos de los que se ocupa⁵²⁵.

Sin embargo, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo⁵²⁶ sobre el derecho de rectificación no hace uso del recurso del silencio positivo normativo: su artículo 1 faculta a toda persona natural o jurídica “*a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*”⁵²⁷. En el primer precepto, por tanto, se exigen condiciones tanto objetivas como subjetivas, para ejercer el derecho de rectificación:

- Condición objetiva: que exista una información difundida acerca de hechos (no opiniones) por cualquier medio de comunicación social.

1988, pág.115.

⁵²³ CASAS VALLÉS, R., “Honor, intimidad, e imagen. Su total en la LO 1/1982”, RJC, Número 2, 1989, pág. 288.

⁵²⁴ Artículo 38 del Código Civil: “Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”.

⁵²⁵ SALVADOR CODERCH, P., “El mercado de las ideas”, Centro de Estudios Constitucionales, MADRID, 1990, pág 215.

⁵²⁶ Esta Ley Orgánica deroga expresamente los artículos 58 a 62 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, así como sus normas de desarrollo: el artículo 25 de la Ley 4/1980, de 10 de enero sobre el Estatuto de Radio y Televisión y el 566.1 del Código Penal que regulaba el derecho de réplica y rectificación. De esta forma, la LO 2/1984 nace con un marcado carácter unitario, a saber: Con ella desaparece la dualidad que se daba en las materias de prensa e imprenta, ya que se contemplaba dos derechos diferenciados: el derecho de réplica, propio de personas naturales o jurídicas y el derecho de rectificación, propio de la Administración Pública y autoridades. Ambos derechos presentaban regulaciones diferentes en cuanto a las condiciones de ejercicio y efectos. La LO 2/1984 no va a diferenciar entre medios de comunicación. Se aplica y ejercita el derecho de rectificación sin que importe si el medio de comunicación es gráfico, visual o auditivo.

⁵²⁷ El procedimiento que arbitra la Ley Orgánica 2/1984, distingue dos fases: a) una inicial, donde el perjudicado remite un escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar que deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar (art. 2); y b) segunda fase donde el perjudicado podrá ejercitar la acción de rectificación ante el Juez de Primera Instancia si, en los plazos señalados en el artículo 3 no se hubiera publicado o divulgado la rectificación o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquella no será difundida, o se haya publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto en el artículo 3 (artículo 4).

- Condiciones subjetivas: a) que la persona física o jurídica a la que aluden estos hechos, los considere inexactos; y b) que esta divulgación de estos hechos pueda causarle algún perjuicio.

Es preciso mencionar que la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de determinar cuál es el bien jurídico objeto de protección en el derecho de rectificación: para una parte, la ley es una medida de protección del derecho al honor del artículo 18.1 CE; mientras para otra sección doctrinal, debe circunscribirse como garantía del derecho a comunicar y recibir información veraz del artículo 20.1.d) CE. Sin embargo, como muy bien puntualizó el Tribunal Constitucional *“el derecho de rectificación es sólo un medio de que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor o en cualesquiera otros derechos o intereses legítimos”*⁵²⁸, por lo que el bien jurídico que protege la Ley Orgánica podrá ser cualquier derecho fundamental o interés legítimo que se vea en perjuicio o posible perjuicio, y no solo el derecho al honor del 18.1 CE. Esto me lleva a considerar que no es determinante el que se atribuya expresamente la titularidad del derecho de rectificación a la persona jurídica como base sólida que apoye la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 CE, ya que la Ley Orgánica ofrece protección frente a cualquier perjuicio ocasionado y no solo frente a la vulneración del derecho al honor.

De esta guisa, no podemos acudir a esta Ley en auxilio a la hora de determinar la titularidad del artículo 18.1 CE como ha planteado una parte de la doctrina: la LO 1/1982 no introdujo una pronunciación expresa al respecto que acabe con las discusiones doctrinales. Si bien, el tenor de la Ley Orgánica lo que establece, a mi modo de ver, es que se dirige a la persona individualmente considerada, no es menos cierto que, si se quiere, en un ejercicio de elasticidad interpretativa (que en algunos casos, no puedo obviarlos, toca lo extremo y lo inverosímil, por ejemplo: en cuanto alude a la vida familiar de la persona) puede introducirse a la persona jurídica como titular aludido. Ninguna de las dos interpretaciones es determinante, por lo que ahora lo que toca es comprobar que ha dilucidado el máximo intérprete de la Constitución.

⁵²⁸ STC 168/1986, de 22 de diciembre (fundamento jurídico 4).

4.4.4. Argumentos que apoyan y rechazan la titularidad del derecho al honor de la persona jurídica

4.4.4.1. Argumentos que apoyan la titularidad del derecho al honor por parte de la persona jurídica

a) Atribución del honor en su dimensión objetiva

Aún cuando diversas concepciones aceptan la titularidad del derecho al honor de la persona jurídica, este conjunto de doctrinas converge en admitir que la única dimensión del concepto honor que se le puede atribuir es la objetiva. Es una obviedad poner de relieve que un ente colectivo no posee sentimiento y autoconsciencia de la propia dignidad y valoración propia, o que no puede albergar sentimientos de pérdida de autoestima, lo que se traduce en la imposibilidad de reconocerle la titularidad del derecho al honor en su dimensión subjetiva⁵²⁹. Sin embargo, estas corrientes doctrinales afirman que no hay obstáculos en cuanto a la vertiente objetiva que se identifica con la reputación o la buena fama de la que se goza frente a los demás. *“La persona jurídica tiene naturalmente una reputación que defender. Ahí sí que hay un objeto a tutelar (...)”*⁵³⁰.

La ausencia de un precepto que niegue expresamente la titularidad del honor a los entes colectivos, unida a las exigencias sociales, políticas y económicas modernas que inciden en superar el ámbito meramente individual, apoyan las consideraciones de esta parte de la doctrina. En este contexto moderno, los entes colectivos son sensibles a la consideración o reputación que se tengan de ellos en el entorno social hasta el extremo de perjudicar o imposibilitar la consecución o normal desarrollo de las actividades para las que fueron creadas. A mi entender, esta es una cuestión que no admite discusión: la buena reputación de una persona jurídica es un bien jurídico que debe ser protegido. La discusión, en mi caso, aparece ante la necesidad de que sea a través de un derecho fundamental, afirmando la asimilación en la esfera existencial de una ficción cuya

⁵²⁹ SALVADOR CODERCH, P., *“El mercado de las ideas”*, Op. Cit., pág. 215: “las organizaciones de personas físicas y medios materiales que llamamos personas jurídicas (...) en cuanto carecen de dimensión psicológica no tiene tampoco objeto hablar de humillación de su honor en el sentido de causación de daños psíquicos o de provocación de pérdida de la propia estimación. Mas eso nada tiene que ver con la posible existencia de una pluralidad de dimensiones sociales (económicas, políticas, culturales, deportivas, asistenciales, etc.) que el ataque a su reputación puede herir profundamente”.

⁵³⁰ SALVADOR CODERCH, P., *“El mercado de las ideas”*, Op. Cit., pág. 214.

existencia es jurídica. Asimilación con el único objeto de Derecho cuya existencia es real: el ser humano, y que deviene en innecesaria y excesiva desde el momento en que su protección queda satisfecha a través de otras normas pertenecientes a otro nivel de garantía diferente al del derecho fundamental.

b) Reconocimiento de daños morales en un sentido amplio

El artículo 9.3 de la LO 1/82 precisa que *“la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”*.

En apoyo de la titularidad de la persona colectiva, una parte de la doctrina afirma que las personas jurídicas pueden, y de hecho sufren, daños morales⁵³¹, rebatiendo a aquellos que consideran que no es posible admitir este extremo, puesto que no puede atribuirseles el derecho al honor en su acepción subjetiva. Los que si atribuyen un daño moral a la persona jurídica argumentan que de la lesión al honor en su aspecto objetivo surgen también daños morales porque el honor se caracteriza por su carácter extrapatrimonial⁵³². Elucidan que los que niegan este tipo de daños morales a la jurídica restringen el contenido del concepto a un sufrimiento físico o psíquico que constriñe la expresión excesivamente. Más acertado es considerar, en su opinión, que se ocasiona un daño moral, no solo en el caso de que se produzcan sensaciones dolorosas, sino también cuando se impide o se dificulta la satisfacción de un interés sin disminución de un patrimonio, o cuando una persona jurídica pierde prestigio a consecuencia de una

⁵³¹ Existe una discusión doctrinal acerca de si se pueden considerar como sinónimas las nociones de daño moral y daño extrapatrimonial. Forchielli (*“Responsabilità Civile”*, Padova, 1968, pág. 17) y Colasso (Cit. por Montel en *“Problemas de la Responsabilidad y del daño”*, anotaciones de Roca Juan, Alcoy, 1955, pág. 102) así opinan. García Serrano, sin embargo, afirma que el daño moral *“debe considerarse una parcela de los daños extrapatrimoniales. Solo en un caso ambas tendrán idéntico contenido, y es en el supuesto de daño no-patrimonial a persona jurídica, que es siempre constitutiva de daño moral”*. Para el autor, la categoría de los daños extrapatrimoniales engloba tanto los daños físicos a la persona humana (no aplicable a la jurídica) y los denominados daños morales (si predicables de entes colectivos). (GARCÍA SERRANO, F.A., *“El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”*, *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pág. 802 y siguientes).

⁵³² RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., *“El derecho al honor de las personas jurídicas”*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996, pág. 108.

campana difamatoria contra ella⁵³³. La persona jurídica, pues, a través de una lesión al honor puede sufrir daños que no son patrimoniales pero que no pueden incluirse en lo que es un sufrimiento físico o psíquico.

El amplio concepto que se maneja en este caso de “daño moral” lo ejemplifica a la perfección Rodríguez Guitián con el siguiente supuesto hipotético: *“Una asociación cultural de una facultad propone una iniciativa consistente en la organización de una serie de actos (debates, actuaciones musicales, deportivas, obras de teatro...). Debido al alto coste de la actividad la Universidad no tiene fondos para la realización de esta iniciativa pero una serie de empresas, a cambio de publicidad gratuita de sus productos, decide financiar el acto. Unos días antes de la organización de la actividad un conocido periódico difama a la asociación cultural, ligándola con una banda de droga. De la difamación surgen toda una serie de perjuicios para la persona jurídica, difícilmente reducibles a la categoría de materiales: las empresas que en un principio se comprometieron a financiar el acto se niegan a hacerlo ya, fruto de la sospecha creada en torno a la asociación. Esta se ve imposibilitada de llevar a cabo la actividad propuesta, con la que pretendía expresar su propia identidad en el mundo estudiantil. Además tanto los profesores como los alumnos de la facultad desconfían de la licitud de la asociación y en concreto los alumnos le niegan sus votos en las próximas elecciones”*⁵³⁴.

Con este ejemplo queda rebatida la aseveración sostenida por el Tribunal Supremo de que la lesión en la fama o el crédito de una persona jurídica se traduce únicamente en un daño material, no moral⁵³⁵. Lo que viene a decirnos el Tribunal Supremo es que la acepción de “daño moral” que maneja es la interpretación restringida que la circunscribe a la sensación de sufrimiento, angustia o preocupación.

Pero acudamos un momento en auxilio a la regulación prevista en el Código Penal en relación a la responsabilidad civil derivada de los delitos. El reconocimiento de la indemnización del daño moral en el Código Penal ya era recogido en el pretérito de 1973 y en otros anteriores, tal y como resume el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de

⁵³³ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “El derecho al honor de...”, *Op. Cit.*, pág. 108.

⁵³⁴ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “El derecho al honor...”, *Op. Cit.*, pág. 109.

⁵³⁵ STS 234/2005, Sala 2ª de lo Penal.

Junio de 1987 (STS 4518/1987)⁵³⁶. El art. 110 del Código Penal actual señala que la responsabilidad civil comprende la indemnización de los perjuicios materiales y morales, junto a la restitución y la reparación del daño. También el art. 113 del Código Penal menciona la reparación de los daños materiales y morales, para determinar que ésta “comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o a terceros”.

Del tenor literal del art. 113 del Código Penal se deduce la intención de excluir de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas, puesto que se opta por la utilización de las expresiones “agraviado”, o “familia”, incluso “terceros” en el precepto. Sin embargo, no hay unanimidad en esta interpretación tampoco. Rodríguez Guitián opina que el 113 no tiene por finalidad la determinación de los sujetos que pueden sufrir daños morales a consecuencia de un comportamiento tipificado como delito o falta, sino que lo único que trata de apuntar es que otras personas distintas del agraviado están también legitimadas para el ejercicio de la pretensión civil ex delicto, en el caso de que hayan experimentado también de manera directa e inmediata las consecuencias del hecho delictivo⁵³⁷. La autora explica que la alusión específica a los familiares es un reconocimiento de que éstos son los terceros que resultan con más frecuencia perjudicados.

Sin embargo, el artículo 208 del Código Penal define la injuria como “*la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”, asimilando el delito con el ataque a la dignidad humana que supone el atentar contra el honor. El artículo 208 parece así alejar el derecho al honor de toda persona no física, interpretación que vuelve a descartar Rodríguez Guitián: “*Es cierto que la lesión del derecho al honor supone un menoscabo inmediato en la dignidad*”

⁵³⁶ El Octavo fundamento de Derecho, señala lo siguiente: “*en España, los Códigos Penales del siglo XIX no se refieren al daño a los perjuicios morales, el Código Penal de 1928 en su art. 75, prescribe que, en los delitos contra el honor -calumnia, injurias y difamación-, se tendrá muy especialmente en cuenta, para la valoración del daño, el que represente el desprestigio y sufrimiento moral en sí mismo aunque no repercuta en el patrimonio del ofendido; en el Código de 1932, en la reparación del daño, se ha de tener en cuenta el valor de afección para el agraviado, lo que supone un hito importante en el reconocimiento del resarcimiento del daño moral, y, finalmente en el artículo 104 Código Penal 1944, de modo explícito, se reconoce el derecho a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al ofendido o a su familia*”.

⁵³⁷ RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1º y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?”, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com.

humana, que es un principio reconocido en el artículo 10 de la Constitución española. Pero también es cierto que este principio general no es fundamento exclusivo del derecho al honor, sino que es el fundamento de todos los derechos fundamentales”, a lo que añade que el hecho de que la dignidad se erija en principio general de tutela de los derechos fundamentales no ha supuesto un impedimento para el reconocimiento de éstos a determinadas organizaciones, citando como ejemplos la libertad de educación a los centros docentes (art. 27 CE), el derecho de los sindicatos a formar confederaciones (art. 28.1 CE) o libertad religiosa de las asociaciones de esta naturaleza (art. 16 CE). Se apoya además en la STC 139/1995, de 26 de Septiembre, en la que se admite expresamente la titularidad del derecho al honor a la persona jurídico-privada en su faceta objetiva, negándosele la subjetiva.

La clave en esta discusión estriba en la definición de qué es “daño moral”. Si le concedemos que incluye en su contenido todo aquel daño que no sea patrimonial, esto es, asimilando “daño moral” con “daño extrapatrimonial” se puede atribuir a la persona jurídica este perjuicio, que no sólo se circunscribe al psicológico y por lo tanto, debe ser protegida ante él. Pero si aceptamos que el “daño moral” alude a un perjuicio “que se siente” en su dimensión psicológica o espiritual, es obvio que no puede sufrir este menoscabo. García Serrano lo solventa englobando en la categoría de los daños extrapatrimoniales tanto los daños físicos a la persona humana (no aplicable a la jurídica) y los denominados daños morales (si predicables de entes colectivos, a su entender)⁵³⁸.

En todo caso, la aceptación de un concepto de daño moral amplio que conlleve la extensión de los supuestos de responsabilidad civil, debería hacerse justificando rigurosamente cada caso con el fin de evitar una degradación fácil del término. En esta acepción extensa se partiría de que el concepto incluye (sin que se limite a éstos dos supuestos) el reconocimiento de los daños morales a la persona jurídica y la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Casi a la par (sería lo ideal, en un mundo ideal) se debería establecer los límites de estos supuestos, con la misión de que sirvan de “muro de contención” a una posible extralimitación del contenido del término. Piénsese que podría considerarse, si no se ponen límites en la interpretación, que por el mero hecho de que se incumpla un contrato el acreedor sufre

⁵³⁸ GARCÍA SERRANO, F.A., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pág. 802 y ss.

un daño moral, basándose en que todo incumplimiento lleva consigo un dolor y una frustración por la pérdida de expectativas.

Sea como fuere considerado el daño, a mi modo de ver, no puedo dejar de considerar que la persona jurídica se ve protegida por la responsabilidad extracontractual que otorga el Código Civil (artículo 1902) y la normativa de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, cuyo artículo 9 regula los denominados actos de denigración hacia un tercero: *“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*. La lesión al prestigio y descrédito que sufre la asociación cultural que protagonizaba el ejemplo que exponía Rodríguez Guitián, de la que surgen perjuicios que le imposibilitan llevar a cabo las actividades objeto de su creación jurídica y que sin ser de naturaleza patrimonial, no pueden incluirse en lo que es un sufrimiento físico o psíquico, pueden encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil o en las disposiciones de la legislación mercantil, como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, y la Ley 34/1988, General de Publicidad, normas éstas que sancionan tanto los actos de denigración como la publicidad desleal. Toda esta legislación da respuesta a la protección que merece la persona jurídica (e incluso, por qué no, puede mejorarse y reforzarse con legislación que la desarrolle y concrete aún más), pero aunque no fuera así, no podría acudir, sin más, a encajar la reputación y fama de la entidad colectiva en el artículo 18.1 CE, que desnaturalizara, a mi modo de ver, la esencia del derecho fundamental.

c) El prestigio profesional como contenido del derecho al honor

El denominado prestigio profesional era protegido por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, con anterioridad a la Constitución de 1978. Con el reconocimiento del honor en el 18.1 CE surge la importante cuestión si debe protegerse como contenido integrante del derecho fundamental o seguir considerándose algo aparte. Desde el primer momento, la doctrina abogó mayoritariamente por la inclusión en la garantía del derecho al honor, de manera que la difamación que afecta al honor en su sentido personal debe

ser protegida por la Ley Orgánica 1/1982, mientras que la que afecta al prestigio profesional corresponde al ámbito del artículo 1902 del Código Civil.

La jurisprudencia, sin embargo, ha mostrado titubeos al respecto. Si la STS de 7 de febrero afirmó con contundencia que *“la tutela del honor en la vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional...)”*, la STS del 2 de marzo de 1989, sostuvo la tesis tradicional: *“los derechos fundamentales del individuo coexisten con otro grupo de derechos de la persona. Aquellos, llamados personalísimos, encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, al paso que los últimos encuentran también su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional como patrimonio de la persona. Los primeros, encuentran su tutela en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del artículo 1902 del Código Civil cuando se demuestre la existencia de un daño moral”* (fundamento de derecho 3). Esta sentencia se adentra en las diferencias entre honor y prestigio, con las que justifica y argumenta la desigual protección que privilegia al honor al asignarlo al ámbito de la Ley Orgánica 1/1982: *“El honor protegido genéricamente por la comentada Ley Orgánica está representado por dos aspectos íntimamente conexos: a) el de inmanencia representado por la estimación que cada persona hace de sí mismo y b) el de trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad. En cambio, el prestigio se decanta por los derroteros de la buena fama que disfruta una persona, bien como tal persona o por su profesión o influencia que se tiene por ella”*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional también considera en la STC 40/1992, que el honor de la persona y su prestigio profesional no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional. Admite, asimismo, que esta distinción es problemática puesto que plantea contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, lo que no obstaculiza, sin embargo, la necesaria distinción entre lo que constituye simple crítica a la pericia profesional en el ejercicio de una actividad, con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal. Sin embargo, la diferenciación no supone una negación rotunda hacia la posibilidad de que la difusión de hechos relativos que atañen al desarrollo y actividad profesional puedan ir más allá de

una crítica profesional y constituyan una intromisión ilegítima en el derecho al honor, “*siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona*”⁵³⁹.

Esta posición jurisprudencial se repite en sentencias posteriores pero inclinándose cada vez más (y con más facilidad) a considerar el prestigio profesional dentro de la esfera del honor. La STC 223/1992, de 14 de diciembre, en la que se admite el recurso de amparo contra la STS de 2 de marzo de 1989, desarrolla su argumentación principalmente en el fundamento jurídico 3, donde comienza haciendo un reconocimiento expreso de que el ámbito profesional del ser humano en continuo proceso de evolución, se imbrica en la personalidad del individuo hasta el punto de constituir un factor predominante de realización personal⁵⁴⁰. Como consecuencia, el Tribunal reconoce que el prestigio en este ámbito, “*especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aun que en la técnica, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor*”⁵⁴¹. Esta conclusión se ve reforzada con la puntualización de que la Ley Orgánica 1/1982, norma de desarrollo del derecho “*no contiene distinción alguna de facetas de la actividad ni tampoco excluye ninguna de su tutela. La divulgación de cualesquiera expresiones o hechos concernientes a una persona que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre (art. 7, 3 y 7 L.O. 1/1982) ha de ser calificada como intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor*”.

⁵³⁹ STC 40/1992, de 30 de marzo, (fundamento jurídico 3): “*Ante todo, conviene precisar que no son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal. Pero ello no puede llevarnos a negar rotundamente, como se hace en cambio en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona*”.

⁵⁴⁰ STC 223/1992, de 14 de diciembre, (fundamento jurídico 3): “*el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia, pues de él dependen no ya el empleo o el paro sino el estancamiento o el ascenso profesional, con las consecuencias económicas que le son inherentes*”.

⁵⁴¹ STC 223/1992, de 14 de diciembre, (fundamento jurídico 3).

Ahora bien, el fundamento 3 deja claro que cualquier crítica a la pericia profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado al derecho al honor, puesto que hay aspectos de la actividad profesional que son ajenos a tal derecho, sin que este extremo nos lleve tampoco, tal y como afirmaba la STC 40/1992 a negar rotundamente que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Por lo tanto, el Tribunal deja abierta la interpretación al caso concreto, sin cerrarse a aceptar que un hecho que lesione el prestigio profesional sea constitutivo de una lesión del derecho fundamental al honor, pero sin establecer pautas clarificadoras sobre cuándo se puede o no entender así.

En mi opinión, el prestigio profesional es una forma de honor que se manifiesta en un concreto ámbito: el profesional. Este no puede cercenarse del derecho al honor de la persona física. La estimación de la persona hacia sí misma y la que proyectan los demás hacia el sujeto en la importantísima esfera del desarrollo profesional, qué duda cabe, incide en su libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE. Tengamos en cuenta que en ambos contextos, el profesional y el no profesional, el bien jurídico a proteger es el mismo. Para que pudiéramos interpretarlo de otro modo, debido a la natural e indiscutible imbricación del prestigio profesional en el honor, deberíamos encontrar alguna referencia expresa que reconociera o aludiera a esta diferenciación o desvinculación en su regulación, ya sea en el texto constitucional o en la legislación orgánica de desarrollo, algo que no me parecería acertado. No es el caso. El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 determina que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por la ley *“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”*, sea en el ámbito o contexto en el que se produzcan: sea denominado como honor o como prestigio profesional. La Ley Orgánica, así como el texto constitucional, hacen referencia al honor en un sentido genérico, siendo solo matizada la *“intimidad”*, que se clasifica en *“personal”* y *“familiar”*.

Debe el prestigio profesional, por tanto, disfrutar de toda la protección que otorga ser contenido del derecho fundamental al honor, siempre refiriéndome a su titular: la persona física.

Una vez dirimida esta cuestión, lo siguiente es considerar si la protección del prestigio u honor profesional es predicable de la persona jurídica. Al respecto, la doctrina es casi unánime: ostenta una reputación que debe ser protegida, pero vinculada al ámbito y finalidad para la que ha sido creada. *“Así que hay un objeto a tutelar y éste coincide con el de las finalidades legalmente permitidas y estatutariamente asumidas por el ente y los medios y organización precisos para conseguirlas”*⁵⁴². Tampoco se discute la consideración de que, aún cuando se atribuya la titularidad del art. 18.1 CE a la persona jurídica, el derecho fundamental no sería de aplicación en la misma extensión y significado que la persona individual, como consecuencia natural y lógica que deriva de sus diferentes naturalezas.

Dejando de lado el resto de controversias en cuanto a la titularidad que pueda ostentar, es obvio que la persona jurídica desempeña sus actividades en los más variados contextos y dimensiones, ya sea en ámbitos sociales, políticos, económicos, culturales, etc., de forma que un ataque a su prestigio puede suponer un perjuicio, sin que pueda considerarse permisible. Sin embargo, considero que, tampoco existe en este ámbito obstáculo alguno para que pueda encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil o en las disposiciones de la legislación mercantil: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, y la Ley 34/1988, General de Publicidad, sin tener que recurrir al derecho fundamental al honor del art. 18 CE para su protección. Y al igual que no encuentro obstáculo alguno para esto, tampoco justificación sólida que apoye lo contrario. Permítame el lector remitirle a los argumentos que ya he señalado.

4.4.4.2. Argumentos que niegan la titularidad del derecho al honor a la persona jurídica

Dos son los principales argumentos que se utilizan para rechazar la titularidad del derecho al honor de la persona jurídica: la dignidad como origen del derecho al honor y el resto de los derechos fundamentales y la imposibilidad de reconocer que un ente colectivo sufra daños morales. Abordemos cada uno individualmente.

⁵⁴²SALVADOR CODERCH, P., *“El mercado de las ideas”*, Op. Cit., págs. 214-215.

a) La dignidad como origen del derecho al honor

De forma expresa, el artículo 10.1 CE reconoce la dignidad de la persona, vinculándola con los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Bajo esta concepción, se considera que la dignidad es predicable solamente respecto del hombre como ser individualmente considerado, declarándose la imposibilidad de reconocerle dignidad a la persona jurídica. A partir de aquí, una parte muy importante de la doctrina afirma que, como natural consecuencia y en coherencia lógica con esta aseveración, el honor, en cuanto derecho de la personalidad y derecho fundamental cuyo origen se fundamenta en el valor dignidad, no puede serle reconocido. Esta concepción recibe la denominación de normativa⁵⁴³.

El artículo 18.1 CE hace alusión a un derecho personalísimo, estrechamente vinculado con la dignidad puesto que emana directamente de ésta y que pertenece al ser humano como tal desde el momento en que éste surge: desde que nace. Coherentemente con toda esta argumentación, pues, a la persona jurídica no podrá reconocérsele la dignidad humana, pero si, en cambio, otros bienes jurídicos acordes a su especial naturaleza, (el crédito o descrédito, por ejemplo), que son tutelados a través de la legislación mercantil (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, o la Ley 34/1988, General de Publicidad).

b) La imposibilidad de reconocer que un ente colectivo sufra daños morales

Una parte de la doctrina se basa en la absoluta imposibilidad de que la persona

⁵⁴³ Respecto al honor existen dos concepciones diferenciadas: la factual y la normativa. Salvador Coderch las aborda en su obra, entendiendo la factual como aquella vertiente que considera el honor como el que efectivamente se tiene, se ha ganado o que se ha conseguido aparentar. La normativa, por contra, postula determinadas construcciones del honor referidas a entidades ideales como valores trascendentes o normas no dadas por ningún legislador histórico o actual. El concepto factual de honor es propio de sociedades abiertas, declara Salvador Coderch, mientras la normativa “*resulta de contrastación problemática y deviene inaferrable*”. (SALVADOR CODERCH, P., “*El mercado de las ideas*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 56 y ss.). Eduardo Estrada Alonso en “*El derecho al honor*” (Civitas, 1989, págs. 21-36), explica la concepción factualista como aquella que entiende un concepto al honor relativo que varía según el ámbito cultural, histórico y geográfico donde se presente. Afirma, asimismo, que ésta es la concepción que recoge el Código Penal español y la LO 1/1982, de 5 de mayo. Pero también admite que el legislador español también acoge la concepción normativista, ya que “*el honor es un derecho que nace con la persona y que incluso es anterior a ella misma y al Ordenamiento jurídico que lo reconoce*” (pág. 28), esto es, la rodea de un significado idealista.

jurídica sufra este tipo de daños para negar la titularidad del honor a la persona colectiva, ya que, desde luego no pueden “sentir” una ofensa. Entre los autores que apoyan este argumento se encuentran Fariñas Matoni⁵⁴⁴, Martín Morales⁵⁴⁵ y Biondi⁵⁴⁶. La clave de esta cuestión estriba en el significado del concepto de “daño moral” del que partamos, como ya hemos visto. Si le otorgamos que incluye en su contenido todo aquel daño que no sea patrimonial, esto es, asimilando “daño moral” con “daño extrapatrimonial” se puede atribuir a la persona jurídica este perjuicio, que no sólo se circunscribe al psicológico y, por lo tanto, debe ser protegida ante él. Pero si aceptamos que el “daño moral” alude a un perjuicio “que se siente”, derivada de una dimensión psicológica o espiritual, es obvio que no puede sufrir este menoscabo.

Los autores que abogan por negarle a la persona colectiva la opción de poder sufrir daños morales consideran que la noción alude a un patrimonio espiritual solo predicable del individuo, y como consecuencia lógica, admiten que no ostentan la titularidad del derecho al honor. Me remito a lo ya tratado anteriormente respecto a este punto⁵⁴⁷.

4.4.5. Titularidad del derecho al honor por parte de la persona jurídica según el Tribunal Constitucional

El Alto Tribunal, siguiendo la estela marcada por el constitucionalismo alemán, no tardó demasiado en atribuir la titularidad de nuestros derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que les resulten aplicables: *“en nuestro ordenamiento constitucional, aún cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídico-nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas”*⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ FARIÑAS MATONI, L.M., “El derecho a la intimidad”, Trivium, 1983, pág. 45.

⁵⁴⁵ MARTÍN MORALES, R., “El derecho fundamental al honor en la actividad política”, Universidad de Granada, 1994, pág. 46.

⁵⁴⁶ BIONDI, V., “Ancora sul soggetto passivo del delitto di diffamazione”, Giustizia Penale, 1953, pág. 91.

⁵⁴⁷ La STS de 28 de febrero de 1959 define el daño moral: “está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual”.

⁵⁴⁸ STC 23/1989, de 2 de febrero.

Sin embargo, respecto del derecho al honor el Tribunal se ha mostrado titubeante. En concreto, se aprecia un cambio de interpretación que podemos dividir en dos etapas: hasta 1995 el Tribunal Constitucional mantiene una posición de cerrazón ante la idea de atribuir a las personas jurídicas el derecho al honor, para, a partir de la STC 139/1995, admitir esta posibilidad. Veamos la evolución hacia el cambio de doctrina jurisprudencial.

En lo que podemos denominar como la etapa inicial, el Tribunal afirmaba con rotundidad que el derecho al honor tiene un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado. Respecto a éstas señalaba que era más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, al constituir valores con aquella protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental⁵⁴⁹.

Como se puede comprobar, la Sentencia declaraba que es más conforme al texto constitucional reconocer la dignidad a la persona jurídica que otorgarle el derecho al honor, lo que, a todas luces, no tiene sentido. Si se aboga por mantener que la persona jurídica posee dignidad, es consecuencia natural, racional e irrenunciable como contenido intrínseco del concepto dignidad, que se le reconozca el derecho al honor. Esto no significa que estemos afirmando, por supuesto, que la dignidad y el honor sean dos conceptos que se refieren a lo mismo o casi coincidentes, como hemos señalado anteriormente y muy bien ha puntualizado el Tribunal⁵⁵⁰. Pero desde luego, el honor se enraíza indivisiblemente en el concepto dignidad sin que pueda afirmarse una y negarse la otra. La cuestión de fondo a la que se aludía en la sentencia, en puridad, se centraba en la atribución del derecho fundamental del artículo 18.1 CE a la persona jurídico-

⁵⁴⁹ STC 107/1988, de 8 de junio.

⁵⁵⁰ STC 40/1992, de 30 de marzo: “no son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal”.

pública, o como cita la sentencia, a “*las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado*”, declarando con carácter general que solo es predicable el honor respecto de personas “*individualmente consideradas*”. Al respecto y como veremos, las personas jurídicas de Derecho Público no verán reconocida la titularidad ni con el cambio de posición jurisprudencial.

Ya al año siguiente en la STC 121/1989, de 3 de julio, el Tribunal hace una moderadísima matización a su doctrina. En ella vuelve a hacer referencia a la Sentencia 107/1988 y su doctrina que establece el sentido personalista del derecho al honor, reiterando que en el caso de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, valores que en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública. Sin embargo, puntualiza que este contenido más débil no significa en modo alguno ausencia de contenido (fundamento jurídico 2)⁵⁵¹.

Por su parte, tanto el Tribunal Supremo como la propia doctrina extrapolaron los argumentos del Tribunal Constitucional al resto de personas jurídicas, de manera que no había diferencia si se estaba ante una jurídico-privada o una jurídico-pública: se rechazaba la titularidad del derecho fundamental al honor. El derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista “*en el sentido de que es un valor referible a las personas individualmente consideradas*”⁵⁵², se aseveraba con rotundidad.

La Sentencia que va a propiciar un cambio de dirección es la STC 214/1991, popularmente conocida como el caso Violeta Friedman. En ella, el Tribunal Constitucional resuelve el amparo promovido por la Señora Friedman por motivo de una

⁵⁵¹ “*Tampoco ha de olvidarse que en el contexto de asuntos de relevancia pública, como es el correcto funcionamiento de la justicia es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que le dispense el legislador, pero... en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública, (STC 107/1988). Este contenido más débil no significa, claro está, ausencia de contenido ni, por consiguiente, arroja dudas sobre la constitucionalidad del precepto penal aquí aplicado*”.

⁵⁵² STC 107/1988.

presunta vulneración de su derecho al honor como miembro del pueblo judío y es donde el Tribunal matiza su interpretación sobre el carácter personalista del derecho y reconoce la posibilidad de que la persona jurídica sea titular del derecho al honor. *“El significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”*⁵⁵³. (Más adelante se tratará con detenimiento esta sentencia fundamental e histórica en la jurisprudencia constitucional española).

Es posteriormente, y tras esta moderada apertura en su línea jurisprudencial, cuando el Tribunal va a rectificar, mostrándose proclive a afirmar que el honor, en su sentido objetivo, esto es, en su acepción de reputación o buena fama, puede predicarse de la persona jurídica de Derecho Privado.

En el modelo actual de sociedad, global y extremadamente intercomunicado, la imagen que se proyecta sobre la sociedad y que proporciona una base para la formación de la reputación o la buena fama es fundamental para el correcto desenvolvimiento de la actividad de toda persona jurídica, sensible como es a la consideración que se tenga hacia ella desde el entorno exterior y ajeno a él. Como consecuencia, la titularidad del derecho al honor por parte de personas jurídicas de Derecho Privado, tras la trascendental apertura que se plasma en el caso de Violeta Friedman, es reconocida expresamente en la STC 139/1995, en lo que podríamos denominar como una segunda etapa jurisprudencial. La sentencia, que se apoya en un primer momento en la extensión de la protección del derecho al honor a colectivos más amplios que ya desarrollaba la citada STC 214/1991, afirma que, aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación, no es patrimonio exclusivo de éstas, por lo que el significado del derecho al honor ni puede ni

⁵⁵³ Fundamento jurídico 5.

debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

De esta forma, el Tribunal constitucional, muestra el rechazo definitivo a la doctrina elaborada por cierto sector doctrinal según la cual el derecho al honor equivaldría a la dignidad humana por lo que, consecuentemente, el mismo no sería susceptible de ser atribuido por personas jurídicas⁵⁵⁴.

La sentencia precisa que puede establecerse un ámbito de protección de la propia identidad atendiendo a los fines para los que la persona jurídico-privada ha sido creada, y esto en dos sentidos diferenciados: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. *“En tanto que ello es así, las personas jurídicas también pueden ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”* (Fundamento jurídico 5).

Recapitulando, la sentencia recoge un importantísimo hito jurisprudencial: el reconocimiento del derecho fundamental al honor a favor de personas jurídicas de Derecho Privado. No obstante, debe ser puesto de relieve que esta sentencia es la primera en la que el Tribunal Constitucional lleva a cabo una construcción doctrinal acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas⁵⁵⁵. Reconociendo que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma expresa que prohíba a las personas colectivas ser titulares de derechos fundamentales, detalla los derechos fundamentales susceptibles de ser ejercidos por éstas, atendiendo a diferentes variables:

- las personas jurídicas son titulares de aquellos derechos fundamentales que la Constitución les reconoce tanto explícita como implícitamente (art. 27, art. 16, art. 22. 4 CE, etc.).

- las personas jurídicas también han de ser titulares de aquellos derechos

⁵⁵⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *“El derecho fundamental al honor”*, Tecnos, Madrid, 1992; ESTRADA ALONSO, E., *“El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”*, Madrid, 1988.

⁵⁵⁵ VIDAL MARÍN, T., *“El derecho al honor”*, *Revista para el análisis del Derecho*, www.Indret.com, Barcelona, 2007, pág. 14.

fundamentales que sean acordes con los fines para cuya consecución han sido creadas por las personas físicas.

Todo esto supone “*ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social*”⁵⁵⁶.

Aprécia Rosado Iglesias que la declaración a favor del derecho al honor de las personas jurídicas venía, tanto en la STC 139/1995 como en la STC 183/1995, facilitada por la apreciación del Tribunal de la falta de veracidad de la información difundida, ya que, como recordaba la propia sentencia, la definición de información veraz “*significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias*”⁵⁵⁷. Efectivamente, la información, calificada por el Tribunal como no suficientemente contrastada, era el origen de la imputación a las sociedades implicadas la comisión o participación en hechos delictivos, los cuales, obviamente, se proyectan y afectan a las personas físicas que conforman la mercantil o con las que ésta se relaciona. A partir de aquí, razona la autora, cabe preguntarse si el reconocimiento de la vulneración de su derecho al honor a estas personas jurídicas no es sino un medio de tutelar los derechos de las personas físicas que pudieran verse perjudicadas y si el Tribunal no debiera haber explicitado si la participación de la jurídica en la interposición del recurso y posterior tramitación se desarrollaba en cuanto titular del derecho o como defensora de un interés legítimo y, en consecuencia, de un derecho ajeno: el de sus miembros⁵⁵⁸.

Vidal Marín objeta que es difícil admitir la posición que asume Rosado Iglesias. Para el autor, el Tribunal, establece sin lugar a dudas que los entes colectivos en tanto que tales, son titulares de derechos fundamentales en general y, en concreto, del derecho fundamental al honor⁵⁵⁹. Coincido con este último autor: de la lectura de la sentencia se extrae, sin ambages, cuál es la posición del Tribunal en cuanto a la posibilidad de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de la persona jurídica: salvando

⁵⁵⁶ Fundamento jurídico 4.

⁵⁵⁷ Fundamento jurídico 7.

⁵⁵⁸ ROSADO IGLESIAS, G., “*La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*”, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 209.

⁵⁵⁹ VIDAL MARÍN, T., “El derecho al honor”, *Revista para el análisis del Derecho*, www.Indret.com, Barcelona, 2007, pág. 15.

aquellos derechos fundamentales cuya dimensión es estrictamente física o imposible de atribuir a un ente colectivo por su propia naturaleza, el resto son susceptibles de titularidad por las personas jurídicas. Otra cuestión es si estamos de acuerdo en la posición que adopta el Alto Tribunal.

4.5. Consideraciones finales acerca de la titularidad de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona jurídica

En conclusión, ante la persona jurídica de Derecho privado debemos tener siempre presente que estamos ante un ente creado por la voluntad de un conjunto de personas físicas para un determinado fin (ya sea con o sin ánimo de lucro), siendo posible como consecuencia del reconocimiento en el texto constitucional de otros derechos fundamentales, como el derecho de asociación del art. 22. A partir de aquí, podría parecer razonable admitir que la persona jurídica resultante debe poder ser titular de aquellos derechos fundamentales que admita su propia naturaleza, venciendo así toda concepción reduccionista, pero entendiendo y explicando esta realidad como una expresión más de la dignidad que ostenta todo ser humano como fin en sí mismo. Pero inmediatamente ante esta aseveración, el sentido común me sugiere que no se puede predicar que la construcción jurídica que supone la persona jurídica sea un fin en sí mismo por el mero hecho de ser o que éste derive de la voluntad consensuada de personas reales y físicas, y, por lo tanto, tampoco se puede aceptar que posea dignidad intrínseca. La finalidad de la persona jurídica se determina por el consenso de personas físicas y determinando, a su vez, un tiempo de inicio y final, sin que podamos atribuirle el fundamental derecho a la vida, por ejemplo. Tampoco parece admisible la hipótesis de que la persona jurídica posea una dignidad derivada o delegada desde y a partir del conjunto de personas que deciden su creación. La persona jurídica es una entidad moral ficticia, aceptada jurídicamente, interdependiente del conjunto de individuos cuyas voluntades aunadas determinan su origen y funcionamiento, pero no posee las características naturales del ser humano y no podemos atribuírsela. Separar artificialmente las nociones de dignidad humana y derecho al honor para que la segunda se atribuya con el fin de facilitar un mejor funcionamiento de la actividad o fin a la que la persona colectiva se consagra, es mucho separar y desnaturalizar.

Tras analizar todas las teorías, en mi opinión, se puede afirmar que no hay un fundamento lógico completo para intentar equiparar lo que no es igual con el objetivo de

conseguir un fin elegido previamente, esto es, atribuirle la protección máxima que le proporcionaría a la jurídica considerarla titular del derecho fundamental al honor. Piénsese que, para atribuírsele, las posiciones doctrinales parten de dos perspectivas diferentes que ponen el énfasis en dos aspectos de la persona moral: la persona colectiva en sí, que se considera una “persona” o el conjunto de voluntades a través de la cual se arbitra su funcionamiento, que se identifica como un conjunto volitivo que se erige como único e individual para la consecución de un fin. Sin embargo, basarse en su asimilación a la persona individual como criterio definitorio para resolver cualquier controversia que presenta en su titularidad, no es factible, y no solo porque estemos ante dos realidades distintas, sino porque no existe unanimidad a la hora de definir qué es “persona jurídica” en su esencia. Al respecto, es fácil constatar la ausencia de un texto legal que la defina, lo que nos condena a acudir al abrigo del consenso de la mayoría de la doctrina, auxiliados por la normativa que limita sus facultades y límites.

Así pues, la persona jurídica es una idealización, una construcción normativa muy útil y valiosa, a la que la norma reconoce una serie de potestades que facilitan su correcto funcionamiento y el desempeño de actividades de las personas individuales en conjunto, siempre de acuerdo a las finalidades previamente establecidas y permitidas por el Derecho. Pero estamos ante un sujeto de Derecho, diferenciado y diferente de sus miembros individuales, de los que, en realidad, se pretende que derive la legitimidad de la atribución el honor, como si fuera el derecho fundamental una facultad que puede ser reconocido por delegación. Esto no me parece razonable, ni necesario.

A partir de aquí me parece adecuado afirmar que las personas jurídicas deberán ser titulares de aquellos derechos (no fundamentales) que:

a) Sean acordes con la finalidad que persiguen.

b) Y aquellos que sean medios necesarios para la consecución de la referida finalidad, donde se situaría el supuesto “derecho al honor de la persona jurídica”, que no se encuadraría en el 18.1 CE como paso a explicar.

No obstante, debo poner de relieve que la vulneración contra el supuesto derecho

al honor de la persona jurídica tiene por objeto en muchos casos⁵⁶⁰, proteger intereses económicos o patrimoniales, intereses que no cabe incluir dentro del ámbito protegido del derecho al honor.

Por todo esto, su adecuada protección se encuadra mejor en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil o en las disposiciones de la legislación mercantil, como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, y la Ley 34/1988, General de Publicidad, normas éstas que sancionan tanto los actos de denigración como la publicidad desleal⁵⁶¹. Pero aún en el caso de aquellos daños al prestigio que no produzcan un perjuicio económico, su consideración social se ve protegido a través del 1902 del Código Civil, exigiéndose la reparación del daño causado.

Lo que desde luego no debe perderse de vista, es que la finalidad y el ámbito de acción que rodea la persona jurídica y que justifica su creación necesita de una reputación que sea protegida, pero, que, en ningún caso puede hacerse derivar esta protección de su dignidad como persona. La opinión que se tenga de una persona colectiva va a afectar – y cada vez más en esta era de la información- al funcionamiento y actividad que desarrollen, que se circunscribe dentro de ámbitos económicos, culturales, políticos, deportivos, etc. Este extremo es innegable. Pero nunca va a afectar al normal desarrollo de su personalidad humana (artículo 10.1 CE), que se imbrica en el ámbito personal y psicológico, y es una de las razones de ser del reconocimiento y protección reforzado constitucionalmente del derecho al honor. Efectivamente, la persona jurídica, carente de una dimensión psicológica, no puede ser sujeto pasivo de una humillación de índole emocional en su honor o de tratos vejatorios. Todo esto hace referencia a la posibilidad de aplicar a la persona jurídica una acepción de honor que se puede identificar con su dimensión objetiva, aplicando la interpretación amplia. En cambio, no es posible hacer

⁵⁶⁰ Pero no en todos, como puso de relieve en su clarificador ejemplo Rodríguez Guitián, (RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “*El derecho al honor de las personas jurídicas*”, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996, pág. 109).

⁵⁶¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. Artículo 9 Actos de denigración: “*Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes*”. Ley 34/1988, General de Publicidad. Artículo 6. Acciones frente a la publicidad ilícita: “*1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*”.

lo mismo con la acepción subjetiva. El tenor de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen apoya esta consideración al señalar que *“los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad”*.

Por último, decir que considero que los derechos fundamentales protegen un “aura” personal e indispensable del individuo como tal. Los intereses y ámbitos necesarios para el correcto funcionamiento de la persona jurídica pueden y deber protegerse, pero en otro grado o nivel constitucional. No se puede obviar que la persona jurídica es una construcción técnico-jurídica, en la que la base argumentativa de la atribución de la titularidad de un derecho fundamental conlleva el punto de partida de erigirla en un reflejo de la titularidad del derecho que corresponde a la persona física. Por lo tanto, la explicación de este reconocimiento de titularidad se localiza en realidad en la persona física, centro y sujeto del derecho fundamental, admitiéndose el papel instrumental e indispensable de la persona jurídica en la realización del individuo, para poder extender hasta ella esta ficticia y artificial atribución tanto de un sucedáneo de “dignidad” como de los derechos fundamentales. Lo contrario nos llevaría a desvirtuar la categoría del derecho fundamental y por ende, de la dignidad.

Ahora bien, la sólida protección que exige el ente colectivo, puede arbitrarse jurídicamente sin recurrir a más artificios de los necesarios, esto es, sin recurrir a similitudes con la persona individual que nos abocan a admitir la extensión de la titularidad de éstos en un acto de delegación o trasvase desde los individuos hasta la persona jurídica. Todo ello desde la protección que se le otorga a través del artículo 1902 del Código Civil y el resto de las disposiciones jurídicas mencionadas, o incluso, si esto no satisface al docto más exigente, regulando más estrictamente la protección de la persona jurídica en cuanto a su prestigio o reputación.

No hay que disfrazar las diferencias: la persona jurídica es un instrumento jurídico indispensable cuya finalidad es satisfacer el interés de un grupo o alcanzar una finalidad previamente determinada por el colectivo de sus miembros. La persona humana es un fin en sí mismo.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MINORÍAS⁵⁶²

5.1. Introducción

La definición del término “minorías” no es pacífica y en la doctrina no es difícil toparse con opiniones claramente distantes unas de otras⁵⁶³. La complejidad que entraña la elaboración jurídica del concepto ha supuesto un escollo aún no resuelto satisfactoriamente que condena a un “callejón sin salida” las exigencias de regulación de los llamados “derechos de las minorías”. Tal y como expresa Javier de Lucas “*la existencia de una conciencia cada vez más difundida acerca de la importancia del problema de las minorías no supone necesariamente claridad conceptual. Lo muestra la dificultad que entraña la elaboración de un concepto de minorías que abarque satisfactoriamente las diferencias entre las distintas clases de minorías, de las culturales a las nacionales. Lo muestra también el relativo fracaso con el que hasta ahora se han saldado casi todos los intentos de resolver el problema de “los derechos de las minorías”, una cuestión que, indudablemente, está ligada a las dificultades conceptuales que acabo de mencionar, como lo refleja el propio debate doctrinal*”⁵⁶⁴.

Si acudimos al lenguaje común⁵⁶⁵, nos encontramos que también debemos lidiar

⁵⁶² El análisis de las minorías que se muestra a continuación recoge parte del contenido del artículo “La protección de las minorías: un desafío en clave de Constitucionalismo multinivel”, de próxima publicación en la *Revista de Derecho Político*, cuya autora es la que suscribe estas páginas.

⁵⁶³ SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, MAD, Sevilla, 1999, pág. 17: “*La definición de las minorías no es pacífica, porque la diversidad es grande respecto a la concreción de los elementos de la definición. ¿Es minoría una mayoría social dominada por la mayoría privilegiada dentro del Estado? ¿Son minorías los emigrantes o los colectivos sociales precarios, como los disminuidos psíquicos? Minorías hay para todos los gustos –podríamos decir-, e incluso para algunos son minorías ciertas mayorías sociales, como la mayoría negra sudafricana dominada por la minoría blanca*”.

⁵⁶⁴ DE LUCAS, J., “La tolerancia como respuesta a las demandas” de las minorías culturales”, en “*Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*”, nº5, 1995, pág. 156.

⁵⁶⁵ En este punto, resulta de máximo interés destacar a Quentin Skinner (SKINNER, Q., “*Lenguaje, política e historia*”, Universidad Nacional de Quilmes, 2007) como uno de los referentes más destacados de la Escuela de Cambridge y de las diversas escuelas que dieron vida a la nueva historia intelectual. El autor inglés, basándose en Wittgenstein, desarrolla teorías lingüísticas que aportan una nueva dimensión al lenguaje. Para Skinner, los textos no deben ser considerados como meros vehículos para la transmisión de ideas, sino como “actos de habla”. De esta forma, un texto no solo constituye un conjunto de enunciados, sino que supone la realización de una acción, partiendo de que todo texto es una respuesta ante una demanda específica. Skinner dirige sus esfuerzos a superar los límites inherentes al canon interpretativo tradicional y se dedica a profundizar en el carácter histórico de la ideas, postulando un enfoque metodológico que permite trascender estos límites y los “absurdos históricos” a los que abocaban.

con la falta de consenso en su definición, pudiendo afirmarse que realmente existe una pluralidad de minorías que se identifican según diferentes criterios, como la raza, la cultura, la lengua, la religión, las condiciones sociales o económicas, etc. Las clasificaciones posibles son casi inagotables, debiendo tenerse en cuenta que la pertenencia a una minoría puede deberse por razones de naturaleza (se pertenece a una raza y no es posible dejar de pertenecer), debido a una situación ocasional de la que es posible pero difícil separarse (la condición social), o bien encuentra su origen en una decisión personal que el individuo puede abandonar en cualquier momento (la adopción de una confesión religiosa)⁵⁶⁶. Pero, como ya adelanto, la mayoría de la doctrina distingue tres tipos de minorías que atienden a los elementos étnicos, religiosos o lingüísticos.

Sin embargo, las modalidades de minorías aceptadas generalmente no pueden llevarnos a afirmar que la mera diferencia racial, lingüística o religiosa, da lugar a una minoría. De ahí la importancia de definir que se entiende por el concepto, aun cuando se ha precisado sus causas-origen.

A todo esto, hay que añadir otra consideración a dilucidar: ¿puede ser englobado el concepto de “pueblo” dentro del de “minoría”? ¿O estamos ante dos realidades diferenciadas? Una primera aproximación podría determinar que estamos ante dos nociones claramente separadas, donde el concepto de minoría se identifica con facilidad porque implica, generalmente, reivindicaciones de protección e integración, mientras los que se autodenominan “*pueblos*” se centran en alcanzar cotas de autogobierno y autonomía. ¿Pero acaso una minoría étnica o cultural, por ejemplo, no puede reclamar derechos garantistas sin separación del grupo mayor o Estado donde se insertan, y al mismo tiempo, también solicitar algún nivel de autogobierno que la salvaguarde de injerencias externas? Es obvio que, en los dos tipos de grupos, la protección jurídica y la pervivencia es el trasfondo motivacional que subyace al conjunto y ésta puede exigirse a través de normas que impliquen cierta integración (que no unión) en la sociedad y de normas de autogobierno.

¿Son entonces dos nociones diferenciadas cuyo énfasis debe ser puesto en el

⁵⁶⁶ VVAA, “*Derecho y minorías*”, UNED, Madrid, 2014, pág. 19.

número de miembros que la componen? De esta forma, como “*minoría*” se designaría a un colectivo diferenciado de uno mayor donde se inserta y como “*pueblo*” a un grupo considerablemente numeroso. El colectivo judío, por ejemplo, se suele autodenominar a sí mismo como “*pueblo*”. Más adelante, se tratará si es adecuado tener en cuenta la cantidad de miembros del grupo para designar los términos.

Otros autores abogan por no diferenciar los dos conceptos. Natan Lerner propone, yendo más allá, utilizar el vocablo “grupo” y no “minoría”, definiéndolo como un término omnicomprendivo que engloba a tribus, pueblos, minorías culturales o religiosas y naciones⁵⁶⁷. Asimismo, expone una serie de derechos de grupo mínimos que deben reconocérsele a éstos, entre los que señala el derecho del grupo a la existencia y a la identidad, a la participación política, al uso de su lengua, o al establecimiento de instituciones propias.

Estamos ante dos nociones cuyo significado no está delimitado y del que no existe consenso. En la literatura jurídica no se distinguen con una pauta apreciable o nítida que permita acotarlas, ya que se utilizan ambos alternativamente. Como consecuencia, éste es uno de los argumentos con los que choca los intentos de regulación y atribución de derechos a estos grupos, al no poder especificarse con precisión cuál es el sujeto del derecho.

La doctrina, sin embargo, incansablemente ha intentado aportar una definición que acabe con esta inexactitud semántico-jurídica. Prieto Sanchís, señala que para que hablemos de minoría, el grupo humano correspondiente debe entrar en relación, y más en concreto, en conflicto, con otro grupo mayoritario. Este segundo grupo mayoritario no lo será “*tanto en el sentido cuantitativo, sino en el sentido de dominante desde una perspectiva económica, cultural o política*”⁵⁶⁸.

Añón Roig define a una minoría como “*un grupo, numéricamente inferior al resto de la población de un Estado que se encuentra en una posición no dominante, cuyos*

⁵⁶⁷ LERNER N., “*Group Rights and Discrimination in International Law*”, International Studies in Human Rights, Vol. 15, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, págs. 28-39.

⁵⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “*Igualdad y minorías*” en “*Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*”, (PRIETO SANCHÍS, L., Coordinador), Cuenca, 1996.

*miembros poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de los del resto de la población y que, aunque sólo sea implícitamente, mantienen un sentido de solidaridad dirigido a preservar su cultura, tradiciones, religión o lenguaje*⁵⁶⁹. Souto Galván, señala las mismas notas características que indica Añón Roig y que poseen la amplia mayoría de minorías (valga el espontáneo juego de palabras)⁵⁷⁰.

Soriano, define la minoría *“como un colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definido por rasgos culturales innegociables -raza, lengua, religión tradiciones, etc. – que se encuentra en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder, estatal o supraestatal”*⁵⁷¹. El colectivo presenta una serie de rasgos característicos: fines comunes (que afectan al colectivo como tal), relación integrativa al margen de criterios de cálculo o beneficio y rasgos caracterológicos de identidad que parten de una común tradición. *“Consecuencia de la naturaleza de estos fines, relación y caracteres es el interclasismo de los miembros de la minoría, puesto que en el colectivo cabe todo tipo de clases y status sociales, subordinados a la prioridad del vínculo que a todos une a las señas de identidad del colectivo”*⁵⁷².

Comanducci denomina como “minorías” a *“los conjuntos de individuos que, sin ser necesariamente menos numerosos que otros conjuntos de individuos (piénsese en las mujeres), se encuentran –por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo, dependientes de sus características raciales, sexuales, étnicas, lingüísticas, etc.- en una situación de desventaja (de subalternidad, de menor poder, etc.) frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad”*⁵⁷³. Comanducci resalta que lo que hoy en día reivindican las minorías es el respeto por su especificidad, rechazando la homologación y la homogeneización con la mayoría.

⁵⁶⁹ AÑÓN ROIG, M.J., “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías” en DE LUCAS, J., “Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”, Consejo Editorial del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 77: *“Podríamos decir que los dos criterios básicos serían este elemento subjetivo en el que subyacen otros factores (...): la conciencia de grupo minoritario, la voluntad colectiva de permanencia y realización de la diferencia y finalmente la solidaridad interna que surge de la común identificación en torno a la diferencia específica y el ocupar una posición no-dominante de forma que, por ejemplo, quedarían excluidas de esta consideración las minorías colonizadoras”*.

⁵⁷⁰ SOUTO PAZ, J.A., “Comunidad política y libertad de creencias”, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁵⁷¹ SORIANO, R., “Los derechos de las minorías”, MAD, Sevilla, 1999, pág. 18.

⁵⁷² SORIANO, R., “Los derechos de las minorías”, MAD, Sevilla, 1999, págs. 17-18.

⁵⁷³ COMANDUCCI, P., “Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa”, (PRIETO SANCHÍS, L., Coordinador), Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Humanidades nº 15, Cuenca, 1996, pág. 16.

Ante todas estas definiciones, la natural pregunta que nos surge, como apuntamos anteriormente, es acerca de la relevancia del dato numérico. Para Ramón Soriano su relevancia depende de lo que entendamos por minoría y de la importancia que concedamos a los elementos de la definición. ¿Son minorías las mayorías dominadas y las minorías dominantes? Si no le damos relevancia al dato numérico y ponemos el énfasis en la relación de dependencia de quienes forman parte de la minoría, se incluiría en el concepto a la mayoría dominada y se excluiría la minoría dominante. Soriano dice que en este caso “*diremos que eran una minoría hasta hace muy poco tiempo los negros mayoritarios de Sudáfrica y no lo eran los escasos blancos dominantes*”. Por consiguiente, sería la situación de dependencia el criterio determinante para hablar de una minoría, no el número. “*Lo que importa en el concepto de minoría no es el número de quienes sufren la situación de dependencia respecto a la estructura dominante, sino la misma situación de dependencia*”⁵⁷⁴.

Añón Roig, sin embargo, denota en su definición la importancia de que se den los dos elementos: que el grupo sea minoritario (“*numéricamente inferior al resto de la población de un Estado*”) y que se encuentre en una posición no dominante. Ibán, no exento de cierta ironía, manifiesta que si minorías dignas de una protección especial son las mujeres, los niños, los ancianos, los drogadictos, las minorías étnicas, los ex presidiarios y los parados, resulta que lo que puede presumirse como la mayoría, en realidad es una exigua minoría⁵⁷⁵.

Adviértase, de todas formas, que no es tan extraño encontrar la inclusión errónea en la clasificación de los colectivos que son considerados “minorías” a los niños, las mujeres, los extranjeros o los pobres. Aun cuando estos grupos se encuentran lejos de

⁵⁷⁴ SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, MAD, Sevilla, 1999, págs. 18-19. El autor prosigue desarrollando esta idea con más detalle: “*Una minoría es esencialmente un colectivo –ya sea minoritario o mayoritario socialmente –dependiente, dotado de rasgos culturales propios innegociables. La inferioridad numérica –así como los sentimientos y percepciones intergrupales- son cualidades de menor entidad y no elementos relevantes de la definición de minoría. Precisamente por dicha situación de dependencia la minoría presiona para obtener el reconocimiento de un status, que les dote de derechos y garantías en un doble sentido: autonomía como colectivo con un patrimonio cultural propio y prestaciones y derechos para alcanzar el nivel medio de los ciudadanos del Estado; cada minoría interpelará al Estado dominante en esta doble orientación del status según sus características; las minorías nacionales insistirán en la autonomía; las minorías étnicas: en los derechos a la igualdad*”.

⁵⁷⁵ IBÁN, I.C., Prólogo al libro de MOTILLA, A. “*Sectas y Derecho en España*”, Edersa, Madrid, 1990, págs. 15 y 16.

constituir un conjunto unitario de miembros que se caracterizan por compartir tradiciones, costumbres, culturas, lenguas o religión, son considerados como minorías en algunos ámbitos y por algunos autores. Efectivamente, lo que podemos constatar que este tipo de colectivos se encuentran en una situación de desigualdad fáctica tal que les impide u obstaculiza seriamente el ejercicio pleno de sus derechos, por lo que, normalmente son destinatarios de múltiples medidas de acción positiva por parte de los poderes públicos. Lo mismo puede predicarse de los individuos que se encuentran en grave riesgo de exclusión social como los presos, los drogadictos o los disminuidos físicos y psíquicos. Aun así, no se puede asimilar el concepto de minoría con este concepto de ciudadanía diferenciada del resto como consecuencia de una situación especial, que se manifiesta en una vulnerabilidad económica o social, y que no conforma una categoría unitaria en sí misma. Estos grupos están formados por miembros que se califican, en mi opinión de forma poco apropiada y despectiva, como sujetos “frágiles”, “vulnerables” o “marginados”⁵⁷⁶ y conforman una categoría no unitaria que se encuentra en todas las sociedades sin distinción⁵⁷⁷.

En otro orden el tema relativo a la definición de “minoría” tampoco encuentra una solución en los textos normativos internacionales. Es más, puede comprobarse la variada terminología que se utiliza en los diferentes cuerpos normativos que se ocupan del fenómeno minoritario, lo que no hace más que añadir confusión. Andrisek, por ejemplo, señala que los términos minorías étnicas, religiosas y lingüísticas parecen haberse asentado en el seno del sistema de la ONU, mientras el Consejo de Europa prefiere el término “minorías nacionales”⁵⁷⁸, sin una razón aparente para ello.

⁵⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *“Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa”*, (Luis Prieto Sanchís, Coordinador), Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Humanidades nº 15, Cuenca, 1996, pág. 38: *“Se trata, en suma, de grupos de un modo u otro discriminados, aunque no forman una categoría unitaria; algunos padecen una desigualdad de iure, como los extranjeros, los presos o los niños; otros una minusvalía o carencia que les hace de hecho desiguales, como los niños, los enfermos psíquicos, los ancianos o los pobres”*.

⁵⁷⁷ AÑÓN ROIG, M.J., en el Capítulo *“Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”* del libro DE LUCAS, J., *“Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”*, Consejo Editorial del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 78: *“(…) son constantes las llamadas de atención sobre el avance de los procesos de desigualdad en los países occidentales. Se agudizan las diferencias y se hace más profunda la distancia que los separa de formas de participación común en la vida social. Estas situaciones límites, sin embargo, se viven como un estado y no tanto como lo que son, un proceso que tiene unas causas y unas situaciones a él que hay que desvelar. Las situaciones de marginalidad extrema, aislamiento social, pobreza absoluta, analfabetismo funcional, ponen de relieve los procesos de vulnerabilidad, precariedad y fragilidad que preceden a las situaciones-límites”*.

⁵⁷⁸ ANDRYSEK, O., *“Report on the Definition of Minorities”*, SIM Special, 1989, pág. 40.

Luciano Parejo Alfonso, sin embargo, ha señalado que el análisis de los textos internacionales permite deducir un conjunto de elementos objetivos y subjetivos definitorios de las minorías. Concretamente, los siguientes⁵⁷⁹:

a) Elementos objetivos:

- Hecho diferencial: poseer una serie de características étnicas, lingüísticas o religiosas comunes.

- Número inferior, pero relevante.

- Estabilidad y permanencia en el tiempo dentro de un mismo área.

- Posición no dominante.

- Ciudadanía (nacionalidad del Estado en que se encuentre).

b) Elementos subjetivos, que Parejo considera clave:

- Voluntad de ser y de manifestarse como minoría (con arreglo a criterios democráticos).

- Voluntad de afirmar y proteger el hecho diferencial.

- Deseo de mantener y continuar con las propias instituciones, tradiciones y lengua (es decir, de mantener la cultura propia).

Por otra parte, debemos confrontar la asentada necesidad de una protección específica a grupos identitarios cuya pervivencia exige de garantías activas. Michel Rosenfeld constata que ofrecer una adecuada protección constitucional a lo que él conceptualiza como “minorías” es realmente problemático. Esto se debe, principalmente, al conflicto que plantea en cualquier régimen constitucional el reconciliar derechos

⁵⁷⁹ PAREJO ALFONSO, L., Capítulo “Minorías y Constitución” en RODRÍGUEZ PALOP, M.A., TORNOS A., “Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pág. 149.

individuales y derechos colectivos. Para Rosenfeld, los derechos de las minorías pueden ser concebidos como derechos individuales, o como derechos colectivos que pertenecen al grupo como un todo. Asimismo, los derechos constitucionales de las minorías podrían ser encuadrados como derechos individuales, de manera que garantizan a cada miembro de una minoría los mismos derechos de que goza cualquier otro individuo dentro de la comunidad, o como derechos grupales, que garantizan ciertos derechos e inmunidades al grupo como tal⁵⁸⁰.

Admite Rosenfeld, que, hasta un cierto grado que debe ser tenido en cuenta, los derechos grupales pueden ser reconfigurados como individuales, y viceversa, pero señalando que, aun así, existen una serie de derechos individuales y grupales que son irreducibles. En particular, señala que un régimen constitucional que se base en derechos individuales es inadecuado para los propósitos de protección de la autonomía del grupo, su autogobierno y su supervivencia. Y al revés: un régimen constitucional cuyo fundamento sean los derechos de grupo, es incapaz de garantizar protección suficiente a las minorías dentro de una minoría, o a los individuos disidentes o no-conformistas dentro del grupo protegido⁵⁸¹.

Algunos autores abogan por entender que, en última instancia, todos los derechos tienden a ser individuales. Hartney define a una colectividad o corporación desde el punto de vista jurídico como una persona ficticia distinta a todos los miembros individuales que conforman el grupo. Sin embargo, desde el punto de vista sociológico, un colectivo es un grupo de personas comprometidas a la realización de un fin. La diferencia es que, en su dimensión sociológica, el grupo no podrá actuar jurídicamente: no podrá firmar contratos o ser propietario, etc. Pero el colectivo constituido en persona jurídica tiene capacidad de actuación con trascendencia jurídica: posee derechos y obligaciones puesto que se le considera una sola persona, ficticia, eso sí, pero persona. Por ello, para Hartney, cualquier derecho atribuido al grupo constituido jurídicamente, es un derecho individual, no colectivo. “*Crear una corporación jurídica e investirla con derechos no significa crear derechos colectivos (si entendemos por derecho un derecho*

⁵⁸⁰ VVAA, “*Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*”, Ponencia de Rosenfeld, Barcelona, ESADE, 1999, pág. 95.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

que se confiere a una colectividad como tal)”⁵⁸².

En su argumentación, Hartney afirma que quienes abogan por los derechos colectivos o de minorías parten de la consideración de que las comunidades son buenas o valiosas, y, por tanto es necesario que sean protegidas y se les reconozca la titularidad de los derechos. Este razonamiento para Hartney es incorrecto, ya que, por una parte, no es necesario otorgarles derechos a las colectividades para protegerlas y, por otra parte, no todo tipo de bien o valor crea un derecho moral⁵⁸³.

Realmente, entramos en un tema tan apasionante como controvertido. La inexistente definición de minorías y pueblos y la decisión sobre el enfoque de protección jurídica que se les debe proporcionar a estos colectivos (ya sea entendiéndolos como un cuerpo en si mismo o aplicándoles los derechos individuales ya reconocidos, o incluso reforzándoles esta protección individual) es una reivindicación en auge en nuestros días, que no se puede ignorar alegando que estamos ante una “misión imposible”⁵⁸⁴. Podemos partir por no dejar de lado los pronunciamientos infructuosos que propusieron definiciones que clarificaran, de una vez por todas, el fenómeno de la multiculturalidad. Estos, suponen un bagaje normativo configurador, en un estadio inicial, del desarrollo a acometer actualmente, por lo que en puridad, no partimos de cero⁵⁸⁵. La protección de las diferencias humanas en un contexto general donde las mayorías homogéneas pueden ser “preferidas” hasta el extremo de apabullar y/o aniquilar lo diferente a ellas no es un asunto baladí. Häberle es categórico al proclamar como, sobretudo hoy en día, la protección de minorías étnicas, culturales, religiosas, etc., debe garantizarse al más alto nivel por pertenecer dicha protección “*al grado más elevado del arquetipo teórico del Estado constitucional de nuestros días*”⁵⁸⁶.

Los mecanismos de protección que se deben arbitrar para ello es lo que debe ser elegido y determinado con gran responsabilidad jurídico-política,⁵⁸⁷ y si se me permite,

⁵⁸² HARTNEY, M., “*Some Confusions Concerning Collective Rights*”, 1995, pág. 215.

⁵⁸³ *Ibidem*.

⁵⁸⁴ RIGAUX, F., “*Mission impossible: la définition de la minorité*”, RTDH, 8ème, nº 30.

⁵⁸⁵ Admito el hecho de que cualquier pronunciamiento ayuda a clarificar, en algún grado, el fenómeno de las minorías, aunque sea para determinar por donde no debe transcurrir un posterior desarrollo normativo de los conceptos que nos ocupan.

⁵⁸⁶ HÄBERLE, P., “*Pluralismo y Constitución*”, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 122.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, pág. 123. Häberle propone como bases de esta protección “la consecución de determinados objetivos educacionales, como la “tolerancia” y el “respeto a la dignidad del otro”,

también con absoluta preponderancia de “racional humanidad”.

5.2. Tipología de las minorías

Las clasificaciones posibles dentro del fenómeno de las minorías son casi inagotables, como ya señalamos en la introducción. Desde una de las perspectivas posibles más generalistas y que puede servir como inicial aproximación, podemos afirmar que la pertenencia a una minoría puede darse por razones de naturaleza (se pertenece a una raza y no es posible dejar de pertenecer), debido a una situación ocasional de la que es posible pero difícil separarse (la condición social), o bien encuentra su causa en una decisión personal que el individuo puede abandonar en cualquier momento.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el artículo 27, no obstante, menciona solo tres tipos de minorías: las étnicas, las religiosas y las lingüísticas. Sin desmerecer en ningún momento el alto valor del texto, no podemos más que poner de relieve que las posibilidades no se ciñen a esta división limitada por las que opta el Pacto. Las sociedades de nuestros días, cada vez más, deben hacer frente a grupos minoritarios que surgen y que exigen su reconocimiento jurídico. Esta realidad es la que se ha dado en llamar como *pluri* o multiculturalismo y que se puede definir como aquél “*que supone la coexistencia de varias culturas en un mismo espacio territorial o nacional, dándose lugar al hecho de la interculturalidad, entendiendo por tal el tipo de relación que se establece hoy entre diversas culturas, y que propugna el diálogo y el encuentro entre ellas, a partir del reconocimiento mutuo de sus respectivos valores y formas de vida*”⁵⁸⁸. Todo ello, considerando el término tan amplio como para acoger el total de los “*datos vitales, de los valores, y en consecuencia de los derechos, de cada pueblo y de cada grupo social en los variados campos de la raza, la religión, las opiniones, las varias circunstancias personales o sociales a las que hacía referencia el art. 14 de la constitución española*”⁵⁸⁹.

concluyendo con el establecimiento de instituciones como el “Ombudsman de las minorías”, o con la inclusión de cláusulas formales de protección de minorías en las corporaciones”.

⁵⁸⁸ VVAA, “*Derecho y minorías*”, UNED, Madrid, 2014, pág. 36.

⁵⁸⁹ VVAA, “*Derecho y minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 36.

Ciertamente, el término “multiculturalismo” abarca amplias formas de pluralismo cultural, cada una con sus propias singularidades y problemáticas. Es adecuado afirmar que prácticamente todas las democracias liberales son poliétnicas, lo que supone un gran reto para el multiculturalismo. Incluso se ha llegado a la conclusión de que aunque la Constitución española no se refiere expresamente al pluralismo cultural como uno de los valores del ordenamiento jurídico en vigor, estamos ante una clave moderna del pluralismo político que se encuentra tácitamente incluido en el artículo 1.1 como uno de los valores superiores del Derecho⁵⁹⁰.

Es indispensable aportar una visión general sobre la tipología de las minorías en el estudio de este fenómeno, aunque se parta de que estamos ante un estudio cuyos resultados son inabarcables en su extensión. Una aproximación a ella nos la aporta la obra “*Los derechos de las minorías*”⁵⁹¹, dividiendo éstas en tres: las minorías nacionales, minorías étnicas o emigradas y las minorías sociales.

1) Minorías nacionales: constituidas por colectivos o comunidades asentadas en un territorio estatal o fronterizo. Se identifican, además, por poseer un patrimonio cultural propio por razón de su raza, lengua, religión, tradiciones, etc., y por estar en una grave situación de dependencia política respecto a una estructura de poder dominante. Como ejemplos se pueden citar los aborígenes de tantos países o los lapones en el norte de Europa.

Esta división se subdivide, a su vez en: a) minorías que se localizan dentro del territorio de un Estado; b) minorías adyacentes al territorio de un Estado y formada por comunidades de dicho Estado; o c) minorías repartidas en los territorios de varios Estados y que pretenden constituir una comunidad y un Estado nuevo.

⁵⁹⁰ VVAA, “*Derecho y minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 45: “Nos referimos, en suma, a un modelo de organización social basado en la convivencia pacífica de grupos o comunidades culturales diferentes en un espacio geopolítico con la singularidad añadida de que ningún colectivo tiene por qué perder sus propias señas de identidad. Jurídicamente hablando, aunque la CE no se refiere expresamente al pluralismo cultural como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico en vigor, en la medida en que es una manifestación de la voluntad política y social por la homogenización de los derechos de los ciudadanos, por encima de sus diferencias culturales, podemos afirmar que se trata de la formulación en clave moderna del pluralismo político que se encuentra reconocido en el artículo 1.1 CE como uno de los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho”.

⁵⁹¹ VVAA, “*Derecho y minorías*”, *Op. Cit.*, págs. 19-20.

2) Minorías étnicas o emigradas: formadas por grupos de personas erradicadas de sus países de origen, que emigran voluntariamente a otros países o impelidas por circunstancias adversas. Estos grupos se esparcen normalmente por el territorio del Estado receptor y persiguen el reconocimiento de derechos de igualdad por encima de derechos de autonomía.

Entre las minorías nacionales y las minorías étnicas o emigradas se pueden situar los refugiados y los emigrantes forzosos. Sus reivindicaciones se aproximan a las de las minorías nacionales, solicitando mantener su identidad cultural.

3) Minorías sociales: son colectivos de ciudadanos de un Estado que se encuentran en una situación precaria que les obstaculiza o impide el disfrute de sus derechos y condiciones de vida reconocidos. Se consideran que pertenecen a este grupo los incapacitados, los pobres, los internos de instituciones penitenciarias, etc.

Las dos primeras clasificaciones pueden integrarse en el denominado fenómeno del multiculturalismo, siendo la tercera división una colectividad que plantea problemas de integración eminentemente diferentes pero que inciden directamente en una situación de desigualdad.

Will Kymlicka identifica dos categorías amplias, únicamente, que surgen por un factor de diversidad cultural: las minorías nacionales y las minorías fruto de la inmigración individual y familiar⁵⁹². La primeras aparecen con la incorporación de culturas que previamente disfrutaban de autogobierno y se encuentran territorialmente concentradas en un Estado mayor. Sus reivindicaciones pasan por seguir siendo reconocidas como sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria para lo que exigen diversas formas de autonomía y autogobierno. En la segunda tipología, que Kymlicka denomina como “grupos étnicos”, las minorías emergen ante la inmigración individual y familiar. Acostumbran a unirse en asociaciones poco rígidas donde existe el deseo de integrarse en la sociedad de la que forman parte como miembros de pleno derecho, sin que se obvie su reconocimiento étnico. No abogan por la concesión de derechos de autogobierno, sino alcanzar una legislación que sea respetuosa con las

⁵⁹² KYMLICKA, W., “Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías”, Paidós, Barcelona, 1996, págs. 25 y ss.

diferencias culturales.

Actualmente se está produciendo el afianzamiento de otro colectivo presente en nuestra sociedad: aquel que reclama el reconocimiento y respeto de la diversidad⁵⁹³ y multiplicidad en la identidad sexual. Sus reivindicaciones se concretan, principalmente, en la lucha contra la discriminación, reclamando la efectividad del derecho a la igualdad en ámbitos sanitarios, laborales y sociales⁵⁹⁴.

5.3. Balance conceptual

⁵⁹³ FLORES DÁVILA, J.I., *“La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión”*, Colección Estudios, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), México, 2007, pág. 62: *“Cada vez que se habla de diversidad sexual estamos diciendo homosexuales, lesbianas, heterosexuales, bisexuales, transgéneros y transexuales. Se trata a toda luz de un concepto que busca incluirnos a todos, de un concepto que habla de una sociedad que se da la posibilidad a sí misma de reconocer las distintas formas de intercambio afectivo o sexual que hay en su seno”*.

⁵⁹⁴ Al respecto, cada vez cobran mayor importancia los denominados Principios de Yogyakarta, principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Pretender erigirse en el marco que sirva de base para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGTB). Sin embargo, y aunque los Principios de Yogyakarta fueron presentados el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Ginebra, éstos no han sido ratificados por los Estados en un tratado, y por tanto no constituyen, por sí mismos, un instrumento vinculante en Derecho internacional. Está constituido por veintinueve principios, a petición de Louise Arbour, (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos durante el periodo que va desde 2004 hasta 2008), y redactados por 16 expertos en derecho internacional de derechos humanos de diversos países reunidos en la ciudad de Yogyakarta, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. Asimismo, por su parte, el Consejo de Derechos Humanos, en su Resolución 17/19 de 2011 condena formalmente cualquier acto de violencia o discriminación por orientación sexual e identidad de género en cualquier parte del mundo. También prohíbe esa discriminación el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el marco de la Unión Europea, podemos destacar tres directivas en este campo: 1) la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.; 2) la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro; y 3) la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por su parte, las resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, garantizan la igualdad de derechos de lesbianas y gais y en la lucha contra la discriminación y la homofobia en el acceso al empleo. En cuanto a nuestro país, El 30 de junio de 2005 se aprobó una importante modificación del Código Civil que permitió el matrimonio de personas del mismo sexo, y como consecuencia de ello, otros derechos de envergadura como la adopción conjunta, la herencia y la pensión. Esta Ley, publicada el 2 de julio de 2005, supuso que España fuera el tercer país del mundo en legalizar el matrimonio igualitario, después de los Países Bajos y Bélgica, y en el primer país del mundo en legalizarlo de forma plena, pues en esa fecha los Países Bajos sólo permitían la adopción de niños y niñas de nacionalidad holandesa, y Bélgica no permitía la adopción por parte de parejas homosexuales casadas. Como ejemplo más reciente, en la Comunidad de Madrid, se ha aprobado la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual, que tiene por objeto “establecer un marco normativo adecuado para garantizar el derecho de toda persona en la Comunidad de Madrid a no ser discriminada por razón de su orientación sexual o identidad y/o expresión de género”. En este marco, “la Ley garantizará una protección efectiva por parte de la Administración de la Comunidad de Madrid a personas que sean víctimas de discriminación y delitos de odio, o sufran trato discriminatorio, vejatorio o degradante por orientación sexual e identidad y/o expresión de género” (Preámbulo).

Entre todas las acepciones analizadas el término “grupos” es el que integra en su globalidad la realidad que nos ocupa. La expresión abarcaría el contenido conceptual de la “minoría” y de “pueblo”⁵⁹⁵, definiéndose como un conjunto de personas que comparten características identitarias comunes, diferentes al del resto de personas del Estado en el que habitan, respecto de las cuales se sitúan en una posición no dominante o subordinación que se traduce en una situación de vulnerabilidad de algún tipo. El trasfondo subjetivo que subyace al conjunto de sus miembros es una voluntad de mantener y desarrollar la propia identidad, cuestión que incide directamente en los derechos fundamentales de cada individuo que integra el colectivo y que deben ser garantizados en su ejercicio efectivo y pleno, de manera que el desafío que supone el perfeccionamiento y adaptación del libre desarrollo de la personalidad tiene en la gestión normativa de la diversidad uno de sus retos más importantes. La función del Derecho será imponer un efecto nivelador que realice la igualdad real en sociedades caracterizadas por una realidad que se ha denominado como una paulatina “pluralización democrática”⁵⁹⁶.

5.4. Estatuto jurídico de las minorías

Como se hace patente con estas clasificaciones, los diferentes tipos de minorías reivindican un estatuto jurídico propio y diferenciado, según el grupo. Ahora bien, el paso previo a esta adjudicación de regulación propia, y, por ende, *conditio sine qua non* para ello, es el reconocimiento jurídico por parte del Estado de la minoría como tal, cuestión ésta que se ha revelado de gran controversia y que no cuenta ni con el consenso de la doctrina ni con la determinación clarificadora del legislador. Sin perder de vista este paso previo no resolutivo, vamos a proceder al estudio del estatuto jurídico que las diferentes minorías o colectivos reclaman para sí, a la par y como consecuencia de su reconocimiento como tal.

⁵⁹⁵ Natan Lerner propone utilizar el término “grupo” como concepto omnicompreensivo que englobaría a tribus, pueblos, minorías culturales o religiosas y naciones. Asimismo, expone una serie de derechos de grupo mínimos o estándar que deben reconocerse a éstos, entre los que señala el derecho a la existencia y a la identidad, a la participación política, al uso de su lengua, o al establecimiento de instituciones propias. (LERNER N., “Group Rights and Discrimination in International Law”, *International Studies in Human Rights*, Vol. 15, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, págs. 28-39).

⁵⁹⁶ RUIZ VIEYTEZ, E.J., “España y el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales: una reflexión crítica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI/1 Madrid, enero-junio, 2014, pág. 57.

5.4.1. Marco normativo Internacional de las minorías

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

En el ámbito del Derecho Internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no contiene norma alguna referente a las minorías. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 es el que incluye, en el artículo 1, un reconocimiento expreso del derecho a la libre determinación de los pueblos:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

El primer artículo del Pacto se ve completado con el artículo 27, donde se hace una enumeración de los tipos de minorías:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

El uso de la expresión " *personas que pertenezcan a dichas minorías*" indica que se opta por la protección de los derechos individuales de los miembros del grupo, de manera que no puede interpretarse que alude al grupo considerado como tal⁵⁹⁷.

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma)

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950) prohíbe expresamente la discriminación de las "minorías nacionales"⁵⁹⁸. El artículo 14 incluye una cláusula general en la que se nomina a las minorías nacionales como colectivo al que hay que asegurar de forma efectiva el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio.

Aun así, el precepto no ha bastado para garantizar efectivamente la igualdad de estos grupos en todos los casos y la erradicación general y definitiva de la discriminación⁵⁹⁹, de ahí que sigan aprobándose Documentos en este sentido. Al respecto, el Protocolo número 12 adoptado en Roma el 4 de Noviembre de 2000, en su primer artículo no solo ratifica la prohibición de cualquier discriminación contenido en artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que extiende expresamente la prohibición a las actuaciones "*por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1*", esto es, "*por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o*

⁵⁹⁷ Algunos autores no opinan igual. Ermacora afirma que el artículo 27 "*puede ser interpretado también como un instrumento de protección del grupo*", conteniendo "*elementos de protección del grupo*" (Félix Ermacora, "*The Protección of Minorities before the United Nations*", 182 Recueil des Cours (1983, IV), pág. 274. Para Distein, la finalidad que busca el artículo 27 es el reconocimiento de los derechos humanos colectivos de los miembros de una minoría, en concreto, de una religiosa (DINSTEIN, Y., "*Freedom of Religion and the Promotion of Religious Minorities*", 20 IYHR (1990), págs. 155-179).

⁵⁹⁸ Artículo 14: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

⁵⁹⁹ Tavernier afirma que, si bien "presta elementos para la defensa de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas o lingüísticas", la realidad la ha revelado insuficiente (TAVERNIER, P., "A propos de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales", *RGDIP (Revue générale de droit international public)*, 1995, págs. 393-394). Esta opinión es compartida por Malinverni (MALINVERNI, G., "Le projet de convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit", *RUDH (Revue Universelle des Droits de l'homme)*, 1991, pág. 160).

cualquier otra situación”. El Protocolo 12 recoge la prohibición general de no discriminación como una cláusula independiente, de manera que, a partir de su aprobación, en las demandas ante el TEDH el *petitum* o *causa petendi* puede ser la propia discriminación.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos ha interpretado la igualdad reconocida en dicho art. 14, aclarando que “*discriminar*” significa “*tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares*” (Willis contra Reino Unido, núm. 36042/97, apartado 48, TEDH 2002 IV; Okpizs contra Alemania, núm. 59140/00, apartado 33, 25 de octubre de 2005). Por lo tanto, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar grupos de manera diferente para corregir las “*desigualdades fácticas*” entre ellos. De hecho, la ausencia de un trato diferencial cuyo objetivo es corregir una desigualdad puede considerarse, si no existe justificación objetiva y razonable, una violación de la disposición en cuestión (caso “*sobre determinados aspectos del régimen de la lengua de la educación en Bélgica*” contra Bélgica (fondo), 23 de julio de 1968, p. 34, apartado 10, serie A núm. 6; Thlimmenos contra Grecia GS, núm. 34369/97, apartado 44, TEDH 2000- IV; Stec y otros contra Reino Unido GS, núm. 65731/01, apartado 51, TEDH 2006 VI). El Tribunal también ha precisado que podría ser considerada discriminatoria una política o una medida general que tuviera efectos perjudiciales desproporcionados para un grupo de personas, aunque no tratara específicamente ese grupo (Hugh Jordan contra Reino Unido, núm. 24746/94, apartado 154, 4 de mayo de 2001; Hoogendijk contra Holanda (dec.), núm. 58641/00, 6 de enero de 2005).

La evolución del TEDH en la aplicación de las garantías del Convenio en materia de igualdad y erradicación de la discriminación es patente y meritoria, con un avance progresivo y consolidado a partir del caso “*D. H. y otros contra la República Checa*”, de 13 de noviembre de 2007, donde el Tribunal incorpora las categorías del Derecho Antidiscriminatorio procedentes del derecho anglosajón, que a su vez recibe el ordenamiento de la Unión Europea⁶⁰⁰. En su singular voto discrepante, el Juez español

⁶⁰⁰ REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, N° 17, 2012. Esta sentencia constituye un *leading-case*, esto es, una Sentencia que establece la doctrina a aplicar en el futuro. La Gran Sala del Tribunal, con esta sentencia revocó la anterior de una Sala del mismo Tribunal, en virtud del art. 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que permite, en “casos excepcionales” (en este caso se apreció importancia

J. Borrego llega a comparar esta Sentencia con un “coche de Fórmula 1”, que se distancia erróneamente a gran velocidad de la jurisprudencia anterior.

Sin embargo, serán la Carta Europea de Lenguas Regionales y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, aprobados por el Consejo de Europa, los instrumentos que desarrollan más ampliamente el marco jurídico de los grupos minoritarios⁶⁰¹, y a su análisis nos consagramos a continuación.

- Carta Social Europea

La Carta Social Europea (CSE) constituye el instrumento más emblemático del Derecho europeo de los derechos sociales o, si se prefiere, del Derecho social de los derechos humanos⁶⁰². El Consejo de Europa aprobó la Carta Social en 1961⁶⁰³ con la finalidad de constituir un complemento al Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado en 1950 para la protección de los derechos civiles y políticos, siendo su objetivo concreto, tal y como se detalla en el Preámbulo *“el goce de los derechos sociales sin discriminación, la mejora del nivel de vida y la promoción del bienestar de los pueblos de los Estados contratantes, a través de instituciones y acciones apropiadas”*.

social, por parte de un colegio de cinco jueces) el “reexamen” de las Sentencias de Sala.

⁶⁰¹ Como Díaz Barrado señala, refiriéndose al Convenio Europeo de derechos Humanos y los pronunciamientos normativos del Consejo de Europa en materia de minorías, *“nos encontramos así ante dos realidades que, como decimos, deben ir paulatinamente acercándose entre sí, ya que como ha constatado generalmente la doctrina científica, por lo menos en el marco del Consejo de Europa, el sistema general de protección de los derechos fundamentales, hasta ahora establecido, resulta claramente insuficiente a la hora de garantizar los derechos de las minorías y, por lo demás, se podría sostener también que los instrumentos jurídicos hasta ahora doptados en materia de minorías o con alcance general por lo que se refiere a los derechos fundamentales no establecen el necesario e indispensable vínculo, normativo e institucional, entre la protección de los derechos humanos y la protección de los derechos de las minorías, a pesar de ser evidente la íntima y estrecha relación entre ambas realidades”*. (DÍAZ BARRADO, C.M., *“La Protección de las minorías Nacionales por el Consejo de Europa”*, Editorial Edisofer, Madrid, 1999, págs. 48-49).

⁶⁰² JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el Sistema Internacional De Derechos Humanos y en los Ordenamientos Nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Primer semestre 2015, 25, 99-127.

⁶⁰³ La Carta Social Europea fue abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1961 y revisada en 1996 con el objetivo de actualizar su contenido. Esta revisión, que se abrió a la firma el 3 de mayo 1996, entró en vigor el 1 de julio de 1999. Además, el texto de la Carta Social de 1961 ha conocido diversas modificaciones que se arbitran a través de los Protocolos: el Protocolo adicional de 1988 que garantiza cuatro nuevos derechos; el Protocolo de enmienda de 1991 que prevé la reforma del mecanismo de control (y que formalmente no ha entrado en vigor al precisar la unanimidad de todos los Estados Partes en la Carta, pero cuyo contenido se aplica tras una decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, mediante la que se pedía a los órganos de control de la Carta que, “en la medida en que el texto de la Carta lo permitiere”, aplicaran el Protocolo incluso antes de su entrada en vigor); y el Protocolo adicional de 1995 que establece el mecanismo de las reclamaciones colectivas.

La Carta constituye un marco jurídico mínimo para la protección de los derechos sociales que todos los Estados miembros deben garantizar a sus ciudadanos y que se arbitra de la siguiente manera: las disposiciones de la Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni de otros tratados vigentes y aplicables si estas últimas ofrecen un trato más favorable a las personas protegidas, tal y como recoge el artículo 32. Por el contrario, si el nivel de protección de la Carta es mayor, deberá aplicarse ésta. A esto hay que añadir la idoneidad de la Carta revisada como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas, tal y como ha reiterado el Consejo de Europa a través de sus distintas instancias, siendo lo deseable que adquiriera una mayor influencia tanto en el orden constitucional de los Estados, como en el acervo comunitario de la UE. Efectivamente, la Carta, como paradigma de pacto europeo de los derechos sociales, y junto a la jurisprudencia que desarrolla el Comité Europeo de Derechos Sociales, son elementos indispensables cuyo impacto en el catálogo constitucional de derechos sociales y en el conjunto normativo vigente en la Unión Europea, debiera ser decisivo.

A pesar de esto, la realidad es que la indiscutible potencialidad de la Carta no termina de superar el muro de desconocimiento que de ella tienen tanto la opinión pública como los actores y políticos europeos⁶⁰⁴, lo que se traduce en una ausencia de efectividad que es lo que denuncia insistentemente el Consejo de Europa.

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), compuesto por quince miembros independientes elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un mandato de seis años (renovable una sola vez), se configura como un órgano equiparable al TEDH en relación al CEDH, realizando funciones de control de la correcta aplicación de la Carta a través de un sistema de presentación de informes y un procedimiento de reclamaciones colectivas. El primero se desarrolla a partir de la elaboración de informes por parte de los Estados partes con carácter anual, en relación a una de las cuatro categorías de disposiciones temáticas de la Carta. De este modo, cada Estado presentará informes sobre cada conjunto de disposiciones cada cuatro años⁶⁰⁵, y

⁶⁰⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 17, 2009.

⁶⁰⁵ JIMENA QUESADA, L., “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Segundo Semestre 2017. Concretamente,

en base a ellos, el CEDS expresa sus “conclusiones”.

En cuanto al sistema de reclamaciones colectivas, éste legitima a las organizaciones de trabajadores (nacionales e internacionales) así como a otras organizaciones no gubernamentales, a presentar las reclamaciones de violación de los derechos humanos por parte de los Estados ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, según el protocolo adicional de 1995, que entró en vigor en 1998, siempre y cuando el Estado haya reconocido este derecho. Al respecto, el CEDS emite “decisiones de fondo” con forma de sentencia.

De esta forma, los Estados Partes se obligan tanto por las disposiciones de la Carta Social Europea (la de 1961 y la revisada de 1996), como por la jurisprudencia emanada por el CEDS a través de los sistemas de informes y de reclamaciones colectivas. Ambos sistemas están vinculados, de manera que el CEDS se inspira y cita en sus “decisiones de fondo” la jurisprudencia elaborada en el sistema de informes y, a su vez, se inspira y cita en sus “conclusiones” la más reciente jurisprudencia desarrollada a través de la resolución de las reclamaciones colectivas⁶⁰⁶.

En relación con los grupos vulnerables, su protección ha motivado una incisiva actividad jurisprudencial, constituyendo las personas con discapacidad, la infancia, las personas extranjeras, las personas en situación socio-económica precaria, y algunas minorías (en particular, el colectivo gitano), el ámbito subjetivo de protección. En cuanto a éstas últimas, en 2010 se publicaron tres importantes decisiones de fondo en relación a dos reclamaciones colectivas: la Reclamación n° 49/2008, la Reclamación n° 58/2009 y la Reclamación n° 63/2010.

las categorías son: Empleo, formación e igualdad de oportunidades: (artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25); Salud, seguro social y protección social (artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30); Derechos laborales (artículos 2, 4, 5, 6, 21, 26, 28, 29); Niños, familias, migrantes (artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31). “Las conclusiones del CEDS (adoptadas en diciembre de 2017 y publicadas en enero de 2018) sobre los informes ordinarios (presentados cada año por los Estados Partes sobre uno de los cuatro bloques temáticos en los que se estructura la CSE a estos efectos) versaron sobre el grupo temático II, referente a “Salud, seguridad social y protección social”, es decir, los arts. 3 (derecho a la salud y la seguridad en el trabajo), 11 (derecho a la salud), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 14 (derecho a los servicios sociales), 23 (derecho de las personas mayores a la protección social -art. 4 del Protocolo adicional de 1988-) y 30 (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social). Los informes gubernamentales debían haberse presentado hasta el 31 de octubre de 2016 y cubrieron el período de referencia de 2012 a 2015”.

⁶⁰⁶ JIMENA QUESADA, L., “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2010”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Segundo Semestre 2010, págs. 385-407.

En la Reclamación nº 49/2008 (INTERIGHTS contra Grecia, decisión de admisibilidad de 23 de septiembre de 2008), se denunció que el Gobierno griego desahuciara a la fuerza a las personas gitanas sin proponerles un alojamiento adecuado, a lo que se añadía que, en materia de acceso a la vivienda, los gitanos residentes en Grecia sufrían discriminación, todo ello invocando el artículo 16 de la Carta (protección social, jurídica y económica de la familia), autónomamente o en combinación con la cláusula de no discriminación del Preámbulo de la Carta. Con la decisión de fondo de 11 de diciembre de 2009, el CEDS acogió la tesis impugnatoria de la entidad reclamante, declarando la vulneración del artículo 16 de la Carta Social. Para alcanzar esta conclusión, el CEDS se basa en los elementos probatorios proporcionados por INTERIGHTS, así como en otras fuentes concretas, como el informe de 2006 sobre la República Helénica del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, el informe anual correspondiente a 2008 de la Comisión nacional griega para los derechos humanos, el informe de 2009 sobre Grecia del experto independiente de Naciones Unidas sobre las cuestiones relativas a las minorías, el informe de 2009 sobre Grecia de la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia del Consejo de Europa, o el informe de octubre de 2009 de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre las condiciones de alojamiento de las personas de etnia gitana y gentes viajantes en la Unión Europea. De esta forma, el CEDS, pese a poner de relieve ciertos avances en la mejora de las condiciones de vida de las personas de etnia gitana (extensión del programa de préstamos inmobiliarios, tanto en número como en montante, o construcción de un nuevo campamento permanente y adopción de legislación antidiscriminatoria que se aplicaría al acceso a bienes y servicios, entre ellos, a la vivienda), considera ampliamente acreditado que un gran número de integrantes de la comunidad gitana continúan viviendo en campamentos que no responden a las normas mínimas exigibles.

Asimismo, el CEDS menciona tanto la jurisprudencia del TEDH⁶⁰⁷ (se citan,

⁶⁰⁷ Entre la jurisprudencia del TEDH y el CEDS se produce una necesaria sinergia que debe seguir desarrollándose y afianzándose: el CEDS utiliza la jurisprudencia del TEDH para argumentar sus decisiones, especialmente en el contexto del procedimiento judicial de reclamaciones colectivas. Por su parte, el TEDH ha ido aumentando progresivamente sus menciones a la jurisprudencia del CEDS. Para más información se recomienda leer el artículo de Jimena Quesada “El Comité Europeo De Derechos Sociales: sinergias e impacto en el Sistema Internacional De Derechos Humanos y en los Ordenamientos Nacionales”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2015, págs. 99-127.

entre otras, las sentencias dictadas el 27 de mayo de 2004 o el 13 de mayo de 2008 en el caso Connors y en el caso McCann, respectivamente, ambos contra el Reino Unido) como la Observación General sobre la materia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (nº 7), para considerar discriminatorios los desahucios forzosos padecidos por dichas personas en Grecia, basándose en argumentos como que un número considerable de personas de etnia gitana son desahuciadas forzosamente, en violación del artículo 16 de la Carta, sin ser consultadas previamente, sin un plazo razonable de preaviso y sin alternativa de realojamiento, a lo que hay que añadir que no son informadas sobre los recursos disponibles para contestar la orden de desahucio⁶⁰⁸.

Por su parte, la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación nº 58/2009 (Centre on Housing Rights and Evictions contra Italia), estimó las pretensiones de la organización reclamante que reprochaban a las autoridades italianas la legislación de emergencia adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas (población romaní y sinti) por exponerlas a un discurso racista y xenófobo, así como someterlas a expulsiones ilegales tanto de los campamentos como del territorio italiano, con vulneración de los artículos 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del artículo E de la Carta revisada. Esta decisión conllevó la peculiaridad de que, en la decisión de admisibilidad de 8 de diciembre de 2009, el CEDS acordó por primera vez utilizar el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 26 del Reglamento, a la vista de la gravedad de las violaciones denunciadas en la reclamación colectiva.

La decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación nº 58/2009 está constituida por cuatro partes: en la primera se declara la violación del art. E (no discriminación) en combinación con el art. 31 (derecho a la vivienda), por la situación de exclusión social y condiciones deplorables sufridas por las personas de etnia gitana, ubicadas en guetos en la periferia de las ciudades (apartado 1); por la estigmatización de esas personas provocada por las “medidas de seguridad” (conocidas como “emergencia

⁶⁰⁸ JIMENA QUESADA, L., “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2010”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Segundo Semestre 2010, págs. 385-407.

rom”) adoptadas por las autoridades italianas, que no solo habrían permitido la perpetración de violencia generalizada por individuos y grupos organizados contra campamentos y asentamientos gitanos, sino que habrían contribuido a favorecer dicha violencia por medio de reprochables intervenciones y omisiones policiales (apartado 2); y por la falta de acreditación por parte de las autoridades italianas de la adopción de medidas, sin perjuicio del nivel territorial competente en la materia, tendentes a facilitar el acceso a viviendas sociales sin discriminación (apartado 3)107.

En la segunda parte de la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 se estima la violación del art. E con conjunción con el art. 30 (derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social), tanto por las condiciones de pobreza derivadas de la segregación y marginación engendradas en los campamentos gitanos, como por la exclusión social de las personas de etnia gitana de toda posible participación ciudadana y política, a lo que habrían contribuido los poderes públicos italianos al poner obstáculos al respeto de la identidad étnica y las opciones culturales de esa minoría en la cultura, los medios de comunicación y los diferentes niveles administrativos, así como al no facilitar la obtención de los documentos de identidad que permiten acceder a la condición de elector.

En la tercera parte se constata la violación del art. E en relación con el art. 16 (protección de la familia), tanto en la vertiente clásica de protección social y acceso a la vivienda como en una faceta novedosa que constituye una jurisprudencia nueva del CEDS, elaborada por analogía con respecto a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH) relativa a la protección frente a las injerencias injustificadas y discriminatorias en la vida familiar de las personas de etnia gitana, por el modo en que se ha producido el censo e identificación de dichas personas en los campamentos (huellas digitales, almacenamiento de datos fotométricos e incluso en algunos casos una etiqueta identificativa para acceder al campamento), lo cual no habría comportado un respeto de las normas internacionales en la materia (principios de declaración individual voluntaria y de autoidentificación; cooperación con los órganos de supervisión nacionales e internacionales, y consulta con las ONGs que representan o trabajan con esos colectivos vulnerables; confidencialidad, “habeas data” y compilación de respuestas múltiples relativas a la pertenencia étnica por parte de personal cualificado).

Finalmente, en la cuarta parte se reconoce la violación del art. E combinado con

el art. 19 de la Carta Social (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia), por la flexibilización de la legislación antidiscriminatoria sobre incitación al odio racial y la violencia, así como por la propaganda racista engañosa contraria a los inmigrantes romanís y sintis tolerada o emanada directamente de las autoridades públicas (apartado 1; se constata por el CEDS una violación agravada); por la discriminación contra esa población inmigrante gitana en situación regular en el acceso al alojamiento subvencionado y ayudas sociales [apartado 4.c)]; y por haber utilizado las “medidas de seguridad” como dispositivo normativo discriminatorio tendente a expulsar colectivamente a personas de etnia gitana (se cita en apoyo la STEDH Conka c. Bélgica, de 5 de febrero de 2002), incluso a muchas de ellas que reunían las condiciones para ostentar la nacionalidad italiana pese a no poder demostrarla por las trabas administrativas en el acceso a la documentación de identidad.

Asimismo, el CEDS aprecia que no solo las autoridades italianas habrían incumplido la decisión de fondo adoptada al respecto el 7 de diciembre de 2005 con motivo de la Reclamación no 27/2004 sino que, además, al aplicar medidas regresivas, habrían agravado la situación apreciada con anterioridad, conculcando de lleno el principio de que la realización de los derechos sociales fundamentales reconocidos por la Carta Social está guiada por la progresividad. Asimismo el CEDS señala además que, aunque el grupo vulnerable que es objeto de la reclamación comprenda no sólo personas de nacionalidad italiana y otros nacionales con residencia legal en territorio italiano, sino que a éstos hay que añadir personas en situación irregular que no responderían a la definición del ámbito personal de aplicación previsto en el Anexo a la Carta, la ausencia de posibilidades de identificación de este segundo colectivo no pueden constituir una privarles de los derechos a la vida y a la dignidad, para lo que el CEDS cita dos decisiones de fondo previas, adoptadas el 8 de septiembre de 2004 con motivo de la Reclamación nº 14/2003, Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos contra Francia, y el 20 de octubre de 2009 con ocasión de la Reclamación no 47/2008, Defence for Children International contra Países Bajos.

El CEDS cita su propia jurisprudencia y la del TEDH para recordar que el artículo E prohíbe no sólo la discriminación directa sino asimismo todas las formas de discriminación indirecta (decisiones de fondo adoptadas el 4 de noviembre de 2003 sobre la Reclamación no 13/2002, Autismo- Europa contra Francia, y el 18 de octubre de 2006 sobre la Reclamación no 31/2005, Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra

Bulgaria), que la carga de la prueba en asuntos de discriminación sobre personas vulnerables debe prever una inversión o desplazamiento apropiados (decisión de fondo de 3 de junio de 2008 sobre la Reclamación no 41/2007, Centro de defensa de los derechos de las personas con discapacidades mentales contra Bulgaria), que la discriminación basada en el origen étnico constituye una forma de discriminación racial que no tiene cabida en una sociedad democrática contemporánea fundada en los principios de pluralismo y diversidad cultural (STEDH Timichev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005), y que las personas de etnia gitana constituyen un minoría desfavorecida y vulnerable necesitada de protección especial (STEDH Orsus contra Croacia, de 16 de marzo de 2010).

En la decisión de fondo de 28 de junio de 2011 sobre la Reclamación nº 63/2010 (Centre on Housing Rights and Evictions contra Francia), el CEDS adopta por unanimidad una solución condenatoria por el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como las expulsiones de Francia de las personas de etnia gitana (básicamente de nacionalidad búlgara y rumana) durante el verano de 2010, rechazando así la argumentación del Gobierno francés según la cual las expulsiones de personas gitanas procedentes de Bulgaria y Rumanía no habrían sido colectivas. El CEDS concluyó que se produjo una violación del art. E (no discriminación) combinada con el art. 31.2 (que obliga a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y con el art. 19.8 CSE revisada de 1996 (que recoge las garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias), apreciándose además que había mediado una responsabilidad y violación agravadas (apartado 53)⁶⁰⁹.

Es necesario mencionar que una de las funciones primordiales del CEDS debe ser comprobar en los siguientes informes estatales que sigan al procedimiento de reclamaciones colectivas o al sistema de informes, que el Estado en cuestión haya dado cumplimiento a las observaciones efectuadas por el CEDS en sus conclusiones y/o haya

⁶⁰⁹ JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo De Derechos Sociales: sinergias e impacto en el Sistema Internacional De Derechos Humanos y en los Ordenamientos Nacionales”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2015, págs. 118-119; JIMENA QUESADA, L., “Protection of Refugees and other Vulnerable Persons under the European Social Charter”, *Revista de Derecho Político*, nº 92, enero-abril 2015, págs. 245-272. Esta decisión, además de tener un gran impacto mediático, llegó a provocar la intención de la Comisión Europea de iniciar formalmente un procedimiento de infracción contra Francia ante el Tribunal de Justicia de la Unión. No obstante, después de las oportunas negociaciones políticas esta iniciativa no vio la luz.

reparado la situación que vulneraba la CSE. Al respecto, se puede citar como ejemplo de cumplimiento que han llevado a cabo los Estados partes, la reforma legislativa que tuvo su origen en la Reclamación nº 48/2008 (Centro Europeo de Derechos de los Gitanos contra Bulgaria) por la que se eliminó un artículo de la ley de asistencia social que limitaba el acceso a dicha prestación a los parados, tras 6, 12 o 18 meses, lo que violaba lo dispuesto en el art. 13.1 de la CSE. De acuerdo con la resolución CM/ResChS (2010)2, el Comité de Ministros estimó que dicha reforma legislativa se hallaba en plena concordancia con la decisión de fondo emitida por el CEDS y que suponía una solución eficaz y permanente.

Asimismo, el CEDS se está afianzando como la instancia europea de protección de derechos sociales, realizando su actividad de forma autónoma pero sin dejar de mantener una conexión con los desarrollos recientes en materia de derechos sociales desarrollados por otros órganos internacionales. De esta forma, se nutre de las instancias internacionales mencionadas en su jurisprudencia, pero puede resultar útil a otros mecanismos de nueva instauración, como el nuevo procedimiento de comunicaciones individuales establecido mediante el Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado el 18 de junio de 2008 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Todo ello sin olvidar las sinergias entre el TEDH y el CEDS, en el seno del Consejo de Europa. Con respecto a la Unión Europea, y sin dejar de lado la posibilidad de una adhesión a la Carta Social Europea, debe advertirse que la jurisprudencia del CEDS, por más que no se mencione explícitamente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, habrá de tenerse en cuenta con prioridad a las Explicaciones del Praesidium (el órgano redactor de dicha Carta de la Unión), desde el momento en que la jurisprudencia del CEDS es más acertada cuando se trata de interpretar los derechos consignados en la Carta de la Unión cuya redacción se ha basado expresamente en la Carta Social Europea⁶¹⁰.

Por último, no podemos dejar de aludir la situación actual en España. España ratificó la Carta el 6 de mayo de 1980, entrando en vigor el 5 de junio de ese mismo año. Posteriormente, la Carta revisada fue firmada el 23 de octubre de 2000, sin embargo se ha ido posponiendo su ratificación ante la necesidad de adaptar algunos aspectos de la

⁶¹⁰ JIMENA QUESADA, L., “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en el libro *“Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional”*, Ed. S. Sanz Caballero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 15-42.

legislación española. No obstante, el 1 de febrero de 2019, el Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo por el que se ha autoriza su remisión a las Cortes Generales para proceder a su ratificación ⁶¹¹. Nada se dice, sin embargo, sobre el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995, que constituye un mecanismo de garantía fundamental de la Carta, cuya ratificación aún no se ha producido. Semejante tarea pendiente resulta como mínimo desconcertante, en tanto en cuanto España ratificó el 23 de septiembre de 2010 el Protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU⁶¹², que establece un mecanismo de comunicaciones o denuncias individuales similar al instaurado a través de otros instrumentos de Naciones Unidas (Protocolos Facultativos al Pacto de Derechos Civiles y Políticos o a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, o el artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial). Lo que no es posible obviar es que, aun cuando se culmine el procedimiento de ratificación de la Carta revisada, al no acometer en paralelo la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995, España va a seguir sufriendo un déficit social que la aleja de manera inexcusable de la protección en derechos sociales que se consagra en el seno del Consejo de Europa e, inclusive, de la Unión Europea. Si a ello añadimos las consecuencias en el plano social de la reciente y complicada crisis económica que aun no pueden presumirse superadas en su totalidad y que ha supuesto una grave merma en el contenido y garantías del Estado social que consagra nuestra Constitución, la posición española se revela insuficiente.

- Carta Europea de Lenguas Regionales y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, aprobados por el Consejo de Europa

La Carta Europea de lenguas Regionales y Minoritarias se aprueba en 1992, entrando en vigor en 1998. Su finalidad, tal y como detalla en el Preámbulo, es proteger *“las lenguas regionales o minoritarias históricas de Europa, de las que algunas corren el riesgo de desaparecer con el tiempo”*, puesto que contribuyen *“al mantenimiento y al desarrollo de las tradiciones y la riqueza culturales de Europa”*. Asimismo proclama que el derecho a utilizar una lengua regional o minoritaria en la vida privada y pública constituye *“un derecho imprescriptible, de conformidad con los principios contenidos*

⁶¹¹ <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/010219-enlacecartasocial.aspx>

⁶¹² Adoptado por la Asamblea General, el 10 de diciembre de 2008.

en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y de acuerdo con el espíritu del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales". De esta forma, el ejercicio de los derechos que consagra los vincula a la protección de los derechos humanos. Para mayor claridad, el artículo 4 establece que ninguna de las disposiciones se podrá interpretar en el sentido de que limite o derogue los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni de manera que afecten a las disposiciones más favorables que rijan la situación de las lenguas regionales o minoritarias ni al régimen jurídico de las personas que pertenecen a minorías que existan ya en una Parte o que estén previstas por acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales pertinentes.

A esto hay que añadir una precisión: la protección y el fomento de las lenguas regionales o minoritarias no deben hacerse en detrimento de las lenguas oficiales y de la necesidad de aprenderlas.

La Carta se ocupa de definir lo que se entiende por "*lenguas regionales o minoritarias*" y por "*territorio en que se habla una lengua regional o minoritaria*" (artículo 1). Por la primera expresión se alude a aquellas lenguas habladas tradicionalmente en un territorio de un Estado por nacionales de ese Estado que constituyen un grupo numéricamente inferior al resto de la población, y aquellas diferentes de la(s) lengua(s) oficial(es) del Estado, excluyendo explícitamente los dialectos de la(s) lengua(s) oficial(es) del Estado y las lenguas de los inmigrantes. Por "*territorio en que se habla una lengua regional o minoritaria*" se debe entender el área geográfica en la cual dicha lengua es el modo de expresión de un número de personas que justifica la adopción de las diferentes medidas de protección y fomento previstas en la presente Carta. A esto añade la definición de las "*lenguas sin territorio*" que se refieren a las lenguas habladas por nacionales del Estado que son diferentes de la(s) lengua(s) empleada(s) por el resto de la población del Estado, pero que, a pesar de emplearse tradicionalmente en el territorio del Estado, no se pueden circunscribir a un área geográfica concreta del mismo.

Las partes firmantes se comprometen a que su política, su legislación y su práctica se basen en los objetivos y principios siguientes (art. 7.1):

- a) el reconocimiento de las lenguas regionales o minoritarias como expresión de

la riqueza cultural.

b) el respeto del área geográfica de cada lengua regional o minoritaria, actuando de tal suerte que las divisiones administrativas ya existentes o nuevas no sean un obstáculo para el fomento de dicha lengua regional o minoritaria.

c) la necesidad de una acción resuelta de fomento de las lenguas regionales o minoritarias, con el fin de salvaguardarlas.

d) la facilitación y/o el fomento del empleo oral y escrito de las lenguas regionales o minoritarias en la vida pública y en la vida privada.

e) el mantenimiento y el desarrollo de relaciones, en los ámbitos de los que se ocupa la Carta, entre los grupos que empleen una lengua regional o minoritaria y otros grupos del mismo Estado que hablen una lengua utilizada de manera idéntica o parecida, así como el establecimiento de relaciones culturales con otros grupos del Estado que utilicen lenguas diferentes.

f) la provisión de formas y medios adecuados para la enseñanza y el estudio de las lenguas regionales o minoritarias en todos los niveles apropiados.

g) la provisión de medios que permitan aprender una lengua regional o minoritaria a los no hablantes que residan en el área en que se emplea dicha lengua, si así lo desean.

h) la promoción de estudios e investigación sobre las lenguas regionales o minoritarias en las universidades o centros equivalentes.

i) la promoción de formas apropiadas de intercambios transnacionales, en los ámbitos cubiertos por la Carta, para las lenguas regionales o minoritarias utilizadas de manera idéntica o semejante en dos o más Estados.

La Carta prosigue exponiendo toda una serie de compromisos en diversos ámbitos, como la enseñanza (art. 8), la justicia (art. 9), referente a las autoridades administrativas y servicios públicos (art. 10), respecto a los medios de comunicación (art.

11), las actividades y servicios culturales (art. 12) o la vida económica y social (art. 13).

La última parte en la que se divide el texto (Parte IV), insta un procedimiento a través del cual se pretende determinar su grado de aplicación y garantizar así la eficacia de sus normas. Las partes deben presentar periódicamente al Secretario general del Consejo de Europa, un informe concerniente a las políticas seguidas y las medidas adoptadas, informe que deberá hacerse público (art. 15).

Por su parte, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, deja ya claro desde su Preámbulo, al introducir “...y los demás Estados...”, la pretensión de no ceñirse únicamente al ámbito restringido del Consejo de Europa⁶¹³. Inmediatamente a continuación, en el artículo 1, encuadra jurídicamente la protección de los derechos y libertades de los miembros de las minorías como parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos⁶¹⁴, y en cuanto a tal, dentro del campo de la cooperación internacional⁶¹⁵.

Sin embargo, el Convenio tampoco nos proporciona una definición del concepto de “minorías nacionales”, soslayando la complejidad de encontrar un significado que satisfaga a todos los Estados parte. El artículo 5 nos da algunas “pistas” de lo que se considera como tal, claramente influenciado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: son aquellos grupos de personas con una serie de elementos diferenciadores e identitarios respecto a la estructura mayor, a saber, su religión, lengua, tradiciones y/o patrimonio cultural⁶¹⁶. Pero la enumeración, desde luego, no abarca todas las posibilidades reales en la tipología de las minorías, puesto que “*ni todas las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas son minorías nacionales, ni ésta se reduce a ellas*”⁶¹⁷.

Sin embargo, nos encontramos con que el artículo 3 traslada hacia los miembros

⁶¹³ Preámbulo: “*Los Estados Miembros del Consejo de Europa y los demás Estados...*”.

⁶¹⁴ Artículo 1: “*La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a esas minorías es parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos y, en cuanto tal, se encuentra dentro del campo de la cooperación internacional*”.

⁶¹⁵ En el Explanatory Memorandum se puntualiza que el objetivo que busca el precepto es señalar que la protección de los derechos de las minorías nacionales es una cuestión de carácter internacional y no una problemática exclusiva de los Estados.

⁶¹⁶ Art. 5: “*Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural*”.

⁶¹⁷ VVAA, “Derecho y minorías”, *Op. Cit.*, pág. 87.

de la minoría la potestad de elegir libremente ser o no tratado como tal, garantizando que el ejercicio de esa opción y de los derechos relacionados con la misma no dará lugar a ninguna desventaja. Es el ser individual, libre y consciente de su identidad personal y cultural, por tanto, el que elige si se identifica a si mismo como miembro de una minoría nacional y, por lo tanto, se le aplica el Convenio.

En otro orden, el Convenio Marco no reconoce derechos individuales o colectivos a sus miembros (con la excepción del artículo 3). El texto contiene disposiciones de carácter programático que marcan los objetivos que los Estados han de alcanzar, para lo que se les permite un amplio margen de apreciación a la hora de determinar las normas de Derecho interno necesarias para lograr el resultado final perseguido. Entre estos objetivos podemos enumerar los siguientes: el desarrollo de la cultura; la igualdad completa y efectiva; la tolerancia y el diálogo intercultural, la libertad de asociación, el derecho a las propias creencias religiosas y de culto, el acceso a los medios de comunicación, el uso de lenguas minoritarias, aprendizaje de y en lenguas minoritarias; participación efectiva en asuntos públicos, participación efectiva en la vida económica, social y cultural o prohibición de las prácticas de alteración de las proporciones de la población.

El texto, además de consagrar el principio de igualdad y no discriminación de los miembros de las minorías, también recoge la posibilidad de que los Estados apliquen medidas de acción positiva encaminadas a lograr la igualdad plena y efectiva⁶¹⁸.

En definitiva, después de analizar los instrumentos jurídicos más relevantes en el seno del Consejo de Europa, podemos extraer que:

a) la protección de los derechos de las minorías se sitúan en el ámbito de protección de los derechos humanos.

⁶¹⁸ Artículo 4.1. “*Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual por parte de la ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional. 2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales. 3. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación*”.

b) en esta protección no cabe incluir un derecho de autodeterminación de los pueblos entendido como el establecimiento o creación de un nuevo Estado soberano e independiente al territorio del Estado parte del Consejo de Europa, donde habiten las minorías. El Preámbulo del Convenio Marco Para La Protección de las Minorías Nacionales recoge las limitaciones fundamentales que la protección efectiva de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a las mismas deben respetar: la preeminencia del Derecho, la integridad territorial y la soberanía. Asimismo, el artículo 21 decreta que ninguna de las disposiciones del presente Convenio marco se interpretará en el sentido de que implique el derecho a ejercer cualquier actividad o realizar cualquier acto contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, en particular, de la igualdad soberana territorial e independencia política de los Estados.

Ahora bien, una vez ha quedado claro que el derecho a la autodeterminación de los pueblos no otorga a los grupos minoritarios un derecho a crear un nuevo Estado, si habría que poner de relieve que el derecho si concede la potestad de disfrutar de un cierto grado de autonomía dentro del Estado. Esta es la interpretación que cabe tras la lectura de los artículos 8, 9, 10 ó 17 del Convenio Marco.

Aun así, la doctrina admite la posibilidad de que las minorías dispongan del derecho a ejercer la autodeterminación en su manifestación de crear un Estado independiente, o integrarse en otro Estado soberano, en el caso de que el Estado donde el grupo habita no respete los derechos humanos básicos de sus miembros o ayente contra principios fundamentales del derecho internacional⁶¹⁹.

- La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)

Los orígenes de la OSCE se remontan a la década de 1970, cuando se estableció la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) como foro multilateral para el diálogo y la negociación entre el Este y el Oeste. La CSCE pasó a denominarse OSCE en virtud de una decisión de la Cumbre de Budapest de Jefes de

⁶¹⁹ DÍAZ BARRADO, C.M., *“La Protección de las minorías Nacionales por el Consejo de Europa”*, Editorial Edisofer, Madrid, 1999, pág. 58.

Estado o de Gobierno, en Diciembre de 1994. La Organización está compuesta por 57 Estados participantes de distintos puntos del planeta repartidos entre tres continentes (América del Norte, Europa y Asia), que representan a más de mil millones de personas. Su principal objetivo es la seguridad, lo que abarca aspectos relacionados con los derechos humanos y ha situado la protección de las minorías como uno de sus propósitos más importantes y acuciantes.

La Organización creó el Alto Comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales (ACMN) encargado de abordar las tensiones étnicas y de evitar hostilidades en cuestiones relativas a las minorías nacionales. *“El Alto Comisionado se ocupa de los factores que podrían desencadenar tensiones a corto plazo, conflictos interétnicos y problemas estructurales duraderos. Si un Estado participante no está cumpliendo sus compromisos políticos o las normas internacionales, el Alto Comisionado le ayudará facilitando análisis y haciendo recomendaciones. Basándose en la experiencia, el Alto Comisionado publica Recomendaciones y Directrices temáticas en las que asesora acerca de problemas y prácticas recomendables comunes”*⁶²⁰.

En 1990, el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la dimensión humana recoge en su párrafo 32 expresamente que el pertenecer a una minoría nacional constituye una opción individual de toda persona que no se puede traducir en ningún tipo de desventaja por ésta. Asimismo reconoce el derecho de las *“personas pertenecientes a minorías nacionales”* a *“expresar, preservar y desarrollar libremente su identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa y de mantener y desarrollar su cultura en todos sus aspectos, libres de cualquier tentativa de asimilación contra su voluntad”*. Incluso hace mención del modo en que pueden *“ejercer y disfrutar”* de sus derechos, esto es, *“individualmente así como en comunidad con otros miembros de su grupo”*.

Los Estados participantes están obligados a cumplir una serie de compromisos que son enumerados en el Documento, tales como:

⁶²⁰ www.osce.org

a) proteger la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías nacionales en su territorio y crear las condiciones para la promoción de tal identidad. Para ello, tomarán las medidas necesarias a tras debidas consultas, con inclusión de contactos con organizaciones o asociaciones de tales minorías, de conformidad con el procedimiento de adopción de decisiones de cada Estado (párrafo 33).

b) garantizar que las personas pertenecientes a minorías nacionales, a pesar de la necesidad de aprender el idioma o idiomas oficiales del Estado de que se trate, tengan oportunidades adecuadas de recibir instrucción en su lengua materna, así como de poder aprenderla y, siempre que sea posible y necesario, utilizarla ante las autoridades públicas, de conformidad con la legislación nacional (párrafo 34).

c) respetar el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a la participación efectiva en los asuntos públicos, incluida la participación en los asuntos relativos a la protección y promoción de la identidad de tales minorías. Como uno de los medios posibles de lograr dichos objetivos podrá admitirse el establecimiento de administraciones apropiadas, locales o autónomas, que correspondan a las circunstancias específicas, históricas y territoriales de las minorías y sean conformes a las políticas del Estado donde habiten (párrafo 35).

d) promover un clima de respeto, comprensión, cooperación y solidaridad mutuos entre todas las personas que viven en su territorio, sin distinción por origen étnico o nacional o por religión, y fomentar la solución de los problemas a través del diálogo basado en los principios del Estado de Derecho (párrafo 36).

El texto, además, deja claro que ninguna de sus disposiciones *“podrá interpretarse como que implique ningún derecho a emprender actividades o llevar a cabo cualquier acción en contravención de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, otras obligaciones dimanantes del derecho internacional y las disposiciones del Acta Final, incluido el principio de la integridad territorial de los Estados”* (párrafo 37) .

-Naciones Unidas

Por su parte, las Naciones Unidas, a través de los numerosos organismos que ha ido creando especializados en las minorías, han impulsado y desarrollado la protección de los derechos de las minorías por medio de sus resoluciones. En 1971, en un claro intento de solventar esta vaguedad terminológica, la organización de las Naciones Unidas encargó a un Relator Especial llevar a cabo un estudio en torno a la definición y clasificación de las minorías, el cual fue finalmente publicado en 1979⁶²¹. El Relator Especial, después de analizar un amplio número de definiciones sobre el término y tras someter a consideración de los gobiernos y de los miembros de la Sub-Comisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación de las Minorías sus conclusiones, proporciona en su informe su definición: la minoría *“es un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico, unas características que difieren de las del resto de la población; y manifiestan incluso de modo implícito, un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”*⁶²².

El Informe Capotorti fue entregado a la Comisión de Derechos Humanos sin que esta Comisión llegara a estar de acuerdo con el contenido de la definición proporcionado. La Sub-Comisión también había manifestado su disconformidad, por lo que en 1985 se encarga un nuevo trabajo de definición al canadiense Deschenes. Deschenes define finalmente el término como *“un grupo de ciudadanos de un Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría”*⁶²³.

Posteriormente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, que fue

⁶²¹ Es el conocido como Informe Capotorti.

⁶²² Concepción elaborada en 1977 por Francesco Capotorti, relator especial de Naciones Unidas, en *Estudio sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas o Lingüísticas*, citado en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *“La Protección Internacional de las Minorías”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 16.

⁶²³ *Propuesta Relativa a una Definición del Término Minoría*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31, pár. 181, sometida por el relator especial de Naciones Unidas, Jules Deschenes, en 1985 a la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías. Citado en MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M., *“La Protección Internacional de las Minorías”*, *Op. Cit.*, pág.16.

aprobada el 18 de diciembre de 1992 (Resolución de la Asamblea General 47/135), desarrolló las previsiones contenidas en el pacto de 1966, pero poniendo el énfasis en el reconocimiento de los derechos de las minorías no desde una perspectiva únicamente individual. En el artículo 1, establece la obligación de que los Estados protejan *“la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos”* así como les obliga al fomento de *“las condiciones para la promoción de esa identidad”*. Para ello, los Estados adoptarán las medidas necesarias conducentes a:

- garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley (art.4.1 de la Declaración).

- crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales (art.4.2 de la Declaración).

- puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno (art. 4.3 de la Declaración).

- promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio, así como deberán tener las oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto (art. 4.4 de la Declaración).

- garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan participar plenamente en el progreso y el desarrollo económicos de su país (art. 4.5 de la Declaración).

Todas las medidas que se adopten se planificarán y ejecutarán teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías (art. 5 de la Declaración).

- La Unión Europea

La protección de las minorías nacionales es uno de los principios fundacionales de la Unión Europea. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea menciona expresamente a las minorías para incluir y remarcar la protección y respeto de sus derechos en el contexto general axiológico, político y social que constituye el fundamento y la base de la Unión: *“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”*. El incumplimiento de los valores consagrados en el art.2 por parte de los Estados miembros de la UE puede llevar a activar los mecanismos previstos en el art. 7 TUE y puede, entre otras cosas, conducir a la suspensión de ese estado de la Unión.

No obstante, el art. 2 no proporciona una definición de "minoría" o "derechos de las minorías". De esta forma, la Unión Europea sigue la estela marcada por el derecho internacional, sin que la legislación de desarrollo de la UE se haya ocupado de suplir la carencia, lo que puede traducirse, de facto, en que la aplicación del art.2 pueda evitarse a voluntad por parte de los Estados miembros. Sin embargo, y aunque se argumente que los términos indefinidos poseen la ventaja de la flexibilidad y, por lo tanto, pueden aplicarse a grupos y derechos sin romper los límites delimitados formalmente⁶²⁴, la práctica en el ámbito que nos ocupa nos revela que esta indeterminación actúa en detrimento de la protección efectiva de las minorías.

El artículo 3 establece que la Unión *“respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”, así como contribuirá y fomentará la protección de sus ciudadanos y el “respeto mutuo entre los pueblos”*. La disposición encuentra apoyo tanto en el artículo 55 (2) del TUE, que estipula que el Tratado de la UE se traducirá a las lenguas que gozan de estatus oficial en todos o partes de los territorios de los Estados miembros, como en la Declaración 16 del Tratado de Lisboa, que confirma el propósito de art.55 (2) como contribución al cumplimiento de la diversidad defendida en art.3.

⁶²⁴ AHMED, T., “The Treaty of Lisbon and Beyond: The Evolution of EU Minority Protection?”, *European Law Review*, Vol. 38, nº1, 2013, págs. 30-51.

Asimismo, en la consolidación de un marco normativo de las minorías a nivel europeo, debemos resaltar la promulgación de dos Directivas: la Directiva 2000/43/CE, 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, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La primera Directiva, busca “*garantizar el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes en las que toda persona pueda participar, con independencia de su origen racial o étnico*”, prohibiendo la “*discriminación, directa o indirecta, por motivos de origen racial o étnico*” en ámbitos como “*la educación, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la oferta de bienes y servicios y el acceso a los mismos*” (considerandos 12 y 13).

La segunda Directiva busca el establecimiento de este marco general de igualdad y no discriminación en el empleo y la formación profesional. Artículo 1: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

No obstante, en 2005 el Parlamento de la Unión Europea⁶²⁵ puso de manifiesto nuevamente, la necesidad de que se adoptara un estándar de derechos de las minorías en el ámbito de la Unión, así como la confusión existente respecto al significado concreto de la expresión “un miembro de una minoría”. El Parlamento consideró como una solución posible adoptar la definición recogida en la Resolución 1201 de 1993⁶²⁶ del Consejo de Europa, según la cual una “minoría nacional” es un grupo de personas en un Estado que:

⁶²⁵ Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea ampliada (2005/2008(INI)).

⁶²⁶ Párrafo 7, Resolución de 8 de junio de 2005, DO núm. C 124E, 25 de mayo de 2006, p. 405. En el anterior “Informe Moraes” de 24 de febrero de 2005, se afirmó que “*el concepto dista mucho de estar armonizado, ni siquiera en el ámbito de las Naciones Unidas o el Consejo de Europa*”, mencionando como ejemplo las contradicciones de la práctica relacionada con el Convenio Marco sobre la Protección de las Minorías Nacionales (Cfr. Parlamento Europeo, Provisional, 2005/2008(INI), 24 de febrero de 2005, Proyecto de Informe sobre la protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea ampliada (2005/2008(INI)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Claude Moraes, p. 4).

- reside en el territorio de ese Estado,
- mantiene desde antiguo lazos firmes y duraderos con ese Estado,
- ostenta características distintivas de carácter étnico, cultural, religioso o lingüístico,
- es suficientemente representativo a pesar de estar formado por un número reducido en relación con el resto de la población del Estado o de una región del mismo,
- está motivado por el interés de preservar conjuntamente aquello que constituye su identidad común, incluida su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.

El Parlamento reconoce la imposibilidad de alcanzar una solución única para mejorar la situación de todas las minorías en todos los Estados miembros, por lo que aboga por el desarrollo de unos objetivos mínimos comunes para las autoridades públicas de la UE, basados en la experiencia, *“en particular en las mejores prácticas y el diálogo social emprendido en muchos Estados miembros y en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas y de los Convenios del Consejo de Europa tales como el Convenio marco sobre la Protección de las Minorías Nacionales y la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias y el Protocolo nº 12 del Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales”*.

A pesar de todo lo expuesto hasta ahora, los resultados distan de ser satisfactorios, por lo que el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, ha supuesto un nuevo y necesario impulso en la protección de las minorías cuyo exponencial alcance aun está por alcanzar. Como consecuencia inmediata, se observa un desarrollo mayor del marco legal de la Unión Europea que debe considerarse, no obstante, altamente meritorio, dado que se ha producido dentro de un clima generalizado de aprehensión legal y político hacia la diversidad y los derechos de identidad grupal. Este avance normativo, equipa mejor a la Unión Europea para desempeñar un papel más receptivo hacia la protección de la diversidad, pero con un alcance limitado por varios aspectos: a) los Tratados de la UE aún no tienen una competencia legal general sobre los derechos de las minorías y no definen los términos relevantes; b) en la práctica, la Unión Europea en sus desarrollos legales, atiende las

peticiones de participación en la protección de las minorías europeas al tiempo que atiende diligentemente las preocupaciones sobre el mantenimiento de la soberanía sobre el terreno, dos demandas que a menudo siguen siendo contradictorias en Europa. En otras palabras, estos desarrollos legales, a pesar de abogar por el respeto a la diversidad, buscan preservar el status quo dentro de los estados, impidiendo así que la Unión Europea trabaje hacia una mejor protección de las minorías que el Estado ha excluido dentro de la legislación nacional⁶²⁷; y c) la ausencia de una cooperación continuada, real y efectiva entre los Estados.

Con las enmiendas del Tratado de Lisboa, también cobra mayor importancia la dimensión institucional para la igualdad de trato. El artículo 4 (2) del TUE exige que la Unión Europea respete las estructuras de autogobierno regional y local de los Estados miembros, yendo más allá que la ley anterior a Lisboa que únicamente reconocía la importancia de las identidades nacionales de los Estados miembros.

A este marco normativo hay que añadir la mención a la Carta Europea de Derechos Fundamentales de Niza (7 de Diciembre de 2000), que, con valor jurídico vinculante tras su reconocimiento en el Tratado de Lisboa en 2007, contempla expresamente la protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, prohibiendo *“toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”* (art. 21).

⁶²⁷ AHMED, T., “The Treaty of Lisbon and Beyond: The Evolution of EU Minority Protection?”, *European Law Review*, Vol. 38, nº1, 2013, págs. 30-51. Ahmed afirma que no solo los desarrollos legislativos de los Estados miembros no crean nuevos derechos de minorías, sino que el compromiso de la Unión Europea con el CEDH también apoya esta postura ya que el CEDH también se muestra reacio a interferir profundamente con las políticas de los estados hacia las minorías. *“Por lo tanto, la protección de las minorías de la UE se basa en modelos de protección de las minorías adoptados por los Estados miembros de la Unión Europea. Cuando un Estado miembro ofrece protección a las minorías, la deficiencia en la base subyacente de las disposiciones legales de la UE o la jurisprudencia de la UE puede pasar inadvertida. Sin embargo, cuando los dos intereses compiten, es decir, los Estados miembros no brindan la protección relevante a las minorías, entonces las partes de las partes de las partes de las partes de las partes de los Estados Unidos son las siguientes: 130 Lo que permiten a la Unión Europea dirigir direcciones (hasta el próximo) para su gestión en la protección de las minorías europeas, que responden de manera simultánea a las preocupaciones del Estado por el mantenimiento de la soberanía en el campo, dos demandas que con frecuencia siguen siendo contradictorias en Europa. Este escenario plantea serias dudas sobre cualquier perspectiva de una evolución significativa de la protección de las minorías en la UE (...).”*

5.4.2. Balance sobre los instrumentos europeos

Se hace dolorosamente patente como, a pesar de todos los esfuerzos realizados en la materia de protección de las minorías, seguimos sin contar con una definición internacionalmente global y consensuada sobre qué grupos la conforman o sus rasgos diferenciadores definitivos, lo que sigue dificultando la cuestión. Seguramente, lo que con tal omisión se pretende es huir de una definición estricta y limitada que deje fuera a colectivos que la doctrina o la realidad social exijan ver incluidos en sus parámetros en algún momento, pero también es consecuencia de una confusión aún no despejada respecto al fenómeno en sí. Ciertamente, solo echar un somero vistazo a la complejidad de la realidad social e histórica puede hacer que nos inclinemos a entender y transijamos en la ausencia de un concepto consensuado. Pero no se puede ignorar el hecho que la ambigüedad en la identificación del sujeto de derecho de las normas convierte toda regulación en prácticamente inaplicable o tiene como consecuencia una inseguridad jurídica exponencialmente perjudicial al potencial normativo que debe desplegar. En este sentido y sin que aporte más que confusión al respecto, el TEDH ha reconocido que si bien es obvia la existencia de “... *un emergente consenso internacional... reconociendo las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida*”, también declara no estar “convencido de que el consenso sea suficientemente concreto para que se deriven orientaciones con respecto a los estándares que los Estados contratantes consideran deseable en una situación particular”⁶²⁸.

Pese a los esfuerzos desarrollados a nivel normativo y doctrinal, no se han producido resultados satisfactorios. No olvidemos que la falta de limitación conceptual se ha solventado desde el nivel internacional con el reconocimiento de un amplio - amplísimo en realidad- “margen de apreciación” a los Estados a la hora de identificar a

⁶²⁸ STEDH Chapman v. United Kingdom, nº 27238/95 de 18 de enero de 2001. Al respecto, el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Guido Raimondi, ha instado a avanzar en la protección de las minorías ante la diversidad cultural existente, aunque ha reconocido los márgenes de apreciación jurisdiccional de cada país de la Unión Europea al no haber consensos en todos los asuntos. Guido Raimondi pronunció el 23 de febrero de 2018 una conferencia en el marco del III Seminario Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo en la sede del primer órgano, a la que asistieron los presidentes de estas dos instituciones, Juan José González Rivas y Carlos Lesmes, respectivamente. Disponible en https://www.eldiario.es/politica/presidente-TEDH-proteger-consensos-UE_0_743326261.html

los colectivos merecedores de protección, lo que se traduce en que son los Estados quienes por medio de declaraciones o de desarrollos normativos de carácter interno (y siempre según la voluntad política, social y económica del momento) condiciona la efectividad de la protección. Es este un importantísimo “filtro” negativo a salvar: como mínimo deberíamos contar con una definición general y consensuada como primer y fundamental paso que acote la ambigüedad en la que se ampara el no reconocimiento de los grupos a proteger.

En conclusión, se hace dolorosamente patente como, a pesar de todos los pronunciamientos en la materia de minorías, seguimos sin contar con una definición internacionalmente consensuada sobre qué grupos constituyen una minoría o sus rasgos diferenciadores definitivos, lo que sigue dificultando enormemente la cuestión⁶²⁹. Seguramente, lo que con tal omisión se pretende es huir de una definición estricta y limitada que deje fuera a colectivos que la doctrina o la realidad social exijan ver incluidos en sus parámetros en algún momento. Ciertamente, solo echar un somero vistazo a la complejidad de la realidad social e histórica que rodea el concepto puede hacer que nos inclinemos a estar de acuerdo con esta opción. Pero no se puede ignorar el hecho que la ambigüedad convierte toda regulación en prácticamente inaplicable, al no saber cuando aplicarla, puesto que no ha sido identificado al sujeto del derecho.

Aquí se localiza, por tanto, uno de los obstáculos más importantes que presentan las minorías y que no ha sido resuelto: conceptualizarla bajo unos criterios generalmente aceptados que consoliden su reconocimiento y no produzcan un efecto de abandono ante la titánica tarea de proteger una realidad social que no sabemos muy bien cómo identificarla jurídicamente. En este sentido y sin que aporte más que confusión al respecto, el TEDH ha reconocido que si bien es obvia la existencia de “... *un emergente consenso internacional... reconociendo las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida*”, también declara no estar “convencido de que el consenso sea suficientemente concreto para que se deriven orientaciones con respecto a los estándares que los Estados contratantes consideran

⁶²⁹ VVAA, “Derecho y minorías”, UNED, Madrid, 2014, pág. 36: “(...) en los más recientes documentos internacionales se dudó entre el uso de las voces “comunidades”, “grupos sociales”, “pueblos”, “grupos”, y que la adopción final de la expresión minoría, tanto en el Pacto Internacional como en la Declaración (de 1966 y 1948, respectivamente), no resuelve, sin embargo, el problema conceptual, puesto que no se define en ninguno de los textos el significado de minoría”.

deseable en una situación particular”⁶³⁰.

A pesar de ello, la cláusula o principio general de no discriminación, como manifestación del valor igualdad, impermeabiliza y solventa, hasta cierto grado, la no identificación de los miembros de un grupo. Es, quizás, a la hora de aplicar medidas que se encuadren en la llamada “acción positiva” cuando se echa más en falta la identificación, sin ambigüedades, de las minorías.

5.4.3. La protección de las minorías en el Derecho español

Nuestro ordenamiento ha seguido la senda común y no ha aportado una definición. Tampoco existe una normativa general que aborde el fenómeno de la diversidad en conjunto⁶³¹, aunque se han promulgado disposiciones especiales cuyo ámbito de aplicación es la comunidad roma o gitana. No obstante, es evidente que en nuestro país coexisten otros grupos diferenciados de base lingüística y religiosa.

Pese a ello, la ausencia de un marco jurídico interno general no significa que nuestro ordenamiento no disponga de herramientas jurídicas para la protección de estos colectivos. Ya desde el Preámbulo, nuestra Carta Magna consagra como uno de sus principales objetivos el “*proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones*”. Y a lo largo de todo el cuerpo constitucional se van garantizando derechos que redundan en la protección de los miembros de los grupos:

- El art. 1 CE: “*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*”.

- El art. 2 CE: “*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la*

⁶³⁰ STEDH Chapman v. United Kingdom, nº 27238/95 de 18 de enero de 2001.

⁶³¹ JIMÉNEZ PIERNAS ha señalado que la cuestión en nuestro país se ha “*desatendido o tratado con ligereza a pesar de que la inercia de nuestro sistema constitucional apunta en esta dirección*” (“Prólogo” a la obra de ARP, “*Las Minorías nacionales y su protección en Europa*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008)

Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

- El art. 3 CE: Instauro el castellano como la lengua española oficial del Estado (art.3.1.), y añade el reconocimiento de *“las demás lenguas españolas”* como oficiales *“en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos”* (art.3.2.). Asimismo, define como *“patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”*, las *“las distintas modalidades lingüísticas de España”* (3.3.).

- El art. 9 CE: consagra la igualdad efectiva y real en su segundo apartado, estableciendo el mandato a los poderes públicos de promover *“las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”*, eliminar *“los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”* y facilitar *“la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

- El art. 10 CE: además de lo que establece en su segundo apartado, este artículo proclama como fundamentos *“del orden político y de la paz social”*, *“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”*.

- El art. 14 CE: garantiza la igualdad formal y prohíbe toda discriminación *“por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

- Los artículos del 15 al 29, garantizan los derechos fundamentales y libertades públicas que se aplican a todas las personas.

- En otras disposiciones de la Constitución también se recogen previsiones y reconocimientos que inciden en la protección a los miembros de las minorías, como puede ser la protección a la salud (art. 43) o los mandatos dirigidos a los poderes públicos de establecer condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40), tutelar el acceso de todos a la cultura (art. 44), y promover las condiciones idóneas para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE).

A nivel internacional, España ha ratificado diligentemente los textos internacionales de la ONU, así como de la Unión Europea y el Consejo de Europa (con la excepción de la Carta Social Europea revisada de 1996 y del procedimiento de reclamaciones colectivas, todavía pendientes de aceptación por parte de España, como se ha analizado más arriba). Sin embargo, ha mostrado una tendencia a restringir todo lo posible la aplicación de sus disposiciones. Así se puede constatar, por ejemplo, en el seguimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde nuestro país sólo ha atendido a las cuestiones referentes con la lucha contra la discriminación de la población gitana y sus derechos culturales, sin conferir entidad a otros grupos minoritarios⁶³². En la misma línea, en los Informes presentados con ocasión de los sucesivos ciclos de control (2010 y 2015) que se han desarrollado en el marco del Examen Periódico Universal, España sólo menciona a la población roma/gitana. Solo después de las numerosas recomendaciones recibidas ha aceptado considerar aspectos relacionados con la lucha contra la discriminación de las minorías religiosas.

En cuanto al Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, España ratificó el texto en 1995. No obstante, la aplicación de dicho Convenio también ha sido restrictiva como resultado del limitado reconocimiento en cuanto a su ámbito de aplicación. El Ejecutivo español se ha mostrado reacio a admitir que existan minorías nacionales en su territorio, hasta el punto de que, aunque el Convenio llega a ser aplicado limitadamente a la comunidad gitana o romaní, para el Gobierno español esto no significa que asuma su consideración como minoría nacional⁶³³, lo que supone una paradoja. De hecho, de forma reiterada el Gobierno español ha declarado “que no existen nuevas circunstancias que permitan concluir que los mecanismos compensatorios de protección del Convenio Marco deberían aplicarse a otros individuos o grupos que no sean la población gitana”⁶³⁴. Y esto aun cuando

⁶³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adición, Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones (E/C.12/ESP/Q/5) que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de España (E/C.12/ESP/5)[1 de marzo de 2012], Doc. UN, E/C.12/ESP/Q/5/Add.1, 28 de marzo de 2012, pp. 6-7 y 50-51.

⁶³³ Comments of the Government of Spain on the opinion of the Advisory Committee on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities in Spain, Documento GVT/COM/INF/OP/I(2004)004, recibido el 10 de junio de 2004; publicado el 30 de septiembre de 2004.

⁶³⁴ Comentarios del Gobierno de España acerca del cuarto dictamen del Comité Consultivo sobre

anteriormente, en lo que ha resultado una afirmación anecdótica, cedió ante las sugerencias planteadas por el Comité Consultivo, admitiendo que estaría en condiciones de asumir la aplicación del Convenio Marco en relación con otras minorías⁶³⁵. Y es que, en virtud del Convenio, cada Estado puede determinar libremente qué grupos constituyen su marco de aplicación⁶³⁶.

Igualmente, el texto otorga un margen a los Estados para adaptar sus disposiciones a las condiciones específicas de cada Estado, a través de la legislación nacional y las políticas gubernamentales⁶³⁷. Asimismo, los grupos pueden optar por ser protegidos por el Convenio o no (artículo 3), lo que en la práctica ha significado que la comunidad gitana se encuentre amparada por el Convenio, mientras que los gallegos, catalanes y vascos, hayan manifestado su deseo de que no se le aplique dicha protección⁶³⁸. No obstante, dejando aparte estas consideraciones, un amplio sector doctrinal señala que es perfectamente factible que el Convenio Marco sea aplicado en nuestro país a otros colectivos culturales, lingüísticos o religiosos que en la actualidad no gozan de su protección. El Convenio nace con la finalidad de constituir un instrumento garantizador de derechos humanos que favorezca una tolerancia plena hacia una diversidad que avanza y que supone un exponente real en las sociedades europeas. Aunque se argumente desde una visión un tanto limitada que los valores jurídicos vigentes en las Constituciones, como la igualdad, imposibilita este tipo de propuestas normativas (y una interpretación de esta igualdad ante la ley que es inflexible y

la implementación del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de España, en base al cuarto informe presentado por España al Consejo de Europa y en base a la visita a España del Comité Consultivo en julio de 2014. (Disponible en http://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/poblacionGitana/docs/4th_Com_Spain_ES.pdf)

⁶³⁵ España ha admitido que estaría en condiciones de asumir la aplicación del Convenio en relación con la población bereber, aun aludiendo a “problemas técnicos” derivados de la falta de normalización lingüística del “dialecto chelha”. No obstante, no se ha llegado a aprobar medida alguna al respecto, lo que ha provocado que insistentemente el Comité Consultivo solicite la aplicación de sus disposiciones a esta minoría (Comentarios de España, 10 de junio de 2004).

⁶³⁶ Anteriormente, el Comité Consultivo ha advertido que, aunque España no admita otros grupos diferentes a los roma como destinatarios de la Protección que arbitra el Convenio, es fácilmente imaginable el considerar a otros grupos merecedores de la protección. A este argumento, el Gobierno español ha respondido que no es necesario incluir a las minorías lingüísticas dentro del ámbito de aplicación del Convenio, al contar ya “con la protección debida dentro del propio marco jurídico del Consejo de Europa, tales como la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias” (2ª opinión emitida por el Comité Consultivo en febrero de 2007)

⁶³⁷ EIDE, A., “The Framework Convention in Historical and Global Perspective”, en Weller, M. (ed.), *The Rights of Minorities*, Oxford, 2005, págs. 25-47.

⁶³⁸ ARP, B., “La aplicación del Convenio-Marco para la protección de las minorías nacionales en España: el segundo ciclo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 2-LX, 2008, pp. 689-695.

formalista, por la que se abogaría que ante las diferencias, el trato jurídico sea igual), no se puede dejar de lado una realidad que se impone por si misma como argumento valedero. No, cuando esto nos llevaría a aceptar que un instrumento normativo internacional y expreso que “perfecciona” la efectividad real de los máximos pronunciamientos a nivel constitucional sea obviado. A esto puede añadirse que, al constituir un Documento ratificado por España, la aplicación debe ser coronado con un esfuerzo que suponga la determinación de los grupos de aplicación.

A estos argumentos tendría que sumársele otro que debe ser tenido en cuenta en el momento crucial de determinar los grupos que constituyen el ámbito de aplicación de las normas. Este argumento, no por obvio, debe dejar de mencionarse y evaluarse con precisión: los colectivos deben necesitar de la aplicación niveladora de la norma como consecuencia de la existencia de una situación tal que no exista una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a la minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. Con ello, el paso previo, necesariamente, consiste en evaluar debidamente las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales con el objetivo de proporcionar soluciones certeras.

Es en este punto donde se hace necesario adicionar la mención y el análisis de los estatutos jurídicos específicos de los colectivos presentes en nuestro país, por lo que a continuación se expondrá los referentes a las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas en nuestro ordenamiento jurídico.

a) Estatuto jurídico específico de las minorías étnicas en España

La comunidad gitana es un colectivo asentado por todo el territorio de la Península desde hace varios siglos, con una cultura propia muy marcada, y que constituye el dos por ciento de la población total⁶³⁹. Sin embargo, y a diferencia de otros colectivos,

⁶³⁹ www.msssi.gob.es: “La población gitana está presente en España desde el siglo XV y su trayectoria histórica ha estado marcada, igual que en el resto de Europa, por persecuciones, intentos de asimilación y procesos de exclusión social. Actualmente, la población gitana española se calcula en alrededor de 725.000-750.000 personas, siendo éstas las cifras relativas a España que han utilizado las instituciones europeas en sus cálculos sobre la población romaní para el conjunto de Europa. No obstante, hay que mantener cierta cautela con respecto a este dato pues no se conoce con exactitud el tamaño real de esta población, y las aproximaciones a las cifras totales se han llevado a cabo a través de métodos diversos (proyecciones temporales de estudios anteriores, agregados de datos locales calculados de diferentes maneras, estudios sobre las condiciones de vivienda que no contabilizaban las perso- nas

no reclaman para si un territorio o Estado propio.

España firmó y ratificó el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, sin hacer ninguna Declaración adicional. El Gobierno español remitió el primer Informe Nacional al Consejo de Europa tardíamente, en noviembre del 2000, centrándose exclusivamente en la comunidad gitana o roma. Con posterioridad, el Comité Consultivo preguntó al Gobierno español acerca del estatus de la minoría roma, así como por la relación entre los “pueblos” y las “nacionalidades” de España con el texto del Convenio Marco. La consulta se origina por la constatación de los variados términos que son utilizados en la Constitución de 1978 para designar a la población española en su conjunto (“*el pueblo español*”, en el artículo 1.2; “*todos los españoles*” en el Preámbulo, “*la nación española*” en el Preámbulo y en el artículo 2). En la consulta, el Comité señala que “(...) desde el punto de vista legal, los gitanos (roma) no son reconocidos ni como un “pueblo” ni como minoría nacional”. La respuesta española es la siguiente: “no hay en la realidad jurídico-política española un concepto de pueblo como una entidad con características diferenciadas en cuanto a etnia, religión o identidad. Los diferentes pueblos son identificados en tanto que constituyen la base de población en las distintas comunidades autónomas, con diferentes tradiciones culturales y, a veces, una lengua propia (...) pero que, en su conjunto, constituyen un único pueblo, el pueblo español sujeto de la soberanía (...)”. Prosigue argumentando el hecho de limitar su Informe nacional a la comunidad roma afirmando que, “aunque no constituye una “minoría nacional”, es la única que podría de alguna manera estar integrada en el espíritu del Convenio Marco”. Asimismo, los “(...)ciudadanos españoles de etnia roma son ciudadanos de pleno derecho (...) así pues ni necesitan ser ni podrían ser reconocidos como una “minoría nacional”, porque es legalmente imposible clasificarlos como tales”⁶⁴⁰.

gitanas que no habitan en barriadas mayoritariamente gitanas, etc.). Así, los cálculos y aproximaciones pueden llegar a oscilar entre 500.000 y 1.000.000 de personas. Sin perjuicio de reconocer estas limitaciones para determinar el número total de personas gitanas que viven en España, sí se tiene un conocimiento preciso de que la población gitana se encuentra distribuida por todo el territorio del Estado, siendo su presencia más destacada en Andalucía, donde residen en torno al cuarenta por ciento de las gitanas y gitanos españoles, así como en Cataluña, Valencia y Madrid”.

⁶⁴⁰ Comentarios presentados por el Gobierno español en respuesta a la opinión del Comité asesor sobre la implementación en España del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, 10 de junio de 2004.

Tras el intercambio de comunicaciones entre el Comité Consultivo del Convenio y el Gobierno español, la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la implementación por parte de España del Convenio Marco de 30 de septiembre de 2004, adopta la siguiente conclusión: *“debería prestarse atención especial a la promoción de la cultura, lengua y tradiciones roma, de cara a facilitar una mejor integración de los roma en la sociedad española (...)”*.

Las presiones recibidas en este sentido provocaron que en poco tiempo y a nivel interno se produjeran avances normativos. Se aprueba el Real Decreto 891/2005, de 22 de julio, que crea y regula el Consejo Estatal del Pueblo Gitano cuya finalidad primordial es “promover la participación y colaboración del movimiento asociativo gitano en el desarrollo de las políticas generales y en el impulso de la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato dirigidos a la población gitana” (art. 2.2). El Consejo Estatal del Pueblo Gitano es un órgano colegiado que *“se adscribe al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad”* (art. 1) y cuyas amplias funciones se detallan en el artículo 3, funciones que se atribuyen sin menoscabo de las que correspondan a otros órganos de representación y participación legalmente establecidos (art. 3.2.):

a) Proponer y asesorar sobre medidas para la promoción integral de la población gitana, dentro del marco de competencias de la Administración General del Estado, incorporando el principio de transversalidad.

b) Asesorar sobre el diseño, elaboración, evaluación y seguimiento de los planes de desarrollo gitano.

c) Presentar iniciativas en relación con los fondos para programas destinados a la población gitana y a los criterios de distribución.

d) Emitir dictámenes e informes sobre aquellos proyectos normativos y otras iniciativas relacionadas con los fines del Consejo que se sometan a su consideración y que afecten a la población gitana y, en especial, en el desarrollo de la normativa de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato.

e) Promover la comunicación y el intercambio de opiniones e información entre la población gitana y la sociedad en general.

f) Canalizar las peticiones y propuestas de las organizaciones no gubernamentales cuya actividad tenga relación con la población gitana y con la superación de desigualdades, con vistas a facilitar la convivencia y cohesión social entre la ciudadanía gitana y la sociedad en general.

g) Recabar información sobre normativa, programas y actividades que lleve a cabo la Administración General del Estado respecto a la comunidad gitana, ampliando dicha información a normativas y actividades de las Administraciones autonómicas y locales y de los organismos internacionales.

h) Impulsar estudios sobre proyectos y programas relacionados con la promoción integral de la comunidad gitana e iniciativas de sensibilización respecto a la convivencia con el pueblo gitano.

i) Colaborar y cooperar con otros consejos análogos e instituciones de ámbito internacional, autonómico, local o similares que trabajen en la defensa de los derechos humanos.

j) Realizar las propuestas oportunas sobre las políticas, fondos y programas de la Unión Europea y de otras instancias internacionales y recibir información, en su caso, sobre las posiciones y propuestas españolas en los foros internacionales relacionados con la población gitana, sin perjuicio de las competencias de la Administración General del Estado en esta materia.

k) Elaborar un informe periódico en el que se incluyan propuestas dirigidas a mejorar las políticas sociales con la comunidad gitana.

l) Desarrollar cuantas otras funciones se le atribuyan y resulten de la aplicación de los planes de desarrollo gitano y aquellas que, en el marco de sus competencias, se atribuyan al Consejo por alguna disposición legal o reglamentaria.

Más recientemente, el Real Decreto 1262/2007 regula el Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (creado por el artículo 33 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de

medidas fiscales, administrativas y del orden de lo social). Corresponde al Consejo funciones como la promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación, de las personas por su origen racial o étnico, en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda, y en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios, así como el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua.

Para el cumplimiento de sus fines, el Consejo desarrollará, con plena autonomía funcional y con el apoyo del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, las siguientes competencias (art. 3):

a) Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación directa o indirecta por su origen racial o étnico, a la hora de tramitar sus reclamaciones.

b) Realizar con autonomía e independencia, análisis y estudios, así como publicar informes independientes sobre la discriminación de las personas por motivos de origen racial o étnico y sobre el respeto al principio de igualdad entendido como ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico de una persona. En el ejercicio de esta función el Consejo podrá:

1.º Emitir, a iniciativa propia o a petición de los órganos competentes de la Administración General del Estado, informes independientes sobre aquellos proyectos normativos, planes, programas y otras iniciativas relacionadas con el objeto y finalidad del Consejo.

2.º Elaborar y aprobar el Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico, y elevarlo al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.

c) Promover medidas que contribuyan a la igualdad de trato y a la eliminación de la discriminación de las personas por motivos de origen racial o étnico, formulando, en su caso, las recomendaciones y propuestas que procedan y, en particular:

1.º Analizar la normativa en relación con la igualdad de trato y no discriminación por motivos de origen racial o étnico, proponiendo iniciativas para su adopción o modificación.

2.º Presentar iniciativas y formular recomendaciones en relación con planes o programas de promoción de la igualdad de trato y no discriminación por origen racial o étnico.

3.º Asesorar e informar sobre las prácticas antidiscriminatorias indirectas en los diversos ámbitos de actuación.

4.º Promover actividades de información, sensibilización, acciones formativas y cuantas otras sean necesarias para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación.

5.º Establecer relaciones de intercambio de información y colaboración con órganos o instituciones análogas de ámbito internacional, nacional, autonómico o local.

6.º Establecer mecanismos de cooperación y colaboración con otros órganos, entidades y Altas Instituciones de defensa de derechos fundamentales.

d) Elaborar y aprobar la Memoria anual de actividades del Consejo y elevarla al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.

e) Cualquier otra función que, en el marco de sus competencias, se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria.

Todos los avances reglamentarios mencionados así como las políticas activas implementadas en los diferentes niveles de la Administración son los que pone en valor el Estado español en los comentarios presentados al Consejo de Europa respecto al cuarto Dictamen del Comité Consultivo sobre la implementación del Convenio Marco en base al Cuarto Informe y a la visita a España del Comité Consultivo, en julio de 2014⁶⁴¹. El

641

http://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/poblacionGitana/docs/4th_Com_Spain_ES.pdf

Gobierno comienza agradeciendo los “elogios” por parte del Comité Consultivo referentes a estas iniciativas *“así como el reconocimiento del progreso que ha experimentado la población gitana en aspectos fundamentales relacionados con la inclusión social, tales como educación, salud, empleo y vivienda, a pesar de los efectos de la crisis económica y de la brecha existente respecto a la situación de la mayoría de la población”*. A esto añade información adicional y varias aclaraciones para que también le sean valoradas, como la puesta en marcha de medidas dirigidas a aumentar el conocimiento sobre el Convenio Marco y el apoyo activo que se brinda desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad al Consejo Estatal del Pueblo Gitano. Este apoyo al Consejo Estatal del Pueblo Gitano se ha concretado en la participación activa del órgano en una de las reuniones del Grupo de Cooperación Técnica para la inclusión de la Población Gitana en las Comunidades Autónomas con las autoridades locales con la finalidad de que realice propuestas específicas a los siguientes documentos, entre otros: a) el Plan operativo de Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana en España 2014-2016; b) el Acuerdo de Asociación de Fondos Estructurales y de Inversión Europeos 2014-2020; c) la Propuesta de indicadores por la Agencia de la UE para los Derechos Fundamentales, y d) la Guía de recomendaciones de aplicación del principio horizontal de igualdad no discriminación en Fondos Estructurales y de Inversión Europeos 2014-2020 elaborado por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, entre otros documentos.

No obstante, el Gobierno de España no pierde la oportunidad de reafirmarse en su postura de que no existen nuevas circunstancias que permitan concluir que los mecanismos compensatorios de protección del Convenio Marco deberían aplicarse a otros individuos o grupos que no sean la población gitana. Por tanto, aunque el Convenio Marco constituye una “oportunidad” constante que presiona hacia la adopción un necesario desarrollo de las líneas normativas y de actuación que proporcionan resultados positivos, la potencialidad en su aplicación es restringida hasta el desaprovechamiento. La solución pasaría por la evolución hacia una firme actitud política de realización efectiva del respeto de las diversidades identitarias sin distinción y en compromiso profundo con los derechos humanos.

El 5 de abril de 2011 la Comisión Europea publicó la *“Comunicación sobre*

el Marco de la Unión Europea (UE) para las Estrategias Nacionales de Inclusión de la Población Gitana hasta 2020”, en el que establece por primera vez un marco general y común para el desarrollo de medidas y políticas en el ámbito nacional a partir de objetivos compartidos por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Este nuevo Marco Europeo obligaba a los Estados miembros, en proporción a su número de población gitana, a presentar sus propias Estrategias Nacionales antes de finales de ese año en ámbitos que abarcaban la educación, el empleo, la salud y la vivienda. El gobierno español, en cumplimiento de esta obligación, presentó a la Comisión Europea en Marzo de 2012 la Estrategia Nacional, donde establece el marco de trabajo para la inclusión de la población gitana.

La Estrategia define unos objetivos cuantitativos a alcanzar en el año 2020, así como unas metas intermedias en el año 2015, en cuatro áreas clave para la inclusión social: la educación, el empleo, la vivienda y la salud⁶⁴². La Estrategia tiene en cuenta la alta dispersión geográfica de la población gitana por lo que no adopta un enfoque micro territorial específico. Aun así, muchas de las líneas de actuación previstas (especialmente las que corresponden a los ámbitos de educación, salud y vivienda), se concentran en aquellos barrios o zonas urbanas en los que hay una mayor prevalencia de población gitana. Además, hay que tener en cuenta que la Estrategia se basa, tanto en el acceso de la población gitana a medidas y programas de carácter general (es decir, no exclusivamente concebidos para población gitana) y en el desarrollo de medidas específicas. Esto se traduce en que la financiación de las acciones necesarias para la consecución de sus objetivos procederá de dos vías: a) las partidas presupuestarias de políticas, planes y programas universales en cada área referida en las líneas de actuación, de las que se beneficiará la población gitana junto con el resto de ciudadanos; y b) las partidas presupuestarias específicas de las que se beneficiará preferentemente la población gitana.

⁶⁴² www.msssi.gob.es: “Hay varios objetivos nacionales de la Estrategia Europea 2020 de particular relevancia en términos de inclusión social: el aumento de la tasa de empleo entre 20-64 años (de 62,5% a 66% en 2015 y 74% en 2020), el aumento de la tasa de empleo femenino entre 20-64 años (de 55,8% a 68,5% en 2020), la reducción de la tasa de abandono escolar prematuro (de 31,2% a 23% en 2015 y 15% en 2020); el aumento de la proporción de población entre 30-34 años con estudios terciarios (de 39,4% a 41% en 2015 y 44% en 2020). Por último, España adopta como objetivo reducir entre 1.400.000 y 1.500.000 (en el período 2009-2019) el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social (de 10,6 a 9,1-9,2 millones)”.

Por otra parte, la comunidad roma/gitana dispone de una lengua propia, cuya promoción y defensa ha sido hasta la fecha notablemente débil o inexistente. Recordemos que la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias fue firmada por España el 5 de noviembre de 1992 y ratificada el 2 de febrero de 2001 y que en la Declaración que acompañaba la ratificación de la Carta, España declara que *“se entiende por lenguas regionales o minoritarias las lenguas reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Valencia y Navarra. Al mismo tiempo, España declara, a los mismos fines, que por lenguas regionales o minoritarias se entienden aquellas protegidas y apoyadas por los Estatutos de Autonomía en los territorios en los que éstas son tradicionalmente habladas”*.

En el primer informe que España envía al secretario general del Consejo de Europa en noviembre de 2002 se hace una sucinta mención a lengua romaní: *“El instrumento de ratificación de España de la carta Europea de lenguas regionales o minoritarias no hace referencia alguna a las lenguas referidas en la carta como “lenguas no territoriales” en tanto que la única lengua con esta característica a la que la carta podría ser aplicada es el romaní, hablada por personas de origen gitano, aunque apenas 100 personas utilizan esta lengua en España, esto es el 0,01% del número total de personas de este grupo que viven en España, mientras que en Alemania y Francia el porcentaje es del 70%”*. No obstante, a esto se puede objetar que, tal y como ha señalado el Parlamento Europeo, las dos funciones principales de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias es precisamente y por un lado, la protección de las lenguas en peligro de desaparición, y por otro lado, constituir un eficaz mecanismo de protección de las minorías, dos puntos que son especificados en los criterios de Copenhague como obligatorios para la adhesión de los Estados a la Unión Europea. Asimismo, el Parlamento ha manifestado que todas las lenguas de Europa son iguales en valor y dignidad, situando las lenguas amenazadas de desaparición como parte del patrimonio cultural europeo y no como un vehículo para aspiraciones políticas, étnicas o territoriales. *“Todas las lenguas, también las amenazadas de desaparición, reflejan unos saberes históricos, sociales y culturales y una mentalidad y una forma de creatividad y de crear que contribuyen a la riqueza y la diversidad de la Unión Europea y a los fundamentos de la identidad europea; que, por ello, la diversidad lingüística y la presencia de lenguas amenazadas en un país deben considerarse un activo en lugar de*

una carga, y conviene respaldarlas y fomentarlas como tales”⁶⁴³.

No obstante, en la efectividad del reconocimiento de la protección de la comunidad roma (y del resto de minorías), no debemos obviar la importancia crucial de la regulación a nivel regional. Los Estatutos de Autonomía y su legislación de desarrollo son piezas fundamentales, puesto que, en la asunción de las competencias por parte de las Comunidades Autónomas y del Estado que se deriva de la aplicación de los artículos 148 y 149 de la Constitución, los Estatutos de Autonomía suelen tener la competencia exclusiva en algunas materias cruciales para el tema que nos ocupa, como por ejemplo, las que inciden sobre los derechos sociales, aun cuando alguna de éstas, como la educación, son tan solo de desarrollo legislativo y ejecución de la regulación básica del Estado.

Al respecto, se observa una tendencia al alza en los denominados Estatutos de autonomía “de nueva generación” (esto es, los adoptados a partir de 2006) a incluir de forma expresa a la comunidad gitana en sus disposiciones. Así, el Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 De Marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) asigna a la Comunidad Autónoma la función de garantizar el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio en el artículo 9 (apartado 2), para a continuación recoger en el artículo 10 los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, entre los que se encuentra “*la promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social*” (10.3.21º).

Por su parte, el Estatuto de Cataluña incluye también una referencia expresa a la comunidad gitana en su Artículo 42, dedicado a la cohesión y el bienestar sociales. “(...) 7. *Los poderes públicos deben velar por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas y deben fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de reconocimiento recíproco, diálogo y mediación. También deben garantizar el reconocimiento de la cultura del pueblo gitano como salvaguarda de la realidad histórica de este pueblo*”.

⁶⁴³ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2013, sobre las lenguas europeas amenazadas de desaparición y la diversidad lingüística en la Unión Europea (2013/2007(INI).

El Estatuto de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León), en el CAPÍTULO IV, dedicado a los Principios rectores de las políticas públicas, consagra en el artículo 16. 23º “(...) *La no discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos colectivos étnicos, culturales y religiosos presentes en Castilla y León, con especial atención a la comunidad gitana, fomentando el entendimiento mutuo y las relaciones interculturales*”.

El Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón), después de que en el primer apartado del artículo 23 se establezca el mandato a los poderes públicos de promover y garantizar “*un sistema público de servicios sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica*”, el segundo apartado establece que los “*poderes públicos aragoneses promoverán las condiciones necesarias para la integración de las minorías étnicas y, en especial, de la comunidad gitana*”.

Asimismo, algunos Gobiernos autonómicos han puesto en marcha planes de acción específicos para la población gitana, como el País Vasco⁶⁴⁴, Cataluña⁶⁴⁵, Extremadura⁶⁴⁶ o Navarra⁶⁴⁷. No obstante, destaca el programa de intermediación laboral “Acceder”, operativo desde 2000 y que surge con el objetivo de conseguir la incorporación efectiva de la población gitana al mundo laboral. Presente en 14 Comunidades Autónomas y con 51 dispositivos integrados de empleo, tiene su origen en la financiación ofrecida por los Fondos Estructurales en el desarrollo de acciones dirigidas a la activación al empleo (formación vocacional y profesional, prácticas en empresas, mediación entre beneficiarios y empresas). El Programa está implementado por la Fundación Secretariado Gitano.

⁶⁴⁴ I y II Plan Vasco para la Promoción Integral y Participación Social del Pueblo Gitano (2004-2007) y (2007-2011).

⁶⁴⁵ I y II Plan Integral del Pueblo Gitano de Cataluña (2005-2008) y (2009-2013). [1] [SEP]

⁶⁴⁶ Plan Extremeño para la Promoción y Participación Social del Pueblo Gitano (2007-2013). [1] [SEP]

⁶⁴⁷ Plan Integral de Atención a la Población Gitana de Navarra (2011-2014). [1] [SEP]

A todo lo mencionado debemos añadir la existencia de barreras no siempre visibles que obstaculizan exponencialmente la incorporación real del colectivo en la vida económica, cultural y social. Los estereotipos y prejuicios presentes en nuestra sociedad suponen una influencia negativa y decisiva en las relaciones y la convivencia entre personas que pertenecen al colectivo y las que no. En esta cuestión vuelve a ser determinante las sinergias entre las administraciones públicas en todos sus niveles. Pero además, en este sentido se debe tener especialmente presente que la finalidad es la inclusión social y no la asimilación o la absorción del grupo, que llevaría implícita la pérdida de las características culturales que diferencian a la comunidad roma, con el consiguiente empobrecimiento cultural y humano de la sociedad. En esta inclusión la perspectiva debe ser pluridimensional: no solo abarcar el acceso efectivo a recursos, servicios y oportunidades, sino que debe aplicarse en la comprensión (y aquí sí, asimilación) generalizada en la sociedad de los valores igualdad, libertad y la tolerancia. Son estos los pilares indispensables que definen a la sociedad democrática actual, cuya realidad efectiva es la que debe primar en la cotidianidad de la comunidad roma.

b) Estatuto jurídico específico de las minorías lingüísticas

Las minorías lingüísticas pueden ser definidas como el *“grupo de personas que comparten, como rasgo innato a su identidad personal, un sistema de comunicación verbal o escrito, morfológica y gramaticalmente diferente a la lengua predominante común al resto de la población”*⁶⁴⁸. En la práctica, son pocas las Constituciones que optan por el reoncimiento expreso de derechos específicos lingüísticos. Lo que hacen, por regla general, es consagrar el pluralismo, el reconocimiento a la pluralidad de lenguas oficiales y la prohibición de discriminación por razón de ésta. Así las cosas, los derechos lingüísticos específicos son recogidos posteriormente en normas legislativas de desarrollo.

Esto es lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 14 de nuestra Constitución plasma la prohibición de discriminación por razón de la lengua, aunque no de forma expresa: la mayoría de la doctrina, a la que me suscribo, considera que es una de las condiciones que no pueden dar lugar a un trato desigual a las que se alude con la

⁶⁴⁸ VVAA, *“Derecho y minorías”*, Op. Cit., pág. 59.

expresión “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. A esto hay que añadir que el art. 3 del Título Preliminar, después de declarar el castellano como la lengua española oficial del Estado, establece que “*las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos*”, puesto que “*la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección*” (art. 3.3. CE). El Tribunal Constitucional ha concretado qué debemos entender con la proclamación de esta cooficialidad lingüística:

“(…) la "realidad plurilingüe de la Nación española" (STC 82/1986), que es asumida como un patrimonio cultural digno de especial respeto y protección (art. 3.3. CE) establece un régimen de cooficialidad lingüística del castellano, "lengua española oficial del Estado" (art. 3.1 C.E.), y de las "demás lenguas españolas", las cuales "serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos" (art. 3.2 C.E.). De suerte que en la organización territorial del Estado complejo que han configurado la Constitución y los Estatutos de Autonomía existen unos "territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística" en los que el uso por los particulares, a su elección, de una de las dos lenguas oficiales "tiene efectivamente plena validez jurídica en las relaciones que mantengan con cualquier poder público radicado en dicho territorio" (STC 82/1986, fundamento jurídico 3º).

Prosigue el Tribunal determinando las obligaciones que les corresponden a los poderes públicos al respecto:

De este modo, y con independencia de la realidad y el peso social de cada una de ellas (STC 82/1986, fundamento jurídico 2º), el régimen de cooficialidad lingüística establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía presupone no sólo la coexistencia sino la convivencia de ambas lenguas cooficiales, para preservar el bilingüismo existente en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con una lengua propia y que constituye, por sí mismo, una parte del patrimonio cultural al que se refiere el art. 3.3. Situación que necesariamente conlleva, de un lado, el mandato para todos los poderes públicos, estatal y autonómico, de fomentar el conocimiento y asegurar la protección de ambas lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad. De otro, que los poderes públicos deben garantizar, en sus respectivos ámbitos de competencia, el

derecho de todos a no ser discriminado por el uso de una de las lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma. (...)”.

Los Estatutos de Autonomía han establecido las siguientes lenguas oficiales en sus respectivos territorios:

- El euskera o vascuence, en el País Vasco (art. 6.1 EAPV), y en las zonas vascoparlantes de Navarra, conforme se regule en una Ley foral (art. 9 LRARFN).

- El catalán en Cataluña (art. 3.1 EAC), y la lengua catalana propia de las Islas Baleares en éstas (art. 3 EAIB).

- El gallego en Galicia (art. 5.1 EAG).

- El valenciano en la Comunidad Valenciana (art. 7.1 EACV).

En todos los Estatutos de Autonomía citados se declaran oficiales junto al castellano y se reconoce el derecho a usarlos, sin que en ninguno se imponga el deber de conocerlos. *"Sólo del castellano se establece constitucionalmente un deber individualizado de conocimiento, y con él la presunción de que todos los españoles lo conocen"* (SSTC 82/86 y 84/86). Además, se establece una especial protección de las siguientes modalidades lingüísticas autonómicas no oficiales:

- El habla aranesa en Cataluña (art. 3.4 EAC).

- El bable en Asturias (art. 4 EAAs).

- Las diversas modalidades lingüísticas de Aragón en ésta Comunidad (art. 7 EAAR).

El Estado español ha declarado que se entiende por lenguas regionales o minoritarias, las lenguas reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Illes Balears, Galicia, Valenciana y Navarra. Asimismo también se entienden por lenguas regionales o minoritarias las que los Estatutos de Autonomía protejan y amparen en los territorios donde tradicionalmente

se hablen, tal y como recoge el Preámbulo del Instrumento de ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992 (BOE 15 de Septiembre de 2001).

Efectivamente, podemos afirmar que tanto la jurisprudencia constitucional, como la legislación de desarrollo e, incluso, la doctrina, consideran los derechos lingüísticos como derechos subjetivos de gran importancia. Sin embargo, la controversia comienza a la hora de determinar si estamos ante un “derecho a la lengua” que revistiría la naturaleza jurídica de derecho fundamental. El Tribunal Constitucional se decanta por aludir a “derechos lingüísticos”, antes que utilizar la expresión “derecho a la lengua”,⁶⁴⁹ mientras que la doctrina se debate, sin consenso, entre considerarlos derechos subjetivos o derecho fundamental.

Jaume Vernet asegura que los derechos lingüísticos no son derechos fundamentales, sino que estamos ante concreciones que derivan del principio de pluralismo lingüístico: *“El pluralismo lingüístico tiene un reconocimiento constitucional, que se concreta en los textos a modo de principios y, eventualmente, como derechos individuales o colectivos”*. *“(…) si el principio del pluralismo lingüístico afecta a los demás principios y valores constitucionales, (...)”*⁶⁵⁰.

La ambigüedad jurídica que rodea la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos lingüísticos surge al considerar el lenguaje desde dos perspectivas diferentes: una pone el énfasis en su función como medio o forma de expresión, mientras una segunda perspectiva le atribuye una función de comunicación. Si consideramos el lenguaje como forma de expresión, podría encuadrarse dentro del derecho a la libertad de expresión y por tanto, formaría parte de un derecho fundamental, mientras que, si la

⁶⁴⁹ SORIANO, R., *“Los derechos de las minorías”*, MAD, Sevilla, 1999, pág. 97: *“El derecho a la lengua es el derecho a expresarse y comunicarse en la lengua propia. Es un derecho abstracto y genérico, que se concreta en una serie de derechos lingüísticos. Los derechos lingüísticos son las manifestaciones o vías de desarrollo de este genérico derecho a la lengua, que se desglosan en los siguientes: el derecho a expresarse y ser atendido en la lengua propia ante los poderes públicos, el derecho a recibir enseñanza en la lengua propia y el derecho a ser informado en la lengua propia en los medios de comunicación social. Estos son los derechos lingüísticos que aparecen recogidos en las leyes españolas de normalización lingüística, con carácter general, y en las constituciones y leyes de los países avanzados”*.

⁶⁵⁰ VERNET I LLOBET, J., en el Capítulo “Principios constitucionales y derechos en un Estado plurilingüe” del libro DE LUCAS, J., *“Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”*, Consejo Editorial del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 36-37.

consideramos como un medio de comunicación del individuo, encajarían en la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales. Susanna Mancini y Bruno de Witte afirman que la protección de la libertad lingüística debe incluirse dentro del derecho a la libertad de expresión puesto que el derecho fundamental protege no solo el contenido del mensaje sino la forma, medio o instrumento por la que se transmite, esto es, el lenguaje. E incluso van más allá: admiten que el uso de un lenguaje particular no solo cumple con una función de comunicación, sino que también es una manifestación de la identidad cultural del hablante.

Pizzorusso también considera que tanto el derecho a relacionarse con los poderes públicos como el derecho a recibir información en la lengua propia son manifestaciones del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la libertad de información que recoge el artículo 20 de nuestra Constitución: Para el autor, dado que el uso de una determinada lengua constituye un instrumento de manifestación del pensamiento, la libertad de lengua debe considerarse como una “libertad instrumental” respecto a la libertad de manifestación del pensamiento y debe, por tanto, tutelarse por las disposiciones constitucionales que protegen a estas últimas⁶⁵¹. Pizzorusso, por tanto, define la libertad de expresión como una libertad para expresarse de todo individuo en la forma o medio en la que decida hacerlo (libertad material y libertad formal de expresión).

A este argumento, Soriano plantea una réplica y una contrarréplica. La objeción que expone es que la libertad de expresión se refiere a contenidos, a materias, a lo que se dice, y no al medio o instrumento a través del cual, se expresa lo que se dice (en este caso, la lengua concreta). Como contrarréplica afirma que, si la lengua propia es la única lengua vehicular, esta lengua se convierte en el único medio para la expresión, y consiguientemente, si no se la reconoce como objeto de un derecho fundamental, el derecho a la libertad de expresión, se convierte en un derecho teórico y carente de eficacia. Y otro tanto cabe decir respecto al derecho a la libertad de información, ya que señala que no es lo mismo el derecho a la información en la lengua propia en los reclamos publicitarios, que la información en la lengua propia, siendo ésta vehicular, en las etiquetas de usos de producto al consumo especialmente peligrosos o que pueden resultar peligrosos, como pueden ser las medicinas⁶⁵².

⁶⁵¹ PIZZORUSSO, A., “*Minoranze e maggioranze*”, Einaudi, Torino, 1993, pág. 29.

⁶⁵² SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 101.

Ramón Soriano parece abogar por la consideración de los derechos lingüísticos como derechos fundamentales, pero entiende que, actualmente, este empeño estaría probablemente llamado al fracaso, ante la consternación que les provocaría a los actuales intérpretes natos de la Constitución, la solicitud de recurso de amparo de un particular que alegase la violación de sus derechos lingüísticos por ser éstos derechos fundamentales. Sin embargo, Soriano admite que sería posible presentar criterios de fundamentación de este hipotético recurso⁶⁵³. Asimismo, propone tres vías admisibles a la hora de lograr asimilar los derechos lingüísticos con los derechos fundamentales, aunque se decanta por la primera opción:

a) Considerar los derechos lingüísticos como modalidades de alguno de los derechos fundamentales bien consolidados en los ordenamientos constitucionales europeos y en el nuestro.

b) Considerar todos los derechos lingüísticos como modalidades de un derecho fundamental en concreto: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, contemplados en el art. 10.1 CE).

c) Considerar que los derechos lingüísticos constituyen conjuntamente un nuevo derecho fundamental: el derecho a la lengua.

Otra opción que ha contentado aparte de la doctrina es considerar el derecho a la lengua como un derecho cultural. Continuamente, la lengua de un grupo o pueblo es considerado como parte de su patrimonio cultural de manera que, sería razonable estimarlo como derecho cultural, lo que lo encuadraría fuera de las garantías y la protección reforzada de la que disfrutaban los derechos fundamentales. Sin embargo aquí también hay cierto grado de ambigüedad, porque ¿qué derechos pueden considerarse derechos culturales? Ningún instrumento internacional para los derechos humanos define los derechos culturales. Aun así, en el concepto de cultura, por regla general, se admite como contenido el idioma, la religión y la educación. Los derechos culturales se consideran, por tanto, como derechos humanos reales, encaminados a proteger una parte importante de la dignidad humana. Y es aquí donde se centra el problema: en la estrecha

⁶⁵³ SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 100.

relación entre derechos humanos y derechos fundamentales. Los derechos humanos son las exigencias éticas con vocación de positivación jurídica, mientras los derechos fundamentales son derechos subjetivos básicos que conforman un ordenamiento jurídico positivo. Soriano describe la relación circular que vincula a los derechos humanos y los derechos fundamentales. Los derechos humanos, como exigencias éticas, se concretan en derechos fundamentales, que generan, a su vez, nuevas exigencias éticas, las cuales posiblemente en el futuro den lugar a nuevos derechos fundamentales que se positiván en las constituciones venideras. La libertad de palabra exclusivamente en el Parlamento conseguida por los parlamentarios ingleses tras la llamada revolución gloriosa de 1688 se transformó después en una general libertad de expresión a partir de las revoluciones liberales de la segunda mitad del XVIII, de carácter formal y muy limitada, puesto que el poder público quedaba a salvo de la misma, y es hoy la libertad plena de expresión, una de cuyas formas es precisamente la crítica política contra las actuaciones de los poderes públicos.

Desde esta óptica los derechos lingüísticos podrían ser considerados como derechos humanos con facilidad, puesto que derivan del progresivo enriquecimiento de los derechos de la primera generación o derechos de libertad, pero tendrían dificultad en ser catalogados como derechos fundamentales propiamente dichos en nuestro ordenamiento jurídico, a los que pudiera aplicarse la protección especial indicada por el constituyente en cuanto al respeto al contenido esencial, las garantías procesales, la reserva legal, la reforma constitucional, etc”⁶⁵⁴.

La tendencia en Derecho Internacional ha sido consagrar el derecho a la lengua dentro de la categoría de derechos humanos denominados de segunda generación (derechos sociales, económicos y culturales). Estos derechos no se han plasmado en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. No obstante, es palpable una presión continua para que se consideren derechos fundamentales, si no dentro de nuestras fronteras tan fuertemente como en otros contextos internacionales como puede ser el sudamericano, por ejemplo (donde existen amplias minorías indígenas que reclaman la consolidación de derechos), si a nivel de exigir el bilingüismo como una manifestación de las opciones de libertad e igualdad que consagra y protege nuestro orden jurídico. Así

⁶⁵⁴ SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 99.

las cosas en nuestro país, se proclama la prohibición de discriminación por razón de la lengua en nuestra Carta magna, se adopta el castellano como lengua oficial del Estado y se declara que las demás lenguas españolas son también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. Los derechos lingüísticos específicos son recogidos posteriormente en normas legislativas de desarrollo, que, en algunos casos, se han visto moduladas en su interpretación por el Tribunal Contitucional por intentar imponer como única lengua la propia en sus respectivos territorios⁶⁵⁵ (contraviniendo el artículo 3.1 CE que establece que “*el castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla*”).)

c) Estatuto jurídico específico de las minorías religiosas

Las minorías religiosas son grupos cuyos miembros comparten unas convicciones o creencias religiosas comunes. Soriano los define como grupos religiosos que reciben un tratamiento jurídico desfavorable por parte del Estado, con independencia del número de sus miembros⁶⁵⁶, mientras que otros autores los identifican con aquellos colectivos

⁶⁵⁵ El Tribunal Constitucional anuló algunos aspectos de la legislación lingüística de comunidades autónomas como Cataluña, el País Vasco y Galicia. La STC 337/1994, de 23 de diciembre, por la que se resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo sobre ciertos preceptos de la Ley 7/1983, de 18 de abril, del Parlamento de Cataluña, de Normalización Lingüística en Cataluña. ENOCH ALBERTI ROVIRA, “El régimen lingüístico de la enseñanza. (Comentario a la STC 337/1994, 23 de diciembre)” (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2007303.pdf>): “*En concreto, la cuestión plantea la constitucionalidad de cuatro preceptos de la Ley de Normalización Lingüística en Cataluña: el artículo 14.2 reconoce el derecho de los niños a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual, sea ésta el castellano o el catalán (con lo cual el Tribunal Supremo entiende que se niega o excluye el mismo derecho respecto de los otros ciclos educativos); el artículo 14.4 establece que todos los escolares, sea cual sea la lengua de inicio de la enseñanza, «deben poder utilizar normal y correctamente el catalán y el castellano al final de sus estudios básicos» (norma que, en opinión del Tribunal Supremo, encierra un deber de conocimiento del catalán, deber que infringiría el art. 3 CE en la medida en que tal deber de conocimiento se reserva en exclusiva al castellano); el artículo 15, que, en correspondencia con el artículo 14.4, establece que no puede expedirse el certificado escolar a ningún alumno que, habiendo iniciado su enseñanza después de la entrada en vigor de la Ley de Normalización Lingüística, no acredite a su término un conocimiento suficiente del catalán y del castellano (disposición que, según el Tribunal Supremo, además de reincidir en la exigencia de deberes inexigibles constitucionalmente, invadiría la competencia estatal para el establecimiento de las condiciones de expedición de títulos académicos ex art. 149.1.30 CE) y, finalmente, el artículo 20, que prevé que el catalán se convierta en la lengua de uso normal en las actividades, internas y externas, de los centros docentes (y que, al hacerlo, relega la lengua castellana a una posición secundaria, pese a ser la oficial de todo el Estado, a juicio del Supremo)*”. El Tribunal Constitucional falla: 1) Declarar que los apartados 2 y 4 del art. 14, así como el art. 20 de la Ley 7/1983, de 18 de abril, del Parlamento de Cataluña, no son contrarios a la Constitución. 2) Declarar que el primer inciso del art. 15 de la antedicha Ley 7/1983, de 18 de abril, del Parlamento de Cataluña no es inconstitucional interpretado en el sentido expuesto en el fundamento jurídico 18.

⁶⁵⁶ SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 121: “*Lo que define a la minoría es su desventaja jurídica, no el número de sus miembros. Algunos consideran como minoría religiosa a una gran mayoría social perseguida por un estado confesional*”.

que mantienen sus convicciones o creencias religiosas frente a la mayoría de la población⁶⁵⁷. Hay que tener en cuenta que el hecho de que en un Estado exista una religión que sea seguida y practicada por un número pequeño de sus ciudadanos no significa *per se* que se encuentre en una situación de desventaja formal y jurídica frente a una mayoritaria y que sea necesaria su protección.

Realmente, estamos ante una cuestión que reviste gran complejidad: el reconocimiento a nivel jurídico de un grupo religioso minoritario necesitado de protección dentro de un Estado de Derecho implicaría, a su vez, reconocer que existe un grupo religioso mayoritario y dominante, y otro dominado, y por lo tanto, se asumiría que se está conculcando un valor superior: la igualdad. Asimismo, para eliminar esta desigualdad, el Estado deberían regular medidas de promoción y protección que garanticen su ejercicio en condiciones de igualdad con el resto de confesiones, lo que supondría para aquellos Estados que se declaran laicos no mantener un comportamiento neutral ante las creencias de los ciudadanos. No olvidemos que este comportamiento neutral del Estado laico, persigue, como señala Pérez Álvarez, la exclusión de cualquier trato discriminatorio, ya sea de favor o en perjuicio de la religión o de las confesiones⁶⁵⁸. Y toda acción a favor de una religión supone, además, un trato de favor respecto de una confesión religiosa en detrimento de otras.

Hay que admitir, como explica Pérez Álvarez, que en los regímenes democráticos no es fácil aplicar consecuencias jurídicas diferentes que se apliquen a los grupos confesionales. Por el contrario, las diferencias jurídicas son propias de los regímenes llamados confesionales, en los que el Estado, ya sea por razones ideológicas o por razones sociales, asume una doctrina religiosa como propia. El resultado en estos casos será una iglesia dominante y unos cultos minoritarios, tolerados o no, en el ámbito público, como ocurrió en largos períodos de la historia de España⁶⁵⁹, y de ésta historia se debe aprender y avanzar.

⁶⁵⁷ VVAA, “Derecho y minorías”, *Op. Cit.*, pág.120.

⁶⁵⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Reflejos del pasado en la gestión de la realidad islámica española contemporánea” en *E-legal History Review*, nº 9, 2010.

⁶⁵⁹ VVAA, “Derecho y minorías”, *Op. Cit.*, pág. 155.

Si hacemos una enumeración de los presupuestos básicos que debe cumplir el Estado con la intención de no privilegiar ninguna confesión o religión en su territorio, nos damos cuenta que se basan en mantener una actividad neutral. Estos son:

1) Aconfesionalidad del Estado: el Estado no posee una religión oficial, acepta todas las confesiones religiosas de sus ciudadanos (con los límites que establece que toda confesión debe respetar la Ley), sin distinción y sin adoptar una posición respecto a ninguna.

2) Consagración de la libertad de religión: este derecho comprende tanto el derecho a profesar una religión como a no profesar ninguna y el Estado debe mantener una posición pasiva al respecto.

Sin embargo, la consagración del derecho a la igualdad respecto del conjunto de religiones y confesiones existentes que debe regir las relaciones entre los poderes públicos y los grupos religiosos, obliga a un tratamiento jurídico igualitario, pero también obliga a que, en aquellos casos donde la igualdad formal no coincida con la real se puedan aprobar medidas de acción positiva. Es aquí donde se centran las principales críticas: si se exige del Estado una aconfesionalidad necesaria e indispensable para garantizar la libertad religiosa, ¿cómo no considerar la adopción de medidas de acción positiva una conculcación de esta neutralidad que puede esconder un privilegio a alguna confesión? Una mayor exigencia de justificación respecto de las causas objetivas que dieran lugar a estas medidas no parecen solventar el problema para muchos autores, pero tampoco es posible afirmar que situaciones diferentes puedan ser tratadas por igual: la desigualdad efectiva debe verse equilibrada. La laicidad del Estado se formula como un modelo de comportamientos basados en la pasividad y la no intromisión por parte de los poderes públicos en el ejercicio libre del culto o la religión de los ciudadanos, pero esta laicidad se respeta cuando el Estado mantiene lazos de cooperación con todas las confesiones religiosas, aunque signifique mantener un perfil activo en este aspecto.

“La distinción entre mayorías y minorías religiosas entra en una zona difusa porque, aunque puedan darse grupos religiosos socialmente mayoritarios, el Estado no puede reconocer consecuencias jurídicas a esa realidad. Esta es una afirmación válida con dos cautelas: 1º) Es perfectamente constitucional aplicar soluciones distintas para situaciones diferentes. Y, por otra parte, la libertad de conciencia exige el

reconocimiento del derecho a la diferencia, que es un precipitado de la identidad personal; todo ello dentro de lo que permitan los parámetros constitucionales propios de un estado democrático: libertad religiosa, igualdad y neutralidad. 2º) Las circunstancias históricas producen a veces residuos, impurezas, imperfecciones del sistema que pueden dar apariencia de tratamiento diferente para ciertos grupos sociales, como sucede en España con la Iglesia Católica; se trata, en nuestra opinión, de elementos que permanecen en el sistema como producto de la tradición, algunos seguramente de difícil encaje constitucional, pero que no pueden dar lugar a la reaparición de un sistema de iglesia dominante, Porque la propia constitución lo impide”⁶⁶⁰.

En referencia a nuestro país, se ha producido un cambio sustancial con la Constitución de 1978. Anterior a su promulgación la constante histórica fue la proclamación de la religión católica como la religión oficial del Estado, con las salvedades de las Constituciones de 1869⁶⁶¹ y de 1931⁶⁶² que incorporaban la libertad de culto. En este contexto de privilegio absoluto, el ciudadano tenía prohibido la práctica de otra religión que no fuera la católica. La Ley de Libertad Religiosa de 1967, supuso un avance en este aspecto, al reconocer derechos al conjunto de los no católicos como consecuencia de las presiones diplomáticas extranjeras que se ejerció sobre el régimen de Franco y la promulgación del Concilio Vaticano II⁶⁶³. Pero la ley cumplió con otro cometido nada loable: ofrecer una apariencia de liberalización de la dictadura ante la opinión pública internacional y la propia sociedad española, que contribuyó a su mantenimiento.

⁶⁶⁰ VVAA, “Derecho y minorías”, *Op. Cit.*, pág. 158.

⁶⁶¹ Art. 21: “La nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesasen otra religión que la Católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior”.

⁶⁶² Art. 27: “La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Los cementerios estarán sometidos a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos. Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas. La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros”.

⁶⁶³ La Dignitatis Humanae es una declaración del Concilio Vaticano II sobre la libertad religiosa, que fue promulgada el 7 de diciembre de 1965.

Es la Constitución de 1978 la que consagra la libertad de culto y el Estado aconfesional, produciéndose, por fin, la ansiada separación entre Iglesia y Estado:

Artículo 16 CE:

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.*

3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

Nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 16 CE acepta una configuración de la libertad ideológica, religiosa y de culto que incluye la adopción de un Estado aconfesional y, al mismo tiempo, la cooperación por parte de los poderes públicos con las organizaciones religiosas presentes en su territorio⁶⁶⁴. El Tribunal constitucional se ha referido a esta laicidad del Estado afirmando que está conformada por dos elementos fundamentales: la separación Iglesia-Estado y la neutralidad.

La separación Iglesia-Estado implica los siguientes elementos:

a) Tal y como lo expresa el tribunal constitucional, los valores, intereses o criterios religiosos no pueden erigirse en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos (STC 24/1982, de 13 de mayo FJ 1).

b) Autonomía de las confesiones religiosas frente al Estado.

⁶⁶⁴ Los límites al derecho fundamental se localizan en el “*mantenimiento del orden público protegidos por la ley*” (artículo 16.1 CE), que afecta a la proyección externa del derecho, esto es, sus manifestaciones. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa (7/1980, de 5 de Julio) determina con precisión los límites del derecho en su artículo 3.1: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto 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*”.

c) Las organizaciones religiosas son entidades no públicas, con funciones propias, esto es, religiosas, diferentes a las funciones propias del Estado. Por lo tanto, no es posible su confusión.

La neutralidad que debe mantener el Estado ante los asuntos religiosos, en consonancia con el respeto hacia el pluralismo ideológico, a lo que obliga es a *“una ausencia de valoración de lo religioso y en concreto que el Estado no considera relevantes las ideas religiosas para ordenar su funcionamiento ni conseguir los fines que como organización pública pretende. Así pues, los poderes públicos son imparciales con respecto de las convicciones, religiosas o no, de los ciudadanos, de modo que ideologías Y creencias deben ser tratadas por igual”*⁶⁶⁵.

Al respecto, la Carta magna nos proporciona un mandato de cooperación por parte de los poderes públicos con las organizaciones religiosas, que se refuerza con otro mandato constitucional: el contenido en el artículo 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a *“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”*. De esta forma, se nos configura constitucionalmente las funciones que corresponden al Estado en el pleno respeto y ejercicio de la libertad de culto y la fórmula que se nos proporciona es la cooperación. El Tribunal Constitucional ha denominado como “laicidad positiva” el modelo que establece la Constitución, en una alusión clara a la obligación de que el Estado disponga lo necesario para garantizar la efectividad y disfrute real del derecho a la libertad religiosa.

Sin embargo, no se establece el modo en el que los poderes públicos han de cooperar con las confesiones y comunidades religiosas. En la práctica, el instrumento jurídico de mayor relevancia a través del cual se ha arbitrado esta cooperación ha sido el pacto jurídico entre Estado y la entidad religiosa.

Las confesiones que han firmado un Acuerdo con el Estado español son: la Iglesia Católica, las Iglesias Evangélicas, las Comunidades Judías y las Comunidades

⁶⁶⁵ VVAA, “Derecho y minorías”, *Op. Cit.*, pág. 163.

Musulmanas. Pero existen diferencias sustanciales entre los Acuerdos celebrados por el Estado español con la Santa Sede y los Acuerdos de cooperación celebrados por el Estado español con evangélicos, judíos y musulmanes. Una de las diferencias más notorias la observamos en el hecho de que, mientras los primeros son equiparados a Tratados Internacionales, el resto tienen la consideración de leyes de las Cortes Generales⁶⁶⁶. Lo veremos con mayor detenimiento más adelante.

Además, en España existen Confesiones que tienen reconocido un notorio arraigo⁶⁶⁷ pero que no han firmado Acuerdo con el Estado. Aludimos a la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones), Testigos Cristianos De Jehová, Budistas, y la Iglesia Ortodoxa.

Después de exponer el esquema de reconocimiento de confesiones en nuestro

⁶⁶⁶ (http://www.observatorioreligion.es/diccionario-confesiones-religiosas/glosario/acuerdos_de_cooperacion.html). - Los Acuerdos celebrados con la Santa Sede: Son equiparados a Tratados Internacionales (firmados al amparo de la Constitución española). Se negocian por vía diplomática y, tras su ratificación por las Cortes, se firman por el Jefe del Estado. Para que tengan eficacia jurídica deben ser publicados en el Boletín Oficial del Estado. Su modificación o derogación debe hacerse conforme a lo previsto en el propio Tratado o a las normas generales del Derecho internacional. Los Acuerdos celebrados con la Santa Sede, vigentes en la actualidad, son los siguientes: - Convenio de 5 de abril de 1962, sobre reconocimiento, a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos, realizados en Universidades de la Iglesia; - Acuerdo básico de 28 de julio de 1976; - Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Jurídicos; - Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales; - Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos; - Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Asuntos Económicos; - Acuerdo de 21 de diciembre de 1994, sobre asuntos de interés común en Tierra Santa. - Los Acuerdos con el resto de confesiones: Estos tienen la naturaleza jurídica de una ley especial ordinaria (firmados al amparo de la LOLR) y se tramitan como tal en el Parlamento. Se negocian entre el Gobierno y los representantes nacionales de las respectivas confesiones religiosas. El contenido puede verse afectado por iniciativas legislativas posteriores sin que el Gobierno tenga más obligación que la de dar cuenta de ello a la confesión respectiva. En el caso de las confesiones con Acuerdo de cooperación firmado, el Notorio Arraigo se concedió a la confesión genéricamente (al protestantismo, al judaísmo y al Islam) así que, dada la diversidad que caracteriza estas religiones, se decidió que sería más conveniente que se articularan en Federaciones. Estas funcionan como estructuras representativas del conjunto de Iglesias o comunidades que las componen, facilitando su interlocución con el Estado. Las Federaciones firmantes son: - la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE); - la Federación de Comunidades Judías de España (FCJE); - la Comisión Islámica de España (CIE). El hecho de que los sujetos firmantes de los Acuerdos sean las Federaciones significa que el contenido de los mismos sólo puede ser aplicado a aquellas entidades religiosas que forman parte de las respectivas Federaciones.

⁶⁶⁷ www.observatorioreligion.es. La definición de los requisitos y el procedimiento para la obtención del notorio arraigo se han elaborado en el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España. Los requisitos que la confesión ha de reunir son los siguientes: - Llevar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas treinta años, salvo que la entidad acredite un reconocimiento en el extranjero de, al menos, sesenta años de antigüedad y lleve inscrita en el citado Registro durante un periodo de quince años. - Presencia en, al menos, diez Comunidades Autónomas y/o Ciudades de Ceuta y Melilla. - Cien inscripciones o anotaciones en el Registro de Entidades Religiosas, entre entes inscribibles y lugares de culto, o un número inferior cuando se trate de entidades o lugares de culto de especial relevancia por su actividad y número de miembros. - Estructura y representación adecuada y suficiente para su organización a los efectos de la declaración de notorio arraigo. - Presencia y participación activa en la sociedad española.

país, debemos recordar que el modelo de libertades propio de un sistema democrático, es aquel donde no cabe distinguir o privilegiar una confesión, iglesia o comunidad religiosa sobre otra. Tampoco permite la existencia de ideologías predominantes y exige la neutralidad de los poderes públicos frente a estas posiciones ideológicas o religiosas de sus ciudadanos, de la manera que ya hemos visto. Aún así, la Iglesia Católica es la que se nombra expresamente en el articulado constitucional, en atención, alegan como justificación algunos autores, a su presencia como confesión mayoritaria del conjunto de la sociedad española y su gran arraigo histórico⁶⁶⁸. Sin embargo, el trato de favor que la Carta Magna manifiesta hacia la religión cristiana podría ser considerada solamente una mención fruto de una deferencia histórica (no voy a entrar en la importancia y trascendencia intrínseca que se desprende de este expreso nombramiento en la norma fundacional del sistema jurídico que, en mi opinión y de todas formas, no podría obviarse fácilmente) si no se viera corroborado por los Acuerdos y Leyes posteriores. Sin ir más lejos, a la Iglesia Católica con la firma del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos económicos el 3 de enero de 1979, se le adjudican toda una serie de prerrogativas en materia de asignación tributaria y régimen impositivo⁶⁶⁹, que no pueden pretender justificarse en la obligación “*de cooperación*” constitucional, y muchísimo menos en la necesidad de igualdad real efectiva, ni de proporcionalidad que exige el Tribunal Constitucional ante una acción de “*laicidad positiva*”. La realidad social a la que responde la Iglesia Católica en nuestro país (y fuera de nuestras fronteras, en puridad), no ampara la necesidad de ninguna medida de acción positiva. Recordemos, pues, las características de la definición de “*laicidad positiva*” que nos proporciona nuestro máximo intérprete constitucional en la STC 46/2001, de 15 de Febrero:

1) Neutralidad religiosa.

⁶⁶⁸ AMORÓS, J.J., “*La libertad religiosa en la Constitución de 1978*”, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 167: Para el autor, la mención expresa de la Iglesia Católica en la Constitución no solo es razonable sino que lo no razonable hubiera sido no hacerlo: “(...) hubiera resultado mucha más agresiva la falta de mención”.

⁶⁶⁹ SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 128: “*La Iglesia Católica desde 1979 ha tenido garantizada hasta la fecha la aportación presupuestaria estatal, directa durante tres años o indirecta a través de la afectación tributaria de los ciudadanos, según se desprende del artículo II.2 del acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado y la Iglesia Católica, con el compromiso estatal (II.3) de que durante 10 años no bajaría la prestación porcentual del Estado, aun cuando la cifra no fuera alcanzada por la afectación tributaria de los ciudadanos*”. *La normativa fiscal reserva un pequeño porcentaje de los impuestos que todo ciudadano debe pagar, a un posible doble destino: la Iglesia católica o bien finalidades asistenciales del Estado. El contribuyente decide si prefiere una u otra opción. La opción religiosa solo es posible a favor de la Iglesia Católica y no a favor del resto de confesiones.*

2) Separación entre Estado e Iglesias o confesiones religiosas, de manera que no haya confusión ni de sujetos, ni de actividades ni de fines.

3) Cooperación estatal con las confesiones siempre que “*sea necesaria para que la igualdad y la libertad religiosa sean reales y efectivas*” o para “*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*”.

Asimismo, autores como Llamazares, consideran que los Acuerdos constituyen un riesgo para los derechos fundamentales de los ciudadanos, por la siguiente razón: la relación entre persona e institución es radicalmente distinta en el Estado y en la Iglesia. En los acuerdos el protagonismo se le otorga a los derechos de la Iglesia, y los derechos fundamentales de los ciudadanos como la libertad religiosa, la igualdad y la no discriminación o la libertad de expresión, si aparecen alguna vez mencionados, lo son en calidad de meros límites negativos de los derechos de la Institución⁶⁷⁰.

Las otras confesiones religiosas (islámica, protestante e israelita) no se han visto beneficiadas de una financiación estatal. En los acuerdos firmados con el Estado (Leyes 24, 25 y 26/1992) el artículo 11 establece que “*pueden recabar libremente de sus fieles prestaciones, organizar colectas públicas y recibir ofrendas y liberalidades de uso*”, teniendo en cuenta que la normativa fiscal reserva un pequeño porcentaje de los impuestos que todo ciudadano debe pagar, a un posible doble destino: la Iglesia Católica o bien finalidades asistenciales del Estado. El contribuyente decide si prefiere una u otra opción, pero en caso de escoger la opción religiosa solo es posible a favor de la Iglesia Católica y no a favor del resto de confesiones. Aunque realmente, a mi modo de ver, lo correcto y coherente en un Estado laico como el nuestro sería la eliminación de cualquier aportación fiscal a toda confesión por parte de los poderes públicos. El creyente puede hacer uso del instrumento jurídico de la donación, si lo desea, para ayudar a financiar la confesión de su elección.

Otra diferencia que podemos citar y que expone el tratamiento privilegiado de la Iglesia Católica se refiere a la educación religiosa. La Iglesia Católica y el Estado firmaron el Acuerdo de la Enseñanza en 1979, donde se establece la inclusión de la enseñanza de la religión católica en el sistema educativo y el pago por parte del Estado

⁶⁷⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “*Los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede*”, en www.olir.it

a los profesores de religión. Por el contrario, el artículo 10 de los tres acuerdos con el resto de confesiones no dice nada de este pago al docente a cargo del erario público, aunque consagre el derecho a recibir enseñanza religiosa del resto de confesiones. No obstante, es necesario decir que lo coherente con un Estado laico sería que los poderes públicos no asumieran el gasto de actividades de enseñanza religiosa en sus instituciones públicas. Citando a Fernández-Coronado: “*el Estado español está obligado a cooperar con las confesiones religiosas, sólo hasta donde sea necesario para que el individuo realice sus derechos fundamentales (art. 9.2 CE), y esto no incluye la financiación de los profesores de religión*”⁶⁷¹.

Otra de las distinciones especiales entre la Iglesia Católica y el resto de confesiones es el hecho de que, mientras los Acuerdos con la primera poseen la condición de Tratados Internacionales, los acuerdos con el resto de las confesiones de “*notorio arraigo*” son leyes ordinarias votadas en Cortes. La forma de aprobación es, por tanto, totalmente diferente, así como la interpretación de sus contenidos. En el caso de los Acuerdos con la Santa Sede, la Iglesia católica y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula, a través de unas comisiones de interpretación que cada Acuerdo crea. En el caso del resto de confesiones, los pactos alcanzados con el Estado están sujetos a las reglas de interpretación de las normas legales ordinarias. Asimismo, para la modificación del contenido de los Acuerdos y pactos rigen para los primeros, lo establecido al respecto para los Tratados Internacionales, mientras para los segundos, se han de seguir las reglas de modificación de las leyes ordinarias, esto es, la ley posterior deroga la anterior.

En otro orden se encuentran las Confesiones que tienen reconocido un notorio arraigo en España pero que no han firmado Acuerdo alguno con el Estado español, esto es, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (conocidos como Mormones, que vieron reconocido su notorio arraigo en 2003), Testigos Cristianos De Jehová (en 2006), Budistas (2007), y la Iglesia Ortodoxa (2010). Estas comunidades religiosas no tienen un régimen específico de relación con el Estado pero la declaración

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ-CORONADO, A., “*Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación*”, Madrid, Civitas, 1995, pág. 127.

de notorio arraigo tiene unos efectos que son los previstos en la normativa vigente en cada momento. A día de hoy, tales consecuencias legales son:

- La posibilidad de ser destinatario de un Acuerdo de cooperación con el Estado aunque la suscripción de dicho acuerdo no es obligatorio para el Estado.

- Formar parte de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (CALR) del Ministerio de Justicia.

- El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado según su forma religiosa en los términos previstos por la normativa civil.

Pero además de estos efectos legales, hay que tener en cuenta las consecuencias sociales de este reconocimiento ya que representa una legitimación pública del Estado a una confesión religiosa minoritaria.

Por último, podemos considerar el diferente tratamiento jurídico que se otorga a los grupos sociales en comparación con los grupos religiosos. Como muy bien argumenta Soriano, no se justifica este trato de favor a las confesiones religiosas en detrimento de los grupos sociales, por varias razones⁶⁷²:

- a) en el orden de los sujetos los grupos religiosos no entran dentro de las minorías susceptibles de una discriminación positiva.

- b) en el orden de la materia el interés religioso no es un interés prevalente en el conjunto de los intereses sociales que satisfacer el Estado.

- c) La colaboración estatal en el desarrollo de las actividades de interés social de los grupos religiosos puede sustanciarse dentro de un derecho común de asociaciones en el que en condiciones de igualdad puedan ser atendidos los grupos religiosos y los demás grupos de la sociedad.

Como conclusión se puede decir que aunque España entra en la categoría de Estados laicos, y aunque reconoce el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto como derechos fundamentales, existe una separación jurídica entre el Estado y la Iglesia

⁶⁷² SORIANO, R., “*Los derechos de las minorías*”, *Op. Cit.*, pág. 124.

Católica incompleta que debería ser revisada. La situación privilegiada a nivel constitucional y legislativa de la que goza la Iglesia Católica en modo alguno se corresponde con los principios del Estado laico y, desde luego, no resiste el juicio de laicidad positiva que impone el Tribunal Constitucional como posible justificación al trato desigual respecto al resto de confesiones, que, por cierto suelen denominarse en nuestro país como “*minoritarias*”. El interés religioso de los ciudadanos, que entra dentro del contenido del derecho fundamental a la libertad de culto y de pensamiento en general, debe ser protegido y garantizado por los poderes públicos, que duda cabe, pero ello nunca deberá ser a través de un derecho especial y específico creado casi “a la carta” para una determinada confesión que no necesita de ninguna acción positiva que equilibre desigualdades. Es, además, inexplicable que se mencione expresamente a la Iglesia Católica en el artículo 16 CE, obligando, desde la norma fundacional del ordenamiento jurídico, a que los poderes públicos mantengan relaciones de cooperación con ésta “*per saecula saeculorum*”. No es explicable que no se opte por una mención generalizada y abierta sin más, donde también estaría incluida la Iglesia Católica. Cabe entonces plantearse la hipótesis, cada vez más posible y real debido a la pérdida exponencial y continua de “creyentes”, de que la Iglesia Católica llegue a convertirse en una confesión casi inexistente o simplemente muy minoritaria, que no cumpla con los requisitos de “notorio arraigo” según el Reglamento para ser considerada jurídicamente. En este caso y por disposición constitucional, nada más y nada menos, los poderes públicos deberán cooperar y actuar como hasta ahora.

5.5. Consideraciones acerca de las minorías

El Derecho contemporáneo y la doctrina han manifestado un especial interés en el reconocimiento, desarrollo y protección de los grupos, como manifestación de un avance necesario en los sistemas democráticos cuya evolución sigue desbordando las iniciales –ya tan lejanas– concepciones liberales. No obstante y en puridad, no estamos ante una demanda de adopción o creación de nuevos derechos, diferentes a los ya reconocidos al resto de miembros de la sociedad donde se insertan: de hecho se puede observar como la gran generalidad de los derechos reclamados por los grupos minoritarios o nacionales no difieren de la de los miembros de las, llamémoslas un instante, mayorías. No olvidemos que la especial condición de vulnerabilidad sufrida por motivo de su diversidad es lo que exige que los derechos de éstos (de los que si disfrutaban

más equitativamente el resto de individuos) deban ser protegidos con la efectividad real de la que adolecen. Y es en este punto donde las reivindicaciones pueden parecer más innovadoras: la forma de arbitrar los mecanismos jurídicos y las instituciones necesarias al efecto, deben amoldarse a una nueva situación fáctica que supone un esfuerzo preceptivo e innovador en las sociedades actuales. En este marco normativo, el colectivo puede reivindicar la aceptación general de un carácter diferente en sus relaciones con el Estado, dentro del cual podemos encuadrar las demandas y negociaciones de autonomía de los pueblos indígenas que constituyen el eje central de la manifestación limitada del autogobierno de los pueblos⁶⁷³.

No obstante, la realidad se encuentra no solo con los graves obstáculos que se manifiestan en la falta de consenso jurídico ya mencionados, sino con la ausencia de un afirme voluntad política, lo que se traduce en que la realización efectiva del debido respeto de las diversidades identitarias sin distinción y en compromiso profundo con los derechos humanos, se pierda en los recovecos de la oportunidad política más titubeante, más nebulosa. Se debe abogar, sin reservas, por el reforzamiento en la protección y las garantías de las minorías que pasa por el perfeccionamiento y desarrollo de los derechos fundamentales adaptados a las necesidades propias de las minorías. Pero, además, y en paralelo, es preciso abordar dos tareas más en clave interna: a) adoptar las medidas de acción positiva necesarias para el acceso a una igualdad real y efectiva; y b) asumir la necesidad de una concienciación y educación de la sociedad en valores de tolerancia, igualdad, el respecto a la diversidad, así como la solidaridad con la diversidad humana. En definitiva, hablamos de la realización de los valores y principios del Estado democrático.

En cuanto al colectivo roma/gitano, hay que señalar que, aunque en algún grado

⁶⁷³ Como experiencia de ejercicio de la autonomía indígena podemos citar la Ley de Derechos de Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (México), aprobada en 1998. Consta de ocho capítulos que recogen disposiciones generales de los pueblos y comunidades indígenas sobre autonomía, cultura y educación, sistemas normativos internos, mujeres indígenas, recursos naturales y desarrollo. El texto reconoce expresamente la posibilidad de que los pueblos y comunidades adopten libremente las formas de organización social y política que corresponden a su tradición, así como modificarlas según sus sistemas normativos internos, sin más limitación que lo establecido en la Constitución Política Local y las leyes del Estado. (*“Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos”*, 2014, Documento elaborado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), bajo la dirección de Dirk Jaspers Fajier. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence=1)

se ha avanzado en las diferencias entre la situación social y económica del colectivo y el resto de la sociedad a través, fundamentalmente, de las políticas que se han puesto en marcha, la realidad dista de ser la deseada. La propia Estrategia lo precisa perfectamente: “la persistencia de prejuicios negativos hacia las personas gitanas en parte de la población española provoca que la población gitana siga siendo uno de los grupos hacia los que mayor rechazo social existe. Efectivamente, la discriminación y el rechazo social hacia el colectivo roma continúa siendo una realidad patente y dolorosa. Esto se refleja en el trato y las manifestaciones cotidianas hacia el colectivo y se profundiza dramáticamente en los ámbitos del empleo, la educación, los servicios y el acceso a la vivienda. Es imperativo persistir y promover las condiciones necesarias para consolidar una mayor presencia e interacción del colectivo en la esfera pública, el desarrollo de mecanismos de detección y denuncia de actuaciones discriminatorias en el acceso al empleo o a la vivienda o en cualquier otro ámbito, así como el fomento y concienciación de la cultura de la tolerancia y la igualdad. Representan éstos auténticos desafíos donde únicamente se puede admitir avanzar y progresar, por el riesgo real de un estancamiento que solo atraería un retroceso que supondría un inadmisibles “volver a empezar”. En este aspecto, en España el refuerzo de políticas más agresivas y concluyentes, así como una visión del problema en la que el análisis social y económico y la orientación internacional, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, no se rechace de plano, sino que se estudie y se extraiga la efectividad que la fundamenta, podría auxiliar a unos mejores resultados. En suma, las sinergias entre los instrumentos internacionales (universales y europeos) y las estrategias y acciones normativas desarrolladas en el plano interno (y, en nuestro caso, en el marco de la Constitución y de los nuevos Estatutos de Autonomía) constituyen un reto esencial de constitucionalismo multinivel.

6. EL NEGACIONISMO DEL HOLOCAUSTO JUDÍO COMO LÍMITE ILEGÍTIMO AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEFENSA DEL PUEBLO JUDÍO COMO COLECTIVO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES

6.1. Introducción al marco general del negacionismo del holocausto judío en Derecho

El fenómeno del negacionismo del genocidio judío constituye un tema de importancia creciente en un entorno jurídico como el nuestro, donde conviven democracias que se consideran consolidadas y en cuyo territorio han tenido lugar algunas de las masacres más deleznable de nuestra Historia reciente. Es en este contexto histórico y jurídico donde resulta trascendental trazar con cuidado cuáles son las líneas permisibles y las no admisibles de un derecho de la envergadura de la libertad de expresión, cuya relevancia capital para la pervivencia de la democracia no es puesta en duda.

Como explica Juan María Bilbao Ubillos el negacionismo del Holocausto judío comprende *“la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución. Así, el discurso negacionista niega la política de exterminio nazi contra los judíos. No solo la voluntad de exterminio del III Reich, sino la liquidación sistemática, masiva e industrial de la comunidad judía (la solución final no fue otra cosa que la expulsión de*

los judíos hacia el Este”⁶⁷⁴.

Ante la extensión del fenómeno, muchos Estados europeos han decidido reaccionar adoptando en sus legislaciones penales o legislaciones especiales el delito de negacionismo. De esta forma se procedió a tipificar de forma expresa la negación, minimización o justificación del Holocausto, además de incluir, en algunos casos, la tipificación de la negación de otros genocidios o crímenes contra la humanidad.

No obstante, el negacionismo ha tenido un tratamiento jurídico diferenciado en los Estados al verse influenciado por el bagaje histórico o por las presiones sociales y políticas, de forma que se le ha reconocido un alcance diferente en diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Así, se observa como mientras en países como Suiza, Francia, Bélgica, Alemania o Austria se incorpora en el códigos penales el delito de negacionismo del Holocausto judío, otros ordenamientos jurídicos (como el de España, antes de la declaración de inconstitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 607.2 del Código Penal que tipifica como delito la negación de genocidio) extienden a todos los genocidios las conductas punibles enmarcables dentro del delito del negacionismo.

En nuestro ordenamiento, la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 declaró inconstitucional la sanción penal de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio (previsión contenida en el artículo 607.2 del Código Penal anterior a la Reforma de 2015⁶⁷⁵), pero consideró constitucional la criminalización de las ideas o doctrinas que los justifiquen. Es en esta Sentencia, que va claramente contracorriente respecto de la tendencia internacional, donde el Tribunal desarrolla un replanteamiento de cuáles deben ser los límites de la libertad de expresión proclamado en el artículo 20 de la Carta Magna cuando entran en juego otros derechos constitucionalmente reconocidos como la igualdad o la libertad ideológica, en relación con el valor supremo dignidad. No puede dejar de reconocerse expresamente la valentía que rezuma el fallo,

⁶⁷⁴ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, (Nº 71-72), enero-agosto 2008, págs. 19-56.

⁶⁷⁵ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, entró en vigor el 1 de julio de 2015 y supone la reforma más profunda efectuada en dicho Código desde su aprobación en 1995. Con ella se modifican 252 de sus artículos y se suprimen 32.

al ir en contra de las consolidadas posiciones de la legislación y jurisprudencia europea.

Por otro lado, para este análisis es conveniente tener en cuenta que a pesar de esta tendencia, en el contexto europeo la libertad de expresión también se reconoce como una de las bases de toda sociedad democrática, y ésta no solo ampara informaciones, opiniones o juicios de valor favorables o neutras, sino que también despliega su protección sobre aquellas opiniones, ideas o informaciones que pueden resultar ofensivas, molestas o que causen una gran conmoción en la sociedad⁶⁷⁶. “*Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe «sociedad democrática»*”⁶⁷⁷. El artículo 10 del CEDH, reconoce sin ambages el derecho a la libertad de expresión pero no realiza concreción alguna de lo que debe ser considerado como manifestaciones del derecho. Sin embargo, como ocurre con todos los derechos, no se trata de un derecho absoluto, por lo que podrá ser objeto de restricciones por parte de los Estados con arreglo a las condiciones y requisitos que señala el propio art. 10.2 del CEDH.

Al mismo tiempo, las reivindicaciones para limitar la libertad de expresión cuando se trata de manifestar la negación o la discrepancia con la historia generalizada del Holocausto judío, se basan normalmente en la vulneración de “*la dignidad del pueblo judío*”, o “*el derecho al honor del pueblo judío*”, reclamando esta comunidad la titularidad de derechos fundamentales como colectivo. En muchos casos, los Tribunales, aún cuando no existe un reconocimiento jurídico de esta titularidad, se han pronunciado en sus sentencias como si así fuera.

Pero es preciso ir por partes, sin adelantar acontecimientos. Estamos ante otra controversia jurídica espinosa, delicada, donde el elemento emocional, además, cobra un especial protagonismo.

6.2. El revisionismo y el negacionismo. Encaje en la era de la posverdad.

⁶⁷⁶ Caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, Caso Castells contra España, de 23 de abril de 1992, Caso Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986.

⁶⁷⁷ Asunto Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda. Corte Europea de Derechos Humanos. Demanda nº 14234/88;14235/88, Sentencia del 29 de octubre de 1992.

Antes de nada, es menester hacer alusión a dos términos que frecuentemente se consideran como sinónimos en su uso lingüístico y que son trascendentales en el tema que nos ocupa: el revisionismo y el negacionismo. En efecto, nos encontramos con dos términos diferenciados, en la que el primero constituye la raíz del segundo, que es asimismo una degeneración del primero.

El *revisionismo*, en su acepción más amplia, hace alusión a la tendencia historiográfica que estudia y revisa las opiniones históricas consolidadas, a la luz de nuevos datos y conocimientos adquiridos tras la realización de nuevas investigaciones, con el resultado de una reinterpretación y reescritura de la historia. Todo historiador e investigador, en puridad, es un revisionista. En el ámbito de los estudios que se realizan sobre la Segunda Guerra Mundial, asimismo, se deben distinguir dos corrientes: por un lado, la corriente revisionista que acepta el holocausto como hecho histórico irrefutable y que intenta redistribuir la responsabilidad de lo que ocurrió exonerando en muchos aspectos a Hitler y relativizando el exterminio; por otro lado, la corriente negacionista, que niega la existencia alguna vez del holocausto, prescindiendo de cualquier norma historiográfica preestablecida⁶⁷⁸.

El negacionismo es una manifestación extrema del revisionismo. Se identifica con aquellas doctrinas según las cuales el genocidio llevado a cabo en la Alemania nazi en perjuicio de judíos, gitanos, enfermos mentales y miembros de razas que eran consideradas inferiores, no ocurrió realmente, constituyen un fraude histórico. *“Los negacionistas rebaten las principales pruebas que los países aliados han presentado para demostrarlo; así por ejemplo consideran que la Conferencia de Wannsee, nunca se produjo, y quienes admiten su celebración ven en ella un simple programa para el reasentamiento y la evacuación de judíos hacia el este de Europa. Otros estudios como los del escritor francés Paul Rassinier, quien había estado preso en Buchenwald, niegan la presencia de las cámaras de gas como método de asesinato en masa y consideran que el gas Zyklon B encontrado en los campos servía para desinfectar los barracones y erradicar las plagas de colchones y ropas con el fin de evitar así la propagación de epidemias. La mayoría de autores no rechazan la presencia de los hornos crematorios,*

⁶⁷⁸ PISANTY, V., *“L’irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo”*, Bompiani, Milano, 1998, págs. 6-7.

pero los observan como una lógica ante las muertes que se producían por enfermedad, hambre y muertes naturales. Los negacionistas intentan desacreditar los argumentos de las tesis oficiales (...). También sostienen que los testimonios de los supervivientes son contradictorios, que existen falsas declaraciones de presos realizadas bajo tortura y que la mayoría son más reflejo del rencor y los rumores que existían en los campos que resultado de las propias experiencias”⁶⁷⁹.

Pierre Vidal-Naquet hace una acertada sistematización de las características comunes a todo negacionista del holocausto. Se debe tener en cuenta que el autor asimila los dos términos, de manera que “*revisionismo*” y “*negacionismo*” tienen el mismo significado:

1. No hubo genocidio, ni cámaras de gas.
2. La “solución final” nunca fue otra cosa que la expulsión de los judíos al Este de Europa.
3. La cifra de las víctimas judías a manos del nazismo es muy inferior a la finalmente aceptada. Algunos autores negacionistas señalan que fueron 1 millón (Rassinier, Butz) y atribuyen gran parte de estas muertes a la aviación aliada.
4. La Alemania nazi no tiene la responsabilidad principal respecto a lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial, dicha responsabilidad se comparte con los judíos e incluso suelen afirmar que no tuvo ninguna responsabilidad.
5. El enemigo principal del género humano durante las décadas de 1930 y 1940 no fue la Alemania nazi, sino la URSS de Stalin.
6. El genocidio es un invento de la propaganda aliada, principalmente judía, y en particular, sionista, lo cual se explica por la propensión de los judíos a dar cifras exageradas bajo la influencia del Talmud.

⁶⁷⁹ ESPANYOL VALL, R., “*Breve Historia del Holocausto*”, Madrid, 2011, Editorial Nowtilus S.A., pág. 321.

Emanuela Fronza, identifica tres métodos utilizados por el negacionismo y que se identifican con tres estrategias diferentes⁶⁸⁰:

- Negacionismo minimizador, por el que se trivializan los crímenes acaecidos en el Holocausto.
- Revisionismo justificacionista, en el que se justifican los crímenes.
- Revisionismo negacionista, se niega directamente que alguna vez acontecieran tales crímenes.

Según afirma José Luis Rodríguez Jiménez en su trabajo “*El debate en torno a David Irving y el negacionismo del Holocausto*”⁶⁸¹ es a finales de la década de los setenta cuando el negacionismo aparece como un movimiento de propaganda con personalidad propia en Estados Unidos, como consecuencia de la consolidación de grupos racistas admiradores del Tercer Reich que existían desde los años treinta. En 1979 Willis Carto, antiguo miembro del grupo de presión Liberty Lobby, en California, con una sólida tradición antisemita, antisionista y antinegra a sus espaldas, pone en marcha el *Institute for Historical Review*⁶⁸², en Torrance (California), con la intención de ir más allá en las proposiciones de las teorías negacionistas desarrolladas por asociaciones especializadas. La manera en que ha desplegado todo su apoyo a la negación del holocausto es buscando su legitimación a través de estudios “*doctos*” y debates de profesionales de la Historia que le aportan un “halo” de intelectualidad y lógica. En estas charlas, debates y congresos organizados por el *Institute for Historical Review* han participado diferentes personas interesadas en difundir las ideas afines al nazismo, pero “de facto” sin credenciales en estudios históricos, entre los que se pueden citar a David Irving, Ernst Zundel, David McCalden o Arthur Butz. Bajo la dirección de Mark Weber, el *Institute for historical Review* ha ido desarrollando una amplia campaña de publicidad a través de anuncios colocados en los campus universitarios donde demanda un Comité

⁶⁸⁰ FRONZA, E., “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º. Época, nº 5 (2011), p.p. 119-120. En esta tarea de argumentación negacionista, señala Fronza que “*los valores se invierten, lo verdadero se confunde con lo falso, la realidad con la ficción. Los negacionistas, concentrados en el pasado, buscan ser reconocidos y legitimados como exponentes de una escuela historiográfica que lucha contra la «mentira de Auschwitz» (Auschwitzlüge) y se opone a la «verdad» oficial acerca del genocidio judío*”.

⁶⁸¹ RODRIGUEZ JIMÉNEZ, J.L., “El debate en torno a David Irving y el negacionismo del Holocausto”, *Cuadernos de Historia contemporánea*, 2000, nº 22.

⁶⁸² Una de sus principales actividades ha sido la organización de un Congreso Internacional anual, la *International Revisionist Conferences* (desde 1979 hasta 2004), y la publicación de la revista de carácter pseudocientífico *Journal of Historical Review* (desde 1980 hasta 2000). Actualmente difunde su información a través de su web (<http://www.ihr.org/>) y de *newsletters*.

para un Debate Abierto sobre el Holocausto.

El *Institute for Historical Review* ha disfrutado de una amplia publicidad a través de personajes como David Irving o Robert Faurisson. En Europa, resulta más conocido el francés Faurisson a raíz de los juicios en los que se ha visto envuelto a causa de sus escritos⁶⁸³. Robert Faurisson generó una gran controversia con un artículo, publicado en el *Journal of Historical Review*, y más tarde en un libro⁶⁸⁴, en los que negaba la existencia de cámaras de gas en los campos de exterminio nazis y la matanza de judíos y otros grupos durante el Holocausto. Declaró que, durante y tras la Segunda Guerra Mundial, él mismo albergaba sentimientos anti alemanes y que fue después de leer las obras de Paul Rassinier y Maurice Bardeche cuando empezó a cuestionar el Holocausto. Ha sido apartado de la docencia y de su puesto como analista de textos de la Universidad de Lyon por falsificar la historia, por difamación e incitación al odio racial. Dichas acusaciones se apoyan en la legislación anti-negacionista europea.

Otro de los personajes célebres entregado a las teorías negacionistas y propulsor de éstas es el británico David Irving. David John Cawdell Irving es un prolífico autor de títulos relacionados con la historia de la Segunda Guerra Mundial y el Tercer Reich⁶⁸⁵. La fama alcanzada a través de sus libros hicieron que el autor apareciera en numerosos medios de comunicación donde intentaba dar una imagen seria y de objetivo historiador. En 1977, publica uno de sus más conocidos libros: "*Hitler's war*"⁶⁸⁶ en el que analiza la Segunda Guerra Mundial desde la perspectiva de Hitler, mostrando a éste como un ser débil, ajeno al exterminio que se estaba produciendo hasta finales de 1943, y del que jamás partió la orden de que se llevara a cabo. El libro recibió de inmediato las más duras críticas desde instancias académicas y especialistas en la materia. Irving afirmaba que la

⁶⁸³ En 1990, con la aprobación de la Ley Gayssot contra el negacionismo del Holocausto, Faurisson fue procesado y multado. En 1991, fue expulsado de su puesto académico. En 1996, la condena fue confirmada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

⁶⁸⁴ Faurisson afirmaba que "*las pretendidas cámaras de gas hitlerianas y el pretendido genocidio de los judíos forman una sola y misma mentira histórica que ha permitido una gigantesca estafa político-financiera, cuyos principales beneficiarios son el Estado de Israel y el sionismo internacional y cuyas principales víctimas son el pueblo alemán -pero no sus dirigentes- y todo el pueblo palestino*".

⁶⁸⁵ IRWING, D., "*Pruebas contra el Holocausto*", Editorial Asociación Cultural Editorial Ojeda, 2008; IRWING, D., "*La guerra de Hitler*", Editorial Planeta, 1989; IRWING, D., "*Goring*", Editorial Planeta, 1989; IRWING, D., "*El camino de la guerra*", Editorial Planeta, 1990; IRWING, D., "*Los diarios secretos del médico de Hitler*", Editorial Saned, 1984; IRWING, D., "*Las armas secretas alemanas*", Editorial Bruquera, 1974.

⁶⁸⁶ IRWING, D., "*Hitler's war: and ther war path*", Focal Point Publications, Londres, 1991.

solución final fue operada por Himmler a escondidas de Hitler, a pesar de una orden formal de éste (noviembre de 1941) de no exterminar a los judíos. Esta pretendida orden resultó ser una llamada telefónica de Himmler a Heydrich la fecha del 30 de noviembre de 1941 desde el cuartel general del Führer, refiriéndose a un determinado contingente de judíos de Berlín y donde especificaba que la orden era no exterminar a ese particular contingente.

Uno de sus más célebres detractores ha sido Deborah Esther Lipstadt, profesora de Judío Moderno y de Estudios del Holocausto en la Universidad de Emory, y autora del libro *“La negación del Holocausto”*⁶⁸⁷, el cual contiene duros ataques dirigidos a Irving. David Irving la demandó (a ella y a la editorial que publicó el libro: Penguin Books) por libelo ante un tribunal británico, ganando el caso Lipstadt y la editorial, al demostrar que las acusaciones de Lipstadt contra Irving eran ciertas y, por tanto, no calumniosas. El Tribunal también determinó que Irving había tergiversado y manipulado deliberadamente hechos históricos bien documentados cuando escribió que Hitler no estaba al tanto del exterminio judío con la finalidad de mostrar los acontecimientos en concordancia con su ideología.

Sirva como ejemplo de la línea que sigue Irving en sus afirmaciones negacionistas las siguientes citas extraídas de su libro *“El camino de la guerra”*⁶⁸⁸:

“Creo demostrar en este libro que cuanto más se recluyó Hitler tras las alambradas y los campos de minas de su aislado refugio militar, más se convirtió Alemania en un Führer-staat sin Führer. La política interior estaba en manos de quien fuera más fuerte en su sector: de Hermann Göring a la cabeza de la poderosa oficina de economía encargada del plan cuatrienal; de Hans Lammers como jefe de la Cancillería del Reich; de Martin Bormann, el jefe del partido nazi; o de Heinrich Himmler, ministro del interior y Reichsführer de las SS, de pésima fama”.

“Ante el fenómeno del mismo Hitler, los historiadores son incapaces de comprender que era una persona normal y corriente, que daba paseos, que hablaba, que

⁶⁸⁷ LIPSTADT, DEBORAH E., *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. New York, Plume, 1993.

⁶⁸⁸ IRVING, D., *“El camino de la guerra”*, Focal Point Publications, Londres, 1978.

pesaba alrededor de setenta kilos, que tenía el cabello entrecano, casi todos los dientes postizos, y que sufría graves problemas digestivos. Para ellos Hitler es la encarnación del demonio, y así tiene que ser; sobre todo, por los sacrificios que tuvimos que hacer para destruirle”.

“El proceso de ridiculización tuvo en los juicios de Nuremberg por crímenes de guerra una forma más respetable. A partir de entonces, la historia se ha deformado por los métodos de la acusación consistentes en la selección de los cargos, en su posterior publicación en volúmenes perfectamente clasificados e impresos con esmero, y en la destrucción de cualquier documento que pudiera comprometer el esfuerzo de la acusación. En los juicios de Nuremberg, la culpa de todo lo sucedido pasó del general al ministro, del ministro al dirigente del partido, y de todos ellos, de forma invariable, a Hitler. Las leyendas prosperaron bajo el sistema de editores y periódicos «con licencia» impuesto por los vencedores en la Alemania de la posguerra. Ningún relato era demasiado absurdo para gozar de crédito en los libros de historia y en la memoria”.

Vidal Naquel, analiza en profundidad el fenómeno del revisionismo, del que sostiene que *“ha cobrado una amplitud inquietante. Una secta, minúscula aunque encarnizada, consagra a ello todos sus esfuerzos y acude a todos los medios: opúsculos, ficciones, tiras de dibujos, estudios pretendidamente eruditos y críticos, publicaciones especializadas, para destruir no la verdad, que es indestructible, sino la toma de conciencia de esa verdad. Para ser francos esa secta no se interesa ni por los enfermos mentales ni por los gitanos, y menos aún por los prisioneros de guerra soviéticos, sino únicamente por los judíos. ¿Por qué esta elección?”*⁶⁸⁹.

Por otra parte, el auge del revisionismo y el negacionismo se ven reforzados actualmente en el contexto de lo que se ha venido a denominar como la era de la “posverdad”. A finales del año 2017, el término “posverdad” fue incluido en el

⁶⁸⁹ VIDAL NAQUEL, P., “Los asesinos de la memoria”, 1994, Siglo XXI, México, 1994: *“Desde el día en que Robert Faurisson, universitario debidamente habilitado que enseña en una gran universidad, pudo expresarse en Le Monde, exento de verse refutado de inmediato, la cuestión ha dejado de ser marginal para convertirse en central, y quienes no tuviesen un conocimiento directo de los acontecimientos en cuestión, en especial los jóvenes tenían el derecho de preguntar si quería ocultárseles algo. De ahí la decisión de responder (...). ¿Responder cómo puesto que la discusión es imposible? Pues procediendo como se hace con un sofista, es decir con un hombre que se asemeja a quien dice la verdad y a quien hay que ir desarmándole pieza tras pieza sus argumentos para desenmascarar las falsas apariencias. (...) es menester comprender no solo el cómo de la mentira, sino asimismo el porqué”.*

Diccionario de la Real Academia Española con el siguiente significado: “*Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales*”⁶⁹⁰, mientras que la definición que proporciona el Oxford English Dictionary del término “*post-truth*”, lo considera como un adjetivo que califica aquellas “*circunstancias en las que los hechos objetivos son menos influyentes en la formación de la opinión pública que las apelaciones a las emociones y a las creencias personales*”⁶⁹¹. Por su parte, el Cambridge Dictionary también considera como adjetivo al término “*post-truth*”, para calificar aquellas “*situaciones en las que las personas son más propensas a aceptar un argumento basado en sus propias emociones y creencias, que otro que esté basado en hechos*”⁶⁹².

McIntyre se refiere a la “*post-truth*” como un término nuevo que no debe confundirse con la propaganda, al igual que los “*hechos alternativos*” pueden ser algo más que falsedades o mentiras. Para McIntyre, la posverdad define la forma en las que las personas reaccionan a la realidad, por lo que, la cuestión en la que debemos centrarnos “*no es si tenemos la teoría correcta sobre la verdad, sino como dar sentido a las diferentes formas en que las personas subvierten la verdad*”. No se trata de que los hechos en sí sean intrascendentes, sino de la convicción de que los hechos siempre se pueden presentar dentro de un contexto político que favorezca una interpretación de la verdad determinada⁶⁹³.

Arias Maldonado, no obstante, diferencia entre el posfactualismo y la posverdad. El autor habla del “*posfactualismo, o debilitamiento del poder persuasivo de los hechos*”, como el medio a través del cual la verdad es “*reemplazada por las narrativas y cada tribu moral pasa a habitar un mundo social propio sin margen posible para el entendimiento*”⁶⁹⁴. De esta manera, “*el posfactualismo designa la pérdida del valor persuasivo de los hechos en el debate público, de manera que éstos ya no serían determinantes para la configuración de las creencias privadas*”, mientras que la posverdad “*nos indica que la propia noción de verdad, y más concretamente de verdad*

⁶⁹⁰ <https://dle.rae.es/?id=TqpLe0m>

⁶⁹¹ <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>

⁶⁹² <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/post-truth>

⁶⁹³ MCINTYRE, L., “*Post-Truth*”, The MIT Press, Cambridge, 2018, pág. 16.

⁶⁹⁴ ARIAS MALDONADO, M., “Informe sobre ciegos: Genealogía de la Posverdad”, en: IBÁÑEZ FANÉS, J., ARIAS MALDONADO, M.; CAMPS, V., “*En la era de la posverdad. 14 ensayos*”, Calambur, Barcelona, 2017, pág. 65.

pública, habría dejado de tener sentido”⁶⁹⁵.

Keyes, pone de relieve el aumento exponencial de las oportunidades de engañar que suponen los avances de las tecnologías de la comunicación. Keyes aclara que la “mentira” alude “*a una declaración falsa hecha a sabiendas, con intención de engañar*”, y que “*mentiroso*” se refiere “*a alguien que deliberadamente transmite información falsa, con la intención de engañar*”. Al respecto, el autor admite su preocupación ante “*la pérdida de un estigma asociado a decir mentiras, y una aceptación generalizada del hecho de que las mentiras se pueden contar con impunidad. Mentir se ha convertido, esencialmente, en una transgresión sin culpa*”. Esto conlleva “*que las mentiras se cuenten tan rutinariamente que no siempre nos demos cuenta de cuándo estamos mintiendo, y mucho menos de cuándo se nos está mintiendo*”. De esta manera, “*la deshonestidad ha llegado a sentirse menos como la excepción y más como la regla. Junto con nuestra aceptación de mentir como un lugar común, hemos desarrollado formas ingeniosas de liberarnos de los ganchos éticos*”⁶⁹⁶.

Para Nesta Devine, antes de la invención de la imprenta, y en el marco “europeo” al menos, se manejaba una sola verdad, que era aquella revelada por Dios y cuya interpretación era proporcionada y monopolizada por los sacerdotes. Esta verdad revelada, estaba protegida y garantizada por las formas de gobierno, ya fueran jefes, monarcas o tiranos. La autora afirma que nuestro posterior respeto por la verdad puede derivarse de esa certeza medieval, que se encontraba profundamente inculcada. No obstante, y actualmente, la verdad revelada ha sido reemplazada por la verdad científica, que se muestra “escéptica” y exige la comprobación de los hechos, la existencia de pruebas y la explicación a través de teorías. Esto provoca que la verdad científica esté sujeta a evolución y cambios. “*Podría decirse entonces que la verdad científica fracasa en la gran prueba de la verdad absoluta, ya que siempre es provisional, no permanente, eterna, fija, cierta ---y, sin embargo, este elemento de permanencia sigue siendo aún una especie de deseo popular. Las expectativas populares de la verdad como un absoluto*

⁶⁹⁵ ARIAS MALDONADO, M., “Informe sobre...”, *Op. Cit.*, págs. 65-66.

⁶⁹⁶ KEYES, R., “*The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*”, St. Martin’s Press New York, 2004, pág.

reflejan la herencia de la verdad revelada”⁶⁹⁷.

Sin embargo, el ser humano se siente igualmente inclinado a decir la verdad como a mentir⁶⁹⁸ y lo que provoca la elección de una u otra opción van a ser las probabilidades de supervivencia que nos proporcione cada una. Si el engaño multiplica la posibilidad de cazar más presas, eliminar rivales y además, nos capacita para conseguir nuestros objetivos en cualquiera de los ámbitos en los que actualmente hemos creado “necesidades”, el ser humano engañará y se mostrará tolerante frente a esta demostración de deshonestidad. Al respecto, Keyes pone de relieve que si antes la honestidad era una proposición de todo o nada, actualmente han aparecido grados y diferentes niveles de honestidad, a lo que hay que añadir el hecho de que se ha producido un aumento de las circunstancias que desembocan en deshonestidad, mientras las que nutren la honestidad están disminuyendo⁶⁹⁹.

Rodríguez Ferrándiz señala que las diferencias esenciales entre la mentira tradicional y la mentira moderna son las siguientes: a) Las modernas tiene como objetivo una reescritura de la historia aun en contra del testimonio de los propios testigos, mediante una manipulación masiva de los hechos. Hasta ahora, las mentiras “tradicionales” sólo hacían *“un agujero en la tela de lo fáctico, y (...) jugaban con la ocultación (el secreto) y con la afectación del rival, del enemigo, sin afectar al cuerpo social en su conjunto. Es decir, la mentira tradicional pretendía ocultar tanto como la moderna pretende destruir (y reconstruir)”*; y b) Como consecuencia, la mentira actual tiene que valerse necesariamente del autoengaño para lograr su objetivo: solo a través de él se puede de crear una apariencia de fiabilidad. Partiendo de esta consideración, Rodríguez Ferrándiz hace un análisis donde admite su preocupación: *“La posverdad debe quizá su gloria, no sabemos si efímera, a que ha acertado a dar nombre al malestar producido por fenómenos distintos pero que parecen responder a un espíritu del tiempo, fenómenos que sugieren un fracaso del consenso intersubjetivo, que parte de fuentes bien informadas, sobre los hechos acaecidos. Es decir, la posverdad se nutre de la oscilación*

⁶⁹⁷ DEVINE, N., “Beyond Truth and Untruth”, en PETERS, M.A., RIDER, S., HYVÖNEN, M., BESLEY, T., *“Post-Truth, Fake News. Viral Modernity and Higher Education”*, Springer, Londres, 2018, pág. 147.

⁶⁹⁸ DARWIN, C., *“The Descent of Man”*. Rand, McNally, Chicago, 1874 , págs.106, 111–16, 120–21, 126–27.

⁶⁹⁹ KEYES, R., *“The Post-Truth Era: Dishonesty...”*, *Op. Cit.*, pág. 17.

indecible entre versiones de la realidad que parecen no poder someterse a prueba de falsación y, en ese caos, bien la confianza ciega en fuentes que no habrían merecido crédito, bien la desconfianza rampante hacia otras que lo tenían ganado y pensaban que era de por vida. Que todo ello suceda en una época que ha consagrado la “transparencia” como gran imperativo no sólo de todo lo público, sino de la publicidad de todo lo privado, y por lo tanto de su inmólación sacrificial en las pantallas y en las redes sociales, en una época que produce, difunde, exhibe ingentes cantidades de “datos” y los enarbola como si fueran emanaciones de la verdad, no puede sino inquietarnos”⁷⁰⁰.

Ulrich Beck hace referencia a la existencia de una modernidad contextual que constituye un nuevo paradigma en cuanto los procesos de sociabilidad de los individuos. En el contexto actual, los individuos obtienen mayor información, lo que puede traducirse en un mayor conocimiento de los asuntos que suponga una forma de ser más libres en la toma de decisiones, pero, al mismo tiempo, esta libertad tiene como características inherentes el indeterminismo, el riesgo y la precariedad. Esto se debe a que los nuevos procesos para la obtención de la información cada vez están más vinculados a las tecnologías de la información, por lo que existe un altísimo riesgo de que ésta pueda ser parcial, arbitraria o totalmente falsa⁷⁰¹.

En puridad, nos encontramos ante un fenómeno tan reciente respecto a su desarrollo y expansión como consecuencia de los avances tecnológicos modernos, que su desarrollo deberá ser sometido a profundos estudios en tiempos venideros. El hecho de que ante determinadas situaciones las personas tiendan a aceptar, sin más, un argumento basado en sus propias emociones y creencias, imperando sobre otro que esté basado en hechos probados, debe ser analizado con cuidado, puesto que hay que ponderar cuando podemos estar ante una mera declaración de opinión o, por el contrario, los fines y los resultados “de facto” que persiguen estos argumentos conculcan valores y bienes jurídicamente protegidos. Lo que si debemos tener claro desde el inicio es que la potencialidad que abarcan los medios tecnológicos actuales convierten una negación de hechos que constituya una mera manifestación de pensamientos u opiniones, en un acto

⁷⁰⁰ RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, R., “Máscaras de la mentira. El nuevo desorden de la posverdad”, Valencia, Pre-textos. 2018, pág. 211.

⁷⁰¹ BECK, U., “La sociedad del riesgo global”, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

cuyo análisis debe realizarse teniendo en cuenta este alcance, pero sin perder de vista la clasificación realizada por Hannah Arendt al hablar sobre verdad, en la que distingue tres conceptos fundamentales: la verdad factual (factual truth) que se refiere a eventos y circunstancias, la verdad racional (rational truth) que son verdades de la matemática, ciencia o filosofía y, por último, la opinión, que es la consideración de un asunto desde un punto de vista particular⁷⁰². A la postre, por cierto, el inquietante “estado de posverdad” ya ha sido descrito por Arendt:

“El resultado de una constante y total sustitución de la verdad de hecho por las mentiras no es que las mentiras sean aceptadas en adelante como verdad, ni que la verdad se difame como una mentira, sino más bien que el sentido por el que nos orientamos en el mundo real --- y la categoría de la verdad versus la falsedad que está entre los medios mentales para alcanzar este fin --- queda destruido. Y para este problema no hay remedio”⁷⁰³.

6.3. Regulación de la penalización del negacionismo en Derecho Constitucional Comparado

Los instrumentos específicos de represión a la incitación al odio tienen una gran importancia en referencia a la negación del genocidio. Estas disposiciones se incluyen en los instrumentos jurídicos más generales en las legislaciones internas de los Estados en la lucha contra la discriminación. En este ámbito interno son bastantes recientes.

El negacionismo está considerado como delito en la mayoría de los países europeos, como sucede en Suiza, Francia, Bélgica, Alemania o Austria. Algunos Estados lo han incorporado directamente en el código penal o posteriormente, a través de una reforma (como España, Suiza, Portugal y Alemania), mientras otros han optado por introducirlo a través de una ley extra codicem (Bélgica). Asimismo puede observarse un carácter homogéneo en cuanto a la determinación de las conductas punibles del delito, al ser generalizado el uso de tres verbos en ello, que se utilizan para definir el significado

⁷⁰² ARENDT, H., “*Truth and Politics*”, The New Yorker, 1967, pág. 50.

⁷⁰³ ARENDT, H., “*Verdad y mentira en la política*”, Página indómita, Barcelona, 2017, págs. 68-69.^[1]^[2]^[3]^[4]^[5]^[6]^[7]^[8]^[9]^[10]^[11]^[12]^[13]^[14]^[15]^[16]^[17]^[18]^[19]^[20]^[21]^[22]^[23]^[24]^[25]^[26]^[27]^[28]^[29]^[30]^[31]^[32]^[33]^[34]^[35]^[36]^[37]^[38]^[39]^[40]^[41]^[42]^[43]^[44]^[45]^[46]^[47]^[48]^[49]^[50]^[51]^[52]^[53]^[54]^[55]^[56]^[57]^[58]^[59]^[60]^[61]^[62]^[63]^[64]^[65]^[66]^[67]^[68]^[69]^[70]^[71]^[72]^[73]^[74]^[75]^[76]^[77]^[78]^[79]^[80]^[81]^[82]^[83]^[84]^[85]^[86]^[87]^[88]^[89]^[90]^[91]^[92]^[93]^[94]^[95]^[96]^[97]^[98]^[99]^[100]

del delito de negacionismo: negar, justificar y minimizar. De esta manera, no solo es punible la negación, sino también la justificación o la aprobación, “*con el riesgo de que se reprima incluso a aquellos que reinterpreten o discutan tales episodios históricos sin negarlos de modo alguno*”⁷⁰⁴.

Respecto al bien jurídico que protege el tipo penal existen diferencias significativas entre Estados: Alemania lo identifica con la paz pública, Suiza y Francia con la paz social y la dignidad humana.

Por último, podemos señalar en esta introducción que, mientras algunos ordenamientos jurídicos (como Suiza y Portugal) extienden a todos los genocidios, las conductas punibles enmarcables dentro del delito del negacionismo, otros países han optado por referirse solo a la negación del Holocausto (Francia, Alemania y Bélgica).

En el caso concreto de nuestro ordenamiento, el artículo 510 del Código Penal sigue esta línea, siendo uno de los preceptos más destacados de la reforma penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y que trataremos más tarde. Como adelanto, podemos señalar que contempla una redacción que el Gobierno justificó en que la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, que debía “*ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico*”.

6.3.1. El Negacionismo en Estados Unidos

En Estados Unidos la redacción de la I enmienda es contundente. El Congreso no puede aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión:

⁷⁰⁴ FRONZA, E., “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria.”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª. Época, nº 5 (2011), pág. 120: “*Negar un acontecimiento implica, fundamentalmente, cuestionar su existencia o pretender simplemente que no tuvo lugar. Se trata, por ejemplo, del caso de los que declaran que el régimen nacionalsocialista no tenía la intención de eliminar al pueblo judío, negando así el genocidio. Justificar: el evento está justificado como respuesta a una masacre anterior o bien, más genéricamente, a un evento o acontecimiento. No se cuestionan las acciones cometidas contra un grupo determinado, sino que se pretende aportar las pruebas de su legitimidad. Se trata, por ejemplo, del caso de una grave masacre que se considera una acción de legítima defensa contra un pueblo o un grupo hostil al gobierno. Minimizar: se relativiza, «es una de las tantas masacres». El legislador se aventura aquí en el delicado terreno de las publicaciones científicas que interpretan, a veces relativizando gratuitamente, la magnitud de un crimen contra la humanidad y/o que cuestionan su carácter monstruoso y violento. Se trata, por ejemplo, del caso de los que describen como un detalle de la historia el episodio de las cámaras de gas*”.

“I ENMIENDA:

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de expresión o de prensa (...)”

La redacción pone de manifiesto el valor preeminente que se le reconoce en la política y la cultura norteamericana a la libertad de expresión. Es la norteamericana una concepción de casi absoluta protección del derecho que se traduce en que “*los periódicos y revistas pueden publicar, sin ulteriores consecuencias penales, expresiones duras, provocadoras, falsas, malintencionadas e incluso discriminatorias sobre grupos étnicos y religiosos minoritarios*”⁷⁰⁵.

Estados Unidos opta por no obstaculizar el debate público y abierto, dentro del cual se considera que van a prevalecer siempre las ideas que sean más convincentes. Así lo manifiesta el juez Holmes en la sentencia *Abrams v. United States* (1919): “*la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios*”.

Sin embargo, posteriormente, será el propio juez Holmes quien marque una nueva tendencia en el reconocimiento de los límites de la libertad de expresión en el asunto *Schenck v. United States* (1919). Con su Voto particular describe su célebre test del *clear and present danger*, que consiste en determinar en cada caso concreto si las palabras y expresiones utilizadas son de tal naturaleza y se pronuncian en tales circunstancias que constituyen un claro e inminente peligro (*clear and present danger*) de causar “*males*” que el Congreso tiene derecho a prevenir. En definitiva, lo que proclamó el juez Holmes fue que una expresión podía ser considerada ilícita cuando creara un riesgo claro e inminente de daños a derechos jurídicamente protegidos⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ TORRES DEL MORAL, A., “*Libertades Informativas*”, Madrid, Colex, 2009, pág. 179.

⁷⁰⁶ PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., “*La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*”, Madrid, Lex Nova, 2007, p.108: “*La tesis de la que se parte en esta doctrina es que la Primera Enmienda sólo protege aquellas expresiones que buscan aceptación en la sociedad a través del proceso democrático de discusión y toma de acuerdos conjuntos. De esta manera, se permite la represión de aquellas expresiones que acarreen un daño relevante a la sociedad. Sin embargo, puede que la relación entre la causa (el discurso) y el efecto (el daño sustantivo que de él se deriva) sea tan remota*”

En el test, los elementos a analizar son:

a) El daño a evitar. Debe ser sustantivo, grave y el Estado debe tener derecho a intervenir para prevenirlo, después de haber realizado la contraposición necesaria entre los intereses individuales protegidos en la libertad de expresión y los intereses colectivos.

b) Debe existir un riesgo claro, es decir, debe existir una causa próxima y cierta entre la expresión objeto de análisis y el perjuicio que se pudiera producir.

c) la posibilidad real de daño debe ser en el tiempo presente, ya que se caracteriza como un daño inminente e inmediato el que es objeto de restricción⁷⁰⁷.

Esta doctrina encuentra un gran apoyo en el juez Brandeis y es la que sigue el Tribunal Supremo hasta finales de los años 50. Posteriormente se perfila y se refuerza en el caso *Brandenburg v. Ohio*, donde la Corte reconoce que el discurso de un miembro del Ku Klux Klan es totalmente reprobable, pero al no ser posible demostrar la relación de causalidad entre las manifestaciones del sujeto y la comisión de delitos o actividades ilegales, el Tribunal no duda en revocar la sentencia anterior donde si se condenaba al miembro del Ku Klux Klan por sus manifestaciones racistas.

Posteriormente, el Tribunal Supremo también ha aplicado el *balancing test* o test

o improbable que, de hecho, el orden público o la seguridad nacional no se vean amenazados en tiempo presente. Entonces, se concluye, a este respecto que en estos casos la mejor forma de protegerse es a través del debate de las ideas, pues la libertad de expresión debe preferirse a la persecución penal. Bajo la doctrina del clear and present danger, la libertad de comunicación sólo podrá ser restringida cuando exista un peligro claro, real y actual de que un daño que el Estado tiene potestad de evitar, se producirá como consecuencia directa del uso de esta libertad”.

⁷⁰⁷ David Martín Herrera expone un imponente análisis sobre la doctrina del extreme speech en los Estados Unidos en MARTÍN HERRERA, D., “*Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, pág. 86: “...¿Qué es lo que nos viene a decir el test del clear and present danger? Detectamos en su enunciado la conjunción de tres elementos necesarios para que el discurso en cuestión pueda corresponder con alguno de los elementos delictivos que la norma trata de reprimir. Por su importancia consideramos que cada uno de ellos debería ser analizado de forma independiente y en conjunción con los demás. Solo de esta forma, en el supuesto de que alguno de los tres no fuese detectado o no se enlazara con los demás, el test debería decaer en su pretensión”. Martín Herrera apostilla que los tres elementos a analizar son el *clear*, o la probabilidad evidente de que un riesgo importante sobrevenga de manera inaplazable; el *present*, esto es, que el riesgo sea tan inmediato que su perjuicio sea incuestionable (razón por la que el autor considera más apropiado utilizar la expresión *imminent*); y el *danger*, o que el peligro sea tan significativo que solo una rápida actuación sea capaz de evitarlo (MARTÍN HERRERA, D., “*Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la...*”, *Op. Cit.*, pág. 86).

ponderativo, una técnica de interpretación constitucional que es más flexible y donde se analizan los bienes jurídicos en conflicto (intereses públicos y derechos individuales) y se determina cuál “pesa” más en el caso y cuál debe “rendirse”. De esta manera, no hay que considerar en abstracto que un derecho se encuentra en un escalón jerárquicamente superior, sino que se parte de la colisión de bienes jurídicos específicos y se sopesan los diferentes elementos del caso concreto para establecer cuál de las dos regulaciones resulta más justificada para proteger el respectivo derecho o bien.

De lo que no hay duda, es de que de un tiempo a esta parte, ha surgido un debate en Estados Unidos que aboga por una reconsideración de las pautas a seguir para limitar la libertad de expresión de forma lícita, a la manera que ya lo hace Europa, incorporando tipos penales en los códigos penales. Pero de momento, no existe un cambio consolidado al respecto.

6.3.2. El negacionismo en Francia: la Ley Gayssot

El 13 de julio de 1990, es promulgada en Francia la ley nº 90-615, más conocida con el nombre del diputado comunista que la promovió: la Ley Gayssot. Esta ley añadió un nuevo apartado al art. 24 de la ley general de 1881 que ya contemplaba la sanción por la apología de los crímenes contra la humanidad. Se incluye, pues, el 24 bis, que establece que *“serán castigados con idénticas penas (que las previstas en el artículo 24 relativo a la provocación al odio racial) quienes hayan puesto en duda, por uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o de varios crímenes contra la humanidad, tal como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del tribunal militar internacional anexionado al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, y que han sido cometidos, sea por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho estatuto, sea por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”*.

La Ley Gayssot fue aprobada por una amplia mayoría de las dos Cámaras del Parlamento francés, aún cuando fue puesta en duda su constitucionalidad y su conformidad con la Declaración de derechos del hombre de 1789. Como consecuencia, desde su adopción, la ley Gayssot provoca fuertes debates donde no solo es cuestionada por grupos de extrema derecha o de la ultra izquierda sionista que simpatizan y apoyan

las ideas negacionistas, sino también por grupos, que aún resultándoles deleznable las tesis negacionistas, se erigen en defensores acérrimos de los principios democráticos y, por tanto, de la libertad de expresión”⁷⁰⁸.

Para definir qué se entiende por crímenes contra la humanidad, el legislador francés remite al art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg: *“A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”*. De esta manera, se circunscribe la norma *“entendiendo que esta norma tiene la capacidad de delimitar el riesgo de que el juez se transforme en juez de la historia (...). El juez, en efecto, debe verificar si las afirmaciones revisionistas o negacionistas cuestionan la existencia de crímenes contra la humanidad cuyos autores fueron condenados por una jurisdicción”*⁷⁰⁹.

Sin embargo y como señala Bilbao Ubillos, de esta manera en la Ley Gayssot se identifica la verdad histórica con la verdad judicial establecida por el Tribunal de Nuremberg, puesto que alude expresamente a la definición de crímenes contra la humanidad contenida en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945⁷¹⁰.

Francia dio un paso más en la regulación y represión del negacionismo. El Senado francés ratificó el 23 de enero de 2012 la proposición de ley aprobada por la Asamblea Nacional el 22 de diciembre de 2011, por la cual se establece la sanción penal (de hasta un año de prisión y 45.000 euros de multa) a la negación pública del genocidio armenio. La norma venía a castigar el negacionismo de un genocidio reconocido por Francia en una ley de 2001. Entre el grupo de senadores que se opusieron a la iniciativa estuvieron los que consideraban que entre las funciones del Parlamento francés no se encuentra el

⁷⁰⁸ Michel Troper, Catedrático de la Universidad de París X (Nanterre) ha desarrollado un interesantísimo trabajo acerca de la Ley Gayssot y la Constitución, donde analiza los límites de la libertad de expresión en relación con esta polémica ley, en *“Derecho y negacionismo: la Ley Gayssot y la Constitución”* y que he podido encontrar en la siguiente dirección: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0101110957A>.

⁷⁰⁹ FRONZA, E., *“¿El delito de negacionismo?...”*, *Op. Cit.*, págs. 130-131.

⁷¹⁰ BILBAO UBILLOS, J.M., *“La negación del holocausto en...”*, *Op. Cit.*, págs. 19-56.

decidir cómo se escribe la historia y el fomentar la división entre los franceses. La Comisión Legislativa de la Cámara Alta, presidida por el socialista Jean-Pierre Sueur, llegó incluso a emitir un dictamen negativo el 18 de enero de 2012, al considerar que la creación de un delito penal por negar el genocidio armenio podría vulnerar diversos principios constitucionales, entre ellos el de la libertad de expresión. A pesar de todo, la ley salió por 127 votos a favor, 86 en contra y 24 abstenciones. Un centenar de senadores se ausentaron.

Finalmente, el Consejo Constitucional francés, la declaró anticonstitucional en febrero de 2012. El Consejo consideró que “*reprimir la puesta en duda de la existencia y de la calificación jurídica de crímenes que él mismo hubiera reconocido o calificado como tales*” viola el derecho a la libertad de expresión. Más adelante se volverá sobre este asunto.

6.3.3. El negacionismo en Alemania

La Constitución alemana consagra en su artículo 5 la libertad de expresión, constituyéndose como uno de los derechos fundamentales más importantes del sistema constitucional. En el propio precepto se señala que no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio se encuentra limitado por las leyes generales, las disposiciones legales sobre la protección a la juventud y el respeto al honor personal.

Hasta 1994, en que se produce una reforma en el Código Penal, la negación del exterminio judío se perseguía y castigaba como delito de injuria en el art. 185, como difamación de la memoria de un difunto (art. 189), delito de incitación al odio, atentado contra la dignidad humana de partes de la población o grupos determinados (art. 130). Las penas que se imponían no eran muy severas. Pero el 28 de octubre de 1994, la Ley de Lucha contra la criminalidad añade un nuevo apartado al artículo 130 y en ella se establece que la negación, aprobación o minimización en público o en el desarrollo de una reunión, de forma que sea susceptible de alterar la paz pública, del genocidio perpetrado bajo el régimen nacional-socialista, será castigada con una pena de hasta 5 años de prisión o multa. Las publicaciones en este sentido son castigadas con una pena de hasta tres años de prisión o multa.

De esta forma, la simple negación del hecho histórico no es constitutiva de delito, sino que es necesario que se vean en peligro otros bienes jurídicos, como la paz pública, necesaria en todo orden democrático y en consonancia con varios ordenamientos jurídicos europeos. Se castiga, pues, si se traduce en una significación social de agitación e incitación a la violencia o enfrentamiento a un grupo social determinado.

6.3.4. El negacionismo en Bélgica

En 1981, Bélgica aprueba la Ley de 30 de julio⁷¹¹, donde se recoge los reconocidos como delitos de instigación al odio y a la xenofobia, así como los relacionados con la difusión de ideas basadas en la superioridad racial. Posteriormente, en 1995, se adopta la Ley *“para reprimir la negación, minimización, justificación o apología del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la Segunda Guerra Mundial”*⁷¹².

Las conductas que forman el tipo penal de esta Ley abarcan ampliamente todos los grados en la manifestación del negacionismo: no solo la negación en sentido estricto, sino la “minimización grosera”, la “justificación” y la “aprobación”. El artículo establece además, que deben haberse realizado según las circunstancias que determina el 444 del Código Penal, esto es, deben producirse en reuniones, o lugares públicos, o en presencia de varias personas, en presencia de la persona ofendida y de testigos, o plasmarse a través de escritos distribuidos o puestos a la venta o a través de imágenes expuestas o vendidas al público, o por medio de escritos que aunque no hayan sido publicados, se hayan dirigido o comunicado a varias personas.

Ahora bien, no se exige para poder encuadrar una conducta en el tipo, que se aprecie que constituyen las condiciones idóneas de incitación a la violencia o la discriminación, así como la perturbación del orden público, que serían conductas

⁷¹¹ Ley de 30 de julio de 1981, “tendente a castigar ciertos actos inspirados en el racismo y la xenofobia” modificada por la Ley de 10 de mayo de 2007.

⁷¹² Se aprueba el 23 de marzo de 1995. Disponible en: <http://bcn.cl/cs67> (abril, 2012). El artículo 1º establece: *“Se castiga con pena de prisión de ocho días a un año y multa de 26 a 5000 francos a quien en alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 444 del Código Penal, niegue, minimice groseramente, intente justificar o apruebe el genocidio cometido por el régimen nacional socialista durante la Segunda Guerra Mundial”. El segundo inciso del artículo determina que “el término genocidio se entenderá en el sentido del artículo 2 de la Convención internacional de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio”.*

reconocidas y penadas por el artículo 20 de la Ley de 30 de julio de 1981⁷¹³.

6.3.5. El negacionismo en Suiza

A diferencia de otros países de su entorno, el caso suizo ha optado por no aludir al régimen nazi, adoptando una fórmula generalista que engloba todos los crímenes contra la humanidad. El artículo 261 del Código Penal suizo, incorporado por medio de la Ley de 18 de junio de 1995⁷¹⁴, penaliza la incitación pública al odio o discriminación contra una persona o un grupo de personas por su raza, etnia o religión, así como la propaganda pública de una ideología cuya finalidad sea la de desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión y la difusión pública mediante palabras, escritos, imágenes, gestos, vías de hecho o en cualquier forma capaz de lesionar la dignidad humana, que desacredite o discrimine a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión o, por las mismas razones desconozca, minimice gravemente o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad. El artículo prevé penas de prisión de hasta 3 años y penas pecuniarias.

El caso de Suiza muestra como el legislador pone el énfasis en que la acción sea “*capaz de lesionar la dignidad humana, desacredite o discrimine a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión*”. Será el órgano judicial el que debe motivar su decisión en todo caso, basándose en el contexto, los antecedentes del autor y todos aquellos elementos que sean pertinentes. En la práctica, la jurisprudencia ha identificado como bienes jurídicos protegidos la paz social y la dignidad humana⁷¹⁵.

6.4. El negacionismo en Derecho Internacional

⁷¹³ El citado artículo 20 castiga las conductas que constituyen una incitación a la violencia o al odio por razones racistas, xenófobos o similares.

⁷¹⁴ Artículo 261 del Código Penal suizo: “*Quien incite públicamente al odio o a la discriminación contra una persona o un grupo de personas por su raza, etnia o religión; quien propague públicamente una ideología dirigida a desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión; quien, con la misma pretensión, organice o promueva acciones de propaganda o participe en ellas; quien, públicamente, mediante palabras, escritos, imágenes, gestos, vías de hecho o en cualquier forma capaz de lesionar la dignidad humana, desacredite o discrimine a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión o, por las mismas razones desconozca, minimice gravemente o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad; quien niegue a una persona o a un grupo de personas, por su raza, etnia o religión, un servicio que ofrezca o destinado al público, será castigado con penas de prisión de hasta tres años o con una pena pecuniaria*”.

⁷¹⁵ FRONZA, E., “¿El delito de negacionismo?...”, *Op. Cit.*, págs. 120-121.

Ante el fenómeno del negacionismo, numerosos Estados europeos decidieron reaccionar introduciendo en sus legislaciones penales o legislaciones especiales, el delito del negacionismo. En estos países se procedió a tipificar de forma expresa la negación, minimización o justificación del Holocausto, además de incluir, en algunos casos, otros genocidios o crímenes contra la humanidad. Esta es la tendencia que ha ido consolidándose en el plano internacional.

No es posible analizar todos y cada uno de los instrumentos normativos que han ido surgiendo en el derecho internacional y que regulan la discriminación racial y el abuso de la libertad de expresión, por lo que se procederá a analizar someramente algunos de ellos, no dejando de subrayar que todos los documentos constituyen un punto de referencia irrenunciable, siendo constantemente alegados en los casos de negacionismo.

El 9 de diciembre de 1948 se adopta en París, la resolución 260 de la Asamblea General de Naciones Unidas: la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio⁷¹⁶, que entra en vigor el 12 de enero de 1951. Por primera vez las Naciones Unidas adoptaba un tratado sobre derechos humanos. En el documento se reconoce el delito el genocidio, que adquiere forma legal como *“un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena”*. En el artículo segundo, se expone lo que las Naciones Unidas entienden por genocidio: *“cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:*

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

⁷¹⁶ El término genocidio aparece por primera vez en 1944, en la obra de Lemkin *“Axis Rule in Occupied Europe”*, pero será en su obra *“Le Crime de génocide”* donde realmente haga una definición del mismo: *“Genocidio es: el que participando en una conspiración o conjura con vistas a la destrucción o debilitamiento de un grupo nacional, racial o religioso, comete un ataque contra la vida, la libertad o la propiedad de los miembros de tal grupo”*. En 1949, debido a la celebración de la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal dos años antes, Lemkin introduce al concepto de genocidio una referencia temporal: *“...tanto en tiempo de paz como de guerra”*.

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Se debe reseñar que este artículo II, determina que el genocidio comprende “actos” e “intención” como elementos indispensables para su apreciación, esto es, deben ser realizados con la intención de destruir a un grupo como tal, total o parcialmente. La Asamblea General de las Naciones Unidas cuando elaboró el proyecto de Convención en 1948 distinguió el genocidio del homicidio, especificando que el primero de ellos es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, mientras que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir. Por lo tanto, el objetivo último del genocidio es el grupo mismo.

En la Convención se incluye castigos a aquellas conductas cuya represión se considera necesario para una prevención eficaz del genocidio: la tentativa, la conspiración, la complicidad y la incitación directa y pública a cometer genocidio (Artículo III). Sin embargo, nada establece acerca de la apología o la manifestación de la negación del genocidio.

Es importante señalar que los textos que reconocen las libertades fundamentales admiten sin ambages que ninguna libertad es absoluta. Estos límites se establecen a través de la ley, y son absolutamente necesarios en un Estado democrático. El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, declara que la *“libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”*. El artículo 10 garantiza la libertad de opinión *“a condición de que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”*, mientras que el artículo 11 afirma que *“todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley”*.

El artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, después de reconocer el derecho a la libertad de expresión en el primer párrafo, señala que “*podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en el artículo 19, prevé que la libertad de expresión puede estar sujeto a límites en salvaguarda de otros derechos e instituciones irrenunciables en democracia, siendo obligatorio que estos límites estén expresamente fijados por ley y sean necesarios para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

A continuación, el artículo 20 prohíbe “*toda propaganda a favor de la guerra*” así como “*toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (...)*”.

Debemos citar además el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional". El texto recoge los crímenes que se considerados más graves, esto es, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los de agresión:

El artículo 6, tipifica el delito de genocidio: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) *Matanza de miembros del grupo;*
- b) *Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) *Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;*
- e) *Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.*

El artículo 7, tipifica los crímenes de lesa humanidad: *1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:*

- a) *Asesinato;*
- b) *Exterminio;*
- c) *Esclavitud;*
- d) *Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia

o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

El artículo 8 contempla los crímenes de guerra de manera extensa y minuciosa, con la intención de otorgar seguridad jurídica a un ámbito tan controvertido⁷¹⁷. El primer apartado establece la competencia de la Corte respecto de aquellos crímenes de guerra

⁷¹⁷ JIMENA QUESADA, L., “Dignidad humana y justicia universal en España”, Thomson Aranzadi, 2008, pág. 60.

que se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. El apartado segundo enumera lo que se entiende por “crímenes de guerra”, a los efectos del Estatuto.

En cuanto a los crímenes de agresión, *“la Corte ejercerá competencia (...) una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”* (apartado segundo del artículo 5). Jimena Quesada pone de relieve la existencia de antecedentes por los que se desprende que estamos ante un “delito ordenado”, que excluye a los participantes que no tienen influencia en la política de llevarlo a cabo, *“planteando la problemática del acto colectivo ordenado por un Estado”*. A esto hay que añadir la posibilidad que habilita este apartado de que el acuerdo sobre el crimen de agresión se condicione a la autorización previa del Consejo de Seguridad *“con lo cual los miembros permanentes podrán utilizar el derecho de veto y hacer inoperante la aplicación de dicho delito”*⁷¹⁸.

El Estatuto no incluye el terrorismo ya que en la Conferencia que dio lugar al texto no se llegó a un acuerdo en cuanto a su definición. No obstante, y ante la presión de algunos Estados, la Conferencia de Roma adoptó una resolución por la que se recomienda que la Conferencia de Revisión tenga en cuenta la inclusión del delito de terrorismo (así como el de narcotráfico) como crimen que entra dentro de la jurisdicción de la Corte.

La lista de los instrumentos normativos vinculantes y no vinculantes que regulan la materia es amplia, por lo que nos ceñiremos a citar los siguientes:

- Acción Común de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (96/443/JAI). En ella se intenta dar una respuesta unitaria ante la preocupación por las *“diferencias existentes entre determinadas legislaciones penales por lo que hace a las sanciones fijadas para ciertos*

⁷¹⁸ JIMENA QUESADA, L., *“Dignidad humana y...”*, Op. Cit., pág. 61.

tipos de conductas racistas y xenófobas, diferencias que constituyen un obstáculo para la cooperación judicial internacional” y “recordando que el derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, en particular el de respetar los derechos de los demás”.

La finalidad es garantizar la cooperación judicial efectiva entre los países y conseguir el compromiso de los Estados miembros de establecer en sus legislaciones internas una excepción a la doble incriminación respecto a las infracciones basadas en los comportamientos que detalla, o bien, hacer que éstos conlleven aparejada su correspondiente sanción penal. Estas conductas son:

a) la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o uno de sus miembros, definido en relación a su color, raza, religión, etc.;

b) la apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos;

c) la negación pública de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 cuando incluyan un comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas en referencia al color, raza, religión o el origen nacional o étnico;

d) la difusión y distribución públicas de escritos, imágenes u otros soportes que contengan manifestaciones racistas o xenófobas;

e) la participación en actividades de grupos, organizaciones o asociaciones que impliquen la discriminación, la violencia y el odio racial, étnico o religioso.

- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. El Consejo señala en su artículo 1 que cada Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que se castiguen conductas intencionadas que impliquen:

a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como respecto de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

El negacionismo también ha sido tratado en referencia al derecho a reparación existente en el derecho internacional de los derechos humanos. Así, Louis Joinet, como Relator Especial de la ONU, señaló algunos principios básicos en materia de políticas de impunidad en el contexto del Informe final elaborado y revisado en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos. En el informe declara que *“toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima”*. Las medidas de reparación deben ser tanto individuales como generales y colectivas, y detalla que las de tipo colectivo tienen *“carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria”*.

Ya en el plano individual las víctimas *“deben beneficiarse de un recurso eficaz. Los procedimientos aplicables deben ser objeto de una publicidad lo más amplia posible. El derecho a reparación debe cubrir la integralidad de perjuicios sufridos por la*

víctima”. De acuerdo a la Estructura de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho a reparación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho humanitario establecidos por M. Theo Van Boven, Ponente especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1996/17), este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:

a) Medidas de restitución (tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación);

b) Medidas de indemnización (perjuicio psíquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica);

c) Medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica).

6.5. Derecho Supranacional: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

6.5.1. Análisis del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión, así como la posibilidad de someter su ejercicio a limitaciones, formuladas a través de condiciones, restricciones, formalidades, o sanciones previstas por la ley, cuando concurren determinadas situaciones previstas en el párrafo segundo y se cumplan ciertos requisitos. Se constata desde la primera lectura, que este art. 10 contiene una regulación normativa de compleja estructura jurídica, puesto que reconoce derechos, posibilita límites e instaaura garantías:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de

fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El Consejo de Europa protege en su texto normativo más importante la libertad de expresión que se erige como uno de los pilares básicos de la sociedad democrática, necesaria para el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, valor inexcusable y requisito esencial de todo Estado democrático. Así lo ha constatado tajantemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de forma que, desde la sentencia en el Asunto Handyside contra el Reino Unido, donde afirmó que *"la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres"*, cada vez que el TEDH ha tenido que aplicar el art. 10 CEDH, la referencia a la libertad de expresión como fundamento de la democracia ha sido constante. Como consecuencia necesaria, se hace obligatoria tanto la protección de la fuente de las informaciones como el secreto profesional de los periodistas, puesto que sin esta protección sobre las fuentes, el derecho a la libertad de información quedaría completamente desvirtuado (Asunto Goodwin contra el Reino Unido, STEDH de 27 de marzo de 1996).

El Convenio opta por integrar en el mismo apartado la libertad de expresión y la libertad de información, a diferencia de lo que hace el constituyente español, que separa ambos derechos en diferentes apartados⁷¹⁹. El art. 10 incluye dentro de la libertad de

⁷¹⁹ El art. 20 CE contiene los derechos a una comunicación libre, cuyas manifestaciones son en esencia, las siguientes: la formulada en el apartado a), el derecho de expresión y difusión de cualquier pensamiento, mediante cualquier medio de reproducción (libertad de expresión), y la del apartado d), derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (libertad de información). Ambos derechos cuentan con contenidos y límites diferentes. La STC 6/1988 delimita claramente el objeto de ambos derechos (FJ 5): *"La libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de*

expresión tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas (Asunto Sunday Times contra el Reino Unido).

El TEDH no utiliza los términos libertad de expresión y derecho a la información en forma indistinta sino que considera que, la libertad de expresión comprende tanto la libertad de opinión como la libertad de información. De este modo, en el Asunto "Sunday Times" contra el Reino Unido, tras señalar que la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales de las sociedades democráticas añade que *"a esta función de comunicación se añade el derecho del público de recibirla"*, derivando del derecho del público a recibir información la libertad del comunicador para emitirla. Al separar conceptualmente los términos libertad de expresión y derecho a la información, si bien englobando el segundo en el primero, el TEDH además ha incidido en que se debe distinguir cuidadosamente entre "hechos" y "juicios de valor", ya que *"mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba"* (Caso Lingens contra Austria).

Por otro lado la jurisprudencia del TEDH ha dejado patente, en las últimas décadas, que la libertad de expresión no solo ampara informaciones, opiniones o juicios de valor favorables o neutras, sino que también despliega su protección sobre aquellas opiniones, ideas o informaciones que pueden resultar ofensivas, molestas o que causen una gran conmoción en la sociedad⁷²⁰. *"Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe «sociedad democrática»"* (Asunto Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda).

El artículo 10 del CEDH no realiza enumeración alguna de lo que debe ser considerado como manifestaciones de la libertad de expresión, sin embargo, el TEDH ha reconocido el carácter integrador del precepto y ha aceptado la diversidad de los soportes técnicos a través de los cuales se pueden difundir los contenidos, como así lo demuestra el hecho de que en el Asunto Müller y otros contra Suiza⁷²¹ y otras sentencias, incluya dentro de la libertad de expresión las *"informaciones e ideas de forma artística"*; que, en

valor. *El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables"*.

⁷²⁰ Caso Handyside, Caso Castells contra España, Caso Lingens contra Austria, Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda.

⁷²¹ STEDH de 24 de mayo de 1988.

los Asuntos Barthold contra Alemania⁷²², Casado Coca contra España⁷²³, "Marktintern" Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania y Jacobowsky contra Dinamarca⁷²⁴, incluya la publicidad comercial en el ámbito de la libertad de expresión e información; y que en los Asuntos Groppera Radio y otros contra Suiza⁷²⁵, Autronic AG contra Suiza⁷²⁶ y Informationsverein Lentia y otros contra Austria⁷²⁷, incluyera la denominada libertad de antena en el ámbito de la libertad de expresión. El TEDH también incluye dentro del ámbito del art. 10 CEDH la propaganda política (Asunto Piermont contra Francia⁷²⁸), la cinematografía (Asunto Wingrove contra el Reino Unido⁷²⁹ y Asunto Otto-Premminger contra Austria⁷³⁰) y el derecho a crear medios de comunicación (Asunto Radio ABC contra Austria⁷³¹).

Pero como ocurre con todos los derechos, no es absoluto, por lo que podrá ser objeto de restricciones por parte de los Estados con arreglo a las condiciones y requisitos que señala el art. 10.2 del CEDH: deben estar previstas por la ley, constituir medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, o ser necesarias para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. El artículo también incluye el reconocimiento de la posibilidad de que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

Al respecto, el Asunto Handyside vuelve a ser una sentencia crucial, puesto que determina los límites del art. 10 CEDH y sienta las bases de toda la jurisprudencia posterior. Tras argumentar que la libertad de expresión es fundamento esencial de la sociedad democrática, el TEDH deduce que *"esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue"*. A partir de este punto, el TEDH elabora

⁷²² STEDH de 25 de marzo de 1985.

⁷²³ STEDH de 24 de febrero de 1994.

⁷²⁴ STEDH de 23 de junio de 1994.

⁷²⁵ STEDH de 28 de marzo de 1990.

⁷²⁶ STEDH de 22 de mayo de 1990.

⁷²⁷ STEDH de 24 de noviembre de 1993.

⁷²⁸ STEDH de 27 de abril de 1995.

⁷²⁹ STEDH de 25 de noviembre de 1996.

⁷³⁰ STEDH de 20 de septiembre de 1994.

⁷³¹ STEDH de 20 de octubre de 1997.

un "test" que aplica siempre que se encuentra ante injerencias de las autoridades: la limitación o injerencia ha de estar prevista en la ley, ha de estar justificada en una finalidad legítima, ha de ser necesaria en una sociedad democrática y debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida. Veamos con la máxima brevedad cada uno de los parámetros del "test":

- Principio de legalidad

Cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar expresamente recogida en alguna ley del ordenamiento jurídico del Estado, debiendo ser ésta suficientemente accesible y precisa para que el ciudadano pueda realizar un juicio de previsibilidad en torno a las consecuencias que le pueda deparar una acción (*Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril de 1979). Ante la problemática de dilucidar que se debe entender por "ley", la citada sentencia declara que debe entenderse tanto el Derecho escrito como el no escrito, siendo esta una aclaración especialmente relevante para los Estados que se rigen por el sistema del Common Law. Como expresa el FJ 47: *"Si se dijese que una restricción impuesta por Common Law no está prevista por la ley con el único motivo de que no está anunciada en ningún texto legislativo se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 CEDH, y se rompería la base de su sistema jurídico"*.

Asimismo, el TEDH ha ido más allá y considera la jurisprudencia contenida en el concepto de "ley" del 10.2 CEDH, reconociendo el papel trascendental que desempeñan las resoluciones de jueces y tribunales en la determinación del Derecho positivo. Así lo declara en la STEDH Huvig de 24 de abril de 1990: *"No se puede hacer caso omiso de la jurisprudencia así establecida. En el segundo párrafo del artículo 8 así como en otras cláusulas análogas, el Tribunal ha entendido siempre el término "ley" en su acepción "material" y no "formal". Ha considerado incluido textos de rango inferior a la ley (véase especialmente la sentencia De Wilde Ooms (...)) y el "derecho no escrito" (...). Igualmente, la jurisprudencia juega tradicionalmente un papel considerable (...), hasta tal punto que todas las ramas del derecho positivo son consecuencia en gran parte de las decisiones de los Tribunales"*.

Ahora bien, esta ley, a efectos del artículo 10.2 CEDH, debe cumplir con los requisitos de ser lo suficientemente accesible y precisa para que el ciudadano pueda

realizar un juicio de previsibilidad en torno a las consecuencias que le pueda deparar una acción. Aunque el TEDH no ha dudado en reconocer una violación del derecho a la libertad de expresión cuando la definición de sus límites ha sido considerada demasiado vaga (*Hashman and Harrup v. United Kingdom*, de 25 de noviembre de 1999), el nivel de precisión exigido variará en función de la clase de norma en cuestión. Así, en el caso *Rekvényi v. Hungary* (20 de mayo de 1999) consideró que una previsión constitucional era lo suficientemente detallada en caso de ser leída, simultáneamente, junto con leyes complementarias y leyes administrativas.

- La medida debe ser considerada como necesaria para una sociedad democrática

Para que una limitación del derecho a la libertad de expresión esté de acuerdo con el art. 10.2 CEDH, el gobierno deberá justificar adecuadamente las medidas tomadas, explicando la necesidad de dicha interferencia en una sociedad democrática. Y es que, los peligros inherentes a las anteriores restricciones exigen del Tribunal el más escrupuloso examen⁷³².

El TEDH, en el caso *Sunday Times v. United Kingdom* de 26 de abril de 1979, aclaró que “necesario” no puede equipararse con “indispensable”, y tampoco con “razonable” o “deseable”. Lo que ha de entenderse, más bien, es que la interferencia responda a la existencia de una apremiante necesidad social que debe ir conectada con los presupuestos de una sociedad democrática, además de ser proporcionada a los objetivos legítimos propuestos. Así se estableció en el caso *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986 donde se dejó patente que el Tribunal debe contemplar la interferencia a la luz del caso en su totalidad. En particular, deberá determinar si la interferencia en cuestión era proporcionada a los objetivos legítimos propuestos, y si las razones aducidas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes⁷³³.

El requisito de proporcionalidad conlleva la obligación de que la interferencia constituya la medida menos lesiva para los derechos fundamentales con las que se obtengan esos objetivos legítimos, como señala el TEDH en la sentencia *Castells contra*

⁷³² Caso *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 de abril de 1979.

⁷³³ En este mismo sentido véase también el caso *Barfod v. Denmark*, de 22 de febrero de 1989.

España, de 23 de abril de 1992. En esta sentencia, el Tribunal pone de relieve que si bien es aceptable acudir a la vía penal para perseguir los excesos más graves, el uso de esta vía debe moderarse, sobretodo si existen otros mecanismos al alcance que cumplan la misma finalidad. No hay que olvidar la trascendental importancia de la libertad de expresión como pilar de toda sociedad democrática, de forma que *“poner grandes obstáculos al ejercicio de esta libertad, llevando a cabo una interpretación amplia de los límites, supone en la práctica, la imposición de una autocensura y la no participación en los debates sobre cuestiones públicas por miedo a sufrir una sanción”*⁷³⁴.

- La medida restrictiva debe perseguir una finalidad legítima

Esta condición exige que el objetivo que se pretende conseguir al establecer una restricción a la libertad de expresión debe ser alguno de los enumerados en el apartado 2º del artículo 10 del CEDH, es decir, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Sin embargo, esta lista de límites que enumera el artículo 10.2 del CEDH, es tan extensa, ambigua y ha sido tan poco concretada por la jurisprudencia del TEDH, que podemos afirmar que cualquier medida restrictiva del derecho cabe en alguno de sus supuestos⁷³⁵.

Efectivamente, el TEDH no se ha preocupado demasiado en definir y diferenciar los supuestos, a pesar de tratarse de los bienes jurídicos que limitan el derecho⁷³⁶. Consciente de esto, Catalá I Bas realizó una clasificación de los límites de la libertad de expresión señalados en el art. 10.2 del CEDH que puede resultar muy útil para aproximarnos a la delimitación conceptual de los límites. Estos se resumen en intereses

⁷³⁴ CATALÁ I BAS, A.H., “Libertad de expresión e información: La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional: Hacia un Derecho Europeo de los derechos humanos”, *Revista General de Derecho*, Valencia, 2001, pág. 288.

⁷³⁵ COUSSIRAT-COUSTERE, ha declarado acertadamente que *“la abundancia y generalidad de los fines convencionalmente legítimos hacen que la hipótesis de que no se cumpla ninguno de ellos no se produzca prácticamente nunca”*. "Article 8.2.", en PETTITI, LOUIS-EDMOND (Director), *“La Convention Européenne des droits de l’Homme. Commentaire article par article”*, pág. 336.

⁷³⁶ Buena prueba de ello lo encontramos en el caso Vogt, de 26 de septiembre de 1995, donde el TEDH sentencia que la medida litigiosa persigue uno de los fines legítimos contenidos en el art. 10.2 del CEDH, sin especificar a cuál de ellos se refiere.

generales, derechos ajenos y cláusulas de autorización⁷³⁷.

La **seguridad nacional**, objetivo legítimo que puede ser alegado para establecer una restricción a la libertad de expresión y primero de los enumerados en el apartado 2º del artículo 10 del CEDH, es un límite que ha sido invocado en aquellas situaciones en las que existía un riesgo contra la propia estructura Estado. El problema que surge es que, en la mayoría de casos se invoca la seguridad nacional conjuntamente con la defensa del orden y la prevención de los delitos por lo que no se puede fijar la diferencia entre ataques que pongan en peligro uno u otro interés general. Se ha invocado este límite, conjuntamente con el relativo a la defensa del orden, en los casos de terrorismo⁷³⁸, espionaje⁷³⁹, revelación de secretos de Estado⁷⁴⁰ o conflictos armados⁷⁴¹. Catalá I Bas deduce la siguiente diferenciación en aras de una mayor clarificación de conceptos: los que ponen en peligro la propia subsistencia del Estado infringen la seguridad nacional, mientras que los que no ponen en peligro dicha subsistencia infringen el orden público o la seguridad pública.

Especial mención debe hacerse en este momento en referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas y cuerpos de Policía. El TEDH ha admitido que el art. 10 CEDH “*no se detiene en la puerta de los cuarteles*”, de forma que también los militares, al igual que el resto de los ciudadanos, son titulares del derecho a la libertad de expresión. En el *Asunto Grigoriades contra Grecia*, de 25 de noviembre de 1997, proceso por insultos al ejército derivados de una carta donde el procesado se declaraba objetor de conciencia por entender que el ejército destruía la personalidad, así lo afirma el TEDH rotundamente⁷⁴².

⁷³⁷ CATALÁ I BAS, A.H., “*Libertad de expresión e información: La jurisprudencia...*”, *Op. Cit.*, pág. 301: a. Intereses generales. Son aquellos bienes jurídicos dignos de protección que responden a una exigencia o interés general y detallados en el párrafo segundo del artículo 10 CEDH: la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y la protección de la moral, la confidencialidad de determinadas informaciones y la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial. b. Derechos ajenos, especialmente la vida privada y el honor o reputación ajena. c. Las cláusulas de autorización.

⁷³⁸ STEDH Klass de 6 de septiembre de 1978.

⁷³⁹ STEDH Klass de 6 de septiembre de 1978.

⁷⁴⁰ SSTEDH Sunday Times de 26 de noviembre de 1991 y Observer et Guardian de 26 de noviembre de 1991, Hadjianastassiou de 16 de diciembre de 1992.

⁷⁴¹ SSTEDH Sürek de 8 de julio de 1999, Okuoglu de 8 de julio de 1999, Gerger de 8 de julio de 1999, o Erdogan e Ince de 8 de julio de 1999.

⁷⁴² Asunto Grigoriades contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997: “*El artículo 10 no se detiene a las puertas de los cuarteles. Se aplica tanto a los militares como al conjunto de otras personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, como el Tribunal ha señalado*

A continuación, el TEDH también establece que la interposición de ciertos límites son necesarios y están justificados por las peculiaridades del ámbito castrense, sin que con ello se intente privar de la libertad de expresión a estos colectivos, sino únicamente tienen el objeto de reprimir el abuso en que habían incurrido en el ejercicio de esa libertad, declarando así la necesidad de su existencia en garantía inexcusable de un ejército eficaz (Asunto Engel y otros contra los Países Bajos⁷⁴³). “*El funcionamiento eficaz de un ejército no se concibe sin unas reglas jurídicas destinadas a impedir socavar esta disciplina...*” (Asunto Grigoriades de 25 de noviembre de 1997).

Como exigencia lógica y adicional, el TEDH exige, para que la injerencia no vulnere el CEDH, que estemos ante una amenaza real al objetivo legítimo que se pretende proteger con la injerencia.

En cuanto a la **integridad territorial**, el TEDH ha invocado este límite en aquellos casos en los que el ejercicio de la libertad de expresión e información ponía en peligro la unidad del Estado. El TEDH consideró que perseguía este fin ilegítimo la expulsión de una parlamentaria alemana de la Polinesia francesa tras realizar declaraciones y participar en una manifestación a favor de la independencia de esta colonia⁷⁴⁴ o las sanciones por hacer declaraciones a favor del pueblo kurdo⁷⁴⁵.

Respecto a la **defensa del orden y la prevención del delito**, el TEDH ha declarado que el concepto de “orden” del art. 10.2 del CEDH hace referencia tanto al orden público interno de cada país como a la existencia de una noción europea de orden público, que se traduce en un conjunto de reglas fundamentales de convivencia que responden a las exigencias de una sociedad democrática. La STEDH Engels de 8 de junio de 1976, define el concepto como “*el orden que debe reinar en el interior de un grupo social particular: así es especialmente cuando, como en el caso de las fuerzas armadas, el desorden en este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera*”.

anteriormente, el Estado puede imponer restricciones a la libertad de expresión si existe una amenaza real para la disciplina militar, el funcionamiento eficaz de un ejército no se concibe sin unas reglas jurídicas destinadas a impedir socavar esta disciplina”.

⁷⁴³ STEDH de 8 de junio de 1976, Asunto Engel y otros contra Holanda.

⁷⁴⁴ STEDH Piermont de 27 de abril de 1995.

⁷⁴⁵ SSTEDH Sürek (1, 2 y 3) de 8 de julio de 1999, Okuoglu de 8 de julio de 1999, Gerger de 8 de julio de 1999, o Erdogdu e Ince de 8 de julio de 1999.

Este orden, como sinónimo de reglas que pretenden la convivencia pacífica, ha sido invocado en muchas ocasiones junto con los límites de la seguridad nacional, la seguridad pública y la integridad del territorio, como puede constatarse en las sentencias del TEDH Piermont de 27 de abril de 1995, Castells, de 23 de abril de 1992, o el caso Lehideux de 23 de septiembre de 1998, donde el Tribunal afirma que al igual que cualquier otra propuesta dirigida contra los valores que defiende en Convenio, la justificación de una política pronazi no puede beneficiarse de la protección del artículo 10”, añadiendo que la “*negación o revisión del Holocausto está sustraída en virtud del artículo 17 a la protección del artículo 10*”.

Català I Bas⁷⁴⁶ señala que como sinónimo de reglas que pretenden la convivencia pacífica ha sido invocado con otros límites tales como la seguridad nacional, la seguridad pública o la integridad del territorio, en una serie de casos con un especial trasfondo político en su mayoría. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH han perseguido tal finalidad medidas tendentes a reaccionar ante determinados hechos tales como la intervención activa de los miembros de las fuerzas armadas o fuerzas de seguridad en las campañas electorales o en general en la vida política⁷⁴⁷, declaraciones independentistas o en favor del reconocimiento de determinadas realidades nacionales⁷⁴⁸, revisiones históricas negando realidades tales como el Holocausto⁷⁴⁹, críticas a las instituciones acusándolas de connivencia con elementos violentos⁷⁵⁰ o ser miembro de una fuerza política cuyo objetivo es la instauración de un nuevo sistema político, faltando, de esta manera a la lealtad debida al Estado⁷⁵¹.

Otro de los posibles límites a la libertad de expresión reconocido en el 10.2 CEDH, es la defensa de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. El TEDH nos ha brindado en este caso una definición de lo que identifica como autoridad del Poder Judicial: “*Refleja especialmente la idea de que los Tribunales constituyen los organismos adecuados para decidir sobre las controversias jurídicas y pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia en relación a una acusación penal, que el público*

⁷⁴⁶ CATALÀ I BAS, A.H., “Libertad de expresión e información: La jurisprudencia...”, Op. Cit., págs. 309-310.

⁷⁴⁷ STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto Rekvenyi contra Hungría.

⁷⁴⁸ STEDH Piermont de 27 de abril de 1995.

⁷⁴⁹ STEDH Lehideux de 23 de septiembre de 1998.

⁷⁵⁰ STEDH Castells de 23 de abril de 1992.

⁷⁵¹ STEDH de 26 de septiembre de 1995, asunto Vogt contra Alemania.

los considera como tales y que su aptitud para ocuparse de esta función inspira respeto y confianza”⁷⁵².

El TEDH reconoce explícitamente en su doctrina el carácter importantísimo del Poder Judicial en todo Estado democrático de Derecho, siendo también necesario que mantenga cierto prestigio social. Pero en ningún momento esto puede traducirse en la ausencia de control, por parte de los medios de comunicación, de las actuaciones de jueces y magistrados. Es más, entre el Poder Judicial y los medios de comunicación debe existir un saludable control mutuo⁷⁵³. Pero si, por un lado, admitimos que la actuación del Poder Judicial reviste un interés público y que puede ser objeto de críticas, amparadas éstas por el art. 10 CEDH como reconoce la propia jurisprudencia del TEDH, por otro lado, también se admite que existen una serie de deberes que se pueden exigir al conjunto de los ciudadanos y, en especial, a colectivos como periodistas, abogados, o los propios miembros del Poder Judicial con la finalidad de que no se impida a los tribunales desempeñar sus funciones con normalidad.

Respecto a los periodistas, éstos no deben franquear los límites que aseguran una buen Administración de Justicia⁷⁵⁴. De los abogados se espera que contribuyan al buen funcionamiento de la justicia desde su posición como intermediarios entre los justiciables y los tribunales⁷⁵⁵. En cuanto a los jueces, el uso de su libertad de expresión debe ser moderado cada vez que la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial entre en juego⁷⁵⁶.

⁷⁵² STEDH de 29 de agosto de 1997, asunto Worm contra Austria.

⁷⁵³ La STEDH de 26 de abril de 1995, asunto Prager y Oberrschlick contra Austria, aclara que *“la prensa juega, tal como recuerda el TEDH, un papel primordial en un Estado de Derecho. Si bien no debe traspasar determinados límites establecidos, principalmente, en aras a la protección de la reputación ajena, le incumbe, sin embargo, comunicar, respetando sus deberes y responsabilidades, informaciones o ideas sobre cuestiones políticas así como de otros temas de interés general (...). Entre estos figuran, sin duda, los concernientes a la administración de justicia, institución esencial en toda sociedad democrática. En efecto, la prensa representa uno de los medios de los que disponen los responsables políticos y la opinión pública para asegurar que los jueces cumplen sus altas responsabilidades de acuerdo al fin constitutivo de la misión que les ha sido confiada. Conviene, sin embargo, tener en cuenta la misión particular del Poder Judicial en la sociedad. Como garante de la Justicia, valor fundamental en un Estado de Derecho, su actuación para ser llevada a cabo, necesita de la confianza de los ciudadanos...”*.

⁷⁵⁴ STEDH De Haes et Gijssels de 24 de febrero de 1997.

⁷⁵⁵ STEDH Schöpfer de 20 de mayo de 1998.

⁷⁵⁶ STEDH Buscemi de 16 de septiembre de 1999 y Wille de 28 de octubre de 1999: *“Desde el momento en que el interesado era en aquella época un magistrado de alto rango, el Tribunal ha de tener en cuenta el hecho de que cuando se trate de la libertad de expresión de personas que ocupan una situación similar, los “derechos y responsabilidades” establecidos en el artículo 10.2 revisten una particular importancia; en efecto, se puede esperar de los funcionarios del Poder Judicial que hagan un uso moderado de su libertad de expresión cada vez que la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial entre en juego”*.

El TEDH en su jurisprudencia ha dejado claro que no quedan amparadas las críticas sin fundamento alguno contra la actuación judicial⁷⁵⁷, ni actuaciones que hagan peligrar la instrucción de un caso⁷⁵⁸ o los derechos de las partes⁷⁵⁹.

En este punto debemos mencionar los llamados “juicios paralelos”, que se producen en aquellos casos de gran notoriedad pública a los que los medios de comunicación prestan una especial atención. Con motivo del caso Sunday Times de 26 de abril de 1979, de gran proyección mediática, el TEDH afirmó que es completamente legítimo informar sobre los asuntos de interés público aunque se encuentren inmersos en un proceso judicial y siempre y cuando no peligren los principios de éste. Ahora bien, el TEDH pone de relieve el peligro que puede entrañar el juicio paralelo: si la opinión pública prejuzga una cuestión, se corre el riesgo de que se pierda el respeto y la confianza en los tribunales, por lo que deben ser llevados a cabo de forma moderada⁷⁶⁰.

Como bien afirma Catalá I Bas y ha reconocido el TEDH en su jurisprudencia, la libertad de expresión e información ampara las valoraciones o el dar las noticias desde una determinada perspectiva, así como aquellas opiniones e informaciones tanto favorables como desfavorables. *“Por ello es susceptible de amparo, siempre y cuando no suponga un atentado al honor de la persona afectada, la noticia que dada desde una perspectiva en concreto conduzca a los lectores a hacerse una determinada composición de los hechos y, a partir de ahí, una opinión pues ello en nada repercute en la imparcialidad judicial (...)”*⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ SSTEDH Prager y Oberschlick de 26 de abril de 1995 y De Haes et Gijssels de 24 de febrero de 1997.

⁷⁵⁸ STEDH Weber de 22 de mayo de 1990.

⁷⁵⁹ STEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979.

⁷⁶⁰ STEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979: *“Es una opinión generalizada que los Tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre las partes, pero ello no quiere decir que con anterioridad no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o en la opinión pública. Además, aunque los medios de comunicación no deben franquear los límites fijados por los fines de una buena administración de la política, sí les compete comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los Tribunales, así como de aquellas que se refieren a otros sectores de interés público. A esta función de comunicación se añade el derecho del público de recibirla (cf “mutatis mutandi”, Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen de 7 diciembre 1976 [TEDH 1976\5], serie A, núm. 23, pg. 26, ap. 52)”*. *“Si se agitan con antelación los puntos en una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza en los Tribunales. Además, si el público se habitúa al espectáculo de un seudoproceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los Tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos”*.

⁷⁶¹ CATALÁ IBAS, A.H., *“Libertad de expresión e información: La jurisprudencia...”*, Op. Cit., pág. 319.

Posteriormente, el TEDH da un giro y asume posturas más restrictivas en cuanto a los juicios paralelos, considerando que éstos pueden colisionar con derechos de las partes como el derecho a un proceso justo. De esta forma, en la STEDH Worm de 29 de agosto de 1997, el Tribunal puntualiza que *“los límites del comentario admisible no pueden englobar declaraciones que harían correr el riesgo de reducir las posibilidades de una persona de beneficiarse de un proceso justo o de socavar la confianza del público en la labor desempeñada por los tribunales”*. El Tribunal aclara que los juicios paralelos no se encuentran amparados por el 10.2 CEDH cuando la finalidad que persigan estas manifestaciones sea la de influir en la decisión de los Jueces y Magistrados, sin que sea necesario para ser considerados ilícitos, que dicha influencia haya sido efectiva.

No es posible dejar de abordar otro de los puntos más problemáticos que se plantean entre el Poder Judicial y los medios de comunicación: el secreto de sumario. El TEDH ha admitido el secreto de sumario como límite a la libertad de expresión cuando sea rigurosamente necesaria para la salvaguarda de los derechos de las partes o las investigaciones en curso. Y añade que si la información se obtiene al margen del sumario de forma lícita y no perjudica la instrucción del caso, prevalece la libertad de información sobre el límite al derecho⁷⁶².

Otro de los límites a la libertad de expresión e información que se recoge en el artículo 10.2 CEDH es la protección a **la moral**. El primer problema que nos encontramos en el análisis de este límite es la dificultad que entraña la conceptualización de la moral, término que varía dependiendo del lugar y el tiempo. Como consecuencia y como solución, el margen discrecional que poseen los Estados para determinar su significado y su extensión ha sido reconocida incluso por el TEDH: *“No se puede encontrar en el Derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral (...). Las Autoridades estatales, debido a sus directas y constantes relaciones con la realidad vivida de su país, están en principio en mejores condiciones para pronunciarse sobre la necesidad de tales restricciones”*⁷⁶³.

⁷⁶² CATALÁ I BAS, A.H., *“Libertad de expresión e información: La jurisprudencia ...”*, Op. Cit., pág. 327 y ss.

⁷⁶³ STEDH Handyside de 7 de diciembre de 1976.

La misma sentencia Handyside recuerda que la limitación al ejercicio de cualquier derecho debe ser interpretado de manera restrictiva. La STEDH Otto Preminger-Institut de 20 de septiembre declara expresamente lo siguiente: “*En algunos casos como el que nos ocupa, en los que existen injerencias en el ejercicio de las libertades garantizadas en el párrafo 1 del art. 10, ese control ha de ser estricto, debido a la importancia de las libertades en cuestión. La necesidad de toda restricción debe establecerse de forma convincente*”.

En la práctica, el control europeo ha disminuido en beneficio del control propio de cada Estado, de forma que en la mayoría de los casos en los que el límite que se invoca ha sido la moral, el TEDH ha declarado la injerencia de acuerdo al art. 10 CEDH, salvo en contadas ocasiones entre las que podemos citar la STEDH Open Door y Dublin Well Woman de 29 de octubre de 1992, donde el TEDH afirma que era una injerencia desproporcionada en la libertad de información la prohibición de dar información sobre clínicas donde se practicaban la interrupción del embarazo⁷⁶⁴.

En este punto, hay que señalar que el TEDH, a través de su STEDH del 23 de julio de 1969 (Asunto del régimen de la lengua en la educación en Bélgica), ha establecido la denominada teoría del margen de apreciación. Dentro de los principios de interpretación empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca esta doctrina, la cual reconoce un espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados Partes para fijar el contenido y alcance de los derechos del CEDH. En el terreno de la limitación de derechos se caracteriza por constituir un criterio interpretativo que aporta un terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia.

Hay que tener presente que, a tenor de los arts. 17 y 18 CEDH, la interposición de los límites no tiene un carácter obligatorio, sino que son las autoridades internas quienes han de decidir sobre su interposición y configuración. Tampoco hay que perder de vista que este margen de discrecionalidad no es ilimitado, ni absoluto, ni siquiera idéntico en todos los casos: es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien se encarga de modularlo tomando en cuenta varios factores. En este sentido, puede

⁷⁶⁴ CATALÁ IBAS, A.H., “*Libertad de expresión e información: La jurisprudencia...*”, *Op. Cit.*, pág. 335.

afirmarse que el Tribunal ha reducido el margen de apreciación estatal para interferir en el ámbito de los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo, pero, por el contrario, y en cuanto al derecho a la libertad de conciencia y religiosa, el Tribunal ha incidido en ciertos aspectos que amplían ese margen discrecional en la actuación estatal⁷⁶⁵.

6.5.2. Los valores democráticos como límite a la libertad de expresión del art. 10 CEDH

La defensa y el respeto a la democracia se proclama como uno de los fines fundamentales del CEDH. En el propio Preámbulo del Convenio se afirma que la finalidad del Consejo de Europa es alcanzar una unión más estrecha entre sus miembros, siendo uno de los medios para lograrlo la protección y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En el párrafo siguiente reafirma su adhesión a estas libertades fundamentales, *“que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen”*.

De todo esto se deduce que, sin ningún género de duda, quedan amparados los proyectos políticos y las ideologías que respetan los valores democráticos. Inclusive, el TEDH ha ido más allá y ha admitido la legitimidad de proyectos que, aún resultando incompatibles con la estructura del Estado, los medios y objetivos resultaban estar de acuerdo con los valores democráticos. El TEDH ha sido explícito al respecto y en la STEDH Partido Comunista Unido de Turquía de 30 de enero de 1998, apostilló que el respeto a los valores democráticos no solo deben reflejarse en el programa político sino también en los principios de toda formación política, y advierte que no es posible amparar aquellas formaciones de cuyas actuaciones pueda deducirse la intención de derrocar la democracia e instaurar un régimen contrario a los derechos humanos⁷⁶⁶. En este punto, la

⁷⁶⁵ SOLAR CAYÓN, J. I., “Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n°15, 2007.

⁷⁶⁶ STEDH Partido Socialista Turco de 25 de mayo de 1998: *“Para el Tribunal, el hecho de que un proyecto político sea incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado turco, no lo convierte en incompatible con las reglas democráticas. Pertenecer a la esencia de la democracia permitir la proposición y discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que cuestionan el modo de organización actual de un Estado, siempre y cuando los mismos no supongan un ataque a la democracia misma”*.

cuestión de fondo se centra en dilucidar si la tolerancia y el pluralismo que subyacen en los principios democráticos deben extenderse a las manifestaciones de ideologías y proyectos políticos cuyo objetivo es destruirla. Al respecto, el TEDH en abundante jurisprudencia, se ha pronunciado afirmando que la libertad de expresión también ampara las ideas o críticas desfavorables, que molesten o perturben al Estado o a parte de la población. La STEDH en el caso Lingens contra Austria de 8 de julio de 1986, es especialmente esclarecedora al respecto:

“El Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el apartado 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado 2, no se aplica solamente a las “informaciones” o “ideas” que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay “sociedad democrática”. Estos principios son especialmente importantes para la prensa. No debe ésta pasar los límites establecidos singularmente para la “protección de la fama ajena”; le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene el derecho de recibirlas. El Tribunal no puede aceptar la opinión expresada a este respecto en la sentencia del Tribunal de Apelación de Viena, según la cual la prensa tiene la misión de divulgar informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector”.

Sin embargo, la tolerancia y el pluralismo, como elementos indispensables de toda democracia, encuentran su límite en el respeto a los valores democráticos, como ha fijado el TEDH interpretando el sentido del art. 17 CEDH⁷⁶⁷. Este artículo, como explicó la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe sobre el caso Lawless de 19 de diciembre de 1959, no priva de la garantía general de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, pero sí impide que se puedan extraer del texto un derecho que permita llevar a cabo actuaciones encaminadas a destruir los derechos y libertades

⁷⁶⁷ El artículo 17 CEDH establece lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

reconocidos. Esto significa, por ejemplo, que nadie puede invocar el derecho a la libertad de opinión o a la libertad de prensa si desea abusar de estos derechos para destruir el orden de una democracia libre, tal y como la protege el Convenio⁷⁶⁸.

Por tanto, como evidencia Catalá I Bas, el art. 17 CEDH persigue la finalidad de impedir que sean explotados los principios establecidos por el Convenio por individuos intolerantes, totalitarios e intransigentes en aras de propósitos que intentan destruir o perjudicar los cimientos democráticos. El límite se sitúa en el respeto a los valores democráticos, no encontrando amparo en el CEDH las ideologías y proyectos que no cumplan con este requisito. Como ejemplos puede citarse el Caso de Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda, relativo a las actividades políticas asociadas a la Nederlandse Volkspartij. Este era un partido político abiertamente pronazi, que sostenía la idea de que formaba parte del contenido del interés general del Estado que su población se mantuviera étnicamente homogénea. Los demandantes negaron ante la Comisión que fueran compatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos ciertas sanciones que les habían sido impuestas por estar asociados a las estructuras y a la política considerada racialmente discriminatoria de la N.V.U (Unión del Pueblo Neerlandés). Las demandas (números 8348/78 y 8406/78) fueron declaradas inadmisibles por decisión de 13 de diciembre de 1979. La Comisión Europea de Derechos Humanos alegó, aplicando el art. 17 CEDH que los demandantes buscaban esencialmente *“utilizar el art. 10 para*

⁷⁶⁸ La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su Informe sobre el caso Lawless de 19 de diciembre de 1959, explicó cuál es el contenido del artículo 17 CEDH de la siguiente manera: *"El artículo 17 no priva de ninguna manera de la garantía general de los derechos y libertades consagrados en el Convenio a los que pretenden destruir dichos derechos y libertades. Simplemente hace imposible el hecho de que estas personas, que buscan tal resultado, puedan extraer del Convenio un derecho que les permita llevar a cabo una actividad o ejecutar un acto encaminado a destruir los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Esto significa, por ejemplo, que nadie puede invocar el derecho a la libertad de opinión, a la libertad de prensa, a la libertad de reunión o de asociación si desea abusar de estos derechos para destruir el orden de una democracia libre, tal como la protege el Convenio. Por el contrario, los derechos enumerados en los artículos 5 y 6 del Convenio de ninguna manera son eliminados por el artículo 17. De esta manera, el militante que persigue fines comunistas, fascistas, nacional-socialistas o, en general totalitarios tiene el derecho a invocar las disposiciones del proceso tal como son garantizadas por los artículos 5 y 6 del Convenio. (...) no podría retirársele a un demandante, por aplicación del artículo 17 del Convenio, los derechos garantizados por los artículos 5 y 6 aunque admita que busca un objetivo revolucionario o, en todo caso, irreconciliable con el Convenio". "Considerando que, en opinión del Tribunal, el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o individuos, impide que se reconozca en su favor un derecho a llevar a cabo actos destinados a la destrucción o que de cualquier manera perjudiquen los derechos y libertades recogidos en el Convenio; que consiguientemente, nadie puede intentar beneficiarse de las disposiciones del Convenio, en aras de llevar a cabo actos destinados a destruir aquellas. Considerando que esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de desposeer a las personas de los derechos fundamentales de carácter individual garantizados en los artículos 5 y 6 CEDH".*

fundar sobre el Convenio un derecho a llevar a cabo actividades (...) que son contrarias a la letra y al espíritu del Convenio, derecho que si se permitiera, contribuiría a la destrucción de los derechos y libertades establecidos”.

6.5.3. La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Referencia al caso Garaudy.

Las primeras decisiones de la actual Comisión Europea para los Derechos Humanos que inadmitieron recursos referentes a la negación del Holocausto judío datan de principios de los años ochenta. Podemos citar la decisión de 16 de julio de 1982 en el recurso X contra RFA⁷⁶⁹, que consideró legítima la prohibición de exponer los escritos negacionistas, alegando que el holocausto constituía “*un hecho histórico notorio*”, o la sentencia de 14 de julio de 1983 en el recurso n. 9777/82 (Tribunal constitucional de Bélgica) donde se confirmó la sentencia de condena por una “*carta al Papa en relación con Auschwitz*”, fundamentando la libertad de pensamiento no sólo en la moral y el derecho de las familias de los supervivientes a una tutela de la memoria de sus parientes, como hicieron las autoridades belgas, sino basándose en la defensa del orden público y de la autoridad del poder judicial.

No obstante, puede apreciarse una evolución constatable, aunque insatisfactoria, por parte del TEDH, desde una postura de rechazo radical al discurso xenófobo, a uno más matizado, en la medida en que un creciente número de casos de incitación al odio tienden a discutirse dentro de su legitimidad como manifestación de la libertad de expresión y no como supuestos que se consideran *a priori* inadmisibles y exentos de cualquier protección. Autores como Harris, O’boyle, Buckley⁷⁷⁰, constatan que, originalmente, había una tendencia a cortar de raíz por abuso de derecho (art. 17 CEDH), sin entrar a analizar el caso, discursos por el mero hecho de la pertenencia de quien los profería a grupos claramente opuestos a los valores esenciales del Convenio. Con el tiempo se ha ido modificando y moderando este estricto control, con el fin de evitar una restricción injustificada de otros derechos como la libertad de prensa, así como neutralizar riesgos de manipulación y abuso del artículo 17 CEDH por parte de los Estados: se entra, en definitiva, al análisis de más casos en los que se decide si los límites

⁷⁶⁹ X contra la RFA, DCOEDH 8098/77.

⁷⁷⁰ HARRIS, O’BOYLE, BUCKLEY, “*Law of the European Convention on Human Rights*”, Oxford, 2009, pp. 449- 450.

a la libertad de expresión resultan proporcionales y legítimos (art. 10.2 CEDH).

En este sentido podemos aludir al caso *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994, en el que el Tribunal consideró que la condena penal de un periodista por entrevistar a miembros de un grupo juvenil racista (miembros de las Chaquetas Verdes) y emitir por televisión proclamas racistas de extrema dureza contra los inmigrantes y diversos grupos étnicos en Dinamarca, vulneraba la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 CEDH. Debemos resaltar que el demandado no era el autor de las declaraciones, pero había sido condenado por complicidad por parte de los tribunales daneses al considerarse que conocía el riesgo de que se produjeran las declaraciones racistas. Asimismo, se le acusó de que, incluso, había animado a que se produjera la expresión del discurso xenófobo sin ninguna réplica durante la emisión del programa. El TEDH, de forma no unánime, decidió proteger al periodista porque, aunque era un profesional de la información, y de conformidad con el 10.2 CEDH éstos tienen también “*deberes y responsabilidades*” por los que deben distanciarse de discursos racistas y xenófobos para evitar ser puras plataformas de difusión de los mismos, se consideró que en este caso concreto el periodista actuaba dentro del ámbito protegido de la libertad de expresión⁷⁷¹:

“Sancionar a un periodista por haber coadyuvado a la difusión de declaraciones emanadas de un tercero en una entrevista, obstaculizaría gravemente la contribución de la prensa a las discusiones sobre problemas de interés general, que sólo podrían concebirse por razones particularmente serias. [...] Nadie pone en entredicho que las observaciones que han originado la condena de los camisetas verdes eran más que insultantes para los miembros de los grupos afectados y en modo alguno podían acogerse a la protección del artículo 10 CEDH” (apartado 35).

⁷⁷¹ STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto *Jersild v. Dinamarca*: El señor Jens Olaf Jersild es un periodista que desarrolla su profesión en la Radio Danmarks asignado a “*Sunday News Magazine*”, programa televisivo dirigido hacia un variado espectro de temas sociales y políticos, como la xenofobia, la inmigración y los refugiados. Los editores del programa “*Sunday News Magazine*” decidieron producir un documental sobre los Greenjackets, grupo de jóvenes de cariz racista para lo que se contacta con representantes de este grupo y se invita a tres de ellos a participar en una entrevista televisiva. Durante esta entrevista realizada por el Olaf, los tres Greenjackets realizaron comentarios xenófobos y racistas sobre los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca. Tras la difusión del programa no se presentó ninguna queja ante la Comisión de la Radio, que es competente en esta materia, pero el Obispo de Alborg presentó una queja ante el Ministerio de Justicia que abrió una investigación. Finalmente, el Ministerio Fiscal denunció ante los Tribunales tanto a los tres jóvenes entrevistados como al periodista que realizó la entrevista por el delito de incitación al odio y a la violencia, siendo los tres sancionados. A raíz de esto, el señor Jersild acudió ante el TEDH alegando la vulneración del artículo 10 CEDH.

Esta línea jurisprudencial se consolida en pronunciamientos posteriores. En el caso *Lehideux e Isorne contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, los demandantes reclamaron y obtuvieron la protección del Convenio. En este supuesto la referencia al holocausto y la actuación nazi es tácita puesto que la demanda surge ante la inserción de un anuncio publicitario en el periódico “Le Monde” donde se hace una estimación positiva de la actuación colaboracionista que llevó a cabo el mariscal Petain. En este caso, el TEDH no solo no aplica la cláusula abusiva del artículo 17 sino que, a la luz de los límites que el propio Convenio reconoce a la libertad de expresión, considera que la versión revisionista queda protegida por el derecho.

El artículo 17 CEDH se ha aplicado ante afirmaciones que expresan mensajes racistas, que defienden el nacionalsocialismo o que niegan el holocausto. El TEDH, por ejemplo, ha afirmado que se puede restringir la libertad de expresión para evitar la negación del Holocausto, ya que al mismo tiempo es la negación de un crimen contra la Humanidad y una incitación del odio contra los judíos. Sin embargo, con posterioridad ha advertido que existe una diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 del Convenio y la mera negación de hechos históricos claramente establecidos que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH (Sentencia del TEDH, *caso Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de septiembre de 1998. Como con frecuencia esa intencionalidad puede ser difícil de determinar, el TEDH asume que debe valorar cuidadosamente el contexto en el que se hizo la afirmación. En otras palabras: es de gran importancia dilucidar si el autor de la afirmación estaba propagando ideas racistas o intolerantes intencionadamente a través del uso de la incitación al odio o bien estaba intentando informar al público de una cuestión de interés general y así ha terminado por apreciarlo el Tribunal.

Si bien se aprecia, por tanto, una tendencia general hacia un mayor análisis del contexto, esta afirmación hay que matizarla desde el momento en que el TEDH tiende a denegar la protección a supuestos de agitación negacionista o revisionista relativa al holocausto nazi, mientras que en otros casos de genocidio admite la supremacía de la

libertad de expresión⁷⁷². Es en este punto donde es propicio entrar a estudiar una de las sentencias más paradigmáticas de condena al negacionismo de los últimos tiempos: la decisión de inadmisibilidad dictada el 24 de junio de 2003 por la cuarta sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Garaudy contra Francia*, donde se negó cualquier protección al demandante, siendo éste sancionado penalmente por escribir y publicar un libro que negaba y trivializaba el holocausto judío en el marco propagandístico del revisionismo histórico de la Alemania nazi.

El demandante, Roger Garaudy, era un conocido escritor y filósofo francés, autor de numerosos libros y ensayos relativos a la historia, la filosofía, el marxismo o la religión. Político, marxista y después católico, se convirtió finalmente al Islam en 1982, personificando una de las más firmes defensas de la causa palestina. En 1995, publicó la obra *“Los mitos fundadores de la política israelí”*⁷⁷³, que provoca la interposición de

⁷⁷² Jon-Mirena Landa Gorostiza, Profesor Titular Derecho Penal de la Universidad del País Vasco afirma al respecto que *“el TEDH, en definitiva, ha ido dibujando con el paso del tiempo un filtro del discurso de incitación xenófoba que solo en casos muy directa y evidentemente ligados a la agitación negacionista o revisionista del holocausto nazi tiende a desconocer los detalles del contexto. Pero dejando a un lado este grupo de casos más particular, el TEDH determina o no la protección del discurso del odio de matriz xenófoba y racista por remisión a un juicio de ponderación de los límites de la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH) en el que el contexto social en que se vierten las expresiones resulta crucial. Un contexto cuya variedad y disparidad de criterios no están sistemáticamente ordenados ni aplicados pero que habilitan un margen de maniobra para que el propio Tribunal pueda ir dando respuestas caso a caso. De forma sintética podría afirmarse que ante el discurso del odio racista y xenófobo no hay una negación de protección sistemática y de contenidos. Hay, más bien, una tendencia que se ha ido decantando con el tiempo a valorar el contexto antes que el contenido del discurso de incitación. Tendencia más acusada cuanto más nos alejamos del revisionismo filonazi hacia otros universos de propaganda incitatoria del odio. Y tendencia más acusada, también, cuanto menos expreso es el discurso o «más indirecta» resulta la propaganda incitatoria”*. (LANDA GOROSTIZA, J., “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 7 (enero de 2012), págs. 297-346).

⁷⁷³ Para hacerse una más clara idea del contenido del libro de Garaudy se pueden citar algunas de sus afirmaciones más polémicas: *Para ceñirnos a nuestro tema, Los mitos fundacionales del Estado de Israel, nos aplicaremos a examinar una de las mentiras que produce aún, tras más de medio siglo, enormes estragos, y no sólo en Oriente Próximo: el mito de los 6 millones de judíos exterminados, que se ha convertido en un dogma justificatorio, sacralizante (como implica el mismo término de Holocausto) todas las exacciones del Estado de Israel en Palestina, en todo Oriente Próximo, en los Estados Unidos y, a través de ellos, en toda la política mundial, colocándolas más allá de toda ley internacional”* (pág. 41). A partir de esta idea, Garaudy desarrolla toda una serie de argumentos y razonamientos que, según él, garantizan su veracidad. Afirma que esta cifra fue oficializada por el tribunal de Nuremberg, apoyándose únicamente en dos testimonios, el testimonio de Wilhelm Hoettl, jefe de oficina adjunto de la sección IV de la Oficina Central de Seguridad del Reich, y el de Wisliceny. De esta forma y desde ese momento, declara Garaudy, esa cifra no ha dejado *“de servir para manipular a la opinión pública en la prensa, escrita o hablada, en la literatura, en el cine e incluso en los manuales escolares”*. Garaudy prosigue afirmando que el significado de la llamada *“solución final”*, no tenía que ver con el asesinato de los judíos, sino que aludía a una masiva deportación de éstos desde toda Europa a diferentes territorios como Madagascar: *“El 24 de junio de 1940, tras la victoria sobre Francia, Heydrich evoca en una carta a Ribbentrop, ministro de finanzas, “una solución final territorial” (Eine territoriale Endlösung)132. Crear, fuera de Europa, una reserva judía, en respuesta, sugirió el “proyecto Madagascar”. En julio de 1940, el responsable para los asuntos judíos, Franz Rademacher, resumió así esta directiva: ¡Todos los judíos*

demandas por parte de varias asociaciones de resistentes, deportados y de defensa de derechos humanos, acusándolo de ser autor de los delitos de provocación a la discriminación y al odio racial, negación de crímenes contra la humanidad y difamación pública racial (en este caso de la comunidad judía). Las demandas dieron lugar a cinco procedimientos judiciales contra Garaudy que lo declararon culpable de los delitos citados.

A su vez, estas cinco sentencias de primera instancia fueron posteriormente confirmadas el 16 de diciembre de 1998 por el Tribunal de Apelación de París. El Tribunal aprecia que el propósito de la obra no es otro que negar la existencia de la “*solución final*” (entendida como programación sistemática del exterminio de los judíos), que consistió en realidad, dice Garaudy, en la expulsión en dirección al Este de los judíos.

Garaudy recurrió posteriormente ante la Cour de Cassation, alegando que su condena, en aplicación del artículo 24 bis del Código Penal francés, no tenía encaje en ninguna de las excepciones señaladas en el artículo 10.2 del CEDH, y defendiendo en todo momento el carácter político de la obra en cuestión. La Cour de Cassation confirma las condenas y además unifica en una sola las 5 penas de prisión, al mismo tiempo que incrementa las cuantías de las multas interpuestas y las indemnizaciones otorgadas a las partes civiles con carácter de pagos por daños y perjuicios.

Roger Garaudy vuelve a recurrir e interpone demanda ahora ante el TEDH, siendo la apelación rechazada en la celeberrima decisión de inadmisibilidad del 24 de junio de 2003, por la cuarta sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las demandas denunciaban el contenido de varios pasajes de la obra, basándose en la ley sobre la libertad de prensa de 1881, puesto que el libro contenía capítulos dedicados al “*mito*

fuera de Europa!”. “Esta solución final territorial respondía en efecto a la nueva situación de la Alemania triunfante sobre Europa: ya no bastaba con expulsar a los judíos de Alemania. El responsable de este proyecto de solución final por medio de la deportación de todos los judíos de Europa a Madagascar, Rademacher, hizo notar que la realización de dicho proyecto exigiría cuatro años y, en el apartado de “Financiación” indica: “La realización de la solución final (Endlösung) propuesta exige medios considerables”. “De nuevo nada acerca de el asesinato de judíos. Se trata solamente de su transporte geográfico simplemente teniendo en cuenta las nuevas condiciones. La única solución final consistía pues en vaciar Europa de judíos alejándolos cada vez más hasta que la guerra (suponiendo que la ganasen) permitiera recluirlos a todos en un guetto fuera de la geografía europea (el proyecto Madagascar había sido la primera sugerencia)” (pág. 44).

antifascista sionista”, “*el mito del “Holocausto” y “el mito de la justicia de Nuremberg*”. En este caso y, al contrario que en la *Sentencia Lehideux e Isorni*, el TEDH considera que la finalidad última del libro publicado era la rehabilitación del régimen nacional-socialista y la negación del Holocausto con objetivos racistas, lo que le impide englobarse dentro de la protección del art. 10 CEDH y se le aplica el art. 17. Asimismo, el Tribunal declara que negar el Holocausto *constituye “la negación de la realidad de hechos históricos claramente establecidos (...)”*⁷⁷⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en este caso concreto, que no puede ampararse en la libertad de expresión la negación del Holocausto, ya que en las afirmaciones podía apreciarse el propósito “*de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos*”. El Tribunal considera que en los textos existe una clara finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, de modo que tiene en cuenta decisivamente la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia, reivindicando asimismo el régimen nacionalsocialista, e incurriendo en prohibiciones estipuladas en el art. 17 CEDH. Este tipo de enunciamentos, sostiene el Tribunal, ponen en discusión los valores que fundan la lucha contra el racismo y el antisemitismo, y turban gravemente el orden público. Declara que este tipo de comportamiento es incompatible con la democracia y los derechos humanos, siendo que sus autores persiguen objetivos tales prohibidos por el art. 17 CEDH. Por lo tanto, el Tribunal considera que Garaudy utilizó su derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 10 CEDH con la finalidad de alcanzar objetivos prohibidos en el 17 CEDH e ir en contra de valores reconocidos en el Convenio (esto es, aclara, perturbar el orden público, la justicia y la paz).

El Tribunal diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos de genocidio del régimen nazi⁷⁷⁵, amparado por el art. 10 del CEDH, y la mera negación de “*hechos históricos claramente establecidos*” que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH

⁷⁷⁴ El Tribunal declara que “*no puede haber duda de que la negación de la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, en la forma que lo hace el demandante en su libro, de ninguna manera tiene que ver con la investigación en la búsqueda de la verdad. La finalidad y el resultado de este enfoque son completamente diferentes, el propósito verdadero es rehabilitar el régimen nacional-socialista y, como consecuencia, acusar a las propias víctimas de falsificar la historia. Negar los crímenes contra la humanidad es, por lo tanto, una de las formas más graves de difamación racial a los judíos y de incitación al odio contra ellos [...]*”.

⁷⁷⁵ El TEDH, en el caso *Lehideux et Isorni v. Francia*, señala que existen un conjunto de hechos respecto de los cuales “*todavía está vigente un debate entre los historiadores acerca de cómo se produjeron y cómo se los puede interpretar*”.

(SSTDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998; *Chauvy y otros c. Francia*, de 23 de junio de 2004). La garantía del art. 10 CEDH, por lo tanto, no protege el discurso negacionista del genocidio nazi, puesto que el Tribunal considera que constituyen "*hechos históricos claramente establecidos*". Garaudy, al apoyar y defender esta tesis en su libro, no pretendía en modo alguno la búsqueda de la verdad histórica, sino una suerte de escenificación de ésta con la intención de acusar de falsificación histórica a las propias víctimas de estos actos.

Sin embargo, debo destacar que la jurisprudencia del TEDH establece que para invocar la excepción a la garantía de los derechos prevista en el art. 17 CEDH no basta con la constatación de un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir, con su ejercicio, las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el Convenio (STEDH *Refah Partisi y otros contra Turquía*, de 13 febrero 2003; *Decisión Fdanoka contra Letonia*, de 17 junio 2004). Sólo en estos casos los Estados podrían permitir en su Derecho interno la restricción de la libertad de expresión de quienes niegan hechos históricos claramente establecidos, y sin perder de vista que el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).

6.5.4. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH manifestó desde sus primeras sentencias el importantísimo papel que desempeña el derecho a la libertad de expresión como fundamento irrenunciable de toda sociedad democrática y como elemento basal para el progreso y desarrollo personal del ser humano. Por todo esto, el TEDH se ha referido a la libertad de expresión como la "*pedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos por el Convenio*"⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ STEDH Caso *The Sunday Times*, de 26 de abril 1979.

La alusión a la jurisprudencia del TEDH, por parte de nuestro Tribunal Constitucional es constante, en concordancia y cumplimiento de lo contemplado en el artículo 10.2 de nuestra Constitución⁷⁷⁷. Desde muy pronto nuestro Alto Tribunal destacó la doble naturaleza de la libertad de expresión, como derecho subjetivo y como garantía institucional, dada su trascendencia como presupuesto para la formación de la opinión pública libre y el pluralismo político en un sistema democrático⁷⁷⁸. Ni el Tribunal Constitucional, ni el TEDH, han dudado en afirmar la especial protección que ostentan los derechos aludidos por su importancia fundamental, pero sin dejar de exponer que el derecho a la libertad de expresión no legitima el sacrificio de otros derechos en cualquier caso o situación.

Esta función institucional ha obligado al TEDH a realizar una interpretación estricta de los límites legítimos que les puede afectar, teniendo en cuenta que su contenido esencial no puede ser restringido. Se puede observar como el TEDH ha evolucionado a través de su jurisprudencia en la configuración de estos límites desde una postura de cerrazón absoluta hacia cualquier discurso xenófobo que pudiera darse en cualquier situación y contexto, hacia una postura algo más moderada que tiene en consideración el hecho de que un creciente número de casos que eran considerados dentro del marco de incitación al odio, tienden a desarrollarse dentro de la legitimidad que reconoce el derecho a la libertad de expresión y sus límites (art. 10.2 CEDH) y no simplemente como supuestos que se consideran *a priori* inadmisibles y exentos de cualquier protección (art. 17 CEDH). Sin embargo, considero el avance no satisfactorio.

El Tribunal ha matizado el sentido del art. 17 CED, declarando que el artículo lo que pretende es imposibilitar que aquellos cuya intención sea destruir los derechos y libertades que reconoce y protege el Convenio, puedan encontrar en él un derecho que les ayude a este fin, permitiéndoles llevar a cabo una actividad o ejecutar un acto que lo posibilite⁷⁷⁹. Pero a pesar de esto, hasta la sentencia del caso *Lehideux e Isorni* de 23 de

⁷⁷⁷ Art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁷⁷⁸ SSTC 6/1981, de 16 de marzo, 12/1982, de 31 de marzo.

⁷⁷⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe sobre el caso *Lawless* de 19 de diciembre de 1959: “El artículo 17 no priva de ninguna manera de la garantía general de los derechos y libertades consagrados en el Convenio a los que pretenden destruir dichos derechos y libertades. Simplemente hace imposible el hecho de que estas personas, que buscan tal resultado, puedan extraer del Convenio un derecho que les permita llevar a cabo una actividad o ejecutar un acto encaminado a destruir los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Esto significa, por ejemplo, que nadie puede invocar el derecho a la libertad de opinión, a la libertad de prensa, a la libertad de reunión o de asociación si

septiembre de 1998, la Comisión Europea de Derechos Humanos siempre había rechazado la posibilidad de considerar la persecución penal de los mensajes revisionistas como una actuación que vulneraba a la legítima libertad de expresión. Con este caso se matizó este criterio, introduciendo uno más flexible en la persecución de las ideas perteneciente al nazismo, en el sentido de que, aún sin negar la responsabilidad jurídica, abogó por situarla en el ámbito civil y no en el criminal indefectiblemente. El Tribunal, por primera vez, admite en el caso que en la publicidad aparecida en el periódico “*Le Monde*”, donde se pretendía rehabilitar la memoria de Petain, no se habían producido declaraciones que intentaban suprimir o vulnerar derechos reconocidos en el Convenio, por lo que no había lugar para aplicar el art. 17 CEDH. Esta publicidad no incluía una justificación del régimen nazi y las atrocidades cometidas en su seno, por lo que no existía incitación a la violencia o algún tipo de finalidad antisemita o racista. Reconocía que las declaraciones eran manifestaciones de opinión y que, por lo tanto, no estaban sujetas al requisito de veracidad. Por todo ello, concluye el Tribunal, la sanción penal era desproporcionada y no podía aplicársele el 17 CEDH.

Sin embargo, el Tribunal hace una diferenciación en el tratamiento del hecho histórico correspondiente al Holocausto judío, al que define como hecho incontestable y cuya negación no se ve amparada por el 10 CEDH, aplicándosele el art. 17. Cabe preguntarse entonces sobre qué base el Tribunal se erige en experto historiador y custodio de la verdad, ampliando así sus competencias jurisdiccionales, y por qué la mera expresión de la negación de un hecho histórico, que supone la manifestación de una opinión cuando no incluye ningún elemento tendencial a la violencia ni la vulneración de bien jurídico alguno, no lo interpreta como garantizado dentro del art. 10 del Convenio. Llegados a este punto quizás incluso el Tribunal debiera emitir una lista acerca de cuáles son estos hechos históricos incontestables y “*claramente establecidos*” para dirimir los límites del derecho a la libertad de expresión dentro de los cuales podemos movernos legítimamente. Se me presenta la duda de que, si acaso considerara el Tribunal que se encuentra fuera de toda duda que Jesús de Nazaret vivió y murió entre los hombres hace poco más de 2000 años, ¿podría no estar amparado por el 10 CEDH la expresión de una opinión que negara su existencia, o la manifestación de la creencia de

desea abusar de estos derechos para destruir el orden de una democracia libre, tal como la protege el Convenio. Por el contrario, los derechos enumerados en los artículos 5 y 6 del Convenio de ninguna manera son eliminados por el artículo 17”.

que se trata de un mito creado por la imaginería popular?

El TEDH no acepta que la mera negación subjetiva de un hecho histórico, como opinión subjetiva sobre hechos, no conlleva intrínsecamente la conculcación de los valores democráticos establecidos o la pretensión de incitación a la violencia contra un colectivo de personas, por muy aceptado que sea el acontecimiento histórico o muy deleznable la negación de éste, y esta interpretación, a mi modo de ver, es una restricción grave al derecho a la libertad de expresión que debería ser revisada. La libertad de expresión necesita de un amplio espacio para su adecuado desarrollo, sin perder de vista que queda fuera de la protección del derecho las manifestaciones racistas o xenófobas que implican el menosprecio a colectivos y cuyo fin es crear hostilidad y sentimientos de odio y actuaciones de violencia contra personas por razón de su raza, etnia o cualquier otra condición (el denominado “discurso del odio”). Este tipo de expresiones atentan contra valores protegidos como la dignidad, el principio de igualdad y la paz social, protegidos en el Convenio.

No obstante, el TEDH ha adoptado una posición menos radical, rompiendo con la anterior tendencia en la que se cortaba de raíz discursos por abuso de derecho (art. 17 CEDH) sin entrar a analizar el caso concreto. El TEDH ha visto necesario modificar el control que ejerce sobre el derecho en aras de evitar una restricción injustificada de otros derechos, como puede ser la libertad de prensa y neutralizar, así, posibles riesgos de manipulación y abuso del artículo 17 por parte de los Estados⁷⁸⁰. Para ello, la tendencia del TEDH se ha decantado por la vía del análisis caso a caso. Con el esfuerzo de realizar este análisis menos radical, como se ha dicho, se ha ido perfilando una doctrina cuya protección o no del llamado discurso del odio se incardina necesariamente con un juicio de ponderación de los límites a la libertad de expresión señalados en el art. 10.2 del Convenio, y que es analizado en cada caso junto con el contexto donde se desarrolla.

⁷⁸⁰ Señalar que la aplicación del art. 17 CEDH ha sufrido una evolución que puede identificarse en 2 fases. Una primera fase donde la interpretación era muy amplia respecto a las posibilidades que se le atribuía a su contenido, y una segunda fase, donde el TEDH se ha mostrado muchísimo más cauto y moderado a la hora de aplicarlo, primando en muchos casos la protección de derechos individuales frente a razones de Estado.

Sin embargo, en el caso de la expresión de la negación del Holocausto judío, el derecho a la libertad de expresión se enfrenta a su restricción por la aplicación del art. 17 al catalogársele de “hecho notorio”, sobre el que el TEDH no admite discusión.

Puede entenderse la rigidez inicial en el tratamiento del art. 17 CEDH si tenemos en cuenta que el nacimiento de la cláusula de prohibición de abuso del derecho se añade a los sistemas de protección de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial y en los inicios de la guerra fría donde surgieron diversos totalitarismos. La cláusula cumplía con la enunciación explícita de la protección de derechos y principios democráticos bajo el riesgo real que suponía que estos tipos de regímenes no amparados por el CEDH, hicieran uso de su articulado a su conveniencia y en servicio a sus poco defendibles propósitos⁷⁸¹. De ahí que, una vez consolidados los sistemas democráticos en Europa, la importancia de la cláusula de prohibición del abuso ha ido decreciendo.

No obstante, respecto al art. 10.2 CEDH, debe admitirse que, dada la extensa y ambigua lista enumerada en el artículo donde casi puede encuadrarse cualquier medida restrictiva imaginable o por imaginar, existe un alto grado de incertidumbre respecto a cuáles son los límites de la libertad de expresión, que nos aboca a una irremediable inseguridad jurídica. El TEDH no parece haberse preocupado demasiado en definir y delimitar los supuestos que constituyen los bienes jurídicos que limitan el derecho a la libertad de expresión. De esta forma, se han producido pronunciamientos en sentencias, como el caso *Vogt*, de 26 de septiembre de 1995, donde el Tribunal concluye que se perseguía uno de los fines legítimos señalados en el segundo párrafo del artículo 10 CEDH, sin precisar a cual de ellos se está refiriendo.

Sirva como ejemplo el hecho de que el TEDH no ha acometido la tarea de delimitar y diferenciar los términos de orden o seguridad pública, existiendo gran confusión en ambos términos. Al respecto, el problema radica en que la seguridad

⁷⁸¹ Amaya Úbeda de Torres lo resume muy acertadamente en su obra *“Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos”*, pág. 402: *“El precedente de Hitler y su elección a través de comicios libres, y el avance de la ideología comunista y de su particular visión de la repartición de poderes están presentes en la elaboración del CEDH; el miedo, pues, a la paradoja de la libertad democrática, que permitió su propia destrucción, y a que ello pudiera contribuir al resurgimiento de doctrinas como el nacionalsocialismo, o a una implantación mayoritaria del comunismo, contribuye a la exportación de esta doctrina del abuso del derecho de origen privatista hacia el Derecho Público”*.

nacional suele ser invocada junto con la defensa del orden por parte del TEDH en numerosas sentencias, siempre en situaciones donde concurría un riesgo contra la estructura del Estado. Las diferenciaciones entre los 2 términos, por lo tanto, han tenido que surgir a nivel doctrinal, como ya se señaló. Lo mismo puede predicarse del resto de los límites enunciados en el 10.2 CEDH.

Se debe señalar, asimismo, que de entre los límites a la libertad de expresión previstos en el artículo 10.2 CEDH resulta especialmente problemático el de la protección de la moral. A la superlativa dificultad que entraña establecer una definición generalmente aceptada de “*moral*”, se une el hecho de que estamos ante una noción cambiante según el lugar y el tiempo. Esta circunstancia provoca que los Estados disfruten de un amplísimo margen discrecional a la hora de apreciar que es lo que puede atentar contra la moral en cada territorio, autorizado expresamente según la interpretación jurisprudencial del TEDH en el caso “*Handyside*”, aunque reservándose éste una tarea de supervisión posterior. Parece así que el Tribunal aboga por confiar en el buen juicio y hacer de todos sus Estados miembros, aún cuando posteriormente siempre esté presente su obligación de supervisión.

Por otra parte y por fortuna, la jurisprudencia del TEDH se ha dejado influenciar ligeramente por el constitucionalismo americano. De ahí que afirme que el derecho a la libertad de expresión protege el denominado discurso ofensivo o impopular en numerosas sentencias, es decir, extiende su protección a aquellas ideas que no sólo son “*favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población*”. Así lo exige la propia definición de democracia que nos proporciona el TEDH, cuyas características indispensables son “*el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática*” (SSTEDH *Handyside*, Lingens, Günduz). Pero el constitucionalismo norteamericano va un paso (en realidad varios) más allá y asume que la libertad de expresión protege un debate social completo y abierto en la que el Estado no puede asumir un papel de control. Desde esta perspectiva y en cuanto a las expresiones de odio, se ha mostrado contrario a su penalización por muy repudiables que éstas puedan ser. El Estado debe mostrarse neutral y por lo tanto, ha de permitir al intoleroante que se exprese. En este contexto de debate público abierto se considera que van a prevalecer las ideas más convincentes, aunque en su argumentación se produzcan

ataques desagradables. Solo en el caso de que la actitud del individuo sea directamente violenta, no hay impedimento jurídico para que se exprese con normalidad, siendo protegido por el derecho a la libertad de expresión.

No obstante, debe trazarse las líneas que separan lo que se denomina “discurso del odio” (no protegido por el derecho a la libertad de expresión) y las simples manifestaciones de ideas impopulares que chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población. Al respecto, el TEDH ha ido delimitando los márgenes de cada discurso caso a caso.

La definición de lo que se considera “discurso del odio”, aceptada por el TEDH viene a ser la proporcionada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Se considera, pues que estamos ante el discurso del odio ante “*cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante*”⁷⁸². Este tipo de discurso, se encuentra fuera del ámbito de protección del art. 10 CEDH, ya sea por la vía del art. 17, que prohíbe el abuso de derecho (cuya consecuencia jurídica una vez es constatada es la declaración de inadmisibilidad, normalmente), o por la vía del propio art. 10, párrafo 2, que establece la posibilidad de limitar la libertad de expresión en atención a los bienes jurídicos en él estipulados.

A mi modo de ver, el discurso del odio es una manifestación de la intolerancia, que se traduce en actitudes agresivas (ya sean verbales o de facto), la discriminación y la hostilidad hacia un grupo de personas por cualquier razón imaginable. La tolerancia, por su parte, se erige como uno de los principios indispensables de toda democracia que debe ser preservado y protegido, circunscribiéndose sus límites en el respeto a los valores democráticos, así como la dignidad, el principio de igualdad y la paz social. Por lo tanto, considero que la conculcación del respeto de los principios democráticos en los que puede caer las manifestaciones de intolerancia, es decir, el discurso del odio, puede basarse tanto en lo establecido por el art. 17 CEDH, como en el contenido del art. 10.2:

⁷⁸² Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97 (20), de 30 de octubre de 1997.

- El art. 17 CEDH persigue impedir que sean explotados los principios y valores establecidos por el Convenio por parte de individuos intolerantes e intransigentes, con la finalidad de intentar destruir o perjudicar los pilares democráticos. El límite se sitúa en el respeto a los valores democráticos, no encontrando amparo en el CEDH las ideologías y proyectos que no cumplan con este condicionamiento.

- El art. 10.2 CEDH también puede invocarse contra la intolerancia manifiesta del discurso del odio, en defensa del orden y la prevención del delito contenido en este apartado.

Sin lugar a dudas que debe quedar fuera de la protección del Derecho las manifestaciones racistas o xenófobas que implican el menosprecio a un conjunto de personas y cuyo fin es crear hostilidad y sentimientos de odio y actuaciones de violencia contra personas por razón de su raza, etnia o cualquier otra condición. Admitir que quedan protegidas estas expresiones por el derecho a la libertad de expresión sería permitir una incompatibilidad con los consagrados principios democráticos que defiende el Convenio como la dignidad de todo ser humano o el derecho al honor, que se encuentra protegido dentro del concepto de la dignidad⁷⁸³.

Por otra parte, me parece de especial interés y un punto clave en la jurisprudencia del TEDH el hecho de que el Tribunal no le de importancia a la consecuencia de si una manifestación de negacionismo provoca una incitación directa o indirecta hacia actos delictivos. En el *Caso Feret c. Bélgica*, de 2009, en el apartado 73, por ejemplo, se afirma que *“la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro delictivo”*. Esta interpretación del contenido del discurso del odio está en consonancia con la definición aceptada por el TEDH y que viene a ser la proporcionada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa antes citada, en la que

⁷⁸³ Nuestro Tribunal Constitucional plasma esta interpretación en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, entre otras sentencias: *“El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas”* (FJ 8).

no se hace alusión a que deba definirse este discurso como aquel desarrollado en términos que impliquen una incitación a la violencia. La eficacia y potencialidad de este tipo de manifestaciones para traducirse en actos violentos no es relevante para el Tribunal, por tanto. Para apreciarse que estamos ante un discurso del odio, lo que se exige es que *“propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos”*. Pero este extremo es importante desde la perspectiva del castigo de la negación a través del Derecho Penal o desde el Derecho Civil.

Al respecto, la penalización del discurso del odio (en el ámbito del Derecho penal español, se sancionan tres tipos distintos del discurso del odio: la apología y la justificación del terrorismo, la apología y la justificación del genocidio y los mensajes discriminatorios), a través de figuras como la apología del terrorismo o del genocidio, crea manifiestas dudas, en un sector de la doctrina desde el punto de vista constitucional, así lo han manifestado Belloch Julbe, Cerezo Mir o Serrano Gómez. Se argumenta la dificultad de determinar la culpabilidad de un individuo en estos casos ante la tarea de escudriñar la capacidad real de una manifestación de ideas de influir a posteriori en el comportamiento ilícito de sus receptores. El propio Tribunal Constitucional recoge estas dudas en la STC 136/1999, que supuso la excarcelación de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. En esta sentencia, el Tribunal reconoce la *“dificultad de medir la capacidad real de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios y la consiguiente dificultad de trazar la forzosamente lábil línea divisoria entre los mensajes amenazantes y los que no lo son”*. Pero, prosigue argumentando, y de forma contundente, afirma que *“con todo, (...), no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información”*.

Desde luego, estamos ante un punto controvertido y de no fácil solución, por lo menos desde una perspectiva de poder otorgar una solución generalizada y aplicable para todo caso. Al respecto, considero que ya el TEDH ha dado la única respuesta

posible, aunque parcial, ante el problema en el *Caso Jersild v. Dinamarca*, donde alude a la necesidad de examinar en su conjunto las “*circunstancias del mensaje*”, definiendo dichas circunstancias como aquellas que se refieren a:

1) el propio contenido del mensaje.

2) la forma en que se produce la difusión del mensaje.

3) las características propias del medio que difunde el mensaje (tipo de medio, duración, perfil de audiencia).

4) el propósito o finalidad perseguido por el emisor (informativa, educativa, o propagandística legitimadora de la violencia).

Afirmo que la considero una respuesta parcial porque debe añadirse la necesidad de analizar la eficacia o potencialidad real del mensaje como medio de provocación. Pero “harina de otro costal” es que el Tribunal entre a valorar estas circunstancias sin considerar desde su inicio que estamos ante “*un acontecimiento histórico incontestable*” como ha declarado en su jurisprudencia respecto del genocidio judío, cuya negación no necesita realizar un análisis añadido de ningún tipo para situarlo fuera de la protección del Derecho.

7. LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO NAZI EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El Derecho español, en 2007, adopta una inédita posición jurídica tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre. Ésta declaró inconstitucional la previsión contenida en el artículo 607.2 del Código Penal que tipificaba como delito la negación de genocidio, ratificando, sin embargo, la constitucionalidad al criminalizar su justificación.

Anteriormente a 2007, dos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de las doctrinas negacionistas y revisionistas sirvieron como un importante precedente a este fallo: la STC 214/1991 y la STC 176/1995. Hay que señalar, asimismo,

que ambas resoluciones fueron adoptadas en un momento en el que el Código Penal aún no contemplaba los tipos penales contenidos en los artículos 607.2 y 510 y éstas centraron la controversia en la posible conculcación del derecho al honor.

7.1. STC 214/1991, de 11 de noviembre. Caso Violeta Friedman.

Esta sentencia es considerada como propulsora de la tipificación de las conductas que recogía el artículo 607.2 del Código Penal. La demandante era Violeta Friedman, mujer judía superviviente del campo de concentración de Auschwitz en donde murió gaseada toda su familia. El 7 de noviembre de 1985, formula demanda de protección civil del derecho al honor contra las declaraciones que León Degrelle, belga residente en España y ex Jefe de las Waffen SS, manifiesta para la revista “Tiempo” (correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985). En estas declaraciones afirma, entre otros extremos, lo siguiente:

“¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”.

“El problema con los judíos -matiza Degrelle- es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”.

“Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Fürher...”.

“Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele...” ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”.

En sucesivas instancias, la demanda fue desestimada argumentándose la falta de legitimación activa de la demandante, quien no había sido aludida directamente en ninguna de las declaraciones, así como el hecho de que las declaraciones vertidas por

León Degrelle se encontraban amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art.20.1 CE). Frente a las diferentes resoluciones, Violeta Friedman interpone recurso de amparo, que es resuelto en la STC 214/1991, concediéndole el Alto Tribunal el amparo solicitado.

Violeta Friedman basó su demanda de amparo en la vulneración del derecho al honor consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, puesto en relación con los arts. 20.4 y 10.2 de la Carta Magna. Afirmaba que las declaraciones de Degrelle tergiversan la historia e iban más allá, al calificar de “mentirosos” a quienes, como ella misma, padecieron en los campos de exterminio nazis, por lo que se produce una lesión al honor de todos los judíos.

En la sentencia el Tribunal hace alusión a su propia doctrina respecto al conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE, de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos. Recuerda, asimismo, que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución no son absolutos, y alude a la posición preferente de la que goza el derecho a la libertad de expresión e información en nuestro sistema jurídico como requisito fundamental en un Estado democrático así como al procedimiento de ponderación aplicable para resolver los posibles conflictos entre este derecho y otros⁷⁸⁴.

Para la realización de este juicio de ponderación, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos criterios según nos encontremos ante la libertad de información o ante la libertad de expresión. La libertad de información se somete al requisito de la veracidad. La libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, dispone de un campo de acción más amplio que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan, campo que se

⁷⁸⁴ STC 214/1991, (FJ 6): “Asimismo, ha de considerarse que las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales. En consecuencia, cuando, del ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el art. 20.1 de la CE, resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, y, por tanto, en posición preferente, de suerte que, si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional”.

amplia aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 CE (FJ 6).

El Tribunal Constitucional al respecto, afirma que las declaraciones de Degrelle quedan amparadas por el art. 20.1 de la Constitución y no por el derecho a la libertad de información, en relación con el art. 16 CE, ya que *“es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”*.

Sin embargo, Degrelle no solo manifestó dudas sobre hechos históricos, sino que en sus declaraciones expone juicios ofensivos contra el pueblo judío: *“... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...”*; *“... quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan..., manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer”*(FJ 8). En estas afirmaciones identifica el Tribunal Constitucional claras connotaciones racistas y antisemitas que constituyen un atentado al honor no solo de la parte actora sino el de todas aquellas personas que estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, sino que conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ FJ 8: *“y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos, como con desgarro se exponen en la demanda, no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral sino antes al contrario, y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE”*.

Añade el Tribunal que se conculcan los valores superiores constitucionalmente reconocidos en el artículo 1.1. y el valor dignidad del artículo 10⁷⁸⁶. Así, la libertad de expresión y la libertad ideológica, no implican el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o del mundo cuya finalidad sea menospreciar y discriminar a personas o grupos de personas, con la excusa de realizar un discurso histórico y, por lo tanto, no quedan amparados constitucionalmente. Lo contrario llevaría a admitir la violación de valores y derechos constitucionales por parte de estas expresiones por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico⁷⁸⁷.

Recapitulando: si bien se admite que parte de las manifestaciones de Degrelle quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión, otra parte de ellas no quedan incluidas dentro de su ámbito por intromisión ilegítima en el derecho al honor y dignidad de la actora, de conformidad con lo establecido en el 1.1, 10.1 y 18.1 del texto constitucional. Por todas estas argumentaciones, el Tribunal Constitucional estima el recurso interpuesto por Violeta Friedman y le otorga el amparo⁷⁸⁸.

7.2. STC 176/1995, de 11 de diciembre

La sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, tiene como causa la publicación del álbum “Hitler=SS” por parte de Damián C.B. (director de la publicación) y Felipe B.R. (editor). Con fecha de 11 de mayo de 1992, la Audiencia Provincial de

⁷⁸⁶ FJ 8: “*El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas*”.

⁷⁸⁷ FJ 8: “*Las libertades ideológica y de expresión, (...) no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)*”.

⁷⁸⁸ El Tribunal Constitucional estimó el recurso interpuesto por Violeta Friedman otorgándole el amparo y declarando nulas las Sentencias de 5 de diciembre de 1988, de la Sala Primera del Tribunal Supremo; de 9 de febrero de 1988, de la extinta Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, y de 16 de junio de 1986, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid.

Barcelona emite una Sentencia donde condena al director de la publicación por un delito de injurias del artículo 458 del Código Penal de 1973 y, frente a ésta, Damián C.B. interpone un recurso de amparo que sería desestimado.

La resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de mayo de 1992, contra la que se interpone el recurso de amparo, señalaba, en su fundamento jurídico 4, que en el tebeo “*se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de las aberraciones sexuales*”. Asimismo, la sentencia que nos ocupa, resume la línea literaria en la que se desarrollaba el tebeo (FJ 5): “*el transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos, con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras)*. Gráficamente, además, se hacía hincapié en la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. “*Y así hasta la náusea*”. En su conjunto, para el Tribunal estaba claro que el tebeo tenía por finalidad global el humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, muy principalmente los judíos.

La argumentación que desarrolla el Tribunal Constitucional en STC 176/1995, se basa en su doctrina concerniente al contenido esencial de la libertad de expresión, en la que incluye todo tipo de opiniones, incluso las negadoras de los valores democráticos (FJ 2) y alude a los límites internos de la libertad de expresión, que se encuentran sujetos a la exigencia de proporcionalidad (FJ 4), ya señalados anteriormente. Aplicando estas doctrinas, el Alto Tribunal señala específicamente en el fundamento jurídico 5, que cada viñeta, cada palabra y cada dibujo, son agresivos por sí solos, con un mensaje tosco y grosero, pero admite que no le corresponde terciar en esta cuestión. Ahora bien, si le corresponde en este análisis de contenidos obtener el auténtico significado del mensaje en su integridad, donde aprecia que, en lo que se dice y en lo que se calla, late una actitud racista de todo el pueblo judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. Ahora bien, en este caso cobra transcendencia el medio utilizado, esto es, una publicación unitaria (un tebeo) cuyos destinatarios son en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, el Tribunal apunta que hay que ponderar su influencia

sobre personalidades aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, influenciarles y condicionarles de una manera más eficaz.

Anteriormente, en el fundamento jurídico 3, ya se señaló el nexo causal existente entre las manifestaciones que se recogían en el tebeo y la incitación a la violencia que provocaban. Se afirma que a lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad donde se aprecia una incitación, a veces directa y otras subliminalmente, a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales manifestaciones, cuyo encadenamiento causal es algo que la experiencia permite predecir sin apenas margen de error, dice el Tribunal, está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica, y refleja además, un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2). Todo lo expuesto hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2; Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se prohíba por Ley *"toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia"*, manifiesta el Tribunal con rotundidad.

Lo que la sentencia hace es declarar que, tanto la mera negación como la duda sobre hechos históricos, como constitutivos de opiniones subjetivas sobre hechos, quedan amparados dentro de la protección constitucional que otorga el derecho a la libertad de expresión, pero no pueden extenderse a las manifestaciones que impliquen desprecio, menosprecio o descrédito hacia personas o grupos de personas por razón de su raza o condición. Estas expresiones son consideradas como formalmente injuriosas y atentatorias contra el derecho al honor y la dignidad de las personas, y dan lugar a la intervención del Derecho Penal donde se recoge el tipo de injurias, que incluye *"la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas"* (FJ 5).

En cuanto a las manifestaciones racistas o xenófobas que implican el

menosprecio a colectivos y cuyo fin es crear hostilidad y sentimientos de odio y actuaciones de violencia contra personas por razón de su raza, etnia o cualquier otra condición (el denominado “discurso del odio”), el Tribunal señala que quedan fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión igualmente, puesto que atentan contra valores constitucionales como la dignidad, el principio de igualdad y la paz social. Sin embargo, se deja abierta la puerta a si la protección de estos valores justifica el acudir a la vía penal. El legislador es quien debe establecer cuáles son los bienes jurídicos que se protegen penalmente, en congruencia absoluta con el principio de intervención mínima y el principio de proporcionalidad que rige un Derecho Penal democrático. Al respecto, Vives Antón sostiene que no es posible la vía penal en el caso de la libertad de expresión, ya que ésta debe ser capaz de desarrollarse dentro de un ámbito lo suficientemente amplio y seguro para que el que hace uso de ella pueda calcular sus consecuencias sin estar sujeto al efecto intimidatorio que supondría la vía penal. Pone de relieve asimismo, el riesgo de que si ese instrumento intimidatorio se proyectara sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión podría producir sobre ésta un “efecto de desaliento” que limitara indebidamente el libre flujo de las opiniones (Voto Particular STC 79/1995, de 22 de mayo).

7.3. La STC 235/2007, de 7 de noviembre

Esta Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre declaró inconstitucional la previsión contenida en el artículo 607.2 del Código Penal que tipificaba la negación de genocidio como delito. Vamos a analizarla a continuación.

a) El artículo 607.2 del Código Penal

En 1995, se aprueba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que incluye el artículo 607.2 del Código Penal. Este artículo establece que *“la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”*⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ El artículo hace alusión a los delitos de genocidio, que son definidos en el artículo 607.1 CP como conductas guiadas con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial

Claramente, el artículo 607.2 tipificaba dos conductas diferenciadas: la difusión de ideas negadoras del delito de genocidio y las justificadoras del mismo. Desde el momento de su entrada en vigor, el precepto suscitó polémicas y grandes debates doctrinales. Una parte de la doctrina consideró que el precepto debía ser considerado como una forma de provocación, definido en el artículo 607.1 CP, al que podrían extrapolarse los requisitos que establece el artículo 18 CP para la provocación genérica. También se ha argumentado que el artículo 615 CP, ya tipificaba expresamente la provocación para cometer el delito de genocidio, inclusive con una pena superior a la que establecía el art. 607.2 CP., con lo que se daba una duplicidad de tipicidades que generaba un privilegio para los autores de estos delitos si se consideraba de aplicación preferente el art. 607.2 CP en relación a la que imponía el 615 CP.

Marina Sanz-Díez De Ulzurrun Llum es una de las autoras que señaló la imposibilidad de encuadrar estas conductas en la apología del genocidio del artículo 18, ya que, tal y como también afirma Del Rosal Blasco, la apología delictiva que configuraba el Código Penal exigía:

1) La exposición de ideas y doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

2) El carácter público de la conducta.

3) Que, por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a la comisión del delito, lo que implica la idoneidad objetiva de la conducta para incitar a terceros a la comisión de un delito, es decir, constituye una forma de provocación.

Como señala Sanz-Díez De Ulzurrun Llum, si el legislador hubiera considerado la conducta prevista en el artículo 607.2 como formas de provocación o de apología, no

o religioso, perpetrando alguno de los actos siguientes (FJ 1 STC 235/2007): 1) matar a alguno de sus miembros; 2) agredir sexualmente a alguno de sus miembros o producirle alguna de las lesiones previstas en el art. 149 CP; 3) someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud u ocasionen alguna de las lesiones previstas en el art. 150 CP; 4) llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o trasladar por la fuerza individuos de un grupo a otro; y 5) producir cualquier otra lesión distinta de las anteriormente señaladas”.

habría recurrido a la tipificación expresa de estas conductas, puesto que el artículo 615 ya tipifica la provocación (apología) del genocidio. Por ello, la existencia del artículo 607.2 indica que el legislador quiso sobrepasar las exigencias contenidas en el artículo 18 del Código, sancionando conductas que “*constituyen incitaciones directas, veladas o subliminales al odio o a la violencia racial y que, por ello, no quedan comprendidas ni en la provocación ni en la apología delictiva definidas en aquel precepto*”⁷⁹⁰.

La cuestión del castigo de la apología suscitó un gran debate en la redacción del 18 CP, de forma que tras largas discusiones, en las que desempeñó un papel relevante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el artículo 18.1 del Código Penal recogió un tipo penal de apología, en cuanto forma de provocación⁷⁹¹. Sin embargo, el propio legislador incurrió en una contradicción, al introducir en la redacción final del entonces nuevo Código penal, un precepto (el 607.2) que, se opone a la regulación establecida en el artículo 18. Así, si la regulación genérica de la apología contenida en el artículo 18.1 exigía para su punición que se tratase de una forma de provocación, el artículo 607.2 parece no exigir tal requisito. Como indica Tamarit Sumalla, en el 607.2 CP se castiga la difusión de ideas o doctrinas en sí mismas consideradas, sin exigirse más, no sólo respecto del carácter instigador de dichas conductas sino tampoco de su carácter laudatorio respecto del propio delito de genocidio. “*Supone la negación del avance que ha supuesto la sumisión de la criminalización de la apología a la lógica propia de un acto preparatorio*”⁷⁹².

De esta manera, hay una regulación genérica de la apología que la enlaza con la provocación (art. 18) y por otro lado, también tenemos un delito que no exige tal requisito provocador (art. 607. 2), con lo que las opciones interpretativas se reconducen a dos, como bien resume Ramos Vázquez: “*¿cabe interpretar que el art. 607. 2 se rige por lo*

⁷⁹⁰ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUM, M., “*Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*” (Varios autores), Tecnos, pág. 301.

⁷⁹¹ El artículo 18.1 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera: “*La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*”.

⁷⁹² TAMARIT SUMALLA, J. L., “*Comentario al artículo 607*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), “*Comentarios al nuevo Código penal*”, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 285.

dispuesto en el art. 18 en lo que respecta a la exigencia del elemento provocador? o ¿es el art. 607. 2 una excepción al art. 18 y, por tanto, no es exigible tal elemento? En este último caso, lógicamente, el problema estribaría en cómo realizar una interpretación acorde con la Constitución de un precepto de esas características.”

Sin embargo, existen argumentos sólidos para descartar la interpretación conjunta de los artículos 18 y 607.2, prosigue Ramos Vázquez:

- La voluntad legislatoris no va en este sentido, ya que la redacción proveniente de la LO 4/1995 sí incluía el requisito de “constituir una incitación directa a cometer delito”, elemento que fue finalmente eliminado, junto a la propia mención al concepto apología. Estas omisiones son la prueba clara del propósito de que se castigue algo distinto a la apología del genocidio.

- El artículo 615 ya procede a establecer el castigo a la provocación dirigido a la comisión de los delitos de genocidio (y con una pena superior a la del art. 607.2), por lo que la interpretación del art. 607. 2 en relación con el art. 18 sería muy forzada.

De esta forma, el comportamiento típico desborda ampliamente el concepto de apología, señala García Arán. Si equivaliera a la apología podría restringirse por la vía del artículo 18 CP, que limita su punición a los casos en que suponga una provocación al delito, en este caso, de genocidio. Pero además de no exigirse la apología de los crímenes, prosigue García Arán, no tendría sentido considerarlo un caso de apología provocadora porque la provocación al genocidio se sanciona específicamente y con pena inferior en el art. 615 CP⁷⁹³.

A pesar de las grandes controversias que ha suscitado la redacción del artículo, el verdadero problema se centró en la colisión del precepto y la Constitución. La postura mayoritaria de la doctrina es que el 607.2 del Código Penal es inconstitucional al considerar injustificada la limitación que impone al derecho a la libertad de expresión ya

⁷⁹³ GARCÍA ARÁN, M. “*Delitos contra la comunidad internacional*”, en CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. (T. II), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2698.

que no exige que las conductas a las que alude supongan la provocación directa a la comisión de un delito.

Pasemos, pues, al estudio de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007.

b) Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre

- Hechos y posiciones jurídicas

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, plantea una cuestión de inconstitucionalidad (la número 5152-2000) respecto del párrafo 2º del artículo 607 del Código Penal. Los antecedentes de la cuestión se pueden resumir de la siguiente manera:

Con fecha de 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba a don Pedro Varela Geiss:

a) Como autor responsable de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP, a la pena de dos años de prisión con sus correspondientes costas.

b) Como autor responsable de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1CP), a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 pesetas, asimismo con sus correspondientes costas.

Los hechos probados contenidas en la Sentencia son que el acusado era titular y director de la librería Europa, y como tal, procedió de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de estas publicaciones contenían

textos en los que se incitaba a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”. El público habitual del establecimiento eran jóvenes con una alta afinidad con las ideologías defensoras de la violencia como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material estaban a la venta al público y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países⁷⁹⁴.

Se presenta recurso de apelación contra la resolución de condena. La Audiencia Provincial de Barcelona admite a trámite el recurso y emite una providencia de fecha 30 de abril de 1999 en la que acordaba dar audiencia a las partes personadas a fin de que expresaran su opinión acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 607.2 CP. Por otra providencia de fecha 7 de mayo de 1999, el órgano judicial de apelación hace constar que la duda de constitucionalidad se refería a la posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Finalmente, después de varias actuaciones, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, plantea la cuestión de inconstitucionalidad, por Auto de 14 de septiembre de 2000⁷⁹⁵. La Audiencia Nacional fundamenta la duda en una posible colisión con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el texto constitucional, en su artículo 20.1, por parte del delito reconocido en el art. 607.2 CP, consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas. A este respecto, la Sala argumenta que el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición de la apología del delito del art. 18 CP, y, por lo tanto, tampoco sanciona la apología de los delitos de genocidio ni la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código penal (arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP). “*La conducta sancionada por el art.*

⁷⁹⁴ Antecedentes 2, STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁷⁹⁵ La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto de 9 de junio de 1999, plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 607.2 del Código Penal, por posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), siendo inadmitida a trámite por el Auto del Tribunal Constitucional 24/2000, de 18 de enero, por la razón de que no fue formulada en el momento procesal adecuado. La Audiencia plantearía de nuevo la cuestión de inconstitucionalidad a través del Auto de 14 de septiembre de 2000, resultando, ahora sí, admitida a trámite y posteriormente resuelta por la Sentencia del Alto Tribunal que es objeto de análisis principal en este apartado.

607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, conducta que coincide con la que dio lugar a la condena en instancia del Sr. Varela Geis por tener una librería especializada en la venta de determinados libros y demás medios de difusión de ideas e información relativos a la negación y justificación del genocidio judío por el régimen nacionalsocialista durante la segunda guerra mundial”⁷⁹⁶.

Definida en estos términos la conducta tipificada en el art. 607.2 CP, el órgano judicial proponente considera que resulta evidente el conflicto entre esta norma penal y el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1 CE.

Por escrito de fecha 24 de noviembre de 2000 el Abogado del Estado, compareció en el proceso oponiéndose a la cuestión de inconstitucionalidad promovida. Igualmente, por escrito de fecha 27 de noviembre de 2000, el Fiscal General del Estado compareció solicitando que se desestimase la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el art. 607.2 CP no es contrario al derecho reconocido en el art. 20.1 CE. El razonamiento seguido tanto por el Abogado del Estado como por el Ministerio Fiscal se basa, fundamentalmente, en el peligro potencial que según ellos representa la difusión de ideas que nieguen o justifiquen un genocidio históricamente incontestable no sólo para las personas que pertenezcan a ese mismo grupo religioso sino para la democracia en su conjunto. De la afirmación de ese peligro deducen la imposibilidad de que el referido comportamiento se ampare en el derecho a la libre expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones que reconoce el art. 20.1 CE, así como la propia justificación de su tipificación penal. Asimismo, tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado comparten la opinión del órgano judicial proponente de que la conducta sancionada por el art. 607.2 CP, consistente en difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, no puede ser interpretada como una modalidad de apología del genocidio. No obstante, defienden la constitucionalidad del precepto por considerar que el derecho a la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura a los mencionados comportamiento desde el momento en que la negación o justificación de un genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de la máxima importancia y, por ello, no puede considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ Antecedentes 3, STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁷⁹⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 3.

Afirman, en consecuencia, que este peligro potencial hacia bienes jurídicos de la máxima importancia, justifica su punición, sin que por ello se pueda considerar conculcado el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Estos bienes jurídicos a los que hacen referencia y que se encuentran en peligro potencial, tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado los señalan como los derechos de ciertas minorías religiosas, étnicas o raciales y el propio orden constitucional, en tanto en cuanto el sistema democrático se vería desestabilizado por el crecimiento y extensión de ideas o doctrinas negadoras o justificadoras de ciertos hechos históricos ulteriormente calificados jurídicamente como delitos de genocidio (FJ 3).

- Posición y argumentación del Tribunal Constitucional

Las sentencias a nivel constitucional en los distintos países europeos crearon una especie de Derecho constitucional común europeo que fue puesto en duda por la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007. En ella, el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad de la expresión “*nieguen o*” del art. 607.2 del Código Penal que castigaba con pena de prisión de hasta dos años “*la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos*”.

El Tribunal entiende que tipificar como delito la negación del genocidio es contrario al artículo 20.1 a) de la Constitución, puesto que la mera negación de la existencia de prácticas o hechos genocidas, sin que concurren otros elementos como el enaltecimiento de estos crímenes, la incitación a su comisión, o la manifestación de expresiones insultantes o vejatorias, constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En puridad, la manifestación oral de la negación de un delito no implica una adhesión valorativa al hecho punible por sí solo, y tampoco puede presumirse que la negación de hechos constitutivos de genocidio tenga la finalidad de crear un clima de hostilidad idónea para conseguirlo, requisitos que el Alto Tribunal señala como necesarios en el fundamento jurídico 4. Asimismo, puntualiza que la libertad de expresión ampara no solamente aquellas informaciones o ideas consideradas inofensivas o indiferentes, sino que también protege aquellas que contrarían, chocan o inquietan al

Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). Nuestro ordenamiento constitucional sustenta la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Esta concepción se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. De este modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional.

El Tribunal Constitucional reafirma de esta manera la doctrina que ya expone en el caso de Violeta Friedman, respecto a la mera negación de la existencia de la Shoah: *“las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia – quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8)”*⁷⁹⁸.

Como se puede dilucidar, la mera negación es inane. La manifestación de la negación debe lesionar efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional para no ser admisible jurídicamente, de lo contrario, lo que se impone es el respeto debido al pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático. El Tribunal Constitucional expone con claridad que la libertad de expresión ampara la búsqueda de la verdad histórica (como así lo reconocía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias Chauvy y otros contra Francia, de 23 de junio de 2004 y Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006), así como las afirmaciones,

⁷⁹⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 4.

dudas y opiniones acerca de la actuación nazi, que quedan encuadradas dentro de la protección del derecho a la libertad de expresión en relación con la libertad ideológica reconocida en el art. 16 CE, ya que el Tribunal Constitucional lo considera “*opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos*”.

El Tribunal, también recuerda y tiene en cuenta, que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto: encuentra sus límites en los derechos y valores superiores reconocidos en la Constitución como son la dignidad o la igualdad. De esta manera genérica, sitúa fuera del ámbito de protección de derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, el art. 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social. Y ello porque admitirlo así, sería tanto como aceptar que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

Cuestión diferente es la difusión de ideas que justifiquen el genocidio. El Tribunal considera que la justificación, expresa un juicio de valor positivo sobre los hechos en cuestión que puede operar como incitación indirecta a la comisión de hechos de esta naturaleza. Aquí aprecia un elemento tendencial dirigido a crear un clima de hostilidad que favorezca la comisión de este tipo de conductas delictivas. La consideración de la difusión punible de conductas que justifican el genocidio como una manifestación del discurso del odio pone en consonancia la doctrina del Tribunal Constitucional a este respecto, con los textos internacionales. En consecuencia, respecto a este tipo de conductas, la intervención del Derecho Penal si está justificada (FJ 9), nos dice el Alto Tribunal.

Sin embargo, en mi opinión, a la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio, se le debe aplicar la misma valoración: considero que es función necesaria del legislador penal castigar la justificación pública del genocidio cuando ésta opere como incitación directa a la comisión de un delito o supongan una provocación al genocidio o cualquier otro delito, es decir, exigiéndole un elemento tendencial a la conducta.

El Tribunal puntualiza que otro de los límites necesarios del derecho a la libertad de expresión es la proporcionalidad, por lo que se sitúa fuera del derecho la difusión de expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias (FJ 5º). En virtud de todo esto, declara que no va a disfrutar de cobertura constitucional la *“apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas”*, tal y como expresó en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5. Igualmente, atentan también *“contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7)”*.

En consecuencia, el amplio margen que ofrece el reconocimiento del art. 20.1 de la Constitución encuentra sus límites en las manifestaciones racistas o humillantes, o las que incitan directamente a estas actitudes, no admitidas por la Constitución. Aquel entendimiento de la historia que sea manifestado con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, así como incitar a la violencia contra algún grupo no estarán amparadas, en modo alguno, por la libertad de expresión.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional se posiciona en contra de uno de los argumentos que llevó al legislador a tipificar como delito la negación del genocidio: el peligro que supone las actitudes negacionistas para el orden público al considerarse que podrían contribuir a la creación de un clima de intolerancia que perturbaría la pacífica convivencia democrática. El Tribunal señala que admitir la finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar la restricción de las libertades, puesto que la conducta en sí, se encontraría en un estadio previo al que justifica la intervención

del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión⁷⁹⁹.

El Tribunal una vez más, subraya la necesidad de que esas declaraciones contengan otros elementos no incluidos en el tipo penal del 607.2 CP, como la incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra un determinado colectivo racial o el claro menosprecio a éste. Y además especifica que esta actitud de hostilidad debe de ser idónea para crearla, elemento tampoco incluido en el tipo contenido en el 607.2 CP (FJ 7). El precepto podría ser considerado constitucional si *“se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”*⁸⁰⁰. El Alto Tribunal afirma que no es posible hacerlo.

Con todo esto, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nula la inclusión de la expresión *“nieguen o”* en el primer inciso artículo del 607.2 del Código Penal y declara la constitucionalidad del primer inciso del artículo que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio.

- Votos Particulares

Voto particular del Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel

García Calvo discrepa con el fallo de la Sentencia argumentando y apoyando las alegaciones del Abogado del Estado. Para el Magistrado el Tribunal debió declarar constitucional los dos incisos del artículo 607.2 CP.

Efectivamente, dice el Magistrado, lo que el precepto penaliza es la negación o

⁷⁹⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 8: “una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (...), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”. “En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”.

⁸⁰⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 7.

justificación de “delitos” y no la pura negación o justificación de “hechos”: los delitos de genocidio. De esta forma, tan artificiosa, el Magistrado distingue entre hechos y delitos. Pero, claramente, este argumento puede ser contradicho, ya que negar los hechos que dieron lugar a la muerte de varios millones de seres humanos, intrínsecamente significa negar un delito de genocidio.

Prosigue el Magistrado afirmando que no se encuentra en juego el derecho a la libertad de información en tanto en cuanto ésta no ampara aquella información que no es veraz. Lo que realmente se encuentra en juego es la difusión de determinados tipos de ideas o doctrinas, por lo que, afirma, la negación y la justificación de los delitos de genocidio, tipificados en el art. 607.2 CP son constitucionales.

Inclusive el Magistrado llega a enunciar como refuerzo argumental de su Voto la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo la ideología nazi lo que obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella, de forma que nos vemos obligados, declara el Magistrado, a dar un paso más allá de la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defienden el racismo o la exclusión étnica, dado que constituyen una obligación que no ha de verse limitada en nombre de la libertad ideológica o de expresión.

Afirma, además, que se trata de un delito de peligro abstracto con especificidad propia con tres modalidades comisivas: la negación, la justificación y la rehabilitación.

Voto Particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

El 2º Voto Particular lo formula Rodríguez-Zapata para poner de manifiesto su disconformidad con la diferenciación penal que se hace entre la negación de los delitos del 607.1 CP, que se considera inane y la justificación de éstos, que no lo es. Así, explica extensamente, que el riesgo que entrañan los grupos antipluralistas son hoy en día un peligro presente y claro y no solo amenazan con antisemitismo, sino que también existe una amenaza a las minorías africanas, árabes y asiáticas y a los inmigrantes no europeos que confluyen en forma significativa en nuestro continente. Posteriormente, alude a la Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el

Consejo de la Unión Europea el 20 de abril de 2007, que “*considera que el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza actual para los 27 Estados miembros de la Unión, que debe llevar a definir un nuevo Derecho penal común a los quinientos millones de seres humanos que integran la Unión Europea, donde se castigue la «negación» o la «trivialización ofensiva» («denying or grossly trivialising») de los crímenes de genocidio»*”.

Citando la doctrina que establecieron las SSTC 214/1991, 176/1995 y 48/2003, Rodríguez-Zapata alude a la aparente contradicción entre lo afirmado en esta Sentencia y aquellas, ya que en la actual se sostiene que las ideas y opiniones vertidas y que dan origen a la cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada (FJ 4), pero se debe dar cobijo a estas bajo la protección del 20.1 CE. Para el Magistrado es incomprensible.

Voto Particular del Magistrado Ramón Rodríguez Arribas

Ramón Rodríguez Arribas ataca la afirmación de que la negación del delito de genocidio, para ser sancionable, debe llevar aparejado como elemento necesario la incitación directa a la violencia contra determinados grupos o el menosprecio a las víctimas de genocidio. Para el Magistrado el negacionismo “*es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el holocausto no existió y que solo es propaganda sionista*”, de manera que el pretender que el artículo 20.1 CE ampara estas conductas significa degradar el derecho a la libertad de expresión.

Junto con el Ministerio Fiscal sostiene que estas actitudes están dirigidas a tergiversar hechos históricos para crear una especie de olvido hacia lo acontecido, por lo que el precepto no trata de castigar la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, a través de medios propagandísticos, generarían un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata.

Admite no compartir que la parte del precepto que es declarado inconstitucional vulnere la libertad científica que reconoce el art. 20.1.b) CE, ya que de lo que se trataría

es de poner límites, mediante a la sanción penal, de manifestaciones que están directamente encaminadas a minimizar y explicar una serie de hechos que buscan erradicar la repugnancia social que provocan. Puntualiza que no se trata de castigar el resultado de la investigación de un historiador que llegara a la conclusión de la inexistencia de un genocidio universalmente contrastado, en cuyo caso no habría elemento intencional alguno, y por lo tanto no resultaría punible, sino de poner coto, mediante la sanción penal, a la profusión de informaciones directamente encaminadas a minimizar o a explicar hechos de genocidio que pretenden romper la barrera de repugnancia social que impide su repetición.

Voto Particular del Magistrado Pascual Sala

El Magistrado discrepa también de la fundamentación y fallo de la Sentencia conducente a declarar la inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 607.2 CP en el extremo en que castiga la difusión de ideas o doctrinas “que nieguen” un delito de genocidio. En primer lugar reprocha no haber realizado un trabajo de interpretación conforme a la Constitución como si se hace con la parte del precepto que se declara conforma a la Carta Magna. Tampoco entiende que el Tribunal declare que la justificación equivale a la incitación directa a la comisión de delitos de genocidio y no se considere en los mismos términos la negación, al no identificar el elemento tendencial en este segundo caso, que si comprende la manifestación de opiniones que justifican el delito de genocidio. Para el Magistrado lo que el precepto que se cuestiona castiga en ambas conductas es, realmente, la presentación como justo el delito de genocidio en términos que dan lugar a una incitación directa a su comisión.

Afirma que la declaración de inconstitucionalidad de la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que “nieguen” los delitos de genocidio no es conforme a textos internacionales recientes y cita el artículo 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia. La Propuesta establece la obligación de los Estados miembros a la adopción de medidas que garanticen el castigo de la apología pública de los crímenes de genocidio, y también la negación o trivialización flagrante de los mismos, en los casos en que la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio contra el grupo social afectado. Tal y como hacía el 607.2 CP.

Otro de los argumentos que esgrime viene a ser el siguiente: equiparando la negación a defensa, cualquier expresión que implique la defensa del genocidio se enmarca dentro del llamado “discurso del odio” que todo Estado Democrático está obligado a perseguir. En este caso, lo que viene a castigarse es una conducta de distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado en la comunidad judía se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial y todo ello con el aditamento de que la inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar. Resulta clara, pues, la existencia en el caso aquí examinado del elemento tendencial tantas veces mencionado para el Magistrado.

Por lo tanto, al incluir el elemento tendencial, la modalidad delictiva no es inconstitucional al no contravenir el art. 20.1 CE, según afirma el Magistrado.

c) Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre

La Sentencia del Tribunal Constitucional analizada contravenía la corriente establecida por las diferentes normativas europeas y por los textos internacionales. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad de la conducta de “negación del genocidio” no puede considerarse como “sorpresa”, en honor a la verdad, ya que la supuesta ilegitimidad del precepto venía poniéndose de manifiesto por una parte de la doctrina. Esta puso especial énfasis en el hecho de que la conducta que se tipificaba era tan amplia que permitía incluir conductas que, al consistir en la difusión de opiniones o puntos de vista subjetivos sobre la Historia, se integraban en el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión y la libertad científica, contenido que constituye un límite absoluto que no puede ser traspasado. Este primer motivo para la declaración de inconstitucionalidad es la que se expone en los fundamentos jurídicos 4, 6 y 8 de la sentencia 235/2007.

A mi modo de ver, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión

“nieguen o” supuso un matiz necesario en la comprensión jurídica del marco y contenido en el que debe desarrollarse la libertad de expresión. Desde el momento en que el tenor del precepto no incorporó elemento adicional alguno en el tipo, de forma que simplemente con el mero acto de la manifestación de la negación, la actuación se adecuaba a la conducta tipificada, no podía ser considerada conforme a la Constitución. La negación del genocidio es una mera negación subjetiva de un hecho histórico, que no conlleva intrínsecamente la conculcación de los valores democráticos establecidos o la pretensión de incitación a la violencia contra un colectivo de personas, por muy aceptado que sea el acontecimiento histórico o muy reprobable en otros ámbitos la negación de éste. No puede afirmarse que la negación del Holocausto implique indefectiblemente y por si solo, la lesión de derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Es más: el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como uno de los pilares del sistema democrático obligan a impedir cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar la mera circulación pública de ideas o doctrinas, como bien ha apuntado el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, la simple negación de la realidad del genocidio nazi, aún admitiendo la repulsa o reprobación que pueda provocar, deben ser consideradas jurídicamente como opiniones sobre acontecimientos históricos, cuyos límites ya han sido establecidos por una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). En referencia a la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, se le otorga un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1. CE (STC 20/1990).

Por el contrario, cuando estamos ante el derecho de libertad de información, donde se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional exige que la información sea veraz,

“requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas”, siendo plenamente conscientes de que *“resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos”,* en cuyo caso *“habrá de atenderse al elemento predominante”* (STC 105/1990, de 6 de Junio). No puede ser de otra manera si queremos preservar un Estado democrático de Derecho: en el contenido del derecho a la libertad de expresión se encuadra toda expresión de opinión, por equivocada o repugnante que pueda parecer, o incluso aquellas manifestaciones subjetivas que ataquen al sistema democrático o nieguen la propia Constitución (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). La libertad de expresión debe ser válida no solamente para las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997). Y como manifestaciones de opiniones no se les aplica el límite-exigencia de la veracidad de lo manifestado. Es lo adecuado en todo sistema que se estime democrático.

Como todo derecho, la libertad de expresión cuenta con límites que respecto al derecho que nos ocupa deben ser perfilados con extremo cuidado. Existen intereses, derechos o libertades de máxima importancia que pueden y deben alegarse como justificativos de la limitación a la manifestación de la negación del genocidio, ya que ciertas opiniones pueden suponer una amenaza real y una vulneración de otros derechos constitucionales o bienes jurídicos protegidos que no es posible ignorar. En el art. 20.1 CE, por lo tanto, no tiene encuadre la intención de menospreciar y discriminar a personas o grupos de cualquier condición o una clara incitación a la violencia contra un pueblo, etnia o colectivo determinado que pueden insertarse en las expresiones negacionistas. Esta incitación racista que puede suponer la manifestación de la justificación del genocidio, la mitificación de las actuaciones e ideologías racistas del Tercer Reich, o los juicios humillantes contra el pueblo judío, supone la conculcación del reconocimiento constitucional de la dignidad humana, la igualdad o el derecho al honor, y, por lo tanto son merecedores de reproche jurídico.

Sin embargo, no debemos perder de vista que no es posible identificar la opinión, por si sola, con la incitación o la provocación. *“Por más vueltas que le demos y cualquiera que sea la intención de quien así se expresa, no es lo mismo opinar que*

*incitar. No podemos borrar esa línea divisoria, porque como regla general (con muy pocas excepciones) las opiniones erróneas, por abyectas que sean, siempre pueden combatirse y neutralizarse. Mientras que no disponemos de ese margen para reaccionar cuando la instigación a la acción delictiva es directa e inmediata”*⁸⁰¹. Nuestro Código Penal define la provocación como aquella que se da cuando directamente se incita a la perpetración de un delito, ya sea, por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas (art. 18). Es apología, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Como forma delictiva, la apología debe traducirse en una forma de provocación, y al mismo tiempo, por su naturaleza y circunstancias debe constituir una incitación directa a cometer un delito (art. 18 Código Penal). Tanto la provocación así recogida, como la apología, son figuras delictivas que incluyen la incitación directa a cometer un delito como elemento necesario para su apreciación. Pero no puede afirmarse que toda negación de la existencia de conductas que constituyan delito de genocidio ostentan la finalidad de crear un aura de hostilidad dirigido a las víctimas o que la simple expresión de la negación haga posible conseguir este fin.

El art. 20.1 CE ofrece cobertura a la difusión de ideas, *“acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos”* (STC 43/2004, de 23 de marzo), pero encuentra sus límites no solo en las manifestaciones *“vilipendiadoras, racistas o humillantes”* sino también en aquellas otras *“que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”* (STC 235/2007, FJ 5).

La libertad de expresión no ofrece cobertura al llamado “discurso del odio”, por supuesto, pero éste es aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular, o supongan la vulneración de valores constitucionalmente consagrados o bienes jurídicos reconocidos por nuestro ordenamiento. La mera negación del delito de genocidio, sin que concurran posteriores conductas que comporten cierta adhesión valorativa al hecho criminal o su promoción mediante un juicio positivo, estarían dentro

⁸⁰¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

de los hechos considerados inofensivos. Añadir dichos elementos en este tipo penal concreto significaría vulnerar los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, que no puede imponer una interpretación completamente contraria a la letra de la disposición impugnada, afirma con total acierto Jorg Luther en su trabajo “*El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada*”⁸⁰².

Se puede aludir a que los escritos negacionistas, en sí mismos, suponen tanto a los supervivientes del genocidio como a los parientes de las víctimas un sufrimiento intolerable. Sin embargo, también el blasfemo puede infligir a los creyentes un gran perjuicio emocional cuya intensidad no es posible ni medir, ni comparar, y por lo tanto imposible de explicar el por qué esta forma de negacionismo no debe ser penalizada y, en cambio, otras sí.

Por otro lado, no puede restringirse el derecho recogido en el artículo 20 de la Constitución con la finalidad de obtener un efecto preventivo. La finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de una libertad basal como es la libertad de expresión. El Derecho Penal no puede entrar en el fuero interno e ideológico del ser humano y su forma de manifestación si ello no se traduce en la lesión de un bien jurídico reconocido o el inicio de una acción que sea capaz de ocasionar la vulneración de bienes jurídicos. Desde el momento en que el “por si acaso” pudiera constituir un argumento válido para restringir la libertad de expresión o cualquier otro derecho se crearía en torno a éstos un peligroso “efecto desaliento” (el llamado “chilling effect”, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano) que podría reducirlo a cotas inadmisibles en un sistema democrático. Recordar que nuestro Tribunal Constitucional ya hizo referencia al “chilling effect” respecto al derecho a la libertad de expresión en la STC 136/1999 (FJ 29) al que calificó como “efecto disuasorio” y del que advirtió sus efectos negativos como inhibidor en el ejercicio del derecho.

El Tribunal Constitucional para la declaración de inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 607.2 del Código Penal, señala como segundo e importante motivo la falta de legitimidad de la intervención penal en los casos en los que no existe ni siquiera

⁸⁰² LUTHER (2008), “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, accesible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm>.

un riesgo potencial para el bien jurídico. Esto es precisamente lo que se hace según nos explica en el fundamento jurídico 8: imponer una restricción al derecho a la libertad de expresión que no puede encontrar justificación en la lesividad del bien jurídico tutelado. Debemos pensar en que si se elimina mentalmente el carácter repugnante y despreciable de las ideas que amparan el negacionismo, no queda nada exteriormente visible y certero, por si solo, que hagan abogar por la represión penal en defensa de un bien jurídico. No puede afirmarse que toda negación de conductas que constituyan delito de genocidio ostentan la finalidad de crear un aura de hostilidad dirigida a las víctimas o que la simple expresión de la negación haga posible conseguir este fin. La finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), que constituye el acudir al Derecho Penal. Como bien afirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia *“en consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”* (FJ 8). El Derecho Penal no puede entrar en el fuero interno e ideológico del ser humano y su forma de manifestación si ello no se traduce en la lesión de un bien jurídico protegido o el inicio de una acción que sea capaz de ocasionar la vulneración de estos bienes jurídicos.

Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima. Su papel es subsidiario como medio de control social en la que solo debe intervenir si es absolutamente necesario, debido a la severidad de las medidas que adopta. Y su función no consiste, como afirma Juan Maria Bilbao Ubillos, en la represión de simples actitudes o creencias internas), sino en la prevención de comportamientos capaces de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos. Son estas las conductas lesivas o peligrosas que deben perseguirse penalmente. *“No parece prudente, en este como en otros terrenos, matar moscas a cañonazos”*⁸⁰³.

Además debemos ser conscientes del riesgo que supone acudir al Derecho Penal

⁸⁰³ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 85, enero-abril 2009, págs. 299-352.

para imponer una verdad histórica, al llevar implícita la destrucción de la libertad de expresión y la vulneración de uno de los pilares fundamentales del sistema democrático. No es función del Derecho Penal (ni del Derecho en general) la defensa de una determinada versión de la Historia o una determinada ideología política. Ha de ser el individuo libremente, quien juzgue y adopte la opinión que estime correcta respecto a la veracidad de la Historia. Incluso, llegado el caso, debe poder expresar su convencimiento de que un genocidio no tuvo lugar o no ocurrió en los términos que se ha aceptado generalmente. Y esto debe ser amparado por nuestro ordenamiento jurídico siempre que el individuo no actúe vulnerando la dignidad de los demás u otros bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, algunos autores han diferenciado entre la “incitación al odio religioso” y la “incitación al odio racial”. En referencia a ello y debido a la propia naturaleza y las diferencias entre religión y raza, afirman que se admite un más amplio nivel de crítica respecto a la religión que respecto a la raza. Basan sus argumentos en una endeble afirmación: mientras la raza es una característica que en cuanto heredada, no es modificable, la religión consiste en la creencia en un sistema de principios y valores que el individuo acepta libremente como superiores y verdaderos. El individuo puede, por lo tanto y a su libre albedrío, adherirse a una religión considerada “superior” y abandonar la “inferior”.

Ni que decir tiene que esta apreciación es terriblemente desafortunada. Tanto la raza como la elección religiosa o ideológica que realice el ser humano constituyen un núcleo intocable que se sitúan en pie de igualdad como motivos prohibidos de intolerancia y discriminación, como bien recogen innumerables instrumentos jurídicos internacionales y la mayoría de las legislaciones nacionales. Es cierto que en algunos ordenamientos jurídicos nacionales de Estados donde existe una religión mayoritaria, el tratamiento que pueda darse a la blasfemia y otros delitos en relación a ellos disfruta de mayores protecciones, pero se trata de una desviación jurídica que debería ser revisada. Considero que no es aconsejable tipificar como delito la oposición o divergencia religiosa cuando el elemento no incluya la incitación al odio como elemento y la incitación directa hacia actitudes constitucionalmente reprobables. De otra manera, estaríamos conculcando el derecho a la libertad de pensamiento e ideológica, así como el derecho a la libertad de expresión.

Realmente en el caso de la manifestaciones negacionistas parece estar vigente un pacto ético y tácito (y profundamente emocional) surgido en el clima posbélico y que perdura hasta nuestros días. Este consenso se materializa en la consideración uniforme de los acontecimientos y el rechazo a su negación por considerar que constituye una forma de apoyo tanto a los hechos históricos que acontecieron como al resurgimiento del pensamiento que los propiciaron. Y todo esto, respecto al genocidio nazi y en detrimento del resto de genocidios, como demuestra la especial protección de la que goza. Sin embargo, el medio de conseguir que no se repitan estos actos deleznable y criminales no deben conseguirse a costa de renunciar a valores democráticos que constituyen auténticos pilares para que éste se sustente, puesto que sería aceptar que el sistema democrático se perpetúe a base de conculcaciones consensuadas nacional e internacionalmente.

7.4. El artículo 510 del Código Penal tras la Reforma Penal de 2015

a) Introducción general

El Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fue objeto de una completa revisión y actualización en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Como se expone desde el Preámbulo de la Ley, con esta reforma se revisa el régimen de penas y su aplicación, se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes. La reforma introduce, además, la pena de prisión permanente revisable⁸⁰⁴ y suprime aquellas otras infracciones que, por su escasa gravedad, se consideran no merecedoras del reproche penal. Sin embargo, gran parte de la reforma está orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Esta pena de prisión permanente revisable, “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos” (Preámbulo).

⁸⁰⁵ El Preámbulo de la Ley los resume con precisión: “Así, la reforma se ocupa de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de

Uno de los preceptos más destacados de esta reforma se localiza en el artículo 510 CP⁸⁰⁶, que lo que hace es contemplar una nueva redacción que el Gobierno

racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; de la Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal; y de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Asimismo, se modifica la actual regulación del delito de inmigración ilegal, separando claramente esta figura delictiva del delito de trata de seres humanos y ajustando tipos y penas a las exigencias derivadas de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI. También se introduce la posibilidad de incluir perfiles de condenados en la base de datos de ADN, para dar cumplimiento a las exigencias del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Y se incorporan en nuestra normativa penal las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de abril de 2014, sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública”.

⁸⁰⁶ Nueva redacción del artículo 510 del Código Penal: “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos. 2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos. b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos. 3. Las penas previstas en los

justificaba en dos motivos:

- La necesaria transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia.

- La Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, que, tal y como señaló el Preámbulo, *“impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limita su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías”*.

Asimismo, se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal, y se realiza un cambio de ubicación del artículo 607, que *“viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías”*. En este ámbito, la nueva regulación tipifica dos grupos de conductas:

a) Las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia

apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas. 4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado. 5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente. 6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos. Para estas conductas se prevé una penalidad mayor.

b) Los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia.

Se contempla una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados.

Esta es una recapitulación breve y necesaria sobre la reforma penal vigente desde el 1 de julio de 2015, conforme a la cual se ha introducido un nuevo artículo 510 en el Código Penal y cuyo origen se fundamenta en los antiguos artículos 510 y 607.2 CP. Una vez se ha procedido a esta introducción estamos en disposición de abordar el estudio detenido del contenido de este nuevo artículo 510.

b) Sujeto pasivo y conductas castigadas en el nuevo artículo 510.1 del Código Penal

Si acudimos a la redacción anterior del artículo 510.1 CP comprobamos que el legislador optaba por denominar al colectivo al que se refería el artículo con la expresión “*grupos o asociaciones*”. En la nueva redacción, el cambio es significativo: el sujeto pasivo común a todas las conductas que se castigan y que conforman el tipo penal la constituyen “*un grupo*”, “*una parte del mismo*” o “*una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel*”. De esta forma, se reconoce la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran a un único individuo determinado, por razón de su

pertenencia al grupo. Asimismo, las conductas tipificadas deben ser realizadas “*por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*”. Al respecto, podemos señalar dos modificaciones que mejoran y solventan olvidos en la redacción anterior:

- Se añade la “*identidad sexual*”, junto a la “*orientación sexual*” que ya se incluía en la redacción anterior.

- El término “*discapacidad*” sustituye la anterior “*minusvalía*”, en consonancia con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

En cuanto a las conductas establecidas en el tipo penal, Rodríguez Ferrández afirma que se pueden agrupar en tres grandes tipos⁸⁰⁷:

- **Fomento, promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común (letra a):** si en la redacción anterior se utilizaba únicamente el verbo “provocar”⁸⁰⁸, ahora se castiga a “*quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia*” contra el sujeto pasivo común. La inclusión de estos tres verbos (“fomentar”, “promover” e “incitar”) nos indica varias cosas:

- En primer lugar, se ha querido ser mucho más minucioso en la descripción de las conductas punibles y así acabar con las múltiples interpretaciones a las que dio lugar la redacción anterior.

- En segundo lugar, y tal y como señala Roig Torres, se produce un “*deslinde*

⁸⁰⁷ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la Reforma Penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, nº 12 (2014).

⁸⁰⁸ Contenido del anterior artículo 510 del Código Penal: “*Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos...*”.

definitivo entre este delito y la provocación”⁸⁰⁹.

Efectivamente, uno de los problemas que planteaba el artículo 510.1. CP era que el legislador, al optar por el término “provocar”, creaba confusión respecto al tipo penal definido en el artículo 18⁸¹⁰, lo que conllevaba a considerar que el 510.1 CP se refería también a actos preparatorios punibles, esto es, la provocación a la comisión de delitos de discriminación, de odio o con violencia contra grupos o asociaciones por los motivos previstos por el legislador⁸¹¹. Con la reforma queda meridianamente claro que el delito es diferente de la provocación al delito como acto preparatorio punible, que es la prevista en el art. 18 CP.

El contenido del artículo especifica que el fomento y la promoción, junto con la

⁸⁰⁹ ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), *“Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”*, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1.253.

⁸¹⁰ Artículo 18 CP: *“La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”*.

⁸¹¹ Tal circunstancia conducía a una doble inconsecuencia, según explica Víctor Gómez Martín “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016: *“Por una parte, la técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 510.1 CP obligaría a preguntarse cuáles son los delitos en preparación recogidos en el precepto. El mismo se refiere a la provocación “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones...”*. Aunque los “delitos de discriminación” no se encuentran expresamente recogidos en el Código Penal bajo una rúbrica específica, no resulta en absoluto imposible identificar cuáles son los delitos que podrían ser clasificados bajo tal denominación. Se trata, además del previsto en el art. 510.1 CP, de los recogidos en los arts. 314 (delito de discriminación grave en el trabajo), 510.2 (difusión de informaciones injuriosas por motivos discriminatorios), 511 (denegación de servicio público por motivos discriminatorios), 512 (denegación de servicio por motivos discriminatorios en el marco de actividad profesional o empresarial) y 515.5 (asociación ilícita promotora de la discriminación) CP. Lo mismo ocurre con lo que podría denominarse delitos que admitan medios violentos de comisión, que no serían otros que todos aquéllos para los que dicha posibilidad se encuentre prevista en el Código penal. Sin embargo, pese a la existencia de algún intento incluso de lege lata, la referencia a la provocación a la comisión de “delitos de odio” resulta mucho más problemática, ya que en el Código Penal español dicha categoría no existe”. Por otra parte, concebido como un delito de provocación para cometer un delito de discriminación o con violencia (esto es, como un acto preparatorio), la pena prevista en el art. 510.1 CP (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses) vulneraría de forma evidente el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este punto de vista, si la regla general del CP español es que los actos preparatorios punibles (la provocación lo es, de conformidad con lo previsto en el art. 18 CP) sean castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito correspondiente, tal regla no se cumpliría, por ejemplo, cuando el delito objeto de provocación tuviera señalada una pena leve. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de daños, castigado con una pena de multa de seis a veinticuatro meses (art. 263 CP). Además, cuando el delito provocado llegue a cometerse la provocación se convertirá en inducción, de acuerdo con lo previsto en el art. 18.2, párr. 2 CP (*“si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”*). Con ello, la desproporción de la pena prevista en el art. 510 CP se haría todavía más evidente. Por ejemplo, en el caso del delito de daños ya mencionado, el inductor deberá ser castigado, como máximo, con la pena prevista para el autor del delito (multa de seis a veinticuatro meses).

incitación, pueden producirse tanto de forma directa como indirecta para entrar en el tipo penal, pero son conductas que deben ser realizadas en todo caso “*públicamente*”, lo que, obviamente, va a excluir de la apreciación penal aquellas conductas que se realicen en el ámbito privado.

- Producción, elaboración, posesión para la distribución, facilitación de acceso a terceros, distribución, difusión o venta de escritos^[1] o cualquier material o soporte con contenido idóneo para la realización de la conducta anterior (letra b).

El conjunto de conductas que se detallan en este segundo apartado son una novedad respecto del Código Penal anterior. En concreto, ahora se tipifican aquellos comportamientos en relación a “*escritos o cualquier material o soporte*” que por sus características sean “*idóneos*” para que se produzcan las conductas delictivas que ya se detallan en el apartado anterior.

El texto señala que las conductas punibles son la “*producción*” y la “*elaboración*”, así como la “*posesión con la finalidad de distribuir*”, la “*facilitación de acceso a terceros*”, la “*distribución*”, la “*difusión*” y la “*venta*”. Estamos ante comportamientos que tienen lugar en un momento anterior a los que detalla el apartado a) y que son considerados por la doctrina en general como menos graves, lo que ha suscitado una fuerte crítica en tanto en cuanto se han equiparado penalmente a éstos. Tal y como pone de manifiesto Roig Torres, esta opción penal tuvo su origen en la Recomendación incluida en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica⁸¹², donde el Consejo alegaba que, al preverse en el texto del Anteproyecto una pena inferior para estos casos, lo que se estaba haciendo es conferir “*un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas. Por ello se estima necesario subsanar la deficiencia detectada de manera que, al menos, los comportamientos consistentes en la efectiva distribución, venta, difusión o facilitación a terceros de los materiales o soportes deben ser sancionados como lo que en realidad son: actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad*”

⁸¹² ROIG TORRES, M., “*Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1257.

personal”.

- Negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos^[SEP] (o de sus autores) de los delitos de los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”) cometidos contra el sujeto pasivo común (letra c).

Este apartado establece que las conductas punibles son el “*negar*”, “*trivializar*” de forma grave o “*enaltecer*”, los delitos de genocidio, de “*lesa humanidad*” o aquellos delitos “*contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*”⁸¹³. Asimismo, repite el verbo “enaltecer” para tipificar el delito respecto de sus autores. En todos los casos, una vez más, es requisito indispensable que los comportamientos tengan lugar en un entorno de proyección “*pública*”.

Este apartado es el que realmente recoge parte del texto que se incluía en el 607.2 del Código Penal anterior, adaptándose a la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “*nieguen*” por parte de la STC 205/2007, de 7 de noviembre, que, además, falló a favor de la constitucionalidad de la expresión “*justifiquen*”. No olvidemos tampoco que la sentencia, en el fundamento jurídico 7º aconsejaba, arrogándose el papel de legislador positivo, que “*el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio*”.

Este consejo es el que se ha seguido en la nueva redacción, de forma que la conducta de negación de los delitos que se detallan, entre ellos el de genocidio, solo serán punibles “*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*” contra los designados como sujetos pasivos del tipo penal. Podemos afirmar entonces que, amparándonos en la interpretación que el Tribunal Constitucional expuso en la sentencia 235/2007 y en parte de la doctrina, las conductas

⁸¹³ Este apartado c) hace referencia a los delitos de “*genocidio*” (art. 607 CP), de “*lesa humanidad*” (art. 607 bis) o “*contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*” (arts. 608 a 614 bis), todos ellos tipificados consecutivamente en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV de nuestro Código Penal (“Delitos contra la Comunidad Internacional”).

sancionadas en el tipo son aquellas que den lugar, de forma directa o indirecta, a los actos descritos. Roig Torres señala expresamente que el “*clima*” ha de “*ser propicio para provocar actos reales de discriminación*”⁸¹⁴.

Por otro lado, en este artículo 510.1.c), junto a la negación y la trivialización, aparece el “enaltecimiento” (en dos ocasiones) en lugar de la apología, y se especifica que la conducta de trivialización ha de ser “grave”. Asimismo, recordemos que la STC 235/2007 admitió la constitucionalidad de la expresión “*justiquen*”, conducta que no se regula en este apartado para ser incluido en el 510.2. b)⁸¹⁵.

Como último extremo a destacar, debemos citar la referencia al enaltecimiento de los autores de delitos de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra como conducta punible en el tipo. Siguiendo la misma línea, la conducta será castigada siempre y cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el sujeto pasivo.

c) Sujeto pasivo y conductas castigadas en el nuevo artículo 510.2 del Código Penal

- **510.2.a) del Código Penal:** este precepto recoge como conductas punibles aquellas que lesionan la “*dignidad*” del sujeto pasivo común en todo el artículo 510. Los comportamientos que se detallan son las siguientes:

- “*acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito*” sobre alguno de los sujetos pasivos.

- actos preparatorios referentes a la producción, elaboración, posesión con la

⁸¹⁴ ROIG TORRES, M., “*Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)*”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1258.

⁸¹⁵ Art. 510.2 b): “*Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos*”.

finalidad de distribuir, o facilitar a terceras personas el acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes por su contenido sean idóneos para *“lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito”*.

- **510.2.b) del Código Penal:** En este precepto se castiga el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra un colectivo, una parte del mismo o alguno de sus miembros por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo.

A pesar de que vuelva a hacer alusión al enaltecimiento, son varias las diferencias que guardan este supuesto y el previsto en el art. 510.1 c) CP: las conductas del art. 510.1 c) CP se refieren a los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, mientras que las del art. 510.2 b) CP pueden tener por objeto cualquier delito que se haya cometido por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo penal, siempre y cuando ambas conductas sean realizadas públicamente.

En este apartado se debe poner de relieve en cuanto a la justificación de cualquier delito cometido contra el sujeto pasivo, la omisión por parte del legislador penal de elemento adicional alguno para que se aprecie el tipo. Con esta omisión el tipo no incluye la exigencia de que la *“justificación”* suponga una *“incitación indirecta”* a la discriminación contra los sujetos pasivos, o cual otro elemento tendencial. Tal elemento sólo es contemplado como un tipo agravado de la conducta en el último inciso del artículo 510.2. b) CP.

De esta manera, al no incluir en el tipo penal del 510.2 b) CP elemento adicional alguno, basta con que se enaltezca o justifique los delitos a los que se refiere el precepto para que se aplique la pena prevista. Sin necesidad de que los comportamientos sean capaces de generar un *“clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos”*, lo que me sigue pareciendo inconstitucional.

Por otra parte, el legislador incluye el enaltecimiento y justificación no solo de los delitos que hubieran sido cometidos contra el sujeto pasivo: también se castiga el enaltecimiento y justificación referidos a quienes hayan participado en su ejecución. Ahora bien, al respecto he de decir que coincido con Rodríguez Ferrández: la expresión

“quienes hayan participado en su ejecución”, así como la de “sus autores” que aparece en el artículo 510.1.c) CP, “debe entenderse igualmente referida a todo interviniente en el delito, sea a título de autor o de partícipe (cómplice, cooperador necesario o inductor)”⁸¹⁶.

d) Artículo 510.3 del Código Penal: tipo agravado

En este artículo se recoge un tipo agravado: las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

Teniendo en cuenta que en los apartados del art. 510 CP 1.a) y el 1.c) ya se exige que la conducta sea realizada “públicamente” o “por cualquier medio de expresión pública”, en el caso del 510.2.b), podemos interpretar que la publicidad a la que alude este artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a aquellos medios capacitados o aptos para llegar a un número masivo de personas. En esta línea, es congruente que se haga referencia expresa a “Internet” o el “uso de tecnologías de la información”. Sin embargo, la referencia a un “medio de comunicación social”, como pueden ser la televisión, la radio o la prensa escrita, parece una reiteración cuando en los preceptos anteriores ya se ha incluido la consideración de que las conductas deban ser “públicas”. “Así las cosas, y por exclusión, el carácter necesariamente “público” de las conductas previstas en el art. 510.1 a) y c) y art. 510.2 b) CP deberá referirse únicamente a aquellos supuestos de comunicación pública a una colectividad pero sin el uso de medios de comunicación masiva. Podrían incluirse en esta categoría casos como, por ejemplo, ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos para un auditorio colectivo e incluso amplio, pero no masivo”⁸¹⁷.

El gravamen de la pena recoge además, el efecto masivo y dimensionado que ofrece actualmente el ciberespacio en la difusión de la información, aparcando una de

⁸¹⁶ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, nº 12, 2014, pág. 186.

⁸¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el Nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *RECPC* 18-20 (2016), <http://criminet.ugr.es/recpc>

las convenciones sociales que adjudica a Internet un carácter libre y casi inocuo o por lo menos “no tan grave” por ser lanzado en el “espacio virtual”. La norma, entonces, pone el énfasis en la amplia difusión que ofrece el medio y como manera idónea para llegar a un número elevado de personas, de forma que puede llegar a constituir un grave riesgo lesivo a pilares democráticos y sociales tan relevantes como el orden público, la igualdad y la libertad del ser humano⁸¹⁸. No en vano, somos testigos de cómo las redes sociales se han erigido como uno de los instrumentos más efectivos en el adoctrinamiento actual de pensamientos extremistas religiosos que derivan en actos terroristas (en seguida surge en la mente el caso de los grupos terroristas del autodenominado “Estado Islámico”).

Sin embargo, se debe admitir la dificultad que entraña la aplicación de este precepto, dada la naturaleza propia que rodea al medio de comunicación específico que constituye Internet⁸¹⁹. Todo ello hace que empiecen a realizarse estudios que analizan en profundidad la problemática desde una perspectiva multidisciplinar, que no se circunscriba únicamente a dar soluciones penales.

Luca Gervasoni y Silvia Martínez exponen cuatro maneras de abordar el problema que denominan “el ciberodio”⁸²⁰:

1. Reforzar el nivel de formación en materia de igualdad y no discriminación de los cuerpos policiales y judiciales, mejorar la investigación, estimular denuncias y ofrecer una buena atención a las víctimas. Los autores creen que es necesario

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, nº 12, 2014, pág. 221: “*Es indudable, pues, que Internet le ha dado un nuevo significado social al discurso del odio y a la incitación de la violencia que existían antes de él: lo que antes suponía esencialmente una comunicación a nivel privado, es ahora un mensaje público con tal lesividad que constituye un riesgo social relacionado con valores distintos pero tan relevantes como la dignidad, la igualdad, la intimidad o incluso el orden público. Así, sucesos tan recientes como los comentarios antisemitas que fueron publicados en Twitter tras la victoria del Maccabi de Tel-Aviv ante el Real Madrid en la final de la Euroliga 2014 de baloncesto, que acabó con la denuncia presentada por 11 entidades judías, han disparado la alarma social en torno a estos delitos y han llevado al Fiscal General del Estado a poner en marcha el pasado año 2014 una red de 50 Fiscales en toda España para perseguir los crímenes de odio que se cometen en Internet*”.

⁸¹⁹ <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2017/152-personas-refugiadas.html>: “*Las expresiones y delitos de odio tienden a producirse cada vez más en línea que en abierto, ya que internet favorece el anonimato. Los agresores se esconden tras cuentas y nombres falsos para difundir ofensas, amenazas y ataques contra individuos o colectivos étnicos, religiosos, sexuales, etc. Josep Maria Tamarit, director del grado de Criminología de la UOC, asegura que no hay un perfil único de acosador discriminatorio en internet: Hay miembros de organizaciones de extrema derecha, pero también hay gente que participa en redes sociales espontáneamente. Para el catedrático, «la dinámica de las redes favorece la desinhibición a la hora de expresar opiniones y prejuicios de manera impulsiva».*

⁸²⁰ <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2017/152-personas-refugiadas.html>

estimular denuncias, ya que, aún hoy en día, el discurso del odio tiende a no denunciarse. Según datos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), cerca del 80 % de los hechos no se denuncia porque las víctimas no quieren o no se atreven a hacerlo, o bien ignoran que lo pueden hacer.

2. Reforzar la respuesta institucional frente a los actos públicos convocados por internet para propagar el discurso del odio. Para Gervasoni, las instituciones deberían identificar las problemáticas sociales por perfiles étnicos o raciales y denunciar la excesiva impunidad existente en muchos foros de internet, especialmente vinculados al deporte.

3. Generar contranarrativas en las redes sociales y un debate público para la transformación social. Es necesario que la sociedad civil se implique en la creación de sociedades inclusivas, democráticas y con igualdad de oportunidades. La apuesta es diseñar estrategias que unifiquen la innovación tecnológica y la innovación social para crear discursos alternativos al discurso del odio. *“Podríamos utilizar los macrodatos para identificar los foros donde se propaga el discurso del odio y diseñar estrategias dirigidas no a los ya convencidos, sino a abrir un verdadero debate allí donde sea más necesario”*, declara el profesor.

4. Fomentar la sensibilización ciudadana mediante campañas contra el extremismo. Silvia Martínez destaca la iniciativa europea emprendida por Facebook, puesta en marcha en enero de 2016 en colaboración con otras instituciones, que con el nombre “The Online Civil Courage Initiative” persigue desarrollar acciones y campañas que fomenten un debate positivo desde el que afrontar el extremismo y los mensajes de odio. Desde el ámbito gubernamental, la Comisión Europea lanzó la campaña “No Hate Speech Movement” con la intención de luchar contra el discurso del odio y promover la tolerancia y los derechos humanos.

e) Artículo 510.4 del Código Penal: tipo agravado

Se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado, cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes

del grupo⁸²¹. Este es el segundo de los tipos agravados que se recoge en el 510, en base a la consideración del mayor desvalor que se adjudica a la conducta que deriva en la alteración de la paz pública, o un estado emocional entre los miembros del grupo, que suponga un grave sentimiento de inseguridad o temor.

La redacción del precepto es heredera de la sugerencia que se incluía en la Decisión Marco de 2008, aunque el legislador penal optó por sustituir la expresión “orden público” por la “paz pública”. Este cambio comporta una diferencia de matiz que no es baladí. Como muy bien señala Roig Torres, en primer lugar, la “*paz pública*” implica tranquilidad y quietud, así como sosiego y buena correspondencia de unos con otros y se opone a las riñas y disensiones, pero no al desorden, lo cual redundaría en una mayor certeza y, por lo tanto, seguridad jurídica a la hora de determinar el fundamento que constituye la agravación. Pero, después, en segundo lugar, el hecho de añadir el “*sentimiento de inseguridad o temor*” en el tipo, supone emplear “conceptos mucho más difusos que el anterior” que además suscitan problemas de deslinde con las figuras básicas⁸²².

Sin embargo, la crítica que puede dirigírsele a este nuevo tipo agravado es que basta con que la conducta sea objetivamente adecuada para provocar alteración de la paz o un sentimiento de inseguridad, para que se aprecie el tipo penal, sin que se exija la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses.

f) Artículo 510.5 del Código Penal

En este artículo se prevé una pena accesoria a las penas de prisión y multa correspondientes, que consiste en la inhabilitación para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios: “*En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de*

⁸²¹ Artículo 510.4 CP: “Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

⁸²² ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1264 y ss.

privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

Esta pena tiene su origen en la Enmienda nº 98 al proyecto de Ley Orgánica presentada por el Gobierno ante el Congreso de los Diputados, Enmienda que es firmada por el Grupo Parlamentario Mixto con la finalidad de proteger el “*interés superior de los menores*”⁸²³. El fundamento de la misma, como es fácil constatar, es evitar que los condenados por estos delitos puedan utilizar estos ámbitos donde se desenvuelven profesionalmente para adoctrinar en ideas racistas y discriminatorias a los menores, aunque, autores como Portilla Contreras critica el que, de esta forma, se “*aniquile la libertad de expresión*” y se “*vulnere, entre otros derechos, la libertad de cátedra*”⁸²⁴.

La inhabilitación tendrá lugar por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia, siempre atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

g) Artículo 510.6 del Código Penal

Este precepto también incluye una sanción accesoria que consiste en la “*destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido*”. En el caso concreto de que el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, “*se acordará la retirada de los contenidos*”.

⁸²³ Enmienda firmada por Carlos Casimiro Salvador Armendáriz (Unión del Pueblo Navarro), y que se justificaba de la siguiente manera: “*La naturaleza y gravedad de los delitos comprendidos en este título hacen aconsejable regular una protección cualificada de los menores frente a la posibilidad de que sus autores puedan entrar en disposición de ejercer algún tipo de influencia en la formación o desarrollo educativo de los mismos que, muy especialmente en el caso de los niños, por su falta de madurez física y mental, como recoge la Convención de los Derechos del niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989. Desde los distintos poderes públicos se debe atender el interés superior de los menores, frente a otros intereses concurrentes, y para ello se debe garantizar a nivel legislativo la protección efectiva de la formación de la infancia y la juventud, impidiendo que, su normal desarrollo, pueda verse perjudicado, impedido o desviado, en ningún caso*”.

⁸²⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., “*La represión penal del discurso del odio*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), “*Comentario a la reforma penal de 2015*”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 751.

En los casos en los que se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, el juez o tribunal ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

El contenido de este precepto fue ampliamente aplaudido por el magistrado de la Audiencia Nacional Javier Gómez Bermúdez⁸²⁵, ya que opina que supone un avance importante en la lucha de los casos de adoctrinamiento yihadista. Por contra, Portilla Contreras se muestra en desacuerdo: supone el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo, a lo que añade que “*representa el retorno a las hogueras, a la caza de brujas, a Fahrenheit 451, e irradia el hedor de los Estados autoritarios*”⁸²⁶.

h) Artículo 510 bis del Código Penal: responsabilidad penal de personas jurídicas en estos supuestos

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

Las personas jurídicas, en el caso de la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 510 CP, serán penalmente responsables de acuerdo a los supuestos de imputación recogidos en el artículo 31 bis⁸²⁷. Sin embargo, el texto hace alusión

⁸²⁵ GÓMEZ BERMÚDEZ, J., “*Terrorismo yihadista: lobo solitario, lagunas legales*”, Conferencia inaugural pronunciada en el I Congreso del Centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, el 4 de mayo de 2015.

⁸²⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del discurso del odio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), “*Comentario a la reforma penal de 2015*”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 751.

⁸²⁷ Este artículo 510 bis CP supone la transposición al ordenamiento jurídico español del art. 5 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, 28-11-08, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que establece lo siguiente en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 realizadas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) la autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) la autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica. 2. Además de los casos previstos en el apartado 1 del presente

también a los delitos contenidos en el artículo 509 CP⁸²⁸, al señalar directamente a los “delitos comprendidos en los dos artículos anteriores”. Posiblemente esto se deba a un error de redacción involuntario, aunque importante, puesto que el 509 hace alusión al Juez o Magistrado, la autoridad o el funcionario público, que, legalmente requerido de inhibición, continuare sin esperar a la resolución respecto del conflicto jurisdiccional. Roig Torres opina que el legislador penal seguramente quiso referirse a los dos apartados anteriores⁸²⁹, pero aun así, hay que señalar que la redacción seguiría siendo incorrecta, puesto que se estaría haciendo referencia al contenido de los apartados quinto y sexto del 510 CP. “Bastaría con una modificación del precepto (la cual no se produjo en la corrección de errores publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de junio de 2015) que simplemente se remitiera a «los delitos comprendidos en el artículo anterior» o a «los dos primeros apartados del artículo anterior»”⁸³⁰.

En todo caso, las penas previstas para las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables por la comisión de una de las conductas del artículo 510 CP son, por un lado, la de multa de dos a cinco años y, por otro, las recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP, atendiendo a las reglas establecidas en el art. 66 bis CP.

Por último, el apartado determina que, en el caso de la responsabilidad penal de personas jurídicas por conductas tipificadas en el artículo 510 CP, será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal. Esto se traduce en que las penas pueden ser impuestas en su mitad superior si los hechos se han realizado

artículo, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible que realice alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autores o cómplices de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2. 4. Se entenderá por «persona jurídica» toda entidad que tenga dicha condición con arreglo al Derecho nacional aplicable, excepto los Estados u otros organismos públicos que ejerzan la autoridad estatal y las organizaciones internacionales públicas”.

⁸²⁸ Art. 509 CP: “El Juez o Magistrado, la autoridad o el funcionario público que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional, salvo en los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año”.

⁸²⁹ ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), “Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 1267.

⁸³⁰ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, nº 12, 2014, pág. 191.

por la persona jurídica “a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información”, siempre y cuando se cumpla el requisito de la accesibilidad a los mismos por parte de un elevado número de personas.

7.5. Consideraciones finales acerca del tratamiento del negacionismo en el Ordenamiento jurídico español

El panorama legislativo penal que instaura la nueva redacción del artículo 510 del Código Penal es notablemente más amplio y preciso que el anterior. Tras su lectura, la sensación es que el legislador ha querido abarcar de una vez por todas y con vocación de durabilidad en el tiempo, todos los medios y posibilidades en que se puede ejercer el llamado “discurso del odio”, evitando caer en los errores precedentes y adecuándose a la jurisprudencia constitucional, en concreto a lo establecido en la sentencia 235/2007 del tribunal Constitucional y las exigencias de la Decisión Marco de 2008.

No obstante, uno de los errores que no se han corregido y que originó grandes críticas en su momento, es la referencia expresa al “antisemitismo” que contenía el 510.1 CP. Efectivamente, resulta paradójico el hecho de que un artículo cuyo tipo se centra en la protección del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, haga una mención especial que parece privilegiar un determinado colectivo, probablemente por razones históricas, como señala Landa Gorostiza ⁸³¹. Por otra parte, también se le recriminaba al precepto la alta ambigüedad que encerraba la expresión “*provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia*”. La abundancia de preceptos de la que hace gala el 510 CP parece ser la forma en que se desea acabar con esta falta: se regula con más precisión y detalle las conductas y las acciones a que dan lugar y que son punibles. Aun así, la tarea interpretativa también es considerable y necesaria.

A lo largo de la exposición del nuevo artículo 510 CP he ido plasmando opiniones referentes a cada apartado, sin embargo, el estudio que estamos desarrollando debe contestar más preguntas: ¿es adecuado considerar que el nuevo contenido del 510 CP no propone una expansión excesiva en el alcance que debe respetar toda intervención del

⁸³¹ LANDA GOROSTIZA, J.M., “*La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*”, Comares, 2001, pág. 127.

Derecho Penal (no olvidemos que uno de sus principios básicos es el de la intervención mínima)? y, en concreto, ¿está exento de la sospecha de limitar de una manera inadmisiblemente el contenido del derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20 CE? A continuación, entonces, se podría aclarar si algunas de las conductas que en su momento dieron lugar a sentencias absolutorias, serían ahora consideradas merecedoras del reproche penal.

Desde luego, no podemos obviar el hecho de que se dan nuevos contextos, fruto del avance tecnológico, que suponen por su naturaleza un riesgo exponencial y potencialmente superior a los existentes hasta ahora. De esta forma, Internet le ha dado una nueva dimensión social al llamado “discurso del odio” y a la incitación de la violencia. Aun así, ¿sólo por el hecho de realizarse este tipo de manifestaciones a través de Internet es correcta una previsión de respuesta penal distinta a la que tendrían si se expresaran en un espacio físico? La respuesta en mi opinión debe ser afirmativa, siempre añadiendo que deben exigirse elementos adicionales al comportamiento que conforma el tipo penal: las declaraciones deben contener una incitación directa o indirecta al odio, la discriminación o la violencia. Una vez se produzcan algunas de estas condiciones, a continuación no es posible negar que, el grado y alcance que poseen los mensajes expresados a través de estos medios tecnológicos⁸³² pueden infligir tal lesividad y en tal medida, que constituyen un verdadero riesgo de vulneración de valores tan relevantes como la dignidad y la igualdad, así como la conculcación de derechos fundamentales como el derecho al honor.

En este sentido, el nuevo texto aborda el discurso del odio que tiene lugar a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, para darle una respuesta penal acorde al grado de lesividad que puede ocasionar, con un tipo agravado recogido en el 510.3 CP.

Sin embargo, no se nos oculta la dificultad que entraña la efectiva aplicación del precepto que condena expresamente estas conductas típicas, dada la naturaleza propia que rodea al medio de comunicación específico que constituye Internet y el resto de tecnologías de la información. Ante esto, la proliferación de estudios que analizan en profundidad la problemática desde una perspectiva multidisciplinar y que no se ciñen

⁸³² El artículo 510.3 CP los nombra como “medio de comunicación social”, “internet” o “tecnologías de la información”.

únicamente a las soluciones penales, es de importancia suma. En definitiva, pues, estamos ante un precepto que parece que, de momento, necesita un periodo temporal para que despliegue todo su efecto y que exige un reforzamiento a través de medidas adicionales pertenecientes a disciplinas que se sitúan fuera del Derecho Penal.

En cuanto a los límites al derecho a la libertad de expresión que instaura el artículo 510 CP, a mi modo de ver no supone una vulneración de su legítimo y constitucional contenido, con la única excepción de uno de sus apartados. El precepto, en general, respeta las exigencias contenidas en la Decisión Marco de 2008, así como las señaladas en la sentencia 235/2007 del tribunal Constitucional, porque, cómo se analizará más en profundidad en epígrafes posteriores, *“la libertad de expresión debe amparar no sólo las ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan o inquietan: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una “sociedad democrática”*⁸³³. Esto es y debe ser así, qué duda cabe, pero siempre con ciertos límites. No olvidemos que no existen derechos absolutos, y la libertad de expresión no debe proteger de forma alguna el fomento y la incitación directa o indirecta al odio, la discriminación o la violencia, por ningún motivo, hacia una persona o hacia un grupo, por la razón que sea. En concordancia con este extremo, el precepto respeta las exigencias contenidas en la Decisión Marco de 2008, así como las señaladas en la sentencia 235/2007 del tribunal Constitucional, que lo que viene a establecer, en definitiva, es que una simple expresión o manifestación de ideas u opiniones, sin trascendencia real o sin potencialidad efectiva para conculcar el Derecho, no sea negada a ver la luz, en un exceso inconstitucional de celo ante lo que, por qué no, si clama ser reprochado desde una perspectiva moral o social. Con la excepción de la previsión contenida en el 510.2.b) CP.

No es posible obviar que el 510.2.b) CP recoge una omisión cuanto menos llamativa: la ausencia en la redacción por parte del legislador penal, cuando se refiere a la justificación y enaltecimiento de cualquier delito cometido contra el sujeto pasivo (en el art. 510.2.b) CP), de elemento adicional alguno para que se aprecie el tipo. En otras palabras: con esta omisión el tipo no incluye una exigencia, absolutamente necesaria en

⁸³³ Doctrina jurisprudencial recogida en sus Sentencias de 8 de julio de 1986 (Asunto Lingens contra Austria), de 23 de abril de 1992 (Asunto Castells contra España) y de 15 de marzo de 2011 (Asunto Otegi contra España).

mi opinión, de que la “*justificación*” o el “*enaltecimiento*” constituya una incitación indirecta, de manera que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el sujeto pasivo. Tal elemento sólo es contemplado como un tipo agravado de la conducta en el último inciso del artículo 510.2. b) CP. En definitiva, se adjudica a la justificación de un genocidio o de los delitos cometidos, por si solos, el carácter de lesividad efectiva y reprochable penalmente, sin que se requiera ninguna consecuencia o posibilidad potencialmente real de daño o perjuicio. Más adelante, en el epígrafe 7.8 volveré sobre este asunto, incardinando mis reflexiones al respecto con la antigua previsión que hacía al respecto el art. 607.2 CP.

En cuanto al planteamiento de si algunas de las conductas que en su momento dieron lugar a sentencias absolutorias serían ahora conductas punibles bajo la nueva redacción, me ceñiré a un análisis retrospectivo del conocido caso de la “*Librería Europa*”, por la que su propietario, Pedro Varela Geiss fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, con fecha de 16 de noviembre de 1998. Recordemos brevemente que la sentencia le imputaba dos delitos:

a) Un delito como autor responsable de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP, a la pena de dos años de prisión con sus correspondientes costas.

b) Un segundo delito como autor responsable de un delito continuado consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510.1 CP), a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 pesetas, asimismo con sus correspondientes costas.

Posteriormente se presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª)⁸³⁴, cuya Sentencia de 5 de marzo de 2008 estima parcialmente el recurso interpuesto por el condenado y manteniendo la condena como autor de un delito de genocidio del artículo 607.2 del Código Penal⁸³⁵, eliminando el carácter de delito

⁸³⁴ Después de varias actuaciones previas, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, plantea la cuestión de inconstitucionalidad, por Auto de 14 de septiembre de 2000, que daría finalmente lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “*nieguen o*”.

⁸³⁵ www.mjusticia.gob.es: “14. Mediante sentencia del 5 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia recurrida, absolvió al demandante del delito previsto en el

continuado⁸³⁶.

De esta manera, se absuelve a Pedro Varela Geiss del “*delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, previsto en el artículo 510 del Código Penal*”, puesto que se consideró que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia conforme a dicho precepto debía incluir el elemento adicional de ser “*necesariamente directa*”: se considera que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún elemento que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para que pueda aplicarse el 510 del Código Penal.

Sin embargo y como se ha señalado, se le mantiene la condena por el anterior artículo 607.2 CP, ya que para el Tribunal parece claro que, de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, una vez que han sido eliminadas todas las referencias a las llamadas doctrinas negacionistas, es patente que siguen existiendo razones para aplicar el tipo penal previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, toda vez que el contenido general de las publicaciones y materiales distribuidos por el acusado se aprecia, sin ningún género de dudas, una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad, que como ha dicho el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)”.

En un segundo procedimiento, que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de lo

artículo 510 del Código Penal y le condenó a siete meses de prisión por delito de justificación de genocidio, según el artículo 607.2 del Código Penal. Para fijar en siete meses, la duración de la pena de prisión impuesta al demandante, por lo tanto por debajo de la duración de uno a dos años prevista en el artículo 607.2, la Audiencia Provincial tomó en cuenta el lapso de tiempo transcurrido entre la sentencia de primera instancia y la sentencia dictada en la apelación. 15. La Audiencia Provincial, recordó, a título preliminar, que estaba vinculada a la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada en respuesta a la cuestión prejudicial que había planteado, lo que implicaba que los hechos considerados por la sentencia de primera instancia como constitutivos de una negación de genocidio, debían de estar ahora, exentos de toda sanción penal”.

⁸³⁶ El Tribunal aprecia en este sentido que, “*en el delito de difusión de doctrinas justificadoras del genocidio no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad del sujeto, el delito se sigue consumando en todo momento, y, por tanto, no le son de aplicación las reglas de continuidad delictiva del artículo 74*”.

Penal número 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010⁸³⁷, se le condena como autor de un delito de difusión de ideas genocidas y de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, en régimen de concurso real, imponiéndosele por el primer delito la pena de un año y tres meses de prisión y por el segundo la de un año y seis meses de prisión y multa de ocho meses, con una cuota diaria de doce euros. Además, se acuerda “*el comiso de todos los libros relatados en los hechos probados, así como el busto de Hitler, la esvástica de hierro, cascos militares, así como las fotografías, carteles de temática nacionalsocialista intervenidos, como consecuencia de la relación con los delitos por*

⁸³⁷ En los que se parte de los siguientes hechos probados: “*Primero. Queda probado, y así se declara, que Pedro Varela Geiss, mayor de edad y condenado por sentencia del Juzgado nº 3 de Barcelona de fecha 16 de noviembre de 1998, firme el 15 de mayo de 2008, a la pena de siete meses de prisión como autor de un delito de apología del genocidio, antecedente no computable por estar cancelado o ser susceptible de cancelación, actualmente y al tiempo de los hechos propietario de la librería Europa, sita en la calle Séneca nº 12 de Barcelona y director gerente de la Asociación Cultural Editorial Ojeda, inscrita el 26 de febrero de 1998, en el Registre d’Associacions i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, a través de la mencionada librería Europea, a principio del año 2006 y hasta abril de ese mismo año, se ha dedicado a vender y difundir de forma habitual y continuada, en la sede física de la librería, a través de catálogos enviados por correo postal y a través de las páginas web tanto de la librería como de la editorial Ojeda (<http://personal.redstb/liv.europa/> y www.edicionesojeda.com), y sus correspondientes correos electrónicos lib.europa@mx3.redstb.es y ojeda@hotmail.com, libros y publicaciones que enaltecen y justi can el genocidio cometido por el III Reich de Hitler contra el pueblo judío y otras minorías y libros y publicaciones que menosprecian a otras razas o etnias, mujeres, homosexuales y personas con alguna discapacidad. En la sede de la librería Europa, en una especie de sala preparada para ello, con capacidad para unas sesenta personas sentadas, y con una decoración a base de fotografías de Hitler, León Degrelle, un cartel de “Ediciones Ojeda, la otra cara de la Historia” y otras fotografías de estética nacionalsocialista, se programaron para los años 2005, 2006 estableciéndose un avance para el 2007, ciclos de conferencias impartidas por distintos ponentes, publicadas en trípticos y otros formatos, algunas con similares finalidades como las descritas en el párrafo anterior» recogiendo a título ilustrativo «algunas de las contenidas en esas publicaciones» a lo largo de un par de páginas. Y prosigue: «Segundo. El 10 de abril de 2006 se procedió por parte de la comisión judicial dirigida por el Secretario Judicial con la asistencia de los Mossos d’Esquadra a la entrada y registro de la librería Europa, autorizado por auto de 9 de abril de 2006 por el Juzgado de instrucción nº 33 de Barcelona, en las diligencias previas 1.627/06. En esta diligencia de entrada y registro fueron incautados de las distintas estancias con las que cuenta la librería Europa 4.793 libros, algunos de los cuales tienen contenido denigrante para el pueblo judío y otras minorías étnicas, mujeres, homosexuales y personas con algún tipo de discapacidad, folletos con publicidad de estos libros editados por el propio acusado a través de la Editorial Ojeda, catálogos de publicaciones de la editorial de los años 2004 y 2005, programas de los ciclos de conferencias de la librería Europa, cartel y entrada para las conferencias en la sede de la librería, los ponentes de 2003 y 2004, 483 sobres, 257 vacíos y con el destinatario escrito, 29 vacíos con matasellos y retornados y 191 preparados para ser enviados y que contenían el programa de conferencias para el 2006, 63 programas de conferencias para el año 2006, 425 ejemplares de una hoja con el nombre “al servicio de la verdad”, una caja con cartas preparadas para enviar con el título “los libros secuestrados por las democracias”. En la sala de conferencias se intervinieron seis banderas, una caja con portadas del libro “Absolución para Hitler”, un ejemplar de *Mi lucha en alemán*, una esvástica de hierro, un busto de Hitler de yeso, fotolitos de impresión offset para edición de posters, diversas fotografías, posters de David Irving, cajas con diapositivas y distintas cajas y archivadores con diversa documentación. En la trastienda también se intervino distinta documentación, archivadores y vídeos y discos compactos. Y en el despacho, además de documentación varia, tres torres de ordenador. Y en la tienda cuatro gorras militares y un casco. Además de ocupar en todas estas estancias libros con el contenido mencionado. Tercero. El contenido de los libros ocupados refleja un menosprecio al pueblo judío y a otras minorías, llegando incluso a recomendar la segregación racial”.*

los cuales se ha condenado al acusado, procediéndose a su destrucción una vez firme la sentencia. Se devolverá toda la documentación personal del acusado, así como el material de oficina, banderas, equipos informáticos y demás libros que no tienen relación con los hechos.

Posteriormente en apelación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2ª) de 26 de abril de 2010, vuelve a rectificar la anterior sentencia, al igual que en el primer procedimiento, estimando parcialmente el recurso de Pedro Varela Geiss. Se le absuelve del *“del delito de provocación al odio y a la discriminación del que venía acusado”*, y se confirma *“el resto de los pronunciamientos de la citada sentencia”*. En resumen, se le condena conforme al artículo 607.2 CP argumentando que llevaba a cabo conductas conducentes a la difusión de las ideas y doctrinas justificadoras del genocidio, la cual se consideraba que poseía en sí misma el potencial lesivo para el bien jurídico en cuanto presentaba como legítimas y/o necesarias, la reafirmación y el renacimiento de *“unas ideas y doctrinas que han originado las más grandes vergüenzas que la historia de la humanidad debe cargar sobre sus espaldas”*.

Asimismo, se le absuelve del delito contenido en el artículo 510 CP, ya que se observa que la incitación debe ser directa, es decir, clara y explícita, a la comisión de un delito concreto y esto no se aprecia respecto de los hechos llevados a cabo por el acusado que, desde cualquier perspectiva jurídica, suponen exclusivamente una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor) y no un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza. De esta forma, el Tribunal argumenta la existencia de una insostenible contradicción, fáctica y jurídica en la Sentencia, desde el momento en que interpreta que unos mismos hechos suponen, a la vez, una incitación indirecta a la discriminación (artículo 607.2.) y una incitación directa a los mismos fines y por las mismas razones (artículo 510).

Una vez expuestas las sentencias toca dilucidar si con la reforma del Código Penal llevada a cabo en 2015, algunas de las conductas que en su momento dieron lugar a sentencias absolutorias, serían ahora consideradas merecedoras del reproche penal. Pues bien, en cumplimiento de esta tarea, podemos acudir al artículo 510.1.b) del nuevo Código Penal, para constatar que las conductas que fueron exoneradas de condena de

acuerdo en el artículo 510 CP, bajo el argumento de que la incitación debía ser directa, y por lo tanto, clara y explícita a la comisión de un delito concreto, serían ahora encuadradas sin mayor problema en el tipo que recoge el artículo 510.1.b) del nuevo Código Penal. Éste recoge como conductas punibles la producción, la elaboración, o la mera posesión, con la finalidad de distribuir, o facilitar a terceras personas el acceso, así como la distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra los sujetos que constituyen el sujeto pasivo. El énfasis debe ponerse en el hecho de que el texto del precepto lo que exige es la idoneidad de los materiales aludidos para incitar, directa o indirectamente al odio racial, a la discriminación, etc., no que se materialice realmente el hecho consecuente en sí. Y, al respecto, si leemos las argumentaciones jurídicas que plasmó el Tribunal en la sentencia, podemos atestiguar como esta idoneidad era una certeza ineludible en su análisis:

“...basta la lectura de los textos transcritos y las conferencias que conforman los hechos probados, para observar que en ellos no sólo se difunden tesis negacionistas, sino que se exalta la primacía intelectual de la raza blanca, se menosprecia a negros y judíos a los que se considera pueblos inferiores por lo que debe serles negados todos los derechos civiles y políticos, se abomina del mestizaje, se apuesta por la segregación racial, por la exclusión de las razas no indoeuropeas y de las mujeres de la vida pública y por la eliminación de los seres tarados y enfermos incurables, esgrimiendo argumentos, incluso biológicos, que justificarían la eliminación o el sometimiento de estos pueblos, etnias o personas lo cual, equivale objetivamente a una incitación, por lo menos indirecta y subliminal, a la discriminación”⁸³⁸.

Sin embargo, las conductas que se le imputaron a Pedro Varela Geiss no podrían ser encuadradas en el artículo 510.1.c) CP, puesto que el precepto alude a comportamientos públicos de negación, trivialización grave y enaltecimiento del genocidio que obligan, para su apreciación dentro del tipo, que la promoción o favorecimiento produzca “*un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*” contra el sujeto pasivo. Lo que viene a decir es que se exige que se origine un clima

⁸³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2ª) de 26 de abril de 2010.

propicio para provocar actos concretos de discriminación, lo cual no puede predicarse de los casos analizados. Esta interpretación es la que se extrae si nos amparamos en la interpretación que el Tribunal Constitucional expuso en la sentencia 235/2007 y en la opinión de parte de la doctrina: la expresión “*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*” en relación a las conductas punibles, hace referencia a aquellas que den lugar, de forma directa o indirecta, a actos de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

7.6. El artículo 607 del Código Penal tras la Reforma Penal de 2015

La importancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 235/2007, en cuanto a la constitucionalidad del art. 607.2 CP, marcó claramente la orientación de la actividad legislativa penal en nuestro país. En este sentido puede afirmarse que la reforma del art. 607 CP introducida en el año 2015 es, efectivamente, una consecuencia directa de este fallo constitucional.

Recordemos que la sentencia declaraba la inconstitucionalidad de la tipificación de las opiniones que constituyen una mera negación de los hechos de genocidio pero determinaba la constitucionalidad de los actos de justificación y enaltecimiento de esos delitos, diferenciándolos de los actos de provocación directa al genocidio y no exigiendo elemento adicional alguno para que se apreciara el tipo penal. Como cuestión problemática que presentaba la declaración del Tribunal, la doctrina señaló la separación de esta sentencia de la orientación general seguida por otras legislaciones europeas que sí regulan como delito la negación del Holocausto, así como su abierta contradicción con diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaraban conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos la tipificación del delito de negación del genocidio (este aspecto será tratado en epígrafes posteriores).

De esta forma, lo que se hace es aceptar que el Derecho debe proteger aquellas opiniones o declaraciones sobre los genocidios acaecidos a lo largo de nuestra historia siempre y cuando no impliquen un potencial grado de peligrosidad hacia bienes jurídicos

o derechos constitucionalmente reconocidos, como ya he expuesto anteriormente⁸³⁹.

Teniendo en cuenta todo este bagaje jurídico, el nuevo artículo 607 del Código Penal refleja varios cambios. En primer lugar parte de su contenido pasa al 510.1.c) que, con un nueva redacción vuelve a condenar la negación, apología y trivialización de los delitos de genocidio, como también se ha tratado anteriormente. La justificación y enaltecimiento público de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos discriminatorios, también se desplazan de artículo, de manera que ahora se castigan en el 510.2.

El artículo 607 CP, principalmente, conserva el contenido del antiguo 607.1, pero agravando las penas al imponerse la pena de prisión permanente revisable. Con una excepción: la del 607.1.3º, que prevee una condena menor a la anterior (si antes se contemplaba la pena de prisión de quince a veinte años, ahora el margen se sitúa entre los ocho y los quince años de prisión).

Otra novedad, es la introducción en todos los casos de la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente (607.2 CP).

El artículo 607 CP queda redactado así:

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes,

⁸³⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J., “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015”, *InDret*, 2016: “*El mismo TC aclara a mayor abundamiento que su doctrina no implica que en España se admitan la opiniones que niegan o discuten por razones ideológicas la existencia de genocidios históricos como algo positivo o aceptable, mereciendo en todo caso un juicio de valor social y político negativo (FJ 4) o pudiendo, con frecuencia, ser consideradas como conductas punibles de otra naturaleza diferente de la provocación al delito de genocidio, por ejemplo, calificándolas como un delito contra el honor, supuesto contemplado en la pionera STC 1a 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedmann), de 17 de diciembre 1991 (MP Vicente Gimeno Sendra), y en la importante STC 2a 176/1995, de 11 de diciembre (MP Rafael de Mendizábal)*”.

perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado.

2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

8. ¿OSTENTA UNA ESPECIAL PROTECCIÓN JURÍDICA LA PROHIBICIÓN DE LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO NAZI? REFERENCIA A OTROS GENOCIDIOS.

8.1. Especial protección de la prohibición de la negación del Genocidio Nazi

El análisis de las condenas que protegen al pueblo judío conlleva el preguntarnos si se le otorga el mismo tratamiento y protección a otros pueblos igualmente perseguidos, o si, por el contrario, la prohibición de la negación del genocidio perpetrado por los nazis contra éste y otros colectivos disfrutan de una protección privilegiada y, por tanto, discriminatoria de otros pueblos que han sufrido, también, salvajes persecuciones y matanzas.

Podría parecernos que, al menos, no ha sido una pretensión inicial del derecho internacional. El Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965⁸⁴⁰ o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁸⁴¹ son ejemplos claros. En ningún apartado de ambos textos se hace alusión a un determinado grupo racial que deba ser objeto preferente de protección, aún cuando los conceptos de genocidio y de crimen contra la Humanidad surgieran con la intención de que no quedaran impunes los terribles actos perpetrados bajo el régimen nazi. Pueden enumerarse múltiples instrumentos normativos que utilizan una fórmula generalista en la protección contra el odio racial, la xenofobia y la discriminación de grupos de personas, sin circunscribirse o referirse a ningún grupo o colectivo determinado.

⁸⁴⁰ Artículo 4: *Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.*

⁸⁴¹ Artículo 20: *1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.*

Sin embargo, en el marco de la Unión Europea, las diferentes instituciones han aspirado desde el principio a que todos los países miembros penalizaran la negación del Holocausto judío. La oposición a esta idea fue presentada por los países bálticos (Polonia, Estonia, Letonia y Lituania) bajo el argumento de que debía entonces otorgársele igual tratamiento jurídico a la negación de los crímenes de Stalin, que significó la muerte de millones de personas⁸⁴².

Como resultado, en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal se acuerda la penalización en todos los Estados miembros de una serie de conductas que constituyen formas particularmente graves de racismo y de xenofobia⁸⁴³.

Entre éstas se incluye, en el 1.c), la apología, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En el inciso d) se añade “*la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del*

⁸⁴² TORRES DEL MORAL, A., “*Libertades Informativas*”, Madrid, Colex, 2009, pág. 178.

⁸⁴³ Artículo 1. Delitos de carácter racista y xenófobo. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. 2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. 3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico. 4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional.

Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945". La Decisión reconoce, como expresa el propio texto en la Exposición de Motivos, la necesidad de definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea, de forma que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos. Sin embargo, se admite que la lucha contra el racismo y la xenofobia requiere varios tipos de medidas que no pueden limitarse a cuestiones penales, poniendo el texto de relieve que las tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros difieren especialmente en este ámbito, por lo que la plena armonización del Derecho penal no es posible actualmente.

El artículo 1.c), como hemos visto, establece que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar el castigo de *“la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”*. Tras esta lectura surge la cuestión sobre qué instancia u órgano es el que decide que unos determinados hechos históricos pueden ser subsumidos en alguno de los supuestos que establecen los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, o el 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional. ¿Es tarea del legislador? ¿O acaso del órgano judicial? Esto nos lleva a considerar que la Decisión Marco solo pretende penalizar genocidios previamente determinados como tales por el juez o el legislador, creando una criminalización preestablecida o, como ha señalado Fronza, “selectiva”⁸⁴⁴.

Se debe señalar que, a continuación, en el inciso d) del mismo artículo, en un añadido innecesario una vez elegida una fórmula general en el párrafo anterior, debe ser considerada como conducta punible *“la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar*

⁸⁴⁴ FRONZA, E., “¿El delito de negacionismo?...”, *Op. Cit.*, págs. 115-116.

Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”⁸⁴⁵.

Por otra parte, la Decisión Marco incluye ya no solo la apología, sino que incorpora la negación e incluso, la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, yendo todavía más allá. Tengamos en cuenta que con esta Decisión se indica a los Estados miembros de la UE que debe castigarse, a través del Derecho Penal, el hecho de negar un genocidio o la conducta que, aún reconociendo la realidad histórica de un genocidio, lo minimiza en sus efectos (*“la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”*). Tal amplitud punitiva es moderada en el propio texto de forma que:

a) Las conductas deben incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo (art. 1.d).

b) Se permite a los Estados miembros optar por castigar únicamente las conductas que o bien puedan dar lugar a perturbaciones del orden público, o bien sean amenazadoras, abusivas o insultantes (art. 1.2).

c) El artículo 7, proclama el respeto de los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, y, en consonancia, no se podrá exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa.

El texto limita las conductas a las que se refiere a aquellas que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes, siempre en el respeto de los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Además las conductas deben incitar a la

⁸⁴⁵ Téngase en cuenta que los crímenes a los que hace referencia el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar son los *“crímenes contra la paz”, “crímenes de guerra”* y *“crímenes contra la humanidad”*.

violencia o al odio. El efecto de la Decisión Marco en las regulaciones de los Estados Miembros no podrán ir en contra de principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión.

8.2. Otros negacionismos

Al amparo de la corriente criminalizadora negacionista que se ha ido generalizando, una gran diversidad de grupos y Estados reclaman a su vez la igualdad en el tratamiento jurídico respecto de hechos históricos acaecidos en sus territorios (y que, afirman, son similares a los ocurridos en la Alemania Nazi) de manera que reivindican la penalización de sus respectivos negacionismos. Sirva como someros ejemplos los siguientes:

- El genocidio de Ruanda, que supone el intento de exterminio de la población tutsi por parte del gobierno hegemónico hutu. Oficialmente, el genocidio tuvo lugar en 1994, pero antes de esta fecha parece ser que hubieron varias matanzas (progroms) que culminaron en 1994 con la muerte de casi 1 millón de tutsis.

- Las masacres en la Rusia zarista denominados “progroms”. La población cristiana llevó a cabo olas de progroms entre 1881 y 1917 de forma organizada y con la connivencia del gobierno y la policía, sobre las comunidades judías. Durante la guerra civil posterior a la revolución bolchevique de 1917, decenas de miles de judíos murieron como consecuencia de estos progroms (entre 1918 y 1920).

- El llamado Gulag soviético, palabra que designa “no sólo la administración de los campos de concentración sino también al sistema soviético de trabajos forzados en sí mismo, en todas sus formas y variedades: campos de trabajo, de castigo, de criminales y políticos, de mujeres, de niños o de tránsito”⁸⁴⁶.

- Las matanzas de los indígenas americanos por parte de los colonizadores

⁸⁴⁶Applebaum, ganadora del premio Pulitzer de ensayo en 1994 con su libro “*Gulag: Historia de los campos de concentración soviéticos*”, (APPLEBAUM, A., “*Gulag: Historia de los campos de concentración soviéticos*”, Debate, 2004) así define el término, e incluso añade: “*los prisioneros en alguna ocasión lo llamaron triturador de carne: las detenciones, los interrogatorios, el transporte en vehículos de ganado, el trabajo forzoso, la destrucción de familias, los años perdidos en el exilio, (...)*”.

españoles.

- La limpieza étnica de bosnios que tuvo lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991. En cumplimiento de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, el 25 de mayo de 1993, se crea un Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que se ocupa del enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991⁸⁴⁷.

- La masacre en la Plaza de Tiananmen, en Beijing el 4 de junio de 1989 perpetrada por el régimen chino sobre miles de estudiantes y trabajadores que se congregaron reclamando libertad y democracia. Aún hoy se desconoce el número de personas que perdieron la vida en estas circunstancias.

- Los hechos acaecidos bajo el mando de Pol Pot, dictador camboyano que impuso un régimen totalitario en Camboya de 1975 a 1979, donde se desarrolló lo que ha venido en llamarse en muchos ámbitos como el genocidio camboyano. Su gobierno comunista pro-chino es considerado como uno de los ejemplos más brutales de dictadura brutal y totalitaria en el siglo XX.

⁸⁴⁷ El art. 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993, especifica que: “*El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable: a) Homicidio internacional; b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud; d) Destrucción o apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria; e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías; g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil; h) Toma de civiles como rehenes*”. En el artículo 4, se hace alusión al genocidio como otra de las competencias del Tribunal: *1. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan los actos de genocidio definidos en el párrafo 2 de este artículo, o cualquiera de los demás actos enumerados en el párrafo 3 de este artículo. 2. Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. 3. Serán punibles los actos siguientes: a) El genocidio; b) La conspiración para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.*

- Los asesinatos durante la Dictadura Militar Chilena en el periodo que va desde el 11 de septiembre de 1976 hasta el 11 de marzo de 1990, encabezada por el General Augusto Pinochet.

No es posible el análisis de cada uno de estos genocidios y su tratamiento jurídico en los diferentes Estados, por lo que he optado por hacer referencia al régimen franquista y la débil pretensión de criminalizar su negacionismo en nuestro país, así como el denominado genocidio armenio, segundo holocausto más estudiado después del judío⁸⁴⁸.

a) Francia

Saliendo de nuestras fronteras, merece un especial análisis la regulación y tratamiento jurídico que ha articulado la legislación francesa respecto de la negación del genocidio armenio⁸⁴⁹. Un gran número de historiadores, así como la propia Armenia, sostienen que aproximadamente 1,5 millones de armenios fueron asesinados o deportados en lo que hoy es el este de Turquía durante el periodo que va desde 1915 hasta 1923, en el marco de una política de genocidio ordenado por el gobierno otomano. Las autoridades turcas hoy en día, por su parte, no niegan que se cometieron masacres de armenios en su territorio, pero en ningún caso admiten que fuera consecuencia de un plan de exterminio masivo y sistemático orquestado por el gobierno. En particular, Turquía explica que las muertes de armenios ocurrieron en un contexto de enfrentamientos entre el ejército otomano y milicias armenias.

El Senado francés ratificó el 23 de enero de 2012 la proposición de ley aprobada por la Asamblea Nacional el 22 de diciembre de 2011, por la cual se establecía la sanción penal (de hasta un año de prisión y 45.000 euros de multa) de la negación pública del genocidio armenio. La norma venía a castigar el negacionismo de este genocidio reconocido por Francia a través de la ley de 2001 (Ley nº 70 del 29-1-2001: "*Loi relative a la reconnaissance du génocide arménien de 1915*"⁸⁵⁰), que a su vez, recogía el modelo

⁸⁴⁸ Rummel, R. J., "*The Holocaust in Comparative and Historical Perspective*» *A Journal Social Issues*", 2008, Vol. 3 (nº 2).

⁸⁴⁹ En Francia residen en torno a 500.000 armenios.

⁸⁵⁰ La Ley contenía un solo artículo que rezaba así: "*Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915*".

ya instaurado por la Ley Gayssot de 1990. El grupo de senadores que se opusieron a la iniciativa argumentaron que entre las funciones del Parlamento francés no se encuentra el decidir cómo se escribe la historia y el fomentar la división entre los franceses. La Comisión Legislativa de la Cámara Alta, presidida por el socialista Jean-Pierre Sueur, llegó a emitir un dictamen negativo el 18 de Enero de 2012, al considerar que la creación de un delito penal por negar el genocidio armenio podría vulnerar diversos principios constitucionales, como podía ser el de la libertad de expresión. A pesar de todo, la ley salió por 127 votos a favor, 86 en contra y 24 abstenciones.

La aprobación de la normativa por parte del Parlamento francés, supuso un enorme deterioro en las relaciones entre Francia y Turquía. Desde Ankara se lanzaron amenazas de represalias diplomáticas, políticas y económicas hacia el Estado francés si se aprobaba la Ley que criminalizaba la negación del genocidio armenio. Turquía dio por rotas las relaciones diplomáticas con Francia, pese a que ambos países forman parte de la OTAN, al considerar que era una señal del *“avance de la islamofobia y del racismo en Europa”*.

La situación se apacigua tras la declaración de inconstitucionalidad del Consejo Constitucional francés, en Febrero de 2012. El Consejo consideró que la ley, en este caso, viola el derecho a la libertad de expresión⁸⁵¹ y que *“reprimir la puesta en duda de la existencia y de la calificación jurídica de crímenes que él mismo hubiera reconocido o calificado como tales”* supone la vulneración de este derecho constitucional. Recuerda que el legislador puede dictar las reglas que conciernen al ejercicio de la libertad de expresión así como también *“instituir incriminaciones que repriman los abusos del ejercicio [de esta libertad] que atentaren contra el orden público y los derechos de terceros”, pero sin perder de vista que esas limitaciones deben ser “necesarias, adaptadas y proporcionales al objetivo que se persigue”*⁸⁵².

Tras este pronunciamiento es inevitable preguntarse por qué el Consejo Constitucional francés considera como una vulneración de la libertad de expresión y

⁸⁵¹ El presidente francés en ese momento, Nicolas Sarkozy, que había declarado que el negacionismo suponía una *“amenaza a nuestra comunidad nacional”*, pidió a su Gobierno la elaboración de un nuevo texto que superara el veto constitucional tras el pronunciamiento del Consejo Constitucional.

⁸⁵²http://internacional.elpais.com/internacional/2012/02/28/actualidad/1330451802_826286.html.

comunicación imponer la consideración de delito la negación del genocidio armenio y si protege la criminalización de la negación del Holocausto judío. De hecho a día de hoy la ley Gayssot de 1990 es la única que contiene una norma penal que criminaliza un negacionismo en Francia. La argumentación de la Sentencia expone que no es lícito reprimir la puesta en duda de la existencia y de la calificación jurídica de crímenes que el propio legislador ha reconocido como tales, puesto que se trataría de una vulneración del derecho a la libertad de expresión. El Consejo, en su comunicado de prensa posterior a la sentencia, explica que, respecto a la ley de 2001 relativa al reconocimiento del genocidio armenio no se pronuncia ya que *“dicha ley no le estaba sometida y a fortiori, él no ha formulado apreciación alguna sobre los hechos en cuestión”*. Tampoco sobre la ley Gayssot, ya que esa Ley *“no reprime el cuestionamiento de crímenes reconocidos por la ley”*.

El Consejo Constitucional está haciendo de esta forma una clasificación de “negacionismos”: por un lado, estaría el negacionismo sobre un acontecimiento histórico que es reconocido por una Ley, ante la cual no es permisible, ni lícito, que el cuestionamiento respecto a su existencia y calificación jurídica de crímenes acaecidos en su seno, sea restringido. Por otro lado, tenemos la negación de crímenes no reconocidos por Ley, pero cuya negación si es criminalizada por una Ley (Ley Gayssot), y que el Consejo Constitucional considera a su vez, lícito puesto que *“no reprime el cuestionamiento de crímenes reconocidos por la ley”*. La negación del Holocausto judío, por tanto, si vulneraría el derecho a la libertad de expresión, al considerarse un abuso del derecho: y es que la ley Gayssot es juzgada conforme al artículo 10 párrafo 1 de la CEDH que garantiza en el ámbito europeo el principio de la libertad de expresión y de opinión, tanto por los jueces franceses, como por la Comisión Europea de Derechos Humanos pero se considera encuadrada dentro de las excepciones previstas en el párrafo 2 del artículo 10 de la CEDH.

Esta argumentación de un doble negacionismo por el que aboga el Consejo determina como factor clave, a la hora de establecer que sea lícita la represión del negacionismo, el reconocimiento jurídico de unos determinados hechos históricos. Esta es la conclusión que pueden deducirse de las explicaciones del Consejo. Sin embargo, el hecho de que la Ley Gayssot penalice la negación de la Shoá implica un reconocimiento tácito de la veracidad del genocidio judío y por lo tanto puede

considerarse que la ley declarada como inconstitucional (nº 70 del 29-1-2001) y la Ley Gayssot (cuyo modelo inspiró la anterior) versan sobre genocidios reconocidos por la legislación francesa: una de manera más explícita que la otra.

b) Bélgica

El Senado belga aprueba el reconocimiento del genocidio armenio en la Resolución del 26 de marzo de 1998. En 2005, es discutida una propuesta de ley donde se abogaba por la extensión del delito de negacionismo a la negación del genocidio armenio. Sin embargo, la propuesta fue rechazada.

c) Turquía

Turquía pone de relieve la falta de unanimidad en el plano internacional a la hora de aceptar la criminalización de la negación de un genocidio. Así, el Estado turco se ha opuesto con vehemencia hacia todo intento o reconocimiento firme y legal del genocidio armenio por parte de cualquier Estado, y, en congruencia, con cualquier consagración legal que penalice su negación. En este país, se produce la paradoja de que lo que se persigue es la afirmación de que los hechos acaecidos a partir de 1915 en su territorio fueron un genocidio, y se defiende su negación.

Esta es la posición estatal y oficial que ha mostrado el gobierno de Ankara sin reservas. Durante las negociaciones para la adhesión de Turquía a la Unión Europea, criticó duramente que el Parlamento Europeo le exigiera el reconocimiento del genocidio armenio. En un comunicado difundido por el Ministerio de Exteriores en 2005, Ankara negó la existencia del genocidio y declaró con rotundidad que "las controversias históricas deben ser evaluadas por los historiadores".

Actualmente 23 Estados han reconocido oficialmente el genocidio armenio entre los que se encuentran Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Rusia y Suecia. Sin embargo países como Estados Unidos o Reino Unido no utilizan el término de "genocidio" para referirse a las deportaciones forzosas y las masacres ocurridas en el territorio otomano, al gusto de la opinión adoptada por el gobierno de Ankara.

Por nuestra parte, el Estado español tampoco ha reconocido oficialmente el Holocausto armenio, a pesar de las peticiones reiteradas de la comunidad armenia que reside en nuestro país. Si lo han hecho, por el contrario, los parlamentos autonómicos de País Vasco, Navarra, Cataluña y Baleares. La explicación de este posicionamiento la encontramos en el hecho de que la población armenia en nuestro territorio es reducida, manteniendo el Estado español unas relaciones comerciales con Turquía que no desea deteriorar.

Ahora bien, el Congreso de los Diputados celebró el 22 de abril de 2015 un seminario sobre el "genocidio armenio" al cumplirse el centenario de los hechos, al que acudió el embajador de Armenia, Avet Adonis, así como representantes de los grupos parlamentarios. Adonis agradeció la iniciativa en el transcurso de uno de los actos, y aprovechó para solicitar una vez más que España reconozca oficialmente el genocidio. Esa misma tarde la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso guardó un minuto de silencio en memoria "de las víctimas armenias y otras" de la Primera Guerra Mundial, pero siguió evitando en todo momento pronunciar la palabra "genocidio" para calificarlas.

Dos días después, el 24 de abril de 2015 tuvo lugar en Armenia un acto de conmemoración por el centenario del genocidio al que acudieron los presidentes de Rusia (Vladimir Putin) y Francia (Francois Hollande). Al acto también asistieron representantes de los gobiernos de Estados Unidos, Alemania y Argentina. Turquía también recordó a los "armenios otomanos caídos hace 100 años", pero también llamó a consultas a su embajador en Austria en señal de protesta tras producirse un minuto de silencio por el genocidio armenio en el Parlamento austriaco.

d) Suiza

En el país helvético, en 2007, el Tribunal de Distrito de Lausana condenó en 2007 al político turco Doğu Perinçek por haber "negado" el genocidio armenio en una conferencia realizada en 2005 en dicho país, aplicándosele el artículo 261 bis del Código Penal suizo⁸⁵³. El Tribunal consideró, tal y como alegaba la acusación, que el genocidio

⁸⁵³ El artículo 261 bis del Código Penal dispone lo siguiente: "*Será castigado con pena de prisión o de multa: el que públicamente incite al odio o la discriminación contra una persona o grupo de personas debido a su pertenencia racial, étnica o religiosa; el que públicamente propague una ideología tendiente*

armenio era un hecho cierto, notorio, admitido y reconocido en Suiza. El juez declaró que "El hecho que esta tragedia no figure en la lista oficial de genocidios reconocidos por el Tribunal Internacional no impide sostener que se trata sin duda alguna de una realidad", cuya negación entraba en el tipo recogido artículo 261bis del Código Penal helvético.

El Tribunal Federal suizo, confirmó la condena en sentencia de 12 de diciembre de 2007, alegando que el Código penal contemplaba una opción generalista castigando el negacionismo del genocidio, sin referirse a ningún acontecimiento histórico en concreto. A partir de esta consideración, el Tribunal Federal declara que para justificar la punición de un negacionismo acerca de genocidios distintos al Holocausto judío, debe producirse un acuerdo generalizado de que estamos efectivamente ante un genocidio, circunstancia que, a juicio del Tribunal, se da acerca de las masacres y deportaciones armenias realizadas por Turquía a partir de 1915.

Al confirmar la apelación la sentencia, Perinçek llevó el caso al TEDH que dictamina a finales de 2013, que la condena de la corte suiza viola el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos que ampara la libertad de expresión. Pasamos a verlo a continuación.

e) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente al negacionismo del genocidio armenio.

En la STEDH de 17 de diciembre de 2013, (asunto Perinçek c. Suiza), el Tribunal otorga el amparo al Sr. Perinçek, declarando que la manifestación de la negación del genocidio armenio se encuadra en el ámbito de protección que otorga el artículo 10 CEDH. El Tribunal se basó en que no existe consenso respecto a considerar las masacres del colectivo armenio como genocidio, toda vez que solo 20 de los 190 países independientes en el mundo lo reconocen como tal.

a vituperar o denigrar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión; el que con igual propósito organice o aliente actos de propaganda o tome parte en ellos; el que públicamente, mediante la palabra, la escritura, las imágenes, los gestos o vías de hecho o en cualquier otra forma vitupere o discrimine, lesionando su dignidad humana, a una persona o grupo de personas en razón de su raza, pertenencia étnica o religión o que, por igual motivo, niegue, minimice groseramente o procure justificar un genocidio u otros crímenes de lesa humanidad; el que niegue a una persona o grupo de personas, por su pertenencia racial, étnica o religiosa, cualquier servicio destinado al público”.

Al igual que en el caso Garaudy contra Francia, el Tribunal vuelve a incidir en el mismo error –y se reafirma, fiel a sí mismo- en poner el énfasis en el hecho de si el genocidio que se niega es reconocido legal y mayoritariamente por los Estados, designándolo como un “hecho histórico claramente establecido” si es así, y cuya simple negación, por tanto, “persigue objetivos tales como los prohibidos por el art. 17 CEDH”. En el caso que nos ocupa, declara que respecto a la veracidad del llamado genocidio armenio existen posiciones discrepantes que se enmarcan en un debate “controvertido y animado” de interés público. Al hilo de esto, y aún cuando el Tribunal admite que algunas de las expresiones utilizadas por Perinçek podían ser consideradas racistas, lo que había puesto en cuestión el político turco era la corrección de calificar jurídicamente los hechos como “genocidio”. Expresiones que por su propia naturaleza no podían considerarse como una incitación al odio o a la violencia, teniendo en cuenta que el límite tolerable para que unas observaciones caigan bajo el artículo 17 reside en que se produzca este extremo. El Tribunal aprecia que Perinçek no abusó de su derecho, sino que debatió abiertamente sobre cuestiones susceptibles de desagradar, y estas actuaciones quedan amparadas por el 10.2 CEDH.

f) España

En la actualidad, no creo que se pueda firmar que exista una corriente consolidada que pugne por la instauración del delito de negacionismo del régimen franquista en nuestro ordenamiento. A pesar de ello, en 2013, el Grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia (UPyD) registró una proposición no de ley en el Congreso con la que insta al Gobierno a llevar a cabo las reformas legales necesarias para que se incorpore en el Código Penal el delito del negacionismo con la finalidad de evitar que se "reinterpreten" los crímenes tanto de ETA como del franquismo. La agrupación política ha declarado que lo que pretende es que se castigue "*de manera adecuada*" las conductas lesivas para la convivencia en una sociedad democrática⁸⁵⁴. El grupo argumenta que en nuestro país

⁸⁵⁴ http://www.upyd.es/contenidos/noticias/318/100021-UPyD_pide_tipificar_como_delito_el_negacionismo_para_evitar_que_se_reinterpreten_los_crmenes_de_ETA_y_el_franquismo:

“El partido que lidera Rosa Díez considera que el negacionismo es un comportamiento “execrable” y ha puesto como un ejemplo “paradigmático” de este fenómeno la negación del holocausto nacionalsocialista, que defiende la no existencia del genocidio practicado por la Alemania nazi contra los judíos y los gitanos. Pero, además, la formación magenta ha destacado que en España también existen

existen determinados negacionismos que cuestionan la represión franquista o que califican al "exterminio" de ETA como "violencia política", y considera como un límite necesario al derecho a la libertad de expresión consagrado en la Constitución, la tipificación como delitos de este tipo de manifestaciones negacionistas, toda vez que el Tribunal Constitucional ha declarado "de forma reiterada" que el derecho fundamental a la libertad de expresión no admite la cobertura a manifestaciones innecesarias que atenten contra el honor, la dignidad o la libertad de las personas o que pongan en peligro el sistema democrático, interpretando que la negación del genocidio puede ser delictiva como forma de incitación al odio, a la hostilidad o a la xenofobia.

En la exposición de motivos de la Proposición no de Ley, se alude al hecho de que la STC 235/2007, de 7 de noviembre, cuyo *"fallo no estuvo exento de polémica como lo demuestran los cuatro votos particulares emitidos por los partidarios de considerar constitucional la punición del negacionismo en los términos establecidos originalmente"*, no consideraba el delito de negacionismo incompatible con la Constitución, *"sino que discrepaba de la concreta redacción del precepto, que no exigía dolo ni intencionalidad de ningún tipo"*⁸⁵⁵. UPyD se postula a favor de que el art. 607.2 CP vuelva a incluir el negacionismo de manera que se respete la doctrina del Tribunal Constitucional y en cumplimiento de la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser

negacionismos: como el que cuestiona la represión franquista o el que califica al "exterminio" de ETA como "violencia política". Sobre el segundo, UPyD ha advertido de que la llamada izquierda abertzale viene creando un discurso de manera "consciente" y que "responde a una deliberada estrategia de negar la existencia de los crímenes y, por ende, de la propia democracia en España".

⁸⁵⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 1 de Julio 2013, 161/001824, número 299. Exposición de motivos de la Proposición no de Ley sobre las reformas legales necesarias para tipificar el negacionismo y mejorar la regulación de los delitos relativos a "discursos del odio": *"(...) el referido fallo no estuvo exento de polémica, como lo demuestran los cuatro votos particulares emitidos por los partidarios de considerar constitucional la punición del negacionismo en los términos establecidos originalmente, formulados por los magistrados García-Calvo y Montiel, Rodríguez-Zapata Pérez, Rodríguez Arribas y Sala Sánchez, que cuestionaban el fallo por considerar, entre otras muchas cuestiones, que pecaba de una visión ingenua de la democracia. No obstante, al margen de lo anterior, y respetando totalmente el fallo de la referida sentencia del máximo intérprete de la Constitución, conviene tener en cuenta que la misma no consideraba el delito de negacionismo incompatible con la Constitución en sí mismo, sino que discrepaba de la concreta redacción del precepto, que no exigía dolo ni intencionalidad de ningún tipo. Así lo reconoce la Fiscalía General del Estado en su reciente Memoria del año 2012, cuando manifiesta, a propósito de la referida Sentencia n.º 235/2007 que «el TC admitía que el negacionismo con la concurrencia de otros elementos sí podría ser sancionado penalmente, si bien tal función excedía, lógicamente, de sus atribuciones». Coincidiendo con tal visión de la Fiscalía General del Estado, consideramos que si el discurso negacionista se limita a poner en cuestión o negar hechos exclusivamente desde una perspectiva histórica puede entenderse amparado por la libertad de expresión, pero no si el mismo tiene un contenido injurioso sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad"*.

traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, *“lo cual habrá de cumplirse conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha interpretado que la negación del genocidio puede ser delictiva como forma de incitación al odio, a la hostilidad o la xenofobia, so pena de fomentar un clima de aceptación, trivialización y olvido de estos actos que acabe socavando el propio sistema democrático”*. Asimismo, recuerda que el Alto Tribunal en la STC 235/2007 declaró inconstitucional la inclusión en el artículo de la expresión “nieguen o” al faltarle elementos adicionales que debían añadirse y que el TC no podía incluir sin convertirse en legislador.

La Mesa del Congreso de los Diputados, considerando que solicita el debate de la iniciativa en Comisión, y entendiendo que se insta al Gobierno a ejercer su iniciativa legislativa en la materia, admitió la Proposición no de Ley a trámite, y ordenó su puesta en conocimiento por la Comisión de Justicia. Se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 1 de Julio 2013.

9. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL NEGACIONISMO

El Holocausto es un capítulo de la Historia especialmente trágico, en el que se produjo un deliberado ejercicio de exterminio masivo de millones de personas por el único motivo de haber nacido judíos, gitanos, ser homosexuales o disminuidos físicos o psíquicos. Para ello se fue desarrollando toda una tecnología que cada vez se mostró más “efectiva”: desde el disparo directo hasta las cámaras de gas. Aún hoy día el mundo se pregunta cómo fue posible que seres humanos fueran capaces de semejantes actos abominables que implican sentimientos de odio e inconsciencia extremos.

De estos oscuros y horribles hechos, y como no podía ser de otra manera, la democracia y los valores que la inspiran, han desarrollado un severo aprendizaje legal y moral, acerca de lo que “no se puede permitir nunca más”. Uno de las máximas inherentes a todo ordenamiento jurídico que, necesariamente aflora como indispensable para que no se puedan dar de nuevo estos acontecimientos, es lo imperativo del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano en todas sus manifestaciones, por el simple hecho de serlo, sin más condicionantes, y, por ende, la igualdad del ser humano.

Sin embargo, la cuestión que aquí se suscita es si el Derecho puede considerar, legítimamente, si determinadas expresiones que manifiestan dudas o cuestionan la existencia histórica del Holocausto, o su puesta en duda en cuanto si ocurrió como se acepta comúnmente, e incluso la abierta negación de su existencia, se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión. Asimismo, esto conlleva el planteamiento de si, en caso contrario, conllevarían una sanción penal dada la importancia de los bienes jurídicos a los que afecta y que son especialmente protegidos por todo ordenamiento jurídico democrático.

No existen derechos absolutos y, por lo tanto, el derecho a la libertad de expresión no lo es. Es a partir de aquí donde comienza la ardua y compleja tarea de establecer sus límites teniendo siempre presente que la dignidad humana se constituye como el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales. Considero además imprescindible, partir de la base de que por muy equivocado que se considere a un individuo, éste tiene derecho a expresar sus ideas y pensamientos, siempre y cuando no se produzca daño o perjuicio a derechos de terceros, puesto que en este caso, entrarían en juego otras consideraciones necesarias para dilucidar si la expresión en concreto se encuadra dentro de la protección del derecho a la libertad de expresión. Porque, como afirmó John Milton, *“todas las opiniones, incluso todos los errores, conocidos, leídos, comparados, son de especial provecho y ventajosos para el beneficio neto de la verdad más segura”*⁸⁵⁶.

En el caso del negacionismo del genocidio perpetrado contra el pueblo judío (y otras minorías), la cuestión no puede girar en torno a la fijación de estos hechos históricos

⁸⁵⁶ MILTON, J., “*Aeropagítica*”, Torres Goyanes, Madrid, 2001, pág. 67.

como verdaderos y reales, puesto que el juez no puede erigirse en historiador e imponer una verdad histórica legal y oficial, sino en establecer si se ha producido una vulneración de valores constitucionales reconocidos, como la dignidad de todo ser humano, o derechos reconocidos como el derecho al honor, determinar si implican una incitación directa a actos de discriminación o vejación hacia un colectivo o la comisión de un delito, o por el contrario, si estas manifestaciones negacionistas se encuentran protegidas dentro del contenido de la libertad de expresión. Es cierto que hay que admitir que este periodo de nuestra historia reciente es particularmente abominable y que de ella existen pruebas documentales, testimoniales e incluso grabaciones que garantizan su veracidad, pero aún así, la mera negación subjetiva de los hechos no puede ser suficiente para, indefectiblemente, declararlo fuera de la protección del Derecho. El argumento definitivo debe buscarse en el contenido del propio discurso cuando éste se convierte en una ofensa, una injuria o promueve el proselitismo xenófobo, antisemita o racista, ya que no es posible admitir ataques al honor, a la igualdad o la dignidad, en defensa del derecho a la libertad de expresión, y aún menos, la incitación directa a cometer un delito.

No se debe perder de vista en ningún momento que el ordenamiento jurídico no puede reducirse a convertirse en guardián de una versión instaurada de la historia. Y desde luego, el Derecho no es una vía admisible para fijar hechos históricos como verdad histórica oficial. Cuando la revisión de la Historia, por muy deleznable que esta pueda ser, se impone por vía penal, el órgano judicial, a través de la Ley, es erigido en historiador máximo. En esta posición el magistrado-historiador se implica en un debate de índole histórica para la que, es evidente, no ha sido designado, ni se encuentra preparado: *“El proceso penal se rige por reglas contrarias a las del historiador: el juez debe investigar sólo los hechos delimitados en la acusación (...). El historiador puede revisar el hecho ya analizado, eliminar interpretaciones efectuadas y agregar otras nuevas”*⁸⁵⁷. ¿Y acaso no es propio de regímenes dictatoriales la imposición normativa o

⁸⁵⁷ FRONZA, E., “¿El delito de negacionismo?...”, *Op. Cit.*, pág. 104. “En efecto, el derecho y el proceso tienen un idioma y una lógica diferentes a los del método histórico. El proceso penal se rige por reglas contrarias a las del historiador: el juez debe investigar sólo los hechos delimitados en la acusación; si no llega a una convicción absoluta, debe absolver, pues in dubio pro reo; sólo puede investigar por un tiempo determinado, de acuerdo con el principio de la duración razonable del proceso. Es más, el historiador puede revisar el hecho ya analizado, eliminar interpretaciones efectuadas y agregar otras nuevas. Por el contrario, al juez, en principio —salvo el caso limitado del recurso de revisión—, esto no le está permitido. El proceso penal, cuyo epílogo consiste en una sentencia, se caracteriza, entonces, por su naturaleza tranchant, por su capacidad de fijar una versión de los hechos, por la contraposición entre negro y blanco, entre culpable e inocente, algo que luego se vuelve cosa juzgada (salvo, como se dijo, la hipótesis de revisión). En cambio, el juicio histórico admite que se revise una

judicial de una concreta versión de la historia en la sociedad? Acudir al Derecho para imponer o adoptar una verdad histórica o un pensamiento políticamente correcto lleva implícita la destrucción de la libertad de expresión y la vulneración de uno de los pilares fundamentales del sistema democrático.

Por todo esto, no es admisible que se eleve al pedestal de “hecho incontestable” y “*claramente establecido*” ningún acontecimiento histórico, de forma que se afirme que su mera negación no se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión al revestir un carácter que no admite controversia, tal y como ha hecho el TEDH. No puedo estar más en desacuerdo con esta argumentación dada por el TEDH en el caso Garaudy contra Francia, donde el Tribunal mantiene que la garantía del art. 10 CEDH no protege el discurso negacionista acerca de la existencia del genocidio nazi, puesto que estamos ante “*hechos históricos claramente establecidos*”, y a cuya negación se le aplica el art. 17. El TEDH no ha tenido en cuenta que la mera negación subjetiva de un hecho histórico, como opinión subjetiva sobre hechos, no conlleva intrínsecamente la conculcación de los valores democráticos establecidos o la pretensión de incitación a la violencia contra un colectivo de personas, por muy aceptado que sea el acontecimiento histórico o muy deleznable la negación del acontecimiento histórico, y esta interpretación, a mi modo de ver, es una restricción grave al derecho a la libertad de expresión que debería ser revisada. Quiero añadir aún así, que la argumentación seguida por el TEDH en este caso sobre la base de “*un hecho incontestable*” es terriblemente desafortunada en tanto en cuanto si considero que los escritos de Garaudy incluían clara y abundantemente elementos tendenciales de incitación a la discriminación u odio hacia la raza judía y la justificación de crímenes contra la humanidad.

De esta forma, se erige al Derecho como instrumento que sacraliza una visión de la historia y criminaliza el revisionismo propio de todo buen historiador, añadiendo un límite extraordinario al derecho a la libertad de expresión, que no encuentra su fundamentación en la lesión de bien jurídico alguno protegido legal o constitucionalmente. Desde una perspectiva personal, puedo comprender la finalidad que inspira la redacción, aceptación y aprobación en las legislaciones en nuestro entorno de

interpretación de los hechos ya efectuada, pues se trata de un proceso de lectura e interpretación de los hechos que no tiene fin, y observa, por consiguiente, reglas muy diferentes a las del juicio penal”.

normativa que criminaliza la mera negación histórica del Holocausto, pero jurídicamente constituye una aporía inadmisibles en democracias que se presumen desarrolladas.

En ningún momento, la adopción o no de ideas revisionistas por parte del individuo, puede dar lugar a la tutela paternalista del Estado con el fin de conducir por la “*senda correcta del pensamiento*” al ciudadano. Ha de ser éste, quien juzgue y adopte libremente, en su caso, el negacionismo de los crímenes contra la humanidad. Y esto debe ser amparado por nuestro ordenamiento jurídico siempre que el individuo no actúe de manera que provoque la discriminación, el odio o la violencia contra personas o grupos por estos motivos o atente contra la dignidad de los demás u otros bienes jurídicos protegidos.

Pero la vía penal como método de represión necesaria estará plenamente justificada cuando en las manifestaciones negacionistas se constate una incitación directa o indirecta a la violencia o la comisión de algún delito. En este caso, el ius ponendi del que dispone la sociedad democrática debe actuar con contundencia. Pero siempre y cuando, reitero, se produzca esta incitación directa o indirecta y no una mera difusión de ideas que se encuentran protegidas por el art. 20 CE. La STC 235/2007, es categórica y clara al respecto, y a este razonamiento me adhiero: “*La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político... La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane*”.

La legitimidad de la intervención penal como instrumento adecuado represivo en la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio, no puede aceptarse en los casos en los que no existe ni siquiera un riesgo potencial para el bien jurídico (como muy bien expone el Tribunal en el fundamento jurídico 8 de la STC 235/2007). De esta forma, considero que no es posible imponer una restricción al derecho a la libertad de expresión que no puede encontrar justificación en la lesividad del bien

jurídico tutelado o el riesgo potencial de lesividad. Y es que en el caso del negacionismo, si se elimina mentalmente el carácter repugnante y execrable de las ideas que a todas luces amparan y afirman, esto es, la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución, no queda nada exteriormente visible y certero, por si solo, que hagan abogar por la represión penal en defensa de un bien jurídico.

Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima. Su papel es subsidiario como medio de control social, en la que solo debe intervenir si es absolutamente necesario, debido a la severidad de las medidas que adopta. Y su función no consiste, como afirma Juan Maria Bilbao Ubillos, en la represión de simples actitudes o creencias internas sino en la prevención de comportamientos capaces de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos⁸⁵⁸.

Ahora bien, la mera negación o duda sobre hechos históricos, como opinión subjetiva sobre hechos, queda amparado dentro de la protección constitucional que otorga el derecho a la libertad de expresión, pero no pueden extenderse a las manifestaciones que impliquen desprecio, menosprecio o descrédito hacia personas o grupos de personas por razón de su raza o condición. Estas expresiones pueden ser consideradas como atentatorias contra el derecho al honor y la dignidad de las personas, y dan lugar a la intervención del Derecho Penal donde se recoge el tipo de injurias.

Es evidente, además, que la memoria de los hechos históricos acaecidos en este período histórico en concreto ha disfrutado de un tratamiento jurídico especial y preferente en los países de nuestro entorno, en respuesta a la generalizada sensibilidad social ante la hecatombe nazi. Respecto a otros genocidios, entre los cuáles nos sirve de ejemplo el Holocausto armenio aquí tratado, no ha existido un trato jurídico igualitario en cuanto a su negación. Aquellos Estados que han intentado prohibir su negación han desistido: no solo ante la confrontación directa que ha surgido con Turquía, sino porque al gobierno del que surgía la iniciativa no le suponía un gran rédito político o económico.

⁸⁵⁸ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, (Nº 71-72), enero-agosto 2008, págs. 19-56.

Y aquellos países que han introducido en su legislación el castigo a la negación, posteriormente han sufrido la rectificación del TEDH. El Tribunal, por su parte, ha reconocido que la mera negación de este genocidio encuentra amparo en el art. 10 CEDH bajo la desafortunada argumentación de que no existe consenso respecto a considerar como genocidio los actos criminales que tuvieron lugar en territorio turco, anclando el límite de la libertad de expresión a la calificación jurídica y consensuada de los acontecimientos como tal.

Es importantísimo, a mi modo de ver, tener claro que no es posible identificar la opinión, por si sola, con la incitación o la provocación. Nuestro Código Penal define la provocación como aquella que se da cuando directamente se incita a la perpetración de un delito por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas (art. 18). Es apología, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Como forma delictiva, la apología debe traducirse en una forma de provocación, y al mismo tiempo, por su naturaleza y circunstancias debe constituir una incitación directa a cometer un delito (art. 18 Código Penal). Tanto la provocación como la apología, son figuras delictivas que incluyen la incitación directa a cometer un delito como elemento necesario e imprescindible para su apreciación. No puede afirmarse que toda negación de la existencia de conductas que constituyan delito de genocidio ostenta la finalidad de crear un aura de hostilidad efectivo dirigido a las víctimas o que la simple expresión de la negación haga posible conseguir este fin, por lo que concluyo es necesaria la inclusión de otros extremos para que la expresión de la negación sea punible.

La reforma del Código Penal de 2015 ha dado cabida a la previsión de delitos en general por motivos discriminatorios, adecuando los tipos a los nuevos contextos modernos que son fruto del avance tecnológico, que, admitámoslo, suponen por su naturaleza un riesgo exponencial y potencialmente superior a los existentes hasta ahora. Pero, asimismo, la reforma ha aprovechado la ocasión para incorporar la doctrina que instauró la STC 235/2007, donde el Alto Tribunal se arrogó el carácter de legislador positivo al aconsejar, en su fundamento jurídico 7, que el 607.2 del Código Penal *“resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta*

sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”.

Este consejo es el que se ha seguido en la nueva redacción, de forma que la conducta de negación de los delitos que se detallan, entre ellos el de genocidio, solo son punibles “*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*” contra los designados como sujetos pasivos del tipo penal. Podemos afirmar entonces que, amparándonos tanto en la interpretación que el Tribunal Constitucional expuso en la sentencia 235/2007 y en las manifestaciones de gran parte de la doctrina, las conductas sancionadas en el tipo son aquellas que den lugar, de forma directa o indirecta, a los actos descritos en el tipo. Más allá de los problemas que puede suscitar el determinar el alcance y adecuada apreciación de conductas que den lugar a las conductas punibles, el avance en la redacción del artículo es loable.

En cuanto a la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio, le aplico la misma valoración: considero que es función necesaria del legislador penal castigar la justificación pública del genocidio cuando ésta opere como incitación directa a la comisión de un delito o supongan una provocación al genocidio o cualquier otro delito. Por ello, el legislador puede, y debe, perseguir tales conductas. Incluso es correcto hacerla merecedoras del reproche penal, siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

En consecuencia y coherentemente a estas aseveraciones, no es posible leer, sin sentir pesar, el contenido del artículo 510.2.b) CP. Este recoge una omisión cuanto menos llamativa: la ausencia en la redacción por parte del legislador penal, cuando se refiere a la justificación y enaltecimiento de cualquier delito cometido contra el sujeto pasivo (en el art. 510.2.b) CP), de elemento adicional alguno para que se aprecie el tipo. En definitiva con esta omisión el legislador admite la no necesidad de que la “*justificación*” o el “*enaltecimiento*” constituya una incitación indirecta (o indirecta), de manera que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el sujeto pasivo. Tal elemento, como vimos, sólo es contemplado como un tipo agravado de la conducta en el último inciso del artículo 510.2. b) CP. En definitiva, se adjudica a la justificación de un genocidio o de los delitos cometidos, por si solos, el carácter de

lesividad efectiva y reprobable penalmente, sin que se requiera ninguna consecuencia o posibilidad potencialmente real de daño o perjuicio.

De esta forma, el legislador penal, si no da un paso atrás, como mínimo pierde la oportunidad de avanzar. Es arriesgado y erróneo, a mi modo de ver, otorgar a la justificación, en todo caso posible y sin excepción, el carácter de reprobable penalmente. Puedo admitir que la justificación alberga una alta sospecha en si misma de ser idónea para la incitación a la comisión de comportamientos lesivos hacia personas, grupos o bienes jurídicos, pero la previsión adicional del elemento adicional que acompaña al tipo penal del resto de apartados del 510 CP no sobraría y constituiría un exceso de celo prudencial en ningún caso. Al contrario, es absolutamente necesario.

No obstante, la sensibilidad que muestran los poderes públicos en nuestro país hacia los hechos acaecidos durante el genocidio nazi es notoria. Recientemente, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 26 de abril de 2019, acordó aprobar, a propuesta de la Ministra de Justicia, el Acuerdo sobre la instauración del día de homenaje a los españoles deportados y fallecidos en Mauthausen y en otros campos y a todas las víctimas del nazismo de España. Tal y como detalla el texto, *“el agradecimiento y reparación es la que lleva al Gobierno de España a tomar la decisión de instaurar en España, al igual que existe ya en otros países europeos, un día de homenaje, con carácter anual, que sirva para honrar su memoria”*, así como también se pretende *“honrar y servir de acto de reconocimiento de la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles y su internamiento en campos de concentración nazis”*. Este día se celebrará el 5 de mayo, coincidiendo con la conmemoración de la liberación del campo de concentración de Mauthausen.

En definitiva, y ampliando la perspectiva del enfoque, la dignidad humana es el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales, que constituyen sus concreciones jurídicas, por lo que no puede estar protegido jurídicamente la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas. Con el mismo razonamiento, suponen una vulneración de este valor supremo y de su derecho derivado las manifestaciones y juicios ofensivos contra el pueblo judío (o cualquier otro grupo), que junto a la negación de la existencia del genocidio nazi, impliquen una incitación racista a actos delictivos o

supongan la conculcación de bienes constitucionalmente o jurídicamente consagrados.

Debe recordarse que la libertad de expresión necesita de un amplio espacio para su adecuado desarrollo siendo, como es, un derecho fundamental y un requisito indispensable para el funcionamiento del Estado democrático. Constituye una condición esencial para la formación de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que, es, a su vez, un requisito indispensable para todo Estado democrático. Por todo ello, las restricciones que se le impongan al derecho a la libertad de expresión deben resistir una firme justificación y argumentación que no veo en modo alguno presumible de una simple manifestación de opinión que niegue el Holocausto o cualquier otro genocidio. Pero si queda fuera de la protección del derecho las manifestaciones racistas o xenóforas que implican el menosprecio a colectivos y cuyo fin es crear hostilidad y sentimientos de odio y actuaciones de violencia contra personas por razón de su raza, etnia o cualquier otra condición. Este tipo de expresiones atentan contra valores protegidos como la dignidad y la igualdad, así como derechos fundamentales como el honor, por lo que no deben ser permisibles tolerados impunemente.

Hasta en un Estado tan paradigmático por el bagaje histórico que acarrea para el caso que nos ocupa como es Alemania, se ha visto necesario girar hacia una visión más moderada y que, a mi modo de ver, era absolutamente necesaria. La Ley de Lucha contra la criminalidad de 1994 añadió un nuevo apartado al artículo 130 por el que la simple negación del hecho histórico no es constitutiva de delito, sino que es necesario que se vea en peligro un bien jurídico: la paz pública. Aún reconociendo la ambigüedad que rodea al término, es un avance respecto a la situación anterior⁸⁵⁹.

No es innecesario el señalar que creo que no se nos escapan las razones que inspiran la repulsa inmediata y casi automática de la mera negación de un genocidio tan reciente y horrible, que sacudió de una manera especialmente virulenta las conciencias

⁸⁵⁹ EL 28 de octubre de 1994, la Ley de Lucha contra la criminalidad añade un nuevo apartado al artículo 130 donde se establece que la negación, aprobación o minimización en público o en el desarrollo de una reunión, del genocidio perpetrado bajo el régimen nacional-socialista, será penada con hasta 5 años de prisión o multa, siempre y cuando estas manifestaciones sean susceptibles de alterar la paz pública. Vemos, pues, que la simple negación del hecho histórico no es constitutiva de delito, sino que es necesario que se vean en peligro un bien jurídico: la paz pública, necesaria en todo orden democrático y en consonancia con varios ordenamientos jurídicos europeos. Se castiga, el negacionismo en el Estado germano, si se traduce en una significación social de agitación e incitación a la violencia o enfrentamiento a un grupo social determinado.

del mundo. Tanto fue así, que conllevó unas marcadas modificaciones a nivel constitucional y normativo en el sistema jurídico internacional. Puede aludirse y argumentarse que, incluso, en un principio, fuera necesario partir de una posición de cerrazón absoluta a la manifestación de estas ideas negacionistas, en aras a consolidar de forma definitiva y en un estadio temporal reciente a los hechos, que no pudieran volver a darse, corriendo conscientemente el riesgo, y pagando el precio, de limitar excesivamente el derecho a la libertad de expresión. Nuestra historia jurídica contiene numerosos ejemplos de evolución donde se han adoptado en diferentes momentos históricos posturas opuestas para terminar aceptando un necesario término medio⁸⁶⁰. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico de la madurez que deben ostentar a estas alturas las democracias consolidadas, no nos puede servir esta argumentación en modo alguno. La regulación del establecimiento de los límites legítimos a los derechos deben ser establecidos sin miedos a posibles reiteraciones históricas de una barbarie, que, personalmente, yo no dudo que desgraciadamente tuvieron lugar, pero siempre con la perspectiva jurídica de los límites legítimos que no pueden ser vulnerados en aras a evitar un gran error histórico, porque incurriríamos en otro gran error histórico y jurídico, que afecta directamente a nuestros cimientos democráticos.

Por último, no es baladí el tratar el tema de la negación del Holocausto judío desde una perspectiva ajena al Derecho. En la necesidad imperiosa de su penalización aparece una base emocional que predomina y arrastra al razonamiento jurídico. Es esta base la que hace que todo individuo, jurista racional convencido o no, necesite separarse de semejantes hechos de todas las maneras posibles, buscando, en realidad, la sensación de confirmación íntima y personal de la imposibilidad de transformarse en verdugos tan abyectos. Se busca, por tanto, realizar en el momento esa sensación anhelada por todo individuo en su más interno fuero: el sentimiento de ser “buena persona”. Es este motivo-emoción dominante, ajeno al Derecho y que entra de lleno en el ámbito de la psicología humana, la que arrastra a “no dar las espaldas” a las víctimas, admitiendo su sufrimiento y penalizando lo contrario. Es una cuestión que se resume en el “*pero qué menos que*

⁸⁶⁰ D. Antonio Torres del Moral alude a la “*ley del péndulo*”, (TORRES DEL MORAL, A., “*Constitucionalismo histórico español*”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2009, págs. 30-31): “*Es tópico entre nosotros hablar de la ley del péndulo, conforme a la cual, en España, a una Constitución conservadora sucedía una progresista, a ésta le sucedía otra conservadora, y así sucesivamente. Esta pseudoexplicación histórica, apuntando a una verdad aparente, quiere transmitir una imagen de equilibrio entre las políticas y los políticos de uno y otro signo (...). Pero resulta obvio que no hubo tal equilibrio.*”

eso: reconocerlo". Quizás entonces, se podría admitir que esta tesis doctoral necesitaría de la ayuda de la Psicología para ser completada.

Sin embargo, como jurista hay que dar una respuesta de jurista, y es comprensión (no aceptación) la reacción que albergo ante la no diferenciación de dos realidades fundamentales en el ser humano a la hora de determinar el tipo penal del negacionista: el emocional y el racional-jurídico. Después de siglos de intentar separar Derecho y Moral, Derecho y Etica, y Derecho y Religión, aquí vemos, no una mezcla de Derecho y Sentimiento, sino una preferencia de la emoción sobre el Derecho más racional. Ambos deben nutrirse en perfecta armonía y ninguno dominar en solitario al otro: ni el Derecho, porque en si mismo podría convertirse en el más abyecto de los instrumentos de convivencia, ni el Sentimiento, que debe llenarse de la razón que lo equilibre.

10. EPÍLOGO

Deseo añadir, saliéndome del enfoque estrictamente jurídico, pero enlazando con él, que las características que debe reunir la Dignidad para el Derecho son las mismas que enumera con su magistral hacer el gran Shakespeare cuando describe la naturaleza del Amor⁸⁶¹:

*Que a la unión de almas fieles yo no ponga
impedimento; amor no es amor
que cambia cuando encuentra alteraciones
o cede cuando muda lo mudable.*

*¡Oh, no! Es un faro, permanente y fijo,
que al ver las tempestades nunca tiembla,
es la estrella que guía errantes leños,*

⁸⁶¹ SHAKESPEARE, W., "Sonetos", Alianza Editorial, Madrid, 2008, pág. 249.

cuyo valor se ignora, no su altura.

*No es el bufón del Tiempo, aunque a los labios
y mejillas los siegue la guadaña,
no cambia en horas el amor, ni en meses,
mas continúa hasta el Día del Juicio.*

*Si no es así, y conmigo se demuestra,
jamás he escrito yo, ni ha amado nadie.*

Estas son las características que reúne un valor superior y que explican que no pueda erigirse como tal, la libertad o la igualdad. La dignidad es el faro-origen imperturbable, “permanente y fijo”, que no cambia ni se gradúa bajo ninguna circunstancia. Por ella el ser humano ostenta la capacidad de ser titular de todos los derechos posibles, siendo bajo esta premisa que puede elegir ante toda circunstancia y a partir de aquí, con esta autonomía propia que nace desde la dignidad (con su libertad, en definitiva), optará qué quiere y elige para sí. Es por esto que la libertad deriva de la dignidad, y no viceversa, y así se predica también de la igualdad.

Tras todo lo expuesto, solo me resta hacer una última cosa: apelar a la indulgencia del lector jurista (y no jurista) para culminar este análisis proporcionando una definición de Dignidad que aúna corazón y pensamiento:

El primer Ser hacia el que se debe Lealtad y Justicia es a uno mismo. Esto es Dignidad, y no egoísmo, porque la verdadera Dignidad solo alberga respeto y bondad hacia el SER de los demás. No es una cualidad narcisista, no es egocéntrica, ya que si nos colocamos en un escalón superior o inferior al del resto de personas, no hay Dignidad, ni Justicia, ni Verdad. Sólo una distorsión aceptada por nosotros mismos. Tu escalón y el de los demás está en el mismo nivel y éste se localiza en la cima indiscutible de la pirámide.

La Dignidad es Amor, Lealtad, Comprensión, Respeto, Bondad y... la Esencia que debe impregnar todo Derecho.

11. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho no puede ser un orden moral, pero está claro que el Derecho debe recoger el contenido axiológico aceptado generalmente en una sociedad para ordenar la convivencia, de manera que se incorpore al Derecho como norma jurídica viva. Este contenido, cuya existencia es pretérita a su conversión en Derecho positivo, debe su origen a la voluntad general determinada a través de un consenso social tácito que determina la opción ético-social elegida por la sociedad en cuanto a los fines u objetivos que debe perseguir y cumplir el Derecho. Su definitiva incorporación al ámbito jurídico, su positivación, por tanto, le otorga dimensión jurídica y la garantía de plena protección y eficacia, erigiéndose en guía y límite de todo un ordenamiento jurídico de facto. Esta incorporación tiene como manifestación primigenia y fundamental los valores jurídicos.

El que estemos ante unas entidades cuyos contenidos apelan no solo a la razón sino a algo que concebimos como algo “deseable” o "bueno", no debe asustar al jurista mientras se encuadren dentro de las limitaciones que nos proporciona el cuerpo social y

soberano. Es este el origen fundamentador y legitimador de toda adopción jurídica, constituyendo una realidad polifacética que debe plasmarse en la mayor medida posible en el Derecho. El Derecho nace como una necesidad de ordenar la convivencia y la conducta humana: es la necesidad de regular, por ejemplo, qué es "tuyo", "mío" y "de todos". Pero en la respuesta jurídica a cada controversia hay un componente humano que no puede alienarse: el Hombre es el conjunto de pensamiento y sentimiento y esto lo plasma indivisiblemente en cada acción, palabra, deseo u opción final. En este orden de cosas los valores en los que se inspire un sistema normativo debe condensar, en equilibrio, la mezcla entre razón, sentimiento e ideales de la generalidad que conforma la sociedad. Debe condensar el anhelo común en ámbitos más allá de los meramente racionales, erigiéndose en la más alta realización jurídica y completando, a su vez, a esa razón social.

SEGUNDA.- Esta idea es la que subyace en nuestra Constitución. El artículo 1.1 no crea los valores superiores del ordenamiento jurídico, sino que consagra constitucionalmente el reconocimiento de una realidad previa. De esta manera, se establece el vínculo jurídico determinante y válido entre esta realidad previa de fines prioritarios y el Derecho.

Sin embargo, a pesar del 1.1. CE y sus intenciones más o menos loables, el valor superior, del que derivan todos los demás como una forma de expresión de ésta es la dignidad humana. Es, precisamente, del reconocimiento del hombre como ser dotado de dignidad del que se extrae la proclamación de su derecho a ser libre, siendo la dignidad el valor que se concreta y que nutre la exigencia del reconocimiento de esta libertad y del resto de valores y principios: la justicia, la igualdad (que deriva, a su vez, de la justicia), la seguridad, los derechos fundamentales y, en puridad, todo el ordenamiento jurídico. Todos los reconocimientos anexos de la dignidad son expresión positiva de su contenido, un contenido que es inalterable y ajeno a toda disposición voluntaria o impuesta. Piénsese, por ejemplo, que la libertad natural de la que goza el ser humano, valor proclamado como tal en la Carta Magna, es la primera cesión que acontece como fundamentación del "pacto social" en su transformación del estado de naturaleza a una sociedad civil⁸⁶². Y mientras se produce esta cesión del valor "libertad", la dignidad

⁸⁶² Rousseau, en "*El contrato social*", afirma que el hombre por el contrato social lo que pierde es su libertad natural y gana la libertad civil. La libertad natural es un "*derecho ilimitado a todo cuanto le*

continúa siendo el núcleo esencial que lo conforma. Sin variaciones e imperturbable. En pureza, con un análisis que no necesita ser exhaustivo, nos damos cuenta de que sin la inclusión de la dignidad en el pináculo del espectro jurídico, el Derecho no puede explicarse de forma satisfactoria, ni siquiera de una manera completamente lógica.

Como consecuencia, la dignidad debió consagrarse como valor supremo en el artículo 1 de la Constitución, pudiéndose incluir la mención expresa de los dos valores superiores que derivan directamente de ella: la libertad y la igualdad. Coherentemente con esta aseveración, considero inexcusable la introducción expresa de los valores supremos en las Constituciones desde su artículo de apertura, sin ambigüedades y sin tener que acudir a criterios interpretativos.

Teniendo en cuenta todas estas cuestiones, mi propuesta de redacción del artículo 1.1 es la siguiente: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la dignidad humana, siendo núcleos fundamentales de ésta los valores libertad e igualdad”*.

De esta manera y acertadamente, se rechaza todo relativismo valorativo en un sentido estricto. Desde el momento en que proclama unos "valores superiores", junto con principios y derechos fundamentales concretos, la norma fundamental opta por asumir determinados contenidos materiales que se imponen a todo desarrollo normativo.

TERCERA.- Asumo las enormes dificultades que rodea la conceptualización del valor dignidad. Constituye una tarea tan ardua que el Derecho ha seguido evolucionando y desarrollándose a partir de aproximaciones conceptuales o revelaciones parciales de su contenido a través de derechos y principios. Sin embargo, la definición de la dignidad no es una cuestión baladí: importa, y mucho. Puede afirmarse que el Tribunal constitucional, como máximo intérprete de la Carta Magna, debería ser quien proporcione la definición del concepto ya que su función consiste en dilucidar todo aquello que el texto constitucional quiere decir, pero de facto, no dice. Pero en justicia, no debemos dejar de admitir y reconocer que es una carga-tarea harto difícil. Aun así, en el transcurso de su

apetece y puede alcanzar”, y “que no tiene más límite que las fuerzas del individuo”. La libertad civil sin embargo, es una *“libertad moral, la única que verdaderamente hace al hombre dueño de sí mismo”*. (ROUSSEAU, *“El contrato social”*, Austral, Madrid, 2011, pág.50).

evolución jurídica se la ha dotado – por parte de la jurisprudencia constitucional y la doctrina jurídica- de un mínimo invulnerable a través de una fórmula general que se ha ido extrayendo del texto constitucional y a la que se puede acudir como consolución temporal.

En puridad, conceptualizar la dignidad es definir la naturaleza humana y para eso el hombre debe conocerse a sí mismo, respondiendo a todas las preguntas que se pierden sin respuesta desde hace siglos. Desde este punto de partida, por lo tanto, todos los estudios sobre la dignidad son meritorios y contribuyen desde el acierto o el error a ir definiendo un “Ser” en el individuo, que quizás, aventuro, no es ni necesario precisar, desde el momento en que la dignidad es irrenunciable, indisponible e invariable. Si lo que puede ser atacado y reducido a la nada son sus manifestaciones, quizás son éstas las que necesitan ser definidas y garantizadas: el ser humano digno no deja de serlo porque coarten su libertad o la reduzcan a su mínima expresión, lo menosprecien o violenten su integridad física y moral. Sin embargo, como tal, como ser humano pleno, el orden político y jurídico está obligado a garantizarle su más perfecta realización. Y para ello debe definirlo.

Propongo la siguiente definición del valor supremo dignidad: es el “Ser” del individuo, previo al Derecho y positivado por éste, por el que es titular, de pleno derecho o en grado potencial, de todos los derechos posibles, sin exigírsele ninguna condición y en pie de igualdad respecto a todos, ya que un individuo no posee más dignidad que otro. Es el ser humano un fin en sí mismo, tal y como manifestó Kant, el principio y fin del Derecho, y ello se expresa en su máxima personificación de “lo digno”. Como consecuencia jurídica la dignidad se erige en un bien constitucional absoluto y supremo, de manera que no puede verse limitado aludiendo a la protección de otros bienes constitucionales ni mencionando cualquier otra razón. De hecho no existe un argumento valedero para imponer una limitación o restricción de la dignidad humana: en puridad, ésta sería una absoluta paradoja.

CUARTA.- Al efecto, y como no podría ser de otra manera, lo adecuado es que, una vez se ha definido el valor se le proporcione un conjunto normativo que lo desarrolle y que al mismo tiempo constituya un sistema lógico-jurídico: esta es la vocación de los derechos fundamentales. La Constitución delimita contenidos precisos de la dignidad en

estos derechos fundamentales, lo que supone que no cumplan únicamente una función de derechos subjetivos de la persona. Van más allá. Su reconocimiento, así como su eficaz tutela, constituyen una garantía de la dignidad en los ámbitos materiales concretos que abarcan y que forman parte del valor superior.

Sin embargo, la aceptación de que el valor dignidad se erige en realidad omnicomprendiva de los derechos fundamentales, no implica que pueda incluirse en la categoría de derecho fundamental principal y material de la Constitución, ni en la categoría de derecho público o privado, subjetivo y elemental, a la manera del constitucionalismo alemán. La dignidad es algo más, mucho más. Ninguna de las características y funciones que ostenta el valor (y mucho menos el valor superior) pueden ser reducidas y limitadas a las peculiaridades de la tipología del derecho fundamental, que dimana del valor-origen concretándolo en alguno de sus contenidos. Si así se redujera y limitara lo convertiríamos en otra cosa, desnaturalizando la base necesaria de nuestro sistema de convivencia normativo. Y esto es algo, a todas luces, insensato.

Al respecto, en nuestro constitucionalismo, la categorización de la dignidad como derecho fundamental y como valor superior, esto es, como todo a la vez, está a medio camino de ser superado desde el momento en que se le considera un valor superior, a diferencia de lo que ocurre en el sistema constitucional alemán. Y digo a medio camino, porque si le otorgáramos con carácter general la efectividad directa que como valor supremo y final –afirmo- debería ostentar, afrontando en paralelo el problema de su contenido amplio (que no inabarcable), la cuestión quedaría zanjada, dándole su categoría propia y la operatividad y efectividad que realmente debe poseer.

QUINTA.- Uno de los errores más comunes en nuestro sistema normativo ha sido utilizar el honor y la dignidad como términos equivalentes. La jurisprudencia constitucional que así lo asienta parece guardar una pretensión de evitar que queden exentos de protección penal los atentados contra la dignidad que no se encuentren específicamente tipificados, obligando al concepto de honor a admitir cualquier contenido relacionado con la dignidad. No obstante, adoptar una definición amplia de honor con la finalidad de que no queden sin la garantía jurisdiccional del recurso de amparo las vulneraciones a la dignidad que no puedan catalogarse entre las lesiones a otros derechos específicamente reconocidos, es un error. El afán de protección del sujeto no puede llevarnos a convertir en una suerte de “cajón de sastre” el derecho al honor

hasta el punto de asimilarla a la dignidad de manera que se le otorgue al derecho fundamental un amplísimo, extensísimo contenido.

Este error ahonda y consolida la consideración de que las vulneraciones del valor dignidad solo pueden apreciarse en su proyección y relación con derechos fundamentales específicos y concretos, sin que parezca poseer autonomía para fundamentar un litigio o un recurso de amparo por sí sola ante la ausencia de una delimitación clara de su contenido y la falta del reconocimiento de su eficacia directa.

SEXTA.- Los principios constitucionalizados y los derechos fundamentales son instrumentos importantísimos que auxilian tanto en la tarea de clarificación del contenido de la dignidad como en la limitación de una posible intención de adaptar cualquier opción imaginable que albergue en su seno la finalidad sutil (o no sutil) de desvirtuar el espíritu constitucional. Este riesgo es restringido poderosamente con la consagración de estas dos categorías normativas en la Carta Magna, de forma que nos evita que con una “pirueta” jurídica se incluya en el sistema normativo una reforma constitucional implícita que desvirtúe *de facto* toda la intención constitucional amparándose en la alegación de la indeterminación de un valor supremo en el que vale todo. Es éste, seguramente, un posible abuso que debería ser capaz de vencer el valor superior por sí mismo, pero que ante la amplitud de su contenido se vuelve tan sumamente laborioso que la ayuda de los principios (y los derechos fundamentales) es esencial y, por qué no admitirlo, de agradecer.

SÉPTIMA.- En referencia a la persona jurídica y si puede atribuírsele la titularidad de los derechos fundamentales se comprueba fácilmente como son numerosos los derechos no susceptibles de ser atribuidos y ejercidos por un ente colectivo. Pero además, es irracionalmente imposible asignar a una construcción jurídica la titularidad de la dignidad. El artículo 10.1 CE la reconoce vinculándola con los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Bajo esta concepción, la dignidad es predicable solamente respecto del hombre como ser individualmente considerado, declarándose la imposibilidad de reconocerle dignidad a la persona jurídica. A esto se puede añadir que no existe un fundamento lógico y completo que justifique el intentar equiparar lo que no es igual con el objetivo de conseguir un fin elegido previamente, esto es, atribuirle la protección máxima que le proporcionaría a la jurídica

considerarla sujeto titular de la dignidad o de un derecho fundamental. Basarse en una asimilación entre persona individual y persona jurídica como criterio definitorio para resolver cualquier controversia que presenta en su titularidad, no es factible, y no solo porque estemos ante dos realidades distintas, sino porque no existe unanimidad a la hora de definir qué es “persona jurídica” en su esencia.

OCTAVA.- A tenor de todo esto, los intereses y ámbitos necesarios para el correcto funcionamiento de la persona jurídica pueden y deber protegerse en otro grado o nivel normativo. La sólida protección que exige el ente colectivo, puede arbitrarse sin recurrir a más “piruetas” de las necesarias, esto es, sin recurrir a similitudes con la persona individual que nos aboquen a admitir la extensión de la titularidad de éstos en un acto de delegación o trasvase desde los individuos hasta la entidad jurídica que crean. Esto lo he ejemplificado en concreto, proporcionando una solución a la protección de la reputación de la persona jurídica que no necesita acudir a la atribución artificial (y artificiosa) de la titularidad del artículo 18.1 CE y que nos evita admitir una ficción más allá de lo razonable. La persona jurídica, respecto a la “reputación” o la “buena fama” de la que debe gozar, indispensable (cada vez más) para el adecuado desempeño de sus funciones y finalidades, se ve amparada a través de otros reconocimientos normativos: la responsabilidad extracontractual que recoge el Código Civil (artículo 1902), la normativa de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, cuyo artículo 9 regula los denominados actos de denigración hacia un tercero, y la Ley 34/1988, General de Publicidad, cuyo articulado sanciona tanto los actos de denigración como la publicidad desleal. Toda esta legislación da respuesta a la protección que merece la persona jurídica (e incluso, por qué no, podría mejorarse y reforzarse con una legislación de desarrollo que la concrete aún más). Pero aunque no fuera así, no podría acudirse sin más a encajar la reputación y fama de la entidad colectiva en el artículo 18.1 CE, que desnaturalizara la esencia del derecho fundamental.

NOVENA.- Los diferentes tipos de minorías, identificados como aquellos grupos humanos o colectividades con singularidades propias y comunes que se insertan en una estructura estatal o supraestatal con la que mantienen relaciones de dependencia, reivindican un estatuto jurídico propio y diferenciado que incluye el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales como grupo. El paso previo a esta atribución es el reconocimiento jurídico por parte del Estado de la minoría como tal, como entidad

unitaria, cuestión ésta que se ha revelado de gran controversia y que no cuenta ni con el consenso de la doctrina ni con la determinación clarificadora del legislador.

Aquí se localiza, por tanto, uno de los obstáculos más importantes que presentan las minorías y que no ha sido resuelto: conceptualizarla bajo unos criterios generalmente aceptados que consoliden su reconocimiento. A pesar de esta carencia, la cláusula o principio general de no discriminación, como manifestación más próxima del valor igualdad, impermeabiliza y solventa, hasta cierto grado, la no identificación y consideración de los miembros de un grupo como entidad unitaria. Es, quizás, a la hora de aplicar medidas de equilibrio real que se encuadren en la llamada “acción positiva” cuando se echa más en falta la identificación, sin ambigüedades, de las minorías.

Este es el fundamental desafío que plantea el multiculturalismo en los Estados: arbitrar y armonizar el reconocimiento, respeto y protección de las diferencias de las minorías en el seno del “grupo mayor” que se traduzca en una convivencia pacífica y unas capacidades que permitan al colectivo vivir y convivir según sus elecciones. Los mecanismos o grado de intensidad con los que proceder para alcanzar este fin es lo que suscita desencuentros entre las doctrinas y en el seno de los Estados. No olvidemos que las legítimas razones que han provocado las diversas reivindicaciones de los grupos minoritarios a lo largo de la Historia es el hecho de que la cultura dominante intente imponerse para restringirla, disolverla o anularla. Si se articula un Estado que sea tolerante, igualitario y solidario con toda aquella diversidad que se enmarque dentro los valores y principios del Estado democrático, y ello de manera efectiva y real, las minorías no verán la necesidad de “separarse” e incluso protegerse de la cultura mayor con la que interactúan y donde se insertan. Si el legado cultural histórico de un grupo mayoritario es “innegociable” para éste, no debe haber dificultad para entender que los grupos que acogen en su seno albergan el mismo sentir al respecto. Para ello, el perfeccionamiento y desarrollo de los derechos civiles individuales y las medidas de acción positiva me parecen la perspectiva más correcta, que no perfecta, a adoptar.

DÉCIMA.- Al respecto, uno de los grupos más activos en relación a las demandas de derechos y reconocimientos colectivos a nivel normativo, nacional e internacional, es el autodenominado “pueblo judío”. Una de las reivindicaciones más persistentes y generalizadas es respecto a lo que denominan su dignidad como pueblo:

en relación a ello reclaman una delimitación concreta en el contenido del derecho a la libertad de expresión, de manera que sea punible la negación de la realidad histórica del Holocausto nazi.

La cuestión que el negacionismo suscita, versa sobre si se pueden considerar legítimas y amparadas dentro del contenido del derecho a la libertad de expresión aquellas expresiones que cuestionan la existencia histórica del Holocausto, o las que ponen en duda si ocurrió como se acepta comúnmente, o manifestaciones que, directamente y abiertamente niegan todos los hechos. La respuesta debe partir de la consideración de que la cuestión no puede girar en torno a la fijación de hechos históricos como verdaderos y reales, puesto que el juez no puede erigirse en historiador e imponer una verdad histórica legal y oficial. Y a partir de aquí, se debe aceptar que la mera negación subjetiva de los hechos no puede ser suficiente para, indefectiblemente, declarar una afirmación o manifestación fuera de la protección del Derecho, aun cuando no quepa duda que este periodo de nuestra historia reciente es particularmente abominable y que de ella existen pruebas documentales, testimoniales e incluso grabaciones que garantizan su veracidad. El argumento definitivo debe buscarse en el contenido del propio discurso: en éste debe apreciarse la ofensa, la injuria o una incitación hacia el proselitismo xenófobo, antisemita o racista, ya que no es posible admitir ataques al honor, a la igualdad o, en definitiva, la dignidad en alguna de sus manifestaciones, en defensa del derecho a la libertad de expresión, y aún menos, la incitación directa a cometer un delito.

Por su parte, la reforma del Código Penal de 2015 ha incorporado la doctrina que instauró la STC 235/2007 donde el Alto Tribunal se arrogó el carácter de legislador positivo al aconsejar que el 607.2 del anterior Código Penal resultaría conforme a la Constitución si la conducta sancionada implicara necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. Al seguirse este consejo en la nueva redacción, la conducta de negación de los delitos que se detallan y entre los que se encuentra el de genocidio, solo son punibles cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los designados como sujetos pasivos del tipo penal. Más allá de los problemas que puede suscitar el determinar el alcance y adecuada apreciación de conductas que den lugar a las conductas punibles, el avance en la redacción del artículo

es loable.

En cuanto a la difusión de ideas que justifiquen el genocidio la valoración que se debe aplicar es la misma: considero que es función necesaria del legislador penal castigar la justificación pública del genocidio cuando ésta opere como incitación directa a la comisión de un delito o supongan una provocación al genocidio o cualquier otro delito. Por ello, el legislador puede, y debe, perseguir tales conductas.

En consecuencia y coherentemente con estas aseveraciones, no es posible leer, sin sentir pesar, el contenido del artículo 510.2.b) CP. Este recoge una omisión cuanto menos llamativa: la ausencia en la redacción por parte del legislador penal, cuando se refiere a la justificación y enaltecimiento de cualquier delito cometido contra el sujeto pasivo (en el art. 510.2.b) CP) de elemento adicional alguno para que se aprecie el tipo. En definitiva con esta omisión el legislador admite que no es necesario que la “justificación” o el “enaltecimiento” constituya una incitación indirecta (o indirecta), de manera que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra el sujeto pasivo. Tal elemento sólo es contemplado como un tipo agravado de la conducta en el último inciso del artículo 510.2. b) CP.

De esta forma, el legislador penal, si no da un paso atrás, como mínimo pierde la oportunidad de avanzar. Es arriesgado y erróneo otorgar a la justificación, en todo caso posible y sin excepción, el carácter de reprobable penalmente. Se puede admitir que la justificación alberga una alta sospecha en sí misma de ser idónea para la incitación a la comisión de comportamientos lesivos hacia personas, grupos o bienes jurídicos, pero la previsión adicional del elemento adicional que acompaña al tipo penal del resto de apartados del 510 CP no sobraría ni constituiría un exceso de celo o prudencia en ningún caso. Al contrario, es absolutamente necesario.

UNDÉCIMA.- El ser humano, inconscientemente, sabe de su absoluta dignidad desde que nace: el bebé en su primigenia comprensión se sabe titular absoluto de todo derecho y bien que la vida puede darle, de manera que cualquier cosa que desee o necesite la solicita con convicción y de la manera que la naturaleza le permite. El bebé cuando reclama, llora y lo hace con total seguridad y persistente obstinación, sin dudar de su natural derecho a obtenerlo. Así debe ser: la dignidad es un concepto omnicomprensivo

que enlaza con todas las realizaciones del ser humano, más allá del conjunto de normas que ordena la convivencia y que constituye el Derecho. Es el origen fundamentador y legitimador de toda adopción jurídica, constituyendo una realidad polifacética que debe plasmarse en la mayor medida posible en el Derecho. En nuestras manos está el no desvirtuarlo sino positivarlo en toda su naturaleza jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALONSO MAS, M.J., “La solución justa en las resoluciones administrativas”, Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 1998.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N., “Hacia una teoría crítica de la dignidad humana”, Madrid, Universidad de Alcalá, 1999.
- ALZAGA, O. (dir.), “Comentario a las Leyes Políticas”, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- AMORÓS, J.J., “La libertad religiosa en la Constitución de 1978”, Tecnos, Madrid, 1982.
- APPLEBAUM, A., “Gulag: Historia de los campos de concentración soviéticos”, Debate, 2004.
- ARAGÓN REYES, M., “Constitución y Democracia”, Tecnos, Madrid, 1989.
- ARAGÓN REYES, M., “Temas básicos de Derecho Constitucional”, Civitas, Madrid, 2001.
- ARENDT, H., “Truth and Politics”, The New Yorker, 1967.
- ARENDT, H., “Verdad y mentira en la política”, Página indómita, Barcelona, 2017.

- ARISTÓTELES, “Acerca del alma”, Gredos, Madrid, 1994.
- ARISTÓTELES, “Partes de los animales”, Gredos, Madrid, 2000.
- ATIENZA, M. Y MANERO, J.R., “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Barcelona, Ariel, 1996.
- ARP, “Las Minorías nacionales y su protección en Europa”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- AA.VV., “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica”, Giuffrè, Milano, 1994.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “El derecho fundamental al honor”, Tecnos, Madrid, 1992.
- BALDASSARRE, A., “Diritti sociali”, en Enc. giur. (vol XI), Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.
- BARAK, A., “Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations”, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., y VVAA, “Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, Tecnos, Madrid, 2005.
- BAUMANN, K., “Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt? Zur Terrorismusbekämpfung durch “finalen Rettungsabs- chuß”, DÖV, 2004.
- BEATTY, D. M., “The Ultimate Rule of Law”, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- BECK, U. , “La sociedad del riesgo global”, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.
- BENDA, E., MAIHOFER, W., “Manual de Derecho Constitucional”, Madrid, 1996.
- BIONDI, V., “Ancora sul soggetto pasivo del delitto di diffamazione”, Giustizia Penale, 1953.
- BLANCH NOUGUÉS, “Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano”, Dykinson, Madrid, 2007.
- BOBBIO, N., “Introduzione alla filosofia del diritto”, G. Giappichelli Editore, Torino, 1948.
- BOBBIO, N., “Contribución a la teoría del Derecho”, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
- BOBBIO, N., “El tiempo de los derechos”, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

- BOBBIO, N., “El futuro de la democracia”, Ed. Fondo de Cultura Económica,, Colombia, 1992.
- BOBBIO, N., “Igualdad y libertad”, Ediciones Paidós, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., “Escritos sobre derechos fundamentales”, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Trotta, 2000.
- BOGNETTI, G., “The concept of human dignity in European and US constitutionalism”, en NOLTE (ed.), European and Us Constitutionalism, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- CAMPBELL, T., “La justicia. Los principales debates contemporáneos”, Barcelona, Gedisa, 2002.
- CASAS BAHAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, “Comentarios a la Constitución”, Fundación Wolters Kluwer, 2009.
- CASAS VALLÉS, R., “Honor, intimidad, e imagen. Su total en la LO 1/1982”, RJC, Número 2, 1989.
- CRUZ, LUIS M., “La Constitución como orden de valores”, Editorial Comares, Granada, 2005.
- CRUZ HERNANDEZ, M., “Francisco Brentano”, Ediciones Universidad Salamanca, 2000.
- CHUECA, R. (dir.) , “Dignidad humana y derecho fundamental”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- CHURCHLAND, P., “El cerebro moral. Lo que la neurociencia nos cuenta sobre la moralidad”, Paidós, Barcelona, 2012.
- DARWIN, C., “The Descent of Man”. Rand, McNally, Chicago, 1874.
- DE CASTRO, F., “Temas de Derecho Civil” , Madrid, 1970.
- DE CASTRO CID, B. Y MARTINEZ MORÁN, N., “18 Lecciones de Filosofía del Derecho”, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2004.
- DE LUCAS, J., “Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”, Consejo Editorial del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- DÍAZ BARRADO, C.M., “La Protección de las minorías Nacionales por el Consejo de Europa”, Editorial Edisofer, Madrid, 1999.

- DIAZ GARCIA, E., “Estado de Derecho y sociedad democrática”, Madrid, Taurus, 1988.
- DIEZ-PICAZO, L., “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, Ariel, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volúmen I, Tecnos, Madrid, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L., “Sistema de derechos fundamentales”, Civitas, Madrid, 2003.
- DÜRIG, G., “Kommentar zum GG, Art. 1”, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *GG Kommentar*, München, C.h. beck, 2004.
- DWORKIN, R.M. “La filosofía del Derecho”, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Barcelona, Ariel, 2002.
- DWORKIN, R., “Justicia para erizos”, Fondo de Cultura Económica, México.
- ENDERS, C., “Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG”, Tübingen, 1997.
- ESPANYOL VALL, R., “Breve Historia del Holocausto”, Madrid, 2011, Editorial Nowtilus S.A.
- ESTRADA ALONSO, E., “El derecho al honor en la LO 1/1982 de 5 de Mayo”, CIVITAS, 1988.
- FARIÑAS MATONI, L.M., “El derecho a la intimidad”, Trivium, 1983.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A., “Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación”, Madrid, Civitas, 1995.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed.), “The Spanish Constitution in the European Constitutional Context/La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo”, Madrid, Dykinson, 2003.
- FERRAJOLI, L., “Principia Iuris. Teoría de la democracia”, Tomo II, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FERRARA, F., “Teoría de las personas jurídicas”, Comares, 2006.
- FINNIS, J., “Fundamentals of Ethics”, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- FINNIS, J. , “Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth”, Washington D. C.: The Catholic University of America Press, 1991.
- FINNIS, J., “Absolutos morales”, Barcelona, 1992.

- FINNIS, J., “Aquinas. Moral, Political and Legal Theory”, Oxford, Oxford U.P., 1998.
- FINNIS, J., “Ley natural y derechos naturales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GAGNON, A.G, “Quebec y el federalismo canadiense”, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Civitas, Madrid, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso Derecho Administrativo I”, Civitas, Navarra, 2011.
- GARRIDO FALLA, F. (director), “Comentarios a la Constitución”, Tomo II, Editorial Civitas, 3ª Edición, Madrid. 2001.
- GAZZANIGA, M. S, “El cerebro ético”, Paidós, Barcelona, 2015.
- GEDDERT-STEINACHER, T., Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der ^[L]Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu Art. 1 Abs 1 GG, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.
- GEIGER, T., “Moral y derecho. Polémica con Uppsala”, Alfa, México, 1982.
- GEIGER, T., “Estudios preliminares de sociología del Derecho”, Editorial Comares, Granada, 2001.
- GOMES CANOTILHO, J.J., “Direito Constitucional”, 4º Edic., Almedina, Coimbra, 1986.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y MATA LLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La dignidad de la persona”, Madrid, Civitas, 1986.
- GORDON, M., “Assimilation in American Life”, Oxford University Press, New York, 1964.
- GREEN, T.H., “Lectures on the Principles of political Obligation”, Londres, 1941.
- GROCIO, H., “El derecho de la guerra y de la paz. Discursos preliminares”, Editorial Reus, Madrid, 1925.
- GRÖSCHNER, R., Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, Stuttgart, R. Boorberg, 1995.

- HÄBERLE, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft” en ISENSEE y KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland” Vol. I, 1987.
- HÄBERLE, P., “Pluralismo y Constitución”, Tecnos, Madrid, 2002.
- HABERMAS, J., “La inclusión del otro. Ensayos sobre teoría política”, Paidós, Barcelona, 1999.
- HART, H. L.A., “El concepto de Derecho”, Abeledo-Perrot, 1961.
- HAUSER, M.D., “La mente moral: como la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal”, Paidós, Barcelona, 2008.
- HERNÁNDEZ GIL, A., “El cambio político español y la Constitución”, Editorial Planeta, Barcelona, 1982.
- HERVADA, J., “Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho”, Pamplona, EUNSA, 2000.
- IBÁÑEZ FANÉS, J., ARIAS MALDONADO, M.; CAMPS, V., “En la era de la posverdad. 14 ensayos”, Calambur, Barcelona, 2017.
- IRVING, D., “El camino de la guerra”, Focal Point Publications, Londres, 1978.
- IHERING, “Espíritu del Derecho Romano”, Tomo IV, Comares, Granada, 1998.
- IRWING, D., “Hitler’s war: and ther war path”, Focal Point Publications, Londres, 1991.
- JIMENA QUESADA, L., “Dignidad humana y justicia universal en España”, Thomson Aranzadi, 2008.
- JIMENA QUESADA, L., “Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional”, Ed. S. Sanz Caballero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- KANT, EMMANUEL, “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, Ed. Encuentro”, Madrid, 2003.
- KANT, I., “Observaciones del sentimiento de lo bello y de lo sublime”, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- KEATING, M., “Nacionalismos contra el Estado: el nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia”, Ariel, Madrid, 1996.
- KELSEN, H., “Teoría pura del Derecho”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.

- KELSEN, H., “Esencia y valor de la democracia”, Editorial Guadarrama, Madrid, 1977.
- KERSTEN, J., “Die Tötung von Unbeteiligten. Zum verfassungsrechtlichen Grundkonflikt des § 14 III LuftSiG”, NVwZ, 2005.
- KEYES, R., “The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life”, St. Martin’s Press New York, 2004.
- KYMLICKA, W., “Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías”, Paidós, Barcelona, 1996.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal ”, Comares, 2001.
- LASARTE, C., “Compendio de Derecho de la persona y del patrimonio”, Dykinson, Madrid, 2016.
- LERNER N., “Group Rights and Discrimination in International Law”, International Studies in Human Rights, Vol. 15, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- LIPSTADT, D., “Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory”, New York, Plume, 1993.
- LUCAS VERDÚ, P., “La lucha por el Estado de Derecho”, Bolonia, Real Colegio de España, 1975.
- LUCAS VERDÚ, P., “Estimativa y política constitucionales”, Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984.
- LUCIANO PAREJO, Alfonso, “Estado social y Administración Pública”, Civitas, Madrid, 1983, pág. 71.
- MACTYRE, A., “Tras la virtud”, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1984.
- MCINTYRE, L., “Post-Truth”, The MIT Press, Cambridge, 2018.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “La Protección Internacional de las Minorías”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- MARTÍN HERRERA, D., “Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense”, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.
- MARTÍN MORALES, R., “El derecho fundamental al honor en la actividad política”, Universidad de Granada, 1994.
- MAUNZ-DÜRIG, “Grundgesetz Kommentar”, München, 2005.

- MOTILLA, A. "Sectas y Derecho en España", Edersa, Madrid, 1990.
- NIETO CANOVAS, C., "*Sociología*", Editorial Club Universitario, 2001.
- NIPPERDEY, H.C, "Die Würde des Menschen", en la edición de NEUMANN/NIPPERDEY/SChEUNER, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, vol. II, Berlín, Duncker & Humblot, 1954.
- NOVOA MONREAL, E., "Derecho a la vida privada y libertad de información", Siglo XXI, Madrid, 1989.
- NOZICK, R., "Philosophical explanations", Harvard University Press, 1981.
- NOZICK, R., "Meditaciones sobre la vida", Gedisa, Barcelona, 1989.
- OEHLING DE LOS REYES, A., "La dignidad de la persona", Dykinson, Madrid, 2010.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Derecho sindical español", 5ª Edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L., "Constitución y valores del ordenamiento", Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990
- PECES-BARBA MARTINEZ, G., "Los valores superiores", TECNOS, Madrid, 1986.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G., "Derecho y Derechos Fundamentales" , Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- PECES-BARBA, G., "Derechos fundamentales y principios de organización del poder" en "Homenaje al Profesor Antonio Fernández-Galiano", Madrid, UNED, 1995.
- PECES-BARBA, G., "La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho", Dykinson, Madrid, 2002.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La elaboración de la Constitución de 1978", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- PEREZ LUÑO, A. E., "Teoría del Derecho", Madrid, Tecnos, 2004.
- PEREZ LUÑO, A.E., "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Tecnos, Madrid, 2005.
- PÉREZ- MONEO AGAPITO, M., "La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas", Madrid, Lex Nova, 2007.
- PÉREZ ROYO, J., "*Curso de Derecho Constitucional*", Marcial Pons, Madrid, 1995.

- PETERS, M.A., RIDER, S., HYVÖNEN, M., BESLEY, T., “Post-Truth, Fake News. Viral Modernity and Higher Education”, Springer, Londres, 2018.
- PETTITI, Louis-Edmond (Director), “La Convention Européenne des droits de l’Homme. Commentaire article par article”, Economica, 1999.
- PINKER, S., [SEP] “La tabla rasa. La negación moderna de la naturaleza humana”, Paidós, Barcelona, 2005.
- PISANTY, V., “L irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo”, Bompiani, Milano, 1998.
- PIZZORUSSO, A., “Minoranze e maggioranze”, Einaudi, Torino, 1993.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Ideología e interpretación jurídica”, Madrid, Tecnos, 1987.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa”, Cuenca, 1996.
- PLATÓN, “La República”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) /MORALES PRATS, F. (coord.), “Comentarios al nuevo Código penal”, 4ª ed., Ed. Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), “Comentario a la reforma penal de 2015”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- RADBRUCH, G., “Relativismo y derecho”, Temis, Bogotá, 1999.
- RAZ, J., “The Morality of Freedom”, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- REBOLLO DELGADO, L., “Límites a la libertad de comunicación pública”, Dykinson, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, R., “Máscaras de la mentira. El nuevo desorden de la posverdad”, Valencia, Pre-textos, 2018.
- RODRIGUEZ GUTIÁN, A.M., “El derecho al honor de las personas jurídicas”, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996.
- RODRIGUEZ JIMÉNEZ, J.L., “El debate en torno a David Irving y el negacionismo del Holocausto”, Cuadernos de Historia contemporánea, 2000, nº 22.

- RODRÍGUEZ PALOP, M.A., TORNOS A., “Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.
- ROSADO IGLESIAS, G., “La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica”, Tirant Lo Blanch, 2004.
- ROUSSEAU, “El contrato social”, Austral, Madrid, 2011.
- RUBIO-CARRACEDO, J., “Ciudadanía compleja y democracia”, Suplemento I de “Contrastes”, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución española y las fuentes del derecho”, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- RUBIO LLORENTE, F., “Derechos fundamentales y principios constitucionales”, Barcelona, Ariel, 1995.
- SALVADOR CODERCH, P., “El mercado de las ideas”, Centro de Estudios Constitucionales, MADRID, 1990.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUM, M., “Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional”, (Varios autores), Tecnos.
- SANTAMARÍA IBEAS, J.J., “Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Dykinson, 1997.
- SAPIR, E., “Culture, Language and Personality”, The regents of the University of California, 1949.
- SAVIGNY, F.C., “Sistema de Derecho Romano actual”, Comares, Madrid, 2005.
- SAYAGO ARMAS, D., “TÚ. Pasos sencillos para conseguir todo lo que desees”, Ediciones Amatista, Madrid, 2017.
- SEARLE, J., “Actos de habla”, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994.
- SCHLINK, B., “Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes”, Berlin, 2002.
- SKINNER, Q., “Lenguaje, política e historia”, Universidad Nacional de Quilmes, 2007.
- SORIANO, R., “Los derechos de las minorías”, MAD, Sevilla, 1999.
- SOUTO PAZ, J.A., “Comunidad política y libertad de creencias”, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- STARCK, C., “Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán” en AIJC, CEPC, Madrid, 2005.

- STERN, K., SACHS, M., “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, Vol. II-I/I, Munich, 1988.
- TAYLOR, CH., “Multiculturalismo. La política del reconocimiento”, Anabasi, Milán, 1993.
- TAYLOR, CH., “Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad”, Paidós, Barcelona, 1997.
- TORRES DEL MORAL, A., “Principios de Derecho Constitucional Español”, TOMO I, UCM, Madrid, 2010.
- TORRES DEL MORAL, A., “Estado de Derecho y democracia de partidos. Una teoría del Estado constitucional contemporáneo”, Editorial Universitas, 5ª Edición, 2015.
- TORRES DEL MORAL, A., “Libertades Informativas”, Madrid, Colex, 2009.
- VALCÁRCEL, A., “Ética para un mundo global. Temas de Hoy”, Madrid, 2002.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., “El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982”, Madrid, Montecorvo, 1984.
- VIDAL NAQUEL, P., “Los asesinos de la memoria”, Siglo XXI Editores, 1994.
- VON BEYME, K., “Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, eine Einführung, München”, R. Piper & Co. Verlag, 1979.
- VVAA, “Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto”, Barcelona, ESADE, 1999.
- VVAA, “La discriminación positiva”, Manuales de Formación Continuada 35, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- VVAA, “Derecho y minorías”, UNED, Madrid, 2014.
- WITTGENSTEIN, L., “Tractatus lógico-philosophicus”, Alianza, Madrid, 1999.
- WATTS, R. L., “Sistemas Federales Comparados”, España, Marcial Pons, 2006.
- WHORF, B. L., “Language, thought, and reality”, The M.I.T. Press. Massachusetts institute of technology. Cambridge, Massachusetts, 1956.
- WOLFE, A. (VV. AA.), “Libéralisme et sociologie: la difficile Alliance”, en “Les formes modernes de la démocratie”, Paris-Montréal, L'Harmattan-Presses de L'Université de Montréal, 1992.

SENTENCIAS

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
- STEDH de 8 de junio de 1976, Asunto Engel y otros contra Holanda
- STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido^[1]_[SEP]
- STEDH de 26 de abril de 1979, asunto Sunday Times contra Reino Unido
- STEDH de 25 de marzo de 1985, asunto Barthold contra Alemania
- STEDH de 8 de julio de 1986, caso Lingens contra Austria^[1]_[SEP]
- STEDH de 24 de mayo de 1988, asunto Müller y otros contra Suiza
- STEDH de 28 de marzo de 1990, Asunto Groppera Radio y otros contra Suiza
- STEDH de 22 de mayo de 1990, Asunto Autronic AG contra Suiza
- STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells contra España^[1]_[SEP]
- STEDH de 29 de octubre de 1992, Asunto Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda
- STEDH de 24 de noviembre de 1993, asunto Informationsverein Lentia y otros contra Austria
- STEDH de 24 de febrero de 1994, asunto Casado Coca contra España
- STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso Otto\Preminger\Institut contra Austria^[1]_[SEP]

- STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild contra Dinamarca ^[L]_[SEP]
- STEDH de 27 de abril de 1995, asunto Piermont contra Francia
- STEDH de 26 de Abril de 1995, asunto Prager y Oberschlick contra Austria
- STEDH de 26 de septiembre de 1995, asunto Vogt contra Alemania
- STEDH de 27 de marzo de 1996, asunto Goodwin contra el Reino Unido
- STEDH de 25 de noviembre 1996, asunto Wingrove contra Reino Unido
- STEDH de 24 de Febrero de 1997, asunto De Haes et Gijssels contra Bélgica
- STEDH de 29 de Agosto de 1997, asunto Worm contra Austria
- STEDH de 25 de noviembre de 1997, asunto Grigoriades contra Grecia.
- STEDH de 20 de octubre de 1997, asunto Radio ABC contra Austria ^[L]_[SEP]
- STEDH de 30 de enero de 1998, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía ^[L]_[SEP]
- STEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista contra Turquía
- STEDH de 20 de mayo de 1998, asunto Schöpfer contra Suiza
- STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto Lehideux y Isorni contra Francia
- STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto Rekvenyi contra Hungría
- STEDH de 8 de julio de 1999, caso Gerger contra Turquía
- STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek y Özdemir contra Turquía ^[L]_[SEP]
- STEDH de 9 de julio de 1999, caso Sürek contra Turquía
- STEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto Buscemi contra Italia ^[L]_[SEP]
- STEDH de 28 de octubre de 1999, asunto Wille contra Liechtenstein
- STEDH de 18 de enero de 2001, asunto Chapman contra United Kingdom
- STEDH de 13 febrero 2003, asunto Refah Partisi y otros contra Turquía
- Decisión del TEDH (Sección 4a) de 24 de junio de 2003, sobre la admisibilidad del caso Roger Garaudy contra Francia
- STEDH de 4 diciembre 2003, asunto Müslüm Gündüz contra Turquía

- STEDH (Sección 2a) de 29 de junio de 2004, caso Chauvy y otros contra Francia
- STEDH (Sección 5a) de 30 de junio de 2009, caso Herri Batasuna contra España
- STEDH (Sección 2a) de 16 de julio de 2009, caso Féret contra Bélgica
- STEDH (Sección 3a) de 5 de marzo de 2013, asunto Varela Geis contra España
- STEDH (Sección 2a) de 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek contra Suiza

▪ **Sentencias del Tribunal Constitucional**

- STC 9/1981, de 31 de marzo
- STC 11/1981, de 8 de abril
- STC 18/1981, de 8 de junio
- STC 22/1981, de 2 de julio
- STC 21/1981, de 15 de junio
- STC 25/1981, de 14 de julio
- STC 27/1981, de 20 de julio
- STC 2/1982, de 29 de enero
- STC 24/1982, de 13 de mayo
- STC 42/1982, de 5 de julio
- STC 47/1982, de 5 de julio
- STC 53/1982, de 22 de julio
- STC 65/1982, de 10 de noviembre
- STC 70/1982, de 29 de noviembre
- STC 80/1982, de 20 de diciembre

- STC 3/1983, de 25 de enero
- STC 5/1983, de 4 de febrero
- STC 19/1983, de 14 de marzo
- STC 23/1983, de 25 de marzo
- STC 37/1983, de 15 de mayo
- STC 53/1983, de 20 de junio
- STC 82/1983, de 14 de marzo
- STC 91/1983, de 7 de noviembre
- STC 118/1983, de 13 de diciembre
- STC 22/1984, de 27 de febrero
- STC 31/1984, de 7 de marzo
- STC 45/1984, de 27 de marzo
- STC 51/1984, de 25 de abril
- STC 107/1984, de 23 de noviembre
- STC 53/1985, de 11 de abril
- STC 74/1985, de 18 de junio
- STC 95/1985, de 29 de julio
- STC 98/1985, de 29 de julio
- STC 137/1985, de 17 de octubre
- STC 139/1985, de 27 de febrero
- STC 141/1985, de 22 de octubre
- STC 15/1986, de 31 de enero
- STC 39/1986, de 31 de marzo
- STC 43/1986, de 15 de abril
- STC 64/1986, de 21 de mayo

- STC 82/1986, de 26 de junio
- STC 84/1986, de 26 de junio
- STC 85/1986, de 25 de Junio
- STC 2/1987, de 21 de enero
- STC 63/1987, de 20 de mayo
- STC 99/1987, de 11 de junio
- STC 101/1987, de 15 de junio
- STC 115/1987, de 7 de julio
- STC 144/1987, de 23 de septiembre
- STC 199/1987, de 16 de diciembre
- STC 9/1988, de 25 de enero
- STC 51/1988, de 22 de marzo
- STC 64/1988, de 12 de abril
- STC 106/1988, de 20 de enero
- STC 107/1988, de 8 de junio
- STC 197/1988, de 24 de octubre
- STC 227/1988, de 29 de noviembre
- STC 231/1988, de 2 de diciembre
- STC 257/1988, de 22 de diciembre
- STC 123/1989, de 6 de julio
- STC 127/1989, de 13 de julio
- STC 185/1989, de 13 de noviembre
- STC 208/1989, de 14 de diciembre
- STC 237/1989, de 2 de febrero
- STC 20/1990, de 15 de febrero

- STC 25/1990, de 19 de Febrero
- STC 32/1990 de 25 de enero
- STC 46/1990, de 15 de marzo
- STC 120/1990, de 27 de junio
- STC 150/1990, de 4 de octubre
- STC 130/1991, de 6 de junio
- STC 160/1991, de 18 de julio
- STC 197/1991, de 17 de octubre
- STC 214/1991, de 11 de diciembre
- STC 11/1992, de 27 de enero
- STC 20/1992, de 14 de febrero
- STC 25/1992, de 24 de febrero
- STC 40/1992, de 30 de marzo
- STC 52/1992, de 18 de febrero
- STC 85/1992, de 8 de junio
- STC 222/1992, de 11 de diciembre
- STC 223/1992, de 14 de diciembre
- STC 241/1992, de 21 diciembre
- STC 31/1993, de 26 de enero
- STC 100/1993, de 22 de marzo
- STC 142/1993, de 22 de abril
- STC 16/1994, de 20 de enero
- STC 57/1994, de 28 de febrero
- STC 337/1994, de 23 de diciembre
- STC 50/1995, de 23 de febrero

- STC 79/1995, de 22 de mayo
- STC 91/1995, de 19 de junio
- STC 102/1995, de 26 de junio
- STC 113/1995, de 6 de julio
- STC 129/1995, de 11 de septiembre
- STC 139/1995, de 26 de septiembre
- STC 176/1995, de 11 de diciembre
- STC 183/1995, de 17 de julio
- STC 13/1996, de 29 de enero
- STC 136/1996, de 23 de julio
- STC 190/1996, de 25 de noviembre
- STC 211/1996, de 17 de diciembre
- STC 117/1998, de 18 de junio
- STC 69/1999, de 26 de abril
- STC 116/1999, de 17 de julio
- STC 136/1999, de 20 de julio
- STC 224/1999, de 13 de diciembre
- STC 11/2000, de 17 de enero
- STC 91/2000, de 30 de marzo
- STC 147/2000, de 29 de mayo
- STC 237/2000, de 16 de octubre
- STC 13/2001, de 29 de enero
- STC 49/2001, de 26 de febrero
- STC 81/2001, de 26 de marzo
- STC 121/2001, de 4 de Junio

- STC 129/2001, de 4 de junio
- STC 156/2001, de 2 de julio
- STC 139/2001, de 18 de junio
- STC 175/2001, de 16 de julio
- STC 200/2001, de 4 de octubre
- STC 204/2001, de 15 de octubre
- STC 240/2001, de 18 de diciembre
- STC 20/2002, de 28 de enero
- STC 46/2002, de 25 de febrero
- STC 154/2002, de 18 de julio
- STC 14/2003, de 28 de enero
- STC 48/2003, de 12 de marzo
- STC 160/2003, de 15 de septiembre
- STC 43/2004, de 23 de marzo
- STC 101/2004, de 2 de junio
- STC 174/2006, de 5 de junio
- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- STC 34/2008, de 25 de febrero
- STC 123/2008, de 20 de octubre
- STC 63/2010, de 18 de octubre

▪ **Sentencias del Tribunal Supremo**

SEP

- STS de 28 de Febrero de 1959
- STS de 29 de Junio de 1987 (STS 4518/1987)
- STS de 22 de Octubre de 1987

- STS de 5 de diciembre de 1988
- STS de 24 de febrero de 2005 (STS 234/2005)

▪ **Otra jurisprudencia española**

- Auto del Tribunal Constitucional 272/1985 de 24 de abril
- Sentencia de 16 de junio de 1986, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid.
- Sentencia de 9 de febrero de 1988, de la extinta Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid de 16 de junio de 1986
- Auto del Tribunal Constitucional 349/1988 de 16 de marzo
- Sentencia de la Audiencia Territorial de Murcia de 31 de enero de 1989
- Auto del Tribunal Constitucional 171/1989 de 3 de abril
- Auto del Tribunal Constitucional 198/1991 de 1 de julio
- Auto del Tribunal Constitucional 58/1992 de 2 de marzo
- Auto del Tribunal Constitucional 223/1993 de 9 de julio
- Auto del Tribunal Constitucional 333/1993 de 10 de noviembre
- Sentencia Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998, caso Varela (Europa I)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 9 de junio de 1999, caso Varela (Europa I)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) de 14 de septiembre de 2000, caso Varela (Europa I)
- Auto del Juzgado de instrucción nº 33 de Barcelona de 9 de abril de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008, caso Varela (Europa I) ^[1] _[SÉP]
- Sentencia del Juzgado Penal de Barcelona no 11, de 5 de marzo de 2010, caso Librería Europa II ^[1] _[SÉP]

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) de 26 de abril de 2010, caso Librería Europa II ^[1]_{SEP}
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª) n. 892/2009, de 7 de octubre, caso Librería Kalki

▪ **CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS**

- Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919) ^[1]_{SEP}
- Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) ^[1]_{SEP}
- N. York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964) ^[1]_{SEP}
- Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) ^[1]_{SEP}
- Richmond v. AJ Croson, 488 U.S. 469 (1989)
- Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)

PUBLICACIONES EN REVISTAS

- AHMED, T., “The Treaty of Lisbon and Beyond: The Evolution of EU Minority Protection?”, *European Law Review*, Vol. 38, nº1, 2013.
- ALEINIKOFF, T.A., “Constitutional Law in the age of balancing”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, nº 5, April 1987.
- ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril 2011.
- ARA PINILLA, I., “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2004.
- ARAGÓN, M., “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *Claves de Razón Práctica* n.º 112, 2001.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015”, *InDret*, 2016.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Político*, (Nº 71-72), enero-agosto 2008.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 85, enero- abril 2009.

- CATALÁ I BAS, A.H., “Libertad de expresión e información: La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional: Hacia un Derecho Europeo de los derechos humanos”, Revista General de Derecho, Valencia, 2001.
- COHEN-ELIYA, M., PORAT, I., “Proportionality and the Culture of Justification”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 59, Nº 2, 2011.
- CORTINA, A., “Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?”, Isegoría, nº 25, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “¿Puede el estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea.”, Revista De administración Pública, nº 170, mayo/agosto, 2006.
- DWORKIN, R., “La justicia para erizos a debate”, Lecciones y Ensayos, Nº. 94, 2015.
- DE LUCAS, J., “La tolerancia como respuesta a las demandas” de las minorías culturales”, en “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, nº5, 1995.
- DE VERGOTTINI, G., “La Constitución económica italiana: pasado y actualidad”, en “Teoría y Realidad Constitucional”, UNED, número 29, 2012.
- DÍAZ LEMA, J.M., “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, Revista de Administración Pública, nº 120, Septiembre-Diciembre.
- FERRAJOLI, L., “Principia Iuris. Una discusión teórica”, DOXA.Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31, 2008.
- FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTI CARBONEL, C., "Los valores y principios en la interpretación constitucional", REDC, año 12, núm. 35, mayo-agosto de 1995, pp. 98 y 99.
- FRONZA, E., “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria.”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3º Época, nº 5, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo”, Revista Anuario de Derechos Humanos, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, Revista de Administración Pública, nº 129, septiembre-diciembre 1992.
- GARCÍA SERRANO, F.A., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, Anuario de Derecho Civil”, 1972.

- GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el Nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexist”, RECPC 18-20 (2016).
- GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, Número 65, mayo-agosto 2002.
- GOROVTSSEFF, “La lutte autor de la notion de sujet de droit”, en la Revue trimestrielle de droit civil, año 1926.
- HARRIS, O’BOYLE, BUCKLEY, “Law of the European Convention on Human Rights”, Oxford, 2009.
- HOFMANN, H., “Die versprochene Menschenwürde”, Archiv des öffentlichen Rechts, 1993.
- JIMENA QUESADA, L., “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2010”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Segundo Semestre 2010.
- JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el Sistema Internacional De Derechos Humanos y en los Ordenamientos Nacionales”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Primer semestre 2015.
- JIMENA QUESADA, L., “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Segundo Semestre 2017.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador” en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 9, 1983.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La Carta Social Europea (revisada): entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, Revista electrónica de estudios internacionales, nº 17, 2009.
- KLOEPFER, M., “Humangentechnik als Verfassungsfrage”, JuristenZeitung 57, Jahrg., Nr. 9.
- LANDA GOROSTIZA, J-M., “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, n.º 7 (enero de 2012).
- LERNER N., “Group Rights and Discrimination in International Law”, International Studies in Human Rights, Vol. 15, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991

- LUCAS VERDÚ, P., “El ciudadano y las instituciones: Rasgos generales del sistema español desde la perspectiva comparada”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 15 (1989).
- LUTHER, J., “Razonabilidad y dignidad humana”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 7, 2007.
- LUTHER, J., “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, (2008), Accesible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm>.
- MALINVERNI, G., “Le projet de convention pour la protection des minorities élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit”, RUDH, 1991.
- MAYR, E., “¿Puede la evolución explicar la ética?”, Ars Médica. Revista de Humanidades, 2008, vol. 7.
- McDONALD, M., “Should Communities have rights? Reflections on Liberal Individualism”, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 4, nº 2, 1991.
- MILTON, J., “Aeropagítica”, Torres Goyanes, Madrid, 2001.
- OTTO, I. DE, “Comentario al libro “La Constitución española de 1978. Estudio sistemático”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº1, enero-abril de 1981.
- PATT A., ZECKHAUSER R., “Action Bias and Environmental Decisions”, Journal of Risk and Uncertainty, 2000.
- PECES-BARBA, G. “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, Revista de las Cortes Generales. núm. 1, primer trimestre de 1984, pp. 35 y ss.).
- PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Reflejos del pasado en la gestión de la realidad islámica española contemporánea” en E-legal History Review, nº 9.
- PRIETO SANCHÍS, L.,, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, Revista Poder Judicial, nº 11, 1984, pág. 86.
- RAZ, J., “Rights and individual Well-being”, Ratio Juris, vol. 5 nº 2, Julio 1992.
- RITOV, I., BARON, J., “Reluctance to vaccinate: Omission bias and ambiguity”, Journal of Behavioral Decision Making 3, 1990.
- RODRIGUEZ COLLAO, L., “Honor y dignidad de la persona”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1999.

- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la Reforma Penal de 2015”, UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, n.o 12.
- ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones Iberoamericanas”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº 6, Enero/Diciembre, 2002.
- RUGGERI, A. y SPADARO, A., “Dignità e giurisprudenza costituzionale pri e notazioni”, en Politica del diritto , 1991.
- RUGGERI, A., “Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo il diritto costituzionale”, en www.rivistaaic.it, nº 1/2011 (5 diciembre 2010).
- RUGGERI, A. “Dignità versus vita?”, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011 (29 Marzo de 2011).
- RUIZ VIEYTEZ, E., “La Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias en su veinte aniversario: balance y retos de futuro”, Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, nº. 69, 2018.
- RUMMEL, R.J., “The Holocaust in Comparative and Historical Perspective. A Journal Social Issues”, 2008, Vol. 3 (nº2).
- SILVESTRE, G., “Considerazione sul valore costituzionale della dignità umana”, en www.associazionedeicostituzionaliti.it
- SOLAR CAYÓN, J. I., “Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, nº15, 2007.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, en Revista de Estudios políticos, nº 105, Madrid, 1999.
- STONE SWEET, A.; MATHEWS, J., “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2008.
- TAVERNIER, P., “A propos de la convention-cadre du Conseil de l’Europe pour la protection des minorités nationales”, RGDIP (Revue générale de droit international public) , 1995.
- TORRES DEL MORAL, A., “La interpretación teleológica de la Constitución”, en “Revista de Derecho Político”, nº 63, Madrid, 2005.
- TORRES DEL MORAL, A., “ Terrorismo y principio democrático”, en “Revista de Derecho Político”, UNED, Madrid, 2010.
- VAN DYKE, V., “Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic thought”, Journal of Politics 44, 1982.

- VIDAL MARÍN, T., “El derecho al honor”, Revista para el análisis del Derecho, www. Indret.com, Barcelona, 2007.
- VON MÜNCH, I., “La dignidad del hombre en el Derecho constitucional”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, núm. 5, 1982, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982.

PÁGINAS WEB:

- ALVAREZ, S., "La interpretación contextualizada de los derechos humanos: multiculturalismo, cosmopolitismo y pluralismo de valores", http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia36/Isono_362.pdf.
- MORA, J.E., en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/5545/1/JOSE%20ENRIQUE%20MORA.pdf>
- TROPER, M., “*Derecho y negacionismo: la Ley Gayssot y la Constitución*” y que he podido encontrar en la siguiente dirección: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0101110957A>
- http://www.upyd.es/contenidos/noticias/318/100021-UPyD_pide_tipificar_como_delito_el_negacionismo_para_evitar_que_se_reintepreten_los_crmenes_de_ETA_y_el_franquismo:

- http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF