

RAFAEL PALOMINO LOZANO

BELÉN RODRIGO LARA

(COORDINADORES)

CULTURA, IDENTIDAD,  
RELIGIÓN Y DERECHO:  
UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

LIRCE - INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD Y LA IDENTIDAD RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

CULTURA, IDENTIDAD,  
RELIGIÓN Y DERECHO:  
UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

# CULTURA, IDENTIDAD, RELIGIÓN Y DERECHO: UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

COORDINADORES

Rafael Palomino Lozano

Belén Rodrigo Lara

AUTORES

María Teresa Alcolado Chico, María José Castañón Álvarez,  
Jorge García Ocón, María Teresa García-Berrio Hernández,  
María Goñi Rodríguez de Almeida, María Lacalle Noriega,  
Santiago Leyra Curiá, María Araceli Oñate Cantero,  
Roxana Paola Miranda Torres, Paz Molero Hernández,  
Juan Palao Uceda, Rafael Palomino Lozano,  
Belén Rodrigo Lara, Lorena Velasco Guerrero

LIRCE - INSTITUTO PARA EL ANÁLISIS DE LA LIBERTAD Y LA IDENTIDAD  
RELIGIOSA, CULTURAL Y ÉTICA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2023

Primera edición: mayo de 2023

Con la colaboración y patrocinio de:

ICLARS - International Consortium for Law and Religion Studies  
Proyecto “Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa” - Real Academia de  
Jurisprudencia y Legislación de España.  
Proyecto HUDISOC - Ministerio de Ciencia e Innovación  
Grupo de investigación REDESOC (Religión, derecho y sociedad) - Universidad Complutense



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© LIRCE - Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética  
© Para esta edición. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2023

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

Papel: 090-23-084-5

En línea, PDF: 090-23-085-0

En línea, ePUB: 090-23-086-6

ISBN: 978-84-340-2930-9

Depósito legal: M-16302-2023

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## ÍNDICE GENERAL

	Páginas
Participantes .....	9
Presentación. Rafael Palomino Lozano, Belén Rodrigo Lara (coords.) .....	13
 <b>Primera Parte: Lenguaje y respeto del pluralismo cultural y religioso</b>	
1. Belén Rodrigo Lara, <i>Lenguaje e intención comunicativa: la interacción entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i> .....	19
2. Santiago Leyra Curiá, <i>El uso del lenguaje en las batallas culturales y legislativas de nuestra época</i> .....	43
3. Jorge García Ocón, <i>La Iglesia católica y el nuevo imaginario colectivo liberal en el ámbito de la educación (1868-1939): debate entre lo supuestamente antiguo y lo supuestamente nuevo</i> .....	59
 <b>Segunda Parte: Las minorías religiosas en las democracias contemporáneas</b>	
4. María Teresa García-Berrio Hernández, <i>Liberalismo y religión en la formación de identidades transculturales modernas</i> .....	75
5. Paz Molero Hernández, <i>Minorías musulmanas en democracias liberales</i> ..	101
6. María Teresa Alcolado Chico, <i>Religión, trata e internet</i> .....	115
7. María Araceli Oñate Cantero, <i>Señalar para excluir, un modelo eficaz para la restricción de la libertad de conciencia</i> .....	137
8. Roxana Paola Miranda Torres, <i>Pluralismo religioso y Estado de Derecho en México</i> .....	159
 <b>Tercera Parte: Antropología subyacente a leyes españolas de elevada relevancia ética</b>	
9. María Goñi Rodríguez de Almeida, <i>La persona en el Derecho civil: revisión antropológica desde sus orígenes a las leyes más recientes</i> .....	177
10. María Lacalle Noriega, <i>La antropología subyacente en las leyes LGTBI: génesis y evolución del principio de autodeterminación de género</i> .....	201

	<u>Páginas</u>
11. María José Castañón Álvarez, <i>Análisis jurídico de los principales aspectos de la Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia</i> .....	235
12. Lorena Velasco Guerrero, <i>Revisión crítica de la antropología subyacente a la reciente normativa española: Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente</i> .....	253
13. Juan Palao Uceda, <i>La lógica del don y la Ley 5/2021 de modificación del Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital</i> .....	275

## **PARTICIPANTES**

**María Teresa Alcolado Chico** (alcolado@icam.es)

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesora de Derecho Internacional Privado en Universidad CUNEF y en el Centro de Estudios Superiores Cardenal Cisneros, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, Profesora de la Escuela de negocios ESERP, adscrita a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Profesora invitada en la Universidad de Coimbra. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y abogada en ejercicio.

**María José Castañón Álvarez** (mj.castanon.prof@ufv.es)

Licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra. Doctora en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora acreditada como Contratada Doctora por la ANECA. Profesora Contratada Doctora de la Universidad Francisco de Vitoria. Ha centrado su actividad docente e investigadora en el Derecho Penal, impartiendo las asignaturas correspondientes a esta rama del Derecho y publicando diversas obras, capítulos y artículos científicos sobre esta materia, con especial dedicación a la criminalidad organizada, los delitos de terrorismo y la victimología, también ha participado en diversos proyectos de investigación en materia de innovación docente.

**Jorge García Ocón** (jgarcia@villanueva.edu)

Profesor en la Universidad Villanueva, es doctor en Historia Contemporánea por la Universidad Complutense de Madrid, acreditado Ayudante Doctor (ANECA). Director del Máster en Formación del Profesorado. Ha dedicado su labor investigadora principalmente a la misión educativa de la Compañía de Jesús, tanto en su dimensión escolar como en sus asociaciones seculares, las Congregaciones Marianas. Entre sus obras destaca la edición crítica de las Obras completas de Pedro Legaria Armendáriz, publicadas por la Biblioteca de Autores Cristianos.

**María Teresa García-Berrio Hernández** (teresag-berrio@der.ucm.es)

Profesora Titular de Universidad de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. En su calidad de *Visiting Researcher*, la profesora García-Berrio ha desempeñado numerosas colaboraciones académicas y docentes en destacadas Universidades norteamericanas y europeas. Es autora de una decena de monografías y de publicaciones en revistas científicas de impacto en áreas multidisciplinares de las Ciencias sociales y Humanidades que comprenden los Estudios de género, Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia, Sociología jurídica, Teoría de la Literatura y Estudios culturales, Protección de datos, Estética contemporánea y Derecho cultural.

**María Goñi Rodríguez de Almeida** (maria.goni@ufv.es)

Profesora titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, dedicada a la investigación en Derecho civil, con especial atención al derecho inmobiliario registral. Autora de más de cien artículos científicos, así como de diversas publicaciones colectivas y monografías. Conferenciante en foros especializados en Derecho civil. Es miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y del Comité editorial de la editorial Universidad Francisco de Victoria. Ha sido directora de la Revista Internacional Jurídica y Empresarial.

**María Lacalle Noriega** (m.lacalle.prof@ufv.es)

Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Francisco de Vitoria, donde es Vicerrectora de Profesorado y Ordenación Académica y dirige el Instituto Razón Abierta, cuyo objeto es impulsar el diálogo entre las distintas ciencias y la filosofía y la teología, y el Centro de Estudios de la Familia. Sus líneas de investigación se despliegan en torno a la familia y la vida, los derechos humanos y la enseñanza universitaria desde una razón abierta.

**Santiago Leyra Curiá** (santiago.leyra@villanueva.edu)

Doctor en Derecho Eclesiástico del Estado por la Universidad Complutense de Madrid, donde inicialmente se licenció en Derecho. Es académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Autor de varios libros especializados y artículos científicos en la Revista General de Derecho Eclesiástico del Estado y en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Colabora en diversos de medios de comunicación españoles (ABC, Revista Omnes, Agencia Aceprensa).

## PARTICIPANTES

### **María Araceli Oñate Cantero** (maonate@ucm.es)

Doctora en Derecho Eclesiástico del Estado por la Universidad Complutense de Madrid. Promotora del Instituto de Innovación Educativa y Desarrollo Directivo. Especialista en análisis y prevención de la violencia escolar y del acoso psicológico laboral. Jefe del Proyecto Cisneros y profesora universitaria de Comunicación. Consultora especialista en riesgos laborales psicosociales.

### **Roxana Paola Miranda Torres** (rmiranda@up.edu.mx)

Abogada, especialista en Antropología y Ética, y doctora en Derecho. Ha publicado diversos libros, entre los que destacan: *La Nomología de las Comunidades Precuahtemecas en México: siglos XV-XXI*; *Los pueblos originarios en Latinoamérica y el Derecho Humano a la Propiedad*; *El pluriverso jurídico en el constitucionalismo mexicano*. Es profesora e investigadora de tiempo completo en la Universidad Panamericana Guadalajara, México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

### **Paz Molero Hernández** (paz.molero@unir.net)

Licenciada en Filosofía y en Teología. Premio extraordinario de Licenciatura en la Universidad de Navarra. Doctora por la misma universidad con la tesis «El concepto de justicia social en F. A Hayek». Profesora Contratada Doctora por la ANECA. Profesora de universidad desde hace más de 20 años, especializada en temas de Filosofía Moral y Política. Directora de Desarrollo del Profesorado de la UNIR (2020-2022), actualmente Adjunta al Vicerrectorado de Desarrollo e Impacto Económico y Social de esta Universidad. Profesor asociado al Centro de Investigación *Market, Culture and Ethics* de la Universidad de la Santa Cruz (Roma, Italia).

### **Juan Palao Uceda** (j.palao.prof@ufv.es)

Doctor Europeo en Derecho por la Universidad CEU San Pablo, Master en Humanidades por la Universidad Francisco de Victoria y Master en Psicología de la Familia en el Pontificio Instituto Juan Pablo II. Profesor Contratado Doctor de Teoría del Derecho y Derecho Mercantil en la Universidad Francisco de Vitoria. Autor de artículos de libros y revistas sobre Derecho Mercantil desde una aproximación humanística.

### **Rafael Palomino Lozano** (rafaelpalomino@ucm.es)

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense. Miembro extraordinario del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa. Subdirector de la Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. Autor

de 11 monografías jurídicas entre las que podría destacarse: «Religión y Derecho Comparado» (2007), por la que recibió el premio internacional Arturo Carlo Jemolo en 2008, «Neutralidad del Estado y espacio público» (2014), «Religión y espacio público. Los símbolos religiosos ante el derecho» (2016), «Derecho y Religiones» (2022). Autor igualmente de 28 contribuciones a obras colectivas y 50 artículos científicos.

**Belén Rodrigo Lara** (maria.rodrigolar@ceu.es)

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, profesora y responsable del área del Derecho Eclesiástico del Estado en Universidad San Pablo CEU (Madrid). Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Actividad investigadora centrada en la libertad religiosa, menores de edad, así como en la neutralidad ideológica-religiosa del Estado. En los últimos trabajos también se ha centrado en la cooperación con las confesiones religiosas durante la pandemia por Covid-19 y en la interacción de los derechos de libertad de expresión, libertad religiosa y autonomía de las confesiones religiosas.

**Lorena Velasco Guerrero** (lorena.velasco@ufv.es)

Licenciada en Derecho y Dirección y Administración de Empresas. Es Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora en la Universidad Francisco de Vitoria desde el año 2015. Su docencia e investigación se centran en el Derecho Constitucional, en el área de los Derechos Humanos y Fundamentales, así como en la Escuela de Salamanca.

## PRESENTACIÓN

Este volumen colectivo tiene su origen en algunas ponencias presentadas en el Sexto Congreso del ICLARS (*International Consortium for Law and Religion Studies*) celebrado en Córdoba (España), del 19 al 21 de septiembre de 2022. El Congreso fue organizado por LIRCE (Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética), que actuó en colaboración y con el patrocinio del Proyecto «Consciencia, Espiritualidad y Libertad Religiosa» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, de la Universidad de Córdoba, de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA), del grupo de investigación REDESOC (Religión, derecho y sociedad) de la Universidad Complutense y del Proyecto de investigación HUDISOC (PID2019-106005GB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación. El Presidente del Comité Organizador del congreso fue el profesor Javier Martínez-Torrón, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y actual Presidente del Comité Directivo del ICLARS.

El Congreso reunió a cerca de quinientos congresistas procedentes de los cinco continentes en torno al tema *Dignidad humana, derecho, y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales*. El interés compartido por todos los asistentes (académicos, jueces, políticos, empresarios, comunicadores, líderes religiosos, etc.) era el mismo: van en aumento en muchas partes del mundo las posiciones radicales que miran a quien piensa diferente como un enemigo al que hay que combatir o excluir. Evidentemente, el congreso no pretendió (sería ilusorio) solventar ese problema que, como todos los grandes desafíos sociales, no admiten una fácil solución. Pero sí se ha querido contribuir a crear una cultura de respeto por la diversidad, basada en la dignidad del ser humano.

Se nos dirá –no sin razón– que el concepto de dignidad humana está devaluado a causa del relativismo: la dignidad humana se enarbola como fundamento de posturas incluso antagónicas que oscilan desde la defensa de autonomía absoluta del individuo hasta la afirmación de un orden objetivo inviolable. Pero no es menos cierto que, desde el compromiso radical con la dignidad humana, pueden defenderse y fundamentarse los dere-

chos de quienes piensan, se expresan o creen de forma diferente –sobre todo de forma diferente respecto de quien detenta la autoridad estatal.

La tradición judeocristiana alberga un firme apoyo para la dignidad humana: «Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y mujer los creó», leemos en el Génesis. Las consecuencias de esta realidad se han ido desplegando en la historia, con una creciente conciencia acerca de la «dignidad» ontológica de todo ser humano, imagen del mismo Dios. Sin embargo, ante la actual devaluación y equivocidad del concepto de «dignidad humana», a las que antes hacía referencia, ¿no sería más conveniente renunciar a este término, que puede resultar confuso?

El Congreso de ICLARS apostó por seguir reclamando la dignidad humana como fundamento de los derechos del hombre, particularmente en la esfera religiosa. Hay margen para seguir buscando, a través del respeto a la dignidad, puntos de encuentro entre creyentes y no creyentes, entre gente de buena voluntad dispuesta a vivir en una sociedad «veluti Deus daretur» (como si Dios existiera) tal como proponía hace años el teólogo Joseph Ratzinger, papa Benedicto XVI, recientemente fallecido.

A este respecto, en algún momento del Congreso de ICLARS se recordó la importancia de la «Declaración de Punta del Este sobre la dignidad humana para todos en todo lugar», de 2018, suscrita por académicos de todo el mundo y que sigue recibiendo adhesiones continuamente. En esa Declaración se proclama que la dignidad humana es una parte esencial de lo que significa ser humano, principio fundacional, finalidad u objetivo clave de los derechos humanos, así como un criterio inapreciable para valorar en qué medida las leyes, políticas públicas y acciones de gobierno están en conformidad con las exigencias radicales de la persona.

Precisamente en este volumen puede encontrarse esa valoración de leyes, políticas y acciones de gobierno, respecto de las exigencias de la persona, en el encuentro conflictual de los derechos fundamentales de los ciudadanos (es el caso del trabajo de la profesora Belén Rodrigo Lara), en el uso del lenguaje en la negociación de las grandes cuestiones éticas que se lleva a los parlamentos (como expone el profesor Santiago Leyra Curiá) o en el tratamiento jurídico de minorías religiosas (como en el estudio realizado por la profesora Paz Molero).

La dignidad humana es también objeto de atenta reflexión allí donde aparecen reclamaciones basadas en la identidad, que parece haber superado la categoría clásica de ciudadanía invitando, como hacer la profesora M.<sup>a</sup> Teresa García-Berrio Hernández, a valorar la adaptación jurídica y social de la diferencia; por su parte, la profesora Roxana Miranda Torres nos introduce en el singular choque entre las identidades indígenas tradicionales y las religiones de nueva implantación en México: un reto jurídico de primer orden en muchos países de América.

## PRESENTACIÓN

La dignidad humana parece en ocasiones transmutada allí donde los nuevos derechos la invocan desde postulados que obligan a cuestionarse incluso qué queremos exactamente defender cuando mencionamos esa dignidad; en este sentido, resultan especialmente gráficas las excelentes aportaciones de las profesoras María Goñi Rodríguez de Almeida, María Lacalle y Lorena Velasco Guerrero, que profundizan con acierto en la antropología subyacente a diversas reformas legislativas en España.

No faltan en este volumen tampoco las reflexiones de carácter histórico acerca de temas de recurrente actualidad, en los que siempre está implicada la transmisión – mediante la educación de las nuevas generaciones– de la tradición cultural sobre la que se sustenta la dignidad humana: a este respecto, el trabajo del profesor Jorge García Ocón resulta especialmente interesante. La dignidad humana, por lo demás, parece seguir comprometida en Internet –y así lo muestra el estudio de la profesora M.<sup>a</sup> Teresa Alcolado Chico– o en el respeto de la objeción de conciencia –de la que se ocupa aquí la profesora Araceli Oñate. Y la expresión jurídica de la dignidad sigue siendo objeto de debate en ámbitos tan distintos como el conocido del final de la vida, del que se ocupa aquí la profesora María José Castañón, o el menos conocido quizá de las sociedades de capital y su trasfondo ético, objeto de estudio en el trabajo del profesor Juan Palao Uceda.

Las valiosas aportaciones de esta obra colectiva se enriquecen con la lectura de los trabajos que se aglutinan en el volumen *Dignidad humana, derecho y diversidad religiosa*, que proceden igualmente de ponencias presentadas al Sexto Congreso del ICLARS, coordinado por las profesoras Silvia Meseguer Velasco y María Domingo Gutiérrez y publicado también por la Editorial del Boletín Oficial del Estado en paralelo con este.

En fin, deseamos expresar aquí nuestro agradecimiento al profesor Javier Martínez Torrón por haber impulsado este proyecto editorial; a la Editorial del Boletín Oficial del Estado por haber comprendido la importancia de esta clase de estudios jurídicos, y por su inmejorable disposición y agilidad de funcionamiento para que estos volúmenes pudieran ver la luz en el menor tiempo posible con su acostumbrada calidad editorial; y a la profesora Mercedes Murillo Muñoz, Subdirectora General de Libertad Religiosa del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, por su valiosa ayuda y sus buenos oficios al facilitar el contacto inicial con la Editorial.

Rafael Palomino Lozano  
Belén Rodrigo Lara  
Febrero, 2023

PRIMERA PARTE

**LENGUAJE Y RESPETO DEL  
PLURALISMO CULTURAL Y RELIGIOSO**

# Lenguaje e intención comunicativa: la interacción entre la libertad de expresión y la libertad religiosa

**BELÉN RODRIGO LARA**

Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– El «conflicto» entre libertad de expresión y libertad religiosa. 3.– El marco normativo y discrepancias en torno a la regulación penal. 4.– ¿Qué nos dicen los tribunales españoles? 5.– Libertad de expresión e intención comunicativa de los ministros de culto: un caso particular de confluencia de derechos. 6.– Algunas consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los casos más mediáticos y relevantes relacionado con libertad de expresión y religión se produjo en 1989, cuando el escritor Salman Rushdie fue condenado a muerte por blasfemia durante el régimen del ayatolá Jomeini en Irán tras la publicación de su novela *Los versos satánicos*<sup>1</sup>. Treinta y tres años después, el escritor es apuñalado en los momentos previos a una conferencia sobre la libertad de los artistas en Nueva York<sup>2</sup>. En este margen temporal se han producido varios casos que han quedado en

---

<sup>1</sup> <https://www.bbc.com/mundo/noticias-62528764> (fecha de consulta: 14/08/2022).

<sup>2</sup> [https://www.eldebate.com/cultura/20220812/salman-rushdie-autor-versos-satanicos-atacado-nueva-york\\_54439.html](https://www.eldebate.com/cultura/20220812/salman-rushdie-autor-versos-satanicos-atacado-nueva-york_54439.html) (fecha de consulta: 14/08/2022).

nuestra memoria, por lo trágico del suceso, como el caso de las caricaturas en Charlie Hebdo<sup>3</sup> o por lo singular de una manifestación artística en la que se incluyen referencias religiosas, en la que podemos valorar el gusto más o menos estético. Precisamente, uno de los primeros casos suscitados en España estaba relacionado con esto último. Se trataba de un documental realizado por Javier Krahe y Enrique Seseña en 1977 denominado «Cristofagia» o «Como cocinar un Cristo» emitido en un canal de televisión en 2004, y que concluyó en una resolución absolutoria del artista y la directora del programa televisivo de un delito de escarnio en 2012<sup>4</sup>.

Las manifestaciones artísticas como forma de ejercer la libertad de expresión constituyen los casos más frecuentes en los que pueden surgir tensiones con la libertad religiosa. Sin embargo, parece que estamos asistiendo a un resurgir de casos en los que la fricción entre los derechos de libertad de expresión y libertad religiosa se producen por el uso del lenguaje común en ámbitos diversos como acciones reivindicativas de colectivos o por personas a nivel individual a través de medios de difusión o lugares públicos. A esta proliferación ha contribuido en gran medida el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y, en particular, las redes sociales, que hace que una noticia se difunda rápidamente a cualquier punto del planeta. Este efecto globalizador hace que las personas seamos conocedoras de forma inmediata de hechos sucedidos tanto cerca como a una gran distancia de nosotros<sup>5</sup>.

Este trabajo tiene como objeto mostrar la interacción entre los derechos fundamentales de libertad religiosa y libertad de expresión en España durante los últimos años. Debido a la amplitud y complejidad del tema, nos centraremos en algunas cuestiones al hilo de las recientes resoluciones judiciales sobre la materia.

## 2. EL «CONFLICTO» ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA

Ambas libertades son tratadas especialmente dentro del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia. Por un lado, la libertad religiosa, estimada

<sup>3</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático* 50 (2015).

<sup>4</sup> Comentario a esta sentencia en el que la autora realiza una crítica a la tipificación del delito de escarnio en relación con la manifestación artística, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.P., «Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. II, pp. 397-453.

<sup>5</sup> PALOMINO LOZANO, R.: «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, N. 98, 2009, p. 510.

como la primera de las libertades<sup>6</sup> constituye una de las bases de una «sociedad democrática» y elemento vital que conforma la identidad de los creyentes y su concepción de la vida<sup>7</sup>. Por otro lado, la libertad de expresión, de la que se destaca, además de su naturaleza jurídica como derecho subjetivo fundamental, la dimensión institucional, que la erige como un pilar básico en el que se sustenta una sociedad democrática<sup>8</sup>.

Esta doble dimensión de la libertad de expresión la recoge tanto Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el Tribunal Constitucional español cuando afirman que esta libertad «no consiste solo en la libre exposición e intercambio de ideas e informaciones que resulten inofensivas, indiferentes o con las que se estén de acuerdo, sino que también implica a aquellas que chocan, inquietan u ofenden.» La dimensión institucional se refleja en que «[t]ales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática»<sup>9</sup>. En consecuencia, la libertad de expresión tiene que disponer de «un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones» suficientemente generoso como para desenvolverse sin temor<sup>10</sup>.

El tratamiento de la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa suele enfocarse desde la confrontación de derechos. En parte, se lo debemos a como planteó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*<sup>11</sup>. El Tribunal afirmaba que la cuestión consistía en sopesar el conflicto suscitado en el ejercicio de estas dos libertades fundamentales recogidas por el Convenio<sup>12</sup>. Sin embargo, ambas libertades constituyen elementos esenciales para el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, que son fundamento del orden político y de la paz social<sup>13</sup> y existe una relación estrecha entre ellas. La libertad religiosa en su vertiente externa implica la manifestación de las creencias, practicar actos de culto y recibir e impartir enseñanza e información religiosa, así como reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos<sup>14</sup>, por lo que podemos afirmar que se

<sup>6</sup> JEMOLO, A. C.: *I problema pratici della libertà*, Milán, 1961, p. 131.

<sup>7</sup> STEDH *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 mayo 1993, párrafo 31.

<sup>8</sup> FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 35 (2014). Este autor precisa esta afirmación: «[s]i no hay libertad de expresión en sentido amplio no se generará opinión pública, imprescindible para que pudiera existir un sistema democrático», pp. 9-10.

<sup>9</sup> STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, párrafo 49, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22handyside%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57499%22%5D%7D> (fecha de consulta: 14/09/2022) y STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

<sup>10</sup> STC 192/2020, de 17 de diciembre de 2020, FJ 3 y STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.

<sup>11</sup> STEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 de septiembre de 1994, puede consultarse en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57897%22%5D%7D> (fecha de consulta: 14/09/2022).

<sup>12</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, párrafo 55.

<sup>13</sup> Artículo 10 CE.

<sup>14</sup> Artículo 2.1 LOLR.

trata también de una forma de ejercer la libertad de expresión, en lo podríamos denominar un ejercicio «cualificado» o «específico» determinado por otro derecho fundamental.

No pretendemos negar que efectivamente puedan producirse casos de conflicto real entre estos derechos, tampoco es nuestra intención realizar una prelación entre ambas libertades, pero sí incidir en su conexión. Es muy revelador lo que afirmó hace nueve años el profesor Emilio Lledó en una entrevista. El filósofo remarcaba como obvio que hay que tener libertad de expresión, «pero lo que hay que tener, principal y primariamente, es la libertad de pensamiento»<sup>15</sup>. Este punto de vista más filosófico que jurídico, puede aplicarse a la comprensión de que no todo conflicto en el que se vea afectado el sentimiento religioso y que pueda suscitarse a raíz de unas declaraciones, el intercambio de ideas y opiniones o por una expresión artística (aunque resulte desagradable o de dudoso gusto) puede ser considerado un conflicto entre derechos fundamentales ni del que se derive una responsabilidad penal. Incluso, el que las personas podamos expresarnos libremente, aun, tomando las palabras del profesor Lledó, «diciendo imbecilidades», nos ayuda a conocer al otro y situarnos ante los demás.

Es cierto que el uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación (T. I. C.), sobre todo de las redes sociales<sup>16</sup>, constituye un vehículo de expresión fácil, inmediato y en muchas ocasiones bajo el anonimato, generando tensiones o conflictos, aunque no necesariamente deben ser catalogados como delictivos. Sobre el impacto del uso de internet y redes sociales en los derechos fundamentales se han ocupado recientemente los tribunales españoles en la sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero y la sentencia del Tribunal Supremo 593/2022, 28 de julio de 2022<sup>17</sup>.

Ciertamente, aunque partimos de la relación entre la libertad de expresión y libertad religiosa, tomando como base la interdependencia y la búsqueda de elementos comunes entre ambos derechos, es cierto que se producen situaciones de verdadero conflicto entre estos derechos<sup>18</sup>. Una interpretación *strictu sensu* o rígida del concepto supondría que solo existi-

<sup>15</sup> LLEDÓ, E.: Entrevista, *Diario de Avisos. El Periódico de Tenerife*, 22 de noviembre de 2013. El filósofo sentencia con la pregunta: «¿Qué me importa a mí la libertad de expresión si no digo más que imbecilidades?».

<sup>16</sup> PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela de los sentimientos religiosos en el entorno digital», en J. M. Vázquez García-Peñuela, I. Cano Ruiz (eds.), *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital*, Comares, 2020, pp. 115-134.

<sup>17</sup> Esta reciente resolución del Supremo afirma que «el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el papel que desempeñan las redes sociales en internet, suponen la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales de las personas, y en los que los usuarios, inicialmente simples receptores o consumidores de contenidos, se convierten ahora en sujetos que incorporan a las redes sociales información propia que, con mayores o menores limitaciones, comparten con los demás en procesos de interacción.» FJ 3.4.

<sup>18</sup> PÉREZ DOMÍNGUEZ, F.: «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 212-219.

ría conflicto cuando el ejercicio de un derecho menoscabara o impidiera el ejercicio del otro<sup>19</sup>. En general, los casos suscitados en España se refieren a situaciones de «conflicto» en los que se ven afectados los sentimientos religiosos, protegidos por el Derecho Penal<sup>20</sup>.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si los sentimientos religiosos son parte integrante del derecho de libertad religiosa. La doctrina no se muestra unánime en este aspecto<sup>21</sup>. Una postura sería la que aboga por que el sentimiento religioso sí es un elemento esencial en el derecho de libertad religiosa. En consecuencia, los ataques hacia los sentimientos religiosos sí podrían considerarse un conflicto de derechos. Otra postura, la más equilibrada en nuestra opinión, es la que considera que sólo podría hablarse de conflicto cuando el ejercicio de la libertad de expresión produzca en otros sujetos la afectación del derecho de libertad religiosa, en el sentido de coartar o limitar en cierto modo su ejercicio. Es decir, no se toma como eje central para determinar el conflicto que una persona sienta vulnerados sus sentimientos religiosos, sino que el ejercicio de la libertad de expresión de unos suponga un verdadero freno al ejercicio efectivo de la libertad religiosa de otros<sup>22</sup>. Finalmente, la postura opuesta estima que los sentimientos religiosos son un bien jurídico independiente, que goza de protección penal autónoma en nuestro sistema jurídico. Aquí entraríamos en el resbaladizo terreno de la subjetividad, la determinación de elementos objetivos que nos permitan valorar el daño del bien jurídico protegido y el principio de intervención mínima del derecho penal. No obstante, estos elementos no nos resultan ajenos en la regulación de otro delito, el de injuria, la cual se define como «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> PALOMINO LOZANO, R.: «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en J. Martínez-Torrón y S. Cañameres (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 52 y ss.

<sup>20</sup> Código Penal, Sección 2.ª De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, del Capítulo IV De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, arts. 522-526.

<sup>21</sup> Para una detallada exposición de las interpretaciones al respecto nos remitimos a los trabajos de GONZÁLEZ URIEL, D., *La religión y su juridificación. (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXXII, núm. 2.209, Junio 2018, pp. 11 y ss.; PALOMINO LOZANO, R., «Libertad religiosa...» *op. cit.*, pp. 540 y ss.; HERRERA CEBALLOS, E., «¿Es la aplicación del delito de profanación en España una entelequia? Análisis de algunas resoluciones judiciales en torno al artículo 524 del código penal», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 56 (2021), pp. 6 y ss.; SALINAS MENGUAL, J., «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV (2019), pp. 223 y ss.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en J. Martínez-Torrón y S. Cañameres (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 112 y 118.

<sup>23</sup> Artículo 208 CP.

### 3. EL MARCO NORMATIVO Y DISCREPANCIAS EN TORNO A LA REGULACIÓN PENAL

Aunque no es objeto de este trabajo adentrarnos en la regulación y jurisprudencia europea, que ha sido tratado pormenorizadamente por la doctrina<sup>24</sup>, no podemos obviar la necesaria referencia al ámbito regional europeo al tratar del marco jurídico español. Según la Constitución española «[l]as 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»<sup>25</sup>. La libertad religiosa, así como la libertad de expresión, se regulan por sendos artículos 9 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>26</sup>. Concretamente, queremos destacar lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio relativo a que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades y podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley.

La Constitución Española de 1978 reconoce la libertad de expresión (art. 20 CE) y la libertad religiosa (16 CE). El Código penal regula ambos derechos al contemplar en el Capítulo IV los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. La Sección 1.<sup>a</sup>, denominada «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución» recoge en un extenso y complejo artículo, los delitos de odio, entre los cuales pueden encontrarse los producidos por motivos religiosos (art. 510 CP). Sin embargo, es en la Sección 2.<sup>a</sup>, la que expresamente tipifica los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (arts. 522-526).

La referencia normativa nos conduce a tratar sobre los límites a los derechos fundamentales. Efectivamente, respecto de la libertad religiosa serán de aplicación como límites los establecidos en los artículos 16.1 CE<sup>27</sup> y 3.1

<sup>24</sup> En la obra coordinada por J. Martínez-Torrón y S. Cañamares, *Tensiones entre libertad de expresión... op. cit.*, puede consultarse un elenco de trabajos que analizan la libertad religiosa y la libertad de expresión en perspectiva internacional y de derecho europeo. Otros trabajos *vid.* SALINAS MENGUAL, J., «¿Hacia dónde camina la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación con la Sentencia Sekmadienis C. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 48 (2018), MARTÍN SÁNCHEZ, I., «El discurso del odio por motivos religiosos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y religión* 12 (2017), pp. 27-44 y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 16, 1 (2008), pp. 15-42.

<sup>25</sup> Artículo 10.2 CE.

<sup>26</sup> Puede consultarse a través del siguiente enlace: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf) (fecha de consulta: 14/09/2022).

<sup>27</sup> «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.»

LOLR<sup>28</sup>. Este último establece que opera 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». Por otra parte, la libertad de expresión está limitada según lo regulado en el artículo 20.4 CE, en el respeto a los derechos fundamentales, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen<sup>29</sup> y a la protección de la juventud y de la infancia.

Una primera aproximación a los artículos que regulan los delitos contra los sentimientos religiosos (522-526 CP) puede llevarnos a considerar que el ordenamiento jurídico regula límites más concretos en relación con la libertad de expresión y la libertad religiosa. En consecuencia, el Código Penal actuaría como delimitador al establecer una serie de delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos.

Esta regulación tiene como antecedente el delito de blasfemia, figura presente en ordenamientos jurídicos en los que la religión ha tenido una presencia significativa a lo largo de la Historia. Sin embargo, ha quedado paulatinamente en desuso en el ámbito europeo, dando paso a los delitos de odio y la ofensa a los sentimientos religiosos<sup>30</sup>. Esta «secularización» de los tipos penales en parte se explica por la tendencia en la sociedad contemporánea occidental a la pérdida de la religiosidad y entenderla como algo más propio del ámbito privado además de un cambio de paradigma, como el caso español, en las relaciones Estado-religión.

Esta postura se ve reforzada por el principio de intervención mínima del derecho penal y la dificultad que presenta la determinación del bien jurídico protegido. Todo ello ha generado una discusión doctrinal sobre qué es y cómo se precisa el «sentimiento religioso»<sup>31</sup> e incluso a cuestionar la necesidad de establecer unos delitos contra los sentimientos religiosos<sup>32</sup>. En este

<sup>28</sup> «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.»

<sup>29</sup> Sobre la cuestión de los límites a la libertad de expresión *vid.* FERREIRO GALGUERA, J., «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 35 (2014), pp. 12-34.

<sup>30</sup> PALOMINO LOZANO, R.: «Libertad religiosa...», *op. cit.* pp. 542 y s.

<sup>31</sup> Una clara exposición de las distintas líneas interpretativas las hallamos en J. Salinas Mengual, «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV (2019), pp. 221 y ss.; GONZÁLEZ URIEL, D.: «La religión y su juridificación. (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2.209. Junio 2018.

<sup>32</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 21-17 (2019).

caso, algunos autores abogan por encuadrar las ofensas a los sentimientos religiosos en delitos contra el honor (arts. 205-210 CP)<sup>33</sup>.

Sin embargo, los sentimientos religiosos, con independencia de si los consideramos un elemento integrante de la libertad religiosa o un bien jurídico independiente<sup>34</sup>, están relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa, que como derecho fundamental y con base en la dignidad humana, puede ser protegido penalmente frente a determinadas ofensas. Pensemos, a modo de ejemplo, en ataques ofensivos a determinadas minorías religiosas que ante esto deciden no mostrar su fe o participar en celebraciones de su credo por miedo o sentirse señalados, resultando su libertad coartada<sup>35</sup>.

En cualquier caso, podemos afirmar que la política criminal en España está en consonancia con muchos de los países del entorno europeo, que regulan de alguna forma el «insulto religioso»<sup>36</sup>.

#### 4. ¿QUÉ NOS DICEN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?

El ordenamiento jurídico prevé un sistema de protección reforzado para los derechos fundamentales. Al producirse situaciones en las que el ejercicio de estos derechos puede entrar en conflicto o generar tensiones, el sistema judicial, tanto si se sustancia por vía civil, penal o administrativa, tendrá que ser especialmente cuidadoso, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y estableciendo unos criterios que permitan restaurar el daño o llegar a la solución ponderada, en el que el derecho cedente no se vea comprometido.

Realmente, los choques entre libertad de expresión y libertad religiosa no tienen una presencia significativa en las resoluciones judiciales españolas<sup>37</sup>, aunque sí que ha habido casos con cierta repercusión mediática, sobre

<sup>33</sup> MINTEGUIA ARREGUI, I. «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 11, (2006), p. 29. J. M.<sup>a</sup> TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989, p. 88.

<sup>34</sup> Para una síntesis de las posturas doctrinales al respecto *vid.* ANDREU MARTÍNEZ, A.: «Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos», en COMBALÍA, Z. M., DIAGO, GONZÁLEZ-VARAS, P. A.: (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 12-15.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «¿Libertad de expresión amordazada?...», *op. cit.* p. 112, del mismo autor en «*Hate speech*, libertad de expresión y sentimientos religiosos», *Estudios Eclesiásticos*, vol. 92 (2017), núm. 363, p. 761.

<sup>36</sup> *Vid.* el informe sobre la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa de la Comisión de Venecia: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, adoptada en la 76.<sup>a</sup> sesión plenaria en octubre de 2008. El documento puede consultarse en [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e) (fecha de consulta: 01/09/2022).

<sup>37</sup> SÁNCHEZ NAVARRO, A.: «Libertad religiosa y libertad de expresión en España», en J. Martínez-Torrón y S. Cañameres (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch,

todo por ser protagonistas personas de relevancia pública, que no han desembocado en decisión judicial o, a lo sumo, han precisado la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

En líneas generales, observamos en la jurisprudencia española una tendencia en consonancia con la manifestada por el TEDH, en la que la libertad de expresión es preponderante respecto de la consideración de la ofensa hacia el sentimiento religioso y, por extensión, de la libertad religiosa.

La exigencia del respeto al principio de intervención mínima del derecho penal, el componente de subjetividad expresado en el ánimo demostrable de ofender, así como la complejidad en la valoración de la ofensa a la religiosidad de los creyentes, hace que la balanza se decante por la prevalencia de la libertad de expresión. Esta línea interpretativa se desprende de argumentaciones jurídicas por parte de los jueces y magistrados poco firmes o forzadas y que traen como consecuencia una minusvaloración del derecho de libertad religiosa. Aun contemplándose una protección reforzada penalmente, *de facto*, queda rebajada debido a una interpretación estricta que se realiza para «no poner en peligro» la libertad de expresión, remarcando en muchas de las sentencias que no se trata sólo un derecho fundamental considerado en su dimensión subjetiva, sino que también tiene una dimensión institucional, ya que el poder expresarse libremente es un elemento esencial, pilar básico de la sociedad democrática. Esta consideración de la libertad religiosa como un derecho de «segunda clase», que suele ceder, se constata significativamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de diciembre de 2016, que revoca una sentencia condenatoria por profanación (caso irrupción en capilla universitaria)<sup>38</sup>. Sin embargo, sí se observa en la reciente jurisprudencia una mayor consideración a la hora de estimar como delitos determinados actos producidos en lugares de culto o durante celebraciones religiosas<sup>39</sup>. De tal modo, podemos afirmar que el contexto, el lugar o las personas implicadas determinarán una gradación o escala en la apreciación de los hechos y la calificación jurídica por parte de los tribunales.

Los casos que recientemente han sido resueltos por los tribunales en España encajan en varias temáticas que pasamos a exponer y que podemos clasificar atendiendo a si se han producido en medios públicos y los provocados por particulares.

En España, la confrontación libertad religiosa y libertad de expresión en los medios de comunicación, sobre todo a través de revistas satíricas, no

---

Valencia, 2014, pp. 199 y ss.; SALINAS MENGUAL, J., «Evolución de la jurisprudencia española...», *op. cit.*, pp. 221-268.

<sup>38</sup> HERRERA CEBALLOS, E.: «¿Es la aplicación del delito de profanación en España una entelequia? análisis de algunas resoluciones judiciales en torno al artículo 524 del código penal», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 56 (2021), pp. 10 y ss.

<sup>39</sup> SALINAS MENGUAL, J.: «Evolución de la jurisprudencia española...», *op. cit.* p. 240.

tiene el alcance producido en otros países, como Francia o Dinamarca, donde la prensa gráfica ha sido objeto de protestas considerables e, incluso, ataques terroristas (*Charlie Hebdo* o el dibujante Kurt Westergaard).

El caso español más paradigmático en esta cuestión es la sentencia absolutoria al cantante Javier Krahe, en la que se absuelve también a la directora del programa de televisión de Canal+ en el que fue emitido el cortometraje «La Cristofagia». Exponemos este caso como ejemplo en el que un medio de comunicación se ve involucrado en un delito de escarnio. La resolución judicial estima que no hubo intención por parte de los acusados de ofender. Y en relación con la directora del programa afirma que «[e]l objeto de la emisión era tratar la publicación de un producto discográfico, hecho que por la dirección del programa se consideró un tema de actualidad. La intención atribuida por la acusación no puede deducirse sin más del contenido supuestamente insultante de las imágenes y opiniones difundidas. En primer lugar, porque como se analizará más adelante, tales imágenes y opiniones carecen del sentido ofensivo que específicamente exige el tipo. En segundo término, porque atendido su contenido, puede atribuírsele una intención satírica distinta a la que exige el tipo, alternativa razonable que impide alcanzar tal conclusión por vía de la prueba indiciaria»<sup>40</sup>.

Más reciente fue la polémica y la posterior querrela ante los tribunales por escarnio de una intervención en un programa del canal de televisión «La Sexta» en el que un colaborador comentó ciertos aspectos del Valle de los Caídos (ahora con la denominación Valle de Cuelgamuros)<sup>41</sup>, concretamente sobre las características de la cruz. El comentario, que pretendía ser jocoso era el siguiente: «el Valle de los Caídos alberga la cruz cristiana más grande del mundo, con doscientas toneladas de peso y ciento cincuenta metros de altura, el triple de lo que mide la torre de Pisa. Y eso es porque Franco quería que esa Cruz se viera de lejos. Normal, porque ¿quién va a querer ver esa mierda de cerca?»<sup>42</sup>. El Juzgado archivó el caso. La argumentación judicial<sup>43</sup> se basaba en que el comentario aludía a características físicas de esa cruz y que no iba dirigido a ofender a los creyentes o al carácter de símbolo religioso. Además, ahondaba en la cuestión del contexto en que se realizaron los comentarios, en un programa de actualidad en tono satírico y humorístico cuyo «componente de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente pretende provocar y agitar»<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> F. J. segundo de la Sentencia del Juzgado de lo penal número 8 de Madrid 235/2012, de 8 de junio.

<sup>41</sup> Artículo 54, Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

<sup>42</sup> Puede visionarse en [https://www.lasexta.com/programas/el-intermedio/imbatible-dani-mateo/dani-mateo-a-franco-le-pasaba-con-los-muertos-como-a-mi-con-los-followers-da-igual-que-te-odien-solo-importa-tener-muchos\\_2016051057324f1e6584a89405597c60.html?time=98](https://www.lasexta.com/programas/el-intermedio/imbatible-dani-mateo/dani-mateo-a-franco-le-pasaba-con-los-muertos-como-a-mi-con-los-followers-da-igual-que-te-odien-solo-importa-tener-muchos_2016051057324f1e6584a89405597c60.html?time=98) (fecha de consulta: 10/09/2022).

<sup>43</sup> Auto 413/2017, de 30 de octubre del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Pozuelo de Alarcón.

<sup>44</sup> F. J. 3.

Sobre prensa satírica y religión podemos citar algunos casos producidos en España. Algunos de los más significativos se enmarcan en la visita del Papa Benedicto XVI en 2010 y 2011. Aunque en esas fechas se dio algún que otro caso con más repercusión mediática y resuelto por los tribunales<sup>45</sup>, citaremos uno que resulta interesante por las características de los hechos.

El asunto fue el siguiente. La imprenta encargada de la publicación de la revista satírica gallega *Retranca* rechazó la edición del número 28 cuya portada mostraba una caricatura de Benedicto XVI, alegando que no publicaría blasfemias contra el Papa, porque va en contra de las convicciones de la dirección<sup>46</sup>. La revista acusó a la imprenta de «secuestro» puesto que los ejemplares estaban impresos, algo que fue negado por la empresa gráfica. La publicación finalmente salió a la luz en otra imprenta, a tiempo para ser distribuida durante la visita del Pontífice a Santiago, objetivo de la revista. Por lo que no se llegó a resolver por los tribunales. Un paralelismo que sí fue resuelto por tribunales en otros países son los casos conocidos como de las tartas gais<sup>47</sup>, en el sentido de preguntarse ¿puede un comercio o empresa de servicios negar atención a sus clientes amparándose en las convicciones? ¿Es un caso de discriminación?

Al hilo de los comercios, en un lado diametralmente opuesto, y ya dentro del ámbito de los casos producidos por particulares, comentamos un caso acaecido en las navidades del 2021, cuando se abrieron diligencias en dos juzgados de Sevilla por un presunto delito contra los sentimientos religiosos. Los hechos se producen en una pastelería erótica que tiene la idea de elaborar un belén en el que las figuras de la Sagrada Familia adquieren la forma de genitales. Las denuncias se fundamentaban en que se estaba ridiculizando lo que representa el belén para los cristianos, constituyendo una vejación. No hemos conocido si ha habido resolución judicial en este caso, lo que sí está claro es la publicidad que esta pastelería ha obtenido de forma gratuita, para bien o para mal gracias al interés mediático<sup>48</sup>.

En el ámbito de los casos producidos por particulares, hay que diferenciar otro grupo de casos que corresponden, por un lado, a las burlas, parodias en eventos, festejos o celebraciones, p. ej. carnavales y por otro, a las situaciones producidas en lugares de culto o interrumpiendo actos religiosos, que consideramos en general de mayor relevancia y gravedad.

<sup>45</sup> El caso tuvo lugar con motivo de la visita del Papa a Madrid en el marco de la Jornada Mundial de la Juventud en 2011. Auto de la AP de Madrid, Sección, 30, n.º 73/2013, de 24 de enero de 2013. Vid. comentario en MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «*Hate speech*, libertad de expresión...» *op. cit.*, pp. 756-758.

<sup>46</sup> El caso fue difundido en diversos medios de comunicación. <https://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/27/comunicacion/1288180636.html> (fecha de consulta: 14/09/2022).

<sup>47</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «De tartas gais y tribunales», *ABC*, 14 de febrero de 2022, en [https://www.abc.es/opinion/abci-javier-martinez-torron-tartas-gais-y-tribunales-202202132238\\_noticia.html](https://www.abc.es/opinion/abci-javier-martinez-torron-tartas-gais-y-tribunales-202202132238_noticia.html)

<sup>48</sup> [https://www.elespanol.com/reportajes/20211207/vox-denuncia-sevilla-pasteleria-erotico-vaginas-diligencias/632937528\\_0.html](https://www.elespanol.com/reportajes/20211207/vox-denuncia-sevilla-pasteleria-erotico-vaginas-diligencias/632937528_0.html) (fecha de consulta: 14/09/2022).

Es preciso realizar un comentario preliminar, antes de referirnos a estos casos concretos. En primer lugar, tal y como se ha advertido en algunas resoluciones, uno de los elementos a considerar en la calificación del tipo penal es el contexto, el lugar donde se producen. A este respecto, celebraciones como el carnaval o expresiones artísticas en lugares determinados para ellas confieren un carácter en el que la intencionalidad de causar daño gratuito se aminora respecto de otras situaciones, por ejemplo, cuando se producen en un lugar de culto o celebraciones religiosas. En definitiva, el *animus iocandi* no se puede criminalizar, aunque pueda considerarse expresión de mal gusto, irreverentes o carentes de gracia o falta de tacto respecto de unas creencias religiosas. Algunos autores consideran que el límite es aplicable en los casos de máxima gravedad que vendrían a ser los enmarcados en el discurso de odio, pero no en los cometidos contra los sentimientos religiosos<sup>49</sup>. Ejemplo en el que el *animus iocandi* y el contexto han tenido un peso determinante son los casos de *performances* como la de la *drag queen Sethlas* en los carnavales de Las Palmas de Gran Canaria en 2017. Su actuación con el título «¡Mi cielo yo no hago milagros! ¡Qué sea lo que Dios quiera!», incluía una caracterización como la virgen María y una crucifixión, con el acompañamiento musical del tema «Like a prayer» de Madonna. La actuación ganó el premio del certamen. Pero no quedó exento de numerosas críticas y comentarios de repulsa por parte de autoridades religiosas y políticas<sup>50</sup>. Tanto los organizadores del evento como la *drag* manifestaron que no se trataba de ofender a nadie y así fue reconocido por un juzgado de instrucción de las Palmas de Gran Canaria que archivó la causa por vulneración de los sentimientos religiosos<sup>51</sup>.

Los casos relativos a la irrupción en lugares de culto son los que tienen más conexión directa y clara con la libertad religiosa de acuerdo con el ordenamiento jurídico. La libertad religiosa en sus manifestaciones incluye practicar los actos de culto, reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas<sup>52</sup> pero no sólo como derecho individual sino también en su dimensión colectiva, así como ser reconocida como derecho de las confesiones religiosas. El artículo 2.2 LOLR establece que la libertad religiosa «comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo». A todo ello, hay que añadir la consideración del lugar de culto como inviolable<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> GONZÁLEZ URIEL, D.: «La religión y...», *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>50</sup> SALINAS MENGUAL, J.: «Evolución de la jurisprudencia española...», *op. cit.*, p. 259.

<sup>51</sup> Auto del Juzgado de Instrucción número 8 de Las Palmas de Gran Canaria, 11 de diciembre de 2017. Artículo 2.1 b) y d) LOLR.

<sup>53</sup> PALOMINO LOZANO, R.: *Derecho y religiones*, Aranzadi, 2022, p. 153.

La expresión máxima de protección y a la que los tribunales se han ajustado con más o menos acierto en las resoluciones, se halla en los artículos 522.1.º CP: «Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos» y 523 CP: «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

Algunas de las resoluciones judiciales más recientes parten de hechos análogos y que fueron resueltas de forma diversa. El punto común de todas ellas es la irrupción en templos católicos durante o en momentos previos a la celebración de actos religiosos. Además, la temática también es recurrente, ya que todas ellas se enmarcan en reivindicaciones a favor del aborto en el contexto de la reforma legislativa sobre esta materia y como forma de oponerse a la postura mantenida por la Iglesia católica. En este sentido, algunos grupos vieron como marco adecuado para el ejercicio de su libertad de expresión y la manifestación de sus opiniones hacerlo en un lugar de culto ante los fieles. Las sentencias a las que hacemos referencia son las emitidas por el Tribunal Constitucional con fecha 17 de diciembre de 2020<sup>54</sup>, el Tribunal Supremo, el 19 de diciembre de 2017<sup>55</sup> y la conocida como el caso Rita Maestre, emitida por la Audiencia Provincial de Madrid, el 16 de diciembre de 2016<sup>56</sup> y que es la nota discordante con respecto a la línea argumentativa de las dos anteriores.

El Constitucional en su sentencia de 2020 confirma la existencia de un delito contra los sentimientos religiosos<sup>57</sup>. El Tribunal realiza un repaso de la jurisprudencia tanto del propio Tribunal Constitucional como el TEDH en relación con los límites de la libertad de expresión<sup>58</sup> y afirma que en el proceso de ponderación de los derechos e intereses en juego objeto de recurso hay que estimar que se ha producido una lesión de la libertad religiosa de los fieles al ser perturbados en un acto de celebración dentro del templo, a lo que es de aplicación el tipo penal del artículo 523 del Código Penal<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2020, 17 de diciembre de 2020.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 835/2017, 19 de diciembre de 2017.

<sup>56</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 684/2016, de 16 de diciembre de 2016.

<sup>57</sup> La sentencia desestima el recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que rechazó el recurso de casación que se había formalizado frente a la sentencia 201/2017, de 28 de abril, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Girona.

<sup>58</sup> STC 192/2020, F. J. 3.

<sup>59</sup> STC 192/2020, F. J. 4. Es muy esclarecedor cuando el Tribunal afirma que «[p]artiendo de que el fundamento de la libertad de expresión [...] es el intercambio de ideas, resulta que cuando un grupo de fieles

Sin embargo, la sentencia tiene varios votos particulares, muestra de la falta de unanimidad en la materia por parte de la jurisprudencia. En general, la idea que expresan los magistrados disidentes del fallo se refiere a la «desproporcionalidad de la respuesta estatal al conflicto mediante la imposición de una pena privativa de libertad»<sup>60</sup>. Se considera que la acción de corear determinados eslóganes o expresiones, éstos, aunque fuese impactantes o llamativos «eran conocidos y usados habitualmente en el debate público para oponerse a la conocida posición de aquella confesión religiosa en esta materia» además de la «forma no violenta como se desarrollaron los actos de expresión y la nula alteración del orden público general provocado»<sup>61</sup>. Llama la atención en esta argumentación jurídica del voto particular la falta de consideración de «lugar sagrado» donde tienen lugar los hechos, elemento esencial del delito tipificado en el artículo 523 CP. Esto nos lleva al desconocimiento o el rechazo a acudir a un derecho confesional que es el que nos tiene que definir qué es un lugar sagrado<sup>62</sup>.

La jurisprudencia constitucional con la sentencia de 2020 determina una línea interpretativa de protección a la libertad religiosa frente a determinadas manifestaciones producidas en lugar de culto, la cual ya estaba dibujada por una sentencia previa del Tribunal Supremo en el año 2017<sup>63</sup>.

La aportación más novedosa y significativa de esta sentencia, que posteriormente se ve reflejada en la del TC del 2020, es el peso que adquiere el lugar (lugar sagrado donde se ejerce la libertad religiosa) como determinante de un «dolo genérico», sin necesidad de recurrir a la intencionalidad de causar el daño por parte de los manifestantes<sup>64</sup>.

Las dos sentencias expuestas del TC y del TS realizan un viraje con respecto a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en 2016<sup>65</sup>, en el que sí se tomó como determinante el criterio de la «intencionalidad» de causar el daño, además de tratarse de una resolución en la que se ponen de

---

celebra un acto religioso en una iglesia, su lugar de reunión solo es accesible para esa finalidad, relacionada con su culto, y no existe ningún punto de conexión que permita considerar que la ceremonia esté abierta a un intercambio de ideas que reflejen una protesta ejercida por terceros.»

<sup>60</sup> Voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, I.4.

<sup>61</sup> *Ibid.* III.8.

<sup>62</sup> Sobre la cuestión de «lo sagrado» y su relación con los tipos de los artículos 523 y 524 del CP, así como una detallada exposición de casos resueltos por los tribunales, *vid.* SALINAS MENGUAL, J. «Evolución de la jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 242-255.

<sup>63</sup> STS 835/2017, 19 de diciembre de 2017.

<sup>64</sup> *Ibid.* F. J. 1, párrafo 2: «En cuanto al tipo subjetivo, el precepto no exige una especial intención en el sujeto. A diferencia del artículo 524, en el 523 no se exige que la actuación se ejecute «en ofensa» de los sentimientos religiosos, por lo que bastará el dolo genérico. Es decir, es exigible que el sujeto sepa que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecute la acción. Igualmente es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto, a los efectos de la primera parte del último inciso del precepto.»

<sup>65</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 14311/2016, 16 de diciembre de 2016.

manifiesto juicios de valor que trascienden lo estrictamente jurídico<sup>66</sup>. Igualmente, llama la atención la argumentación del tribunal para determinar qué es un acto de profanación concluyendo que en este caso «se podría hablar, quizás, de un acto de profanación virtual o gestual, pero no de un acto físico de profanación, pues no llegaron a entrar directamente en contacto con ningún objeto sagrado»<sup>67</sup>. Podemos afirmar que la sentencia de la AP obvia claramente el contexto en el que se producen los hechos y el elemento objetivo que integra el tipo penal del artículo 523 CP, el lugar de culto como ámbito en el que se ejerce la libertad religiosa.

Finalmente, en relación con los actos acaecidos en lugares de culto, citamos el producido recientemente en la Sentencia del TSJ de Madrid el 3 de mayo de 2022<sup>68</sup>. La sentencia resuelve un caso relativo a la pintada en una de las tumbas de la Basílica del anteriormente denominado Valle de los Caídos<sup>69</sup>. El fallo rechaza el recurso de la sentencia que absolvía por los delitos del 523 (contra sentimientos religiosos) y 526 (profanación). Según el Tribunal<sup>70</sup> para condenar por tales hechos debe darse el elemento subjetivo de

<sup>66</sup> Afirmaciones tales como «Afirma la recurrente en este sentido que su intención era únicamente la de protestar», *ibid.* F. J. 3.

<sup>67</sup> Continúa la sentencia afirmando que «la costumbre más tradicional desnudarse ante el público, y mucho más si ello ocurre dentro de un templo, pueda interpretarse como una falta de consideración y de respeto, la inadecuada vestimenta o ciertos gestos inapropiados no pueden constituir un acto de profanación por sí mismos. [...] En una sociedad democrática avanzada como la nuestra que dos jóvenes se desnuden no debe ya escandalizar a nadie, como tampoco el hecho de que algunos de ellos se besen [...]». Un comentario crítico con detalle a esta sentencia puede verse en J. Salinas Mengual, «Evolución de la jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 246 y ss., E. Herrera Ceballos, «¿Es la aplicación del delito de profanación...», *op. cit.*, pp. 26 y ss.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 165/2022, de 3 de mayo de 2022.

<sup>69</sup> Los hechos se remontan al 31 de octubre de 2018, en momentos previos a la misa, y se refieren a la pintada que realizó un artista gallego sobre la lápida de la tumba de Francisco Franco en la Basílica del Valle de los Caídos. La pintada consistió en un dibujo de una paloma con las palabras «Por la libertad».

<sup>70</sup> *Ibid.* F. J. 5: «De la dicción de tales preceptos cabe concluir que los tipos penales en ellos descritos requieren la concurrencia: [a] de un elemento objetivo integrado, por un lado, por impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas y, por otro, por realizar tales conductas utilizando «violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho» (artículo 523), y, para el segundo de los delitos, «destruir, alterar o dañar una lápida» (artículo 526) y, [b] de un elemento subjetivo constituido por el propósito o intención de lesionar el bien jurídico protegido en dichos preceptos (en lo que ahora resulta de interés, la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, y el ánimo de ultraje para el segundo de los tipos). Como nos recuerda el Auto de esta misma Sala de 26 de junio de 2018, «(E)stamos ante delitos que permiten su comisión, con pluralidad de medios, siempre que tenga un claro propósito doloso (voluntario) y con la finalidad de afectar a los derechos de matiz religioso o de herir dichos sentimientos. Delitos que requieren un dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Es decir, son delitos que exigen un elemento finalístico, de tipo subjetivo, con el que se busca humillar, ofender o burlarse de los sentimientos religiosos.» Por ello, respecto del elemento subjetivo del injusto, ha de cumplirse la necesaria prueba que permita tener por veraz el aserto de su concurrencia. Y así, en primer término, no hay prueba ni indicio de que la intención o propósito del acusado fuera atentar contra la libertad de conciencia o contra los sentimientos religiosos, debiendo, por el contrario, concluirse que la acción desarrollada [...] no estuvo motivada por un doloso propósito de impedir la celebración de la Misa, que ni siquiera había comenzado, y que, en todo caso, se vio retrasada unos momentos, y la duración de tal retraso no se ha concretado a lo largo del Juicio Oral; por otra parte, el mismo acusado afirma que no tenía ninguna intención de interrumpir la ceremonia, llegando a afirmar que, al ver que iba a comenzar la ceremonia religiosa, se dio prisa en realizar la pintada en la lápida para evitar interrumpir tal ceremonia; tampoco se produjo una irrupción violenta, ni intimidatoria, ni tumultuaria del culto, necesaria para la apreciación del delito».

la intención de causar el daño, lo cual no se infiere de los hechos. Es llamativa la argumentación del Tribunal al restar importancia al hecho de una pintada sobre una lápida funeraria como elemento del tipo penal, ya que se admite que el autor de la pintada no tuvo intención de impedir la celebración de la Misa, que ni siquiera había comenzado y que tampoco se produjo una irrupción violenta, sino que se limitó darse prisa para realizar la pintada y evitar interrumpir la ceremonia. En fin, no se considera el hecho objetivo de la pintada sin la concurrencia con el «ánimo de ultraje».

Fuera de los templos, también han tenido lugar manifestaciones en la vía pública provocando situaciones de tensión entre libertad religiosa y la pretendida libertad de expresión. Como en los casos anteriores, la línea interpretativa por parte de los tribunales difiere en casos prácticamente calcados. Referimos dos casos resueltos en 2021 y 2019 respectivamente por la Audiencia Provincial de Málaga y un Juzgado de Sevilla<sup>71</sup>.

La Audiencia Provincial de Málaga resolvió un caso en el que se imitaba un paso de Semana Santa durante una reivindicación feminista. Se condenó en instancia a las participantes por un delito de escarnio (525 CP). La AP finalmente desestimó el recurso de la parte apelante y confirmó dicha condena. Al igual que hemos observado en otras resoluciones, el Tribunal incidió en los límites a la libertad de expresión. No consideró la alegación de la recurrente, relativa a que estaba ejerciendo su libertad en una manifestación de carácter feminista, reivindicativo y de protesta frente a un tema de interés social como era la reforma de la legislación sobre el aborto. El Tribunal apreció que las acciones y proclamas proferidas por el grupo de manifestantes nada tenían que ver con esa finalidad reivindicativa o de interés social<sup>72</sup>.

En sentido contrario se manifestó, en un caso muy similar, la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla 448/2019, 9 de octubre de 2019. En este supuesto, el Juez falló absolviendo a las acusadas de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencias del artículo 510.1 CP y contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP.

La redacción de los fundamentos jurídicos está salpicada de valoraciones que podríamos calificar de falta de rigor jurídico. En este sentido, se constatan valoraciones personales de juez en las que la declaración de no

---

<sup>71</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 226/2021, de 31 de mayo de 2021 y la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla 448/2019, 9 de octubre de 2019.

<sup>72</sup> En concreto, «lo relativo a partes del cuerpo y efectos placenteros de algunas de ellas, ni la versión ridiculizada de las oraciones del Credo y el Ave María, ni la referencia a la quema de la Conferencia Episcopal tachada de machista y patriarcal, cabe entender persiguieran el interés aludido, ni tuvieran directa relación con la defensa del aborto y el feminismo referidos en algunos momentos de la marcha, cuestiones estas cuya regulación a efectos jurídicos compete al Estado y no a la Iglesia Católica u otras Confesiones religiosas, sin perjuicio ello de la opinión favorable o no a las mismas que puedan tener cada individuo, la Iglesia Católica u otras Confesiones religiosas. [...] de ahí que no consten objetivados hechos en que sustentar la prevalencia del derecho a la libertad de expresión», F. J. 3, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 226/2021.

intencionalidad de las participantes y su consideración como acción «reivindicativa» tuvo más peso que la valoración objetiva de las circunstancias de los hechos. Muestra de ello es la cita literal de parte del Fundamento Jurídico segundo de esta sentencia: «En el caso de autos, hasta las mismas acusadas, reconocen que la denominada performance en la que participaron puede haber ofendido los sentimientos religiosos de algunos cristianos, pero niegan que la intención de la citada protesta fuera expresa, inequívoca y específicamente esa.» Continúa el Juez afirmando que «[l]as acusadas participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta incardinada en el contexto social propio de aquellas fechas, que recordemos es un hecho notorio, que era el intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto [...]».

Concluimos esta exposición de casos, mencionando uno en el que su interés estriba en que se trata de una «acción preventiva ante la posibilidad de ofensa» a una confesión religiosa. Los hechos tuvieron lugar en septiembre de 2021, durante las Fallas de Valencia<sup>73</sup>. Una Falla indultó de la «Cremà» la figura de una mezquita y una media luna, a petición de la Comunidad musulmana de Valencia, que consideraban no adecuado quemar sus símbolos sagrados. Tras lo que fue calificado como una decisión en un clima de diálogo y cooperación, la comisión fallera emitió un comunicado en que se informaba de la decisión de no quemar la mezquita, remarcando que la falla era «un homenaje a lo que es la parte indiscutible de nuestra historia como valencianos» y que la «intención nunca ha sido la ofensa sino todo lo contrario: la celebración de una fiesta donde todas y todos podemos y debemos darnos la mano». Pretendían evitar que se les calificara de xenófobos e islamófobos.

## 5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTENCIÓN COMUNICATIVA DE LOS MINISTROS DE CULTO: UN CASO PARTICULAR DE CONFLUENCIA DE DERECHOS

Consideramos de interés, hacer una mención al tratamiento de la libertad de expresión por parte de ministros religiosos y otras personas religiosas y cuando sus manifestaciones puedan entrar en conflicto con otros derechos fundamentales. En España, son conocidos los casos de algunos sacerdotes

<sup>73</sup> <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-fallas-duque-gaeta-indulta-falla-mezquita-media-luna-peticion-comunidad-musulmana-20210904200835.html> (fecha de consulta: 14/09/2022).

que, con sus manifestaciones bien en medios de comunicación o en el transcurso de celebraciones religiosas, se han referido a temas que suscitan interés social y político como, por ejemplo, la orientación sexual, el aborto o la eutanasia, causando la reacción de algunos colectivos que se han sentido ofendidos. Son conocidos los pronunciamientos del Obispo de Alcalá de Henares como el que tuvo lugar en 2012 sobre la homosexualidad<sup>74</sup> o, más recientemente, en 2021 contra la ley de eutanasia en una carta pastoral<sup>75</sup>.

El ordenamiento jurídico español no dispone de ninguna regulación concreta que vincule el ejercicio ministerial con un tratamiento específico de la libertad de expresión de los ministros de culto y religiosos<sup>76</sup>.

Ciertamente, los ministros de culto y personas religiosas son titulares del derecho a la libertad de expresión por el mero hecho de ser persona. Aunque no nos referiremos al caso, consideramos hacer un breve apunte sobre la libertad de expresión en la propia confesión religiosa, en que puede existir divergencias o disputas, lo cual quedaría dentro del ámbito de autonomía de las propias confesiones religiosas. En definitiva, no existiría un supuesto «derecho a la disidencia» que diera lugar a una tutela estatal<sup>77</sup>.

Por otra parte, las manifestaciones que hacen estas personas en calidad de representantes de una confesión religiosa son consideradas ejercicio del derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva. Contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente «la divulgación y expresión públicas de su credo religioso»<sup>78</sup>. Sin embargo, para determinar el alcance de las expresiones es importante tomar en consideración el lugar en el que las palabras se pronuncian. En este sentido, no tiene la misma repercusión y responsabilidad que un ministro de culto exprese un discurso en el templo acorde con los dogmas y en el ejercicio de su libertad religiosa ante su comunidad de fieles que, si esto mismo se produce en un espacio público, por ejemplo, un parque o cualquier lugar en el que pueda amplificarse el mensaje y ser recibido por personas no pertenecientes a la confesión religiosa y que pueden interpretarlo de forma dis-

<sup>74</sup> El Auto de 10 de julio de 2012 del Juzgado de Instrucción n. 6 de Alcalá de Henares, resuelve declarando el sobreseimiento de la causa por considerar que las palabras del Obispo un discurso crítico a la homosexualidad pero que no podía constituir injuria ni discriminación.

<sup>75</sup> Puede consultarse este documento en <https://www.obispadoalcala.org/espana-transformada-en-un-campo-de-extermínio.html> (fecha de consulta: 15/09/2022). Desde el 21 de septiembre de 2022, Mons. Juan Antonio Reig Pla pasó a ser Obispo emérito de la Diócesis de Alcalá de Henares, <https://www.obispadoalcala.org/comunicado-del-obispo-mons-juan-antonio-reig-pla.html> (fecha de consulta: 15/09/2022).

<sup>76</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, M. C.: «La libertad de expresión de los ministros de culto», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII (2021), p. 581.

<sup>77</sup> Este criterio lo observamos en sentencias del TEDH, *Santo Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitano Inocencio)* y *otros c. Bulgaria*, n.º 412/03 y n.º 35677/04, de 22 de enero de 2009, *Mirojubovs y otros c. Letonia*, n.º 798/05, 15 de septiembre de 2009. Sobre este asunto y más casos con relación al ejercicio de las libertades individuales en los grupos religiosos *vid.* J. González Ayesta, «Autonomía de los grupos religiosos y protección de los derechos humanos de sus miembros: consideraciones a la luz de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 259-275.

<sup>78</sup> STC 31/2018 y STC 38/2007.

tinta, aunque esto no debe ser motivo para coartar o limitar la libertad de expresión, sólo como elemento a valorar en cuanto a la repercusión y destino del mensaje. Esta idea puede extenderse al uso de los medios de comunicación públicos<sup>79</sup>.

Un ejemplo de este asunto lo hallamos en la sentencia de la Audiencia Nacional con fecha 12 de mayo de 2021. La resolución falla un recurso interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo contra una sanción administrativa impuesta a un canal televisivo por los comentarios de un pastor cristiano en un programa matinal al hilo de un conflicto suscitado en un colegio del Reino Unido en el que unos padres demandaron a un colegio porque otro alumno de 6 años acudía al centro vestido «como una niña». El pastor declaró en el programa que esta conducta podría «animar» a otros niños pequeños a la transexualidad y que, a su juicio, con tan poca edad, los niños no tienen conciencia de su sexualidad y podrían ser manipulados. Como resultado, el canal de televisión fue condenado en relación con los contenidos y comentarios, que podrían ser considerados como incitadores al odio y atentatorios contra la dignidad del colectivo homosexual y transgénero<sup>80</sup>. La sentencia estima el recurso interpuesto por el canal de televisión y afirma que «la libertad de expresión permite criticar ideas o posiciones de las que se discrepa, sin que las calificaciones negativas que de ellas se hagan, puedan ser calificadas como atentatorias contra la dignidad humana de las personas que no las comparten, teniendo en cuenta el contexto en que se han producido, y que en ningún momento las mismas incitan al odio del colectivo homosexual o transgénero, y como exige el Tribunal Constitucional no «propagan, incitan, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios»<sup>81</sup>.

Cabe recordar que la autonomía de las confesiones religiosas y el ejercicio de su libertad religiosa difundiendo sus dogmas y manifestaciones acordes con los mismos, aun cuando no estén en línea con movimientos sociales o ideologías políticas, es elemento esencial del principio de libertad religiosa. Por lo que el Estado deberá tener un papel activo en la defensa de la libertad de expresión de los grupos religiosos<sup>82</sup>.

Un breve apunte final sobre la peculiaridad que engloba el ministro de culto o personas religiosas en relación con su libertad de expresión y la libertad religiosa. Cuando sus manifestaciones sean constitutivas de un

<sup>79</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «*Hate speech*, libertad...», *op. cit.* pp. 764-765.

<sup>80</sup> Condena por vulneración del artículo 4.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que fue derogada por la recientemente publicada Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

<sup>81</sup> Sentencia de la AN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 12 de mayo de 2021, F. J. Séptimo.

<sup>82</sup> HERRERA CEBALLOS, E.: «El derecho a difundir íntegramente el mensaje religioso», en COMBALIA, Z. DIAGO, M. P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, p. 287.

posible delito, de discurso del odio<sup>83</sup>, y por tanto no resulten amparadas por la libertad de expresión ni la libertad religiosa, la condición de ministro de culto podría determinar que el delito sea más o menos grave en su calificación penal, así como el grado de difusión que el mensaje pueda adquirir precisamente por provenir de un sujeto cualificado y con influencia en un grupo más o menos numeroso de personas fieles. Aunque esta situación no está prevista expresamente por la ley, es una idea que ha desarrollado la doctrina<sup>84</sup>. En este sentido, podría afirmarse que los ministros de culto y religiosos tendrían un «plus» en el ejercicio responsable de la libertad de expresión en consonancia con el artículo 10.2 CEDH. La Recomendación General núm. 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, Estrasburgo el 8 de diciembre de 2015, reconoce «la responsabilidad particularmente importante de los líderes políticos, religiosos y de las comunidades y otros a este respecto debido a su capacidad de influir en un amplio sector de la ciudadanía»<sup>85</sup>.

## 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo con el objetivo marcado en este trabajo, hemos hecho un recorrido normativo y jurisprudencial poniendo el foco de atención en algunas situaciones en las que confluyen la libertad religiosa y la libertad de expresión. Somos conscientes de que este enfoque concreto ha limitado el que hayamos podido profundizar más en algunas cuestiones que suscitan gran interés jurídico (naturaleza del conflicto, controversias con la regulación penal, delimitación y alcance de los tipos penales...) e incluso hemos renunciado al tratamiento de los delitos de odio basado en motivos religiosos. La doctrina ha sido generosa dedicando una amplia atención a este tema a cuyos trabajos nos remitimos<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> A. LÓPEZ-SIDRO, «La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 42 (2016).

<sup>84</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, M. C.: «La libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 584-585; J. L. Llaquet de Entrambasaguas, «Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio», en Z. Combalía, DIAGO, M. P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 314-319.

<sup>85</sup> Una medida práctica en aras a la consecución de este objetivo se refiere a incidir en la formación de los ministros de culto y líderes religiosos. J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, «Responsabilidades de los ministros de culto...», *op. cit.*, pp. 314-315.

<sup>86</sup> Algunos trabajos sobre el tema *vid.* BRIONES MARTÍNEZ, I.: *El delito de odio por razón de religión y de creencias: la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018; GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. «El odio religioso en las recomendaciones de la comisión europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 56 (2021); MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Hate speech, libertad de expresión...», *op. cit.*; F. Pérez-Madrid, «Incitación al odio religioso o ¿hate speech? y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19, (2009); MARTÍN SÁNCHEZ, I., «El discurso del odio por motivos religiosos...», *op. cit.*

Hechas estas precisiones, procedemos a realizar una síntesis conclusiva de lo expuesto.

Partimos de la idea de que la aplicación de límites a los derechos de libertad de expresión y libertad religiosa debe hacerse de forma restrictiva. Sin embargo, aun considerando la necesidad de mantener la tutela penal de la libertad religiosa, su aplicación debe preverse como último recurso. Ciertamente, un abuso de denuncias planteadas como choque de derechos entre libertad de expresión y libertad religiosa suele poner la balanza a favor del primero, y así se constata en las resoluciones judiciales. En este sentido, sería oportuno una mejor acotación por parte del legislador de los tipos penales, en particular el correspondiente al delito de odio, tan recurrido y, en consecuencia, tan desvirtuado. Esto ayudaría también a evitar el «doble rasero» en la consideración de la incitación al odio por motivos religiosos<sup>87</sup>.

Asimismo, sería deseable que el Derecho y, particularmente, los tribunales de justicia no interviniesen en situaciones que, en muchos casos, obedecen más a unos intereses de determinados grupos para presionar social y/o políticamente, e incluso, como campaña publicitaria, que a una cuestión jurídica. Y en caso necesario, encauzarlo por otras vías legales, como la civil o la administrativa, dejando la tutela penal como último recurso.

El uso del lenguaje implica una intencionalidad comunicativa, la selección de las palabras o imágenes, el contexto, la entonación (si es una expresión oral) o los gestos empleados son elementos que deben considerarse al ponderar los derechos en juego. Sin embargo, sería deseable que en vez de solucionar un «conflicto», tratásemos de evitarlo. Una de las claves para lograr este objetivo sería incidir en la labor educativa sobre derechos y libertades fundamentales y el respeto a los demás.

En definitiva, la concienciación en el ejercicio de los derechos de forma responsable y respetuosa sería un cauce apropiado que desembocaría en evitar la intervención de los tribunales de justicia en una cantidad significativa de casos.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, A.: «Libertad de expresión y protección jurisdiccional de los sentimientos religiosos», en Z. Combalá, M. P. Diago, A. González-Varas (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 6-26.

<sup>87</sup> Por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, el Auto n.º 73/2013, 24 enero 2013 y la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, de 12 enero 2004.

- BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 55 (2021).
- BRIONES MARTÍNEZ, I.: *El delito de odio por razón de religión y de creencias: la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.: «La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un *work in progress*», en J. Martínez-Torrón y S. Cañamares (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-32.
- FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 35 (2014).
- GARCÍA GARCÍA, R.: «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 37 (2015).
- GARCÍA PARDO, D.: «La protección de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación», *Ius Canonicum*, XL, N. 79, 2000, págs. 125-155.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. II, pp. 397-453.
- GARCIMARTÍN MONTERO, M. C.: «La libertad de expresión de los ministros de culto», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII (2021), pp. 547-585.
- GONZÁLEZ AYESTA, J.: «Autonomía de los grupos religiosos y protección de los derechos humanos de sus miembros: consideraciones a la luz de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Z. Combalía, M. P. Diago, A. González-Varas (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 259-275.
- GONZÁLEZ URIEL, D.: *La religión y su juridificación. (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXXII, núm. 2.209, Junio 2018.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J.: «El odio religioso en las recomendaciones de la comisión europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 56 (2021).
- HERRERA CEBALLOS, E.: «¿Es la aplicación del delito de profanación en España una entelequia? análisis de algunas resoluciones judiciales en torno al artículo 524 del código penal», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 56 (2021).
- «El derecho a difundir íntegramente el mensaje religioso», en Z. Combalía, M. P. Diago, A. González-Varas (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 276-291.
- JEMOLO A. C.: *I PROBLEMA PRATICI DELLA LIBERTÀ*, Milán, 1961.
- KLUG, F.: «Freedom of Expression Must Include the Licence to Offend», *Religion and Human Rights*, vol. 1, 2006, p. 227.
- LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, J. L.: «Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio», en Z. Combalía, M. P. Diago, A. González-Varas (eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, LICREGDI, Zaragoza, 2019, pp. 292-319.
- LLEDÓ, E.: Entrevista, *Diario de Avisos. El Periódico de Tenerife*, 22 de noviembre de 2013.
- LÓPEZ-SIDRO, A.: «La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 42 (2016).

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «*Hate speech*, libertad de expresión y sentimientos religiosos», *Estudios Eclesiásticos*, vol. 92 (2017), núm. 363, pp. 749-767.
- «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático* 50 (2015).
- «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en J. Martínez-Torrón y S. Cañamares (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 83-120.
- «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quaderni de diritto e politica ecclesiastica* 16, 1 (2008), pp. 15-42.
- «De tartas gais y tribunales», *ABC*, 14 de febrero de 2022.
- MINTEGUA ARREGUI, I.: «El arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 11, (2006).
- PALOMINO LOZANO, R.: «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, N. 98, 2009, págs. 509-548.
- «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN y S. Cañamares (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 33-68.
- *Derecho y religiones*, Aranzadi Thomson Reuters, 2022.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F.: «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 205-261.
- PÉREZ-MADRID, F.: *La tutela penal del factor religioso en el derecho penal español*, Eunsa, Pamplona, 1995
- «Incitación al odio religioso o ¿*hate speech*? y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, (2009).
- «La tutela de los sentimientos religiosos en el entorno digital», en J. M. Vázquez García-Peñuela, I. CANO RUIZ (eds.), *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital*, Comares, 2020, pp. 115-134.
- «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», en L. Ruano Espina, J. L. SÁNCHEZ-GIRÓN RENEDEO (coords.), *Novedades de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado, a un año de la reforma del proceso matrimonial: actas de las XXXVII Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas y celebradas en Madrid los días 19 al 21 de abril de 2017*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 111-141.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El discurso del odio por motivos religiosos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y religión* 12 (2017), pp. 27-44.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 21-17 (2019).
- SALINAS MENGUAL, J.: «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV (2019), pp. 221-268.
- «¿Hacia dónde camina la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación con la Sentencia Sekmadienis C. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 48 (2018).
- SÁNCHEZ NAVARRO, A.: «Libertad religiosa y libertad de expresión en España», en J. Martínez-Torrón y S. Cañamares (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 193-203.

# El uso del lenguaje en las batallas culturales y legislativas de nuestra época

SANTIAGO LEYRA-CURIÁ  
Universidad Villanueva de Madrid

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Manipulación del lenguaje en los regímenes totalitarios. 3.- Palabras prestigiosas y marcos lingüísticos. 4.- La importancia de los términos en las batallas culturales y legales de nuestra época. 5.- Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La obra *1984* de George Orwell<sup>1</sup> se ha convertido para muchos en una preclara guía, adelantada a su tiempo, de los peligros que supone el totalitarismo social y político bajo el cual todos podemos acabar viviendo en un momento dado casi sin darnos cuenta. Se dice que él probablemente tenía en la cabeza a la Unión Soviética, esa gran cárcel hoy felizmente desaparecida gracias a la ayuda entre otros del recientemente fallecido Mijail Gorbachov. Pero su alegoría es válida para muchos de los totalitarismos actuales.

Una de las aportaciones del escritor británico nacido en lo que hoy es la India es lo que dio en llamar *neolengua*, concepto que define cómo han de ser las palabras para que la masa de ciudadanos pueda ser más fácilmente

---

<sup>1</sup> ORWELL, G.: *1984*, Debolsillo, Barcelona 2013.

sometida por el Partido. Es una manera de explicar que todos los aparatos de propaganda de los sistemas totalitarios, desde los más antiguos hasta los más modernos, se han encargado de generar términos y eslóganes que fueran fácilmente asumidos por la masa acrítica del pueblo.

Desde la antigüedad, los emperadores y jefes varios de los pueblos han usado la lengua para implantar y preservar su dominio. La Revolución Francesa puso en circulación términos y conceptos que penetraron en las mentes de las gentes y las modelaron hasta hoy (desde su célebre triada «Libertad, Igualdad y Fraternidad» hasta la «escarapela tricolor», el «ciudadano» y «el Reinado del Terror»). En el siglo xx, fascistas, nacionalsocialistas y comunistas, utilizaron con maestría técnicas de manipulación de masas. También hoy en días somos conscientes de los intentos de manipulación a través del lenguaje, como por ejemplo es el caso de la ideología de género.

Tiempos difíciles y tiempos en los que no faltan héroes auténticos. Como dice Victor Klemperer en su ya célebre ensayo sobre la manipulación lingüística en el Tercer Reich, *la época de Hitler generó el heroísmo más puro, pero en el terreno contrario, por así decirlo. Pienso en los numerosos valientes de los campos de concentración, en los numerosos ilegales intrépidos. Allí, el peligro de muerte y los sufrimientos eran incomparablemente mayores que en el frente, ¡y a ello se sumaba la total ausencia del elemento decorativo! Allí no le esperaba a uno la tantas veces celebrada muerte «en el campo del honor», sino en el mejor de los casos la guillotina. No obstante, a pesar de la ausencia del elemento decorativo y a pesar también de la indudable autenticidad de su heroísmo, estos héroes poseían igualmente algo que los apoyaba y aliviaba en su fuero interno, pues ellos también eran conscientes de pertenecer a un ejército, también creían firmemente y de forma justificada en la victoria última de su causa y podían llevarse a la tumba la convicción orgullosa de que su nombre resucitaría algún día rodeado de una gloria que sería tanto mayor cuanto más infame fuera en esos momentos su asesinato*<sup>2</sup>.

Como escribió hace tiempo Alfonso López Quintás<sup>3</sup>, el primer quehacer del hombre que desee vivir libremente es inmunizarse contra todo género de manipulación que intente envolverlo en el desconcierto espiritual. No basta vivir en una democracia para gozar de auténtica libertad: la libertad de pensar con rigor e independencia de criterio, orientar la voluntad hacia metas que nos marca nuestra vocación, modular adecuadamente el sentimiento, dar cauce y plasmar la propia creatividad en las diversas vertientes

<sup>2</sup> KLEMPERER V.: *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona 2020, p. 19.

<sup>3</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001.

de la vida... Esta forma eminente de libertad debemos lograrla poniendo en juego un antídoto contra la manipulación<sup>4</sup>.

El profesor López Quintás propuso hace tiempo un antídoto sumamente eficaz a través de tres medidas: estar alerta, pensar con rigor, vivir creativamente. Conocer mejor lo que es la manipulación y los peligros que entraña es uno de los objetivos del presente artículo. Antoine de Saint-Exupéry dejó escrito: «*He aquí (...) un gran misterio del hombre. Pierden lo esencial e ignoran lo que han perdido... Los hombres dilapidan su bien máspreciado: el sentido de las cosas*»<sup>5</sup>.

## 2. MANIPULACIÓN DEL LENGUAJE EN LOS REGÍMENES TOTALITARIOS

Se ha dicho que la corrupción de las personas, las sociedades y la política comienza por la corrupción de los conceptos. Ya Ortega y Gasset decía que los conceptos *son* «*los déspotas más duros que la humanidad padece*»<sup>6</sup>. Con frecuencia nos vemos dominados por el poder que tienen ciertos términos, que López Quintás denomina «*términos talismán*»<sup>7</sup>. Es asombroso comprobar hasta qué punto tales palabras restringen nuestra libertad. Martin Heidegger afirmaba que «*las palabras son a menudo en la historia más poderosas que las cosas y los hechos*»<sup>8</sup>.

Impresionado por la devastación que produjo en Europa, durante los terribles «doce años» (1933-1945), la voluntad nacionalsocialista de someter a los pueblos, George Bernanos afirmó en las célebres conversaciones de Ginebra (1946) que «*el mundo no podrá salvarse más que por los hombres libres*»<sup>9</sup>. Esa libertad interior es destruida por la manipulación. De ahí que desenmascarar la estrategia manipuladora es una tarea que se debe realizar con decisión si queremos salvaguardar nuestra condición de hombres libres.

El tirano –que quiere vencer sin convencer– no lo tiene fácil en los regímenes democráticos. Quiere dominar al pueblo, y ha de hacerlo de forma engañosa para que las gentes no lo adviertan, pues lo que prometen los gobernantes en una democracia es, ante todo, libertad. En las dictaduras promete eficacia, a costa de libertades. En las democracias se garantizan cotas nunca alcanzadas de libertad aun a riesgo de reducir la eficacia. ¿Qué

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> SAINT-EXUPÉRY, A.: *Ciudadela*, Gallimard, París 1948, pp. 59, 27.

<sup>6</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 8.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> BENDA, J., BERNANOS, J., JASPERS, K.: *El espíritu europeo*, Guadarrama, Madrid 1957, pp. 280-281.

medios tiene en su mano el tirano para someter al pueblo mientras lo convence de que es más libre que nunca? El principal medio es el lenguaje<sup>10</sup>.

El lenguaje crea palabras, términos, y en cada época de la historia algunos de ellos se cargan de un prestigio especial de forma que nadie osa ponerlos en tela de juicio. Son los llamados por López Quintás términos «talismán», que parecen condensar en sí todas las excelencias de la vida humana. La palabra talismán de nuestra época es libertad<sup>11</sup>. Todo término talismán tiene el poder de prestigiar las palabras que se le avecinan y desprestigiar a las que se le oponen o parecen oponérsele. Hoy se da por supuesto –el manipulador nunca demuestra nada, da por supuesto lo que le conviene– que toda forma de censura se opone a todo tipo de libertad. En consecuencia, la palabra censura está actualmente desprestigiada. En cambio, las palabras independencia, autonomía, democracia, cogestión... van unidas con la palabra libertad y quedan convertidas, por ello, en una especie de términos talismán por adherencia.

El manipulador saca amplio partido de este poder de los términos talismán. Sabe que, al introducirlos en un discurso, el pueblo queda intimidado, no ejerce su poder crítico, acepta ingenuamente lo que se le proponga. Por ejemplo, al principio de la legalización del aborto, en cierto país europeo se llevó a cabo una campaña a favor de la introducción de la ley abortista. El ministro responsable de esa ley intentó justificarla con este razonamiento: «*La mujer tiene un cuerpo y hay que darle libertad para disponer de ese cuerpo y de cuanto en él acontece*»<sup>12</sup>. La afirmación de que «*la mujer tiene un cuerpo*» está desacreditada por la mejor filosofía desde hace más de un siglo, aunque ahora no sea la más popular. Ni la mujer ni el varón tenemos cuerpo; somos corpóreos y hay una grandísima diferencia entre ambas expresiones. El verbo tener es adecuado cuando se refiere a realidades poseíbles, es decir, a objetos. Pero el cuerpo humano, el de la mujer y el varón, no es algo poseíble, algo de lo que podamos disponer; es una vertiente de nuestro ser personal, como lo es el espíritu. Te doy la mano para saludarte y sientes en ella la vibración de mi afecto personal. Es toda mi persona la que te sale al encuentro. El hecho de que en la palma de mi mano vibre un ser personal entero pone al trasluz que mi cuerpo no es un objeto. No hay objeto, por excelente que sea, que tenga ese poder. Pues bien, el ministro intuyó sin duda que la frase «*la mujer tiene un cuerpo*» es muy endeble, no se sostiene filosóficamente, y para dar fuerza a su argumento introdujo inmediatamente el término talismán libertad: «*Hay que conceder libertad a la mujer para disponer de su cuerpo...*». Sabía que, con la mera utilización

<sup>10</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 16.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 16.

de esa palabra supervalorada en el momento actual, millones de personas iban a replegarse tímidamente y a decirse: «*No te opongas a esa proposición porque está en juego la libertad y van a tacharte de antidemócrata, de fascista, de ultra*». Y así sucedió, efectivamente<sup>13</sup>.

El demagogo, el tirano, el que desea conquistar el poder por la vía rápida de la manipulación, opera a gran velocidad para no dar tiempo a la gente a pensar, a reflexionar sobre cada uno de los temas. Por eso no se detiene nunca a matizar los conceptos y justificar lo que afirma; lo da todo por sabido y lo expone con términos ambiguos, sin precisar. Esto le permite destacar en cada momento el aspecto de los conceptos que le interesa para sus fines. Cuando subraya un aspecto, lo hace como si fuera el único, como si todo el alcance de un concepto se limitara a esa vertiente. De esa forma evita que las personas a las que se dirige tengan suficientes elementos de juicio para clarificar las cuestiones por sí mismas y hacerse una idea serena y bien aquilatada de las cuestiones tratadas. Al no poder profundizar en una cuestión, el hombre está dispuesto a dejarse arrastrar.

La única defensa contra la manipulación es una formación adecuada. El que conoce los «*trucos*» del manipulador reduce el peligro de caer en la red de sus juegos de conceptos. Si también sabe pensar con rigor y utilizar debidamente el lenguaje, está preparado para descubrir los fallos tácticos que comete el manipulador para tergiversarlo todo. El vivir creativamente permite comprender por dentro el sentido preciso de los acontecimientos humanos. Por ejemplo, el que es fiel a una promesa sabe por experiencia que la fidelidad no se reduce a un mero aguante, y tiene cierta garantía de no ser seducido por el manipulador que, al verlo en un momento difícil, le sugiere que no aguante, que rompa los vínculos establecidos y busque libremente su felicidad. «*En efecto –podrá responderle–, no estoy destinado a aguantar, sino a algo superior: a ser fiel, porque la fidelidad es una actitud creadora; debo crear en cada momento lo que en un determinado momento he prometido crear*»<sup>14</sup>.

El conocimiento de las trampas del manipulador es el medio más eficaz para defenderse de sus insidias. A ellos se refiere el célebre escritor alemán Michael Ende al hablar de los «*hombres grises*»:

«*Los hombres grises sólo pueden hacer su oscuro negocio si nadie los reconoce (...). ¡Lo único que tenemos que hacer es cuidar de que resulten visibles! Porque el que los ha reconocido una vez los recuerda, y el que los recuerda los reconoce en seguida. De modo que no pueden hacernos nada: seremos inatacables. El cree (...) que los hombres grises consideran un enemigo a todo aquel que conoce su secreto, por lo que lo perseguirán.*

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 22.

*Pero yo estoy seguro de que es exactamente al revés, que todo aquel que conoce su secreto está inmunizado contra ellos y ya no le pueden hacer nada»<sup>15</sup>.*

Alexis de Tocqueville nos enseñó que en las democracias se practica con frecuencia la coacción de guante blanco. Se procede como si se respetara la libertad y resulta por ello intocable. «*Sois libres de no pensar como yo –advierte la opinión pública a los ciudadanos independientes–; vuestra vida, vuestros bienes, todo los conservareis, pero desde ese día sois un extranjero entre nosotros»<sup>16</sup>.*

Otra cuestión relevante sería la del prestigio del poder técnico que, desconectado de la ética, constituye un grave riesgo para la humanidad<sup>17</sup>. Cuando sólo se atiende al desarrollo del saber científico y técnico, cada nuevo logro significa un triunfo. Por ejemplo, para el gran físico Otto Hahn, inventar la fisión del átomo de uranio constituyó el gran éxito de su vida. Pero poco tiempo pudo celebrarlo, ya que, algunos meses después, ese adelanto científico hizo posible alcanzar la cumbre técnica que significa la construcción de la bomba atómica y pulverizar Hiroshima y Nagasaki en unos instantes. Al enterarse de que su hallazgo científico había sido convertido en instrumento de devastación, el genial investigador sintió la tentación de poner fin a su vida por verla carente de todo sentido<sup>18</sup>.

Los tiranos procuran por todos los medios que las gentes se mantengan en un nivel cultural bajo, para que el poder de discernimiento sea mínimo y resulten fácilmente manipulables. «*En sociedades y estados autoritarios –escribe B. Häring– se orienta todo el proceso de la educación a obtener ciudadanos dóciles y fáciles de manipular, y se evita o reprime todo lo que puede suscitar un espíritu crítico»<sup>19</sup>.* De ahí el peligro de degradar los sistemas educativos en ocasiones con la excusa de hacerlos más asequibles para los que tienen más dificultades.

Como es sabido, el pensador comunista italiano Antonio Gramsci elaboró toda una eficaz estrategia para lograr el poder político a través del dominio cultural. Este dominio intenta alcanzarlo a través de un proceso en el cual las ideas y los sentimientos de los intelectuales son asumidos por el pueblo y se convierten en una fuente de energía revolucionaria. «*Cuando se consigue introducir una nueva moral conforme a una nueva concepción del mundo, se termina por introducir también esta concepción, es decir, se determina una reforma filosófica total»<sup>20</sup>.*

<sup>15</sup> ENDE, M.: *Momo*, Alfaguara, Madrid 1985, pp. 98, 102-3.

<sup>16</sup> TOCQUEVILLE, A. de: *La democracia en América*, FCE, México 1957, p. 261.

<sup>17</sup> GUARDINI, R.: *El poder*, Cristiandad, Madrid 1982.

<sup>18</sup> HEISENBERG, W.: *Diálogos sobre física atómica*, BAC, Madrid 1972.

<sup>19</sup> HÄRING, B.: *Ética de la manipulación*, Herder, Barcelona 1978, p. 29.

<sup>20</sup> GRAMSCI, A.: *Introducción a la filosofía de la praxis*, Península, Barcelona 1976, p. 67.

Las ideas –según Gramsci– han de ser convertidas en impulsos para un determinado tipo de acción. De ahí la necesidad de otorgar a las gentes una amplia formación intelectual que les permita asumir *de modo activo* las metas sociopolíticas que se les propongan.

*«Crear una nueva cultura no significa sólo hacer individualmente descubrimientos, significa también –y especialmente– difundir críticamente verdades ya descubiertas, socializarlas –por así decir– y, por consiguiente, convertirlas en base de acciones vitales, en elemento de coordinación y de orden intelectual y moral. Llevar a una masa de hombres a pensar coherentemente y de modo unitario el presente real y efectivo es un hecho filosófico mucho más importante y original que el descubrimiento por parte de un genio filosófico de una nueva verdad que se convierte en patrimonio exclusivo de pequeños grupos intelectuales»<sup>21</sup>.*

Enseñar al pueblo a pensar con rigor es, efectivamente, una tarea fundamental, pero esto no debe realizarse con el fin de adquirir poder y dominio sobre el pueblo, sino de conferirle una verdadera libertad interior. La educación de las personas no ha de constituir nunca y bajo ningún pretexto, por noble que parezca, un recurso estratégico para conseguir un fin ajeno a ellas. Debe ser la puesta en marcha de la personalidad de cada ser humano, que es un fin en sí mismo y no un medio, como bien destacó el filósofo Immanuel Kant. Conviene evitar que el proceso educativo sea puesto al servicio de los demagogos, como suele suceder según B. Haering: *«La educación es la plaza del mercado al que concurren las diferentes ideologías y aquellos que ponen su esperanza principalmente en manipular a otros»<sup>22</sup>.*

### 3. PALABRAS PRESTIGIOSAS Y MARCOS LINGÜÍSTICOS

En cada época existen vocablos que, por diversas razones socioculturales, se cargan de un prestigio tal que se evaden a toda revisión crítica y son tomados como el suelo intelectual sobre el que se mueven confiados los hombres y los grupos sociales. Como ya hemos señalado, López Quintás los denomina *«términos talismán»*. Parecen albergar en sí el sentido y valor de la vida entera<sup>23</sup>.

Por ejemplo, la palabra *«orden»* –vinculada de antiguo al número, la armonía, la proporción, la medida y la mesura, y, de consiguiente, el origen

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>22</sup> HÄRING, B.: *Ética de la manipulación*, Herder, Barcelona 1978, p. 29.

<sup>23</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 80.

de la bondad y belleza— adquirió en los siglos XVI y XVII un rango elevadísimo merced a su vinculación con las estructuras elaboradas por la ciencia moderna, entonces en sus comienzos. Pensar con orden equivalía a pensar rectamente. Proceder con orden significaba actuar de modo ajustado, justo, recto, eficaz. El término orden producía un hondo estremecimiento en los espíritus porque era el gozne enigmático entre las estructuras matemáticas y las físicas, entre el mundo que el hombre puede considerar en buena medida como configurado por su mente y el mundo exterior en el que está instalado y le supera sin medida. Todavía hoy se habla de una «*persona de orden*» en sentido muy positivo<sup>24</sup>.

Al cobrar conciencia de lo que implica el orden, el hombre del siglo XVIII concedió el máximo rango a la facultad destinada a hacerse cargo de este: la razón, vertiente del ser humano que constituye el orgullo y la fuerza del Siglo de las Luces<sup>25</sup>.

El uso libre de la razón preparó la gran lucha por la libertad: la Revolución Francesa. Revolucionario era el hombre de progreso que luchaba por elevar el ser humano a niveles adecuados a su dignidad. El contrarrevolucionario era un ser reaccionario, enemigo de las luces de la razón y del modo genuino de ser hombre. A lo largo del siglo XIX se consagró también con el máximo rango el término revolución. Las grandes revoluciones de este siglo se desencadenaron con el fin de ampliar las cotas de libertad. En el siglo XX se impuso como nuevo término talismán el término libertad<sup>26</sup>.

La Ilustración francesa del siglo XVIII tiene dos expresiones, temas o cabezas de turco favoritos: las mentiras de los curas y el fanatismo. No solo no cree en la verdad de las convicciones clericales, sino que ve en cualquier culto una estafa ideada para fanatizar a una comunidad y explotar a los fanatizados. Nunca se escribió un manual más descarado de propaganda que *Mi lucha* de Hitler. Para Victor Klemperer, el mayor enigma del Tercer Reich seguirá siendo el hecho de que este libro pudiera y hasta debiera ser difundido entre la opinión pública y que aún así Hitler accediera al poder y lo retuviera durante doce años, a pesar de que la biblia del nacionalsocialismo llevaba años circulando antes de la toma del poder. Y nunca, nunca en todo el siglo XVIII francés, la palabra fanatismo (con el correspondiente adjetivo) ocupó una posición tan central y se utilizó con tanta frecuencia (invirtiéndose totalmente su valor y pasando a ser positivo) como en los doce años del Tercer Reich<sup>27</sup>.

Las palabras dominantes producen un efecto fascinante porque presentan un aspecto sumamente atractivo y ocultan otros menos favorables. Para

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> KLEMPERER, V.: *El lenguaje del Tercer Reich, apuntes de un filólogo*, Editorial Minúscula, Barcelona 2020, pp. 42-43.

convertirse en palabra dominante, un término debe ostentar un significado capaz de usarse en diversos sentidos, de los cuales el manipulador tomará en cada momento el más adecuado a sus fines. Se habla, por ejemplo, de libertad, y ésta remite a independencia, cogestión, igualdad... Y se piensa en la exaltación de los pueblos que adquieren su independencia y en la dignificación que significa para los trabajadores pasar a ser cogestores de su empresa. Pero se deja de lado el fracaso de tantas emancipaciones prematuras y el desorden y la ineficacia que se provocan a menudo cuando se anula toda jerarquía auténtica en la dirección de un centro de trabajo<sup>28</sup>.

La riqueza y ambigüedad de estos términos permiten realizar todo tipo de deslizamientos de sentido. Si la libertad es el valor supremo, ser libre implica ser todo un hombre. Por ejemplo, cuando hace años, en un eslogan publicitario de cierta marca de bebidas, se proclama que «*Soberano es cosa de hombres*», el término hombre actúa con la fuerza de un vocablo prestigioso. Presenta al mismo tiempo riqueza y ambigüedad. No se sabe con precisión qué se quiere decir con este vocablo tan general, pero se intuye algo valioso, auténtico y fuerte que atrae y halaga. Este halago y atractivo se potencian al entrar la palabra «*hombre*» en relación estrecha con otro término prestigioso: «*soberano*». El que ha ideado este hábil lema propagandístico no ignora que en muchos casos la entrega a la bebida, por alta que sea la calidad de líquido ingerido, no conduce a los hombres a la cima de su libertad y dignidad sino a una vinculación esclavizante. Este aspecto sombrío es dejado de lado. Se proyecta simplemente sobre la marca de la bebida el término hombre, entendido ambiguamente hasta hace no mucho como algo prestigioso.

En el año 2004, el ensayo *No pienses en un elefante*<sup>29</sup> del lingüista cognitivo norteamericano George Lakoff (por cierto, miembro del comité científico de la fundación Ideas, que fue el *think tank* del PSOE durante unos años) nos explicó la necesidad de dotarse de un lenguaje coherente que permita definir desde tus propios valores y sentimientos los asuntos en juego en el espacio público, si uno quiere hacer avanzar su agenda ideológica y política en una sociedad.

Lo que viene a decir Lakoff es que su partido (en este caso, los Demócratas de Estados Unidos) no había sido capaz de construir un encuadre convincente de su modo de ver la vida. O, al menos, no de la manera tan eficiente y eficaz como lo hicieron los Republicanos.

Los marcos son estructuras mentales que conforman el modo como los individuos ven el mundo. Cuando se oye una palabra, se activa en el cerebro

<sup>28</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 81.

<sup>29</sup> LAKOFF, G.: *No pienses en un elefante*, Península, Barcelona 2017.

de ese individuo un marco o una colección de marcos. Cambiar ese marco significa también cambiar el modo que la gente tiene de ver el mundo<sup>30</sup>.

Por ello, Lakoff da gran importancia, a la hora de enmarcar acontecimientos conforme a los propios valores, a no utilizar el lenguaje del adversario (*no pensar en un elefante*). Y ello es así porque el lenguaje del adversario apuntará hacia un marco que no será el marco deseado<sup>31</sup>.

En este influyente librito se sostiene que tanto las políticas conservadoras como las progresistas tienen una consistencia moral básica. Se fundamentan en visiones diferentes de la moral familiar que se extienden al mundo de la política.

Los progresistas tienen un sistema moral que se enraíza en una concepción determinada de las relaciones familiares. Es el modelo de los padres protectores, que creen que deben comprender y apoyar a sus hijos, escucharlos y darles libertad y confianza en los demás, con los que deben cooperar<sup>32</sup>.

El lenguaje triunfante de los conservadores se basaría en cambio en el modelo antagonístico del padre estricto basado en la idea de esfuerzo personal, desconfianza hacia los demás e imposibilidad de una verdadera vida comunitaria.

En este sentido, la ventaja conservadora que Lakoff veía en la política norteamericana de la primera década de nuestro siglo es que la política de aquel país utilizaba habitualmente su lenguaje y tales palabras arrastraban a los demás políticos y partidos (a los Demócratas, principalmente) hacia la visión del mundo conservadora<sup>33</sup>.

Y todo ello porque, para Lakoff, el enmarcado es un proceso que consiste precisamente en elegir el lenguaje que encaja con la visión del mundo de quién enmarca.

Lakoff pone algunos ejemplos desde la óptica conservadora:

– es inmoral darle a la gente cosas que no se han ganado porque entonces no conseguirán ser disciplinados y se convertirán en dependientes e inmorales. La concepción de los impuestos como una desgracia y la necesidad de bajarlos se enmarca muy gráficamente en la frase «*alivio fiscal*». Los progresistas no deben usar esa frase y sí en cambio «*solidaridad fiscal*», «*sostenimiento del estado del bienestar*», etc<sup>34</sup>.

– sobre los gays, sostiene que en EEUU y bajo la óptica conservadora la palabra gay en aquella época connotaba un estilo de vida desenfadado y

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 6.

poco saludable. Los progresistas cambiaron ese marco por el de «*matrimonio igualitario*», «*el derecho a amar a quien quieras*», etc<sup>35</sup>.

Los marcos que escandalizan a los progresistas son los que los conservadores consideran o consideraban verdades o deseables y viceversa.

– Padre protector y padre estricto son dos modelos que no son excluyentes. De hecho, el propio Lakoff sostiene que ambos conviven en nuestro interior ya sea de manera activa o pasiva<sup>36</sup>.

La familia de los padres protectores supone que el mundo, pese a sus peligros y dificultades, es básicamente bueno, que puede y debe mejorar y que nosotros somos responsables de trabajar en ello. Este sería el modelo progresista.

El modelo de padre estricto presupone que el mundo es y será siempre peligroso y difícil, y que los niños nacen con malas tendencias y hay que educarlos. El padre estricto es la autoridad moral que tiene que sostener y defender a la familia, decirle a su mujer lo que ha de hacer y enseñarle a los hijos la diferencia entre el bien y el mal. Este sería el modelo conservador.

Para Lakoff el miedo y la incertidumbre serán factores que activen de manera natural el marco del padre estricto en la mayoría de la gente, llevando al electorado a considerar la política en términos conservadores<sup>37</sup>.

Con estas breves líneas sólo queremos dar algunas pistas sobre la manera en que los politólogos actuales enfocan lo que se conoce como batalla cultural. Pasemos ahora a decir algunas cosas sobre el particular.

#### 4. LA IMPORTANCIA DE LOS TÉRMINOS EN LAS BATALLAS CULTURALES Y LEGALES DE NUESTRA ÉPOCA

Después de conocer los dos modelos de familia utilizados por Lakoff, establecemos ya un nexo con la tan citada y odiada polarización política.

La polarización es algo mucho más familiar al modelo de padre estricto. Al fin y al cabo, si se piensa que la vida es una lucha constante entre individuos que no son buenos, una batalla sin cuartel entre el bien y el mal; es comprensible que la polarización en el mundo de la política sea algo congruente con el modelo. Es el modelo de los partidos llamados populistas<sup>38</sup>.

Sin embargo, si la visión del mundo que prevalece es la de que el acuerdo o el consenso no sólo es posible (porque el ser humano es, en esencia, bueno) sino deseable (y nosotros tenemos que poner nuestro granito de

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 9.

arena para que así sea) hay que erradicar de la arena política la lucha encarnizada, la descalificación, el ignorar o desprestigiar al otro... Y es posible que el partido o ideología dominante consiga imponer sus ideas y sus leyes sin que sus adversarios puedan contradecirlas ni cambiarlas una vez impuestas sin ser acusados de fascistas.

Evidentemente, Estados Unidos no es Europa ni España es Estados Unidos, pero creo que todos somos conscientes de cómo las victorias culturales y legislativas de los últimos 20 años han sido un modelo de cómo usar inteligentemente el lenguaje para ganar esas batallas...

La victoria de lo que algunos llaman ideología Woke (propugnada por movimientos políticos de izquierda y perspectivas que enfatizan la política identitaria de las personas LGTBI, de la comunidad negra y de las mujeres) en muchas de nuestras leyes y costumbres, se ha dado porque algunas personas han trabajado, pensado y luchado mucho para que así sea<sup>39</sup>. Y el uso del lenguaje ha tenido un papel importante en esas victorias.

Sí es sólo sí, muerte digna, derecho a la salud sexual y reproductiva, matrimonio igualitario, derecho a definir la propia identidad sexual, escuela pública y gratuita para todos, lucha contra el cambio climático, etc. Son ejemplos de batallas culturales y legislativas emprendidas inteligente, aunque no honradamente mediante el lenguaje.

Habría ejemplos distintos en el otro sector ideológico: el derecho a la vida (con la reciente victoria legislativa en el TS de Estados Unidos), objeción de conciencia, libertad educativa, derecho de los padres a la educación moral de los hijos, etc.

Otra cuestión de gran importancia sería el uso de la mentira como herramienta de transformación social. Es claro por ejemplo en el caso de las estadísticas que se han dado en algunas ocasiones para convencer a una sociedad de que una opinión es mayoritaria o que un problema tiene unas dimensiones de las que carece para luego aplicar el cambio o transformación deseado<sup>40</sup>.

Volviendo a la cuestión de la legalización del aborto, nos encontramos con el testimonio público del Dr. Bernhard Nathanson, director durante un tiempo de la clínica abortista más activa de Estados Unidos y convertido a la defensa de la vida del no nacido en el instante en que contempló, asombrado, la película de una intervención abortista. Queda patente en estas manifestaciones que su planteamiento inicial del problema que suponen los embarazos no deseados no se basó en el análisis fiel de la realidad sino en una serie de recursos efectistas destinados a persuadir a las gentes de que la

<sup>39</sup> MCWHORTER, J.: (17 de agosto de 2021), «Opinion | How "Woke" Became an Insult». *The New York Times*.

<sup>40</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 129.

práctica del aborto era la única solución posible y debía, por tanto, ser socialmente aceptada<sup>41</sup>.

*«Yo fui uno de los fundadores de la organización más importante que vendía el aborto al pueblo norteamericano. (...) Nos sirvieron de base dos grandes mentiras, la falsificación de estadísticas y encuestas que decíamos haber hecho, y la elección de una víctima para achacarle el mal de que en Norteamérica no se aprobara el aborto. Esa víctima fue la Iglesia Católica (...). Cuando más tarde los proabortistas usaban los mismos eslóganes y argumentos que yo había preparado en 1968, me daba muchísima risa, porque yo había sido uno de sus inventores y sabía muy bien que era mentira.*

*Falsear las estadísticas. Es una táctica importante. Nosotros decíamos, en 1968, que en América se practicaban un millón de abortos clandestinos, cuando sabíamos que éstos no sobrepasaban los 100.000, pero esta cifra no nos servía y la multiplicamos por diez para llamar la atención. También repetíamos constantemente que las muertes por aborto clandestino se aproximaban a las diez mil cuando sabíamos que eran doscientas nada más, pero esta cifra resultaba demasiado pequeña para la propaganda. Esta táctica del engaño y de la gran mentira, si se repite mucho, acaba por ser aceptada como verdad»<sup>42</sup>.*

El autor deja al descubierto algunos de los procedimientos manipuladores seguidos en la campaña proabortista. Ahora podemos comprobar la eficacia siniestra que tuvo la táctica de dar con todo descaro la cifra exacta de los abortos que se realizan de modo clandestino. Esta incoherencia era demasiado palmaria para que el gran público no se percatara de que se trataba de un montaje interesado. Sin embargo, aunque sea difícil de creer, el hecho es que tal falsedad fue aceptada y difundida con una espontaneidad proporcional a la contundencia con que era propalada por sus inventores<sup>43</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Pienso que conviene preservar y fomentar el pluralismo, el consenso, hablar con todo el mundo, no etiquetar, huir del maniqueísmo, aprender del diferente, respetar las opiniones distintas a las nuestras y ese tipo de cuestiones propias de las sociedades democráticas. Pero no podemos ignorar que hay personas, entidades e intereses empeñados en cambiar la realidad

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>42</sup> Estos textos están tomados de la conferencia pronunciada por el Dr. Nathanson en el Colegio de Médicos de Madrid el 15 de noviembre de 1982.

<sup>43</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 132.

social y legislativa de nuestros países y no siempre esos cambios son en favor de la dignidad humana, el derecho y la diversidad religiosa, sino que a veces esos cambios nos dirigen al totalitarismo.

En 1991, el sociólogo norteamericano James Davison Hunter publicó un libro llamado «*Guerras Culturales*»<sup>44</sup>, donde señalaba que, aunque históricamente los temas de campaña política habían sido la salud, la seguridad, la educación y el crecimiento económico, ahora se manifestaba un nuevo paradigma político-ideológico para socavar las bases de los valores tradicionales de occidente. El lenguaje, la palabra, puede ser un medio para someter a las sociedades o para liberarlas. Y a uno le puede gustar más o menos por temperamento discutir, pero hay veces que no hay más remedio que hacerlo —eso sí de manera civilizada y respetuosa con todo el mundo— si uno quiere defenderse y defender las ideas y valores que le parecen más valiosos.

Volviendo a López Quintás, podemos concluir que un pueblo dominado es incapaz de pensar con rigor y vivir creativamente. El que se haya encerrado en este círculo apenas tiene posibilidad de liberarse de su hechizo. Necesita ayuda, un guía que piense con la debida perspectiva y le otorgue libertad interior. Este proceso de liberación podría operar en varias fases<sup>45</sup>:

1. Mostrar qué es la manipulación, cómo opera y cuáles son sus efectos demoledores sobre la mente y la voluntad de las gentes.

2. Para que las personas adquieran poder de discernimiento frente a la actitud mendaz del manipulador, el guía ha de iniciarlas en el arte de pensar con rigor. Ha de hacerlo de modo imparcial y sereno, con independencia total de las luchas sociales. Quienes estén comprometidos con alguna orientación política o cultural no han de tener motivo para temer que quiera alejarlos de su posición o que ataque al grupo al que pertenecen. Trata únicamente de hacer justicia a la riqueza de los aspectos de la realidad que estudia en cada momento. Esta labor positiva de ajuste a las condiciones de la realidad pone en forma nuestra capacidad de pensar y de expresarnos con rigor, nos libera de viejos errores y del yugo de métodos inadecuados.

3. Esta agilidad de mente permite descubrir a cada persona por sí misma cuándo hay desajuste en el modo de entender o usar ciertos vocablos o esquemas mentales, plantear los problemas, seguir un razonamiento, montar una propaganda. Para que todos caigamos en la cuenta rápidamente del uso interesado que alguien pueda hacer del lenguaje y la imagen, conviene que el guía nos ponga alerta, ofreciéndonos como tema de análisis diversos ejemplos. Este análisis nos obliga a tomar distancia para ganar

<sup>44</sup> DAVISON HUNTER, J.: *Culture Wars The Struggle to Define America* (Nueva York: BasicBooks, 1991).

<sup>45</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001, p. 181.

perspectiva crítica. Esa distancia de perspectiva nos permite descubrir cómo altera el manipulador el sentido de nuestra vida.

4. Esa capacidad crítica se acrecienta cuando el guía nos descubre la riqueza que alberga la vida creativa de la que el manipulador nos aleja. Si asumimos esa riqueza y realizamos alguna experiencia creadora, sentiremos el entusiasmo que suscita el «éxtasis» o encuentro, y tendremos fuerza de voluntad para no ceder a la seducción de todo tipo de vértigo que pueda separarnos de esa fuente de vida en plenitud y felicidad. El guía no nos fuerza a tomar decisiones, no ejerce la menor coacción sobre nuestro ánimo; nos pone en la perspectiva justa para que en nosotros se alumbre el deseo de orientarnos hacia aquello que nos hace llevar una vida plena, con total libertad frente a toda suerte de prejuicios intelectuales y adherencias sentimentales.

5. Esta tarea de purificación del pensamiento, del lenguaje, de las actitudes y los ideales sólo es posible si estamos impulsados por un amor incondicional a la verdad, a lo que es en sí plenamente cada realidad y acontecimiento. El amor a la verdad nos inmuniza contra la tentación de manipular a otras personas, y refuerza nuestras defensas frente a los intentos manipuladores de los demás. Esa apertura a la realidad y a la verdad impide que los sistemas de ideas se calcifiquen y degeneren en «*ideologías*». Por eso cabe decir que la verdad nos sana y la mentira nos enferma.

6. A medida que aprendemos a distinguir modos diversos de realidad, captar el valor de cada uno de ellos y jerarquizarlos entre sí, concediendo la primacía a los valores más altos, recuperamos gradualmente el sentido cabal del lenguaje secuestrado. Para despojar al manipulador del dominio abusivo del lenguaje, la vía más eficaz no es enfrentarse a él, sino consagrarse a la tarea de descubrir la riqueza que albergan los vocablos cuando se los usa rectamente. El contacto con ese tesoro inagotable nos permitirá superar el cansancio espiritual –que constituyen, según Husserl, el mayor peligro del hombre europeo contemporáneo<sup>46</sup>– y nos llevará a pensar que es posible superar la confusión mental, la indiferencia y la apatía.

7. La orientación de la vida hacia el ideal auténtico de la misma que es el encuentro confiere a la existencia humana una singular energía y la libera, así, del estado de abulia y atonía que constituye el clima propicio para la manipulación.

Nos parece que estas recomendaciones conservan plena actualidad. Es preciso que aprendamos a usar la palabra de manera inteligente para que esté al servicio de la paz, la dignidad humana, la libertad y todos los derechos humanos. Y estemos atentos para poder desenmascarar los atropellos de estos derechos cuando vienen disfrazados con bellas palabras.

---

<sup>46</sup> HUSSERL, E.: *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, Ed. Crítica, Barcelona 1990, p. 17.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENDA, J., BERNANOS, J.: JASPERS, K.: *El espíritu europeo*, Guadarrama, Madrid 1957.
- DAVISON HUNTER, J.: *Culture Wars The Struggle to Define America* (Nueva York: Basic-Books, 1991).
- ENDE, M.: *Momo*, Alfaguara, Madrid 1985.
- GRAMSCI, A.: *Introducción a la filosofía de la praxis*, Península, Barcelona 1976, p. 67.
- GUARDINI, R.: *El poder*, Cristiandad, Madrid 1982.
- HÄRING, B.: *Ética de la manipulación*, Herder, Barcelona 1978.
- HEISENBERG, W.: *Diálogos sobre física atómica*, BAC, Madrid 1972.
- HUSSERL, E.: *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, Ed. Crítica, Barcelona 1990.
- KLEMPERER, V.: *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona 2020.
- LAKOFF, G.: *No pienses en un elefante*, Península, Barcelona 2017.
- LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La manipulación del hombre a través del lenguaje. Estudio de los recursos manipuladores y del antídoto contra los mismos*. Manuscrito corregido el 5 de febrero de 2001.
- MCWHORTER, J.: (17 de agosto de 2021). «Opinion | How “Woke” Became an Insult». *The New York Times*.
- ORWELL, G.: *1984*, Debolsillo, Barcelona 2013.
- SAINT-EXUPÉRY, A.: *Ciudadela*, Gallimard, París 1948.
- TOCQUEVILLE, A. de: *La democracia en América*, FCE, México 1957.

# La Iglesia Católica y el nuevo imaginario colectivo liberal en el ámbito de la educación (1868-1939): debate entre lo supuestamente antiguo y lo supuestamente nuevo

**JORGE GARCÍA OCÓN**  
Universidad Villanueva

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Antecedentes. 3.- 1868-1931: La construcción de un nuevo credo liberal. 4.- 1931-1940: La imposición del nuevo credo liberal. 5.- Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Sin duda los conceptos de antiguo y nuevo son dos de los más utilizados por la propaganda. El primero nos remite a lo que ya se posee, a lo tradicional, a lo seguro. El segundo nos invita a imaginar un cambio a algo mejor que lo anterior, a esperar un progreso.

Podría pensarse en una primera rápida reflexión que lo nuevo siempre es mejor que lo antiguo. Toda generación tiende a cierto adanismo que le hace pensar que está llamada a cambiar las cosas, aunque lo más seguro es que esté redescubriendo el arroz con leche. Además, la cultura del cambio por el cam-

bio se ha extendido cada vez más en la sociedad occidental, desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días, convirtiendo la novedad en una necesidad.

Sin embargo, ambos términos no tienen siempre el mismo sentido en nuestras conciencias, ya que este depende de las circunstancias del momento. Así, cuando la situación de una sociedad necesita de un cambio, busca necesariamente lo nuevo con la esperanza de que sea mejor que lo que ya se tiene e implique un progreso. Esas situaciones son por lo general momentos de crisis que vienen de la mano de un sentimiento de hartazgo y una pérdida de confianza ante algo que se considera está durando demasiado tiempo. Por el contrario, lo antiguo es mejor valorado en coyunturas de bonanza cuando el deseo es que todo se quede como esté. No obstante, es necesario matizar que hay situaciones de crisis en las que se busca lo antiguo. Son aquellas en las que el problema es que se pierde algo que se quiere mantener, por lo que no cabe esperanza de mejora y la tendencia es aferrarse a aquello que ya se posee, otorgándole un sentido de refugio y solidez. Valdría como ejemplo la búsqueda de la tradición por parte de los artistas del Romanticismo, o aferrarse a la nostalgia (el recuerdo de lo que nos gustaría que hubiera sido) ante la pérdida de un ser querido.

Antiguo, tradición, seguridad frente a nuevo, cambio, mejora, progreso.

En el ámbito de la educación española en los siglos XIX y XX, coordinadas escogidas para este trabajo, estos términos se han utilizado con fines propagandísticos, de forma consciente o inconsciente, ya que se ha buscado influir en las conciencias por parte de los agentes implicados.

¿Quiénes han sido estos agentes? Por un lado, quien ya estaba, la Iglesia, particularmente sus institutos religiosos dedicados a la educación. Por otro lado, los que llegaban, todos aquellos que han tenido un proyecto de educación en el que la Iglesia de algún modo suponía un obstáculo. El hecho es que a partir de 1868 el debate sobre la educación ha girado en torno a una confrontación entre la Iglesia y diferentes tendencias políticas, viendo estas últimas a la Iglesia como defensora de un modelo educativo trasnochado y enemigo del progreso. Por su parte, la Iglesia, consciente del mandato divino recibido<sup>1</sup>, por un lado, ha luchado por mantener la autonomía en sus centros sin injerencias de terceros. Pero, por otro lado, siempre ha buscado influir con su mensaje sobre toda la sociedad, adquiriendo una perspectiva más democrática a partir del Concilio Vaticano II: hasta entonces la verdad cristiana debía ser impuesta; a partir del Concilio la verdad debía ser propuesta y asumida libremente por los hombres.

<sup>1</sup> «Y les dijo: “Id por todo el mundo y proclamad la Buena Nueva a toda la creación. El que crea y sea bautizado, se salvará; el que no crea, se condenará”» (Mc. 16, 15-16)

## 2. ANTECEDENTES

La primera evidencia del uso de los términos «nuevo» y «antiguo» la capitalizaron los revolucionarios franceses y sus simpatizantes en otros países al referirse al orden anterior a 1789 como Antiguo Régimen. En el caso de España con la llegada de José Bonaparte al trono, los afrancesados y los liberales de Cádiz se sumaron a los cambios que suponía dejar atrás ese Antiguo Régimen. No obstante, no será hasta 1868 cuando el uso propagandístico de términos como nuevo, progreso, antiguo, tradicional... se hizo más evidente. Con todo, conviene conocer el desarrollo de la educación en el período anterior al Sexenio Democrático para comprender lo que a partir de ese momento sucedió.

Entre 1800 y 1868 pueden observarse tres tendencias en la educación española. Antes de referirnos a ellas conviene explicar que dichas tendencias en una visión global pueden parecer lineales, pero no lo fueron. La educación no estuvo al margen de las convulsiones que durante ese período asolaron el país: una guerra de liberación contra los franceses, dos guerras civiles entre carlistas e isabelinos y una gran cantidad de pronunciamientos en los que los militares de uno y otro signo político trataban de imponer su visión de las cosas mediante las armas. Por ello, solo entre 1838 y 1857, la legislación educativa fue un continuo hacer y deshacer, produciéndose más de doscientas disposiciones legales.

El papel de la Iglesia en el ámbito educativo había sido hasta finales del siglo XVIII omnipresente. Este hecho quebró en el siglo XIX al crear el Estado liberal un sistema educativo centralizado y controlado por el propio Estado. Frente a esta injerencia del Estado en un ámbito que la Iglesia consideraba propio por mandato divino, esta trató de mantener dos cosas: su independencia a la hora de educar en sus propios centros; su papel como garante de la moral en la enseñanza, independientemente de la titularidad de cada centro. Con todo, el resultado a lo largo del reinado de Isabel II, acabaría siendo el de una secularización del sistema educativo respecto a su organización, mientras que la Iglesia consiguió mantener su papel supervisor de la moral católica y cierta independencia en sus propios centros, aunque la tendencia fue a depender cada vez más de la financiación del Estado.<sup>2</sup>

En primer lugar, las relaciones entre Iglesia y Estado en materia de educación en un principio fueron tensas. Con la única excepción de los absolutistas puros (más tarde conocidos como ultras y luego carlistas), la mayor parte de la clase política (liberales y absolutistas reformistas) abogaba por

---

<sup>2</sup> DIEGO GARCÍA, E. de y RUIZ DE AZÚA, E.: «La contribución de la Iglesia a la enseñanza primaria (1848-1857)», en *École et Église en Espagne et en Amérique Latine*, ed. J. RENÉ AYMES, E.-M. FELL, y J.-L. GUERENA (Tours: Presses universitaires François-Rabelais, 1988), 48.

un control del sistema educativo por parte del Estado. Las razones podemos encontrarlas en las palabras de Condorcet: «ofrecer a todos los individuos de la especie humana los medios de proveer a sus necesidades, de conseguir su bienestar; asegurar a cada uno este bienestar, que conozca y defienda sus defectos y que entienda y lleve sus deberes; asegurar a cada uno la facilidad de perfeccionar su industria, de capacitarse para las funciones sociales a que tiene derecho a ser llamado, para desenvolver toda su extensión de los talentos que ha recibido de la naturaleza y para establecer entre los ciudadanos una igualdad de hecho y hacer real la igualdad política reconocida por la ley, tal debe ser el primer fin de una instrucción nacional»<sup>3</sup>. Sin embargo, hacia el final del reinado de Isabel II las relaciones entre Iglesia y Estado se habían normalizado gracias al Concordato de 1851 y la Ley Moyano de 1857, que favorecieron el papel de la Iglesia en materia educativa, en especial en la inspección.

Otra tendencia fue el progresivo control del sistema educativo por parte del Estado. Control que necesitaba de recursos económicos que se consiguieron con la desamortización de bienes eclesiásticos<sup>4</sup>. De esa forma, la Iglesia perdió al mismo tiempo control sobre la organización de la educación y capacidad económica, siendo su dependencia financiera respecto del Estado cada vez mayor.

Finalmente, el Estado fue admitiendo que la Iglesia recuperase la función inspectora sobre la moral en la sociedad, especialmente en la educación. Entre otras competencias, la Iglesia controlaba la producción de libros para la educación. Lo hacía de dos formas: mediante la censura previa y posterior; y produciendo sus propios libros<sup>5</sup>.

Esta situación tuvo como consecuencia un hecho de gran relevancia para el futuro de la educación en España. En los últimos años del reinado de Isabel II tuvo lugar el episodio de represión a maestros krausistas. La reforma universitaria del ministro Orovio expulsaba a aquellos profesores que expusieran doctrinas erróneas, por ser antirreligiosas<sup>6</sup>. También se entregó la enseñanza primaria a la Iglesia al encomendarle a los párrocos las escuelas en localidades de menos de 500 habitantes.

En resumen, los logros de la Iglesia fueron posibles gracias al buen entendimiento con ministros pertenecientes al Partido Moderado durante el reinado de Isabel II, convencidos de que la creación del sistema educativo debía hacerse sobre valores católicos con la colaboración de la Iglesia. Den-

<sup>3</sup> GÓMEZ MORENO, Á.: *Liberalismo y educación primaria en España: 1838-1857* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1990), 7.

<sup>4</sup> VALLE LÓPEZ, Á. del: *La pedagogía de inspiración católica* (Madrid: Síntesis, 2000), 54.

<sup>5</sup> El problema en torno a los libros de texto fue reglamentado finalmente en el Título V (arts. 86-93) de la Ley Moyano «Ley de Instrucción Pública», 1710 *Gaceta de Madrid* (1857).

<sup>6</sup> Los afectados fueron Sanz del Río, Fernando de Castro y Salmerón. También se le abrió expediente a Giner de los Ríos.

tro de este esquema de entendimiento político-religioso, la Iglesia aportaría al Estado las bases del orden social. Sin embargo, en una sociedad que se enfrentaba a numerosos retos y cambios, esto no bastaría para garantizar una convivencia libre de conflictos, lo que daría lugar a la represión por parte del Estado en algunos casos, y a la reforma en otros. O en sentido rupturista, a la revolución.

### 3. 1868-1931: LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO CREDO LIBERAL

Entre el argumentario revolucionario de 1868, ocupó un lugar importante el objetivo de lograr, especialmente en el ámbito de la enseñanza, la separación absoluta entre Iglesia y Estado e imponer la libertad de cultos. Así figuraba en los manifiestos de Topete<sup>7</sup> y otros líderes militares<sup>8</sup>. En su discurso del 18 de septiembre, Prim explicaba la necesidad de la revolución: «Destruyamos, pues, súbitamente lo que el tiempo y el progreso debieron paso a paso transformar»<sup>9</sup>. Atrás debían quedar viejas formas y dar paso a otras nuevas. Una de esas viejas formas era el papel de la Iglesia en la sociedad y particularmente en la educación, ocupando los jesuitas un lugar destacado entre las obsesiones de los revolucionarios.

Así, habiendo triunfado la Revolución, durante la etapa del Gobierno Provisional, la primera reforma en materia de enseñanza del ministro Ruiz Zorrilla fue derogar la reforma de Orovio y así exponía las razones para hacerlo: «entregar la instrucción primaria al clero era aprisionarla en un círculo de hierro, encerrándola dentro de un cuadro de verdades invariables e indiscutibles que se refieren a un solo fin de la vida: ... era, en una palabra, estacionarla y negar la ley del progreso humano». Después se aprobó la derogación de todos los artículos de la Ley Moyano en los que se concedía algún tipo de privilegio al clero en materia educativa.

En un segundo Decreto, Ruiz Zorrilla promulgaba la completa libertad de enseñanza, siendo el objetivo que la libre competencia entre los que enseñaban diese lugar a la creación de colegios suficientes como para que los centros públicos no fuesen necesarios. Esta libertad de enseñanza incluía

<sup>7</sup> «Con otro fin, el de presentaros una [ley] que sea la absoluta negación de toda doctrina liberal, os cito la de instrucción pública», en referencia a la Ley Orovio. Manifiesto de 17 de septiembre de 1868, firmado por Juan B. TOPETE V. BOZAL, *Juntas revolucionarias. Manifiestos y proclamas de 1868* (Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1968), 67-70.

<sup>8</sup> «Hollada la ley fundamental; convertida siempre, antes en celada que en defensa del ciudadano;... tiranizada la enseñanza... Tal es la España de hoy», Manifiesto de 19 de septiembre de 1868, ¡Viva España con honra!, firmado por los jefes militares Bozal, 73-76. Junta de Gobierno de la provincia de Málaga (27 de septiembre de 1868). *Ibidem*, 97.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 72.

otras: libertad de cátedra, con el fin de evitar que volviera a suceder lo mismo que a los profesores krausistas con la llamada «primera cuestión universitaria»; libertad de creación de centros, eliminando la potestad censora que el Concordato de 1851 otorgaba a la Iglesia; la asignatura de religión dejaba de ser obligatoria.

La Constitución de 1869 recogía expresamente la libertad de culto y de enseñanza, rompiendo con la confesionalidad del Estado y con el control eclesiástico de la enseñanza que se establecía en el Concordato de 1851. Lo único que quedaba de éste era la dotación económica del culto y sus ministros. Se argumentaba por parte del Gobierno que las exigencias de los nuevos tiempos impedían el cumplimiento de un documento jurídico trasnochado<sup>10</sup>.

Tras la aprobación del texto constitucional se ratificaron en las Cortes los Decretos del Gobierno Provisional. Durante el debate parlamentario, el tradicionalista Ortiz de Zárate aprovechó para señalar que la expulsión de los jesuitas (12-10-1868)<sup>11</sup> y el consecuente cierre de sus escuelas suponía una conculcación de la libertad de creación de centros de enseñanza. Lo hizo además poniendo como ejemplo el colegio de Carrión de los Condes en el que estudiaban muchos hijos de liberales. La repuesta de Ruiz Zorrilla fue que se había considerado a los jesuitas «no sólo (...) perjudiciales para la idea revolucionaria, sino para toda idea de libertad, de progreso y de civilización»<sup>12</sup>. Es decir, la Compañía de Jesús, la principal institución educadora en esos momentos en España, era vista como el principal obstáculo a lo que ellos llamaban progreso: poder llevar a cabo sus propias ideas en educación.

En realidad, todas estas disposiciones no fueron más que un proyecto elitista (de un grupo de liberales radicales que se hizo con el poder gracias a las disputas de otros por el trono español), que no respondía a los deseos del pueblo (era bastante poco democrático), ni a las posibilidades económicas del Estado. En la práctica se necesitaba que los colegios de los religiosos suprimidos siguiesen funcionando. Se hizo la vista gorda a que los jesuitas siguiesen enseñando en sus colegios, hecho conocido por todo el mundo, mientras no vistiesen el hábito del instituto. De hecho, fue el periodo en el que la Compañía de Jesús fundó más centros, pasando de tres a catorce<sup>13</sup>. Respecto a la

<sup>10</sup> PETSCHEN, S.: *Iglesia-Estado. Un cambio político. Las constituyentes de 1869* (Madrid: Taurus, 1975), 376.

<sup>11</sup> Sobre la expulsión de los jesuitas y el resto de la legislación antirreligiosa, ver SANZ DE DIEGO, R. M.: «La legislación eclesiástica del sexenio revolucionario (1868-1874)», *Revista de estudios políticos*, n.º 200 (1975): 195-224.

<sup>12</sup> «Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes», 96 § (1869), 2664.

<sup>13</sup> REVUELTA GONZÁLEZ, M.: *Los colegios de jesuitas y su tradición educativa (1868-1906)* (Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1998), 15. La realidad era que un mundo competitivo en el que el dominio del uso de la palabra y de otras capacidades eran fundamentales, las elites liberales no dudaban en que sus hijos se formasen adecuadamente en esas lides para asegurarse un futuro. Y en ellas los jesuitas eran maestros desde hacía siglos. JIMÉNEZ PABLO, E.: «Un Modelo Educativo que generó Oposición: La Ratio Studiorum de los Jesuitas», *Social and Education History* 10, n.º 2 (2021): 158-80.

desconexión de los proyectos de la élite política liberal con las necesidades del pueblo, a este poco le importaba la disputa entre religiosos y krausistas, ni le importaban los ideales de estos de regeneración y transformación social a través de la enseñanza. El propio Giner de los Ríos reconocía que las reformas de la I República no contaban con el apoyo social necesario<sup>14</sup>.

Restaurada la monarquía, el Ministerio de Fomento volvió a estar ocupado por Manuel Orovio. En un decreto de 1875 se obligaba a los profesores a jurar fidelidad a la monarquía y respetar la religión católica. Aquellos que se negaron fueron expulsados de sus cátedras. Eran Francisco Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón, Emilio Castelar, Gumersindo Azcárate, Segismundo Moret, Eugenio Montero Ríos, Augusto González Linares y Laureano Calderón, próximos al krausismo y a las teorías de Darwin. Tomaron entonces la iniciativa, encabezados por Giner de los Ríos, de fundar la Institución Libre de Enseñanza (en adelante, ILE), cuyo objetivo era ejercer la enseñanza sin injerencias del Estado ni de la Iglesia.

La ILE comenzó siendo un centro fundamentalmente de enseñanza universitaria, para pasar a volcarse más en la etapa secundaria y extenderse finalmente a la primaria. Sin embargo, los miembros de la ILE tenían poca experiencia en estas etapas, por lo que decidieron asistir a las conferencias de pedagogía que en 1878 se impartían en la Exposición Universal de París. Los fundadores de la ILE habían pasado de perseguir una universidad libre a buscar una renovación de la enseñanza en España y con ella de su sociedad, que debía estar formada por hombres libres, participativos y tolerantes. Entendieron, no obstante, que el método rupturista del Sexenio solo había conseguido fracturar la sociedad en bandos, por lo que el cambio debía hacerse desde la aceptación de la sociedad del momento y su reforma. Postura idéntica a la adoptada por los líderes del Partido Liberal, entre los que de hecho se encontraban algunos institucionistas<sup>15</sup>. La colaboración entre ILE y Partido Liberal llevó a la creación de instituciones nuevas, en lugar de reformar las existentes, para poder trabajar con autonomía: Museo Pedagógico (1882), la Cátedra de Pedagogía de la Universidad Central (1904), la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (JAE, 1907) y la Escuela Superior de Magisterio (1909).

La crisis de 1898 espoleó la necesidad de profundizar en el cambio:

La pérdida de Cuba y Filipinas fue el detonante que hizo explotar una situación enquistada a lo largo de las décadas pasadas y abrió las puertas a la reflexión sobre cómo evolucionar hacia un futuro mejor. Por eso, para los intelectuales regeneracionistas, el término «nuevo»

<sup>14</sup> GINER DE LOS RÍOS, F.: *Escritos sobre la Universidad española* (Madrid: Espasa Calpe, 1990), 64-65.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ ALFARO, E.: «El Instituto-Escuela y la Institución Libre de Enseñanza», *Indivisa, Boletín de Estudios e Investigación*, n.º 16 (2016): 85-86.

tuvo un significado especial, como aspiración última y símbolo del cambio que era necesario realizar para superar la situación existente, no deseada y deprimente –en la cual, la pérdida de las últimas colonias era la punta del iceberg de una problemática con un alcance mucho mayor–, hacia un futuro más ilusionante, en el que nuestra nación recuperase su pasado esplendor. Así, los pensadores del 98 pidieron obsesivamente para las décadas venideras una «era nueva»<sup>16</sup>, una «gente nueva»<sup>17</sup>, una «dirección nueva (...) que cambiase radicalmente nuestra viciosa educación»<sup>18</sup>, una «enseñanza nueva»<sup>19</sup>, una «escuela nueva»<sup>20</sup>, y, en definitiva, una «España nueva»<sup>21</sup>.

Los institucionistas se sumaron a la corriente de que la regeneración del país debía venir de Europa. Uno de los modelos de renovación pedagógica de finales del siglo XIX era el de las Escuelas Nuevas, creadas en 1889 en Inglaterra con la idea de funcionar como centros en los que se experimentaba con nuevas propuestas pedagógicas y luego exportarlas a los centros estatales. En líneas generales, el objetivo de este movimiento era una formación integral del alumno en sus dimensiones intelectual, física y moral:

La formación intelectual priorizaba la experimentación y la razón frente a la memoria y la erudición; la formación física se apoyaba, por una parte, en el contacto con la naturaleza y la vida al aire libre y, por otra, en la práctica de trabajos manuales, como la carpintería, la jardinería o la agricultura; y la formación moral anteponía la responsabilidad individual y social del individuo a la autoridad ejercida desde fuera. El alumno, en última instancia, debía ser educado para la iniciativa, la autonomía y la responsabilidad <sup>22</sup>.

Sin duda la Escuela Nueva, como movimiento, contribuyó a generalizar la idea de la conveniencia de ofrecer a las nuevas generaciones una educación de calidad. Pero también es cierto que muchas de las ideas que proponían ya existían con anterioridad en la educación de algunas órdenes religiosas, cuya

<sup>16</sup> SELA, A.: *La educación nacional. Hechos e ideas* (Madrid: Lib. de Victoriano Suárez, 1910), 7. Citado en M. del M. del POZO ANDRÉS, «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito», *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria* 22-23 (2004 de 2003): 320.

<sup>17</sup> MAEZTU, R.: *Hacia otra España*, 1ª (Madrid: Rialp, 1899), 151. Citado en DEL POZO ANDRÉS, «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito», 320.

<sup>18</sup> SILIÓ Y CORTÉS, C.: *Problemas del día* (Madrid: Lib. de Victoriano Suárez, 1900), 82. Citado en DEL POZO ANDRÉS, «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito», 320.

<sup>19</sup> CHAMBERLAIN, J.: *El atraso de España* (Valencia: F. Sempere y C.ª, 1911), 169. Citado en DEL POZO ANDRÉS, «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito», 320.

<sup>20</sup> COSTA, J.: «Manifiesto de la Cámara agrícola del Alto Aragón», en *Reconstitución y europeización de España* (Huesca: V. Campo, 1924), 23. Citado en DEL POZO ANDRÉS, «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito», 320.

<sup>21</sup> SILIÓ Y CORTÉS, C.: *Problemas del día*, 75. Citado en DEL POZO ANDRÉS, «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito», 320.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ ALFARO, E.: «El Instituto-Escuela y la Institución Libre de Enseñanza», 88.

forma de educar teóricamente pretendía superar la Escuela Nueva en España, porque la consideraba contraria al progreso. Experimentación, razón, responsabilidad, paidocentrismo eran ideas ya presentes, por ejemplo, en la pedagogía jesuítica<sup>23</sup>. Además, aquellas ideas que en el ámbito de la educación surgían en el mundo occidental eran integradas de forma eficaz en su pedagogía, como por ejemplo algunas ideas presentes en el scoutismo de Baden Powell<sup>24</sup>.

En 1918 se creó el Instituto-Escuela de la mano de José Castillejo y Manuel Bartolomé Cossío, en la casa que los institucionistas tenían en Guadarrama. José Castillejo había conocido de primera mano los modelos de enseñanza alemán e inglés, base sobre la que se puso en marcha el proyecto de la JAE en 1907, bajo la presidencia de Ramón y Cajal y con Castillejo como secretario. Para alcanzar sus fines, la JAE puso en marcha otras instituciones (todas bajo gobiernos liberales y mediante reales decretos) como el Instituto-Escuela.

El Instituto-Escuela fue creado como centro experimental en el que ensayar innovaciones pedagógicas y evaluar sus resultados, para posteriormente poder aplicarlas en los institutos españoles. Era un instituto oficial, pero funcionaba con gran autonomía al depender orgánicamente de la JAE.

En 1925, Giner comparaba el proyecto de la ILE con lo que anteriormente se había hecho en España, defendiendo que aquello era instruir mientras que lo suyo era educar:

Lo que España necesita y debe pedir a la escuela no es precisamente hombres que sepan leer y escribir: lo que necesita son «hombres», y el formarlos requiere educar tanto el cuerpo como el espíritu, y tanto o más que el entendimiento la voluntad. La conciencia del deber, el espíritu de iniciativa, la confianza en sí propio, la individualidad, el carácter, y juntamente con esto la restauración del organismo corporal (...) tal debe ser, en aquello que corresponde a sus medios, el objetivo de la escuela nueva.

---

<sup>23</sup> «Del método didáctico de la *Ratio Studiorum* señalaremos que fue toda una novedad en los países católicos, y que todavía hoy llama la atención de pedagogos, debido a su modernidad. Dicho método, se encontraba también en el *modus parisiensis* que asimilaron Ignacio y sus compañeros; rompe con las clases magistrales, unilaterales, en las que el conocimiento iba sólo de la boca del maestro al oído del alumno, quien debía ser capaz de memorizar y repetir la lección estudiada. Por el contrario, el método de la *Ratio* se centraba en la autonomía y madurez crítica del alumno para lograr el conocimiento a través de un aprendizaje más activo y significativo. En la *Ratio* aparece el método de aprendizaje dividido en tres pasos: prelección, repetición y aplicación de los ejercicios prácticos. Son tres fases sucesivas; la primera es llevada a cabo por el profesor, que debe facilitar el aprendizaje de los estudiantes por medio de la explicación. En la segunda, es el alumno el que se hace autodidacta y hace suyo lo aprendido por el maestro. Y en la tercera, alumno y maestro, o entre los propios alumnos, discuten sobre lo aprendido a través de los ejercicios, llegando a un dominio total de la materia estudiada.» JIMÉNEZ P.: «Un Modelo Educativo que generó Oposición: La *Ratio Studiorum* de los Jesuitas», 169-70. LABRADOR, C. *et al.*, *La «Ratio Studiorum» de los jesuitas* (Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1986), 55-57.

<sup>24</sup> GARCÍA OCÓN, J.: *La misión educativa jesuítica en el Colegio de Areneros (1939-1959)* (Bilbao: Mensajero, 2018), 63.

Es decir, se perseguía una educación que formase no sólo la razón, sino especialmente la voluntad. En realidad, era una copia de la formación en virtudes que la Iglesia había practicado durante siglos. Lo único que cambiaba era el catálogo de virtudes.

Resulta curioso que desde la ILE se sumarán al movimiento de la auto-proclamada Escuela Nueva, cuando ellos mismos habían ironizado en los orígenes de este movimiento sobre esa pretensión de novedad, señalando que muchas de sus propuestas ya habían sido puestas en marcha por la ILE casi dos décadas atrás.

El resentimiento a la labor educativa de las órdenes religiosas es lo que llevó a los hombres de la ILE a buscar siempre diferenciarse de lo que hacían estas, autoproclamándose como regeneracionistas y novedosos. De ahí que se acabarán sumando al paraguas de la Escuela Nueva aunque no les pareciera tan nueva en un principio. ¿Quizá tampoco lo que hacían ellos fuera tan novedoso y ya lo hacían aquellos religiosos a los que atacaban?

En un artículo escrito por miembros del movimiento de la Escuela Nueva en la actualidad, refiriéndose a los miembros de la ILE, se afirma que «en realidad todos estos hombres estaban llenos de una agresiva actitud anticlerical y seglar y fueron marcados por la ideología del krausismo».<sup>25</sup> Su pretendida neutralidad religiosa solo lo fue en la teoría, ya que la motivación de su origen fue el resentimiento frente a las órdenes religiosas ocupadas en la educación; y su pretendida neutralidad política no existió nunca pues creció de la mano del Partido Liberal y la mayor parte de sus instituciones se crearon a golpe de decreto real.

#### 4. 1931-1940: LA IMPOSICIÓN DEL NUEVO CREDO LIBERAL

Con la proclamación de la II República llegó la gran oportunidad de la ILE en su disputa por el control de la educación con la Iglesia. Giner de los Ríos se pronunciaba en aquella ocasión con las siguientes palabras:

«La Escuela Superior del Magisterio, la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas, la Escuela de Criminología y hasta la residencia de estudiantes han sido los gérmenes de la nueva España. Estos han sido los gérmenes que han posibilitado el advenimiento de un régimen nuevo. La simiente está tirada silenciosamente en el surco. La República española recoge los resultados de aquellos<sup>26</sup>.»

<sup>25</sup> RÖHRS, H., LENHART, V. y BÖHM, W. eds., «Progressive Education in Italy and Spain», en *Progressive Education Across the Continents*. (Fruankfurt am Main: Peter Lang, 1995), 85-104.

<sup>26</sup> SAINZ RODRÍGUEZ, P.: *La escuela y el Estado Nuevo* (Burgos: Hijos de Santiago Rodríguez, 1938), 13-14.

Por si cabía alguna duda del protagonismo de los institucionistas, en una entrevista concedida a *El Sol* en julio de 1931, Manuel Bartolomé Cossío afirmaba que la nueva República era posible gracias a dos fuerzas: la ILE de Giner de los Ríos y el PSOE de Pablo Iglesias<sup>27</sup>.

Fue un institucionista del PSOE, Fernando de los Ríos<sup>28</sup>, quien se ocupó del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes a partir de diciembre de 1931, tras ser aprobada la Constitución. Fue él el encargado de apartar a la Iglesia de la labor de educar, con la disolución de la Compañía de Jesús y la prohibición a las órdenes religiosas de educar.

La autoproclamada Escuela Nueva parecía haber triunfado sobre la supuesta escuela tradicional católica. Sin embargo, que el discurso progresista no era más que pura propaganda, quedaba evidenciado en un artículo en ABC de Ramiro de Maeztu en torno a una de las instituciones educativas más importantes en España, el ICAI:

«Era gran parte de Madrid la que se beneficiaba de la obra del Instituto. La ciudad entera parecía subir por sus clases y escalar el dominio de la técnica, en busca de un poco más de bienestar. Dejar destruir el ICAI no fue sólo crimen sino una estupidez. Es institución que no puede hacerse por dinero, ni rehacerse siquiera. Sólo si el Gobierno volviera a ponerla inmediatamente en manos del P. Pérez Pulgar y de la Compañía de Jesús, sería posible restaurarla<sup>29</sup>.»

Según Maeztu, Fernando de los Ríos había afirmado que la mejor institución educativa era el ICAI de los jesuitas y que el Estado haría lo mismo en el mismo edificio. Es decir, lo que le estorbaba a Fernando de los ríos eran los jesuitas, no lo que hacían. Reconocía, además que lo que hacían era lo mejor que había en España. El problema para Maeztu era que el personal docente que aportaba el Estado no podía cubrir las expectativas de sus disueltos antecesores.

Quedaba evidenciado que durante décadas, los supuestos reformistas de la educación habían tenido por objeto ocupar el puesto de la Iglesia en la educación, no por que pudieran aportar algo mejor, sino por puro resentimiento anticlerical.

---

<sup>27</sup> RODRIGO MARTÍN, L., RODRIGO MARTÍN, I. y NÚÑEZ GÓMEZ, P.: «Propaganda y educación. Estudio de la propaganda en la historia educativa española (1900-1975)», *Etic@net. Revista científica electrónica de Educación y Comunicación en la Sociedad del Conocimiento* 18, n.º 1 (27 de junio de 2018): 147, <https://doi.org/10.30827/eticanet.v18i1.11886>.

<sup>28</sup> Fernando de los Ríos fue discípulo de Francisco Giner de los Ríos durante la realización de la Licenciatura de Derecho. A partir de 1902, en Barcelona, mantuvo una estrecha relación con la familia de Hermenegildo Giner de los Ríos, hermano de Francisco y activo lerrouxista. En 1905, vuelto a Madrid, colaboró con la ILE mientras hacía su doctorado. En 1908, durante una estancia en Alemania coincidió con la familia Cossío. En 1910, en España tuvo su primer contacto con el PSOE y Pablo Iglesias. En 1911 se incorporó al Centro de Estudios Históricos. En 1912 contrajo matrimonio con su prima Gloria Giner de los Ríos. En 1919 fue elegido diputado por el PSOE.

<sup>29</sup> *Nuestra Casa* (Madrid: ICAI, 1984), 21.

Nuevamente, en la II República sucedería como en la primera. Las reformas laicistas, especialmente las educativas, no fueron más que un conjunto de normas elitistas que ignoraban el sentir católico de gran parte de la sociedad y las posibilidades económicas del Estado<sup>30</sup>. A pesar de que Azaña hubiera pronunciado aquella famosa sentencia de que «España ha dejado de ser católica» en su discurso ante las Cortes del 14 de octubre de 1931, pasada la guerra y fracasado el experimento republicano reflexionaba:

Cada vez que repaso los anales del parlamento constituyente y quiero discernir dónde se jugó el porvenir de la política republicana y dónde se atravesó la cuestión capital que ha servido para torcer el rumbo de la política, mi pensamiento y mi memoria van inextricablemente a la ley de Congregaciones religiosas, al artículo 26 de la Constitución, a la política laica, a la neutralidad de la escuela<sup>31</sup>.

Terminado el recorrido, puede observarse en el caso de la ILE una migración del antiestatismo de Francisco Giner de los Ríos al más puro estatismo de Fernando de los Ríos. En el fondo, todo dictador es antiestatista hasta que puede exclamar: ¡el Estado soy yo!

## 5. CONCLUSIÓN

La autoproclamada Escuela Nueva en España, siendo su cara más visible la ILE, tuvo como principal enemigo a la Iglesia católica y particularmente a la Compañía de Jesús, que en la práctica era la orden con mayor peso en la educación española.

La argumentación de la ILE para desplazar a la Iglesia de la educación, logro oficialmente conseguido finalmente durante la II República, fue la necesidad de traer nuevas formas de educar, calificando lo que hacía la Iglesia en sus centros como enseñanza tradicional, contraria, según ellos, al progreso, a los soplos de aire fresco que llegaban desde Europa y que la ILE pretendió capitalizar. Un argumentario que, en resumen, era injustificado y se basaba en ideas erróneas. Dos hechos lo demuestran. En primer lugar, la mayor parte de los principios pedagógicos que la ILE vendía como novedosos ya existían en pedagogías con siglos de existencia (se ha visto el caso de la pedagogía jesuítica). A esta realidad se puede añadir el hecho de que el caso más aclamado

<sup>30</sup> Las órdenes religiosas siguieron educando de incógnito, incluso los jesuitas. GARCÍA OCÓN, J.: *La misión educativa jesuítica en el Colegio de Areneros (1939-1959)*, 28-29.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ANDOIN, C.: «¿Qué educación laica? Ideales y política de Fernando de los Ríos», *Foro de Educación* 16, n.º 25 (30 de junio de 2018): 123, <https://doi.org/10.14516/fde.668>.

por el movimiento de la Escuela Nueva fuera de España fuese las Escuelas del Ave María de Andrés Manjón, un sacerdote católico<sup>32</sup>.

En realidad, lo que le estorbaba a la ILE de la Iglesia era la visión que esta tenía de la sociedad, es decir, los contenidos de su educación, no los principios pedagógicos que la guiaban, ni sus metodologías. Y le estorbaba porque era contrario al imaginario colectivo liberal que pretendía imponer en la sociedad.

Para eliminar el estorbo se utilizó un argumentario que puede calificarse sencillamente de propaganda, porque el uso de conceptos como nuevo, progreso, antiguo, tradicional, etc. no fueron utilizados para describir una realidad, pues no existía tal, sino para obtener una cota de poder que le permitiese alcanzar sus objetivos. Así, cuando tuvieron la oportunidad, los institucionistas no tuvieron reparo en abrazar el poder (primero durante los gobiernos del Partido Liberal y posteriormente durante la II República) y erigirse en defensores de la misma instrucción pública que en sus orígenes habían considerado una circunstancia a superar.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOZAL, V.: *Juntas revolucionarias. Manifiestos y proclamas de 1868*. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1968.
- CACHO VIU, V.: *La Institución Libre de Enseñanza*. Madrid: Rialp, 1962.
- DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES CONSTITUYENTES. 10/06/1869. Vol. 96.
- DIEGO GARCÍA, E. de, y RUIZ DE AZÚA, E.: «La contribución de la Iglesia a la enseñanza primaria (1848-1857)». En *École et Église en Espagne et en Amérique Latine*, editado por Jean René Aymes, Ève-Marie Fell, y Jean-Louis Guereña, 47-60. Tours: Presses universitaires François-Rabelais, 1988.
- GARCÍA DE ANDOIN, C.: «¿Qué educación laica? Ideales y política de Fernando de los Ríos». *Foro de Educación* 16, n.º 25 (30 de junio de 2018): 119-39. <https://doi.org/10.14516/fde.668>.
- GARCÍA OCÓN, J.: *La misión educativa jesuítica en el Colegio de Areneros (1939-1959)*. Bilbao: Mensajero, 2018.
- GINER DE LOS RÍOS, F.: *Escritos sobre la Universidad española*. Madrid: Espasa Calpe, 1990.
- GÓMEZ MORENO, Á.: *Liberalismo y educación primaria en España: 1838-1857*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1990.
- JIMÉNEZ PABLO, E.: «Un Modelo Educativo que generó Oposición: La Ratio Studiorum de los Jesuitas». *Social and Education History* 10, n.º 2 (2021): 158-80.
- LABRADOR, C., M. BERTRÁN-QUERA, DÍEZ ESCANCIANO, A. y MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, J.: *La «Ratio Studiorum» de los jesuitas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1986.
- LEY DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA. 10/09/1857. *Gaceta de Madrid*. Vol. 1710.

<sup>32</sup> RÖHRS, H., LENHART, V. y BÖHM, W.: «Progressive Education in Italy and Spain».

- MARTÍNEZ ALFARO, Encarnación. «El Instituto-Escuela y la Institución Libre de Enseñanza». *Indivisa, Boletín de Estudios e Investigación*, n.º 16 (2016): 83-104.
- NUESTRA CASA. Madrid: ICAI, 1984.
- PETSCHEN, S.: *Iglesia-Estado. Un cambio político. Las constituyentes de 1869*. Madrid: Taurus, 1975.
- POZO ANDRÉS, M.<sup>a</sup> del M. del: «La escuela nueva en España: crónica y semblanza de un mito». *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria* 22-23 (2004 de 2003): 317-46.
- REVUELTA GONZÁLEZ, M.: *Los colegios de jesuitas y su tradición educativa (1868-1906)*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1998.
- RODRIGO MARTÍN, L., RODRIGO MARTÍN, I. y NÚÑEZ GÓMEZ, P.: «Propaganda y educación. Estudio de la propaganda en la historia educativa española (1900-1975)». *Etic@net. Revista científica electrónica de Educación y Comunicación en la Sociedad del Conocimiento* 18, n.º 1 (27 de junio de 2018): 134-72. <https://doi.org/10.30827/etica-net.v18i1.11886>.
- RÖHRS, H., LENHART, V. y BÖHM, W. eds. «Progressive Education in Italy and Spain». En *Progressive Education Across the Continents.*, 85-104. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.
- SAINZ RODRÍGUEZ, P.: *La escuela y el Estado Nuevo*. Burgos: Hijos de Santiago Rodríguez, 1938.
- SANZ DE DIEGO, R. M.: «La legislación eclesiástica del sexenio revolucionario (1868-1874)». *Revista de estudios políticos*, n.º 200 (1975): 195-224.
- VALLE LÓPEZ, Á. del.: *La pedagogía de inspiración católica*. Madrid: Síntesis, 2000.

SEGUNDA PARTE

**LENGUAJE Y RESPETO DEL  
PLURALISMO CULTURAL Y RELIGIOSO**

# Liberalismo y religión en la formación de identidades transculturales modernas

**M.<sup>a</sup> TERESA GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ**  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1.– Identidades fluidas ante los desafíos contemporáneos. 2.– Ciudadanía global, multiculturalismo e identidades. 2.1 Una alteridad transversal en la Ciudad Global. 2.2 El Multiculturalismo como modelo de gestión de la diversidad de identidades culturales. 3.– El acomodo liberal de la diferencia en la gestión de una multiculturalidad plural. 3.1 La homogeneidad coercitiva ante el miedo a lo diferente: El modelo de la asimilación. 3.2 El modelo de acomodamiento razonable de la identidad transcultural. 4.– A modo de conclusión.

## 1. IDENTIDADES FLUIDAS ANTE LOS DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS

Vivimos en un proceso constante de transformaciones que nos induce a desconfiar cada vez más de los valores tradicionales y las instituciones sociales. La emergencia rápida de nuevos fenómenos socioculturales asociados a la *Glocalización* y la intensidad inusitada de las nuevas realidades que se generan a partir de los mismos –nuevas tendencias socioculturales, cambios tecnológicos, la implementación sigilosa de la Inteligencia artificial en nuestra vida cotidiana– afectan irremediabilmente nuestros sistemas

éticos y de representación axiológica, alterando tanto nuestra comprensión del mundo como nuestras coordenadas personales e identitarias.

En este proceso de transformación constante cada vez somos más críticos con el papel que juegan las instituciones sociales, las normas y los roles heredados del pasado y, en consecuencia, sometemos nuestras convicciones identitarias a constantes pruebas discursivas. Jürgen Habermas en su libro *El discurso filosófico de la modernidad* se refería así al deshielo comunicativo que sufren las pautas tradicionales en los contextos globales de la vida moderna<sup>1</sup> y nos anticipaba el proceso en el que estamos actualmente inmersos de sustitución de las identidades proporcionadas por la tradición –las llamadas identidades *sólidas*– por otras en perpetuo cambio –las actualmente conocidas como identidades *fluidas*–.

La identidad del mundo contemporáneo no nos es dada a priori, sino que es construida en la convicción de que la actitud vital adecuada a la realidad fluctuante del mundo contemporáneo no es la de hacer que la identidad perdure si no, por el contrario, la de evitar que se fije o se estabilice. En este sentido, Zygmunt Bauman nos alertaba del riesgo al que se enfrentan las identidades sólidas o duraderas, las cuales, lejos de constituir activos, se consideran verdaderos obstáculos –incluso deficiencias– a la hora de responder a las exigencias de la sociedad contemporánea<sup>2</sup>. Por consiguiente, en la medida en que el «yo» se ha convertido en una dimensión abierta, poseer una identidad simple y bien definida se convierte hoy día en un problema<sup>3</sup>.

Nuestra integración en un contexto de pluralidad tan marcado como el actual dependerá, por tanto, de si nuestra identidad es capaz de transitar adecuadamente entre los fenómenos socioculturales que han favorecido la transmutación desde una identidad *sólida tradicional* hacia una identidad cada vez más *fluida*. En este sentido, psicólogos como Kenneth Gergen<sup>4</sup> han centrado su atención en diagnosticar los efectos que la inexorable planetarización o globalización de la política, la economía, la tecnología y la cultura tienen sobre las formas contemporáneas de vida y, lo que es más significativo, sobre los procesos de formación de identidades individuales y colectivas. Más concretamente, este autor nos invita a reconstruir la relación dialéctica entre la *alteridad* y la *identidad* mediante la adopción de formas culturales que tengan rango cosmovisivo y que permitan pues sustituir las identidades proporcionadas por la tradición por otras que han de construirse y reconstruirse constantemente en situaciones sometidas a perpetuo cambio. Cada vez desconfiamos más de aquellas creencias inducidas por el

<sup>1</sup> HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1985, pp. 406-411.

<sup>2</sup> BAUMAN, Z.: *La posmodernidad y sus descontentos*, Akal, Madrid, 2001, pp. 114-115.

<sup>3</sup> GERGEN, K.: *El yo saturado. Dilemas de la identidad en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 1992.

<sup>4</sup> GERGEN, K.: *op. cit. supra*, pp. 202-208.

hábito y la tradición de tal forma que, como puntualiza Thomas MacCarthy, «(...) las normas y valores que son específicos de un contexto se adaptan cada vez peor a las exigencias de la integración social; los roles concretos y los modelos fijos son cada vez más insuficientes para garantizar la identidad»<sup>5</sup>.

Este proceso de trasvase identitario se ha traducido en términos filosóficos, antropológicos y sociológicos en una marcada preferencia hacia un relativismo que trata de hacer justicia a las asimetrías de representación cultural que afectan a nuestra percepción de lo foráneo como *alteridad*; y esto último nos ha conducido, en un segundo estadio de desarrollo, a la generación de una audiencia crítica respecto a la tradición, las normas y los roles heredados del pasado. La comunidad que conforma esta audiencia crítica es una sociedad multicultural y pluralista que comprendería una amplia variedad de «ciudadanos razonables» –sirviéndonos aquí de la expresión habermasiana– o, como sería nuestra propuesta, de *ciudadanos globales* impelidos a considerar como deficientes aquellos sistemas de creencias que no fueran susceptibles de revisión. Este recurso postmoderno constante a una audiencia crítica en una esfera pública *fluida* ejerce una presión enorme sobre nosotros mismos, modulando nuestras visiones éticas heredadas, recondicionando nuestros referentes morales e incluso acomodando nuestros sistemas de validación intersubjetiva aprendidos desde la infancia a través de ideales estéticos. En efecto, la experimentación estética a través de la proyección de nuestra identidad individual ha adquirido hoy día rango de categoría sociocultural. Por ello, para una correcta comprensión de este clima favorable al revisionismo crítico de la tradición que marca la identidad contemporánea a través de la experimentación estética, debemos reseñar el papel tan relevante que desempeñan hoy día las comunidades simbólicas y mediáticas de convivencia virtual frente a las comunidades tradicionales de convivencia real.

Las *comunidades de convivencia real* (véase la familia, los compañeros de trabajo, los amigos) son el medio de pluralización exterior de los sujetos por antonomasia en su condición de entornos de sociabilidad eminentemente emocional –tales como la seguridad que aporta la familia, la solidaridad de los compañeros de estudio y de trabajo, la comprensión empática de los hermanos y amigos–. No obstante, dichas comunidades de convivencia real nos alejan de la experimentación subjetiva que caracteriza al ideal estético contemporáneo de una identidad *fluida*, obligándonos a asumir parámetros estáticos de una vida fundada en el sacrificio y en el respeto a la tradición, en el deber y en la solidaridad para con nuestros seres queridos o, como nos advirtieran Émile Durkheim y Marcel Mauss, en la perpetuación de creen-

<sup>5</sup> MACCARTHY, T.: *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y reconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 7.

cias y valores inducidos por el hábito social ante en el miedo a sufrir el castigo o la marginalización de quienes nos son próximos y comparten nuestro espacio de convivencia común.

Por el contrario, las *comunidades de convivencia virtual* (véase, por ejemplo, las conocidas como «redes sociales») se conforman como entornos de pluralización interna distentidos, amenos, simpáticos, lúdicos incluso, en los que los roles y modelos fijos son cada vez más insuficientes al triunfar en estos entornos identidades fluidas y seductoras. En este medio virtual, el sujeto individual cuenta con la posibilidad de optar por diferentes diseños de realización de su propia identidad y esto le conduce a adquirir conciencia de que es posible fluctuar entre diferentes identidades, lo cual, como vamos a analizar a continuación, favorece el desarrollo de una nueva sensibilidad para con lo diferente o foráneo.

Esta duplicidad estructural en el sujeto contemporáneo entre, por una parte, la *pluralización externa* propia a las comunidades de convivencia real y, por otra, la *pluralización interna* dentro de las comunidades de convivencia virtual ha permitido que la identidad contemporánea no se agote de forma precipitada en un narcisismo autocomplaciente, si no que progresivamente se convierta en una *alteridad* plural, híbrida y, ante todo, transversal.

## 2. CIUDADANÍA GLOBAL, MULTICULTURALISMO E IDENTIDADES

El sujeto contemporáneo es el constructor de su propia *identidad transversal* en la pluralidad de fenómenos socioculturales que han favorecido esa transmutación de la identidad *sólida tradicional* hacia una identidad cada vez más *fluida*.

(i) La identidad contemporánea es una *identidad plural* en la medida en que se construye como un tejido de capas superpuestas confeccionado a base de préstamos heterogéneos de prácticas sociales y sistemas axiológicos múltiples.

(ii) Asimismo, la identidad contemporánea es una *identidad transversal* en el sentido que ésta es concebida como una estructura relacional y poliédrica caracterizada por la conectividad, la interacción y la transitividad de los sujetos dentro de la llamada *Ciudad Global*.

## 2.1 Una alteridad transversal en la *Ciudad Global*

La socialización de las nuevas tecnologías y la rapidez en la comunicación que nos ofrecen los actuales medios de transporte han provocado no sólo la *Glocalización*<sup>6</sup> de la economía, la cultura, la política o la ecología, sino también la transitividad de las personas, incluso en su esfera privada e íntima; así pues, nuestros hogares se han convertido en representaciones constantes de lo *glocal* ante el crecimiento en los últimos años del comercio online y de las nuevas tecnologías aplicadas al confort doméstico. Como resultado de este proceso imparable de *glocalización* –el cual de forma incisiva apostilla Ulrich Beck que afecta seriamente a nuestra biografía personal– han proliferado nuevas formas híbridas o mestizas de vida que se apartan de las tradiciones identitarias y que se abren a los nuevos desafíos del mundo global de incertidumbres en que vivimos<sup>7</sup>. En este sentido, los riesgos globales que nos parecen fatalmente inevitables en materia de ecología y medio ambiente, salud pública y bienestar social han propiciado en la última década un proceso existencial de incertidumbre endémica que afecta decisivamente a la percepción de nuestra propia existencia individual. La reciente pandemia por Covid-19 ha acelerado esta toma de conciencia acerca de la magnitud de las consecuencias de los riesgos globales que compartidos. Esta concienciación de una nueva incertidumbre endémica ante los riesgos globales nos lleva a desbordar pertenencias identitarias basadas en creencias inducidas por la tradición y el hábito social para abrazar así una nueva conciencia «transidentitaria» de pertenencia a una sociedad *glocalizada* –en la que ya nada es totalmente particular ni local– y que demanda a sus ciudadanos, en consecuencia, nuevas habilidades para una convivencia plural basada no sólo en la compatibilidad entre identidades divergentes, incluso irreconciliables, sino en la gestión de la propia diferencia. Asimismo, en este mundo tan marcado por la tecnología y el movimiento, las realidades emergentes en las sociedades contemporáneas dificultan la germinación de escenarios de pertenencia identitaria comunes basados en el territorio.

Vivir en la *Ciudad Global* supone vivir en compañía, pero en una *compañía de extraños*. La *Ciudad Global*<sup>8</sup> deviene, en efecto, un medio para

<sup>6</sup> *Glocal* es un neologismo que sintetiza los conceptos de global y local de forma simultánea en un único término. Para una mejor comprensión de este término: Véase ROBERTSON, R.: «Glocalization: Time-space and Homogeneity-heterogeneity», en FEATHERSTONE, M., LASH, S. & ROBERTSON, R. (ed), *Global Modernities*, Sage, Londres, 1995.

<sup>7</sup> BECK, U.: *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 77-83. Véase a este respecto también BECK, U. *The Cosmopolitan Vision*, Cambridge Polity Press, Cambridge Mass. 2006.

<sup>8</sup> El término *Ciudad global* es un concepto de geografía urbana que fue acuñado en 1991 por la socióloga holandesa Saskia Sassen. Este concepto se aplica a la descripción de aquellas ciudades que no sólo nacen debido al efecto de la globalización –y que por tanto ejercen una influencia tangible en los asuntos mundiales socioeconómicos–, sino que suponen la cristalización de la nueva sociedad global. En el momento en que Sassen escribió su libro en 1991, esta autora empleó los ejemplos de las ciudades de Londres, Nueva York y

facilitar la convivencia entre extraños, donde lo que une a todos paradójicamente no es el territorio, si no el respeto a la diferencia para una cohabitación «razonable» de identidades múltiples. No tratamos aquí de descartar el papel esencial que desempeña el contexto geográfico o territorial en la construcción de identidades, pero tampoco podemos obviar que, en la actualidad, factores como el emplazamiento, la localización o el territorio han dejado de tener la importancia de antaño para la adaptación de identidades. Los entornos urbanos de las grandes ciudades, cada vez más pobladas y extensas, constituyen escenarios por excelencia de observación de dicho proceso de desbordamiento de las identidades sólidas. En los actuales flujos migratorios, tanto quien emigra como quien acoge se ve expuesto a este proceso inexorable de desbordamiento de identidades tradicionales y de *desterritorialización* de los imaginarios culturales. A este respecto, la generalización entre la población migrante del uso de sistemas de comunicación instantánea con sus países de origen evidencia que el movimiento hacia lo nuevo o foráneo no siempre garantiza la adaptación en una sociedad de acogida.

Cuando diferentes etnias, culturas, religiones y lenguas conviven en la *Ciudad Global*, la condición de ciudadanía debe transformarse consecuentemente para poder responder de este modo a sensibilidades muy diferentes derivadas de sistemas simbólicos y de representación identitarios que divergen entre sí. En este sentido, las expresiones «Pluralismo multicultural» o «Multiculturalismo»<sup>9</sup> acuñadas por el comunitarismo filosófico [destacan en este sentido las aportaciones realizadas por los filósofos canadienses Charles Taylor, Michael Walzer o Will Kymlicka], se consideran fórmulas adecuadas a la hora de describir la pluralidad compleja que caracteriza a la *Ciudad Global*.

---

Tokio; hoy día tendríamos que modular este listado de ciudades hasta tener cabida ciudades como Shanghai, Dubái e incluso Madrid o Barcelona. Véase las principales publicaciones de Saskia Sassen a este respecto: S. Sassen, *The Global City: New York, London, Tokyo*, Princeton University Press, Princeton, 1991. [trad. esp.: *La ciudad global*. Eudeba, Buenos Aires, 1998]. S. Sassen, *Globalization and Its Discontents: Essays on the New Mobility of People and Money*, The New Press, Nueva York, 1999. S. Sassen (ed), *Global Networks & Linked Cities*, Routledge, Nueva York-Londres, 2002.

<sup>9</sup> El término Multiculturalismo es empleado en referencia a los Estados-nación occidentales como política oficial tras los importantes flujos migratorios que experimentaron los países europeos y norteamericanos en las décadas de los 70 y 80. El empleo de este término ha sido más extenso en los países occidentales de habla inglesa, apareciendo primero en Canadá y Australia –como política nacional oficial comenzaría en Canadá en 1971, seguida por Australia en 1973– y poco más tarde en Estados Unidos e Inglaterra, para referirse a aquella doctrina que pone en duda la hegemonía cultural de los grupos blancos dirigentes en Norteamérica WASP (*white anglosaxon men*) respecto de las minorías culturales y étnicas. Respecto a su origen etimológico, el término «Multiculturalism» fue acuñado por el gobierno anglófono canadiense para referirse a una nueva política oficial respecto a las reivindicaciones identitarias del movimiento francófono de Québec, con el objeto de que se tuvieran en cuenta las tres entidades sociales de la Federación canadiense: la anglófona, la francófona y la aborígen; siendo considerada la anglófoba como mayoría étnica y las otras dos como minoritarias. Más tarde, durante las décadas de los 70 y 80, la política multicultural oficial canadiense se amplió hasta situar en igualdad a las variadas ciudadanías que se hallan dentro del estado democrático canadiense.

Para el filósofo político canadiense Will Kymlicka, solamente a través del Multiculturalismo democrático o cívico propio de los modelos liberales se consigue institucionalizar *el derecho a la diferencia* en las sociedades contemporáneas; esto es así en la medida en que la *alteridad identitaria* es considerada por Kymlicka como parte de la riqueza innata de las sociedades liberales<sup>10</sup> –como lugar de convivencia de grupos étnicos diversos– y sin que por ello tengan que sacrificar sus propias identidades<sup>11</sup>. A través del reconocimiento expreso de la legitimidad de las diferentes identidades culturales o colectivas que convergen en la *Ciudad Global*, se logra pues la participación en igualdad de condiciones de todas las comunidades; esto último predispone al desarrollo de identidades divergentes aunque favorables a una colaboración razonable dentro de un mismo espacio público. Ahora bien, a juicio de este autor, los Estados liberales deben abandonar el discurso espurio de la neutralidad institucional y aceptar que, en ocasiones, las políticas públicas deben dotar a las minorías de mecanismos diferenciados para hacer frente a las discriminaciones que pudieran surgir de la monovisión que aporta una cultura mayoritaria en el espacio público común. Más concretamente, para Kymlicka, elementos culturales determinantes en la construcción de identidades colectivas –tales como la lengua, los usos sociales o determinados símbolos culturales y religiosos– no deben ser relegados a la esfera privada como plantea el liberalismo igualitario, lo que se traduciría en la adopción de políticas públicas que promocionen los derechos lingüísticos de las minorías, las garantías de representación política y la protección constitucional de los pueblos aborígenes<sup>12</sup>. En la propuesta de Kymlicka, los poderes públicos deben intervenir en la esfera cultural de forma limitada y sólo cuando sea necesario paliar las posibles insuficiencias o desigualdades que pudieran sufrir, tanto en el reconocimiento de sus derechos subjetivos como en el ejercicio de sus libertades públicas, aquellas minorías étnica y culturalmente más débiles. En este sentido, el filósofo canadiense plantea que en este modelo de gestión de la diversidad, el Estado debe pues adoptar aquellas políticas públicas de transigencia y colaboración interculturales destinadas a promover la propia cultura e identidad de las minorías en el espacio público común y, en contrapartida, debe rechazar cualquier tentativa que trate de imponer una ortodoxia pública<sup>13</sup>.

Las críticas que Will Kymlicka dirige al modelo liberal multicultural no son aisladas; desde la década de los noventa se han sucedido constantes

<sup>10</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.

<sup>11</sup> KYMLICKA, W.: «Multiculturalismo», en *Diálogo político*, Año 24, Núm.2, 2007, pp. 11-35

<sup>12</sup> KYMLICKA, W.: *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 61-67.

<sup>13</sup> KYMLICKA, W.: *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ataques a la validez del Multiculturalismo como modelo de gestión del pluralismo y la diversidad culturales<sup>14</sup>; algunas de estas voces críticas y posturas disidentes que consideran al Multiculturalismo una *ideología de la Globalización* serán objeto a continuación de nuestro interés y análisis.

## 2.2 El Multiculturalismo como modelo de gestión de la diversidad de identidades culturales

El uso más extendido del término Multiculturalismo se refiere al reconocimiento público de una diversidad de culturas convergentes en el seno de un mismo Estado-nación como consecuencia del fenómeno migratorio transnacional acontecido en la mayoría de los países occidentales desde la década de los sesenta<sup>15</sup>. Según esta primera acepción, el término Multiculturalismo presupone un modelo de organización social basado en el reconocimiento de la coexistencia de grupos culturales diferentes dentro de un mismo Estado nacional<sup>16</sup>.

Una segunda acepción del término Multiculturalismo se confunde con el concepto antropológico de «Pluralismo cultural», el cual afirma la posibilidad de convivir pacíficamente comunidades étnicas que son cultural, religiosa o lingüísticamente diferentes. Ambos términos comparten la ideología común de respeto a la diversidad cultural; no obstante, a diferencia del Multiculturalismo, el llamado «Pluralismo cultural» dispone de una menor capacidad de integración institucional en la medida en que, para preservar la identidad de grupos culturalmente diferentes, les concede un sistema de autonomía para la administración de sus asuntos que no coincide con los mecanismos de integración que exigen los Estados-nación. Asimismo, el concepto de Multiculturalismo abarca ámbitos de aplicación más extensos que los de «Pluralismo cultural» en la medida en que, como apunta Carlos Giménez Romero<sup>17</sup>, esta acepción valora positivamente la diversidad socio-cultural a través de la asunción de tres presupuestos básicos<sup>18</sup>: (i) la organización de la vida en sociedad mediante la tolerancia en la aceptación de las diferencias culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas o raciales; (ii) el reconocimiento de la diferencia como derecho esencial del pluralis-

<sup>14</sup> VERTOTEC, S.: «Multiculturalism, culturalism and public incorporation», en *Ethnic and Racial Studies*, núm. 19, vol. 1, 1996, pp. 222-242. S. Vertotec, «Multi-multiculturalisms», en *Multicultural Policies and the State*, M. Martiniello (ed.), Ercomer, Utrecht, 1998, pp. 25-38.

<sup>15</sup> BARTH, F.: *Ethnic groups and boundaries*, Little Brown and Co., Boston, 1969.

<sup>16</sup> VERTOTEC, S.: «Minority associations, networks and public policies: Reassessing relationships», en *Journal for Ethnic and Migration Studies*, núm. 25, vol. 1, pp. 22-43.

<sup>17</sup> GIMÉNEZ ROMERO, C.: «Interculturalidad», en C. Giménez Romero y G. Malgesini, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Catarata, Comunidad de Madrid, 2003, pp. 253-259.

<sup>18</sup> GIMÉNEZ ROMERO, C.: «La integración de los inmigrantes y la interculturalidad. Bases teóricas para una propuesta práctica», en *Arbor*, CLIV, num. 607, 1996, pp. 119-147.

mo –dicho en otros términos, se reivindica el derecho a ser distinto en valores, creencias, gustos personales o adscripción étnica– y (iii) la asunción de una identidad transversal que propugna nuevas habilidades para gestionar adecuadamente la convivencia en una sociedad plural.

Todo lo apuntado en esta segunda acepción no es óbice para observar que, a diferencia del «Pluralismo cultural», el concepto de Multiculturalismo es un concepto netamente *normativo y homogenizador*<sup>19</sup>, el cual nos remite a un modelo de organización social basado en un programa de actuaciones institucionales que posibilita, en un mismo espacio público, una convivencia basada en la aceptación mutua de grupos o comunidades étnicas diferentes, e incluso incompatibles, desde un punto de vista cultural y religioso. Ahora bien, a pesar de que el Muticulturalismo reivindica la aceptación de la diferencia, ello no presupone necesariamente el derecho inalienable de los colectivos a conformarse en minorías culturales o religiosas; como tampoco significa, asimismo, tratar a las minorías desde el prisma excluyente de la sociedad de acogida. En efecto, el modelo favorable a las sociedades occidentales de acogida nos predispone a considerar las diferentes identidades culturales que convergen en un mismo espacio público de forma sesgada y sin ser permeables, por tanto, las unas respecto de las otras; esto último daría como resultado la segregación entre culturas y la marginación de aquellas que no se adapten adecuadamente al etnocentrismo hegemónico de la cultura de acogida y, en último recurso, al ostracismo y la construcción de ghettos<sup>20</sup>.

El Multiculturalismo en este sentido supone la derrota ideológica de toda propuesta sustentada en la hegemonía cultural de una sociedad de acogida que impone el monoculturalismo oficial occidental. A este respecto, el filósofo británico de origen hindú Bikhu Parekh, en su obra *Repensando el Multiculturalismo: Diversidad cultural y Teoría política*<sup>21</sup>, concede al Multiculturalismo el mérito de propiciar la derrota ideológica de toda propuesta sustentada en la hegemonía de una *cultura de monovisión* que caracterizaría a las sociedades de acogida occidentales. En esta misma línea argumentativa, Parekh enfatiza que para lograr la unión armónica entre diferentes grupos etnoculturales en una relación de igualdad y de respeto mutuo, los estándares mediante los cuales las comunidades resuelven sus diferencias no deben provenir de la *cultura de acogida* sino de «un diálogo igual entre comunidades diferentes». Los Estados contemporáneos necesitan pues diseñar una estructura política apropiada a la complejidad de la propia diversidad de identidades culturales que convergen en ellos y, por este moti-

<sup>19</sup> BERMEJO, D.: «Identidad, Globalidad y Pluralismo en la condición posmoderna», en *Revista Pensamiento*, vol. 68, núm. 257, 2012, pp. 445-475.

<sup>20</sup> KATZ, J.: *Out of the Ghetto*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1973.

<sup>21</sup> PAREKH, B.: *Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and political theory*, Palgrave, Reino Unido, 2006.

vo, según Parekh, el Multiculturalismo no debe concebirse como una doctrina política, ni como una teoría filosófica, sino como una perspectiva transversal que apuesta por la conveniencia de la diversidad cultural y que asegura, de forma simultánea, el diálogo intercultural<sup>22</sup>.

El filósofo hindú parte de la base, por tanto, de que ninguna cultura carece completamente de valor, no debiendo ser apartada, y de que ninguna cultura es perfecta, no debiendo imponerse a otras; la clave estará, por tanto, en reconocer la diversidad cultural como «un bien moral intrínseco» puesto que, a juicio de este autor, ninguna cultura, por muy compleja que sea, contiene todo lo necesario para poder desarrollar plenamente la potencialidad humana<sup>23</sup>. Por último, Parekh defiende que en cualquier sociedad multicultural resulta indispensable que surja una identidad común fundada en la estructura colectiva de la comunidad y no así en las características personales de sus miembros. «De este modo, se permite la existencia de identidades diversas que incluyen a todos los ciudadanos y les permite, a su vez, que se identifiquen con la identidad nacional. Para dar legitimidad a las comunidades minoritarias no es necesario que tal identidad sea neutra. Es más, una comunidad política no puede negar su identidad histórica muchas veces predominante, pero sí puede proclamarse y actuar de manera pública y oficial como multicultural»<sup>24</sup>.

Para poder superar algunas de las carencias apuntadas entorno al concepto de Multiculturalismo surge desde el ámbito de la antropología cultural el concepto de «Multiculturalidad». Este término arraigado en el relativismo cultural y en la propuesta de ciudadanía multicultural que formula el filósofo político Will Kymlicka en su obra *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, centra su crítica en las frecuentes relaciones de desigualdad de las minorías observables en la noción de Multiculturalismo y se perfila, en consecuencia, en abierta oposición a la tendencia occidental de universalizar la cultura bajo la hegemonía o el monopolio de las sociedades de acogida. Este concepto de «Multiculturalidad» es un concepto netamente *descriptivo y heterogéneo*, que acentúa el carácter culturalmente diverso y divergente de los sujetos que conviven en una misma comunidad. La «Multiculturalidad» no es ya un ideal para las actuales sociedades occidentales, sino una realidad observable que evidencia el *imaginario colectivo contemporáneo* con el que culturas diferentes en un mismo espacio público interpretan y valoran el mundo a través de un diálogo constante entre parámetros identitarios colectivos tales como la

<sup>22</sup> PAREKH, B.: *op. cit. supra*, p. 195.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 165. PAREKH, B.: «¿Cuál es el multiculturalismo?», 2004. Consultable en: india-seminar.com/1999/484/.

<sup>24</sup> Cita extraída del análisis crítico comparativo entre las concepciones de Kymlicka y Parekh entorno a la noción de Multiculturalismo: VILLACENCIO MIRANDA, L.: «Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo», en *Opinión Jurídica*, vol. 11, núm. 22, 2012, pp. 31-33 [cit. p. 35].

religión que se practica, la lengua común que se habla y los usos sociales que modulan las conductas sociales<sup>25</sup>.

Una sociedad de acogida que se caracteriza por la defensa de un paradigma cultural dominante suele establecer jerarquías legales y sociales que colocan a grupos con identidades divergentes en inferioridad de condiciones; esto último conduce inevitablemente al conflicto, al menosprecio y a la creación de estereotipos o de prejuicios que dificultan la convivencia social. A este propósito, Martha Nussbaum en su obra *La nueva intolerancia religiosa*<sup>26</sup>, nos advierte que hoy en día confundimos con frecuencia «acomodo» con «asimilación» cuando tratamos de universalizar la cultura bajo el paradigma occidental de que «lo diferente es siempre lo foráneo»; es decir, que lo que nos viene dado de fuera es lo extraño –lo extranjero– y que, por tanto, debe ser tratado desde el estigma de la diferencia y de la suspicacia; asimismo, añade Nussbaum que también ha proliferado la idea de que lo autóctono o lo propio, al ser considerado como lo genuino, debe ser siempre lo hegemónico<sup>27</sup>.

«Desde el ascenso del moderno Estado-nación –apunta Nussbaum–, los países europeos han concebido como raíz principal y suprema de su propia nacionalidad una serie de características que son difíciles (cuando no imposibles) de compartir para cualquier inmigrante que llega a ellos. Fuertemente influenciadas por el romanticismo, estas naciones han considerado necesarios (o, cuando menos, centrales) para una identidad nacional elementos como la sangre, el territorio, la comunidad etnolingüística o la religión. De ahí que otras personas con un origen geográfico distinto (o una tierra sagrada, o una lengua materna, o un aspecto o un modo de vestir que sean diferentes) no parezcan encajar en (o “pertenecer a”) la sociedad de acogida, por mucho tiempo que lleven residiendo en ese país. Uno de los motivos por los que tan terriblemente costoso fue para los judíos, por ejemplo, obtener la aceptación como ciudadanos en igualdad de condiciones en Europa (si es que realmente la han obtenido alguna vez) fue la percepción de que eran inherentemente distintos porque seguían una religión diferente, vestían diferente, empleaban una lengua diferente para sus ritos y comían alimentos diferentes. Si los judíos se asimilaban (comiendo con otras personas, casándose con cónyuges no judíos, usando el alemán en vez del hebreo en su ceremonias religiosas y vistiendo de

<sup>25</sup> ZAPATA-BARBERO, R. (ed): *Multiculturalism and Interculturalism: Debating the Dividing Lines*, edited by Ricard Zapata-Barrero, Nasar Meer and Tariq Modood. Edinburgh University Press, Edimburgo, 2016. ZAPATA-BARBERO, R.: *Intercultural Citizenship in the Post-Multicultural Era*, SAGE Publications, Londres, 2019.

<sup>26</sup> NUSSBAUM, M.: *La nueva intolerancia religiosa: Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, Paidós, Barcelona, 2013.

<sup>27</sup> NUSSBAUM, M.: *op. cit. supra*, p. 35.

forma “normal”, es decir, sin kipá y sin ningún vello facial característico) tenían más probabilidades de ser aceptados. O, al menos, así fue hasta la llegada de la ciencia de tipo racial y sus tipologías basadas en los lazos de sangre, un fenómeno relativamente tardío. En cuanto se impuso la ciencia racial, incluso la asimilación dejó de ser una defensa para los judíos en Europa. Antes y después de ese periodo, sin embargo, el acento ha recaído en la homogeneidad y en la asimilación cultural conforme al paradigma dominante. Lo diferente es lo foráneo<sup>28</sup>.»

Por tanto, cuando la Multiculturalidad nos solicita llevar a cabo un constante acomodo interpretativo de otras culturas en un espacio público común, cobran fuerza y actualidad estas advertencias de la filósofa norteamericana Martha Nussbaum sobre el riesgo de caer en la tentación, bastante habitual en las sociedades occidentales, de considerar nuestros parámetros, principios o valores superiores a los de otras culturas.

En efecto, hacer las creencias foráneas comprensibles *desde el acomodo a lo diferente* nos obliga (i) en primer lugar, a erradicar prejuicios de nuestro propio discurso racional fundado en la homogeneidad que se le presupone al paradigma dominante de asimilación cultural de la sociedad de acogida –según el cual, *lo diferente es lo foráneo*– y (ii) en segundo lugar, a relegar aquellas actitudes, ya sea por exceso o por defecto, que pudieran obstaculizar seriamente la búsqueda de soluciones justas para la convivencia en sociedades multiculturales. (ii.1) La primera postura –a la que Eduardo J. Ruiz Vieytez califica de «exotismo»– es aquella que valora lo foráneo en exceso, ensalzando todo aquello que es ajeno –por diferente a lo conocido– y minusvalorando lo que nos es próximo. «El exotismo consiste –señala Ruiz Vieytez– en otorgar a lo diferente un cierto halo de idealismo, construyendo una imagen idealizada del otro, o de algunos «otros». Por un lado, puede servir para ensalzar una cultura que se entiende como «superior» a la nuestra por ser más desarrollada o avanzada. Por otro lado, puede servir para rememorar el mito del buen salvaje y unas culturas aparentemente más puras o naturales que las nuestras, como por ejemplo las indígenas»<sup>29</sup>. (ii.2) La segunda postura, contraria a la anterior, apuesta por la denigración o minusvaloración de lo foráneo y, por ende, de todas aquellas identidades que no responden a los parámetros culturales de la sociedad occidental de acogida; considerándolas, pues, como inferiores o menos desarrolladas. Al intentar entender creencias divergentes, olvidamos con frecuencia que nuestras propias pautas de racionalidad interfieren inevitablemente en la interpretación que realizamos de las mis-

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 32-33.

<sup>29</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J.: *Inmigración, diversidad e identidades culturales ¿Problema u oportunidad?*, Manu Roblez-Arangiz Institutua, Biblioteca básica de Formación, núm.5, Bilbao, 2012, p. 35.

mas. Esta segunda postura centraría sus esfuerzos en aquellos elementos anecdóticos de otras culturas que sirven para ridiculizarlas desde el prisma de observación de los parámetros culturales occidentales, enfatizando, en consecuencia, su primitivismo o barbarismo y obviando, como apunta Ruiz Vieytez, que en cualquier cultura hay elementos simbólicos o rituales que pueden ser considerados «racionalmente absurdos» a la vista de observadores ajenos. «Ante las personas inmigradas –señala Ruiz Vieytez– el argumento parece casi obvio. Si son ellos los que deben venir a residir con nosotros, se debe a que lo nuestro es mejor, más atractivo, más moderno, más eficaz, más deseado. Esto nos empuja a pensar que de alguna manera nos merecemos una cierta superioridad moral o política a la hora de tomar las decisiones, lo que, en el mejor de los casos, supone una actitud paternalista frente al diferente. En concordancia con ello, la mejor opción será la de hacer que los diferentes se «integren» en nuestra cultura, porque estaremos haciéndoles un favor. Sin embargo, entender y sentir que otras formas de organizarse, que otras maneras de ser y de expresarse son, no solo correctas, sino tan buenas como las nuestras es la asunción plena de la pluralidad en la sociedad»<sup>30</sup>.

### 3. EL ACOMODO LIBERAL DE LA DIFERENCIA EN LA GESTIÓN DE UNA MULTICULTURALIDAD PLURAL

En opinión de la filósofa Martha Nussbaum, para construir de forma satisfactoria un mapa conceptual de la tradición filosófica liberal en materia de libertad religiosa y de conciencia, estamos compelidos a analizar siete nociones básicas<sup>31</sup>: (i) *libertad*; (ii) *igualdad*; (iii) *conciencia*; (iv) *separación*; (v) *neutralidad*; (vi) *adaptación* y (vii) *respeto*.

(i) *Libertad* entendida como ejercicio de la libertad de conciencia en materia de creencias religiosas dentro de los límites establecidos por el orden público y el respeto debido a la libertad de los demás.

(ii) *Igualdad* entendida como igual respeto o igual posición en el ámbito público; o lo que es lo mismo, que todos los ciudadanos se encuentren en «igualdad de condiciones». La tradición filosófica liberal es, apunta Nussbaum, muy lúcida en lo relativo a esta noción de igualdad ya que «(...) constituye el eje de la relevante noción de libertad religiosa: queremos no sólo suficiente libertad sino una libertad que sea en sí igual para todos y

<sup>30</sup> RUIZ VIEYTEZ, E. J.: *op. cit. supra*, p. 72.

<sup>31</sup> NUSSBAUM, M.: *La libertad de conciencia: Contra los fanatismos*, Tusquets Editores, Barcelona, 2009, pp. 31-32.

compatible con que todos los ciudadanos sean plenamente iguales y reciban un respeto igual de parte de la sociedad en la que viven»<sup>32</sup>.

(iii) *Conciencia* entendida como espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso vinculado a la dignidad humana. En efecto, la tradición liberal se sustenta en la idea de que cada ser humano, por el hecho de ser racional, tiene una facultad interna inalienable que le permite indagar sobre las bases éticas de la vida. Por tanto, como advierte Nussbaum, la conciencia es merecedora de respeto. «La conciencia está presente en todos los seres humanos: en esclavos y en personas libres, en protestantes y en católicos, y merece un profundo respeto y reverencia. Aun cuando se equivoque, constituye una de las fuentes más importantes de nuestra dignidad en el mundo, y por ello debe ser respetada por los individuos y también por las leyes y las instituciones»<sup>33</sup>. No obstante la conciencia es vulnerable –susceptible «de ser herida y encarcelada» aprecia Nussbaum– y por este motivo, la tradición liberal postula la necesidad de que el Estado establezca un espacio protegido adecuado para su libre ejercicio, sobre todo tratándose de la protección de las minorías confesionales frente al dominio de las mayorías.

(iv) *Separación entre la esfera pública y la esfera privada o íntima de los sujetos: Separación Estado e Iglesia*. La doctrina liberal ha conseguido persuadir de forma bastante convincente de los beneficios que para la organización de la convivencia democrática de los colectivos humanos tiene relegar la fe religiosa a la esfera privada o íntima de los ciudadanos. A pesar de ello, el liberalismo es consciente de que la religión sigue desempeñando un papel hegemónico como sistema de regulación social.

(v) *Neutralidad* en el sentido de abstencionismo estatal. De ser necesaria una cierta regulación por parte de los poderes públicos, la doctrina liberal propugna una intervención estatal lo más neutra posible, es decir, que no favorezca o perjudique a priori a ninguna concepción religiosa.

(vi) *Adaptación* entendida como ausencia de neutralidad exigida por el principio liberal de igual respeto o igual posición de los ciudadanos en el ámbito público. En definitiva, la adaptación significa dar «un trato de favor» a las personas religiosas en algún ámbito del orden público por motivos de conciencia; más concretamente, señala esta autora que «(...) el principio rector es que los motivos de conciencia son muy importantes. En algunos casos, en los que orden y la seguridad públicos no están en peligro, pueden tener preferencia sobre las leyes que se aplican a todos, a fin de que las personas no se vean obligadas a violar su conciencia»<sup>34</sup>. Esta noción que apun-

<sup>32</sup> NUSSBAUM, M.: *op. cit. supra*, p. 31

<sup>33</sup> NUSSBAUM, M.: *Libertad de conciencia: El ataque a la igualdad de respeto*, KATZ & Centro de Cultura contemporánea de Barcelona, Barcelona, 2011, p. 22.

<sup>34</sup> NUSSBAUM, M.: *La libertad de conciencia: Contra los fanatismos*, *op. cit.*, pp. 32-33.

ta Nussbaum *de compromiso con las razones de conciencia* es un constructo fundacional de los Estados Unidos de América; en esta misma línea argumentativa de comprensión adaptativa a la libertad de conciencia se pronunciaría George Washington en su carta a los cuáqueros, asegurándoles que comprendía las razones de conciencia que los llevan a rechazar el servicio militar: «Les aseguro explícitamente que, en mi opinión, los escrúpulos de conciencia de todos los hombres deben ser tratados con gran delicadeza y ternura: es mi aspiración y mi deseo que las leyes estén siempre lo suficientemente desarrolladas como para ajustarse a ellos, con la debida consideración a lo que la protección y los intereses esenciales de la nación puedan justificar y permitir»<sup>35</sup>.

(vii) *Respeto* entendido como el principio liberal de respeto a sus conciudadanos en cuanto seres humanos con sus propias decisiones, creencias y dogmas de fe. Este principio liberal de *respeto-conciencia* exige simultáneamente (vii.1) que el Estado respete el hecho ineludible en cualquier comunidad humana de que los ciudadanos tienen sus propios compromisos religiosos de culto –los cuales son diferentes los unos respecto de los otros– y (vii.2) que el Estado provea un espacio protegido dentro del cual los ciudadanos puedan actuar como les dicte su conciencia. No obstante, debemos advertir que este principio liberal de *respeto-conciencia* no presupone bajo ningún concepto la institucionalización de una ortodoxia institucional o estatal que suponga la asimilación de creencias en la esfera pública. Este principio no necesita, por tanto, que en la esfera pública los ciudadanos aprueben de forma mayoritaria los postulados teológicos y éticos de ninguna religión; el Estado no puede manifestar ningún apoyo en materia de religión que signifique una ortodoxia pública, creando de este modo un grupo de incluidos y otro de excluidos. La esperanza liberal es antagónica a la ortodoxia pública; en concreto, enfatiza Nussbaum que «(...) la esperanza es que las instituciones públicas puedan cimentarse sobre principios que todos [los ciudadanos] sean capaces de compartir sin importar cuál sea la religión de cada uno. Desde luego, tales instituciones tendrán un contenido ético, en el que figurará principalmente la propia idea de igualdad de respeto. Pero no deben tener un contenido religioso»<sup>36</sup>.

Ante el escenario ineludible de divergencias en las creencias, las opiniones y los valores de quienes estamos destinados a convivir juntos en la *Ciudad Global*, debemos cuestionarnos ahora acerca de la pertinencia del mapa conceptual que nos ofrece la tradición filosófica liberal y, más concretamente, debemos interrogarnos acerca de su adecuación para la resolución

<sup>35</sup> NUSSBAUM, M.: *Libertad de conciencia: El ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 31.

<sup>36</sup> NUSSBAUM, M.: op. cit., supra, pp. 34-35.

de los conflictos contemporáneos relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa o de culto.

La pugna por los valores implícitos en el ejercicio de la libertad religiosa conduce irremediablemente a conflicto y todo conflicto para su solución requiere adoptar un modelo adecuado de diagnóstico y tratamiento. Más concretamente, la propuesta liberal del principio de *respeto-conciencia* fundamentado en el carácter esencialmente no intervencionista del poder político —el cual favorece un clima de libre diseño de las identidades individuales— desprecia en realidad aspectos esenciales de la dinámica que rige la relación entre el Estado y la sociedad civil. Así pues, la máxima liberal *laissez faire, laissez passer* constituye uno de esos axiomas que pudieran ser considerados como verdaderos o falsos —o ambas cosas simultáneamente— según la aplicación que hagamos del mismo. Como señala Pierre Manent, en un dispositivo social al modo liberal predomina el prejuicio social hacia la religión que inculca el liberalismo político de Rawls<sup>37</sup>, para quien el argumento religioso, en su condición de emocional e irracional, debe quedar al margen del debate público<sup>38</sup>.

Por tanto, lo paradójico de este lineamiento filosófico liberal de que *el ser humano se encuentra cada vez menos gobernado por un Estado que cada vez ejerce menos de Estado*<sup>39</sup> sería, precisamente, que su negativa a la injerencia estatal y su negativa al uso de la coerción del Derecho para promover convicciones morales, resultan incongruentes con sus propios presupuestos por lo que a la libertad religiosa se refiere. Así pues, eslóganes libertarios como los promocionados por Robert Nozick<sup>40</sup> («Yo soy dueño de mí mismo», «No al paternalismo estatal», «Reducir el Estado al mínimo») resultarán válidos siempre y cuando no se trate de ponderar *cuál es el mejor interés legítimo del Estado* frente al ejercicio de la libertad de culto de minorías religiosas.

Si cuando están en juego la paz y la segunda jurídica, el interés general o la igualdad de derechos de los ciudadanos, se encuentra justificada la imposición por parte del Estado de ciertos límites «razonables» a lo que las personas hacen en nombre de la religión: *¿resultan pues dichas restricciones compatibles con el postulado liberal de respeto-conciencia? ¿Cuáles serían los límites que los Estados pueden aplicar «razonablemente» a las actividades religiosas y de culto compatibles con el compromiso liberal de respeto al pluralismo cultural y, por ende, a una interpretación amplia de la libertad religiosa?*

<sup>37</sup> RAWLS, J.: *Liberalismo político* [trad. Sergio René Madero Báez], Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Título original: J. Rawls. *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, Chichester, West Sussex, 1993.

<sup>38</sup> MANENT, P.: *Histoire intellectuelle du Libéralisme*, Pluriel, Calmann-Lévy, Paris, pp. 207-209.

<sup>39</sup> MANENT, P.: *op. cit. supra*, p. 247.

<sup>40</sup> NOZICK, R.: *Anarchy, State, and Utopia*. Blackwell Publishers, NY, 1993.

### 3.1 La homogeneidad coercitiva ante el miedo a lo diferente: El modelo de la asimilación

La doctrina distingue entre dos modelos de gestión de las diferencias identitarias por lo que a la libertad religiosa y de culto se refiere.

La primera vía de actuación sería la del *modelo de la asimilación*, el cual consiste en la adopción de una monovisión u ortodoxia que decida, de una forma pretendidamente neutra y objetiva, sobre cualquier tipo de diferencia identitaria. Dicho en otros términos, este modelo parte de la suposición de que se puede llegar a alcanzar una posible objetividad en la gestión de los conflictos entre identidades diferentes o antagónicas, pero para ello nos vemos impelidos a adoptar una «solución única» –por neutral– acerca de los valores o creencias en pugna.

Este primer modelo de gestión de la identidad mediante la asimilación correspondería a aquellos sistemas estatales que, ante el incremento de la diversidad religiosa, optan por articular un modelo de regulación legislativa de la libertad religiosa o de culto basado no sólo en la separación institucional de lo público y lo privado, sino en *la homogeneización ante el miedo de la alteridad o la diferencia*. En este primer modelo se situarían las naciones europeas, las cuales difieren entre sí en mucho sentidos, pero comparten un interés común por la homogeneidad basada en una identidad nacional<sup>41</sup>. «Especialmente en el tema de la religión que parece tan vital para la salvación de los individuos y para la salud de la nación, es muy tentador pensar que la ortodoxia es buena y que aquellos que no la aceptan son unos peligrosos subversivos. Cuando las personas sienten miedo o inseguridad, cuando su nación se enfrenta a una amenaza económica o política inusual, el respeto por la igualdad resulta todavía más difícil de mantener y el consuelo de una ortodoxia se vuelve todavía más atrayente»<sup>42</sup>.

En su escritos sobre intolerancia religiosa y libertad de conciencia, la filósofa Martha Nussbaum ha analizado con detenimiento el caso de Francia como ejemplo paradigmático de este primer tipo de modelo en el que la suposición de neutralidad que se alcanza a través de la evocación del bien común o el interés general constituye la asimilación de la monovisión de la llamada Laicidad (*laïcité*) para la defensa de la separación entre las sociedades civil y religiosa, incurriendo así en discriminación. Para ilustrar su propuesta, Nussbaum introduce un ejemplo extraído del código de vestimenta exigido en los centros educativos franceses de primaria y secundaria, según el cual se prohíbe el empleo del pañuelo musulmán para las niñas, la *kipá* judía y aquellas cruces cristianas que fueran «de gran tamaño». A juicio de

<sup>41</sup> NUSSBAUM, M.: *La nueva intolerancia religiosa: Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, op. cit., pp. 170-171.

<sup>42</sup> NUSSBAUM, M.: *Libertad de conciencia: El ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 166.

esta autora, el sistema francés incurre de este modo en una flagrante discriminación: las dos primeras prendas prohibidas (el velo islámico y la *kipá* judía) son prendas obligatorias en el ejercicio del culto en las religiones musulmana y hebrea, mientras que las cruces para los cristianos no son obligatorias.

La ilustración empleada por Nussbaum se inspira en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el *Caso Kervanci contra Francia* (Demanda 31645/2004), con fecha de 4 de diciembre de 2008, en la que el alto tribunal justificaba la prohibición del velo islámico en los establecimientos de enseñanza primaria y secundaria en base a la protección debida al principio fundador de la República francesa de protección de la laicidad, de tal forma que cualquier manifestación de un identidad cultural o religiosa irrespetuosa con este principio constitucional básico no podría quedar protegida bajo el paraguas de la libertad religiosa o libertad de conciencia. A juicio de Nussbaum, se trata de un ejemplo representativo de que la política de la laicidad –no sólo en Francia, sino en cualquier país que lo practique– es equivocada, en la medida en que privilegia la irreligión o el ateísmo sobre la religión y dado que –apunta Nussbaum– «(...) constriñe la libertad de expresión religiosa mediante la mera invocación del interés gubernamental de orden superior (aparte de la laïcité en sí misma)»<sup>43</sup>; para más adelante concluir que: «[...] Al reparo obvio que cabe plantear al laicismo francés por no dar cabida a una libertad de práctica religiosa suficientemente amplia, podemos añadir el que merece por su desigualdad de trato a las diversas religiones. Por decirlo en un sentido más general, la ley francesa revela un sesgo a favor de la forma dominante en Francia de ser persona, sea cual sea su forma»<sup>44</sup>.

En efecto, cuando en un modelo de asimilación por coacción externa se impone una educación laica de carácter obligatorio –la cual puede en ocasiones resultar incompatible con la propia identidad y creencias religiosas del/la niño/a o de sus padres o tutores–, se estaría invadiendo el espacio de inmunidad frente a la coacción exterior –ya sea ésta ejercida por el Estado como por cualesquiera otro grupo social– que protege la dimensión negativa de la libertad religiosa. El caso *Kervanci contra Francia* –como también lo serían otros dos casos asimilables *Dec. Ad. Karaduman* de 1993 y *Sentencia Leyla Shaín* de 2005– ponen de manifiesto que el modelo francés de neutralidad convive con una coactividad pro-actica y una coerción exterior por parte del Estado. En esta misma línea de interpretación se sitúa el profesor Santiago Cañamares Arribas cuando matiza que, en aquellos países en los que se ha optado por el laicismo como modelo de la asimilación por coacción externa, la neutralidad «(...) no responde a una actitud de indife-

<sup>43</sup> NUSSBAUM, M.: *La nueva intolerancia religiosa*, op. cit., p. 168.

<sup>44</sup> NUSSBAUM, M.: op. cit. supra, pp. 169-170.

rencia o abstencionismo del Estado frente a la religión sino que, por el contrario, demanda un comportamiento activo de los poderes públicos, que deben remover todos aquellos obstáculos que impidan el ejercicio en plenitud de esta libertad»<sup>45</sup>.

El derecho de libertad religiosa protege pues al individuo frente a cualquier tentativa de coacción externa que se pudiera ejercer sobre su «claustro íntimo de creencias» para impelerle –tratándose de su *dimensión positiva*– o impedirle –tratándose de su *dimensión negativa*– el ejercicio de una ideología o la práctica de una creencia. A este respecto, el derecho a la libertad religiosa contempla de forma simultánea y equidistante al derecho de libertad ideológica, (i) por una parte, la protección de una *dimensión interna*, entendida como espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso vinculado a la propia personalidad y dignidad humanas y (ii) por otra, la salvaguarda de una *dimensión externa agere libere* que faculta a las personas a actuar con arreglo a sus propias convicciones, defendiéndolas así frente a la injerencia de terceros. Sobre este particular se pronuncia asimismo el profesor Ángel López-Sidro en su última monografía *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso* cuando nos advierte que en el supuesto en que «(...) las imposiciones religiosas o ideológicas afecta(ran) a quienes no pertenecen a esa(una) fe o prefier(an) estar al margen de cualquier religión o creencia oficial, sea para obligarla a adoptar una religión que no es la suya o para someterse a alguna de sus prescripciones, claramente se invadiría el ámbito de la libertad religiosa negativa de las personas, su espacio de inmunidad de coacción»<sup>46</sup>.

En suma, el *miedo a lo diferente* nos conduce inexorablemente a adoptar modelos de homogeneidad como el laicismo, basados en una ortodoxia oficial que se impone coercitivamente; si nos aferramos a lo conocido en detrimento de lo foráneo, nuestro anhelo de seguridad sólo encontrará refugio en la esfera privada como único espacio compensatorio, contrapeso o reducto del individuo frente a la abstracción burocrática<sup>47</sup>. A nivel individual, observamos evidencias de una violación constante de la identidad religiosa; en el ejemplo anteriormente apuntado, cuando el compromiso con tu propia religión supone un obstáculo insalvable para adquirir la condición de ciudadano/a de pleno derecho, estaríamos ante un flagrante ataque a la igual dignidad. A nivel colectivo, cualquier modelo de homogeneidad trae consigo un debilitamiento progresivo de la confianza en las instituciones con la consiguiente desafección de los ciudadanos al espacio público.

<sup>45</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S.: «¿Es delito creer? Hacia una laicidad positiva», artículo publicado en la Agencia de información Zenit el 24 de febrero de 2013. Disponible para su consulta en: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/20134/1/Creer\\_es\\_delito\\_Art%C3%ADculo\\_Zenit.pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/20134/1/Creer_es_delito_Art%C3%ADculo_Zenit.pdf)

<sup>46</sup> LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>47</sup> WEILER, J.: *Una Europa cristiana*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2003.

### 3.2 El modelo de *acomodamiento razonable* de la identidad transcultural

Existe una segunda vía de *acomodo de la diferencia religiosa* favorable a la comprensión recíproca y la discusión empática en base a la común humanidad que se atribuye al diálogo transcultural. Más concretamente, en esta segunda vía de actuación se situarían aquellos modelos de regulación que admiten la manifestación de signos religiosos y la expresión de creencias religiosas en esferas públicas, poniendo como límite únicamente el respeto a determinadas reglas básicas para el mantenimiento del orden público, la paz social y la seguridad jurídica.

Desde una perspectiva histórica, esta segunda vía se vincula a la vertiente más contemporánea de la doctrina del *acomodacionismo* y en ella se sitúan, con notables diferencias de tratamiento, países como Estados Unidos o Canadá; dos países fuertemente marcados por la gestión liberal de una diversidad migratoria sin parangón que ha conformado naciones multiétnicas y pluralistas.

El contexto histórico de formación del término «acomodacionismo» lo debemos situar en 1791 con ocasión de la promulgación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual trataba de impedir que entre las diversas iglesias protestantes que convivían en las colonias americanas en ese momento se erigiera una como hegemónica o superior frente a las demás. No obstante, entre los *padres fundadores* de la Constitución norteamericana –entre los que destaca el papel desempeñado por James Madison– se instituye *de iure* una clara preferencia al principio de laicidad a través de la Primera Enmienda: «El Congreso no podrá hacer ninguna ley que declare la oficialización de una religión –*Establishment of Religion Clause*– ni que prohíba la libre práctica de la misma –*Free Exercise Clause*–».

El efecto histórico principal que se ha derivado de la aplicación de la Primera Enmienda norteamericana en materia de libertad religiosa y de culto ha sido una oscilación constante de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América a la hora de adecuar una interpretación satisfactoria de la *Establishment Clause* y la *Free Exercise Clause*, según que prime en el sentir de los magistrados una preferencia (i) por un *separacionismo laicista* o, por el contrario, (ii) por un *acomodacionismo*.

(i) El llamado *separacionismo laicista* se fundamenta en el *Wall of separation* de Thomas Jefferson para afirmar que la religión es un asunto que ha de quedar restringido a la esfera privada de los sujetos –«un asunto entre el hombre y su divinidad», diría Jefferson– y que, en consecuencia, los poderes legítimos de gobierno sólo pueden intervenir sobre las acciones meramente públicas de los ciudadanos norteamericanos, y no así sobre las

opiniones o las convicciones personales que éstos manifiestan en su esfera privada o íntima. En este sentido, en su célebre *carta a la Asociación Bautista de Danbury*, fechada el 1 de enero de 1802, Jefferson se adhiere a la expresión de «la suprema voluntad de la nación en nombre de los derechos de conciencia» añadiendo para ello lo siguiente: «(...) veré con sincera satisfacción el progreso de aquellos sentimientos que tiendan a restituirle al hombre todos sus derechos naturales, convencido como estoy de que no hay derecho natural que se oponga a sus deberes sociales».

(ii) El llamado *acomodacionismo*, por el contrario, es la interpretación judicial que defiende que el Estado puede apoyar o respaldar a las organizaciones religiosas, incluso promocionándolas, siempre que trate a todas las confesiones por igual y no muestre un trato preferencial por una religión en detrimento de las demás. El *acomodacionismo* considera lícito, por tanto, que se financien y promocionen organizaciones religiosas con fondos públicos o exenciones fiscales, ya que dicha promoción por el Estado aporta una identidad nacional y limita el conflicto político frente a formas de ateísmo, irreligiosidad o creencias que se consideran marcadamente antiestadounidenses. Medidas como la inclusión de la enseñanza religiosa en la escuela, las celebraciones nacionales basadas en festividades, el juramento a la bandera, o la apelación constante en eventos multitudinarios a la expresión *God Bless America* (Dios bendiga América) son algunos de los ejemplos recurrentes que evidencian esta segunda tendencia de acomodo del servicio público a las necesidades espirituales de los ciudadanos norteamericanos.

Una segunda versión de *acomodo frente a la diferencia* favorable a la exteriorización de signos religiosos y a la expresión de creencias religiosas en esferas públicas –siempre y cuando no se trate de posibles «exageraciones expresivas de fe» que pongan en peligro la paz social o la seguridad jurídica– es el modelo canadiense<sup>48</sup>. En este sentido, es digno de nuestro interés este modelo en la medida en que se sustenta en un principio de neutralidad institucional ante cualquier medida que pudiera afectar negativamente al bienestar positivo de los ciudadanos; asimismo, por lo que respecta al ejercicio de las libertades individuales –tales como la libertad religiosa o de culto–, este modelo considera que el Estado no debe intervenir más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la seguridad jurídica y la paz social.

---

<sup>48</sup> La libertad de conciencia y de religión se encuentra garantizada en el artículo 2.º de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades, la cual se incluye en la Parte I (artículos 1 al 34) de la llamada Ley Constitucional de 1982 [ véase anexo B R.-U., c. 11, L. R. C. (1985), ap. II, n.º 44] y que establece que todo el mundo tiene las siguientes libertades fundamentales: (a) libertad de conciencia y de religión. Asimismo, el artículo 15(1) de la Carta canadiense prohíbe expresamente cualquier discriminación fundamentada en la religión.

La apuesta canadiense por una política pública de *acomodamiento compatible con un pluralismo transversal* se fundamenta en el presupuesto de que el reconocimiento de la diferencia facilita –a medio y largo plazo– la integración fluida y armónica en las sociedades de acogida de identidades divergentes propias a las minorías religiosas, favoreciendo así la adaptación de los comportamientos sociales de las minorías en la esfera pública. Este modelo de acomodamiento permite realizar dispensas, exenciones y excepciones «razonables» en favor de las minorías, siempre que las mismas no constituyan modificaciones estructurales del sistema vigente para la mayoría. Un ejemplo recurrente en este sentido sería el de la adopción por las autoridades educativas canadienses de medidas de acomodamiento para la adaptación del calendario escolar a las festividades religiosas de las minorías y para la admisión de símbolos religiosos en las aulas, lo cual se podría traducir en un incremento de la satisfacción de los miembros de esas comunidades minoritarias con la enseñanza pública y que cada vez se muestren más proclives a enviar a sus hijos/as a escuelas públicas, en detrimento de los centros de enseñanza privada confesionales. En este mismo razonamiento podríamos situar aquellos pequeños gestos de las instituciones públicas favorables a la aceptación del pluralismo confesional y de la transversalidad cultural; véase, a modo de ejemplo, en el ámbito de las vacaciones laborales, el otorgamiento de dispensas o exenciones a las minorías en base a sus calendarios de festividades religiosas ya que, en la medida en que dichas dispensas o exenciones suelen afectar a grupos poblacionales reducidos, no se obstaculizaría el correcto funcionamiento de las instituciones públicas.

En este sentido, el *acomodamiento razonable de lo religioso* a la sensibilidad transcultural de la pluralidad de identidades que conviven en la sociedad canadiense hoy en día se implementa a través de dos vías de actuación.

(i) El llamado *acomodamiento obligatorio* consiste en eximir o restringir a los destinatarios [véase, funcionarios o empleados] de la aplicación obligatoria de la pauta institucional de *acomodamiento de lo religioso* cuando se pueda ver alterada la paz social y la seguridad jurídica. Por ejemplo, la ley que regula los establecimientos de enseñanza en Canadá prohíbe expresamente la posesión de armas por parte de empleados, profesores y alumnos y, por tanto, esta normativa puede considerarse que tiene un efecto discriminatorio sobre aquellas personas cuya religión les obliga a llevar el *kirpan* o puñal ritual de los *sikhs*; se trataría aquí precisamente de una limitación ante lo que lo que se consideraría como una «expresión excesiva o exagerada de fe».

(ii) En su reverso, la segunda vía de actuación del llamado *acomodamiento voluntario* se produciría cuando la autoridad pública responsable pone a disposición de los destinatarios [véase funcionarios o empleados] determi-

nadas ventajas para la aplicación de la pauta institucional de *acomodamiento de lo religioso*. En relación al ejemplo anterior, la *Gendarmerie Royale du Canada* decidió dispensar a los *sikhs*, en el momento de su incorporación al cuerpo, de la obligación de llevar el sombrero puntiagudo tradicional de este cuerpo de seguridad del Estado (equivalente al tricornio de la Guardia civil en España); permitiéndoles, en consecuencia, decidir de forma voluntaria si optaban por sustituirlo en su lugar por el turbante tradicional de los *sikhs*.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El principio de *respeto-conciencia* que propugnan los modelos liberales no implica que todas las religiones, todas las creencias y todas las concepciones de vida deban de ser respetadas de igual forma y en la misma medida. Así pues, cuando algunas «exageraciones expresivas de fe» contradicen o amenazan la paz, la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos, el *acomodamiento razonable de lo religioso* que propugna el modelo canadiense adquiere coherencia y efectividad; incluso cuando ello pueda suponer en la práctica una limitación del espectro de aplicación de la dimensión externa *agere libere* de la libertad de creencia y religiosa. En este mismo sentido se pronuncia Martha Nussbaum cuando señala que «(...) si algunas personas pretenden torturar a niños o esclavizar a las minorías, alegando su religión como motivo, sus exigencias han de ser combatidas aunque puedan ser sinceras. Si simplemente hablan a favor de la esclavitud o de la tortura, su libertad de expresión ha de ser protegida hasta el punto en que la palabra se vuelve amenaza. No podrán, sin embargo, presentar sus ideas en el ámbito público en igualdad de condiciones con otras ideas porque la Constitución (en el caso de la esclavitud) y el derecho penal (en el caso de la tortura) prohíben las prácticas que recomiendan. En definitiva: *todas las personas son respetadas como iguales, pero cabe oponerse razonablemente a las acciones que amenacen los derechos de los demás, y las opiniones que prediquen la desigualdad política de los otros, aunque no sean suprimidas, se encontrarán en desventaja en la comunidad, ya que sus defensores tendrán que enmendar la Constitución para llevar a cabo su programa*»<sup>49</sup>.

En el modelo de *acomodo frente a lo diferente*, el individualismo y el altruismo no se anulan mutuamente. Es más, las identidades que se configuran en un contexto de transculturalidad dejan de ser identidades *autocontenidas* –encerradas en la alteridad– para pasar a ser identidades *relacionales* y *cosmovisivas*.

<sup>49</sup> NUSSBAUM, M.: *Libertad de conciencia: El ataque a la igualdad de respeto*, op. cit., p. 35 [la cursiva es nuestra].

En la medida en que el modelo canadiense de acomodo *frente a lo diferente* apuesta por un núcleo consensual de valores democráticos esenciales, la pérdida irremediable de identidades sólidas que trae consigo la *Glocalización* no se traduce en un abandono del compromiso ciudadano por el reconocimiento de las identidades culturales de las minorías a través de la exteriorización de su simbología religiosa y de la expresión de creencias en la esfera pública.

En suma, la disposición innata que observamos en el modelo canadiense a articular un proceso transversal de acomodación de las diferencias religiosas y de las sensibilidades de las minorías para la construcción de *identidades transculturales*, nos ofrece un modelo de racionalidad sólido (*i*) para poder alcanzar compromisos prácticos en la adaptación de las reformas institucionales que las sociedades occidentales deben emprender hoy en día; (*ii*) para erradicar los prejuicios fundados en la homogeneidad que se le presupone al paradigma dominante de asimilación cultural de las sociedades de acogida y (*iii*) por último, para solventar las disfuncionalidades que el Multiculturalismo ha traído en la convivencia social de las sociedades occidentales.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARTH, F.: *Ethnic groups and boundaries*, Little Brown and Co.: Boston, 1969.
- BAUMAN, Z.: *La posmodernidad y sus descontentos*, Akal, Madrid, 2001.
- BECK, U.: *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 1998.
- *The Cosmopolitan Vision*, Polity Press, Cambridge Mass, 2006.
- BERMEJO, D.: «Identidad, Globalidad y Pluralismo en la condición posmoderna», en *Revista Pensamiento*, vol. 68, núm. 257, 2012, pp. 445-475.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.: «¿Es delito creer? Hacia una laicidad positiva». Artículo publicado en la Agencia de información *Zenit* el 24 de febrero de 2013. Disponible para su consulta en: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/20134/1/Creer\\_es\\_delito\\_Art%C3%ADculo\\_Zenit.pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/20134/1/Creer_es_delito_Art%C3%ADculo_Zenit.pdf).
- GERGEN, K.: *El yo saturado. Dilemas de la identidad en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 1992.
- GIMÉNEZ ROMERO, C.: «La integración de los inmigrantes y la interculturalidad. Bases teóricas para una propuesta práctica», en *Arbor CLIV*, núm. 607, 1996, pp. 119-147.
- GIMÉNEZ ROMERO, C.: (ed) «Interculturalidad», en *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Catarata, Comunidad de Madrid, 2002, pp. 253-259.
- HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989.
- KATZ, J.: *Out of the Ghetto*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1973.
- KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías* Paidós, Barcelona, 1996.
- *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003.
- «Multiculturalismo», en *Diálogo político*, Año 24, Núm.2, 2007, pp. 11-35

- *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A. *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MACCARTHY, T.: *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y reconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MANENT, P.: *Histoire intellectuelle du Libéralisme*, Pluriel, Calmann-Lévy, Paris, 1987.
- NUSSBAUM, M.: *La libertad de conciencia: Contra los fanatismos*, Tusquets Editores, Barcelona, 2009.
- *LIBERTAD DE CONCIENCIA: EL ATAQUE A LA IGUALDAD DE RESPETO*, KATZ & Centro de Cultura contemporánea de Barcelona, Barcelona, 2011.
- *La nueva intolerancia religiosa: Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, Paidós, Barcelona, 2013.
- NOZICK, R.: *Anarchy, State, and Utopia*. Blackwell Publishers, NY, 1993.
- PAREKH, B.: *Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and political theory*, Palgrave, Reino Unido, 2000.
- RAWLS, J.: *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- *Political Liberalism*. Columbia University Press, Nueva York, Chichester, West Sussex, 1993.
- ROBERTSON, R.: «Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity», en M. Featherstone, S. Lash, R. Robertson (eds), *Global Modernities*, Sage, Londres, 1995.
- RUIZ VIEYTEZ, E. J.: *Inmigración, diversidad e identidades culturales ¿Problema u oportunidad?*, Manu Roblez-Arangiz Institutua, Biblioteca básica de Formación, núm. 5, 2012.
- SASSEN, S.: *The Global City: New York, London, Tokyo*, Princeton University Press, Princeton, 1991.
- *La Ciudad Global*. EUDEBA, Buenos Aires, 1998.
- *Globalization and Its Discontents: Essays on the New Mobility of People and Money*, The New Press, Nueva York, 1999.
- (ed), *Global Networks & Linked Cities*, Routledge, Nueva York-Londres, 2002.
- VERTOTEC, S.: «Minority associations, networks and public policies: Reassessing relationships», en *Journal for Ethnic and Migration Studies*, núm. 25, vol. 1, pp. 22-43.
- «Multiculturalism, culturalism and public incorporation», en *Ethnic and Racial Studies*, núm. 19, vol. 1, 1996, pp. 222-242.
- «Multi-multiculturalisms», en *Multicultural Policies and the State*, M. Martiniello (ed.), Ercomer, Utrecht, 1998, pp. 25-38.
- VILLACENCIO MIRANDA, L.: «Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo», en *Opinión Jurídica*, vol. 11, núm. 22, 2012, pp. 31-33.
- WEILER, J.: *Una Europa cristiana*. Ediciones Encuentro, Madrid, 2003.
- ZAPATA-BARBERO, R. (ed): *Multiculturalism and Interculturalism: Debating the Dividing Lines*, edited by Ricard Zapata-Barrero, Nasar Meer and Tariq Modood. Edinburgh University Press, Edimburgo, 2016.
- *Intercultural Citizenship in the Post-Multicultural Era*, SAGE Publications, Londres, 2019.

# Minorías musulmanas en democracias liberales

**PAZ MOLERO HERNÁNDEZ**  
Universidad Internacional de La Rioja

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– La integración de la mujer musulmana en las democracias liberales, algunas propuestas concretas. 3.– Conclusión final.

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos que identifica a las democracias liberales es la protección de las minorías. Otro es el respeto de las libertades tanto de expresión como de creencias, que cada uno pueda vivir de acuerdo a sus convicciones. Ambos principios han empezado a entrar en conflicto con ocasión de nuevas leyes de igualdad o contra distintas fobias.

Cada vez más a menudo, se mira con sospecha al que piensa diferente respecto algunos temas. Y cómo, una vez se percibe al disidente como una amenaza a la igualdad, tiende a olvidarse el deber político y social de hallar un acomodo con derechos fundamentales como la libertad de conciencia, de expresión o religiosa.

Hoy en día hay todo un cúmulo de casos, en distintos países occidentales, en que las autoridades limitan las libertades de expresión, de conciencia o religiosa de quienes disienten en algunos temas sensibles. Uno de los motivos de conflicto más frecuentes es la presunta conducta homofóbica de

personas o instituciones que, según su propia visión de los hechos, simplemente pretendían defender su derecho a expresarse o actuar conforme a su visión de la sexualidad.

Al mismo tiempo, y compatible, en las sociedades democráticas, cada vez es más extenso el discurso, no abiertamente racista, que se apoya en la retórica de la seguridad a la hora de hablar de la integración de minorías dentro de ellas. El elemento clave es el miedo, que en sociedades cada vez más complejas y multiétnicas resulta más difícil de gestionar.

Este discurso no solo se da en los partidos conservadores. Aunque estos pueden ser más proclives durante sus campañas electorales a mantener un discurso abiertamente antiinmigratorio, las políticas reales difieren bastante poco entre unos y otros. La asociación entre criminalidad e inmigración no está del todo fundamentada, pero los discursos juegan con la percepción del electorado, que tiende a establecer ese vínculo.

Por otra parte, si observamos países que no tiene un régimen democrático, es el caso de algunos países de mayoría musulmana, vemos que se justifican diversas formas de discriminación y de falta de libertades para las minorías. Además de la discriminación religiosa, justifican otras formas, como entre los sexos. La interferencia de la ley islámica en la sociedad civil es incompatible con el pluralismo político y religioso, es incompatible con la tutela de las minorías; es incompatible con la igualdad y los derechos de libertad. En resumen, es incompatible con la democracia.

En ambos casos, en los países con democracias liberales y en los países bajo la *sharia* –la ley musulmana– vemos que hay situaciones que no se ajustan, por distintos motivos y con distintos matices, al respeto a la dignidad de los derechos humanos de las minorías.

Por todo ello, en este trabajo vamos a reflejar cómo viven las minorías musulmanas, en concreto las mujeres, bajo las democracias liberales y cómo se intenta que no haya discriminación pero, sin embargo, en ocasiones resulta que los más vulnerables se encuentran igual de desprotegidos que en el lugar del que huían, aun no pretendiendo este resultado y cómo falta todavía un largo camino hasta ver la integración de estas culturas en la sociedad democrática. Desde este punto de vista, se puede entender que la democracia es un proceso, *in fieri*, que se va haciendo y que quizá sea eternamente inacabado.

## **2. LA INTEGRACIÓN DE LA MUJER MUSULMANA EN LAS DEMOCRACIAS LIBERALES, ALGUNAS PROPUESTAS CONCRETAS**

La presencia laboral de las mujeres, musulmanas en nuestro caso, en el espacio público está en ocasiones puesta en entredicho en el país de proce-

dencia. De la misma manera, hay un cierto miedo en algunas de ellas a perder su identidad nacional si acceden a la educación del país de acogida y esto repercute en un aumento del absentismo para evitar ser asimiladas culturalmente o para evitar una pérdida de valores religiosos entre los que se puede encontrar, por ejemplo, el matrimonio de niñas adolescentes o simplemente el matrimonio religioso.

Nos centramos en este trabajo en el estudio que ha hecho Elham Manea sobre este tema. Esta profesora suiza-yemení, mantiene una actitud honesta para reconocer que existe un problema dentro del Islam y, al mismo tiempo, critica los intentos de integración de la *Sharia* en algunos países europeos que, a su juicio, lo están resolviendo equivocadamente<sup>1</sup>. Es, al mismo tiempo, de las primeras mujeres que son imán de su religión, no ha cambiado sustancialmente en este tiempo su punto de vista, en todo caso lo ha ido matizando al hilo de acontecimientos actuales de ataques raciales, y no solo respecto a las minorías musulmanas más vulnerables que son su objeto principal de estudio, mujeres y niños, sino como se verá más adelante. También veremos más adelante que su punto de vista es compartido por algunos otros autores.

El conocimiento del derecho de familia islámico es crucial para poder entender mejor la situación de la mujer musulmana, no solo para nuestra profesora. Las mujeres musulmanas inmigrantes están sometidas por Derecho Internacional privado a sus estatutos personales, que permiten aplicar el derecho de procedencia en el país de acogida en cuestiones de derecho de familia. Esto es relevante para tener en cuenta en qué medida les afecta el régimen económico matrimonial, su disposición sobre sus bienes, la misma disponibilidad para insertarse en un trabajo, la custodia de los hijos, el derecho sucesorio, etc<sup>2</sup>.

Hay que tener en cuenta también que, aunque el Islam no posee una interpretación única y auténtica del Corán (el libro sagrado para los musulmanes), la mayoría de sus estados son confesionales y mantienen una actitud de no separación entre religión y Estado. Esta identificación lleva a los musulmanes a tener regulado el Derecho de Familia en la ley basada en la *Sharia* y, en cambio, Occidente resuelve los temas del derecho de familia civilmente. La aconfesionalidad defendida en la mayoría de los estados europeos y occidentales es una laicidad positiva, es decir, no es una mera neutralidad. Es uno de los puntos más conflictivos a la hora de afrontar la integración, pues la visión que tiene Occidente es dualista, de separación.

<sup>1</sup> Vid. MOLERO HERNÁNDEZ, P.: «La integración de algunas minorías en Europa. La propuesta de Elham Manea», en *Perseitas*, 7(1), (2019), 126-147.

<sup>2</sup> Vid. G. CERRINA FERONI, G.: «Burkinis, burkas y velos en el Estado constitucional. ¿Integración para las mujeres musulmanas en Europa?», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (13), 152-159 (2017). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6004808>.

En las democracias liberales se asume un modo concreto de igualdad entre sexos que se debe tener en cuenta y que se refleja en las políticas legisladas y en la educación de los y las inmigrantes. La aceptación de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres supone la aceptación de los derechos universales. Plantea una convivencia en la diversidad, pero requiere una referencia a una serie de valores comunes, es decir, la interacción cultural que intenta el interculturalismo no es un asimilacionismo ni un relativismo cultural. Son tanto el derecho como la ética los que deben defender, desde sus ámbitos, esos valores comunes.

Lo deseable es llegar a un modelo de universalidad de los derechos que incluya la igualdad de los sexos junto con el debido respeto a las diferencias culturales que tienen siempre como límite el respeto de los derechos y dignidad de todos los individuos, incluidas las mujeres que forman parte de este grupo cultural<sup>3</sup>.

Todo este contexto Manea lo conoce. Es evidente su mérito y su valentía al proponer una revisión en la interpretación que se está dando hoy en día al Islam.

Si no reconocemos nuestra responsabilidad vamos a seguir como hasta ahora. En las mezquitas se continuará maldiciendo a los judíos, cristianos e infieles todos los viernes. Los predicadores continuarán repitiéndonos su mensaje de intolerancia. Y las escuelas continuarán enseñándonos que la religión es la marca principal tanto de la identidad como de la ciudadanía<sup>4</sup>.

Su opinión es dura y firme, también acerca de que en algunos países europeos se han aprobado, demasiado frívolamente a su juicio, costumbres o derechos de los musulmanes observantes que están perjudicando a los más vulnerables, sobre todo mujeres y niños.

Si se preguntan por qué tantos ciudadanos británicos de herencia islámica se sienten atraídos por la ideología de ISIS; Sugiero que mires más de cerca el contexto británico: la mitad de las mezquitas en Gran Bretaña están controladas por Deobandi y Tablighi Jama'at. Además, como observa Innes Bowen en su libro *Medina en Birmingham, Najaf en Brent: Inside British Islam* (2014), entre 2009 y 2013, el número de mezquitas salafistas en el Reino Unido aumentó en un 50 por ciento. Esto hizo del movimiento el crecimiento más rápido de las principales

---

<sup>3</sup> ELÓSEGUI, M.: *Claves para el actual debate éticojurídico sobre interculturalismo, islam y género*, en *Diálogo Filosófico*, 19(55), (2003), 9.

<sup>4</sup> MANEA, E.: *Time to Face the ISIS Inside of Us* | *HuffPost, The Blog*, (2014), Recuperado a partir de [http://www.huffingtonpost.com/elham-manea/time-to-face-the-isis-ins\\_b\\_5688631.html](http://www.huffingtonpost.com/elham-manea/time-to-face-the-isis-ins_b_5688631.html)

tendencias islámicas del Reino Unido. De hecho, la mitad de todas las nuevas mezquitas que se abren cada año están controladas por Salafi<sup>5</sup>.

Para Manea, hay dos aspectos que deberían abordarse si queremos combatir el extremismo islámico. Un aspecto se refiere a un proyecto a largo plazo, la reforma teológica de la religión islámica. Este proyecto es responsabilidad de los propios musulmanes. No puede ser impuesto desde el exterior. Es necesario devolver a la religión a la esfera privada y separarla de la política. El secularismo es el primer paso (entre otros) que garantizaría que el estado trate a sus ciudadanos con neutralidad, sin distinción por religión, secta, género o creencia. Este es un proyecto difícil y doloroso que llevará mucho tiempo. La falta de esta reforma hizo que la religión islámica fuera susceptible a la explotación, lo que lleva al segundo aspecto que debería abordarse según Manea: el extremismo no violento. Nos parece que habría que dar más importancia al extremismo violento pero el no violento, insiste Manea, no se debe subestimar. No es la única que alerta de este peligro<sup>6</sup>.

Además de estudiar la responsabilidad que, tienen los propios musulmanes, Manea también analiza cómo está siendo la integración de las minorías musulmanas en Europa. Gran conocedora de las leyes británicas, afirma que no se puede pretender un pluralismo legal donde el postulado sea que de algún modo se tenga que reconocer la *Sharia*, la ley musulmana, en Occidente<sup>7</sup>: Es decir, no solo habla del sistema en países árabes, critica también los intentos de introducir la *Sharia* en el sistema jurídico occidental puesto que se incurre en situaciones de indefensión para las mujeres y los niños.

Reconocer algunos aspectos de la *Sharia* en Occidente, por un lado, le parece que facilitaría la formación de *ghettos* y supondría un claro riesgo al multiculturalismo, por otro, afirma que las identidades culturales no son fijas, pueden cambiar a lo largo del tiempo y además entre las minorías que se estén protegiendo legalmente puede haber variaciones esenciales. Critica también el relativismo cultural –aunque no defiende una ley natural como tal–, entiende que hay un sustrato universal de valores humanos que todos tendrían que acatar, una serie de derechos humanos básicos que «no solo defiende Occidente –debido a la carga o vergüenza que recae sobre el hombre blanco– sino que se defiendan universalmente»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> MANEA, E.: *Time to Face the ISIS Inside of Us* | *HuffPost, The Blog*, (2014), Recuperado a partir de [http://www.huffingtonpost.com/elham-manea/time-to-face-the-isis-ins\\_b\\_5688631.html](http://www.huffingtonpost.com/elham-manea/time-to-face-the-isis-ins_b_5688631.html).

<sup>6</sup> Vid. G. S. Mela, *Islam. Nacita, espansiones, involuzione* (Roma: Armando), 2005.

<sup>7</sup> En muchos países europeos se admite, dentro del derecho internacional privado, que haya arbitraje voluntario de terceras instancias en asuntos de derecho civil, por ejemplo, decisiones sobre leyes de la familia, patrimoniales o de divorcio, tomadas por tribunales islámicos. Es el caso de UK, estudiado entre otros países, especialmente por Manea.

<sup>8</sup> MANEA, E.: *Women and Shari 'a Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK* (London: IB Tauris), 2016, 34.

Manea, al contextualizar el debate en la realidad de las mujeres musulmanas, ve una estrecha relación entre las comunidades que son cerradas y el aumento del fundamentalismo que busca el control de los miembros de su comunidad. «En esas comunidades las mujeres tienen miedo, miedo de independizarse de la *Sharia* y miedo porque están atrapadas en un orden jerárquico basado en el género donde tiene muy poco control sobre su propia vida. Son las mujeres más vulnerables las que caen víctimas bajo la introducción de la ley islámica en Occidente, no la mujer de clase media. Y (...) con frecuencia son dejadas a un sistema que explota su vulnerabilidad»<sup>9</sup>. Hasta que no se reconozcan los derechos de las mujeres en el sistema, este no estará corregido.

Para evitar situaciones así, es necesaria una reforma de la ley islámica, basada en la escolarización y en el activismo, si no, no se conseguirá. Y es que efectivamente, mientras que en el s. X poner freno a las interpretaciones de la *Sharia* hubiera representado un peligro para su supervivencia<sup>10</sup> (hoy el peligro le viene a la *Sharia* precisamente de su estancamiento y consiguiente incapacidad de resolver los problemas que surgen en la sociedad actual. Además, los contrastes entre una ley estancada en su interpretación en el s. X y la cultura del s. XXI ponen, siempre según Manea, a los musulmanes en la difícil tesitura de tener que elegir entre su condición musulmana o su condición moderna, planteándose ambas como opciones irreconciliables. De ahí que vayan abriéndose camino posturas que defienden la necesidad acuciante de una interpretación de la *Sharia* adaptada a la modernidad<sup>11</sup>. Para Manea, en concreto, la *Sharia* no es una ley hecha por Dios sino por los hombres y necesita ser cambiada y sustituida por leyes civiles que protejan la dignidad y los derechos humanos, a las mujeres y a los niños.

En una conferencia dada el curso pasado<sup>12</sup> insistía en la idea del peligro del islamismo no violento. A través, como siempre en su exposición, de una mezcla persuasiva de rasgos autobiográficos, estudio de casos y lecturas cuidadosas, Manea detalla cómo los grupos islamistas han explotado esta apertura de las democracias liberales para poder crear comunidades islamistas cerradas. Estos grupos hoy están transformando el Islam en Occidente en una religión fundamentalista unificada que en última instancia promueve actitudes que conducen a la violencia. Manea da mucha importancia al extremismo no violento, que puede parecer más compatible con la integración cultural en Europa pero que termina siendo, a su juicio y también al de

<sup>9</sup> MANEA, E.: *Women and Shari'a Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK* (London: IB Tauris), 2016, 200.

<sup>10</sup> Vid. MCHUGO, J.: *Una breve historia de los árabes* (Madrid: Turner), 2013.

<sup>11</sup> Vid. COMBALÍA, Z.: *Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del islam en las sociedades occidentales del siglo XXI*, en *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura* (4), (2015), 101-118. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5139105>.

<sup>12</sup> MANEA, E.: *Islam y musulmanes en Europa, escenarios y retos*, conferencia impartida el 9 de junio de 2021. Recuperada de <https://www.fundea.org/es/noticias/islam-musulmanes-europa-elham-manea>.

otros autores<sup>13</sup>, más peligroso y nocivo por el daño que representa en la educación de las generaciones que están naciendo en Occidente.

El *islamismo político* es una ideología moderna que busca el poder político del Estado como medio para cambiar y transformar las sociedades existentes. Para ella, el poder es solo un medio para un fin, su objetivo es un cambio revolucionario impulsado por una visión de una sociedad y Estado puritanos. Un Estado donde la identidad y la ciudadanía están basadas y definidas por la afiliación religiosa y la observancia. Ello lentamente se ha convertido en un mensaje hegemónico que busca moldear los órdenes políticos, sociales y legales de acuerdo con sus cánones ideológicos.

Existen diferentes versiones del islamismo político. Algunos movimientos buscan crear esta visión, de la sociedad y el Estado, a través de la violencia directa: el ISIS es un ejemplo de este tipo de movimientos. La violencia sigue siendo aceptable, pero la estrategia es cambiar gradualmente a través de un proceso de islamización de la sociedad, a través del sistema educativo, las mezquitas, las enseñanzas religiosas y los medios de comunicación. No es coincidencia que cada vez que los islamistas ingresan a un gobierno árabe o islámico, el primer ministerio en el que insisten es el ministerio de educación y la primera medida que emprenden es cambiar el plan de estudios para moldearlo según su ideología.

Con el *islamismo social* quiere referirse a los movimientos religiosos puritanos que se preocupan de que los comportamientos sociales cambiantes se ajusten a sus rígidas cosmovisiones, es decir, reclaman un modo de vida islámico, se abstienen de la política y son leales a los regímenes en sus respectivos Estados islámicos. Los conceptos de Jihad como un deber, la creación de un Estado islámico, la insistencia de que otros que se consideraran musulmanes y practican los principios principales de la religión son de hecho no musulmanes –un concepto adoptado por el Islam político también– son parte de su cosmovisión<sup>14</sup>.

Y al mismo tiempo en la sociedad occidental, los grupos de extrema derecha consideran a los ciudadanos de ascendencia musulmana como al «enemigo que vive entre nosotros» y en general, también por los grupos no tan extremos, son considerados como extranjeros, no como ciudadanos iguales a los demás.

Con todos los acontecimientos históricos de este siglo, le parece a Manea que es precisamente el momento del cambio de modelo. Ante la posible crítica de que todo su planteamiento sea meramente académico, ella explica que la discusión académica no es meramente teórica puesto que

<sup>13</sup> Vid. GRUBER, L.: *Figlie dell' Islam: La rivoluzione pacifista delle donne musulmane* (Milan: BUR Biblioteca Univ. Rizzoli), 2010.

<sup>14</sup> Vid. MANEA, E.: *Time to Face the ISIS Inside of Us* | *HuffPost The Blog*, (2014). Recuperado de [http://www.huffingtonpost.com/elham-manea/time-to-face-the-isis-ins\\_b\\_5688631.html](http://www.huffingtonpost.com/elham-manea/time-to-face-the-isis-ins_b_5688631.html).

tiene consecuencias en la vida real, un ejemplo que subraya esta importancia es el papel que ha jugado lo que ella llama el *paradigma esencialista*. Es el paradigma que ha dominado Occidente desde hace tiempo, que pretende un pluralismo legal suave y que la ley islámica entre en algunos ámbitos del sistema jurídico occidental. Tiene cuatro características fundamentales:

La primera es la combinación de un multiculturalismo y un pluralismo legal en el contexto social, esto divide a la gente en filas culturales, religiosas o étnicas separándolas y colocándolas en enclaves paralelos. En Gran Bretaña por ejemplo se han erigido muros que segregan comunidades con el pretexto de protegerlas, unos ciudadanos pueden disfrutar de igualdad frente a la ley y otros no debido a su identidad religiosa.

La segunda característica se refiere a los derechos del grupo, es decir, no son derechos de los individuos. El grupo posee unos derechos que deberían ser protegidos aun cuando sean violados los de los individuos que lo componen.

La tercera es un relativismo cultural, dominado por una cultura relativista que argumenta que esos derechos, y los valores que se desprenden de ellos, son determinados culturalmente.

Por último, la cuarta ya mencionada antes– y coincidiendo con otros autores<sup>15</sup>– es la «carga del hombre blanco». Es el fuerte sentido de vergüenza y culpa que el Occidente imperial tiene de su pasado y que ha llevado a un deseo paternalista de defensa de las minorías. «Es una mentalidad que percibe al otro, sea un miembro de un grupo minoritario, sea un grupo entero de un país en vías de desarrollo, como el oprimido, y los derechos humanos como la herramienta impuesta por Occidente, el opresor (...) y así, en el proceso se justifica o se ignora la violación de terribles derechos humanos cometidos en nombre de derechos del grupo, sean culturales o religiosos»<sup>16</sup>.

Manea<sup>17</sup>, a raíz del asesinato de George Floyd comenta «Por favor, entiendan lo que estoy tratando de decir aquí. Las vidas negras importan porque son vidas humanas y deben protegerse independientemente de quién las esté dañando. Y punto. El racismo, la discriminación y la desigualdad son cuestiones que deben abordarse sistemáticamente. Simplemente no estoy segura de que el uso de "identidad" sea el término apropiado para lograr estos objetivos. Hasta ahora, solo han logrado polarizarnos en lugar de unirnos. La llamada a la reforma y al cambio estructural de nuestras sociedades debe unirnos en nuestra humanidad, no separarnos a través de la

<sup>15</sup> Vid. EASTERLY, W.: *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and So Little Good* (London: Penguin Books), 2017.

<sup>16</sup> E. Manea, *Women and Shari 'a Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK* (London: IB Tauris), 2016, 229.

<sup>17</sup> MANEA, E.: (8 de junio de 2020) *United in our humanity equal in our diversity*. *The Blog*. Recuperado de <https://elham-manea.com/blog/48-united-in-our-humanity-equal-in-our-diversity>

identidad grupal. El objetivo debe ser nada más y nada menos que esto: estar “unidos en nuestra humanidad e iguales en nuestra diversidad”».

Por darle un punto de contraste, algunos estudiosos del Islam no estarían de acuerdo con esta interpretación de Manea por ej. B. Dupret<sup>18</sup>. Este autor cree que no hay que dudar de la compatibilidad entre el Islam y las instituciones democráticas, pues incluso la mención constitucional a la religión no implica, a su juicio, que las normas religiosas se conviertan en derecho positivo. Aunque escoge siempre ejemplos cómodos para apoyar su tesis de la compatibilidad, permite hacerse una idea de un tema complejo y muy relevante en la actualidad La *Sharia* es la ley, pero para Dupret no es un sistema cerrado, lo que matiza su rigorismo.

En el caso de Charles Morerod se queda más bien inconclusa la interpretación de si es posible la compatibilidad. ¿Es el Islam una religión de paz?», con esta pregunta empieza Morerod su comentario al libro de Adrien Candiard *Comprender el Islam*<sup>19</sup>; en una entrevista posterior Morerod<sup>20</sup>, al comentar de nuevo estas palabras suyas, dice textualmente: «digas lo que digas sobre el Islam, tendrás a alguien que dirá lo contrario». «El Corán y los hadices (dichos de Mahoma que se transmiten por tradición) a menudo transmiten mensajes contradictorios».

«Uno solo puede pedir a los musulmanes que hagan todo lo posible para evitar la interpretación violenta de su religión, pero depende de ellos ver cómo». Se trataría de que el pensamiento musulmán evolucionase por sí mismo, para profundizar en las evidentes ambigüedades de sus escritos sagrados, y establecer interpretaciones compatibles con las exigencias de la vida democrática moderna, en esto coincide con Manea.

### 3. CONCLUSIÓN FINAL

¿Cuál debe ser entonces la manera más acertada y digna de integrar a los inmigrantes y de respetar los derechos fundamentales de unos y otros? No parece que la manera sea instaurar parte de la ley islámica en Occidente, cosa distinta es que en ella se reconozcan derechos que también están reconocidos en nuestra sociedad. No pueden ser aceptadas partes de la *Sharia* y hacer una acomodación a nuestra cultura, como proponen algunos, sino aceptar los valores que unos y otros defienden y que respetan la dignidad de todos, sin socavar la de ninguno.

<sup>18</sup> Vid. DUPRET, B.: *La Sharia*, (Barcelona: Bellaterra), 2015.

<sup>19</sup> Vid. CANDIARD, A.: *Comprendre l'islam ou plutôt: pourquoi on n'y comprendrien* (Paris: Libres champs), 2016.

<sup>20</sup> MOREROD, Ch.: *Faut répondre l'amour ennemi*. Recuperado a partir de <https://www.letemps.ch/suisse/faut-repondre-lamour-ennemi>

Los derechos humanos han sido hechos de valores que preocupan y conciernen a la vida social y política y se supone que tienen que ser universales. Aunque tuvieron su origen en Occidente, hoy en día se aplican globalmente en todos los países civilizados, forman unos mínimos morales estándar para la vida civilizada y significan un absoluto respeto a la dignidad humana. En esto estaríamos prácticamente todos de acuerdo, pero la pregunta es si una ética política –la pretendida obligatoriedad de los derechos humanos– puede ser universalizada. La ética política se compone de distintas partes que han hecho el *ethos* y la fábrica de una nación que, a su vez, es producto de su historia. Este hecho no descarta que haya cierta tensión entre la pretendida universalidad de la ética política y la diversidad de historias sociales particulares. Y, sin embargo, esta tensión, y la consecuente ambivalencia, es el principal obstáculo para la aceptación de la universalidad de la ética política y su aplicación.

Es el caso de lo que ocurre con los derechos humanos pues son precisamente el producto de una historia de una cultura concreta. La validación universal de esta ética de los derechos humanos habría que buscarla en que forman parte de una herencia global. De hecho, tanto los países islámicos, y los no cristianos en general, declaran que consideran válidos estos derechos humanos cuando juzgan lo que sería deseable, aun cuando den una interpretación de esos derechos contraria a lo que se decía en su origen.

La posibilidad de universalizar los derechos fundamentales del hombre y de la mujer depende de encontrar un consenso a través de culturas distintas que se basen en los derechos humanos y en su implementación. La ventaja de ese consenso sería precisamente que no se reclamaría una homogeneización cultural ni religiosa. Es el consenso de un mínimo común de convivencia con respeto por lo diferente, reconocer derechos universales con manifestaciones diferentes. Parece que es más fácil conseguir ese consenso desde una democracia constitucional –sería entonces no solo una adquisición cultural sino también un valor ético, un valor que debe ser defendido de las presiones de un excesivo multiculturalismo que puede llegar a poner en peligro esta conquista–.

Esto no significa uniformidad ni falta de respeto a la diversidad cultural (tema que preocupa a autores de relevancia como Kymlicka<sup>21</sup>, sino no renunciar a lo que sea políticamente necesario para no perjudicar los logros de la política cultural de libertad e igualdad civil. «Renunciar a ello sería perjudicar las posibilidades de cooperación pacífica, de reconciliación y de construcción de un consenso para una política cultural de libertad»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Vid. KYMLICKA, W.. *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Grupo Planeta(GBS), 2003.

<sup>22</sup> RHONHEIMER, M.: *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays* (Washington: William F. Murphy), 2013, 302.

Uno de los resultados destacables en las sociedades democráticas es que ha aumentado entre la población más joven la proporción de los que apoyarían la existencia de límites legales a la libertad de expresión para no ofender la sensibilidad religiosa de los demás. El porcentaje es mayor entre los que se definen como multiculturalistas, lo que indica que un sector importante –y no precisamente el que se suele catalogar como conservador– piensa que el respeto a las creencias del otro es parte imprescindible de su integración en la sociedad.

Además de entre los que se definen como multiculturalistas, la idea de que la libertad de expresión no debería amparar las ofensas a las creencias religiosas tiene especial apoyo entre los jóvenes. Esto confirmaría la idea de que existe una brecha generacional en cuanto a los valores democráticos irrenunciables: la juventud actual, al contrario que sus padres, son más sensibles al llamado «discurso del odio» que a las limitaciones a la libertad de expresión.

A su vez, en algunos países islámicos, están emergiendo pensadores liberales que están haciendo grandes esfuerzos para interpretar la *Sharia* como algo no legal o político sino solo moral y religioso. Si bien es cierto, como explica Manea<sup>23</sup>, que no se pueden unificar todos los países musulmanes en el sentido de que no hay una explicación sencilla que unifique, en los distintos países, su forma de interpretar, por ejemplo, el derecho de sufragio de las mujeres o el derecho de familia, también es cierto, según la misma autora, que en muchos de estos países están surgiendo voces que piden un cambio social. Para ella, todas las evidencias y el estudio de campo realizado, van en una dirección: solo un liderazgo legítimo tendrá suficiente fuerza para dirigir medidas específicas que garanticen la participación de la mujer en la vida social y política y dirigirá los prejuicios sociales. Más importante todavía que el liderazgo es que haya un estado capacitado para reformar el derecho de familia y que garantice la igualdad de todos frente a la ley (sobre todo de los más débiles). Por eso mira a Occidente que, dentro de sus deficiencias, tiene una serie de leyes que garantizan la libertad y la igualdad de todos.

Los derechos humanos, tal como los entendemos hoy en día, no se dan en el vacío sino que son la expresión de una política cultural que existe en las democracias constitucionales y que se caracterizan por un imperio de la ley, es decir, por la sumisión del gobierno a las leyes, por la garantía de las libertades fundamentales a todos los ciudadanos. También tienen una compleja historia en la que no se puede negar la influencia de la antropología cristiana, con su noción de hombre como imagen de Dios, y del derecho

---

<sup>23</sup> Vid. MANEA, E.: *The Arab State and Women's Rights: the Trap of Authoritarian Governance* (Oxford: Taylor & Francis), 2012.

romano que es una de las fuentes fundamentales en la noción de estado soberano.

La enseñanza de los derechos naturales del hombre está, y lo ha estado siempre, repleta de interpretaciones que originan contextos sociales y culturales. Es necesario explicar por qué la universalización de una ética política basada en los derechos humanos parece depender de la expansión global de una democracia constitucional como una de sus muchas posibles expresiones. «Nos quejamos con frecuencia de que los derechos humanos son ignorados en muchas naciones que no tienen un sistema de democracia constitucional, pero la ausencia del respeto a los derechos humanos no es debido a la falta de un sistema jurídico internacional sino al hecho de que todavía algunas naciones estado no han fundado sus instituciones, ni su cultura, sobre los derechos humanos»<sup>24</sup>. En los países de raíces no cristianas no se entiende la idea de igualdad de derechos para todos, como seres humanos, y por tanto tampoco la idea de igualdad de libertad para todos y cada uno. «No se comparte, en estos países, nuestra noción secular de ciudadano por medio de la cual los derechos civiles no están ligados a una religión o un partido político»<sup>25</sup>. El reto es afrontar esta tarea con el Islam donde se defiende que la separación entre religión y estado no es posible y eso a pesar de los esfuerzos de grandes intelectuales musulmanes que intentan dar una versión más suave y flexible del Corán. De hecho el estado es el garantizador y gestor de la religión y del culto en el Islam y tiene una función también religiosa. Esto no significa falta de respeto a la diversidad cultural ni homogeneización. Significa, sin embargo, no ceder en lo que es políticamente necesario para no debilitar los logros de libertad cívica e igualdad, reconsiderando el pluralismo de modo que se permita una cooperación pacífica en el necesario consenso de una cultura en libertad.

Parece bastante claro, en cualquier caso, que la efectiva implementación de los derechos humanos, y su capacidad de defenderlos y promoverlos, dependerá de que se den una serie de condiciones sociales. Los derechos humanos, por sí solos, no pueden crear una verdadera civilización humana, caracterizada por el amor y no solo por la justicia. La ética política que los defiende es una base, un marco, es necesaria pero insuficiente. El lenguaje que hay que aprender para que sea una inculturación auténtica es el de la virtud, en primer lugar en el seno de la familia, es ahí donde se deben producir ciudadanos con una cultura de los derechos humanos, que estén despiertos a entender el valor irremplazable de cada vida y en este sentido es también una escuela de derechos humanos.

---

<sup>24</sup> RHONHEIMER, M.: *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays* (Washington: William F. Murphy), 2013, 300.

<sup>25</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid: Trotta), 2000, 60.

Con sus luces y sombras, existen ejemplos en materia de integración, por ejemplo la propia España. Tal y como recoge un estudio del Real Instituto Elcano<sup>26</sup> «hasta ahora no se han formado guetos, barrios que la población autóctona haya abandonado por la llegada de los inmigrantes. No existen en España zonas equivalentes a las *banlieues* francesas que concentran migración árabe y subsahariana, o al barrio bruselense de Molenbeek, de población marroquí». Esto favorece la integración social de los migrantes a través de las relaciones vecinales y suaviza la tendencia a la formación de guetos educativos. Lo contrario sería fomentar la creación de la «cultura de la otredad, que genera una cultura de la atrocidad», es un cambio de paradigma con efectos devastadores «porque legitimamos el concepto de persona migrante como enemigo. No es un ciudadano neutro, sino un sospechoso», continúa este estudio.

Por eso, favorecer políticas eficaces de integración mejoraría la convivencia social, contribuiría al desarrollo del país y frenaría los discursos anti-inmigratorios violentos, en el país que fuera. Es fundamental avanzar en esa dirección.

## BIBLIOGRAFÍA

- BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- CANDIARD, A.: *Comprendre l'islam ou plutôt: pourquoi on n'y comprendrien*. Paris: Libres champs, 2016.
- CERRINA FERONI, G.: «Burkinis, burkas y velos en el Estado constitucional. ¿Integración para las mujeres musulmanas en Europa?», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (13), (2017):152-159. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6004808>
- COMBALÍA, Z.: «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del siglo XXI». *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura* (4), (2015): 101-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5139105>.
- DUPRET, B.: (2015) *La Sharia*, Barcelona: Bellaterra, 2015.
- EASTERLY, W.: *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and So Little Good*. Londres, Penguin Books, 2017.
- ELÓSEGUI, M.: «Claves para el actual debate éticojurídico sobre interculturalismo, Islam y género». *Diálogo Filosófico*, 19(55), (2003): 4-28.
- GRUBER, L.: *Figlie dell'Islam: La rivoluzione pacifista delle donne musulmane*. Italia: BUR Biblioteca Univ. Rizzoli, 2010.
- KYMLICKA, W.: *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona, España: Grupo Planeta (GBS), 2003.

<sup>26</sup> Real Instituto Elcano, *Luces y sombras en la integración de los migrantes en España* (2016). Recuperado a partir de <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/luces-y-sombras-en-la-integracion-de-los-migrantes-en-espana/>.

- MANEA, E.: *The Arab State and Women's Rights: the Trap of Authoritarian Governance*. Oxford: Taylor & Francis, 2012.
- *Time to Face the ISIS Inside of Us* | *HuffPost. The Blog* (2014) Recuperado de [https://www.huffpost.com/entry/time-to-face-the-isis-ins\\_b\\_5688631](https://www.huffpost.com/entry/time-to-face-the-isis-ins_b_5688631)
- *Women and Shari'a Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK*. London, UK: IB Tauris, 2016.
- *United in our humanity equal in our diversity. The Blog* (2020). <https://elham-manea.com/blog/48-united-in-our-humanity-equal-in-our-diversity>
- *Islam y musulmanes en Europa, escenarios y retos*. Conferencia impartida el 9 de junio de 2021 (2021) Recuperado de <https://www.fundea.org/es/noticias/islam-musulmanes-europa-elham-manea>.
- MCHUGO, J.: *Una breve historia de los árabes*. Madrid: Turner, 2013.
- MELA, G. S.: *Islam. Nacita, expansiones, involuzione*. Roma: Armando, 2005.
- MOLERO HERNÁNDEZ, P.: «La integración de algunas minorías en Europa. La propuesta de Elham Manea», *Perseitas*, 7(1), (2019): 126-147.
- MOREROD, C.: *Il faut répondre par l'amour de l'ennemi. Le temps* (2016). Recuperado de <https://www.letemps.ch/suisse/faut-repondre-lamour-lennemi>.
- REAL INSTITUTO ELCAÑO, *Luces y sombras en la integración de los migrantes en España* (2016). Recuperado de <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/luces-y-sombras-en-la-integracion-de-los-migrantes-en-espana/>.
- RHONHEIMER, M.: *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays*. Washington: William F. Murphy, 2013.

# Religión, trata e internet

**M.<sup>a</sup> TERESA ALCOLADO CHICO**

CUNEF Universidad

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– La trata y explotación sexual. 3.– Internet, la clave. 4.– JUJU. 5.– La víctima se convierte en verdugo. 6.– Situación en España. 7.– Reflexiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La creencia en las religiones tradicionales africanas y sus componentes, como JUJU<sup>1</sup>, están muy extendidas en la costa atlántica africana, en países como Nigeria, Benin, Togo y Ghana combinadas con el cristianismo o el islam. Estos rituales, se usan para producir riqueza, donde las partes del cuerpo humano mezclado con amuletos hacen que el dinero salga de una olla<sup>2</sup> que parece, *«funcionan realmente»*, lo que ha conducido a una ola de

---

<sup>1</sup> JUJU o ju-ju (francés: joujou, lit. «juguete») es un sistema de creencias espirituales que incorpora objetos, como amuletos, y hechizos utilizados en la práctica religiosa en África Occidental por la gente de Ghana, Nigeria y Camerún. El término se ha aplicado a las religiones tradicionales africanas. En un sentido general, el término *«JUJU»* se puede utilizar para referirse a las propiedades mágicas que tratan con la buena suerte.

<sup>2</sup> El mito de la olla que contiene monedas no es moderno, ya Plauto en su comedia la *«aulularia»*, daba buena cuenta de la historia de manera satírica.

asesinatos en el país con mujeres solteras como víctimas<sup>3</sup>; así como diferentes desapariciones como la de una menor de diecisiete años<sup>4</sup> que fue encontrada en el Estado de Ogun<sup>5</sup>, para usar parte de su cuerpo en estas ceremonias; este descubrimiento provocó que el JUJU se debatiera en el Parlamento<sup>6</sup>, y se declarase un estado de emergencia en relación los asesinatos rituales en el país; dato destacable es la representación de estas prácticas, en las películas del Nollywood<sup>7</sup>, donde a menudo se escenifica el ritual JUJU como medio para conseguir éxito o dinero, donde las ceremonias son oficiadas por sacerdotes<sup>8</sup>, siendo las mismas reproducidas de manera explícita y al alcance de todos los públicos.

Esta práctica, funciona según el principio del contacto espiritual basado en su homónimo físico, la creencia subyacente es que dos entidades que han estado en estrecho contacto tienen propiedades similares aún después de

<sup>3</sup> Esta matanza de humanos para usar partes de su cuerpo con fines mágicos se apoderó de Nigeria a mediados de los años noventa, en «La caza de los nigerianos que pueden transformarse en gatos», *BBC News Mundo*, <https://www.bbc.com/news/world-africa-60749496>, consultada 19/08/22.

<sup>4</sup> En España, la Fiscalía General del Estado, especializada en extranjería, respecto de la inclusión en el artículo 177 bis del Código Penal español, la trata con el objetivo de extraer diferentes órganos para su venta y que en nuestro estudio son el medio para llevar a cabo diferentes rituales, pero que, en lo que podemos llamar primer mundo son traficados para el trasplante, que «es una realidad alarmante en muchos países del tercer mundo la desaparición normalmente de menores de edad para sustraerles órganos corporales con objeto de trasplantarlos a una persona con recursos económicos proveniente de un país rico. No tenemos noticia de que aún esa tragedia se haya producido no siquiera en el territorio de la Unión Europea (desde luego no en España) pero ello no significa que pueda preterirse tan perverso delito en nuestras normas comunitarias», en la trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los derechos de los ciudadanos extranjeros: síntesis de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, 2019, p. 9.

<sup>5</sup> La Policía nigeriana investiga el posible asesinato ritual de una niña togolesa en el estado de Ogun, en el suroeste del país. El incidente tuvo lugar el jueves por la mañana en la población de Ota, escenario ocasional de esta clase de asesinatos. La niña se encontraba en la tienda de su madre cuando recibió el encargo de regresar a su casa. Allí, fue asaltada por un individuo que machacó su cabeza a golpes con la macilla de un mortero en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-policia-nigeriana-investiga-possible-asesinato-ritual-nina-togolesa-estado-ogun-20221125124523.html>, Europa Press, consultada 25/11/2022.

<sup>6</sup> «Un líder tradicional nigeriano revoca un ritual de vudú sobre víctimas de trata. La agencia de lucha contra la trata de personas de Nigeria ha aplaudido la orden de un líder tradicional que revoca un ritual de vudú, diciendo que debería reducir drásticamente el número de personas que son traficadas a Europa y mejorar las posibilidades de procesar a los traficantes. Los rituales de magia negra, conocidos como "juju", dejan a las víctimas con miedo a que sus familiares enfermen o mueran si desobedecen a sus traficantes, acuden a la Policía o no pagan sus deudas».

En <https://www.europapress.es/internacional/noticia-lider-tradicional-nigeriano-revoca-ritual-vudu-victimas-trata-20180313052204.html>, consultado el 18/09/2022.

<sup>7</sup> Nollywood, es la industria de cine de Nigeria, la tercera más grande en el mundo, detrás de Bollywood y Hollywood. Estas películas son el vínculo entre las comunidades nigerianas extranjeras y su tierra natal. El resultado de este fenómeno, que apenas tiene una década, ha significado la creación anual de más de seiscientos filmes, colocando a Nigeria entre las naciones que más cantidad de películas producen en todo el mundo, con más de siete mil títulos en trece años. Los inicios se produjeron cuando los productores, en su origen vendedores de aparatos electrónicos, empezaron a hacer películas para ofrecerlas como un extra a la mercancía. Realizaban todo el proceso: dinero, historia, contrataban y dirigían a los actores, filmaban y luego empaquetaban y vendían ellos mismos. Según el Censo Nacional de Películas, un órgano del Gobierno nigeriano, habla actualmente de una media de mil doscientas películas anuales, moviendo un presupuesto total de unos veinte millones de euros.

<sup>8</sup> STS. núm. 695/2021. «En dicha casa se celebró un ritual, en el cual un pastor, llamado Abelardo, le hizo firmar un juramento comprometiéndose a pagar la deuda; y en caso contrario, a través del ritual de vudú, el pastor le causaría la muerte. Asimismo, la testigo protegida se obligaba a obedecer a la persona que le esperaba en España. Al final de la ceremonia, la persona que se hacía llamar "Birrás" le entregó una foto de esta testigo protegida al pastor».

haberse separado, por lo que es posible manejar a una a través de la otra; en este contexto, piel, uñas, cabello, prendas de vestir, joyas son candidatos perfectos para el JUJU, ya que se cree que conservan el aura espiritual de su propietario. Otra de las creencias, es que se puede crear una similitud espiritual colocando deliberadamente dos cosas juntas; en este caso, la creencia latente se basa en la posibilidad de asimilar y fundirse espiritualmente, con una entidad absorbiendo las cualidades de otra. Los amuletos y las mascotas son formas comunes de JUJU, así como transformarse en gato<sup>9</sup>, estos, han sido imbuidos de cualidades energéticas que, al usarlos, tienen efectos protectores y alejan la mala fortuna y a los malos espíritus. El JUJU puede ser usado como remedio contra las dolencias físicas y espirituales; los profesionales en la materia pueden ser sanadores, pero también brujas o hechiceros que persiguen provocar el daño a través de objetos que puedan contaminar espiritualmente.

El JUJU domina mejor a las personas que las cadenas y se hace patente en el tráfico sexual de mujeres de Nigeria<sup>10</sup>, esta afirmación deviene en una realidad que sacude la Unión Europea, ya que la trata es una lacra de la sociedad de consumo y que las mafias aprovechan comerciando con mujeres y menores de edad, como colectivos más frágiles y necesitados. Lo atractivo de este negocio radica en la alta demanda, un suculento negocio de poco coste y grandes beneficios, lo que provoca que, junto a las grandes organizaciones delictivas, aparezcan familiares y amigos de los migrantes, que de una manera informal se lucran<sup>11</sup> aprovechándose de sus propios parientes.

En España, así como en la Unión Europea están aumentando las operaciones de inmigración ilegal con fines sexuales<sup>12</sup>, de las cuales, más del 75% tienen como referente las redes nigerianas, en este sentido el Protocolo para

<sup>9</sup> Muchos nigerianos creen que los amuletos mágicos pueden permitir que los humanos se transformen en gatos desaparecer y aparecer, o la de encontrar dinero en una olla de barro, estas creencias no solo son para personas sin educación, sino que existen en el nivel más alto de la Universidad, y funcionan dentro de las posibles en la dinámica de la religión africana tradicional, en «La caza de nigerianos que pueden transformarse en gatos», Nduka Orjinmo, BBC News en <https://www.bbc.com/news/world-africa>, consultada el 19/08/2022.

<sup>10</sup> STS. núm. 146/2020, de 14 de mayo de 2020, «Dicho rito generaba en las víctimas un estado de intenso temor y les hacían sentirse vinculadas a los acusados para no sufrir, ni ellas ni sus familias las consecuencias de los rituales que con ellas habían llevado a cabo (...) en tanto las mujeres prometían obediencia al tratante abonar la deuda contraída y no acudir a la Policía ni delatar al tratante ni a sus compinches. De manera que servía de mecanismo de control y fidelización que sobre las muchachas ejercía el tratante y los demás individuos concertados con él».

<sup>11</sup> Institute for public policy research, beyond borders. Human Trafficking from Nigeria to the UK., Reino Unido, 2013. p. 40.

<sup>12</sup> «En España hay una clara demanda de prostitución. Somos el primer país a nivel europeo que más demanda a mujeres y a niñas para ser explotadas en nuestras calles, polígonos industriales y pisos particulares». Con esta contundencia ha hablado Rocío Mora, directora de APRAMP, durante una entrevista este viernes en el Canal 24 Horas por el Día Mundial Contra la Trata en <http://www.elespanol.com/mujer/actualidad/> consultada 25/11/2022.

prevenir, reprimir y sancionar la trata de mujeres e infancia<sup>13</sup>, requiere un abordaje internacional en los países de origen, tránsito y destino, en el que se trate la situación de las víctimas y se castigue a los traficantes, evitando que la parte más vulnerable se convierta así en un objeto de consumo, como si realmente fueran una mercancía, de tal manera que las personas se cosifiquen para conseguir un beneficio, sin atender a la grave violación de los Derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana, ya que toda forma de esclavitud trae consigo, de manera inherente las prácticas crueles, violencia, la servidumbre por deuda y coacción<sup>14</sup> en la misma línea, la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Trata de personas, especialmente mujeres y niños: fortalecimiento de los derechos humanos mediante el aumento de la protección a estos colectivos y el apoyo prestado a estas y su empoderamiento<sup>15</sup>, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección a las víctimas<sup>16</sup>; el reto es erradicar a una delincuencia organizada cuya actividad económica se basa en maximizar beneficios<sup>17</sup>, auspiciados también por la crisis económica, por su propia permeabilidad, y la alta demanda de inmigración.

<sup>13</sup> Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, páginas 44083 a 44089, BOE-A-2003-22719.

<sup>14</sup> Sus experiencias trazan una aterradora imagen de las condiciones de las que muchos de los que vienen a Europa quieren desesperadamente escapar; El abanico de vejaciones que sufren es amplio: De estar secuestrado, encarcelado bajo tierra durante meses o sufriendo abusos sexuales por parte de los miembros de los grupos armados, a ser golpeados, explotados o disparados por los traficantes de personas o las mafias en Libia. «Cuando intentan convencerte de que viajes con ellos son amables y dulces, pero en cuanto estás en sus manos y les has pagado el dinero te tratan completamente diferente. La gente no puede dar marcha atrás, no puedes cambiar de opinión, y ya te han mentido. Los traficantes de personas van armados con Kalashnikov para asustarnos. Una persona intentó escapar y la dispararon», describe una pareja siria. Quienes pagan entre 1.000 y 2.000 dólares por jugarse la vida en una balsa hinchable no saben las verdaderas condiciones del viaje. En barcas con altísimo sobrepeso, llenas con el doble de la capacidad que inicialmente se les ha indicado, sin chalecos salvavidas y con depósitos sin suficiente combustible como para afrontar los 300 kilómetros que separan la costa libia de Lampedusa (Italia). La mayoría de los testimonios recogidos por Amnistía Internacional indican que todos los migrantes y refugiados sufrieron engaños antes de decidir lanzarse al mar. «A nosotros nos dijeron que podríamos llevar una pequeña bolsa cada uno, con nuestras pertenencias, pero cuando llegamos a la playa nos obligaron a dejarlas allí todas. Yo perdí los 500 euros que llevaba en la mía y ahora no tengo dinero», en el Diario, es, consultado 18/09/2022. «Pero una vez que llegan a su destino, la deuda puede ascender a más de US\$55.000 euros a ser pagados en prostitución forzada por un período que puede superar los tres años». BBC News mundo, 28 de febrero de 2017; abundando en la idea, las personas sometidas no pueden en la realidad sustraerse a sus explotadores, situación que se mantiene mientras son útiles a los fines de la organización.

<sup>15</sup> De 16 de julio de 2020; El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena es una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas cuyo preámbulo dice: «Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad», que entró en vigor en 1951 y sustituyó a otros convenios previos que abordaban el asunto de la prostitución forzada.

<sup>16</sup> Que sustituyó a la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, sobre la lucha contra la trata de seres humanos 2002/629/JAI.

<sup>17</sup> Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE. No podemos olvidar que, dentro de la UE, hay libertad de tránsito por lo que la movilización de estas personas resulta fácil y muy rentable.

El grupo de delincuencia que entendemos está relacionado con el tráfico de personas es el más especializado, y utilizan las rutas establecidas para la migración ilegal económica.

## 2. LA TRATA<sup>18</sup> Y EXPLOTACIÓN SEXUAL

Las redes nigerianas, generalmente, son las que controlan el tráfico de mujeres y menores no acompañados por motivos sexuales, poseen una estructura dúctil y maleable, con una densa red de contactos desplazando a otras organizaciones ya establecidas como las colombianas o turcas; estos grupos delictivos se han ido asentando en Italia<sup>19</sup>, España, Países Bajos, Francia<sup>20</sup>, Inglaterra<sup>21</sup>, por citar algunos; controlando el mercado de la cocaína, y personas<sup>22</sup>. Los organizadores de este sistema de explotación forman parte de sociedades secretas nigerianas como la *Supreme Eiyé Confraternity*, formada por la élite social universitaria de ese Estado, fundada en los años setenta, con el propósito de «mantener la naturaleza central de la cultura africana con un compromiso con la excelencia» y «tener un impacto positivo en la psique sociopolítica de Nigeria y garantizar la ruptura total con la dominación cultural colonial/imperial de la época», lo que no se ha cumplido porque «muchos miembros se desviaron, cometiendo actos de violencia en Nigeria y profundizando en la delincuencia en el extranjero» (BBC 27 de enero de 2016), en el mismo sentido se pronunció la Ofici-

<sup>18</sup> Protocolo para prevenir reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 2000; La trata de personas se define como: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, de secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o de la entrega o recepción de pagos o beneficios a obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para la finalidad de la explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

<sup>19</sup> La UNODC afirma que, según las investigaciones llevadas a cabo por la policía italiana, los miembros de la cofradía *Euye* están operando en este país desde el año 2008, con un nivel de organización y violencia similar a la de otras mafias. 2014, p. 56. Italia acoge al segundo grupo más grande de nigerianos después del Reino Unido, y es el destino más habitual para las víctimas de la trata originarias de este Estado africano, siendo la primera ciudad de entrada Turín. El origen de las víctimas es del Estado de Edo, en el sur del país, identificando a Benin como el cruce de caminos para la emigración relacionada con la prostitución. <https://www.elmundo.es/espana/2015/04/05/55200396ca47418c2c8b458a.html>

<sup>20</sup> En París, las mujeres nigerianas son explotadas en la calle y en furgonetas en zonas verdes de las afueras, como el bosque de Vincennes. Las organizaciones identificaron durante el año 2015 a más de 100 niñas y adolescentes nigerianas en distintas zonas de París, que son controladas por otras mujeres de la misma nacionalidad en Madres en las redes de la trata: derechos robados en Women's Link Worldwide. Los derechos de las mujeres migrantes: una realidad invisible [en línea]. Madrid: 2009, en: <http://www.womenslinkworldwide.org/files/55aa7139fd8e9d3e9c4de0159e87497b.pdf>.

<sup>21</sup> UNDOC, *Trata de personas hacia Europa para fines de explotación sexual*, Austria 2010, p. 6.

<sup>22</sup> «La mafia nigeriana S. A.», en <https://www.elmundo.es/espana/2015/04/05/55200396ca47418c2c8b458a.html> consultada 20/ 11/ 22.

na de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) al distinguirlos como un «grupo criminal».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2015, define a esta organización del siguiente tenor: «*La organización Supreme Eiyé Fraternity nacida a principios de los años 90 en las universidades de Benin City Nigeria, se fue expandiendo por toda Nigeria transformándose en un grupo violento. Tiene una facción en Madrid de los Eiyé que significa pájaro en yoruba y por símbolo el color azul, con contactos en varios países, además de que sus tentáculos se extienden por otros puntos de España. Tienen una estructura organizada y jerarquizada, con un juramento de entrada*»<sup>23</sup>. En el mismo sentido y abundando en la jerarquía de la organización<sup>24</sup> la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 178/2016, hace una descripción de la estructura calificándola como piramidal, y cuyo objetivo es el comercio de personas.

Nigeria se ha adherido a los instrumentos internacionales en relación al reconocimiento de derechos de las personas y el Protocolo de Palermo del año 2000, así mismo su Constitución reconoce en el artículo 34, que nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre<sup>25</sup>, en el mismo sentido su Código Penal<sup>26</sup>, que recoge delitos en relación a la esclavitud que pueden

<sup>23</sup> SAP Madrid, 329/2015 de 14 de septiembre de 2015, Rec. 6/2013.

<sup>24</sup> «*Se confirma la identidad del apodado Pitufo, tratándose del procesado, Pelayo Gaspar; mayor de edad, al que se sitúa como líder del entramado criminal, denominado "EIYE" o Supreme Eiyé Confraternity, de estructura piramidal, transfronterizo, identificándose a las GOC, como rango o estamento superior, como máxima autoridad, encabezada por Pitufo, líder en la zona de Cataluña, y como miembros activos de aquélla, en un escalón inferior, los procesados, Alonso Inocencio, Jacinto Porfirio, ( Apolonio Inocencio ), Avelino Nazario, Enrique Salvador, Ruperto Jon, siendo el apodado Pitufo, el Coordinador de la captación y recluta de jóvenes, de chicas originarias de Nigeria, responsable de la captación y recluta de las mismas, para su posterior traslado a España, distinguiéndose claramente cuatro fases, la captación, en Nigeria, el transporte, gestionando el viaje, el mantenimiento, la ropa adecuada, el alojamiento, a través de diversas rutas migratorias, alternativas, en función de las circunstancias sociopolíticas y culturales concurrentes, a través de Libia, Irán, Turquía, o vía directa a España, con costes de precio distintos y, una vez en España, forzando a las mujeres reclutadas, en la llamada fase de explotación, a ejercer contra su voluntad la prostitución, o a cometer infracciones penales, como hurtos, robos, etc. a fin de poder devolver las cuantiosas deudas contraídas para su entrada en territorio español, apareciendo como controladora de las mujeres captadas, la apodada Eulalia Rocío, y, como colofón, la fase de regularización administrativa*». STS. núm. 178/2016, de 3 de marzo de 2016, Rec. 10848/2014.

<sup>25</sup> Constitución nigeriana 1999, revisada 2011; «*Todas las personas tienen derecho a que se respete su dignidad y en consecuencia: nadie será sometido a tortura ni a un trato inhumano o degradante; nadie será sometido a esclavitud o servidumbre, y nadie será obligado a prestar trabajos forzados u obligatorios*», en [http://www.constituteproject.org/constitution/Nigeria\\_2011?lang=es](http://www.constituteproject.org/constitution/Nigeria_2011?lang=es).

Consultada el 28/11/2022.

<sup>26</sup> Criminal Code Order de 1916, última revisión 2020. CAPÍTULO 20 titulado «*Ordalía, Brujería, Jujú y Encantos Criminales, siendo los siguientes artículos dedicados a la materia que nos ocupa: 207. Juicio ilegal por ordalía: jujú prohibido: juicio ilegal por ordalía: jujú prohibido (1) La prueba por la prueba de sasswood, esere-bean, o el veneno, aceite hirviendo, fuego, inmersión en agua o exposición a los ataques de cocodrilos u otros animales salvajes, o por cualquier prueba que pueda resultar en la muerte o lesiones corporales de cualquiera de las partes en el procedimiento, es ilegal. (2) El Presidente o, según el caso, el Gobernador de un Estado puede por orden prohibir la adoración o invocación de cualquier jujú que pueda parecerle que involucre o tienda a la comisión de cualquier delito o quebrantamiento de la paz, o a la propagación de cualquier enfermedad infectocontagiosa. 208. Dirigir, etc., juicio por ordalía ilegal. 209. Estar presente en un juicio por ordalía ilegal o preparar veneno para él. 210. Delitos en relación con la brujería y el jujú: 211. Jefes que permiten la prueba ilegal y culto jujú prohibido: Cualquier persona que-(a) por sus declaraciones*

ser implementados para la trata, así como tipifica los actos de brujería, JUJU, castigándolos con penas no inferiores a dos años; además de proscribir los lugares donde se realizan los ritos que deben ser destruidos, lo que nos sorprende, desde nuestro punto de vista occidental es que en el Código Penal de Nigeria aparezcan tipificadas la brujería así como las ordalías en pleno siglo XXI, lo que no hace más que afianzarnos en la idea de las grandes diferencias culturales así como del sentir religioso; y por ende las dificultades al trabajar con este tipo de víctimas sometidas a estos rituales que las marcan de por vida y que son su forma de sentir la religión.

### 3. INTERNET, LA CLAVE

UNODC<sup>27</sup>, plantea el tema para este año 2022, configurado como el «Uso y Abuso de la tecnología», centrándose en la ciencia como modo de permitir e impedir la trata de personas. La vida cotidiana post pandemia ha cambiado, cada día se lleva a cabo un ingente comercio por la red; estos soportes han ayudado a que la trata haya conquistado el ciberespacio, a través de las diferentes plataformas como herramienta de comunicación que, a su vez, se comportan como un perfecto sistema de reclutamiento, explotación y control tanto de las posibles víctimas como de sus familias, desde la clandestinidad. En la actualidad, la red ofrece un paraguas de ventajas para

---

*o acciones se presenta a sí mismo como un brujo o tiene el poder de brujería; o (b) acuse o amenace con acusar a cualquier persona de ser brujo o de tener el poder de brujería; o (c) fabrique, venda, use, ayude o participe en la fabricación, venta, uso o tenga en su poder posesión o pretende estar en posesión de cualquier juju, droga o amuleto que sea destinado a ser utilizado o informado para poseer el poder de prevenir o retrasar a cualquier persona de realizar un acto que dicha persona tiene el derecho legal de realizar, u obligar a cualquier persona a realizar un acto que dicha persona tiene el derecho legal de abstenerse de realizar, o que se alega o reportado que posee el poder de causar cualquier fenómeno natural o cualquier enfermedad o epidemia; o (d) dirige, controla o preside o está presente o participa en el culto o invocación de cualquier juju que esté prohibido por una orden del presidente o del gobernador de un Estado; o (e) está en posesión o tiene control sobre restos humanos que se utilizan o se destinado a ser utilizado en relación con el culto o la invocación de cualquier juju; o (f) hace o usa o ayuda a hacer o usar, o tiene en su posesión cualquier cosa cualquiera cuya fabricación, uso o posesión haya sido prohibido por una orden como estar o se cree que está asociado con sacrificios humanos u otra práctica ilegal, es culpable de un delito menor y es pasible de prisión por dos años 212. Destrucción del lugar donde se lleva a cabo la prueba ilegal o el culto juju prohibido: todo cacique que directa o indirectamente permita, promueva, aliente o facilite cualquier juicio por ordalía que sea ilegal, o el culto o la invocación de cualquier juju que haya sido prohibido por una orden, o quien conociendo tal prueba, adoración o invocación, o intento de prueba, adoración o invocación, no informe inmediatamente de lo mismo a un oficial administrativo, es culpable de un delito grave y puede ser encarcelado por tres años. El delincuente no puede ser detenido sin orden judicial. 212. Destrucción del lugar donde se lleva a cabo la prueba ilegal o el culto juju prohibido. Cualquier casa, arboleda o lugar en que haya sido costumbre celebrar cualquier juicio por ordalía que sea ilegal, o el culto o la invocación de cualquier juju que esté prohibido por una orden, podrá, junto con todos los artículos allí encontrados, ser destruidos o borrados por orden de cualquier tribunal por las personas que el tribunal pueda directo. 213. Encantos criminales». La traducción es nuestra. En <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/52862/60830/F>, consultado 16/08/2022.*

<sup>27</sup> Oficina de Naciones Unidas contra las drogas y el crimen, afirma que cerca de 4.000.000 mujeres son vendidas cada año y que unas 2.000.000 niñas están introducidas en el comercio sexual. Unas 500.000 mujeres entran en Europa para ser sometidas a explotación sexual, ONU. Informe del Fondo de Población, PNUD, 2007.

las organizaciones criminales, de esta manera les resulta rentable y fácil detectar a colectivos vulnerables, coaccionarlos, y a su vez, el negocio está servido ya que pueden crear plataformas donde exhibir y vender la mercancía a través de material pornográfico, o planificando las citas entre las víctimas y presuntos clientes<sup>28</sup>, un fenómeno de nuevo calado es el denominado «*sexting*» o exposición sexual<sup>29</sup>, las primeras menciones en relación a este fenómeno se aproximan al año 2005, siendo las respuestas jurídicas en el sistema Common Law<sup>30</sup>, de sus características se desprende que pudiera ser el desencadenante de otros delitos tipificados en el Código Penal español, como la provocación sexual de menores (art. 186); Delito de abusos sin contacto (art. 186 bis), corrupción de menores (art. 189), de estos delitos es fácil llegar a otros como las amenazas (art. 169), extorsión (art. 243), *grooming*<sup>31</sup> (art. 183 ter) así como atentado contra la libertad e indemnidad sexual de los artículos 178 y ss. Del mismo cuerpo legal. El uso generalizado del móvil o de cualquier tipo de dispositivo electrónico permite la comunicación en directo, en fracciones de segundos con las diferentes aplicaciones existentes donde las comunicaciones interpersonales se rigen por la inmediatez, y la vulnerabilidad de los usuarios ingenuos que carecen de la cultura de la privacidad donde solo se busca notoriedad y la aceptación del grupo<sup>32</sup>, el grupo más vulnerable es el de los menores, el objetivo de prote-

<sup>28</sup> Al que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:(...) b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. Además, el apartado 6.º sanciona con la pena superior en grado por pertenencia a una organización, en SAP León, 176/2022 de 29 de marzo de 2022.

<sup>29</sup> Consiste en el envío de fotografías, sobre todo, de connotación sexual, que se desarrolla en el ciberespacio, magnificado con el auge de internet.

<sup>30</sup> A. H. v State of Florida (2007) caso de «*consumo compartido*»; Miller v. Skumanick (2009): caso de relaciones frívolas poco reflexivas de seis menores en un instituto; Iowa v. Canal (2009): caso consistente en un comportamiento activo agresivo asimilable al delito de exhibicionismo, entre otras. El *cybersexting* se compone de diversos elementos: a) Un mínimo de dos sujetos identificables; b) Una comunicación consentida a través de algún soporte; c) Un contenido íntimo (erótico o no) d) La difusión de este contenido a terceros no autorizados.

<sup>31</sup> Es una práctica de ciberacoso sexual en la que un adulto engaña a un menor de edad con una finalidad sexual. Esta modalidad es más usada en las redes sociales por pedófilos y pederastas para ganarse la confianza de los menores y establecer vínculos emocionales con ellos con el objetivo de conseguir fotografías o videos de contenido sexual protagonizados por los menores, en el caso de los primeros, o incluso llegar a mantener un encuentro sexual, en el caso de los segundos.

<sup>32</sup> STS. núm. 146/2020, de 14 de mayo de 2020 «*Una vez en la capital noruega, la acusada Natalia, que se hacía llamar y era conocida como "Santa", como figuraba en su perfil de Facebook, exigió a la testigo protegida NUM000 el pago de la deuda contraída con el grupo, y previa advertencia de las consecuencias de su no abono o de interponer una posible denuncia debido al rito del "vudú" al que había sido sometida, la conminó a que ejerciera la prostitución en beneficio del grupo, toda vez que carecía de recurso alguno para solventar la deuda, hallándose en un país extranjero, con un idioma para ella desconocido, sin dinero y sin contacto alguno familiar o social al que poder acudir (...) Que le enseñaron una foto de Santa de su perfil de Facebook y que la chica se asustó mucho, empezó a llorar y definitivamente no quiso seguir hablando ni firmar declaración alguna, que tenía miedo a que Santa o su gente tomaran represalias contra ella o sus familiares, quienes aún viven en Nigeria*».

ger a este colectivo, ya que con estas conductas no solo se lesiona la indemnidad sexual, sin consentimiento, sino también se perjudica el desarrollo de la personalidad; en estos días, desde Moncloa se favorece el Acuerdo por el que se autoriza la tramitación administrativa urgente prevista en el artículo 27.1, letra a), de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, del Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos<sup>33</sup>.

Los traficantes de personas atacan tanto en los Estados de origen como en los de destino y en tránsito, obtienen, transportan, albergan y explotan a sus víctimas utilizando una gran variedad de soportes tecnológicos, que permiten a los tratantes alcanzar a un número potencialmente mayor en cualquier parte del mundo, internet carece de fronteras y en su uso se produce el «efecto torniquete».

Pudiéramos pensar que la trata, como esclavitud del siglo XXI, es meramente un producto nacional, pero lo cierto es que como hemos visto traspasa las fronteras, reales y virtuales, la implicación de las mafias es tal, que esta es una ramificación más de sus negocios delictivos, donde las víctimas son objeto de todo tipo de vejaciones durante periodos más largos, ya que la cuenta a pagar aumenta al arbitrio de la organización y la indefensión frente a los captores es absoluta favorecida sobre todo, por las ceremonias religiosas realizadas.

La otra cara de esta moneda, es la posibilidad que ofrece internet de trabajar en el sentido de la propia erradicación; de cómo la ley, y los diferentes sistemas de justicia penal pueden utilizar la tecnología para erradicar a estas organizaciones y enseñar a utilizar estos elementos de manera segura; una forma es servirse de la tecnología para llevar a cabo pruebas que provean de mejores soluciones para las víctimas, evitando el enfrentamiento con sus verdugos; programas de ayuda<sup>34</sup> para la reinserción y a las familias; sensibilización sobre diferentes aspectos en relación al uso y la protección en las redes sociales, principales portales de captación de personas desprotegidas es una manera de conseguir que las redes vean reducida su influencia.

Trabajando en la misma línea, INTERPOL, a través de diferentes sistemas operacionales de cooperación ayuda a los encargados de dismantelar estas redes, usando diferentes capacidades que pone a disposición. Los Estados miembros que actúan en estos operativos, mantienen una estrecha colaboración con las diferentes operaciones vivas en ese momento, afianzando los controles en frontera con el objetivo de identificar a las víctimas

<sup>33</sup> En <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2022/refc20221129.aspx>, consultada el 29/11/2022.

<sup>34</sup> Como los llevados a cabo por organizaciones como APRAM, Proyecto Esperanza, entre otros.

de trata en esos puntos<sup>35</sup>. El 30 de junio de los corrientes, en Benín, se realizó la Conferencia Regional Africana de INTERPOL, cuyos objetivos fueron el intercambio de información para combatir todo tipo de delincuencia, en relación con la ciberdelincuencia, trata de personas o los delitos financieros; aprobándose a tal efecto, medidas esenciales para los Estados africanos como la intensificación del uso de la red mundial I-24/7<sup>36</sup> y otras capacidades de INTERPOL, para intercambiar información sobre casos transnacionales de delincuencia financiera; la concepción y la elaboración de un marco de coordinación regional, para mejorar la interoperabilidad dentro de la comunidad de las fuerzas del orden dedicada a la lucha contra la ciberdelincuencia y reforzar la cooperación en el ámbito de las operaciones conjuntas contra este tipo de delitos; la ampliación del acceso a la red de INTERPOL más allá de las Oficinas Centrales Nacionales (OCN) para aportar un mejor apoyo a los programas de la Unión Africana, bajo el siguiente slogan: «*Para combatir la delincuencia transnacional de un modo más eficaz, la región africana debe hacer un mayor uso de la red y las capacidades de INTERPOL*<sup>37</sup>».

#### 4. JUJU

Es un ritual usado para perfeccionar contratos<sup>38</sup>. Todo comienza en las aldeas, donde, con la promesa de un trabajo remunerado en territorio de la Unión Europea, las mujeres deciden viajar con el objetivo de ayudar a sus familias; en ocasiones, son vendidas por sus propios parientes o amigos y entregadas a las redes que operan por la zona<sup>39</sup>; desde ese momento, dejan

<sup>35</sup> Operación Storm Makers: En el curso de la operación (marzo de 2022), las autoridades lograron desmantelar varios grupos de delincuencia organizada que, según se pudo saber, facilitaban el viaje de hombres, mujeres y niños asiáticos a través de distintos países para proceder a su explotación. A lo largo de la operación rescataron y ayudaron a 80 víctimas de la trata de personas, detuvieron a 121 sospechosos y abrieron 193 investigaciones. Operación Turquesa III: se saldó el pasado mes de diciembre con 216 detenciones y la identificación de más de 10 000 migrantes irregulares procedentes de 61 países diferentes. Otros resultados operativos importantes fueron el rescate de 127 víctimas de trata que iban a ser sometidas a trabajo forzoso y a explotación sexual, que recibieron la ayuda necesaria, y la detención de 27 personas en El Salvador por delitos de abusos sexuales a menores y trabajo infantil, en <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2022/Dia-Mundial-contra-la-Trata-INTERPOL>, consultada el 30/11/2022.

<sup>36</sup> Conexión al Sistema Mundial de Comunicación de INTERPOL, cuyo objetivo es la seguridad, mejorando los equipos de comunicación, promoviendo la denuncia anónima y gestionando de manera eficaz y solidaria las bases de datos sobre delincuentes.

<sup>37</sup> En <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2022/>, La conferencia africana de INTERPOL termina con un llamamiento a intensificar el intercambio de datos, consultada el 13/09/2022.

<sup>38</sup> STS. núm. 695/2021, de 15 de septiembre de 2021, «*Antes de iniciar su viaje a Europa, esta testigo protegida fue a una ceremonia de «jujú» para garantizar el pago por su parte del importe del viaje. En esa ceremonia participaron un individuo, identificado como el pastor Abelardo, y la madre de Raimunda»* y tipificado en el Código Penal de Nigeria.

<sup>39</sup> Vid. STS. núm. 695/2021, de 15 de septiembre de 2021, «*La testigo protegida TP- NUM014 fue reclutada por Raimunda en Nigeria, quien le ofreció trabajar en Europa, dedicándose a la prostitución, y le informó del precio del viaje, que ascendería a 40.000 euros, que debería devolver con las ganancias de su trabajo»*.

de ser dueñas de sí mismas y llegan a través del África subsahariana por el desierto o en avión (lo que encarece la deuda contraída); no obstante, no tienen manera de revelarse, la amenaza psicológica es muy potente, el contrato perfeccionado por la superstición, hunde sus raíces en la religión de sus ancestros, y en las maldiciones vinculadas a sus tradiciones; en estos casos, el vudú juega un papel esencial en el compromiso, es un factor religioso y cultural que utilizan en la trata de personas<sup>40</sup>, ya que previo a iniciar el viaje, y a fin de garantizarse la obediencia, las jóvenes se someten a estos rituales, por los que en caso de incumplimiento, se las amenaza con denunciarlas a las autoridades y además, con sufrir diversos males en la persona de sus familiares o en el suyo propio; en estas ceremonias participan pastores de sus propias tribus, que actúan en connivencia con los captadores, donde les cortan muestras de pelo púbico, uñas y se las conminaba a obedecer a sus captores<sup>41</sup>. Las víctimas son conscientes de las consecuencias de los rituales que han realizado y de los compromisos contraídos en estos, de los pactos sellados con los tratantes y de la manipulación de los objetos y fetiches.

El JUJU por sí mismo, no crea víctimas de trata pero elementos de esa creencia son los utilizados para conseguir y mantener el control sobre las víctimas<sup>42</sup>, es un ritual que se lleva a cabo mediante un juramento de obediencia y la ceremonia materializa en un templo tradicional nigeriano como forma solemne de consolidación: *«el vudú es una creencia que incluye los juramentos rituales en sus prácticas mientras que un juramento ritual es un sello sobre un acuerdo a través de rituales que vinculan las partes del cuerpo a los términos del acuerdo bajo pena de represalias sobrenaturales. El juramento, como parte de una creencia en las religiones tradicionales, es*

<sup>40</sup> Vid. STS. núm. 695/2021, de 15 de septiembre de 2021, «Durante la ceremonia le cortaron pelo púbico y de las axilas, así como las uñas, amenazándole de muerte y diciéndole que se volvería loca si no pagaba el importe del viaje, La testigo protegida TP- NUM015 firmó un documento, asumiendo ese compromiso»

<sup>41</sup> Vid. STS 695/2021, de 15 de septiembre de 2021. STS 146/2020, de 14 de mayo de 2020, del siguiente tenor: «Así, lograban su propósito de hacerles abandonar su país de origen prevaleciendo de la precaria situación económica en la que se encontraban, tanto ellas como sus familias, ofreciéndoles falsas promesas de condiciones de trabajo y situación, y conseguían que una vez en Europa ejercieran la prostitución en beneficio del grupo. Les hacían saber que debían pagar la deuda económica que con ellos habían contraído por sacarlas de África, y las mantenían en un estado de intimidación constante debido al ritual del «vudú», de fuerte arraigo en su país, al que las sometían antes de abandonar Nigeria. Dicho rito generaba en las víctimas un estado de intenso temor y les hacía sentirse vinculadas a los acusados para no sufrir, ni ellas ni sus familiares, las consecuencias de los rituales que con ellas habían llevado a cabo. Consiste en un pacto, mediante el cual el tratante se comprometía a organizar el viaje y prefinanciar los gastos derivados del traslado, en tanto que las mujeres prometían obediencia al tratante, abonar la deuda contraída y no acudir a la Policía ni delatar al tratante ni a sus compinches. De manera que servía de mecanismo de control y fidelización que sobre las muchachas ejercía el tratante y los demás individuos concertados con él. De este modo, las víctimas eran compelidas a ejercer la prostitución en beneficio del grupo, que se hacía con todo el dinero obtenido por ellas en dicha actividad, distribuyéndolo entre sus distintos miembros».

<sup>42</sup> Vid. STS. núm. 695/2021 cit: «obligando a diversas mujeres jóvenes a dedicarse a la prostitución, exigiéndoles elevadas cantidades de dinero, en pago de una supuesta deuda contraída por éstas por los gastos de traslado, manutención y entrada en territorio nacional, desde su captación en Nigeria»

*normalmente administrado en una ceremonia ritual y su potencia descansa en asegurar una prenda o parte corpórea de la persona que realiza el juramento y mezclarlo con otros objetos "mágicos" como sangre de animales, nuez de cola, agua, aceite de palma, tierra cogida de tumbas, hierbas y alcohol. Algunas de las partes del cuerpo incluyen pelo, sangre, uñas y dientes; para hacer el ritual más siniestro, pueden ser extraídas de partes íntimas del cuerpo»<sup>43</sup>. Este juramento así escenificado es lo que une a la víctima con los explotadores, lo que es percibido por la perjudicada como recíproco, dotando a la organización de fuerza y control mágico, ya que las primeras, intentan evitar las represalias sobrenaturales que las pudieran acontecer por su incumplimiento tanto en su persona como en sus familiares. Es más, en ocasiones son ellas mismas las que se dirigen a sus propios pastores eclesiásticos<sup>44</sup> para recibir su bendición<sup>45</sup>; otras veces, de estos contratos, son avalistas las familias con sus viviendas, u otros bienes que se utilizan como garantía al pago de la deuda<sup>46</sup>, por lo que se convierte en una herramienta muy productiva para las organizaciones criminales, a fin de mantener la situación de dependencia al JUJU, se reiteran las ceremonias mientras la persona está siendo sometida a todo tipo de vejaciones como forma de afianzar más el vínculo, a través de maleficios y amenazas; las encargadas de las casas «*mamis*» son las promotoras de estos eventos mediante maldiciones, amenazas, y sustancias similares a las usadas en los ritos como polvos, hierbas, huesos. En cuanto a la calidad de avalistas la familia, como aparece reflejado en sentencia, lo más probable es que la deuda nunca consiga pagarse sino todo lo contrario que vaya aumentando, ya que a la suma inicial siempre se le van añadiendo gastos extras, por multas, compra de billetes de avión, traslados, su propia manutención, de manera que las víctimas no tengan posibilidad alguna de zafarse de sus verdu-*

<sup>43</sup> V. Nwogou, «*Human trafficking from Nigeria and Vodoo, any connections?*» en la Revista *La Strada International*, núm. 9, Países Bajos, 2008, p. 8. en el mismo sentido «*previamente a iniciar el viaje, y a fin de garantizarse su obediencia, estas jóvenes se sometían a rituales de "vudú" o "jujú" amenazándolas con que, en caso de incumplir las órdenes que recibieran, o de acudir a las autoridades a denunciar su situación, sufrirían diversos males en su persona o sus familiares. En estos rituales participaban pastores de confesiones religiosas, que actuaban en connivencia con los captadores, y que cortaban muestras de pelo público y de uñas de las víctimas, y les conminaban a obedecer a los encargados del viaje y estancia en Europa*».

<sup>44</sup> Vid. STS. núm. 695/2021 cit.: «*El 25 de junio del año 2015, esta testigo protegida se reunió con otras cinco mujeres nigerianas en casa de "Diana", quien acompañada de un pastor les comunicó las siguientes instrucciones para el viaje: - En España, no debían acudir a la Policía para denunciar a sus "mamis". - No debían escapar. Debían obedecer a sus "mamis" y les informó que habían contraído una deuda, por importe de 45.000 euros, de los cuales 35.000 euros eran con Raimunda; 5.000 euros eran para pagar al pastor; y los otros 5.000 euros eran para pagar a "Diana"*».

<sup>45</sup> Vid. STS. núm. 695/2021, cit.: «*Onésimo, mayor de edad y nacido en Irrua (Nigeria), ejercía en DIRECCION00 como Ministro de Culto o Pastor de la Iglesia Misión Pentecostal del Último Reino, entidad miembro de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, que era frecuentada tanto por las jóvenes africanas captadas para la prostitución como por sus captadores o proxenetas*».

<sup>46</sup> «*El día 21 de junio del 2015, esta testigo protegida y las demás jóvenes acudieron de nuevo al domicilio de "Diana" en Benin City, en donde firmaron un documento por el que se comprometían a pagar la deuda, y en el que sus familias garantizaban este pago. Posteriormente fueron sometidas a un ritual de vudú*».

gos<sup>47</sup>; si bien es cierto que, en ocasiones, pueden pagar parte de la deuda, atrayendo a otra persona y con su trabajo obtener beneficios para comprar su libertad, es decir, ahora la víctima tiene la posibilidad de convertirse en verdugo.

Dentro de la religión africana, la ley está perfectamente incardinada, ambos componentes de la vida son esenciales para regular el comportamiento y la conducta de las personas, esta fusión implica la existencia de un soberano político al que las personas obedecen, de manera convencional, la Religión tradicional en África Occidental, se materializa en juramentos que se llevan a cabo para resolver problemas tales como la infidelidad, desacuerdos por tierras, entre otros; si una persona jura y con cumple, será castigada por los dioses, hacer el juramento antes de salir de Nigeria e incluso en el Estado de destino, se ve en el contexto de la justicia tradicional, un pacto con los dioses; si la mujer rompe el acuerdo, no solo ofende a lares, sino que también quebranta la ley natural materializándose en hechos como que no podrá tener un hijo en este mundo, puede morir en el proceso, o sus padres, la familia será destruida.

Un aspecto interesante, es la espiritualidad del rito ya que es oficiado por sacerdotes o autoridades religiosas, esta religiosidad que envuelve a las víctimas de tal manera que su vida gira en torno a esta pertenencia al grupo, es por ello, que esta sensación es aprovechada por las organizaciones criminales para llevar a cabo más rituales o incluso contra ritos, siendo necesaria la implicación de otras iglesias que se encargan de las víctimas lo que se convierte en un paso crucial para la recuperación y salida de estas personas del círculo en el que se encuentran ya que estas otorgan una gran importancia al ámbito espiritual-religioso, como si tuvieran que encontrar de nuevo el equilibrio, que han perdido por el JUJU y por la posterior esclavización en Europa.

## 5. DE VÍCTIMA A VERDUGO

Unido al control sobre las víctimas a través de la religión, sobresale otra característica especial y es que el tráfico se organiza principalmente por mujeres, muchos de los traficantes han sido previamente víctimas<sup>48</sup>,

<sup>47</sup> Vid. STS. núm. 695/2021 cit. «Rosaura les amenazaba con incrementar la deuda hasta la suma de 50.000 euros, si no la abonaban en un corto plazo de tiempo. Asimismo, les impedía enviar dinero a sus familias, castigándoles a beber agua sucia y a cortarse el vello de las axilas, genitales y de la cabeza, y las uñas de manos y pies; y metiendo todo esto en unas bolsas con tierra mojada, con una prenda de ropa interior y un papel con el nombre de cada una de ellas, con la finalidad de atemorizarles».

<sup>48</sup> STS. núm. 146/2020 «En el mes de abril de 2015 la acusada Natalia, conocida como "Santa", en connivencia con el resto del grupo y a través de un hombre cuya identidad no ha podido ser determinada, estableció contacto con la testigo protegido NUM000 en Benin City (Nigeria), y a sabiendas de sus deseos

En el caso de las mujeres y niños comerciados como juguetes sexuales es fácil descubrir que después de un tiempo, asimilan como común su situación y se convierten en captadores de nuevas víctimas como forma de pago a sus tratantes; siendo incapaces de ver el sufrimiento que producen en otras personas; esa falta de empatía unida a los traumas que han originado los malos tratos, generan un daño que no se resuelve satisfactoriamente fortaleciendo la agresividad, quedando atrapadas en esa ceguera emocional que es usada por los organizadores de las redes de trata. Los casos en este sentido son muchos, últimamente destaca el de una mujer que ha sido condenada por traficar con dos mujeres nigerianas para convertirlas en trabajadoras sexuales en el Reino Unido, la investigada declaró que nunca tuvo que amenazar ni golpear a ninguna de ellas, la deuda de esas mujeres alcanzaba a la cantidad de cincuenta mil libras por viajes y documentos falsos. Cuando la interrogó la fiscalía, la mujer declaró que no sabía de la vida de las mujeres en Nigeria, ni si se habían sometido a rituales de JUJU, para hacer un juramento secreto. Lo cierto es que la brujería se situó en el centro de la atención del juicio en la Cardiff Crown Court, ya que en la declaración la investigada dijo que arregló que las mujeres nigerianas se sometieran a una ceremonia ritual JUJU, en Nigeria para que tuviesen miedo de desobedecerla antes de que fueran traficadas al Reino Unido y obligadas a trabajar en el comercio sexual, las mujeres dijeron que las habían obligado a beber agua sucia, comer una serpiente y un caracol y afeitarse el cabello, el jurado escuchó que tenían un temor genuino de que la magia JUJU, les causara enfermedad, locura, infertilidad y muerte si rompían el juramento<sup>49</sup>. La idea de encontrar una vida mejor en Europa es un sueño para estas personas, con la ayuda de mujeres que volvieron a Nigeria, que lo hacen para reclutar a niñas, siendo estas exprostitutas que fueron traficadas pagaron sus deudas y han escalado el rango en la organización para operar en burdeles; su riqueza, aparente éxito, sirven de atractivo para la migración a Europa. En los últimos años, las promesas de educación, trabajos de peluqueras, niñeras, diseñadoras, trabajadoras en la restauración, es la oferta más tentadora que pueden presentar a esta mujeres tan vulnerables y niñas, muchas de las cuales han abandonado la escuela y luchan por sobrevivir en las calles, el espejismo de las mujeres que vuelven como reclutadoras, bajo una apariencia de prosperidad.

Un aspecto destacable y que la diferencia de la situación en la que se encuentran las mujeres que provienen del tráfico de otras organizaciones como la colombiana o la turca, es que la creencia en los rituales las permite

---

*de abandonar África debido a la precaria situación económica personal y familiar que padecía, se ofreció a gestionarle su traslado a Europa a cambio de 40.000 euros, que debía restituírle con las ganancias que obtuviera trabajando, una vez que llegara a su destino, no mencionándole los servicios de prostitución. Cuando la citada testigo aceptó la oferta, fue sometida a un descrito rito del "vudú" para garantizar que cumpliría con el pago del dinero convenido, cuyo incumplimiento implicaría graves males para ella y su familia».*

<sup>49</sup> «Lizzy Idahosa culpable de tráfico sexual juju en Cardiff Crown Court». En <https://www.bbc.com/news/uk-wales>, consultada el 19/08/2022.

llevar una vida de «*semilibertad*» de la que no gozan otras traficadas, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 146/2020, en los antecedentes de hecho, declara probados que «*En dicha capital vasca, las dos mencionadas víctimas quedaron bajo la supervisión y cuidado de la acusada Elsa, quien vigilaba su comportamiento y sus entradas y salidas de la casa, comprobaba que cumplieran con el horario marcado por la conocida por "Santa", a la que daba cuenta si lo observaban o no, y recaudaba la totalidad del dinero que ganaban las chicas con la prostitución, para hacer-se lo llegar a la acusada Natalia, después de descontar los gastos relativos al alojamiento y manutención de las chicas(...)* El últimamente nombrado acusado velaba para que las muchachas cumplieran las obligaciones impuestas y no decidieran huir del grupo que se aprovechaban de las ganancias de su forzado trabajo», de la lectura se desprende que las víctimas podían salir a la calle, se las controlaba la entrada y la salida pero mientras estaban ejerciendo podían haber huido, pero no lo hicieron por miedo a las consecuencias de romper con el contrato sellado con JUJU, además de su propia percepción que las hace no sentirse víctimas ya que a pesar de la existencia de indicios de que las mujeres llegan a Europa a través de una red de trata para ser explotadas, la «negativa de la mujer a reconocer su condición de víctima y su rechazo de los mecanismos de protección del artículo 59 LOEX impide cualquier actuación protectora sobre su persona que tendrá la condición de extranjera en situación irregular en nuestro país, pudiendo por tanto ordenarse su devolución al país de origen<sup>50</sup>». En ocasiones, la Justicia desde nuestra perspectiva trabaja de manera dual con la tradicional de la cultura nigeriana, donde se puede constatar que a veces, las «*mamis*», se convierten en víctimas que denuncian a las mujeres traficadas por haber incumplido con el abono de la deuda adquirida, en virtud del contrato perfeccionado por la ceremonia ritual, «*hemos encontrado casos en Nigeria donde la madame había denunciado a la víctima de trata a la comunidad por impago de deuda. En este sentido, y basándose en el contrato establecido durante la ceremonia de Juju, la madame, de forma perversa, pasaba de ser la "víctima" de la situación y por eso pedía la intervención de la justicia tradicional. En estas situaciones la familia de la mujer tratada recibe una convocatoria del templo en la que se pide el pago de la deuda contraída con la madame y, en el caso de que son se entregue el dinero debido, el juju actúa ejecutando a justicia que demanda la madame<sup>51</sup>*», lo que desde nuestra perspectiva es totalmente incongruente y carente de toda empatía a la par que perverso.

<sup>50</sup> Serie Investigaciones: Trata de personas. Informe 8. Women's Link Worldwide, 2017, p. 21.

<sup>51</sup> Vid. *Ibidem*. pp. 21 y ss.

## 6. SITUACIÓN EN ESPAÑA

Nuestro país lo es, sobre todo, de tránsito para estas redes organizadas ya que es una puerta hacia el resto de la Unión Europea; en las sentencias estudiadas, uno de los puntos más conflictivos es el de «*identificar a una víctima de trata*», al efecto se toman en consideración los indicadores recogidos en el Anexo II del Protocolo Marco Español de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos<sup>52</sup>, así como en el documento «Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa», igualmente, los *ítems* que sirven para calificar a una víctima como de *grave riesgo*, al contrario que los utilizados por el CITCO<sup>53</sup> (ejercicio de la prostitución bajo la dependencia de un tercero o proxeneta, que para nosotros constituyen una tercera categoría de *víctimas potenciales*), se circunscriben a los casos en que, además de ejercerse la prostitución en régimen de proxenetismo, la presunta víctima se encuentra en España en situación administrativa de irregularidad, o ha sido localizada en unión de una víctima identificada, o habita en el mismo lugar donde ejerce la prostitución lo que se denomina «*prostitución acuartelada*», o tiene una edad inferior a los 21 años (en consonancia con la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género, que en su apartado 19 «considera que la compra de servicios sexuales de personas menores de 21 años que ejercen la prostitución debe constituir un delito, en tanto que los servicios ofrecidos por estas personas no deben ser punibles».

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 564/2019, de 19 de noviembre, considera que «*la trata constituye una lesión de la dignidad humana, al cosificar a la víctima como una mercancía para su venta*», en el mismo sentido la STS. núm. 396/2019 de 24 de julio afirma que «*la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, consiste una vez en nuestro país las personas violentadas, que son obligadas a ejercer la prostitución en diversos lugares, la calle, o clubes de alterne, salpicados por toda la geografía nacional, a modo de lugares en donde la dignidad humana carece de la más mínima significación, con tal de obtener el beneficio, mediante la explotación, para el cual los seres humanos son tratados como si fueran seres cosificados, de los que se intenta obtener el máximo rendimiento económico, mientras tales personas se encuentren en condiciones de ser explotadas*». De estas manifestaciones del Alto Tribunal se desprende que no hace falta caminar muy lejos, a otros Estados, para darse cuenta, que la esclavitud del siglo XXI, se encuentra a nuestro alrededor, lo único que tene-

<sup>52</sup> Adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial.

<sup>53</sup> Centro de Inteligencia contra el crimen organizado.

mos que hacer es mirar por nuestras calles, polígonos industriales o carreteras, para encontrar personas que de manera forzada, son vendidas y por tanto esclavizadas siendo mercadeadas diaria y constantemente, para pagar una deuda fantástica, ya que la adquirida con el ritual es exponencialmente más elevada que la de un viaje en avión y en cuanto al trascurso del traslado por tierra, las mujeres suelen ser violentadas por las personas que las llevan por lo que el pago es inconmensurable; todo ello constituye una nueva forma de esclavitud, ya que desde el primer momento las víctimas se convierten en meros artículos, de los que se lucran por activa y pasiva, no siendo las víctimas libres, obligándolas al ejercicio de la prostitución para entregar, que no devolver, pues nada adelanta el tratante, el dinero que les supone el viaje a su indignidad, y el pago del resto de gastos de todo orden que igualmente se ven obligadas a afrontar otro problema detectado en las diferentes sentencias se basa en la objeción «sistémica» de credibilidad que oponen las partes recurrentes, en respuesta la Sala se mantiene en los términos contenidos en la importante STEDH, caso L. V. C. y A. N. c. Reino Unido de 16 de febrero de 2021, que el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone rigurosas obligaciones positivas a los Estados tanto para sancionar y perseguir eficazmente cualquier acto destinado a mantener a una persona en una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio, como para proteger a las víctimas. Obligación que debe activarse desde que las autoridades del Estado conocían, o deberían haber conocido, las circunstancias que daban lugar a una sospecha creíble de que una persona identificada había sido, o corría el riesgo real e inmediato de ser, víctima de la trata o de la explotación en el sentido del apartado a) del artículo 3 del Protocolo de Palermo y del apartado a) del artículo 4 del Convenio contra la trata. Cuando este sea el caso, habrá una violación del artículo 4 del Convenio cuando las autoridades no tomen las medidas apropiadas en el ámbito de sus competencias para sacar al individuo de esa situación o riesgo; la credibilidad subjetiva de quien afirma ser víctima de trata porque el Estado, en cumplimiento de una obligación convencional inderogable, disponga de mecanismos de protección frente a un delito tan grave, con tanta carga lesiva de la dignidad humana, como lo es la trata de personas. Ello supondría, sencillamente, favorecer la impunidad de esta clase de delitos. Como nos recuerda el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia, caso L. V. C y A. N, antes citada, las medidas de protección deben activarse desde el momento en que las autoridades dispongan de sospechas creíbles de que una persona ha sido, está siendo o se encuentra en riesgo de ser víctima de trata, lo que obliga a un particular esfuerzo de investigación. Como precisa el Tribunal *«la obligación de investigar no depende de una denuncia de la víctima o de los familiares: una vez que el asunto ha llegado*

*a conocimiento de las autoridades, estas deben actuar de oficio*»<sup>54</sup>. En lógica consecuencia, cuando el relato de quien afirma ser víctima de trata ha sido objeto de una rigurosa investigación por las autoridades correspondientes y se han identificado indicios consistentes de dicho delito en la fase previa, el acceso a las medidas de protección no puede convertirse en un factor de merma de la credibilidad del testigo y de la fiabilidad de las informaciones aportadas por este. Solo la ausencia de la más mínima plausibilidad fáctica permite considerar como hipótesis atendible que mediante la denuncia se buscaba el aprovechamiento de los mecanismos de protección, de esta manera es como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se opone radicalmente a los motivos de casación expuestos de parte en el sentido de que favorecer a las víctimas en el sentido de prestar apoyo, pudiera dar lugar a denuncias por hechos que realmente no han ocurrido, siendo en todo caso que los testimonios de los testigos protegidos son coherentes unos con otros.

## 7. REFLEXIONES

Las mujeres se mueven en su tránsito migratorio atravesando fronteras, llegando a la Unión Europea, en un espacio sin fronteras aparente; en virtud de un contrato perfeccionado a través de un ritual dentro de unas creencias tradicionales muy diferentes a la cultura de la Unión Europea y de otros Estados, estas ceremonias las obligan tanto a ellas como a sus familiares al pago de una deuda contraída por gastos de viaje y manutención a una escala desorbitada, engañadas con falsas promesas de trabajo legal en Estados con mejores condiciones económicas, ocultando la verdadera realidad de lo que a partir de ese momento va a ser su devenir: ser víctimas de las redes de trata de personas, lo curioso es que la mayoría no se siente víctima de abuso, no necesitan ser controladas porque están bajo el poder de la magia y de los conjuros del ritual, es decir han consentido o lo han hecho las familias por ellas, lo que desde nuestro punto de vista jurídico no se puede tener en cuenta, ya que el consentimiento de la víctima es irrelevante, cuando estamos tratando con la explotación sexual; sin embargo desde el contexto nigeriano cultural y religioso es perfectamente factible, ya que los rituales refuerzan la situación de explotación a la que se someten, quedando presas por este y su poder de coerción sobre la libre voluntad de las mujeres, es más, aunque pudiera parecer una broma terrible, se dan casos en los que las «*madames*», mujeres nigerianas también que las custodian, las denuncian

<sup>54</sup> STS. núm. 819/2022, de 14 de octubre de 2022. Rec. Casación 10168/2022.

en su Estado de origen a fin de obligar al pago a los familiares que se encuentran en Nigeria, en una ceremonia igualmente vinculante.

El desconocimiento por parte de Occidente de las culturas africanas es un desafío para los actores jurídicos que trabajan en estos supuestos de mafias nigerianas; las víctimas tienen gran dificultad en exponer a terceros su situación, así como la de sus hijos si los han tenido bajo esclavitud por miedo a que las autoridades procedan a su retirada, el temor es tan acusado que «*el hecho de que las madame estuvieran esposadas, detenidas, un hecho objetivo, indiscutible (...) ni siquiera eso las convenció para decir algo*<sup>55</sup>», a veces es posible que las víctimas denuncien cuando la deuda ha sido saldada para evitar problemas mayores a sus familiares en su Estado de origen, ya que el incumplimiento puede conducir a la muerte; en otras ocasiones, se convierten en un reclamo de falsa prosperidad en orden de reclutar a nuevas víctimas en África para proseguir con la red de delincuencia organizada; también cabe la posibilidad de que la denuncia se sustancie a través de un cliente, con la que las víctimas han creado un clima favorable; en todo caso, la actuación de los operadores en España, es de vital importancia así como la preparación para comunicarse con estas personas en un estado de vulnerabilidad mayor, sobre todo cuando aparentemente pueden transmitir una idea de consentimiento lo que produciría una fatal identificación, ya que se hace difícil llegar a una conclusión correcta, en relación al consentimiento ligado a la coacción sufrida ya que las mafias nigerianas distorsionan la realidad por las creencias de las víctimas y los rituales a los que han sido sometidas.

Solo una política conjunta a nivel de la Unión Europea contundente, al igual que la implicación directa de los operadores de justicia que trabajan en estos procedimientos, ya que las dinámicas culturales influyen directamente en los resultados y en el reconocimiento de las víctimas, como base para ayudar a paliar los daños que produce la trata de personas en las víctimas y en sus familias, pero también es necesario que el gobierno, principalmente, nigeriano se concencie de estas prácticas son verdaderamente nocivas y perjudiciales que atentan frontalmente contra los derechos humanos sean realmente perseguidas por las autoridades de ese Estado, educando a la población en el sentido de la aplicación de sus creencias para fines que estén dentro de la legalidad, y que por supuesto no destruya la dignidad de su pueblo y conseguir así, el apoyo de sus propios tribunales a la hora de enjuiciar los casos en los que está implicado el JUJU con víctimas mortales.

---

<sup>55</sup> PRINA, F.: *Trade and Exploitation of Minors and Young Nigerian Women for Prostitution in Italy*, UNICRI, Italia, 2003, p. 40.

## BIBLIOGRAFÍA

- NWOGOU, V.: «Human trafficking from Nigeria and Vodoo, any connections?» en la *Revista La Strada Internaccional*, núm. 9, Países Bajos, 2008.
- ORJINMO, N.: «La caza de nigerianos que pueden transformarse en gatos», *BBC News* en <https://www.bbc.com/news/world-africa>.
- PRINA, F.: *Trade and Exploitation of Minors and Young Nigerian Women for Prostitution in Italy*, UNICRI, Italia, 2003.

## Legislación

- Acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial.
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 16 de julio de 2020.
- Criminal Code Order de 1916, última revisión 2020, en <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/52862/60830/F>.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección a las víctimas.
- Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, BOE-A-2003-22719.
- Ley 50/1997, 27 de noviembre del Gobierno, del anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos. En <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20221129.aspx>.
- Nigeria Constitución 1999, revisada 2011 en [http:// https://www.constituteproject.org/constitution/Nigeria\\_2011?lang=es](http://https://www.constituteproject.org/constitution/Nigeria_2011?lang=es).

## Jurisprudencia

- STS. núm. 819/2022, de 14 de octubre de 2022.
- STS. núm. 695/2021, de 15 de septiembre de 2021.
- STS. núm. 146/2020, de 14 de mayo de 2020.
- STS. núm. 178/2016, de 3 de marzo de 2016, Rec. 10848/2014.
- SAP. León núm. 176/2022 de 29 de marzo de 2022.
- SAP Madrid, 329/2015 de 14 de septiembre de 2015.

## Webgrafía

- Conferencia africana de Interpol <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2022/>
- «Derechos robados» en Women's Link Worldwide. «Los derechos de las mujeres migrantes: una realidad invisible» Madrid: 2009. En: <http://www.womenslinkworldwide.org/files/55aa7139fd8e9d3e9c4de0159e87497b.pdf>.
- «El Salvador por delitos de abusos sexuales a menores y trabajo infantil». En <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2022/Dia-Mundial-contra-la-Trata-INTERPOL>.
- «La mafia nigeriana S. A.». En <https://www.elmundo.es/espana/2015/04/05/55200396ca47418c2c8b458a.html>.
- «Líder tradicional nigeriano revoca ritual vudu». En [https://www.europapress.es/internacional/noticia\\_20180313052204.html](https://www.europapress.es/internacional/noticia_20180313052204.html).
- «Lizzy Idahosa culpable de tráfico sexual juju en Cardiff Crown Court». En <https://www.bbc.com/news/uk-wales>.
- Institute for public policy research, beyond borders. Human Trafficking from Nigeria to the UK, Reino Unido, 2013.
- Serie Investigaciones: Trata de personas. Informe 8. Women's Link Worldwide, 2017. InformesTrata8##DEFafDEFferros\_Layout 1 ([womenslinkworldwide.org](http://www.womenslinkworldwide.org))
- UNDOC, «Trata de personas hacia Europa para fines de explotación sexual», Austria 2010. [https://www.unodc.org/documents/publications/TiP\\_Europe\\_ES\\_LORES.pdf](https://www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_ES_LORES.pdf).

# Señalar para excluir, un modelo eficaz para la restricción de la libertad de conciencia

**MARÍA ARACELI OÑATE CANTERO**

Universidad Francisco de Vitoria

**SUMARIO:** 1.– Mecanismo sacrificial y rituales de expulsión de las convicciones. 2.– Derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia. 3.– Objeción de conciencia y registros de objetores. 4.– Crisis de la educación y huellas del déficit de libertad de conciencia. 4.1 La Educación y el reconocimiento de los Derechos del Niño. 4.2 Brechas de la inclusión en el ámbito educativo. 5.– Derechos de autonomía, vulnerabilidad y deconstrucción del interés superior del menor.

## **1. MECANISMO SACRIFICIAL Y RITUALES DE EXPULSIÓN DE LAS CONVICCIONES**

Aunque pareciera una reliquia bárbara del pasado, el recurso al chivo expiatorio subsiste en la actualidad de forma simbólica<sup>1</sup>. Rituales de expulsión que se repiten en pleno siglo XXI condenando a sufrir el «ostracismo», el aislamiento y la muerte social a discrepantes y disidentes, *outsiders*,

---

<sup>1</sup> GREENE, R.: *Las 48 Leyes del Poder*, ed. Atlántida, Buenos Aires, 2010, p. 262.

«cesantes»<sup>2</sup> y mártires por la Justicia<sup>3</sup>, desde que los atenienses refinaron el castigo violento escribiendo, el nombre del individuo a desterrar, en un trozo de cerámica llamado *ostrakon*<sup>4</sup>.

Oculto en la capa de la corrección política, el mecanismo sacrificial alienta insidiosos sistemas de estigmatización, señalamiento y exclusión -también de las convicciones-, produciendo un *vulnus* en la propia sociedad que se asemeja a una cuña de punta muy fina y base muy amplia<sup>5</sup>. Injerencia en la esfera de inmunidad que representa la conciencia y que, en forma de invalidación, exclusión y cancelación, bien podría configurar en palabras del profesor Navarro-Valls, una neo-estrategia del ethos social y político.

## 2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA

Describe *Spaemann* la conciencia como la mirada que el hombre dirige al bien<sup>6</sup>, permitiendo a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios<sup>7</sup>. Ámbito de inmunidad de coacción y autonomía personal, en principio intangible, que expresa una exigencia de justicia innata a la dignidad de la naturaleza de toda persona<sup>8</sup> que no se agota en el *forum internum* sino que comprende una dimensión externa de *agere licere* que sólo puede ser «invadida» cuando hay una verdadera necesidad<sup>9</sup>, quedando sometidos a una interpretación estricta los límites a la libertad de creencias<sup>10</sup>. Derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia<sup>11</sup> consagrado en los instrumentos internacionales de derechos

<sup>2</sup> STC 56/2019, de 6 de mayo; A. Albuera Guiraldos, La figura del cesante en la obra de Pérez Galdós: «Miau». *Baética: Estudios de arte, geografía e historia*, 11, 1988, 497-512.

<sup>3</sup> A. SÁNCHEZ DE LA TORRE y M. FUENTESECA, *Grandes Juristas, Mártires por la Justicia*, ed. Dykinson, Madrid, 2018.

<sup>4</sup> GREENE, R.: *Las 48 Leyes del Poder*, ed. Atlántida, Buenos Aires, 2010, pp. 396 y 440.

<sup>5</sup> NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022.

<sup>6</sup> SPAEMANN, R.: *Ética: Cuestiones fundamentales*, ed. Eunsa, col. Astrolabio, 9.ª edición, 2010, p. 107.

<sup>7</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>

<sup>8</sup> NAVARRO-VALLS, R., VILADRICH, P. J. et al; J. FERRER ORTÍZ, J. (coord.) *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español», Eunsa, Pamplona, 2001, 4a ed. 1a reimpresión.

<sup>9</sup> STEDH Bayatyan, Gran Sala, 7 julio de 2011

<sup>10</sup> STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3

<sup>11</sup> Artículo 16 CE, artículo 2.2 de la LOLR de 1980, STC 46/2001, de 15 de febrero. Individuos y comunidades son titulares de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia como consagra el artículo 16 CE y recoge de forma explícita la Reciente sentencia de 18 de enero de 2021 del Tribunal Constitucional chileno que concluyó que «la objeción de conciencia institucional no puede ser objeto de condiciones o requisitos legales que impidan su libre ejercicio», ni como consecuencia «De aceptar la ejecución de determinadas acciones de salud no se sigue que tenga que aceptar otras, renunciando con ello a su identidad y al derecho a apelar a la objeción de conciencia constitucional», citada por R. NAVARRO-VALLS, «Eutanasia y objetores de conciencia», diario *El Mundo*, 13 de agosto de 2022.

humanos<sup>12</sup> y en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, como parte esencial del patrimonio jurídico de toda persona, que el Estado no concede graciosamente pero que está obligado a reconocer y proteger<sup>13</sup>, sin que las creencias o convicciones puedan justificar ningún tipo de discriminación o diferencia de trato jurídico<sup>14</sup>. Principio de igualdad proclamado por los artículos 9 y 14 CE, que no se exige sólo «ante la Ley», sino también «en la Ley» y que en su doble dimensión jurídica y sustancial genera la obligación de no discriminar a los ciudadanos por razón de sus creencias<sup>15</sup>.

En cuanto interés público de la máxima categoría<sup>16</sup>, la libertad de conciencia es un derecho fundamental cuya tutela es responsabilidad del Estado y de la comunidad internacional<sup>17</sup>. De tal forma que, según constante y reiterada jurisprudencia europea y constitucional, cuando tiene lugar un conflicto ineludible entre una norma legal y un deber moral sustentado por «una convicción o creencia<sup>18</sup> de suficiente carácter imperativo, seriedad, coherencia e importancia»<sup>19</sup>, hay que partir del principio de libertad de conciencia protegido por el artículo 9 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>20</sup>.

Derecho humano fundamental que en su ejercicio no puede someterse a más restricciones que las estrictamente necesarias<sup>21</sup> en la búsqueda del adecuado equilibrio entre los derechos invocados en el caso concreto y teniendo en cuenta la consideración del contexto específico. Limitaciones previstas por ley, que persigan un fin legítimo y necesario<sup>22</sup>, sometidas a la

<sup>12</sup> Artículo 18 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículo 9 Convención Europea de los Derechos del Hombre, de 1950; Resolución 337 (1967) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa sobre el derecho a la objeción de conciencia; Principio VII del Acta Final de Helsinki (CSCE), 1 de agosto de 1975; Resolución 33/165 de 20 de diciembre de 1978, 90a Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas; artículos 1 y 6 Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, de 25 de noviembre de 1981; Recomendación 816 del Consejo de Europa; Resolución 1763 del Consejo de Europa sobre la Objeción Sanitaria; Resolución de 7 de febrero de 1983 del Parlamento Europeo de la CEE; artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.

<sup>13</sup> R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN y M. J. VALERO ESTARELLAS, *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022, p. 19.

<sup>14</sup> STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022, pp. 38 y ss.; R. NAVARRO-VALLS, «Eutanasia y objetores de conciencia», diario *El Mundo*, 13 de agosto de 2022.

<sup>17</sup> NAVARRO-VALLS, R.: «Eutanasia y objetores de conciencia», diario *El Mundo*, 13 de agosto de 2022.

<sup>18</sup> STEDH, 15 enero de 2013, asunto Eweida y otros c. Reino Unido: «creencias religiosas o de otro tipo, asumidas de manera genuina y seria»; STEDH, Bayatyan c. Armenia (Gran Sala), 7 julio 2011.

<sup>19</sup> NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: *Conflictos entre Conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, ed. Iustel, 2.ª ed. Madrid, 2012, pp. 54 y 104.

<sup>20</sup> STEDH de 15 de enero de 2013, asunto Eweida y otros c. Reino Unido.

<sup>21</sup> STC 104/2000, de 13 de abril, F. J. 8; STEDH, Bayatyan c. Armenia (Gran Sala), 7 julio 2011.

<sup>22</sup> Artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión así como a la libertad de manifestar su religión o convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos, sin más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

ponderación de tres elementos<sup>23</sup>: juicio de idoneidad o adecuación de la medida, juicio de necesidad para alcanzar el fin perseguido y juicio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>24</sup>.

### 3. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y REGISTROS DE OBJETORES

Íntimamente vinculado a la libertad de religión o creencias, el derecho a la objeción de conciencia es reconocido de forma expresa en el artículo 10.2 de la vinculante Carta Europea de Derechos Fundamentales. En cuanto especificación de la libertad de conciencia que supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma<sup>25</sup>, la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, siendo la Constitución directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»<sup>26</sup> y teniendo su regulación legal por objeto, asegurar «su plena aplicabilidad y eficacia»<sup>27</sup>. Es por ello un error abordar los conflictos entre conciencia y ley como si los *objetores* fueran personas anómalas<sup>28</sup> que invocaran un interés privado, una especie de objeción de conveniencia para ser eximidas por la ley, toda vez que el Estado no tiene legitimidad alguna para imponer a nadie cuáles han de ser los valores morales que guíen su conducta<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> STC 56/1996, de 15 de abril; STC 136/1999, de 20 de julio; STC 60/2010 de 7 de octubre; STEDH de 23 de julio de 1968; STEDH de 16 de marzo de 2010.

<sup>24</sup> STC 22/1981, de 2 de julio; STC 11/1981, FJ 5; STC 196/1987, FJ 6

<sup>25</sup> STC 15/1982, de 23 de abril de 1982, FJ 6.

<sup>26</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, FJ 14, dictada tras un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal para introducir un nuevo artículo 417 bis, que despenalizaba el aborto en determinados supuestos; STC 46/2001, de 15 de febrero de 2001; La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. Vol. n, 1986, pág. 261; NAVARRO-VALLS, R.: «Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36, 2014; R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre Conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, ed. Iustel, 2.ª ed. Madrid, 2012. pp. 54 y 104; DOMINGO GUTIÉRREZ, M.: «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2010; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-1989. pp. 159-176.

<sup>27</sup> Tutela que alcanza el máximo grado de intensidad que pueda darse, al margen de su cualificación como derecho fundamental o derecho constitucional autónomo que utilizan las SSTC 161/1987 y 60/1987; NAVARRO-VALLS, R.: «Las objeciones de conciencia», en NAVARRO-VALLS, R.: VILADRICH, P. J. *et al.*: FERRER ORTÍZ, J. (coord.) *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, ed. Eunsa, Pamplona, 2001, 4a ed. 1a reimpresión, pp. 189-218; STC 15/1982, de 23 de abril de 1982, FJ 6, Recurso de amparo contra una denegación de prórroga de incorporación al servicio militar; NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022, p. 24.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Una razonable aversión a matar», *La Tercera de ABC*, 26 de julio de 2022.

<sup>29</sup> NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022.

En sociedades como las contemporáneas, caracterizadas por la pluralidad religiosa e ideológica, y por una intervención creciente del Estado y sus normas en casi todos los aspectos de la vida de los ciudadanos, es normal que el ejercicio de la libertad de conciencia entre ocasionalmente en conflicto con obligaciones impuestas o amparadas por la ley<sup>30</sup>. Un ejemplo podría ser la propia existencia del recurso al registro de objetores<sup>31</sup> y el riesgo cierto que supone señalar de forma innecesaria a los profesionales que pueden temer el desencadenamiento de represalias laborales, el juicio social como consecuencia de ser identificados por razón de sus convicciones, e incluso albergar el fundado temor a que de ello derive un riesgo de discriminación que afecte a su carrera profesional<sup>32</sup>. Es más, el derecho fundamental a la Protección de Datos<sup>33</sup>, impone a los poderes públicos la prohibición de que esos datos se conviertan en fuentes de información sin las debidas garantías, y el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información<sup>34</sup>. Resulta necesario recordar que «las opiniones políticas y las convicciones religiosas o filosóficas», se incluyen «entre las categorías especiales de datos, estableciendo como regla general la prohibición de su tratamiento<sup>35</sup> en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. «El derecho fundamental afectado es el de protección de datos personales desde una doble perspectiva, como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la libertad ideológica» consagrada en el artículo 16.1 CE, sin la que no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento

<sup>30</sup> NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022, p. 21.

<sup>31</sup> STSJ de Castilla-La Mancha 143/2012, de 20 de febrero, FD Primero.

<sup>32</sup> STC 151/2014, de 25 de septiembre, en relación con la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. voto particular del Magistrado don Andrés Ollero Tassara.

<sup>33</sup> Artículo 18.4 CE; artículo 11 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDPCP); LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales; STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6 «el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado»; Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos.

<sup>34</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, FF. JJ. 6, 7, 8 y 15; STC 151/2014, FJ 7 declarando inconstitucional la regulación contenida en el artículo 5 de la ley impugnada, respecto del acceso a los datos del registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>35</sup> Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981; STC 254/1993, FJ 4; STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019.

jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura<sup>36</sup>.

La Constitución española de 1978 garantiza, en régimen de igualdad y no discriminación<sup>37</sup>, la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades, tanto en su aspecto negativo, que asegura la inmunidad de coacción, como en el positivo que garantiza la remoción de obstáculos y abre opciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones, creando asimismo espacios de libertad religiosa iguales para todos los individuos y los grupos religiosos, que quedan acogidos a los mismos medios de protección<sup>38</sup>. Dado que nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias<sup>39</sup>, además de vulnerar la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en su *dimensión negativa y en su dimensión interna*, el Registro de Objectores, en cuanto instrumento mediante el cual canalizar necesariamente la objeción de conciencia, podría engendrar un problema de constitucionalidad, ante la posibilidad de condicionar el ejercicio efectivo de un derecho fundamental<sup>40</sup>.

Dimensión negativa que, como señala el presidente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas, se encuentra en el origen de la no obligatoriedad de jurar un cargo público, en cuanto supone la manifestación de una creencia específica, o de la prohibición de utilizar categorías religiosas en los documentos de identidad para clasificar al sujeto como creyente. Es en referencia a la dimensión interna, intangible, donde los Registros de objetores<sup>41</sup> pueden ser cuestionados en cuanto vulneran el derecho a no manifestar las creencias propias y abren la puerta a la posibilidad de discriminación directa o indirecta<sup>42</sup> por razón de religión o convicciones<sup>43</sup>. Precisamente, el Tribunal de Justi-

<sup>36</sup> STC 20/1990, de 20 de febrero, FJ 3.

<sup>37</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>.

<sup>38</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad Religiosa», en NAVARRO-VALLS, R., VILADRICH, P. J. *et al*; FERRER ORTÍZ, J. (coord.): *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, ed. Eunsa, Pamplona, 2001, 4a ed. la reimpresión, p. 154.

<sup>39</sup> Artículo 16.2 CE y artículo 7.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; artículo 18 CE, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; STSJ de Castilla-La Mancha 143/2012, de 20 de febrero, FJ 1.

<sup>40</sup> NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022.

<sup>41</sup> Como consecuencia del Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en la Comunidad Foral de Navarra; Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social de Castilla-La Mancha, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo modificada por orden del 14 de octubre de 2010.

<sup>42</sup> «Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios», artículo 28.1 c de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, artículo 2.2.b.

<sup>43</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, artículos 1 y 2; Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, artículo 28; J. Weiler, *Je Suis Achbita!*, *EJIL: Talk of the*

cia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo precisa en su sentencia de 13 de octubre de 2022<sup>44</sup>, que los términos «religión o convicciones» del artículo 1 de la Directiva 2000/78 sobre discriminación laboral constituyen un mismo y único motivo de discriminación, pudiendo tratarse de discriminación indirecta que el margen de apreciación no puede amparar, cuando una obligación aparentemente neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas<sup>45</sup>.

Una jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional<sup>46</sup> considera, cualquier medida que resulte disuasoria o desalentadora para el ejercicio de un derecho fundamental, inconstitucional. El voto particular a la STC 151/2014 invoca esta doctrina jurisprudencial al señalar el explicable temor de los profesionales a sufrir represalias y perjuicios en sus legítimas expectativas profesionales, considerando que la creación del registro de profesionales sanitarios en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en Navarra no supera el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigible, no siendo el Registro de objetores estrictamente necesario ni, posiblemente, proporcional<sup>47</sup>.

Asimismo, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, presentada a iniciativa del Gobierno como Proposición de Ley en lugar de como Proyecto de Ley, sin consultar a los colegios profesionales, omitiendo el dictamen del Consejo de Estado, el informe del Ministerio de Justicia y el del Consejo General del Poder Judicial<sup>48</sup>, introduce un modo único de objeción posible a través de la manifestación, anticipada y por escrito, de la objeción de conciencia en un registro de objetores creado *ad hoc* por las administraciones sanitarias autonómicas<sup>49</sup>. Pese a no tratarse de

---

*European Journal of International Law!* (blog), 19 de febrero de 2018; PALOMINO LOZANO, R.: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 2020, pp. 35-77, en relación entre otros asuntos a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU: C:2017:203 y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Bougnaoui y ADDH, C-188/15, EU: C:2017:204; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-344/20 (S. C. R. L. de 13 de octubre de 2022).

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-344/20 (S. C. R. L. (Prenda de vestir con connotaciones religiosas)) de 13 de octubre de 2022.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> STC 110/2000, de 5 de mayo; 2/2001, de 15 de enero; 174/2006, de 5 de junio; 196/2002, de 28 de octubre; 110/2006, de 3 de abril; 265/2000, de 13 de noviembre; 88/2003, de 19 de mayo; 185/2003, de 27 de octubre; 241/2005, de 10 de octubre; 151/2006, de 22 de mayo; 104/2011, de 20 de junio; 196/2006, de 3 de julio

<sup>47</sup> STC 151/2014, en relación con la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. Voto particular del Magistrado don Andrés Ollero Tassara.

<sup>48</sup> MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «La fundamentación jurídica y el contenido de la eutanasia y el suicidio asistido en las proposiciones de Ley Orgánica presentadas para su regulación en España», *Derecho y Salud*, vol. 30, 2020-2, pp. 6-43.

<sup>49</sup> Artículo 16.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia; NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022.

un «acto médico» dirigido a procurar la salud del paciente, en el Preámbulo y en la disposición adicional séptima de la ley se reconoce la necesidad de facilitar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia haciendo compatible el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario y el nuevo derecho prestacional a morir y a ser ayudado a ello, situado por encima de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida y transformado en una prestación obligatoria y gratuita a través del sistema público de salud y de quienes para él trabajan<sup>50</sup>.

Pese a la adaptación a la nueva normativa en materia de Protección de Datos, médicos, enfermeros, psicólogos y farmacéuticos han de inscribirse en el Registro de objetores de conciencia, marco cuestionable en el que los objetores, ya sea por razones deontológicas<sup>51</sup> u otras, no encuentran fácil acomodo. Como señalan los profesores Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Valero Estarellas, «es explicable la reticencia de muchas personas a dejar constancia de sus opciones éticas en un registro público». Hubiera resultado más eficaz la solución opuesta sugerida por el *Comité de Bioética de España* a partir de la información clara de personas o equipos que, en cada comunidad autónoma, están dispuestos a participar en las distintas fases del procedimiento de eutanasia o suicidio asistido<sup>52</sup>. Por su parte, La *Comisión Deontológica de la Organización Médica Colegial* entendió que eran los Colegios Profesionales los órganos más apropiados para crear y coordinar las manifestaciones por escrito de los profesionales sanitarios en el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia<sup>53</sup>.

La sombra de la duda sobre la utilización del Registro de Objetores como mecanismo de restricción de la libertad de conciencia y exclusión de las convicciones, parece materializarse en el Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Pese a encontrarse la ley recurrida, y pendiente de sentencia el recurso de inconstitucionalidad admitido a trámite el 30 de junio de 2010<sup>54</sup> a falta de ratificación por el Pleno del Congreso, el 29 de noviembre de 2022 fue aprobado el informe de la ponencia de la reforma de la

<sup>50</sup> Artículos 15 CE, 9.2 CE y 10.1 CE; STC 120/1990, de 27 de junio; STC 137/1990, de 19 de julio; STC 166/1996, de 26 de octubre, en relación al deber del Estado de proteger la vida humana en sus distintas fases de evolución.

<sup>51</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre el Final de la Vida y la Atención en el proceso de morir en el marco del debate sobre la regulación de la Eutanasia: Propuestas para la Reflexión y la Deliberación; Código de Deontología Médica y Juramento de Hipócrates.

<sup>52</sup> NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022.; Informe del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la ley orgánica reguladora de la eutanasia, 15 de julio de 2021.

<sup>53</sup> CEBRIÁ GARCÍA, M.: «Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito sanitario: el ejercicio de la objeción de conciencia al aborto», en *Derecho y Religión*, Vol. XI, 2016, pp. 319-345.

<sup>54</sup> Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley de Salud Sexual y Reproductiva, tramitada por el mecanismo de urgencia. Con fecha 9 de febrero de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó por mayoría el recurso de inconstitucionalidad contra la ley del aborto declinando la redacción de una nueva sentencia, privando al no nacido de la protección jurídica constitucional reconocida en el artículo 15 y recogida en la STC 53/1985, de 11 de abril. El 28 de febrero de 2023, se aprobó la Ley Orgánica 1/2023 que incluye el «derecho al aborto» sin comunicación ni permiso de sus padres o representantes legales para las menores de 16 y 17 años, estableciendo un procedimiento judicial urgente en caso de discrepancias entre la menor de 16 años y quien deba prestar su autorización.

Además de prever la creación de un Registro de personas profesionales sanitarias que decidan objetar por motivos de conciencia respecto de la intervención directa en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, se elimina el periodo de reflexión de tres días y las sanciones a los médicos que no respeten la necesidad de informar a las pacientes sobre políticas activas de apoyo a la maternidad, garantía mínima para la protección de los derechos, también de las menores. En cuanto a los médicos objetores, se prescribe la exclusión de los facultativos que estén inscritos, o lo hayan estado en los últimos tres años en el Registro de Objetores, de su derecho a formar parte de los comités clínicos previstos en la ley, confirmando la vulneración de sus derechos fundamentales por razones de conciencia. Medida que no solo podría contravenir su derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia, sino que implica una discriminación por razón de convicciones prevista por el Consejo de Europa en su resolución 1763, según el cual «Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón...».

Ya en octubre de 2008 y en relación a los Registros de Objetores, el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) publicó el nombre de 80 menores y de sus padres, objetores a la asignatura de Educación para la Ciudadanía<sup>55</sup>, mostrando el desprecio por parte de los poderes públicos al principio rector del interés superior del menor<sup>56</sup> y al derecho a no ser discriminado, vulnerando sus derechos fundamentales y desencadenando el efecto señal.

<sup>55</sup> STS de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008).

<sup>56</sup> Artículo 39.4 CE; artículo 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

## 4. CRISIS DE LA EDUCACIÓN Y HUELLAS DEL DÉFICIT DE LIBERTAD DE CONCIENCIA

### 4.1 La educación y el reconocimiento de los Derechos del Niño

En el umbral del centenario de la Declaración de los Derechos del Niño<sup>57</sup>, el legítimo y pleno ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia de todos los miembros de la comunidad educativa, se revela como el nuevo gran desafío en el mundo de la Educación. Un desafío que nos obliga a volver la mirada a ese lugar inviolable que representa la conciencia, «estrella polar de toda democracia»<sup>58</sup>, y a la Declaración de Ginebra que en 1924 reconoció el deber de la humanidad de dar al niño lo mejor de sí misma. Desde el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>59</sup>, la Declaración y el Programa de Acción de Viena<sup>60</sup> o el artículo 27 de nuestra Constitución, se recuerda que el objeto del derecho universal a la educación es el «pleno y armonioso desarrollo de la personalidad», «desde el punto de vista material y espiritual»<sup>61</sup>, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. El carácter vinculante de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989<sup>62</sup>, pese al elevado número de reservas y de la mano de los instrumentos de ratificación<sup>63</sup>, compromete a los estados firmantes a la «promoción y protección de los derechos de la infancia», con un fuerte impacto tanto en los sistemas de protección a la infancia y la adolescencia<sup>64</sup>, como en el desarrollo posterior de legislación específica.

La *Declaración del Milenio*<sup>65</sup> reconoce el «deber con los más vulnerables y, en particular, los niños del mundo, a los que pertenece el futuro». Además de la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apro-

<sup>57</sup> *Declaración de los Derechos del Niño*, Ginebra, 26 de diciembre de 1924.

<sup>58</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, FJ 14; R. NAVARRO-VALLS, *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004, p. 319.

<sup>59</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959 por la que se adopta y se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por los 78 estados miembros de Naciones Unidas.

<https://www.cidh.oas.org/ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>.

<sup>60</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, n. 15 y n. 30.

<sup>61</sup> Declaración de Derechos del Niño, Ginebra, 26 de diciembre de 1924.

<sup>62</sup> Resolución 44/25 anexo.

<sup>63</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/1>.

<sup>64</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>65</sup> A/RES/52/2\*, *Declaración del Milenio*, Resolución aprobada por la Asamblea General, el 8 de septiembre de 2000.

piadas para garantizar la consideración del mejor interés del menor y su protección contra toda forma de discriminación, adquiere especial relevancia el derecho del niño a la educación, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>66</sup>, que se concreta en el *Marco Estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la Educación y la Formación y la consecución del Espacio Europeo de Educación para 2025*; así como en la agenda 2030 y su *Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 4*. Documentos internacionales en los que inclusión y equidad son consideradas piedra angular de una agenda de la educación transformadora comprometiéndose a hacer frente a todas las formas de exclusión, disparidades y desigualdades<sup>67</sup>, con el fin de «garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos»<sup>68</sup>.

Nuestras creencias son parte integrante de nuestra identidad<sup>69</sup>; sin embargo, el déficit de libertad religiosa y de conciencia<sup>70</sup> que vive la escuela apunta al grave deterioro de ese vector de cohesión e inclusión: la promoción de valores comunes<sup>71</sup> que, cuando son deconstruidos o contruidos *ad hoc*, ponen de manifiesto la ineficacia de la ética desvinculada de sus raíces con valor y significado universales<sup>72</sup>. Ética sin raíces que se revela insuficiente a la hora de garantizar «un clima abierto en el aula», «impulsar el pensamiento crítico»<sup>73</sup> o promover «la participación activa, crítica y responsable en la comunidad», compromisos de la Declaración de París<sup>74</sup> que distan mucho de progresar adecuadamente, pese a los múltiples instrumentos de financiación

<sup>66</sup> A/RES/70/1, *Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución aprobada por la Asamblea General, el 25 de septiembre de 2015.

<sup>67</sup> Declaración de Incheon y Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4, *Educación 2030*, Incheon, 2015.

<sup>68</sup> A/RES/70/1, *Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución aprobada por la Asamblea General, el 25 de septiembre de 2015.

<sup>69</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Una razonable aversión a matar», *La Tercera de ABC*, 26 de julio de 2022.

<sup>70</sup> STSJ de la Región de Murcia de 30 de octubre de 2009 (rec. 715/2008). Inexistencia de violación de los derechos a la libertad ideológica, religiosa y de culto de un profesor de instituto, por la colocación de un belén en época navideña en una zona común del centro público «La neutralidad del Estado y de las Administraciones no debe llegar al extremo de limitar o restringir las libertades o derechos de los ciudadanos, ya que podría darse en ese caso una discriminación negativa. No entra dentro del ámbito del recurso la supuesta infracción de las normas de prevención de riesgos laborales al afirmar el recurrente que la instalación del belén supone un riesgo laboral al impedir el paso y originar un peligro ante una eventual evacuación».

<sup>71</sup> Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>72</sup> PERA, M. y RATZINGER, J.: *Sin raíces: Europa, Relativismo, Cristianismo, Islam*, traducción: Pablo Largo y Bernardo Moreno, ediciones Península, Barcelona, 2006; M. Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducción: Luis Legaz Lacambra, ediciones Península, Barcelona, 1994. «De universal alcance y validez»; VELÁZQUEZ, J. L.: «Ética y discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 15, enero 2009. <http://www.bioeticayderecho.ub.es>.

<sup>73</sup> Conclusiones del Consejo de 30 de mayo de 2016 sobre el impulso de la alfabetización mediática y el pensamiento crítico a través de la educación y la formación (9641/16).

<sup>74</sup> Declaración sobre la promoción de la ciudadanía y de los valores comunes de libertad, tolerancia y no discriminación mediante la educación, de la reunión informal de los ministros de Educación de la Unión Europea, de 17 de marzo de 2015, París. La Declaración puso de manifiesto el compromiso de los Estados miembros para promover los valores comunes, mejorar el pensamiento crítico y la alfabetización mediática, la educación inclusiva y el diálogo intercultural.

disponibles<sup>75</sup>. Si en septiembre de 2004 los más de sesenta ministros reunidos en Ginebra, con ocasión de la 47.<sup>a</sup> Conferencia Internacional de Educación convocada por la UNESCO demostraban la misma inquietud, poniendo de manifiesto la vigencia del desafío planteado en la década precedente<sup>76</sup>; en septiembre de 2022, la Cumbre sobre la Transformación de la Educación se convoca por el Secretario General de la ONU en respuesta a una crisis de la educación en materia de igualdad, inclusión, calidad y pertinencia, a menudo lenta e inadvertida, que está teniendo un impacto devastador en el futuro de niños y jóvenes<sup>77</sup>. En el mismo momento, la iniciativa de la UNESCO *Los futuros de la educación*, plantea como objetivo repensar la educación, «derecho humano esencial y máxima prioridad de la UNESCO»<sup>78</sup>.

En cuanto derecho humano fundamental, la educación es la base para garantizar la realización de otros derechos. El respeto efectivo a los derechos fundamentales<sup>79</sup> y la protección debida a las familias y a los niños<sup>80</sup> en el marco del sistema jurídico político español de aconfesionalidad del Estado exige el respeto a la libertad de pensamiento, religiosa y de conciencia, en el ámbito escolar. Neutralidad ideológica de las instituciones públicas que supone la «la inexistencia de un monopolio estatal docente y la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado»<sup>81</sup> por la Constitución<sup>82</sup>, respecto del cual los poderes públicos tienen una función de promoción y control<sup>83</sup>.

El derecho español en el artículo 16.3 CE declara que ninguna confesión tendrá carácter estatal y que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, garantizando el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Por su parte, el artículo 27 de la Constitución consagra el haz de derechos educativos que, en su integridad y sin «recortes»<sup>84</sup> constituyen el ideario educativo constitucional, entre los que se encuentra la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a escoger la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos y que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En el ámbito europeo, es el juego combinado del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 2 del Protocolo núm. 1, *Proto-*

<sup>75</sup> Convocatoria Erasmus 2023, Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, Europa Creativa, Europa con los ciudadanos, Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía», Horizonte Europa.

<sup>76</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

<sup>77</sup> Cumbre sobre la Transformación de la Educación 2022.

[https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/tes\\_conceptnote\\_programme-outline\\_es.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/tes_conceptnote_programme-outline_es.pdf).

<sup>78</sup> Informe de la Comisión Internacional sobre los Futuros de la Educación, UNESCO y Fundación SM, 2022. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381560>.

<sup>79</sup> Constitución española, artículo 9.2

<sup>80</sup> Artículo 39 CE.

<sup>81</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.

<sup>82</sup> STS de 24 de enero de 1985.

<sup>83</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, J. M. : «Laicidad, ¿Pluralismo o Reduccionismo Religioso e Ideológico?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 50, 2019.

<sup>84</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9; F. Rey Martínez, «El ideario educativo constitucional...inclusivo», *Revista de Derecho Político*, núm. 111, mayo-agosto 2021.

*colo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*<sup>85</sup> según el cual «El Estado, al llevar a cabo las funciones que asume en relación con la educación o la enseñanza, debe poner cuidado en que la información o el conocimiento incluidos en los planes de estudios se transmiten de manera objetiva, crítica y pluralista. Está vetado al Estado perseguir ningún objetivo de adoctrinamiento que pueda considerarse que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no debe ser traspasado»<sup>86</sup>.

En palabras de Martínez-Torrón<sup>87</sup>, «el pluralismo es inclusivo, y tiende a reflejar la pluralidad de posiciones -religiosas o no- que de hecho existen en la sociedad». Sin embargo, leyes con alta carga moral desplazan la fundamentación antropológica de los derechos fundamentales, comprometen la imparcialidad de los poderes públicos, vulneran el derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia de estudiantes, padres y profesores e «instauran una ruptura moral»<sup>88</sup> que penetra en el tejido educativo a través de leyes, decretos y desarrollos legislativos<sup>89</sup> con un fuerte componente subjetivo e ideológico que «obligando a lo real a ajustarse a lo legal»<sup>90</sup> introduce un alto grado de inseguridad jurídica.

## 4.2 Brechas de la inclusión en el ámbito educativo

Entre las brechas de la inclusión en el ámbito educativo y vulnerando al respeto a las convicciones y a la libertad de conciencia, la incorporación en la LOMLOE de «la incierta y equívoca etiqueta de «ideología de género»<sup>91</sup> intro-

<sup>85</sup> Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 20 de marzo de 1952, París.

<sup>86</sup> STEDH Folgero c. Noruega, 29 de junio de 2007, párrafo 84 (h).

<sup>87</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV., *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Navarro-Valls*, Iustel, Madrid 2013, pp. 275-301.

<sup>88</sup> «La vida es un don, la eutanasia un fracaso», Nota de la *Conferencia Episcopal Española* ante la aprobación en el Congreso de los Diputados de la ley de la eutanasia»

<https://www.conferenciaepiscopal.es/la-vida-es-un-don-la-eutanasia-un-fracaso/>

<sup>89</sup> Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre de 2020), por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE); Real Decreto 95/2022, de 1 de febrero, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Infantil; Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria; Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria; Real Decreto 984/2021, de 16 de noviembre, por el que se regulan la evaluación y la promoción en la Educación Primaria, así como la evaluación, la promoción y la titulación en la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato y la Formación Profesional

<sup>90</sup> VILADRICH BATALLER, P. J.: «Aborto y sociedad permisiva», *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* núm. 2, 1975, p. 5 citado por I. M. Briones Martínez, «La neutralidad estatal y la formación moral en el actual contexto social», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, 2013.

<sup>91</sup> REY MARTÍNEZ, F.: «El ideario educativo constitucional...inclusivo», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 111, mayo-agosto 2021, pp.13-44.

duce una perspectiva reduccionista que implica una nueva forma de concebir el ser humano y la sociedad, partiendo de la construcción social de la identidad sexual, ajena a otras concepciones antropológicas. Un enfoque ideológico particular y no siempre compartido, pese a lo cual, el legislador se ha «atrevido a concretar los «valores que sustentan la democracia y los derechos humanos»<sup>92</sup> en la Disposición adicional cuadragésimo-primera de la LOMLOE, e incluirla en los supuestos «valores de la ciudadanía democrática» convertidos en un nuevo y aún más reduccionista ideario educativo constitucional.

En contra del artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>93</sup> y del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos<sup>94</sup>, pese a que en su Disposición adicional vigésima quinta prevé la separación de niños y niñas con el fin de mejorar la vocación STEAM de las niñas, la vinculación en la LOMLOE del régimen de concierto a la coeducación (en cuanto educación mixta), podría excluir la igualdad de oportunidades educativas<sup>95</sup> y el derecho a elegir en condiciones de igualdad, la educación diferenciada<sup>96</sup>.

El grave impacto en la igualdad de oportunidades y en el derecho a la no discriminación de los niños en el ámbito educativo queda reflejado en el último informe de la OCDE que también alerta de las grandes diferencias regionales «en el logro educativo» en España. La brecha de 11 puntos porcentuales en perjuicio de los varones, entre los alumnos que no terminaron el bachillerato o equivalentes, es una desigualdad que se mantiene a lo largo del recorrido educativo, en repetición de curso y abandono temprano «identificado como uno de los problemas más graves del sistema educativo español» que sitúa a España «muy lejos de los objetivos marcados por la Unión Europea» y en la necesidad de «identificar las causas determinantes del abandono escolar y las oportunidades de intervención que pueden contribuir a reducir este grave problema social y educativo»<sup>97</sup>.

La lengua como mecanismo de exclusión y estigmatización de alumnos de Comunidades Autónomas bilingües que reclaman el cumplimiento de sentencias<sup>98</sup> y resoluciones judiciales que reconocen el ejercicio de su derecho funda-

<sup>92</sup> REY MARTÍNEZ, F. :«El ideario educativo constitucional...inclusivo», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 111, mayo-agosto 2021, pp.13-44.

<sup>93</sup> ONU: Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, París 14 de diciembre de 1960.

<sup>94</sup> Artículo 27.3 CE.

<sup>95</sup> Artículo 14 CE.

<sup>96</sup> En cuanto elemento del ideario ó carácter propio del centro que responde a un modelo pedagógico en el marco de la libertad de enseñanza, de voluntaria adopción por parte de centros, padres y estudiantes, como recoge la STC 37/2018.

<sup>97</sup> Los niños y los adolescentes en el Informe Anual del Defensor del Pueblo, 2021.

<sup>98</sup> STS de 28 de abril de 2015; STS de 23 de abril de 2015; STC 337/1994, FJ 10; STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 FJ 14; STC 24/2013, de 31 de enero de 2013; STS 1668/2015 y STS 1670/2015; STC 14/2018, de 20 de febrero de 2018; Sentencias de STSJC de marzo 2021 anulando sendos proyectos lingüísticos de escuelas catalanas al no contemplar «el carácter vehicular del castellano como lengua oficial

mental a estudiar, recibir enseñanza y relacionarse en la lengua oficial común, el castellano, recuerda las sentencias en las que el TEDH apreció trato discriminatorio en el régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica<sup>99</sup> y en la escolarización separada de menores romaníes que no dominaban suficientemente el croata<sup>100</sup>. Ejercicio de un derecho fundamental que, como señala el Informe del Defensor del Pueblo, «no debiera generar ningún perjuicio a quienes lo insten. Y muy especialmente cuando la situación de presión social y mediática afecta a un menor en su entorno escolar y familiar, por las consecuencias que ello puede tener en su desarrollo y bienestar personal, debiendo las autoridades competentes adoptar las medidas precisas para preservar la protección e intimidad de la familia y el menor». «Iniciada de oficio por la institución del Defensor del Pueblo una actuación informativa en relación con el aprendizaje y uso del castellano en el ámbito escolar en Cataluña y por la prevención del acoso o molestia que pudieran sufrir los alumnos por cuestiones vinculadas al uso de la lengua castellana, la respuesta recibida de la Administración expresando su compromiso con la erradicación de cualquier actuación que pueda afectar a la convivencia de los centros invocando el Decreto 150/2017, determinó la conclusión de estas actuaciones por parte del Defensor del Pueblo»<sup>101</sup>.

En cuanto a la violencia en las aulas<sup>102</sup>, «la prevención del acoso escolar y de toda forma de violencia» ha sido elevado a «valor que sustenta la democracia y los derechos humanos y la prevención y resolución de conflictos» en la ya citada Disposición adicional cuadragésima primera de la LOMLOE. Considerado el acoso escolar como lesión del derecho fundamental de educación del artículo 27.2 de la Constitución, con la consiguiente *culpa in vigilando* de la administración educativa<sup>103</sup>, la prevención de la violencia sigue siendo la gran asignatura pendiente de una educación deconstruida que no consigue erradicar de forma eficaz la violencia ni persigue la identificación temprana de las conductas que atentan contra la dignidad de niños y adolescentes.

Según el último estudio HBSC 2018<sup>104</sup> un 20% de niños y niñas de 11 a 14 años han sido víctima de maltrato en los dos últimos meses y según datos de la ONG Internacional Bullying Sin Fronteras para América, Europa, Asia, Oceanía y África, en su estudio realizado entre enero de 2020 y

---

junto al catalán»; STSJC de 16 de diciembre de 2020; Providencias de 13 de julio de 2021; Providencia de 18 de noviembre de 2021 por la que se inadmite el recurso de la Generalidad de Cataluña.

<sup>99</sup> STEDH de 23 de julio de 1968.

<sup>100</sup> STEDH de 16 de marzo de 2010, asunto Orsus y otros v. Croacia.

<sup>101</sup> Los niños y los adolescentes en el Informe Anual del Defensor del Pueblo, 202. Informe del defensor del pueblo, 2022.

<sup>102</sup> OMS, *Health Behaviour in School-aged Children* (HBSC 2018), «Estudio sobre las conductas saludables de los adolescentes escolarizados en España», 2018.

<sup>103</sup> REY MARTÍNEZ, F.: «El ideario educativo constitucional...inclusivo», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 111, mayo-agosto 2021, pp.13-44.

<sup>104</sup> OMS, *Health Behaviour in School-aged Children* (HBSC 2018), «Estudio sobre las conductas saludables de los adolescentes escolarizados en España», 2018.

septiembre de 2021, los casos de bullying en España siguen en aumento, 7 de cada 10 niños sufren todos los días acoso y ciberacoso<sup>105</sup>.

Una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional<sup>106</sup> resuelve un caso en el que la salud mental condiciona el derecho a asistir al centro educativo y a la educación de un niño de 4 años, escolarizado en un colegio público a los 3 años de edad. Como consecuencia de los comportamientos que a los 4 años comienza a presentar y que la demanda califica de «rabietas» y la administración educativa de «conductas agresivas», se decreta su separación del entorno escolar pese a no presentar ninguna patología conculcando, según aprecia el voto particular del Magistrado Xiol Ríos, sus derechos a la educación, igualdad y no discriminación.

## 5. DERECHOS DE AUTONOMÍA, VULNERABILIDAD Y DECONSTRUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Pese a la constante doctrina jurisprudencial que recuerda cómo la dignidad permanece inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre<sup>107</sup>, una concepción antropológica individualista del ser humano que eleva a categoría de dogma la autonomía de la voluntad, concibe los derechos como reivindicaciones de la propia esfera de poder del individuo frente a los otros<sup>108</sup> y deconstruye el concepto de dignidad sometiéndolo a condición. Un verdadero cambio de paradigma en la concepción de los derechos como pertenecientes a la esfera del tener y no del ser<sup>109</sup>, confinados en la elección privada, desprovista de la dimensión relacional del ser humano y de una concepción antropológica integral. Reducidos a «supuestos derechos de autonomía» cuya titularidad se vincula a la capacidad de elegir sin límites ni restricciones, no sólo excluyen las situaciones de vulnerabilidad humana, sino que impiden la fundamentación universal de los derechos, su irrenunciabilidad e indisponibilidad, unidad e interdependencia y el sentido de los derechos de los otros y de los deberes con los demás y consigo<sup>110</sup> mismo.

<sup>105</sup> Estudio realizado a partir de datos brindados por las Secretarías y Ministerios de Educación de las diferentes Comunidades Autónomas

<sup>106</sup> STC de 19 de abril de 2021

<sup>107</sup> STC 53/1985, FJ 8; STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 4; artículo 10.1 CE.

<sup>108</sup> BALLESTEROS, J.: «El Individualismo como Obstáculo a la Universalidad de los Derechos Humanos», *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, pp. 15-27.

<sup>109</sup> MOLINER NAVARRO, R. M.: «El interés superior del niño como eje de la convención internacional sobre los derechos del niño: su recepción en el derecho español», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 7, 2009, pp. 174-207.

<sup>110</sup> BALLESTEROS, J.: «El Individualismo como Obstáculo a la Universalidad de los Derechos Humanos», *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, pp. 15-27.

En el marco de la vulnerabilidad propia de la naturaleza humana, la minoría de edad constituye una situación de especial vulnerabilidad siendo los derechos de los niños, la piedra de toque de una correcta concepción de los derechos humanos<sup>111</sup>. La supresión de la naturaleza como criterio normativo sortea la realidad de la vulnerabilidad natural y abandona a la infancia y la adolescencia a su propia voluntad, eliminando sistemas de protección necesarios para garantizar el respeto a sus derechos y la búsqueda del mejor interés del menor, mandato que el texto constitucional consagra en el artículo 39.4, en relación al compromiso de velar por los derechos de los niños: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Porque la adecuada consideración del menor como sujeto activo de derechos no puede eludir, pese a la imprecisión jurídica de la referencia a la *madurez o suficiente juicio*<sup>112</sup>, la necesaria confirmación de la plena capacidad para comprender la trascendencia de una decisión a la hora de prestar consentimiento, que implica no sólo capacidad legal y psicológica, conocimiento y voluntad, sino también libertad en la dimensión cognitiva del discernimiento y en el aspecto decisorio para el juicio práctico. De tal forma que, si todo acto libre es voluntario, no todo acto voluntario es libre<sup>113</sup>.

El deber natural de protección y asistencia de todo orden que los padres deben prestar a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda<sup>114</sup>, se concreta en el ejercicio del deber de la patria potestad por sus titulares<sup>115</sup> que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad<sup>116</sup>. Su «exclusión», en virtud de una supuesta autonomía de la voluntad del menor para adoptar decisiones que afectan a aspectos constitutivos del ser humano representa, en algunos casos, la eliminación de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos fundamentales.

Deber de protección y garantía de indemnidad que encuentra su sentido en el origen etimológico del vocablo vulnerabilidad procedente de *vulnus*,

<sup>111</sup> MACCORMICK, N.: «Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho», en *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-138.

<sup>112</sup> RODRIGO LARA, M. B.: «El menor de edad y su derecho de libertad religiosa como agentes determinantes del interés superior del niño», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019; M. B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y Libertad de Conciencia*, Complutense, Madrid, 2005, p. 515.

<sup>113</sup> MONS. MORENO, P.: *La teoría del consentimiento matrimonial: notas generales*, Estudio Rotal, octubre 2015.

<sup>114</sup> Artículo 39 CE.

<sup>115</sup> Artículo 5 de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, de 25 de noviembre de 1981; artículo 154 CC «Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», modificado por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; modificado por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

<sup>116</sup> Artículo 154 Código Civil español.

herida, en cuanto aquel que puede ser herido o recibir lesión física o moral<sup>117</sup>. Por ello, en las últimas Observaciones para España del Comité de los Derechos del Niño, se recomienda que se eliminen las excepciones a la edad mínima para contraer matrimonio, que es de 18 años y que sea un juez, después de evaluar a fondo el mejor interés del niño en cada caso particular, quien adopte o revise las decisiones<sup>118</sup>. Además, y con el título de «prácticas nocivas», en la recomendación número 24 «el Comité recomienda que el Estado parte prohíba la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios en el caso de los niños intersexuales, cuando esos procedimientos conlleven el riesgo de causar daños y puedan ser aplazados sin consecuencias». En relación a la deconstrucción del interés superior del menor, algunas sentencias pueden ilustrar importantes lagunas, fisuras y vacíos en el ámbito de protección de niños y adolescentes, desde la desprotección del niño por nacer, al cambio registral y la gestación subrogada.

No existe mayor vulnerabilidad que la del niño por nacer, quizás por ello, el llamado «derecho al aborto» se ha convertido en una especie de «volcán en erupción»<sup>119</sup>. En Estados Unidos, la sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, de la que es ponente Samuel Alito, ha revocado un precedente vivo desde 1973, la sentencia *Roe v. Wade* que consideró el aborto como un derecho derivado de la *privacy*. El reciente fallo afirma que nada hay en el texto de la Constitución americana que pueda justificar la existencia de un derecho fundamental al aborto. Como recuerda el profesor Navarro-Valls, «España está en el centro de la polémica», «Admitir que hay un derecho fundamental al aborto no sería sino trivializar lo que es un derecho, pasando de ser una pretensión con fundamento en la justicia a un mero deseo, no solo tolerable, sino exigible. En realidad, equivale a negar cualquier clase de tutela al feto no nacido, como si fuera un elemento extraño, huérfano de protección»<sup>120</sup>.

Mención especial merece el interesante voto particular formulado en la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, sobre la cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo primero de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En opinión de los Magistrados discrepantes, la sentencia prescinde de un análisis de fondo de la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE) a la luz del artículo 39.4 CE, en relación al criterio objetivo de la mayoría de edad identificado con el pleno ejercicio de la capacidad de obrar. Considera, que lejos de ser una restric-

<sup>117</sup> Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, 23.<sup>a</sup> ed., (versión 23.5 en línea). <https://dle.rae.es>.

<sup>118</sup> CRC/C/ESP/CO/5-6, Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*, 5 de marzo de 2018.

<sup>119</sup> NAVARRO-VALLS, R.: El aborto, ¿un derecho fundamental?, *Tribuna El Mundo*, 4 de junio de 2022.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

ción de derechos es una garantía para el menor que ejerce por sí mismo un derecho de naturaleza personalísima, como es el «cambio de sexo», aportando seguridad a su «estabilidad y persistencia».

En materia de tratamiento de datos personales y, en relación a la identidad digital<sup>121</sup> del menor<sup>122</sup>, la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen<sup>123</sup>, se hace descansar en el peso otorgado al consentimiento del mayor de 14 años; y en el tratamiento de los datos de menores de catorce años, en el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que éstos determinen. Sin embargo, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea<sup>124</sup> «subraya la importancia del derecho al olvido de los menores de edad, particularmente al señalar en su Considerando 65: que «este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño»<sup>125</sup>.

Derecho específico al olvido para menores coherente con el principio gradual de la autonomía en el ejercicio de sus derechos, con los derechos de los menores y su protección ante Internet y con la trascendencia del tratamiento de sus datos que puedan representar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, así como con el fin de promover y proteger los derechos de la infancia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y con la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación<sup>126</sup>. De gran interés puede resultar, en el ámbito de la protección a la infancia, la figura jurídica denominada «abuso de influencia», nueva herramienta jurídica específica desarrollada para proteger de la explotación económica a personas mayores<sup>127</sup>.

<sup>121</sup> Observación general Nro. 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, de 2 de marzo de 2021. Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño; Carta de los derechos digitales de los niños, niñas y adolescentes, 28 de noviembre de 2019. Fundación Ayuda de Niños y Adolescentes en Riesgo (ANAR) y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD); Decálogo de e-derechos de UNICEF. UNICEF España en la celebración de UNICEF del Día Internacional para una Internet Segura. 6 de febrero de 2004.

<sup>122</sup> AZURMENDI, A.: «Protección europea para la defensa de los derechos digitales de los menores. El caso de España», *Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, núm. 102, julio 2022. <https://doi.org/10.29263/lar02.2019.03>

<sup>123</sup> Artículo 20 CE y Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia imagen.

<sup>124</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

<sup>125</sup> LIEVENS, E. y MAELEN, V.: «El derecho al olvido de los niños: ¿dejar atrás el pasado y aceptar el futuro?», *Latin American Law Review*, 2019, vol. 2, pp. 65 a 84, citado por A. Azurmendi, «Protección europea para la defensa de los derechos digitales de los menores. El caso de España», *Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, núm. 102, julio 2022.

<https://doi.org/10.29263/lar02.2019.03>

<sup>126</sup> Artículo 2.2 CEDH.

<sup>127</sup> DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C.; JERICÓ OJER, L. y HUALDE MANSO, T. (dir.), *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, ed. Thomson Reuters

Una interesante sentencia sobre la gestación por sustitución comercial, nos sitúa en las aporías de los derechos humanos que, a través del currículo y de forma transversal, llegan a nuestra aulas, amén de las redes sociales tan presentes entre niños y jóvenes. Sin entrar en la casuística de la Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, de 31 de marzo, sobre la maternidad subrogada, en los fundamentos de derecho precisa que la gestación por sustitución comercial es contraria al orden público español y a la legislación española que declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución entre cuyas conductas se entrega un hijo o un menor a otra persona, mediando compensación económica con un daño inaceptable al interés superior del menor, que como la madre gestante, es tratado como simple mercancía.

Nuevos derechos individualistas que, aplicados al mundo de los menores, conculcan los derechos que pretenden otorgar vulnerando la protección debida a la infancia y la adolescencia en cuanto bien jurídico de altísima prioridad<sup>128</sup>. Leyes inicuas, nuevos derechos y nuevas víctimas ante las que el respeto a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia abre interesantes campos de reflexión y nuevos desafíos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBUERA GUIRNALDOS, A.: La figura del cesante en la obra de Pérez Galdós: «Miau». *Baética: Estudios de arte, geografía e historia*, 11, 1988.
- AZURMENDI, A.: «Protección europea para la defensa de los derechos digitales de los menores. El caso de España», *Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, núm. 102, julio 2022. <https://doi.org/10.29263/lar02.2019.03>.
- BALLESTEROS, J.: «El individualismo como Obstáculo a la Universalidad de los Derechos Humanos», *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999.
- BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: «La neutralidad estatal y la formación moral en el actual contexto social», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, 2013.
- DÍAZ DE TERÁN VELASCO, M. C.; JERICÓ OJER, L. y HUALDE MANSO, T. (dir.): *Abuso de dependencia y abuso de influencia. Tres visiones jurídicas de la vulnerabilidad de los mayores*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, octubre 2021.
- DOMINGO GUTIÉRREZ, M.: «La objeción de conciencia al aborto. Evolución jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2010.
- GREENE, R.: *Las 48 Leyes del Poder*, ed. Atlántida, Buenos Aires, 2010.
- LIEVENS, E., MAELEN, V.: «El derecho al olvido de los niños: ¿dejar atrás el pasado y aceptar el futuro?», *Latin American Law Review*, 2019, vol. 2.
- MACCORMICK, N.: «Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho», en *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: «Laicidad, ¿Pluralismo o Reduccionismo Religioso e Ideológico?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 50, 2019.

Aranzadi, Cizur Menor, octubre 2021.

<sup>128</sup> STS 4/2018, de 10 de enero.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Una razonable aversión a matar», *La Tercera de ABC*, 26 de julio de 2022.
- «Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV.: *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Navarro-Valls*, Iustel, Madrid 2013.
- MOLINER NAVARRO, R. M.: «El interés superior del niño como eje de la convención internacional sobre los derechos del niño: su recepción en el derecho español», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 7, 2009.
- NAVARRO-VALLS, R.: «El aborto, ¿un derecho fundamental?», *Tribuna El Mundo*, 4 de junio de 2022.
- «Eutanasia y objetores de conciencia», diario *El Mundo*, 13 de agosto de 2022.
- «La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. Vol. 2, 1986.
- «Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36, 2014.
- NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: *Conflictos entre Conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, ed. Iustel, 2ª ed. Madrid, 2012.
- *Del poder y de la gloria*, Encuentro, Madrid, 2004.
- Navarro-Valls, R.: Viladrich, P. J.: Ferrer Ortíz, J. (coord.) *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español», Eunsa, Pamplona, 2001, 4ª ed. 1ª reimpresión.
- NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J., VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y Objeción de Conciencia*, ed. Palabra, 2022.
- PALAMINO LOZANO, R.: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 2020.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «Desobediencia civil y objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-1989.
- PERA, M.: RATZINGER, J.: *Sin raíces: Europa, Relativismo, Cristianismo, Islam*, traducción: Pablo Largo y Bernardo Moreno, ediciones Península, Barcelona, 2006.
- REY MARTÍNEZ, F.: «El ideario educativo constitucional... inclusivo», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 111, mayo-agosto 2021.
- RODRIGO LARA, M. B.: «El menor de edad y su derecho de libertad religiosa como agentes determinantes del interés superior del niño», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019.
- RODRIGO LARA, M. B.: *Minoría de edad y Libertad de Conciencia*, Complutense, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., FUENTESECA, M.: *Grandes Juristas, Mártires por la Justicia*, ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- SPEMANN, R.: *Ética: Cuestiones fundamentales*, ed. Eunsa, col. Astrolabio, 9.ª edición, 2010.
- VELÁZQUEZ, J. L.: «Ética y discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 15, enero de 2009.
- VILADRICH BATALLER, P. J.: «Aborto y sociedad permisiva», *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* núm. 2, 1975.
- WEBER, M.: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducción: Luis Legaz Lacambra, ediciones Península, Barcelona, 1994.
- WEILER, J.: *Je Suis Achbita!*, *EJIL: Talk of the European Journal of International Law!* (blog), 19 de febrero de 2018.

# Pluralismo religioso y estado de derecho en México

**ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES**

Universidad Panamericana Guadalajara

**SUMARIO:** 1.– Introducción. 2.– Pluralismo cultural y religioso, los pueblos indígenas en México y su problemática. 3.– Marco jurídico nacional e internacional de protección a la diversidad cultural y religiosa. 4.– Estado de derecho y libertad religiosa. 5.– Casos relevantes sobre conflictos religiosos en México y el acceso a la tutela judicial efectiva. 5.1 Peregrinaciones religiosas. 5.2 Procesos de expansión del Evangelismo y testigos de Jehová. 5.3 Los nombres en lengua indígena, casos de transgresión a su identidad. 6.– Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La vida religiosa de los pueblos indígenas en nuestro país refleja su cosmogonía y cosmovisión, su profundo respeto por la naturaleza, Madre Tierra o *Pachamama*; la cual se materializa de formas muy variadas, a través de ritos, de peregrinaciones, bailes, ceremonias y prácticas ancestrales; todo lo anterior es fundamental, pues otorgan vida, orden y conexión entre los miembros de la comunidad. Sin embargo, en la actualidad por el desgano y en ocasiones por la incompetencia de la autoridad, se entorpecen estas expresiones religiosas, un claro ejemplo son las concesiones a empresas mineras extranjeras para la explotación de la plata o las persecuciones por la portación de peyote en la peregrinación a *Wirikuta*. De igual forma, el cre-

cimiento en toda América Latina de las minorías religiosas como Testigos de Jehová y Evangelistas, han permeado en la conversión de miembros de comunidades indígenas, provocando una fractura en la población, donde se ha determinado la expulsión de sus miembros; dichos conflictos han llegado a instancias judiciales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ocasiones las resoluciones no llevan a resolver el fondo del problema y nos quedamos en meros paliativos, esta investigación refleja la situación en México y propone alternativas.

Así, el apresurado crecimiento de movimientos con minorías cristianas es el fenómeno religioso más importante de este siglo en Latinoamérica, junto con el de conciencia política de un estilo de cristianismo popular. En los últimos 20 años, mientras la población mexicana crecía en un 40%, los católicos apenas lo hicieron el 30%, a diferencia de las diferentes denominaciones cristianas que crecieron en un 174%<sup>1</sup>. Una de las características de este proceso es su desplazamiento de las zonas urbanas del país hacia los polos fronterizos.

Esta situación, aunada al desconocimiento de la realidad de los pueblos originarios y un reconocimiento parcial de sus derechos, han motivado la confrontación religiosa en algunas zonas de México y a poner en peligro de desaparición las festividades, romerías y tradiciones de origen ancestral; a pesar del amplio marco jurídico de protección, que las autoridades jurisdiccionales han intervenido y a través de sus resoluciones han tratado de resolver las situaciones, dichas sentencias quedan cortas, inconclusas e inaplicables, arriesgando la seguridad, permanencia y continuidad de las comunidades indígenas. Es necesario el fomento del conocimiento de las cosmovisiones indígenas por parte de las autoridades y de la población en general para el respeto y subsistencia de las prácticas religiosas.

## 2. PLURALISMO CULTURAL Y RELIGIOSO, LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO Y SU PROBLEMÁTICA

México es un país pluricultural, reconocido así por primera vez en la historia desde la reforma al artículo cuarto constitucional en 1992, producto de movimientos internacionales, principalmente en el continente americano, y de la firma del tratado 169 de la OIT.

---

<sup>1</sup> MARROQUÍN, E.: *Los protestantes en Oaxaca: ¿persecución o resistencia cultural?*, en *Las culturas indígenas de México, Atlas Nacional de Etnografía*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2018, pp. 211-221.

Así, de los casi 120 millones de habitantes, el 6.2% de la población pertenece a un pueblo originario<sup>2</sup>, nos referimos a 68 comunidades que «han desarrollado estrategias eficientes de resistencia que les permiten combatir su articulación a la sociedad nacional, desafiar la globalización y resistir la asimilación»<sup>3</sup>. Están presentes por todo el territorio nacional y tienen diferentes denominaciones en su propia lengua, tales como *wixárika*, *rarámuri*, *mame*, *maya*, *tojolabal*, *mixe*, *seri*, *lacandon*, *tsotsil*, *tzeltal*, *nahua*, *mixteco*, *tepehua*, *tacuate*, *tlapaneco*, *totonaco*, *triqui*, *zapoteco*, *yaqui*, *zoque*, entre otros.

Cada grupo representa una manera de interpretar al mundo, al hombre y su entorno, de manifestaciones culturales y de expresar su religiosidad, a través de esta, protegen sus valores, tradiciones e intereses comunes que obedecen a tiempos inmemoriales, ya que al momento de la invasión europea poseían distintas visiones del universo con su propio sistema de rituales, seres sagrados y sobrenaturales<sup>4</sup>; sin embargo, en el transcurrir de la historia han vivido una serie de influencias que los ha llevado a un mestizaje religioso, aunque no en todas las comunidades, algunas mantienen una religión pura, como en el caso de los *seris* del norte del país, que además es zootecnista, basada en los animales y elementos de la naturaleza<sup>5</sup>.

Si bien, podrían existir algunas similitudes entre las comunidades indígenas, pero son únicas y diversas entre ellas, con su propia cosmovisión y cosmogonía. También, es importante mencionar que las religiones indígenas no son conversionistas, sino que son portadoras de un sistema de identidad y que a través de ellas comprenden e interpretan su realidad y llevan su vida en todos los ámbitos, desde cuestiones sociales hasta las políticas; dichas devociones están basadas en un sistema de cargos y en los rangos cívicos-religiosos, pues sus integrantes desempeñan funciones jerárquicamente organizadas, dedicadas tanto a los aspectos políticos como a los ceremoniales de la vida comunitaria<sup>6</sup>.

La cosmovisión es el conjunto de creencias, valores y sistemas de conocimiento que articulan la vida social de los grupos<sup>7</sup>, además expresa la relación de los hombres con sus dioses, el orden jerárquico del cosmos, de la

<sup>2</sup> INEGI, Censo de Población 2020, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/lengua/> consultado el 28 de julio de 2022.

<sup>3</sup> MAYER, E. y MASFERRER, E.: «La población indígena en América en 1978», en *Revista América Indígena*, México, XXXIX-2, t. III, 1979.

<sup>4</sup> MASFERRER KAN, E.: *Los derechos religiosos de las comunidades indígenas*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> consultado el 1 de agosto de 2022.

<sup>5</sup> MIRANDA TORRES, R. P.: *El Pluriverso Jurídico en el Constitucionalismo Mexicano*, Porrúa, México, 2021, p. 200.

<sup>6</sup> CANCIAN, F.: *Organizaciones políticas y religiosas en S. Millán* (coord.), *Las culturas indígenas de México, Atlas Nacional de Emografía*, México, 2018, p. 145.

<sup>7</sup> ZOLLA, C. y ZOLLA MÁRQUEZ, E.: *Los pueblos indígenas de México 100 preguntas*, UNAM, México, 2004, p. 79.

naturaleza y de la vida comunitaria<sup>8</sup>; las creencias religiosas ancestrales son el sustento y trasfondo de su actuar, de sus sistemas jurídicos, de la vida económica, política y social, otorgan sentido y cohesión en su vida como agrupación.

La religiosidad se manifiesta viviendo con arreglo al ambiente, a partir de ahí se desarrollan sus mitos, en la mayoría de las comunidades indígenas la religión incluye elementos del catolicismo, es decir, tienen un politeísmo sincrético, por ejemplo, los *wixaritari* incluyen a Cristo entre sus deidades, el dios mestizo, de menor rango; y le agradecen hablar español sin problemas<sup>9</sup>; en otras, se rinde culto a los santos y las festividades de la Semana Santa son muy importantes. Podemos advertir en la práctica religiosa indígena, un conjunto de elementos comunes como resultado de la situación colonial, entre las más notorios destacan los sistemas de fiestas, de cargos político-religiosos, la articulación del trabajo público con el trabajo para las actividades religiosas, la configuración y asimilación de los sitios sagrados a las nuevas realidades.

A pesar del reconocimiento dado desde la Constitución y diversos ordenamientos legales nacionales e internacionales sobre la diversidad cultural, religiosa y jurídica de las comunidades indígenas de nuestro país, el desconocimiento, apatía o desinterés de las autoridades han propiciado conflictos por la colisión entre las normas del Estado y las tradiciones de los pueblos indígenas, entorpeciendo sus recorridos y lugares sagrados, las peregrinaciones; el reconocimiento a sus sistemas de cargos, prácticas y propiciando problemas religiosos entre las mismas comunidades y, entre éstas y la población mestiza, lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la contraposición que existe entre las tradiciones y creencias indígenas con el derecho del Estado, que además pone en duda la adecuada tutela judicial efectiva de los derechos de las personas indígenas. De igual forma, estos conflictos son aprovechados por los grupos políticos de la zona para crear más caos y convencer a sus electores de que resolverán la situación a cambio del voto.

### 3. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y RELIGIOSA

En 1992 se llevó a cabo la primera reforma constitucional en materia indígena, prevista en el artículo cuarto para reconocer que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, se consideró entonces el primer paso de un largo camino

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> ITURRIOZ LEZA, J. L.: *Reflexiones sobre identidad étnica*, Universidad de Guadalajara, México, 1995, p. 79.

en la construcción de una nueva relación. Desde la Constitución Política de 1917, es decir, 75 años después, se realizó la consideración inicial en el tema que colocó a México a la par de otros países latinoamericanos que ya habían modificado sus máximos ordenamientos para hacer visibles a estos grupos (Bolivia, Ecuador, Colombia, Nicaragua).

Sin embargo, la incipiente reforma no fue suficiente para combatir la pobreza, marginación, discriminación, falta de oportunidades que siempre han padecido las personas indígenas de nuestro país, dando por resultado el movimiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional EZLN, en enero de 1994, cuyo objetivo principal fue reclamar autonomía y libre determinación para los pueblos indígenas, en ese momento histórico se vivía una crisis política y de seguridad en México por conflictos electorales y las dificultades económicas; esta problemática se vio acentuada por los disturbios en Chiapas, uno de los estados más pobres y con gran presencia de pueblos originarios. Dichos levantamientos dieron pie a los Acuerdos de San Andrés Larráizar, firmados por el gobierno federal y los dirigentes del movimiento armado en febrero de 1996, el compromiso fue llevarlos a la Constitución y plasmar la reforma a los artículos 1,2,4,18 y 115 de nuestro máximo ordenamiento en 2001. Se consideró una modificación muy grande donde se gestó una nueva relación entre las comunidades, la sociedad y el Estado. Algunos de los principios, más importantes, contemplados en el artículo segundo, fueron el pluralismo cultural, religioso y normativo de las comunidades indígenas en México, se señalaron las obligaciones de la federación, estados y municipios; y se recomendó a cada entidad federativa, en términos del artículo 115 constitucional, hacer las adecuaciones respecto de sus propias comunidades indígenas; hasta ahora 28 estados de 32 han realizado modificaciones en la materia, tienen leyes secundarias y organismos estatales para su protección; incluso algunos van más allá y contemplan dentro de su estructura judicial, tribunales indígenas, tales son los casos de Veracruz y Oaxaca<sup>10</sup>.

En cuanto al desarrollo y preservación de las creencias religiosas indígenas, en la fracción IV del artículo segundo constitucional, se reconoce y garantiza el derecho de los pueblos originarios a la libre determinación y autonomía para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyen su cultura e identidad. De igual forma, nuestro mismo orden constitucional establece que tenemos libertad para profesar la religión que mejor nos parezca; así, el artículo tercero dispone que la educación deberá ser laica, ajena a cualquier doctrina; en el artículo cuarto, penúltimo párrafo se establece que toda persona tiene derecho al acceso a la

---

<sup>10</sup> MIRANDA TORRES, R. P.: *El Pluriverso Jurídico en el Constitucionalismo Mexicano*, op. cit. pp. 5 y ss.

cultura y disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de los derechos culturales.

Igualmente, los mexicanos tenemos derecho de manifestar libremente nuestras ideas y difundirlas sin dañar la moral, la vida privada, los derechos de terceros, sin provocar un delito o de perturbar el orden público, plasmado en los artículos sexto y séptimo de la norma rectora.

También, contamos con libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión o a adoptar la de nuestro agrado, podemos participar en ceremonias, devociones, manifestaciones públicas o actos de culto que no constituyan un delito, establecido en el artículo 24 constitucional y finalmente en este marco normativo podemos mencionar el artículo 130 que consagra el principio histórico de separación Iglesia-Estado y nos remite a la Ley de Asociaciones y Culto Público, creada en 1992, que también establece disposiciones generales sobre profesar creencias religiosas con libertad, no ser discriminado por dichas creencias, la laicidad del Estado mexicano, la constitución de asociaciones o comunidades religiosas, su personalidad jurídica, el estatuto de los ministros de culto, los actos de culto público y las sanciones<sup>11</sup>.

En 2017 se promulgó la Ley de Derechos Culturales donde se establece que estas manifestaciones son los elementos materiales e inmateriales preteritos y actuales, inherentes a la historia, arte, tradiciones, prácticas y conocimientos que identifican a grupos, pueblos y comunidades que integran la nación, además señala las obligaciones y coordinación entre la federación, estados y municipios para su preservación<sup>12</sup>.

La mayoría de las entidades federativas cuentan con leyes para la protección de los grupos originarios asentados en esa parte del país donde se estipula de forma muy clara la protección a su cultura y manifestaciones religiosas.

En el ámbito internacional, existen diferentes ordenamientos relativos a los pueblos indígenas y sobre todo a la protección religiosa, tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo de San Salvador; el Protocolo sobre los Derechos del niño, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, entre otras.

A través de este breve recuento del marco legal nacional e internacional para el reconocimiento y protección de las manifestaciones religiosas, se advierte que, aunque existen algunas disposiciones en la materia y protoco-

<sup>11</sup> GONZÁLEZ SCHMAL, R.: *Los principios fundamentales de la Constitución mexicana en materia religiosa y la cultura del derecho de libertad religiosa*, en J. E. Traslósheros (coord.), *Libertad Religiosa y Estado Laico, Voces, Fundamentos y Realidades*, Porrúa, México, 2012, p. 66.

<sup>12</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/10297.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/10297.pdf), consultada el 24 de noviembre de 2022.

los para la administración de justicia, en la práctica no hay una tutela efectiva de los sitios sagrados, manifestaciones o de las ceremonias que estos grupos desarrollan<sup>13</sup>.

#### 4. ESTADO DE DERECHO Y LIBERTAD RELIGIOSA

Existen diversas tradiciones y expresiones religiosas, si bien es cierto que el Estado de Derecho en México establece la tolerancia y desarrollo armónico en este aspecto, lo cierto es que todavía se desarrollan muchísimos conflictos religiosos de diversa índole. Durante el siglo XIX, tuvimos la religión católica como la única reconocida en los máximos ordenamientos<sup>14</sup>; sin embargo, se produjeron ciertos cambios donde dicha disposición se eliminó de la Constitución, dando la apertura a la práctica de otros credos que en la actualidad se han ido acrecentando.

Para las comunidades indígenas de nuestro país, sus principales valores, principios e intereses, se preservan en sus costumbres, usos, prácticas, tradiciones y demás objetos culturales de los que destaca su creencia en *Tonan-tzin = Pachamama = Madre Tierra*.

Un eje fundamental de sus creencias, lo constituye la *Madre Tierra*, de aquí la trascendencia de comprender su cosmogonía y cosmología, para lo que se ha tratado de aplicar una metodología científica, denominada *Nomología*<sup>15</sup>, que es el análisis multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario de los valores, principios e intereses de dichas comunidades autóctonas.

De esta forma, la convivencia de los sistemas jurídicos y organizativos de las comunidades con la organización y legislación occidental que hasta ahora se ha dado en México y en los países latinoamericanos presenta una serie de complejidades que se han convertido en un desafío específico, pues cada una tiene su propio sistema de creencias, prácticas, ceremonias, cargos y festividades<sup>16</sup>.

Como resultado de esos estudios a los que nos hemos dedicado por más de 20 años, en aproximadamente cuarenta grupos, podemos advertir lo siguiente:

– Dentro de la historia constitucional de México, estos grupos nunca han sido invitados a participar dentro de los Congresos Constituyentes.

<sup>13</sup> MIRANDA TORRES, R. P.: *El Pluriverso Jurídico en el Constitucionalismo Mexicano*, op. cit., p. 30.

<sup>14</sup> COVARRUBIAS DUEÑAS, J.: *Dos siglos de constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2012, p. 5 y ss.

<sup>15</sup> Su principal objeto de estudio son las normas; entendidas como las creaciones culturales en donde una comunidad específica procura preservar sus valores, principios e intereses trascendentes, así, el pluralismo cultural y jurídico dentro de un contexto preciso. Vid. R. MIRANDA TORRES, y J. COVARRUBIAS DUEÑAS, *Nomología*, Tirant Lo Blanch, México, 2021.

<sup>16</sup> NAVARRO FLORIA, J. G.: *Libertad religiosa en América del Sur*, en J. E. Traslosheros (coord.), *Libertad Religiosa y Estado Laico, Voces, Fundamentos y Realidades*, Porrúa, México, 2012, p. 144.

– Por tanto, sus valores, principios e intereses no se encuentran plasmados dentro de las Normas Rectoras o Constituciones que ha tenido México.

– La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos data de 1917, en los últimos años, se han venido haciendo adiciones muy importantes en la materia; en especial, el artículo segundo, pero no se han comprendido las categorías jurídicas elementales de estas comunidades originarias, por tanto, dichas incorporaciones al texto constitucional son sólo palabras, una simulación.

– Al no comprender la cosmogonía, la cosmología, los valores, principios e intereses de los pueblos indígenas; entonces, el Estado de Derecho, no ha podido proteger sus creencias religiosas, que es el punto de partida nodal, piedra angular de sus prerrogativas, en especial, derechos personales, históricos, económicos, políticos, religiosos, culturales, artesanales, medicinales y demás que entrañan el poder entender su cultura y categorías normativas dentro de su pluriverso. «Negar los argumentos subyacentes en la tradición ancestral implica el des-anclaje de las tradiciones económicas y relaciones sociales habituales»<sup>17</sup> que además pone en una situación de riesgo la existencia de estos grupos.

– Así, el marco normativo establecido a partir del Estado de Derecho en México respecto de la protección de las creencias religiosas de las comunidades autóctonas en México no es eficiente, ni eficaz, en virtud a que los operadores jurídicos no entienden su realidad social. A pesar de que existen protocolos para la impartición de justicia elaborados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a veces no se ponen en práctica o son desconocidos por las autoridades jurisdiccionales.

## **5. CASOS RELEVANTES SOBRE CONFLICTOS RELIGIOSOS EN MÉXICO Y EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Es importante reconocer y fortalecer las prácticas religiosas, o al menos sus reminiscencias, que se han dado a lo largo de los siglos, provenientes de los pueblos originarios, las cuales son exteriorizadas en peregrinaciones, procesiones, fiestas patronales, cofradías y muchas expresiones; sin embargo, en algunos casos son entorpecidas y aniquiladas por el desconocimiento o desinterés de los gobiernos, a continuación, examinaremos algunos casos en el occidente del país.

---

<sup>17</sup> FAJARDO SANTANA, H.: «Discursos de la conversión y conflictos étnicos huicholes evangelistas», en *Revista el Colegio de San Luis*, n.º 8, Vol. 4, San Luis Potosí, diciembre de 2014. Disponible en: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-899X2014000200004](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-899X2014000200004) consultado el 5 de enero de 2023.

## 5.1 Peregrinaciones religiosas

La «Peregrinación a *Wirikuta*», práctica de la comunidad *wixárika* en Jalisco, se extiende en un espacio de 550 kilómetros que van desde la región montañosa del Gran Nayar (Durango, Jalisco y Nayarit)<sup>18</sup> y el desierto de *Wirikuta*, a través de los estados de Zacatecas y San Luis Potosí, se estima que esta práctica tiene por lo menos unos 200 años<sup>19</sup>. Diseñan una ruta hacia el oriente, en un eje que inicia en las costas del Océano Pacífico, de esta forma los peregrinos reproducen la trayectoria de un mito ancestral, donde los hombres surgieron del mar y comenzaron el viaje a esta zona «*Wirikuta*» para asistir al nacimiento del Sol, que iluminó por primera vez el mundo en la cúspide del Cerro Quemado, en la cercanía de Real de Catorce, en San Luis Potosí<sup>20</sup>, es el encuentro con la divinidad y el acercamiento con sus ancestros<sup>21</sup>.

A pesar de la importancia de esta tradición cultural que transmite conocimientos religiosos, legendarios e incluye la preservación, cuidado y respeto de la madre tierra; que les da identidad y juega un rol importante en la vida social y política de la comunidad, pues también tiene un impacto en su sistema de cargos, la peregrinación es violentada, entorpecida e impedida por las autoridades mexicanas, para ejemplificar lo anterior mencionamos algunas situaciones que vive la comunidad en su recorrido y que atentan con esta práctica.

En un primer momento, la recolección del *híkuri* o peyote que es considerado como planta psicotrópica y su posesión implica un delito, aunque el Código Penal Federal, en el artículo 195 bis-II, no penaliza la posesión de peyote y hongos alucinógenos cuando pueda presumirse que será utilizado en ceremonias, usos y costumbres de comunidades indígenas; sin embargo, las policías estatal y municipal desconocen u omiten dicho supuesto. Se ha trabajado por algunas instituciones en el respeto de esta tradición a través de la capacitación a los distintos cuerpos policíacos, se han logrado reuniones y acuerdos entre autoridades tradicionales y civiles; se pide a los miembros de la comunidad tengan una carta de sus mandos tradicionales que los identifique como peregrinos; además, que se establezca como máximo la extrac-

<sup>18</sup> *Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*, Disponible en: [https://www.researchgate.net/figure/Figura-4-Mapa-del-Gran-Nayar-en-donde-se-puede-observar-la-region-en-que-habitan-los\\_fig1\\_327447361](https://www.researchgate.net/figure/Figura-4-Mapa-del-Gran-Nayar-en-donde-se-puede-observar-la-region-en-que-habitan-los_fig1_327447361), consultada el 04 de enero de 2023.

<sup>19</sup> GUZMÁN CHÁVEZ, M. G.: «Interculturalidad en torno al uso del peyote. Un patrimonio biocultural en condición de ilegalidad», en *Alteridades*, n.º 53, vol.27, 2017, pp. 95-106.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> PINEDA ARCE, J. S., MENA BENÍTEZ, M. H.: *Derechos Humanos y religión en los pueblos originarios*, en *Colección de Estudios en Derechos Humanos, Tomo XXV. Libertad Religiosa y Derechos Humanos*, disponible en: <http://cedhj.org.mx/Coleccion%20de%20estudios%20en%20Derechos%20Humanos/Tomo%2025.pdf> consultado el 5 de agosto de 2022.

ción de 100 cabezas de peyote; no obstante, esta cantidad puede resultar insuficiente según las necesidades de cada centro ceremonial *wixárika*<sup>22</sup>.

Asimismo, el gobierno mexicano desconoce y resta importancia a la relación trascendental, indisoluble y totalmente religiosa que los pueblos originarios tienen con la tierra y ambientes naturales, son los guardianes, administradores y habitantes. La naturaleza y todo lo que emana de ella, son sagrados, tiene una dimensión cosmogónica cargada de valores e interpretaciones culturales y espirituales, elementos indispensables en la vida de la comunidad<sup>23</sup>; pero la falta de voluntad política, un vasto marco jurídico, aunque insuficiente e intereses económicos, han propiciado la invasión, explotación y despojo de sus territorios, la construcción de megaproyectos mineros para la explotación de la plata, justo en esta zona de la peregrinación. Por tanto, se ha colocado a este lugar sagrado (*wirikuta*) en riesgo, así como el cumplimiento de sus tradiciones, leyendas, creencias, religión, es decir, la permanencia y continuidad de la comunidad *wixárika*<sup>24</sup>.

## 5.2 Procesos de expansión del Evangelismo y Testigos de Jehová

Estos procesos han suscitado situaciones conflictivas, los trances más agudos se han desarrollado entre grupos religiosos como los testigos de Jehová o evangélicos y los grupos étnicos no conversos al cristianismo y los tradicionalistas, pues dichas religiones apuntan o tienden a la descalificación global de la visión tradicional del mundo indígena<sup>25</sup>. El mundo de lo indígena es puesto en tensión y llevado en ocasiones a la violencia que parecía superada, en donde el componente religioso tiene un elemento revulsivo y detonante de reivindicaciones políticas, económicas y sociales<sup>26</sup>.

En este trabajo se analizan algunos casos de conflictos religiosos en el Estado de Jalisco y la manera de resolverlos por las autoridades mexicanas:

a) La controversia suscitada en la población Tuxpan de Bolaños el 3 y 4 de diciembre de 2017, donde autoridades tradicionales, con ayuda de policías tradicionales (tupiles), irrumpieron en los hogares de 19 personas adultas que conformaban familias y los sacaron a la fuerza, así como a niños, niñas y adolescentes, que fueron sustraídos de la escuela por los tupi-

<sup>22</sup> GUTIÉRREZ DEL ÁNGEL, A.: *Los hacedores de las lluvias. Peregrinaciones y ceremonias de los jicareros wixaritari*, «Revista de San Luis Potosí», pp. 92-117. Disponible en: <https://revista.colsan.edu.mx/index.php/COLSAN/article/view/478>, consultado el 4 de enero de 2023.

<sup>23</sup> MIRANDA TORRES, R. P.: *Los pueblos originarios en Latinoamérica y el derecho humano a la propiedad*. Tirant Lo Blanch, México, 2018, p. 80.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> MASFERRER KAN, E.: *Los derechos religiosos de las comunidades indígenas*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> consultado el 1 de agosto de 2022.

<sup>26</sup> NAVARRO FLORIA, J. G.: *Libertad religiosa en América del Sur*, Op. Cit., p. 145.

les para desalojarlos cerca de las 18 horas y llevarlos fuera de la población para luego ser dejados en despoblado en el Crucero Banderitas. Los excluidos y perseguidos cambiaron su forma de creer y comenzaron a profesar las ideas religiosas de los Testigos de Jehová. A partir de ello, se negaron a realizar celebraciones y ceremonias religiosas de la comunidad *wixárika*, y se vieron afectados en el uso de sus derechos de libertad religiosa e interpusieron el recurso de amparo que, después de varias instancias y revisiones judiciales, fue atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de octubre de 2019, donde solo les fue concedido en parte. El fallo de la Suprema Corte fue preservar la identidad cultural y la supervivencia de la comunidad, es decir, conservar la cosmovisión de la comunidad extraordinariamente imbricada con la posesión, usufructo de la tierra y religiosidad comunitaria, o «establecer la procedencia de alguna medida resarcitoria a favor de los disidentes, como podría ser una indemnización o reubicación», por ello, cualquier cambio de ideas religiosas implica el ser declarado no-comunitario, en otras palabras, se les dotará de una extensión de tierra «lo más lejano» a las poblaciones, ello no deja de ser una segregación<sup>27</sup> y no resuelve el problema de fondo.

b) Cabe señalar que no es el primer caso de intolerancia religiosa, estos se presentan con frecuencia sobre todo en la zona sur del territorio mexicano. Otro conflicto relevante es el relacionado con indígenas evangélicos pertenecientes a la comunidad *wixárika* de Pedernales de Santa Catarina, en Mezquitic, Jalisco, en 2004, terminó con el abandono de la comuna para evitar el cumplimiento de amenazas de las autoridades tradicionales. Otros conflictos se suscitaron entre miembros de comunidades *wixaritari* de diversos poblados de Mezquitic en 2008, que abandonaron las prácticas religiosas de la comunidad y comenzaron a practicar otras religiones, como la Adventista del Séptimo Día, Bautista e Iglesia Apostólica de la Fe en Cristo Jesús, y culminaron de la misma manera, es decir, ante las amenazas, se marcharon de las comunidades<sup>28</sup>.

c) En un pequeño poblado del norte de Jalisco donde se asentó un grupo de huicholes, expulsado del territorio comunal de la Sierra Madre Occidental por mandato de la asamblea cuando se negaron a ejercer el cargo de jicareros y declararon ser evangelistas. En la negativa del grupo converso para cumplir con el cargo, se efectúa la expulsión como resultado de la decisión comunitaria, máxima autoridad. El estatus de jicarero deviene de cuidar la jícara por un periodo de cinco años, estar presentes en las ceremonias que acompañan el ciclo del maíz, en los cuales se integran aquellas vinculadas con los peregrinajes a los diversos puntos de la geografía sagra-

<sup>27</sup> FAJARDO SANTANA, H.: «Discursos de la conversión y conflictos étnicos huicholes evangelistas», en *Revista el Colegio de San Luis*, n.º 8, Vol. 4, San Luis Potosí, diciembre de 2014.

<sup>28</sup> *Idem*.

da. El cuidado de la jícara es trascendental y en ello va la vida del jicarero, su familia y descendencia. El cumplimiento del bienestar y prosperidad, mientras la falla es desgracia, enfermedad o muerte para el individuo o la colectividad<sup>29</sup>.

Aunque a través de la justicia federal se han dictado resoluciones para tratar de dirimir de la mejor manera dichos conflictos religiosos, no han existido mecanismos serios para la conciliación entre las partes, también podemos observar que algunos conflictos se han exacerbado por agentes externos a las comunidades para negociar temas políticos, pues la conversión religiosa ocurre como efecto de maniobras de ciertos actores políticos que, en la búsqueda de avanzar su agenda, favorecen el proselitismo; lo hacen en situaciones de convulsión social, por medio del acceso de los medios de comunicación masiva, de alianzas con protagonistas en el ámbito de la política y otorgamiento de su respaldo a modificaciones legislativas; y, por otra parte, esto se concatena con la existencia de grupos poblacionales en necesidad de apoyo económico, emocional, legal o en situación de crisis.

### 5.3 Los nombres en lengua indígena, casos de transgresión a su identidad

En las diferentes creencias de los pueblos indígenas, el nombre que se elige a un niño o niña tiene una estrecha relación con su misión de vida o el rol que tendrá dentro de su integración comunitaria; existen diversos ritos para su elección, en algunas comunidades también está relacionado con el santoral cristiano y en otras, como la *wixárika*, las personas de mayor rango religioso o los abuelos lo eligen, a través de una ceremonia o de los sueños, el proceso puede tardar unos meses y se piensan en su propia lengua, tienen significados importantes de acuerdo a sus deidades, a su vida espiritual.

Las transgresiones que se viven a su expresión religiosa se dan por desconocimiento y a veces apatía por parte de la autoridad, pues cuando los padres se acercan a las oficinas correspondientes para el registro de su hijo, los funcionarios estatales no saben cómo escribir el nombre en lengua indígena o el nombre de acuerdo a la lengua propia de la comunidad tiene diferentes caracteres que el castellano, por lo tanto, se niegan a registrarlo pues desconoce su escritura o los ordenadores no cuentan con dichos caracteres; y los padres se ven obligados a escoger un nombre castizo, violentando su identidad, creencias y expresiones<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> MIRANDA TORRES, R. P.: *El pluriverso jurídico en el constitucionalismo mexicano*, op. cit., pp. 30 y ss.

## 6. CONCLUSIONES

Primera. México es uno de los países de América con más diversidad en comunidades indígenas, constituyen un porcentaje importante de la población nacional, lo que representa un amplio pluralismo cultural y jurídico previsto así en la Constitución Política.

Segunda. En la vida comunitaria, la cosmovisión es un elemento trascendente de la existencia y realidad de las comunidades indígenas, las prácticas religiosas son parte elemental de su cultura, dan cohesión y dinamismo a su comunidad.

Tercera. En los últimos años, han crecido los movimientos de minorías cristianas y se desplazaron hacia las zonas rurales de nuestro país, haciendo su trabajo de conversión en las poblaciones indígenas, provocando una confrontación de lógicas explicativas de universos ontológicos diferentes, lo que propicia la desarticulación y desequilibrio de la vida comunitaria, el choque frontal entre las personas indígenas y la inestabilidad de la comunidad.

Cuarta. Entre las sanciones que las mismas comunidades imponen a sus miembros por la práctica de una ideología protestante, se encuentran el aislamiento, la expulsión y el desplazamiento; los afectados han acudido ante las instancias jurisdiccionales correspondientes, las cuales han ordenado la reintegración a la comunidad, el otorgamiento de tierras cercanas y la protección de sus miembros, resoluciones que se dictan desde el desconocimiento de la importancia de las prácticas religiosas y sus implicaciones, quedando en tela de juicio la efectiva protección de los derechos de las personas indígenas.

Quinta. Las transgresiones a la vida religiosa de los pueblos originarios se representan de diversas formas, desde la obstaculización de sus prácticas y peregrinaciones; el atentar contra su entorno natural, territorios y recursos; el impedimento de utilizar los nombres en sus lenguas, y por el desconocimiento, desinterés y apatía de las propias autoridades mexicanas de los diferentes órdenes.

Sexta. En México debemos de trabajar desde el ámbito legislativo y de las políticas públicas para proteger los lugares sagrados, las prácticas religiosas ancestrales, tales como las ceremonias, expresiones públicas, peregrinación y recorridos sagrados. Así como también, otorgar formas de reconocimiento a los especialistas religiosos tradicionales, que sean diferentes a los ministros de culto.

Séptima. Se debe reconocer el papel de la espiritualidad en los términos de la cultura, del derecho a profesar su religiosidad, tal y como se plantea en el artículo segundo constitucional.

Octava. Es determinante la difusión de la existencia e importancia de los pueblos originarios, sus lenguas, tradiciones a la población en general, además de propiciar su respeto y tolerancia.

## BIBLIOGRAFÍA

- CANCIAN, F.: *Organizaciones políticas y religiosas* en S. Millán (coord.), *Las culturas indígenas de México, Atlas Nacional de Etnografía*, México, 2018.
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS. Disponible en: [https://www.researchgate.net/figure/Figura-4-Mapa-del-Gran-Nayar-en-donde-se-puede-observar-la-region-en-que-habitan-los\\_fig1\\_327447361](https://www.researchgate.net/figure/Figura-4-Mapa-del-Gran-Nayar-en-donde-se-puede-observar-la-region-en-que-habitan-los_fig1_327447361).
- COVARRUBIAS DUEÑAS, J.: *Dos siglos de constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2012.
- GONZÁLEZ SCHMAL, R.: *Los principios fundamentales de la Constitución mexicana en materia religiosa y la cultura del derecho de libertad religiosa*, en, TRASLOSHEROS, J. E. (coord.), *Libertad Religiosa y Estado Laico, Voces, Fundamentos y Realidades*, Porrúa, México, 2012.
- GUTIÉRREZ DEL ÁNGEL, A.: «Los hacedores de las lluvias. Peregrinaciones y ceremonias de los jicareros wixaritari», *Revista de San Luis Potosí*, disponible en: <https://revista.col-san.edu.mx/index.php/COLSAN/article/view/478>.
- GUZMÁN CHÁVEZ, M. G. *Interculturalidad en torno al uso del peyote. Un patrimonio bio-cultural en condición de ilegalidad*, en «Alteridades», 2017, vol.27, n.53.
- FAJARDO SANTANA, H. *Discursos de la conversión y conflictos étnicos huicholes evangelistas*, en «Revista el Colegio de San Luis», no.8, Vol. 4, San Luis Potosí, diciembre de 2014.
- INEGI, Censo de Población 2020, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/lengua/> consultado el 28 de julio de 2022.
- ITURRIOZ LEZA, J. L.: *Reflexiones sobre identidad étnica*, Universidad de Guadalajara, México, 1995.
- MARROQUÍN, E.: *Los protestantes en Oaxaca: ¿persecución o resistencia cultural?*, en *Las culturas indígenas de México, Atlas Nacional de Etnografía*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2018.
- MASFERRER KAN, E.: *Los derechos religiosos de las comunidades indígenas*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- MAYER, E. y Masferrer, E. *La población indígena en América en 1978*, en «Revista América Indígena», México, XXXIX-2, t. III. 1979.
- MIRANDA TORRES, R. P.: *El Pluriverso Jurídico en el Constitucionalismo Mexicano*, Porrúa, México, 2022.
- MIRANDA TORRES, R. P.: *Los pueblos originarios en Latinoamérica y el derecho humano a la propiedad*, Tirant Lo Blanch, México, 2018.
- MIRANDA TORRES, R. P. y J. de COVARRUBIAS DUEÑAS, J.: *Nomología*, Tirant Lo Blanch, México, 2021.
- NAVARRO FLORIA, J. G.: *Libertad religiosa en América del Sur* en TRASLOSHEROS, J. E. (coord.), *Libertad Religiosa y Estado Laico, Voces, Fundamentos y Realidades*, Porrúa, México, 2012.
- OLLERO, A.: *Un Estado Laico La Libertad Religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters, España, 2009.
- PELLICER, D.: *México diverso, sus lenguas y sus hablantes*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2021.
- PEÑA SAINT MARTIN, F.: *Estrategias femeninas ante la pobreza, el trabajo domiciliario en la elaboración de prendas del vestir*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1998.
- PÉREZ RUIZ, M. L.: *Tejiendo historias. Tierra, género y poder en Chiapas*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2004.

- PINEDA ARCE, J. S. y MENA BENÍTEZ, M. H.: *Derechos Humanos y religión en los pueblos originarios*, en *Colección de Estudios en Derechos Humanos, Tomo XXV. Libertad Religiosa y Derechos Humanos*, disponible en: <http://cedhj.org.mx/Colecci%C3%B3n%20de%20estudios%20en%20Derechos%20Humanos/Tomo%2025.pdf>
- SÁNCHEZ MEDAL, R.: *La nueva legislación sobre libertad religiosa*, Porrúa, México, 1997.
- SARIEGO RODRÍGUEZ, J. L.: *El indigenismo en la Tarahumara, identidad, comunidad, relaciones interétnicas y desarrollo en la sierra de Chihuahua*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2002.
- ZOLLA, C. y ZOLLA MÁRQUEZ, E.: *Los pueblos indígenas de México 100 preguntas*, UNAM, México, 2004.

TERCERA PARTE

**ANTROPOLOGÍA SUBYACENTE A LEYES  
ESPAÑOLAS DE ELEVADA RELEVANCIA  
ÉTICA**

# La persona en el Derecho civil: revisión antropológica desde sus orígenes a las leyes más recientes<sup>1</sup>

**MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA**

Profesora titular (acreditada) de Derecho civil  
Universidad Francisco de Vitoria

**SUMARIO:** 1.– Concepto de persona y antropología subyacente en el derecho civil. 2.– Evolución del trasfondo antropológico en el derecho civil (del código a la actualidad). 2.1 Del inicio del derecho civil y las ideas del liberalismo. 2.2 El positivismo y la codificación: la persona como sujeto de derechos y obligaciones. 2.3 La democracia y la constitución de 1978: la persona como ser social. 2.4 La despatrimonialización del derecho civil: la dimensión íntima de la persona. 2.5 El predominio de la autonomía de la voluntad: la persona como voluntad pura. 3.– La autonomía de la voluntad como fundamento de recientes leyes civiles: análisis crítico. 3.1 Leyes sobre el matrimonio y filiación. 3.2 La «ley trans» y la elección de sexo. 3.3 Ley de la eutanasia. 3.4 Conclusión.

---

<sup>1</sup> Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el 6.º Congreso del ICLARS (International Consortium for Law and Religion Studies), celebrado en Córdoba, 19-21 septiembre 2022, desarrollado posteriormente y que se publicará como artículo original en el n.º 95 de la revista *Prudentia Iuris*, en junio de 2023, disponible en <https://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>.

## 1. CONCEPTO DE PERSONA Y ANTROPOLOGÍA SUBYACENTE EN EL DERECHO CIVIL

Toda disciplina científica debe tener un sustrato antropológico en el que apoyarse desde el momento que trata de dar respuestas a cuestiones relativas al ser humano. Según qué tipo de antropología adoptemos, tendremos una visión u otra de la persona que será la que sirva de prisma o perspectiva con la que enfrentaremos el estudio de cualquier materia que la contenga<sup>2</sup>. Lo mismo ocurre en el Derecho y, en concreto, en la materia de Derecho civil, parte de la ciencia jurídica que se basa en la persona. Trataremos de analizar en este trabajo qué antropología subyace en ella, y si ha cambiado a lo largo del tiempo.

El objeto material del Derecho civil es la realidad personal, familiar y social de la persona y sus relaciones con los demás en cada uno de esos ámbitos que corresponden a las dimensiones de la persona, desde la perspectiva de lo que se le debe, «lo suyo», en cada situación concreta (objeto formal).

Por eso, podemos decir que el Derecho civil es el estatuto jurídico de la persona, la persona «como ser de fines»<sup>3</sup>, este es su elemento esencial; el objeto del Derecho civil es el individuo «en sus atributos esenciales de persona, y en las relaciones con sus semejantes»<sup>4</sup>; la persona es el concepto básico del Derecho civil, tanto en su concepción intimista como en su dimensión económica o productivista, o en su dimensión social; pero, según qué entendamos por persona, según cuáles sean sus componentes o las dimensiones que de la misma prevalezcan, el Derecho civil podrá ser definido o contemplado de una forma u otra. Las relaciones entre el Derecho civil y la persona son, por tanto, estrechísimas.

---

<sup>2</sup> En este sentido, las distintas corrientes de pensamiento han ofrecido diferentes concepciones antropológicas. Las teorías del contrato social han diferenciado el estado natural del social, al que los hombres acceden a través de un pacto social, por el que los hombres se unen para vivir juntos y un pacto político por el que los hombres deciden someterse a un poder soberano. Es el estado social el propio de la persona, cuando entra en sociedad, y ahí surgirá el Derecho, que no es propio del estado natural. Y en esta corriente de pensamiento se distinguen autores muy diversos, como Hobbes, Rousseau o Locke, que basan sus ideas en un pesimismo antropológico (entendiendo que el hombre es un peligro para el hombre), en un optimismo natural (el hombre es bueno por naturaleza, pero la sociedad lo pervierte, o el optimismo moderado de Locke para quien en el estado natural ya existe la ley y el hombre, pero necesitan de la sociedad y la autoridad para garantizar y defender los derechos y libertades. Por otra parte, el existencialismo considera a la persona como libertad, no existe una naturaleza que le condicione, es el único ser que puede preguntarse por el ser, y el hombre se construye a sí mismo. La posibilidad de elección basada en esa libertad es el centro de sus ideas, pero esa elección lleva a anular lo que no se ha elegido, a la nada, provocando su frustración. El estructuralismo da un paso más, entendiéndolo o identificando al hombre con un objeto, ya que no puede actuar libremente, sino que está determinado por fuerzas y estructuras de su mismo ser y de la sociedad. La naturaleza humana se reconoce solo como un conjunto biológico que determina la conducta del hombre y le hace creer que es libre, pero no es así. Solo existe una verdad, un saber y una realidad social de la que surge el hombre, como producto de ella.

<sup>3</sup> TENA PALAZUELO, I.: «El Derecho civil entre lo permanente y su constitucionalización», en *Nuevo Derecho*, vol. 8, n.º 10, enero-junio 2012, p. 67.

<sup>4</sup> GIL RODRÍGUEZ, J.: «Acotaciones para un concepto de Derecho civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, 1989, p. 356.

En consecuencia, y como dice Tena, hay que averiguar quién es esa persona para el Derecho civil, establecer «la importancia exacta que tiene la persona, qué se entiende con el término persona»<sup>5</sup>. Creemos, al igual que este autor, que debe tomarse el concepto más general de persona, incluyendo todos los aspectos de ella, como ser humano, desde luego, y, además, como sujeto de derechos y obligaciones y titular de bienes, pero también como ser completo dotado de cuerpo y espíritu. Ello nos lleva inexorablemente a plantearnos, en primer lugar, ¿qué es ser persona? y después ¿qué es la persona para el Derecho?

Desde el punto de vista filosófico, entendemos la persona como el ser íntegro, completo, social, compuesto de entendimiento y voluntad, pero que trasciende a cada una de sus especificidades. Partimos, por tanto, de una antropología personalista, aceptando la triple dimensión del ser humano: psíquica, somática y espiritual<sup>6</sup>. Según el personalismo, la persona se compone de diversos elementos. Su afectividad, como «una estructura esencial, originaria y autónoma de las personas, que a veces posee una dimensión espiritual, alcanza a su espiritualidad», pero también en el hombre adquiere una importancia esencial sus relaciones interpersonales: «el hombre se hace hombre solo frente al hombre», la dimensión social de la persona es un elemento básico de ella. Son también elementos necesarios en la persona, la inteligencia, pero sobre todo la libertad y la voluntad, que le llevan a querer, a actuar y tomar decisiones; por último, la persona es un ser corpóreo, con cuerpo, que necesita satisfacer sus necesidades esenciales vitales básicas, y descubrir la importancia que el cuerpo y la distinción de sexos tiene en la persona, como elementos inherentes a ella<sup>7</sup>. Todas estas dimensiones son inherentes y esenciales para la persona, y el Derecho civil debe recogerlas.

Por eso, decimos que la persona es un ser biopsicosocial, compuesto de alma y cuerpo, elementos diferentes pero unidos de forma inescindible, de manera que sin uno de esos elementos no hay persona. Esta concepción dual del hombre debe estar presente en el concepto y consideración que hagamos del Derecho civil, pues esta materia, dentro del Derecho, y más

<sup>5</sup> TENA PALAZUELO, I.: «El Derecho civil entre lo permanente y su constitucionalización», en *Nuevo Derecho*, vol. 8, n.º 10, enero-junio 2012, p. 66.

<sup>6</sup> Entendemos por personalismo o filosofía personalista la corriente o corrientes filosóficas nacidas en el siglo XX que poseen las siguientes características: 1) están construidas estructuralmente en torno a un concepto moderno de persona; 2) por concepto moderno de persona se entiende la perspectiva antropológica que tematiza o subraya todos o parte de estos elementos: la persona como yo y quién, la afectividad y la subjetividad, la interpersonalidad y el carácter comunitario, la corporalidad, la tripartición de la persona en nivel somático, psíquico y espiritual, la persona como varón y mujer, la primacía del amor, la libertad como autodeterminación, el carácter narrativo de la existencia humana, la trascendencia como relación con un Tú, etc.; 3) algunos de los principales filósofos de referencia son los siguientes: Mounier, Maritain, Nédoncelle, Scheler, Von Hildebrand, Stein, Buber, Wojtyła, Guardini, Marcel, Marías, Zubiri. BURGOS, J. M.: *Introducción al personalismo*, Palabra, Madrid, 2012, pp. 239-240.

<sup>7</sup> BURGOS, J. M.: «Algunos rasgos esenciales de la antropología personalista», *Thémata: Debate sobre las Antropologías*, n.º 35, 2005 p. 499.

que ninguna otra, se encarga de la persona y las relaciones que como tal tiene con los demás y las cosas.

Por otra parte, la concepción jurídica de la persona debe estar en relación con el concepto filosófico que sostengamos de ella. La cualidad de persona para el Derecho es una realidad natural, no una categoría que atribuye el Derecho, sino que la persona y el Derecho están íntimamente relacionados desde el momento en que esta tiene un carácter esencialmente social. Por tanto, donde hay personas, hay Derecho, pues este sirve para repartir las cosas entre ellos conforme a un criterio de justicia. El Derecho «no es algo exterior al ser humano, sino que es una exigencia existencial, una exigencia de la naturaleza humana».<sup>8</sup> En consecuencia, la persona para el Derecho no puede diferir de la persona en sentido ontológico y toda persona es persona para el Derecho en cuanto es sujeto de las relaciones jurídicas. Ser persona para el Derecho es de origen natural. El Derecho reconoce, por tanto, la personalidad jurídica, no la atribuye como consideran los positivistas que entienden que esta es otorgada por las leyes y el ordenamiento, reduciendo al hombre a ser un centro de imputación de normas<sup>9</sup>; la juridicidad es natural al hombre, y la personalidad jurídica inherente al mismo. Hervada confirma esta idea «...Ser persona implica de suyo el fenómeno jurídico como hecho natural y la dimensión de ser sujeto de derecho. La condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano»<sup>10</sup>.

De este modo, si el hombre es un ser completo, compuesto de cuerpo y alma, entendemos que está formado tanto de una dimensión física (corporeidad), una dimensión íntima (inteligencia, afectividad, libertad y voluntad), espiritual y una dimensión social. Ninguna de sus dimensiones puede ser aisladamente considerada, ni debe predominar o prevalecer sobre la otra, pues ello conduciría a una falsa representación de lo que es el ser humano y, desde el punto de vista jurídico, a tomar decisiones incompletas o tendenciosas en la aplicación del Derecho. Y esa visión antropológica de la persona es la que entiendo que debe iluminar o inspirar el concepto jurídico de persona para el Derecho civil.

Por ejemplo, si prevalece la dimensión íntima, imponiendo al individuo sobre su dimensión de ser social, o sobre su consideración de ser espiritual, puede reconducirse el hombre a un ser individualista con predominio abso-

<sup>8</sup> LACALLE NORIEGA, M.: *La persona como sujeto de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 228.

<sup>9</sup> En este sentido, lo defienden positivistas como Kelsen que consideran a la persona como «una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir para un complejo de normas». H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, ed. Losada, Buenos Aires, 1946, p. 83.

<sup>10</sup> HERVADA, J.: «Concepto jurídico y concepto filosófico de persona», *La Ley*, 1981-4, pp. 994 y ss.

luto de su propia voluntad, a la autonomía de la voluntad pura; tal y como veremos que está ocurriendo en algunas tendencias actuales y de futuro del Derecho civil<sup>11</sup>. Si lo que importa es la voluntad de la persona, entendida solo como consecuencia del libre desarrollo de su personalidad, esto conduce a entender, por ejemplo, que «el derecho a decidir» conforme a mi interés particular, predomina sobre cualquier otro interés común, o distinto del simple voluntarismo que solo se basa en mi libre capacidad de decisión inmediata, cuestión que se está poniendo de manifiesto en la elección de cambio de sexo, en la consideración del sexo (género) como algo opcional separado de la realidad corporal o biológica que lo acompaña. La concepción de la persona como ser biopsicosocial es contraria a esa consideración de la libre elección del sexo como algo diferente al cuerpo que lo sustenta.

Sin embargo, si consideramos que la persona es mucho más que su propia voluntad, cuando esta está basada en el utilitarismo e inmediatez temporal, no se justifican muchas leyes o preceptos positivos que se fundamentan únicamente en aquello. No encuentra justificación la eutanasia, la libertad de elección de la maternidad o filiación, la posibilidad de un divorcio voluntarista, el ejercicio abusivo y exclusivo de la propiedad, la contratación con objeto o fin ilícito, etc. Porque una cosa es que el hombre tenga capacidad de elegir basada en su libertad, y otra es que esa capacidad de elección se fundamente exclusivamente en ella misma; el hombre puede decidir, es libre, pero esa facultad de decisión debe estar fundada en la *recta ratio*, sabiendo cuál es el bien que quiere y el mal que no quiere, es decir, en la ley moral, que persigue la libertad del hombre en relación interna y la ley debe descansar en ella<sup>12</sup>. Pero es que esa ley moral debe estar impregnando el Derecho, ya que este es parte del orden moral. Cualquier otra consideración de la libertad humana, de la consideración de la persona como ser individual y autónomo exclusivamente, conduce a la aceptación de otro tipo de Derecho civil.

---

<sup>11</sup> Parece que la persona se reduce a un voluntarismo exagerado, relativismo, donde lo único importante es lo que ella quiera y decida en un momento determinado, muchas veces como consecuencia de un mal entendido derecho al libre desarrollo de su personalidad, lo que se refleja en leyes recientes como las que favorecen el cambio de sexo, la eutanasia, la maternidad subrogada, las leyes en defensa de los derechos de los trans y colectivo LGTBI; donde lo único que importa es «lo que quiera» un individuo en un momento concreto.

<sup>12</sup> Ratzinger explica perfectamente la importancia de la *recta ratio* en el Derecho, pues aquella debe estructurar a este: «La elaboración y la estructuración del derecho no es inmediatamente un problema teológico, sino un problema de la "recta ratio", de la recta razón. Esta recta razón debe tratar de discernir (más allá de las opiniones de moda y de las corrientes de pensamiento de moda) qué es lo justo, el derecho en sí mismo, lo que es conforme a la exigencia interna del ser humano de todos los lugares, y que lo distingue de aquello que es destructivo para el hombre. Tarea de la Iglesia y de la fe es contribuir a la sanidad de la «ratio» y por medio de una justa educación del hombre conservar a esa razón del hombre la capacidad de ver y de percibir. Si a ese derecho en sí se le quiere llamar derecho natural, o de cualquier otra manera, eso es un problema secundario. Pero allí donde esta exigencia interior del ser humano, el cual está orientado como tal al derecho, allí donde esta instancia que va más allá de las corrientes mudables no puede ser ya percibida, y, por tanto, el «fin de la metafísica» es total, el ser humano se ve amenazado en su dignidad y en su esencia.» RATZINGER, J.: *La crisis del Derecho*, discurso de agradecimiento por la concesión del grado de doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad de LUMSA, noviembre 1999.

Igualmente, si consideramos que el hombre es un ser social, un ser en relación, que no puede entenderse sin la comunidad/sociedad pues en ella alcanza su perfección, como defendemos desde aquí, debemos entender el Derecho civil como el que estructura las relaciones sociales y familiares del hombre, que es parte de esas comunidades, y que ayuda a la perfección del ser humano en cuanto organiza los medios para ello. En este sentido y, con esta consideración, debemos defender, por ejemplo, un concepto de familia como medio impulsor para la perfección de la persona. Y ello trae como consecuencia que los preceptos del Derecho de familia deben estar alineados con el bien que persigue el hombre, rechazando o criticando aquellos que le alejan de su perfección. De igual forma, si la comunidad más amplia (la sociedad) es también parte para que la persona alcance sus fines, entenderemos que las limitaciones en los derechos individuales como medida de respeto de los de los demás, la restricción de sus facultades en favor de las personas más vulnerables (menores, consumidores, personas sin recursos...) es una lógica consecuencia de esta dimensión social, y así debemos explicarlo. Pues si la óptica fuera reducir a la persona a su dimensión individual, no se entenderían todas las limitaciones del derecho de propiedad, de los derechos reales, de la libertad de contratación, en aras de aquellos más necesitados de protección o simplemente de los otros<sup>13</sup>. Igualmente, en la dimensión social de la persona y en su apoyo en la comunidad para alcanzar sus fines, que encuentran su sentido precisamente en los fines de la sociedad, del bien común, se justifica la comprensión de las instituciones de la usucapión o la fe pública registral del artículo 34 LH, cuyo fundamento objetivo es la postergación de los intereses dominicales individuales del *verus dominus* frente a la protección de los terceros de buena fe que contrataron fiándose de la apariencia.

De ahí que la cuestión antropológica sea fundamental para el Derecho civil, y probablemente en esta rama del Derecho más que en ninguna otra, pues siendo la destinada al estudio del estatuto de la persona, según cómo configuremos a esta, podremos considerar justas o injustas, válidas o ilícitas las normas que lo integran. Esto hay que ponerlo en relación con la concepción última del positivismo que llevado al absurdo considera válida y lícita cualquier norma emanada del poder legislativo, cayendo en una tautología de difícil solución, pues entonces nunca podrían existir normas injustas, aun cuando vulneren derechos inherentes a la persona. Los deberes jurídicos

---

<sup>13</sup> En este sentido: GRANIERS, G.: *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas*, (trad. Jaime Williams Benavente), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979, p. 204: «Hablando empíricamente podemos decir que el fin inmediato del derecho es el bien social, y que su bien remoto es el bien del individuo, que en último término obtiene beneficios incluso de los máximos sacrificios que le impone el ordenamiento jurídico. Algunas veces puede ser difícil percibir tal beneficio, pero la dificultad desaparece si se reflexiona que más allá del individuo sacrificado hay otros individuos a los que el sacrificio les beneficia y que para el mismo sujeto sacrificado, la pérdida de un bien inferior puede convertirse en una ganancia de bienes superiores».

deben estar en consonancia con los deberes u obligaciones morales, pero, si existe una divergencia, debemos ser capaces de justificar el no cumplimiento de aquellos cuando no vengan refrendados por una obligación moral.

¿Cuál es la concepción antropológica subyacente a nuestro Derecho civil actual? ¿Concuerda con la concepción personalista? Parece que nuestro legislador (al menos el español), en muchas ocasiones se aparta de esta concepción antropológica, y las últimas leyes y proyectos de leyes en marcha no concuerdan con lo que aquí se defiende.

El concepto de Derecho civil que desde aquí se defiende debe ser acorde a la concepción de persona como ser biopsicosocial que hemos explicado, pues, como hemos dicho, la concepción filosófica y jurídica de la persona deben coincidir. Por eso, si el Derecho civil debe examinar y ocuparse de la realidad personal, familiar y social de la persona y sus relaciones con los demás, ese concepto de persona debe ser íntegro y acorde con todo lo que se acaba de explicar, debiendo el Derecho civil abarcar todas y cada una de las dimensiones en las que la persona –así entendida– se relaciona.

## **2. EVOLUCIÓN DEL TRASFONDO ANTROPOLÓGICO EN EL DERECHO CIVIL (DEL CÓDIGO A LA ACTUALIDAD)**

### **2.1 Del inicio del Derecho civil y las ideas del liberalismo**

El Derecho civil tal y como lo conocemos hoy en día en España, como aquella disciplina científica jurídica que se encarga del estatuto de la persona en su dimensión íntima, familiar y social, se configuró prácticamente en la época de la codificación. Con anterioridad, el Derecho civil evolucionó desde el *ius civile* romano (del ciudadano romano), pasando a ser el derecho común frente a los derechos nacionales bárbaros, y solo antes de la codificación, entrado ya el siglo XIX, fue cuando se configuró como tal.

El concepto de persona que manejaba el Derecho civil, por tanto, debe enmarcarse en esa época, donde predominaba el positivismo iusnaturalista, y los postulados más liberales, influenciados por las ideas de Locke del siglo XVII.

En efecto, las ideas liberales de Locke (y también de Hobbes en otro sentido), sobre la separación entre razón y pasión, llevó a separar las categorías de ser persona y vivir en el mundo: lo privado y lo público. Lo público se convierte en el centro de la construcción de la sociedad y sobre los propósitos del hombre racional, quedando en la esfera privada las emociones y sentimientos, enmarcándose en ella lo relativo al hogar, familia y relaciones íntimas; es decir, las relaciones familiares y personales que ocupan un espacio residual frente a la esfera pública que es el verdadero centro de

la teoría política. El espacio privado –propio del Derecho civil– queda fuera del espacio político, y por tanto de su alcance y sobre el que no se tiene control, quedando a expensas del individualismo y voluntarismo de la persona<sup>14</sup>. De este modo, y en un contexto de igualdad, en el estado de naturaleza, «los hombres disfrutaban de una libertad perfecta para disponer de sus personas y bienes dentro de los límites de la ley natural, sin la obligación de pedir permiso ni depender de la voluntad de otros»<sup>15</sup>. En consecuencia, se llevan al extremo estas ideas individualistas en el sentido de que cada hombre tiene la propiedad de su persona, incluyendo su cuerpo, acciones, pensamientos y creencias, pudiendo en consecuencia –aunque esto se producirá en la evolución del pensamiento posterior de otros autores<sup>16</sup>– tomar las decisiones sobre uno mismo, que dará lugar a «un ámbito de plena libertad (liberalismo libertario o libertarismo)». Para Locke<sup>17</sup>, en el estado de naturaleza, los hombres viven independientes, libres e iguales sin sujeción o subordinación alguna; de este modo, al ser todos iguales e independientes, nadie puede perjudicar a otro en su vida, libertad, salud o posesiones. La propiedad existe en ese estado de naturaleza, por lo que no puede tampoco subordinarse ni estar sometida al poder político, pudiendo cada persona, actuar sobre sus bienes. No es posible ninguna intervención del poder político ya que el hombre entra en sociedad para preservar su propiedad. Esta propiedad privada (que alcanza a su propio ser), independiente y nunca supeditada, se convierte en el centro de las ideas liberales.

Estas ideas liberales influyeron notablemente en el pensamiento posterior y fueron recogidas por el Código Civil Napoleónico (1808), tras la revolución francesa, fuente e inspiración de nuestro Código Civil (1889). Luego, no es de extrañar que el individualismo y libertad de la persona sobre sus bienes y su propio ser sean señas de identidad de aquel.

## 2.2 El positivismo y la codificación: la persona como sujeto de derechos y obligaciones

Estas ideas sobre la persona fueron recogidas por los positivistas que las moldearon y condujeron a la concepción de persona en la época de la codificación. Efectivamente, para los positivistas, ser persona en el Derecho es de

<sup>14</sup> En este sentido, según dice S. ÁLVAREZ MEDINA, «La interferencia estatal en la vida privada y familiar», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 42, junio 2020, pp. 2-3.

<sup>15</sup> REDONDO SACEDA, L.: «Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada», *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, abril-septiembre 2017, pp. 134-35.

<sup>16</sup> Son las ideas que retoma NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y Utopía* (versión digital), Editor digital: Titivillius, 1974, p. 425, citado por Redondo Saceda (ob. y loc. cit).

<sup>17</sup> Véase VARNAGY, T.: «El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo», en *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2020, pp. 54-55.

origen positivo, es una cualidad técnica que otorga la ley, de modo que es el legislador y el ordenamiento el que puede determinar cuándo y cómo se es persona para el Derecho, pues esta se reduce a ser un sujeto de derechos (subjetivos) y deberes. El derecho subjetivo necesita para su ejercicio de un titular, y la reducción a esto, hace que solo sea persona para el Derecho aquel titular<sup>18</sup>. Creemos que, desde el positivismo, se ofrece una visión sesgada y reduccionista del concepto de persona, que no compartimos, y que olvida qué es ser realmente persona para el Derecho, de origen natural y completa, debiendo atender el Derecho a todas las dimensiones de la persona.

En coherencia con estos planteamientos positivistas, en la época de la codificación, el Derecho civil ha tenido un componente patrimonial más relevante o elocuente que el no patrimonial o personal. Esto se debe a las propias ideas liberales y burguesas que inspiraron el Código que pretendían dar solución, sobre todo, a las cuestiones relativas a la voluntad del individuo, a la propiedad, y al intercambio de bienes y servicios que la burguesía realizaba y que eran su preocupación. Se entendía en este momento que la persona (objeto del Derecho civil), era sobre todo «sujeto de derechos y obligaciones», primando su voluntad ante todo de forma individualista, como sujeto de relaciones patrimoniales.

También suele identificarse la codificación con la reducción, o disminución, del contenido del Derecho civil, sea por la «pérdida» de materias que le deberían ser propias, sea por la «exclusión voluntaria» de otras. En este último sentido, podemos señalar que el Código asumía un concepto sesgado o parcial de la persona, pues la contemplaba solo como ser patrimonial o económico, sujeto de derechos y propietario de bienes y servicios<sup>19</sup>. Esta concepción de la persona dejaba prácticamente al margen los valores de la persona y sus derechos fundamentales, que quedaban fuera del Derecho civil. Todo ello reducía, igualmente, su contenido, dejando al Derecho civil principalmente la regulación de las cuestiones patrimoniales del hombre, amén de sus relaciones familiares más estrictas como de la consideración de los estados civiles propios de la persona, o sus relaciones familiares directas (filicación, matrimonio). Disminución intrínseca del propio contenido del Derecho civil, que también cambiará a partir, sobre todo, de la Constitución<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> El máximo exponente de esta tesis, con una noción técnica de la persona, es Kelsen, que afirma que la persona es «una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas». KELSEN, H.: *La teoría pura del Derecho*, ob. cit., p. 83.

<sup>19</sup> Coincidiendo en este planteamiento con los postulados positivistas.

<sup>20</sup> Sobre el concepto de persona en el Código civil, como ser patrimonial o económico, y la correspondiente reducción del contenido del derecho civil, véase: TENA PALAZUELO, I.: «El Derecho civil entre lo permanente y su constitucionalización», en *Nuevo Derecho*, vol. 8, n.º 10, enero-junio 2012, pp. 65-75; BESA, P. D., VERA, GARCÍA, R., VIAL, J., VALENZUELA Y SALAS HOERNIG, C.: *Evolución del Concepto de Derecho Civil*, disponible en <https://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml>, pp. 1-6 (última visita 25 marzo 2020); J. GIL RODRÍGUEZ, «Acotaciones...», ob. cit., pp. 369-372.

### 2.3 La democracia y la Constitución de 1978: la persona como ser social

La democracia y la modernización de la sociedad española, así como la nueva y cada vez mayor intervención del Estado, trajo un cambio del liberalismo decimonónico, en el que se inspiró el Código, a una democracia, de corte social, preocupada más por la sociedad que por el individuo particular, que va a quedar reflejada en la Constitución Española (CE) de 1978. De alguna forma, el Estado se convierte en el garante del bienestar social, del bien común<sup>21</sup>, y va a primar la sociedad en su conjunto, frente al ser individual: la dimensión social de la persona empieza a tomar fuerza. En consecuencia, la autonomía de la voluntad, la propiedad privada absoluta, la libertad de circulación y contratación, pilares todos ellos del Código y Derecho civil anterior, van a sufrir cambios y limitaciones en su ejercicio, ya que se subordinan al interés general.

Prueba de ello, y a modo ejemplificativo, la propiedad privada que se proclama como derecho en el artículo 33 CE, y se sigue respetando, siendo uno de los derechos claves de nuestro ordenamiento, se ve sometida al interés general conforme al artículo 128 CE, lo que se traduce en la nueva función social de la propiedad, que delimita el contenido actual de esta. La vieja concepción del artículo 348 CC, de que el derecho de propiedad supone las facultades de gozar y disponer de las cosas sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, debe ser reinterpretada al hilo de la nueva función social, que implica que la propiedad particular puede verse limitada en aras del interés general, y sufre limitaciones consustanciales con respecto a los terceros, antes impensables en un sistema liberal<sup>22</sup>.

### 2.4 La despatrimonialización del Derecho civil: la dimensión íntima de la persona

Al mismo tiempo, vuelven al Derecho civil los derechos más inherentes de la persona. Los derechos fundamentales que recoge la Constitución en los artículos 15 al 29 habían estado tradicionalmente alejados del Derecho

<sup>21</sup> Artículo 1 CE 1978: «España se constituye en un estado social, democrático y de derecho».

<sup>22</sup> No nos olvidemos de que el sistema liberal que regía el Código civil en la época de la codificación estaba impregnado por las ideas liberales, influenciadas claramente por las tesis de Locke, que puede considerarse como el precursor de la filosofía liberal de la propiedad. Para este autor los hombres son plenamente libres e iguales en el estado de naturaleza, de forma que pueden hacer lo que consideren, sin estar sometidos a jerarquía alguna. En este orden de cosas, precisamente aparece el Estado para legitimar la propiedad individual del hombre, dictando normas y leyes que tiendan a protegerla y preservarla. El hombre en estado de naturaleza tiene ya propiedades legítimas individuales y propias que deben defenderse. Locke afirmaba que la propiedad privada precede, por tanto, al establecimiento de la sociedad política o gobierno, y entendía que el hombre puede ser propietario «sin necesidad de un pacto explícito de cuantos comparten dicha posesión [común otorgada por Dios]» (II, párrafo 25), y ningún poder «puede arrebatar a ningún hombre parte alguna de su propiedad sin su propio consentimiento» (II, párrafos 138, 193), ya que los «hombres entran en sociedad para preservar su propiedad» (II, párrafos 222, 94, 124, 134). El título que otorga al hombre la propiedad privada es, precisamente, el trabajo, pues gracias a este, el hombre es capaz de extraer y transformar una cosa del estado de naturaleza en otra distinta, adquiriendo la propiedad sobre la misma. Véase LOCKE, J.: *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (Segundo tratado). Espasa, Madrid, 1991. Edición de Joaquín Abellán y traducción de Francisco Giménez Gracia.

civil, puesto que siempre habían sido objeto de protección por parte del Estado, garante de los mismos, y frente a quien el ciudadano debía reclamar amparo, siendo, en consecuencia, objeto del Derecho público. Pero, con la entrada en vigor de la CE, y, sobre todo con su artículo 18, que recoge los derechos al honor, intimidad y propia imagen como derechos fundamentales, se va a producir una extensión o ampliación del Derecho civil por efecto de la CE –constitucionalización del mismo– pues, a partir de ahora, estos derechos inherentes al ser humano, que son los derechos de la personalidad para el Derecho civil y que siempre deberían haber sido parte del Derecho civil por constituir derechos propios del ser personal, vuelven al Derecho civil, ampliando su contenido. La poca atención que les dispensó el Código en la época anterior, y la proclamación actual de los mismos por la Constitución, hacen que esta se los arroge como propios, ordenando la publicación de la ley orgánica que los protege (LO 1/1982, de 5 mayo de protección civil del Derecho al honor, intimidad y propia imagen) y mermando *a priori* las competencias del Código, por lo que este reacciona interesándose por esta dimensión de la persona.

De este modo, el Derecho civil empieza a perder su carácter netamente patrimonial, para incorporar (o en algunos casos, simplemente destacar) el aspecto más personal del individuo, sus derechos inherentes, y aquellos aspectos de su vida personal y familiar sin trascendencia económica, hasta entonces olvidados, pero, desde nuestro punto de vista, siempre existentes. Es lo que se llama la despatrimonialización del Derecho civil.

A partir de ahora, el Derecho civil no es solo el derecho del «*homo oeconomicus*»<sup>23</sup>, sino el Derecho de un individuo, del que se toma conciencia que tiene otras dimensiones tan importantes como la económica o patrimonial, dignas de protección y atención.

En consecuencia, los derechos fundamentales se «civilizan», ya no son patrimonio del Derecho público porque también se hace necesario su reclamación y defensa frente a particulares, y porque, si el Derecho civil es el Derecho de la persona, no puede ignorar los derechos más intrínsecamente ligados a ella por el solo hecho de existir, de ser persona; se redescubre a la persona «humana», y no solo al individuo como un sujeto de derechos, el individuo como voluntad. No puede, el Derecho civil, desvincularse de la parte del ordenamiento que considera a la persona como tal. Por eso, se va a producir, al menos para el Derecho positivo, una ampliación del concepto de persona –entendida hasta el momento principalmente como sujeto de derechos y obligaciones– hasta hacerlo equivalente al de persona como ser de seres, completa, con todas sus dimensiones lo que lleva a, su vez, a una aparente «humanización» del Derecho civil<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> GIL RODRÍGUEZ, J.: *Acotaciones para un concepto de Derecho civil*, ob. cit., p. 370.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 110-111.

Como afirma Gil Rodríguez<sup>25</sup>, la despatrimonialización consiste en «colocar, como la Constitución hace, la persona humana por delante del interés económico, de modo que las relaciones patrimoniales mismas se funcionalicen a la lógica de respeto a la dignidad de aquella», y eso sin que se expulse, o se pierda, la parte patrimonial del Derecho civil, que permanece, pero supeditada a la «persona-humana». Como afirma Martínez de Aguirre, se trata de «una subordinación teleológica de las instituciones y valores patrimoniales a los personales»<sup>26</sup>.

Se redefine el concepto de persona como objeto principal del Derecho civil, incluyendo en ella, como ya hemos dicho antes, tanto su dimensión «doméstica o intimista», como la «productivista», en la que se sitúa tanto la propiedad como su autonomía, pero siempre subordinadas a aquella<sup>27</sup>.

Pero, esa subordinación debe entenderse en el sentido de que las instituciones patrimoniales son instrumentos para el desarrollo integral de la persona, existe una vinculación institucional de los mecanismos patrimoniales y sus valores a la persona, y aquellos son los medios para conseguir el fin del desarrollo y protección del ser humano. El Derecho civil debe estar atento a que esos instrumentos patrimoniales no superen a la persona, y esta quede relativizada de nuevo frente a las relaciones patrimoniales. Es esta la función que debe realizar ahora el Derecho civil: tratar de que no prevalezca la lógica puramente patrimonial sobre la personal, ya que la persona es más que sujeto de relaciones patrimoniales.

Esto es necesario, hoy más que nunca, cuando surgen voces contra la deshumanización y despersonalización de nuestro entorno social; a través de la personalización del Derecho civil se puede contribuir a ello, volver a poner a la persona en el centro del ordenamiento civil, como el fin que hay que perseguir.

Esta ampliación o personalización del Derecho civil se ha puesto de relieve en muchas de las iniciativas legislativas en la materia, que se han centrado en la persona, como ser personal, como pueden ser Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, en su regulación de los consentimientos previos y documentos de instrucciones previas; la normativa sobre trasplantes, y, cómo no, el régimen de la reproducción asistida y el estatuto jurídico del embrión<sup>28</sup>, las modificaciones del Código civil para adaptarlo al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas

<sup>25</sup> GIL RODRÍGUEZ, J.: *Acotaciones...*, ob. cit., p. 370.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El Derecho civil del siglo XX*, ob. cit., pp. 150-154.

<sup>27</sup> GIL RODRÍGUEZ, J.: *Acotaciones...*, ob. cit., p. 371.

<sup>28</sup> Aunque en este caso, nos separamos de la concepción antropológica que subyace en esta ley, puesto que no considera al embrión como persona para el Derecho, pues esta es solo la que alcanza los requisitos que la ley establece (el nacimiento según art. 29 CC), siguiendo los postulados positivistas, mientras que yo entiendo que debe respetarse como tal, como sujeto de derechos y digno de protección, al gozar de naturaleza humana.

sobre los derechos de las personas con discapacidad, que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, sin hacer distinciones entre aquella y la capacidad de obrar. De igual forma, importantes debates sociales actuales serán resueltos por el Derecho civil en su versión más intimista y menos patrimonialista, como la maternidad subrogada, la cuestión sobre la posibilidad de decisión de los menores transexuales al cambio de sexo (rechazada por el TC en julio 2019), el consentimiento para la eutanasia, entre los más importantes y actuales.

No obstante, el foco, la concepción antropológica que subyace en la mayoría de ellos, no son exponentes, a nuestro juicio, de la «personificación» o «humanización» del Derecho civil, en el sentido de que no son ejemplo de la dignificación de la persona, del refuerzo de su dignidad, antes bien, al contrario. El hecho de que, hoy en día, el Derecho civil ponga su atención en regular aspectos de la dimensión intimista de la persona, no quiere decir que lo esté haciendo correctamente, pues a través de muchas de estas normas no se defiende la persona en su integridad, no se procura con ellas el bien de la persona, que es a lo que aspira para su perfección.

En definitiva, se vuelve a producir una transformación del Derecho civil, que, en teoría, amplía su contenido, al consolidar el verdadero significado integral de «persona», sin que se expulse el contenido económico o patrimonial; este permanece, pero, ahora, orientado, subordinado, a la persona como «ser humano» en todas sus dimensiones. Más que «despatrimonialización» deberíamos hablar de «humanización» o «personalización» del Derecho civil, pues el Derecho civil patrimonial no desaparece, si no que permanece<sup>29</sup>.

Eso sí, como hemos señalado antes, la incorporación de esa dimensión más íntima de la persona como objeto de interés para el Derecho civil, sigue sin ser totalmente adecuada con la concepción antropológica que aquí se defiende, por dos motivos: uno ya apuntado, porque muchas de las intervenciones del legislador en temas «personales» no contribuyen a la protección de la dignidad humana, al bien de la persona, a su perfección (por ejemplo, la eutanasia, la manipulación de embriones, el cambio de sexo voluntarista); y en segundo lugar porque sigue poniéndose de manifiesto que la persona para el Derecho es sobre todo un

---

<sup>29</sup> En contra, se encuentran aquellos que defienden un Derecho civil de carácter exclusivamente patrimonial, que no admiten esta «despatrimonialización», pues entienden que la persona es «solo –lo que no es poco– sujeto de derecho, es decir, titular potencial de posiciones jurídicas activas o pasivas frente a terceros»: CARRASCO PERERA, A.: *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 34-35. En estas posturas «disgregadoras» sobre el Derecho civil, también se propugna, incluso, la salida del Derecho de familia del mismo, que debe independizarse, e incluso aproximarse al público. Así se manifiesta, CICU, A.: *El derecho de familia*, trad. Santiago Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1947, considerando que, en el Derecho de familia, la relación jurídica tiene caracteres comunes a la de Derecho público, como son el interés superior y unitario que debe defenderse.

sujeto de derechos y obligaciones capaz de actuar en el tráfico jurídico, versión patrimonialista, relegando a un segundo plano todo aquello que, aun formando parte de ella, no sirva a esta finalidad. Esto se pone de relieve, por ejemplo, en la protección de discapacitados, que se argumenta solo para que puedan actuar en el tráfico, contratar; también, por ejemplo, en la –acertada– eliminación de los requisitos (fisiológicos) que exigía el Código para ser persona en los antiguos artículos 29 y 30, no han logrado superar la idea que impregna todo el código de que ser persona es poder actuar jurídicamente nada más.

## 2.5 El predominio de la autonomía de la voluntad: la persona como voluntad pura

Por otra parte, en los últimos años, y con proyección a futuro, observamos la creciente importancia de la autonomía de la voluntad de la persona en sus relaciones más personales, que afectan a sus derechos fundamentales o de la personalidad, basados –en teoría– en su dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad que recoge el artículo 10 CE.

De este modo, las modificaciones más importantes en el Derecho de la persona y Derecho de la familia han puesto en el centro la libre voluntad del individuo que prevalece sobre otros factores sociales o públicos a la hora de configurar nuevos derechos derivados de nuevas realidades que afectan a la esfera más personal del ser humano.

El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, donde tradicionalmente ha sido muy escaso, al existir intereses de protección pública en ellos, ha empezado a desempeñar un papel fundamental<sup>30</sup>. El avance de la voluntad como fuente de configuración de las instituciones más ligadas al ser personal y familiar es una realidad en nuestros días, y así parece proyectarse al futuro, siendo un ámbito donde el Derecho civil crece de forma continua. Si la autonomía de la voluntad decrece en su ámbito más propio como son las relaciones contractuales (por la protección a los consumidores, a las personas vulnerables, la injección del Derecho público...), sin embargo, crece y experimenta una evolución al alza en las relaciones más personales del ser humano, en ámbitos del Derecho de familia y de la persona en los que, hasta ahora, estaba arrinconada<sup>31</sup>. De este

<sup>30</sup> PARRA LUCÁN, M. A.: «Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la persona y de la familia», *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 19, diciembre 2002, p. 155; LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Un nuevo contractualismo en el Derecho de familia», *La Ley*, n.º 3, 1982, pp. 727 y ss.

<sup>31</sup> No puede olvidarse que la familia, y la «persona» como ser humano, trasciende al interés puramente particular y las normas que lo regulan son esencialmente imperativas o prohibitivas y de orden público, precisamente para proteger esos intereses más generales y no particulares y privados. En este sentido, añade C. SCHMIDT HOTT, que «como consecuencia de ello, desaparecen o se atenuan las derivaciones de la autonomía de la voluntad, y es así como prima el formalismo sobre el consensualismo: la irrenunciabilidad por sobre la renunciabilidad de los derechos subjetivos extrapatrimoniales de familia y, muy especialmente, la aplicación de un estatuto jurídico predeterminado e imperativo sobre la libertad contractual de estipulación»; en «Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 1, 1999, p. 105.

modo, parece que «la familia «se privatiza», en el sentido de que prevalecen las opciones personales, la voluntad individual, como manifestación del respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos individuales. Se refuerza con ello la autonomía de la voluntad, la posibilidad de autorregulación»<sup>32</sup>.

Tal ha sido el caso en temas como la transexualidad, la filiación, la doble maternidad y la maternidad subrogada, y más recientemente la eutanasia, por no olvidar algunos más «clásicos» como el matrimonio y el divorcio.

Este giro hacia el predominio de la voluntad en cuestiones propias de la persona, en su dimensión más intimista, no nos parece adecuado, pues parece identificar erróneamente a la persona con su libertad plena, de tal forma que es ella la que parece que puede construirse a su libre albedrío, según las tendencias culturales y sociales relevantes en cada momento, olvidando su esencia natural, a la que no puede renunciar ni olvidar, ni «reconstruir», como puede ser el derecho a la vida, a la integridad física, sexo, filiación; cuestiones todas ellas propias de la naturaleza humana que no puede negarse ni construirse de forma particular, pues es común para todos. Parece que se está separando la naturaleza humana del Derecho de familia, y esto, a todas luces, y aunque solo sea a través de la fuerza de los hechos y los datos parece imposible<sup>33</sup>.

Todo ello, conduce a concluir que, a pesar de que se trate de desvincular en algunas normas el Derecho civil de la naturaleza humana, poniendo el foco en la concepción de persona como pura libertad, que se construye a sí misma, con independencia de su naturaleza, eso no es cierto, y esta debe seguir siendo la base del Derecho civil como desde aquí se defiende.

Nos detenemos en el análisis de alguna de estas normas.

### 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DE RECIENTES LEYES CIVILES: ANÁLISIS CRÍTICO

En la última década, en España, se han sucedido una serie de leyes en el ámbito del Derecho civil que tienen como denominador común el considerar a la persona como voluntad pura; de forma que la autonomía de la voluntad se erige como el presupuesto y fundamento principal y común a todas

---

<sup>32</sup> PARRA LUCAN, M. A: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *Diario La Ley*, n.º 765, 2011, p. 1.

<sup>33</sup> En este sentido C. Martínez de Aguirre describe esta cuestión de forma muy interesante, afirmando que la biología, y la naturaleza humana, no pueden obviarse para el Derecho y menos para el Derecho de familia, pues este regula diferentes situaciones en función, al final, de la diferente biología o realidad natural del hombre. Afirma este autor «la fuerte relación entre las instituciones básicas de Derecho de familia (principalmente filiación, pero también el matrimonio) y su fundamento natural, así como las consecuencias que esta relación puede tener en su regulación». C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Con la naturaleza hemos topado. Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo Derecho de Familia», *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, p. 312.

ellas, tal y como acabamos de exponer, y muchas veces de forma exagerada cuando no equivocada.

### 3.1 Leyes sobre el matrimonio y filiación

Las reformas legales sobre el matrimonio de 2005 que impulsó el matrimonio entre personas del mismo sexo, el divorcio «exprés» sin causa, y la posterior Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que permite la celebración del matrimonio y el divorcio ante notario, han ido configurando un matrimonio casi a la carta, donde lo único relevante para el mismo (y su extinción a través del divorcio) es la voluntad del individuo como consecuencia del libre desarrollo de su personalidad que defiende el artículo 10 CE. Atrás quedan las consideraciones sobre el matrimonio como institución dirigida a la procreación y sostén de la familia, basada en la diferenciación de sexos, que tenía entre sus funciones la protección de aquella. El matrimonio ha perdido su función de pilar social y se ve casi como un derecho subjetivo, que depende exclusivamente de la voluntad manifestada por el contrayente, sin otro motivo o causa que querer contraerlo, como expresión de su personalidad. Esta es la visión que del matrimonio aporta la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>34</sup>.

De igual forma, no debe extrañar que, si esto es así, la forma de extinción a través del divorcio se base igualmente en la voluntad de ponerle fin, sin necesidad de hacer constar causa alguna que justifique su disolución, tal y como inmediatamente después introdujo la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges basta para poner fin al matrimonio, desligando por tanto la separación y el divorcio de causas que supongan el incumplimiento de los deberes matrimoniales como era hasta entonces<sup>35</sup>.

La mera voluntad es la causa tanto del matrimonio como del divorcio, tendencia voluntarista que queda aumentada ante la posibilidad de que sea

---

<sup>34</sup> Según prueban las siguientes palabras de su Exposición de motivos: «Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho».

<sup>35</sup> La Exposición de motivos de esta ley es todavía más clara en cuanto a la inspiración voluntarista de la reforma: «Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no se desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

un Notario, fedatario público que recoge la voluntad de las partes en un documento fehaciente (escritura pública), quien pueda, a su vez, constatar estos hechos, sin necesidad de acudir a un Juez, posibilidad introducida por la Ley 15/2015, de 3 de julio, de jurisdicción voluntaria, eliminando el divorcio judicial en determinados casos.

De igual forma, y con respecto a las modificaciones legales introducidas en temas de filiación, la voluntad de la persona se erige como fundamento básico de aquellas. Esto es así sobre todo en relación con la determinación de la filiación en parejas del mismo sexo, donde la declaración de la voluntad de la madre no gestante basta para determinar dicha filiación. Ya en las leyes de reproducción asistida se introdujo la autonomía de la voluntad como clave en la determinación de la filiación y, probablemente, haya alcanzado su punto más extraordinario como criterio determinante de la filiación, en el caso de la «doble maternidad por naturaleza». La reforma del artículo 7.3 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en 2007, permite que sea la sola voluntad de quien dice ser madre, el criterio determinante de la filiación, con preferencia a la determinación con base en la verdad biológica.

La voluntad, el querer ser madre, se impone como título determinante de la filiación alterando todo nuestro sistema de filiación basado en la verdad biológica, encumbrando la posesión de estado como criterio principal, y olvidando, en definitiva, la realidad biológica, natural que ella implica. Se produce definitivamente una ruptura en la relación filiación/heterosexualidad; se separa la filiación biológica de la querida, de nuevo, la persona es pura voluntad, sin tener en cuenta la naturaleza ni la biología, aspectos que quedan relegados a un segundo plano, cuando son inherentes a la persona, y la conforman plenamente como desde aquí se defiende.

### 3.2 La «ley trans» y la elección de sexo

El pasado 27 de junio el gobierno de coalición presidido por Pedro Sánchez dio luz verde al Proyecto de Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales e Intersexuales (LGTBI)<sup>36</sup>. Esta ley acaba de ser aprobada y publicada en el BOE como Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En el mismo se reconoce el «derecho» a cambiar de sexo sin necesidad de operación quirúrgica, y la posibilidad de

---

<sup>36</sup> Consultar el Proyecto de Ley definitivo en <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf>. La ley definitiva puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-5366>.

que los menores lo soliciten a partir de los 12 años, sin ser necesaria si quiera la aprobación judicial o asistencia paterna a partir de los 16 años<sup>37</sup>. Se confirma que, con esta nueva ley, únicamente se requiere para cambiar de sexo la voluntad de la persona, pues se elimina la necesidad de presentar informes médicos o legales, operaciones quirúrgicas, y se prohíben las terapias de conversión, dejando de considerarse la disforia de género como una enfermedad.

Siendo este un tema complejo que provocaría una reflexión mucho más profunda, me limito aquí a poner de relieve la creciente importancia de la voluntad en la decisión del cambio de sexo, también como consecuencia del libre desarrollo de la personalidad y de la identidad sexual, que lleva a configurar la posibilidad de cambiar el sexo biológico para adecuarlo al sexo sentido o psicológico, como un derecho de la personalidad: el derecho a libre determinación de la identidad sexual y expresión de género.

Este nuevo derecho se basa en la autonomía y libertad individual de cada persona a decidir cuál es su sexo (sentido o querido), y qué prácticas han de realizarse sobre su cuerpo para conseguir aquel, además de una serie de acciones de reconocimiento y respeto por parte de los demás hacia la persona que libremente decide sobre ello. La sexualidad binaria queda desderrada y se abren múltiples opciones al individuo que se basan solo en su derecho a la determinación sexual. Esta ley tiene su fundamento claro en la teoría de género, con una concepción antropológica muy peculiar, a caballo entre el subjetivismo voluntarista del existencialismo y componentes del estructuralismo marxista, para la que la persona se construye a sí mismo en sintonía con las circunstancias externas, ambiente y cultura en la que le toca vivir y como quiera. La teoría de género «parte de un dualismo que distingue en la persona el sexo (biológico), del género (lo construido)»<sup>38</sup>; son realidades diferentes, y el cuerpo (y su realidad biológica) queda como separado de la persona, no tiene importancia, y lo determinante es el género que se puede elegir y cambiar a voluntad pues no está en relación con el cuerpo y sexo, sino que depende de la sociedad y de lo que se crea, entienda o quiera en un momento determinado. Por eso «cada uno puede elegir su propia identidad y orientación sexual: todo es diverso y relativo, el hombre y la mujer se crean a sí mismos sin ninguna referencia a su naturaleza sexuada»<sup>39</sup>.

Esta reforma es absolutamente criticable, desde nuestro punto de vista, pues prescinde totalmente de la realidad biológica de la persona y en definitiva de la naturaleza humana, convirtiendo el sexo (género) en algo disponible, objeto de la autonomía de la voluntad, como si de un negocio jurídico

<sup>37</sup> Entre los 12 y 14 años se necesita autorización judicial, entre 14 y 16 asistencia paterna.

<sup>38</sup> LACALLE NORIEGA, M.: *La persona como sujeto de Derecho*, ob. cit., p. 20.

<sup>39</sup> LACALLE NORIEGA, M.: *La persona...*, ob. cit., p. 21.

unilateral se tratara. No puede llevarse a este extremo la autonomía de la voluntad en cuestiones que, por afectar a la propia naturaleza humana, deberían ser indisponibles y absolutas, pues determinan a la persona y no pueden construirse o generarse al libre albedrío. De nuevo, aquí, se pone de manifiesto la corriente del relativismo que, al prescindir de la verdad del ser, de la naturaleza, se reduce a la persona a la voluntad o libertad absoluta, convirtiéndose el deseo de cada uno, o de cada colectivo en fuente del derecho, en título legitimador, de un pretendido derecho (el del cambio de sexo) que no es tal. No compartimos la consideración de un «derecho» a la posibilidad de cambio de sexo; no puede ser un verdadero derecho cuando no puede, en realidad, reclamarse frente a quién tenga que entregárselo; ¿es realmente «lo suyo», lo justo? ¿quién debe repartirlo y cómo?

### 3.3 Ley de la Eutanasia

El derecho a decidir sobre el fin de la propia vida es uno de los derechos de nuevo cuño que se fundamentan en la autonomía de la voluntad del individuo llevada, a mi parecer, hasta el extremo, de tal forma que este tiene capacidad de decisión sobre su propia personalidad jurídica y física.

El derecho a la vida como derecho fundamental, absoluto, inherente al ser humano e indisponible, se transforma, como consecuencia del derecho a la elección y libre determinación, en un derecho relativo y disponible en determinadas condiciones legalmente establecidas.

De nuevo, la autonomía de la voluntad, el voluntarismo y el relativismo absoluto, se erigen como principio informador y sustentador de un nuevo derecho que conculca el derecho fundamental a la vida, recogido en el artículo 15 CE.

La Ley de la eutanasia ha sido aprobada finalmente en España a través de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Su exposición de motivos afirma que «la presente Ley pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia. La eutanasia significa etimológicamente «buena muerte» y se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento». Continúa justificando su admisión dando los siguientes argumentos, basados todos ellos en la prevalencia de la autonomía de la voluntad y la capacidad configuradora de cada persona sobre su vida, según las tendencias y demandas de la sociedad: «Y es, precisamente, obligación del legislador atender a las demandas y valores de la sociedad, preservando y respetando sus derechos y adecuando para ello las normas que ordenan y organizan nuestra convivencia. La

legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. Hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales es necesario y posible, para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos. No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, ... Se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables, lo que denominamos un contexto eutanásico. Con ese fin, la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole».

No podemos estar más en desacuerdo con estas afirmaciones, en las que se observa una exagerada preeminencia del derecho a decidir, de la autonomía de la voluntad, sobre un derecho fundamental inherente y absoluto y, en consecuencia, indisponible. En primer lugar, porque el ejercicio de la autonomía de la voluntad solo es lícito si con el mismo se persigue un fin lícito, orientado al bien del sujeto, pero no cuando provoca un daño; no podemos justificar el evitar un mal (el sufrimiento de una persona), con otro mal (la muerte)<sup>40</sup>. Además, no podemos reducir todo al debate simplista de si es posible disponer, o no, de un bien (la vida) por parte de su titular, como si de un derecho subjetivo patrimonial se tratara y si esa libertad, o capacidad de decisión y disposición, debe estar protegida y garantizada. Y es que no puede examinarse este problema desde una perspectiva jurídico-positiva y aislada. El tema es más complejo; para empezar, el «bien vida», no es disponible, no está configurado como tal en nuestro ordenamiento, más bien al contrario, es un derecho fundamental absoluto y por tanto inalienable, protegido por la propia constitución. Pero, además, el tema trasciende a la propia singularidad del individuo siendo necesario extenderlo a su realidad

<sup>40</sup> «La eutanasia que nos llega. Reflexión médica, jurídica y moral», Universidad Católica de Valencia y Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la vida. Disponible en <https://es.zenit.org/wp-content/uploads/2020/01/LA-EUTANASIA-QUE-NOS-LLEGA.pdf>, p. 2. También, como afirma S. J. Víctor Cathrein, «el Derecho es una parte esencial del orden moral» y «son moralmente buenas para el hombre aquellas acciones que, conforme a su naturaleza racional, se acomodan a todas sus relaciones para consigo mismo, para con los demás hombres, y para Dios, su creador y fin último». Véase en *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, Trad. de Alberto Jardón, Reus, Madrid, 7.ª edición, 2002, pp. 272-273.

ontológica<sup>41</sup>, como persona íntegra y social, por lo que no puede resolverse con base en su exclusiva voluntad, y el Derecho (positivo) debe fundamentarse y valerse de otras ciencias para dar respuesta a esta cuestión; es en el Derecho natural donde el rechazo a esta práctica encuentra su sentido. Efectivamente, la naturaleza humana –una vez más– no puede separarse del Derecho, pues es su base. Ya hemos dicho en repetidas ocasiones que ser persona para el Derecho es de origen natural, y no una cualidad técnica jurídica que atribuye el ordenamiento; esto ocurre, con más razón, cuando hablamos del bien, derecho a la vida, sin el que la persona no existe como tal (ya que el bien protegido es su propio ser), por lo que el derecho a la vida es un derecho a ser persona, a existir. Es un derecho natural originario que debe protegerse de principio a fin sobre el que no se puede disponer y decidir justificándolo en un derecho de elección o predominio de la mal entendida autonomía de la voluntad.

### 3.4 Conclusión

Considero que este gigantismo del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho civil no patrimonial es un defecto que el Derecho civil debe corregir, pues este tiene que estar en perfecta consonancia con el Derecho natural y sus principios inmutables, que lo fundamenta, inspira y a la vez persigue.

La voluntad del individuo, por relativa y particular, puede no estar bien formada, y ser mutable, característica esta de la que debe huir el Derecho, pues debe fundarse en principios inmutables y generales y no en la conveniencia de la mayoría, y menos del individuo concreto. El individualismo profundo llevado al extremo y guiado por lo que la ley establece como posible, válido y obligatorio, conducen a estas situaciones límites que deben rechazarse. Lo que la Ley natural rechaza no puede aceptarlo el Derecho positivo sin más; este debe estar en perfecta consonancia con el Derecho natural, que no es sino la expresión jurídica de aquella y del orden moral<sup>42</sup>. En definitiva, considero que el Derecho civil en este punto debe dialogar con la Filosofía del Derecho y otras ciencias que ayuden a reconducir la autonomía de la voluntad como principio general del Derecho civil, como reflejo del Derecho natural, y sobre todo donde alcanza su sentido, en el

---

<sup>41</sup> MEDINA MORALES, D.: «Muerte digna. Vida digna. Una reflexión. Un debate», *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 2013/3.<sup>a</sup>, p. 403.

<sup>42</sup> «Muchos derechos son ya concedidos pal hombre por la ley natural, así el derecho a la vida, a la libertad, al honor, a la posesión y al mismo tiempo es impuesto a todos los demás también por la ley moral natural, el deber de respetar ese derecho. Es, por lo mismo, imposible que pueda existir un derecho a algo malo por su naturaleza. ... Si se niega el carácter moral del Derecho y de los deberes jurídicos, se quita toda su dignidad y su nobleza al orden jurídico entero». VÍCTOR CATHREIN, S. J.: *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, ob. cit., p. 276.

derecho patrimonial, pues los bienes en juego son particulares, disponibles, y no necesitados de especial protección.

En conclusión, la aparente «humanización» en la que se ha visto inmersa el Derecho civil en los últimos años, la preponderancia de la dimensión más íntima, personal y familiar del ser humano con respecto a sus relaciones patrimoniales, que –en teoría– podría acercarse más a la concepción antropológica que aquí se defiende, de considerar a la persona como un ser completo biopsicosocial, sin embargo, se aleja cada vez más de nuestros postulados.

La antropología subyacente hoy en día en el Derecho civil, y a la vista de las últimas propuestas y proposiciones –y las que se avecinan–, dista mucho de ser la más adecuada y de procurar la dignidad, igualdad, y libertad de la persona, como ser de fines. Se hace necesario re-pensar el Derecho civil, y dotarle de sentido pleno basado en la persona.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: *La eutanasia que nos llega. Reflexión médica, jurídica y moral*, Universidad Católica de Valencia y Observatorio de Bioética Instituto Ciencias de la vida. Disponible en <https://es.zenit.org/wp-content/uploads/2020/01/LA-EUTANASIA-QUE-NOS-LLEGA.pdf>, p. 2.
- ÁLVAREZ MEDINA, S.: «La interferencia estatal en la vida privada y familiar», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 42, junio 2020, pp. 2-3.
- BESA, P., VERA, D., GARCÍA, R., VIAL, R., VALENZUELA, J., SALAS HOERNIG, C.: *Evolución del Concepto de Derecho Civil*, disponible en <https://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml>, pp. 1-6 (última visita 25 marzo 2020).
- BURGOS, J. M.: «Algunos rasgos esenciales de la antropología personalista», *Thémata: Debate sobre las Antropologías*, n.º 35, 2005.
- *Introducción al personalismo*, Palabra, Madrid, 2012.
- CARRASCO PERERA, A.: *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988.
- CATHREIN, V.: *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, Trad. de Alberto Jardón, Reus, Madrid, 7.ª edición, 2002.
- CICU, A.: *El derecho de familia*, trad. Santiago Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1947.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Acotaciones para un concepto de Derecho civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, 1989.
- GRANIERS, G.: *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas* (trad. Jaime Williams Benavente), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.
- HERVADA, J.: «Concepto jurídico y concepto filosófico de persona», *La Ley*, 1981-4, pp. 994 y ss.
- KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, ed. Losada, Buenos Aires, 1946.
- LACALLE NORIEGA, M.: *La persona como sujeto de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Un nuevo contractualismo en el Derecho de familia», *La Ley*, n.º 3, 1982, p. 727 y ss.

- LOCKE, J.: *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (Segundo tratado). Espasa, Madrid, 1991. Edición de Joaquín Abellán y traducción de Francisco Giménez Gracia.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Con la naturaleza hemos topado. Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo Derecho de Familia», *Prudentia Iuris, N. Aniversario*.
- *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991.
- MEDINA MORALES, D.: «Muerte digna. Vida digna. Una reflexión. Un debate», *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 2013/3.<sup>a</sup>
- NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y Utopía*, (versión digital), Editor digital: Titivillius, 1974, citado por Redondo Saceda.
- PARRA LUCAN, M. A.: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *Diario La Ley*, n.º 765, 201.
- «Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la persona y de la familia», *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 19, diciembre 2002.
- RATZINGER, J.: *La crisis del Derecho*, discurso agradecimiento por la concesión del grado de doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad de LUMSA, noviembre 1999.
- REDONDO SACEDA, L.: «Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada», *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, abril-septiembre 2017.
- SCHMIDT HOTT, C.: «Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 1, 1999.
- TENA PALAZUELO, I.: «El Derecho civil entre lo permanente y su constitucionalización», en *Nuevo Derecho*, vol. 8, n.º 10, enero-junio 2012.
- VARNAGY, T.: «El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo», en *Filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2020.

# La antropología subyacente en las leyes LGTBI: génesis y evolución del principio de autodeterminación de género

**MARÍA LACALLE NORIEGA**  
Universidad Francisco de Vitoria

SUMARIO: 1.– Planteamiento: por qué interesa conocer la antropología subyacente en las disposiciones legislativas. 2.– La libre autodeterminación de género. 2.1 Qué es el género: del rol social a la autodeterminación. 2.2 Garantías legales del principio de autodeterminación. 2.3 Menores trans. 3.– Antecedentes. 3.1 Feminismo y pensamiento filosófico. 3.2 Antecedentes políticos internacionales. 3.3 Antecedentes nacionales. 4.– Qué antropología subyace en estas leyes. 5.– Análisis crítico. 5.1 Algunas contradicciones. 5.2 El interés superior del menor. 5.3 Colisión con otras concepciones antropológicas y con los derechos y libertades constitucionales.–Conclusiones.

## **1. PLANTEAMIENTO: POR QUÉ INTERESA CONOCER LA ANTROPOLOGÍA SUBYACENTE EN LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS**

Podría parecer que la reflexión acerca de la antropología que subyace en las disposiciones legislativas es una tarea meramente especulativa y, sin embargo, tiene un enorme alcance práctico. La noción de

persona conforme a la cual se legisla es determinante para poder establecer lo que le corresponde a cada uno y lo que es justo en cada caso concreto. Y, vaya por delante la advertencia, seguramente innecesaria, de que no existe la neutralidad en el ámbito legislativo ni en ningún otro ámbito humano. Es más, podemos afirmar que todo orden jurídico se construye sobre una determinada representación del hombre, y que esa imagen del hombre –implícita en cada ordenamiento– «hace época» en la historia. Como señala Radbruch: «nada es tan definitivo para el estilo de una época jurídica como la concepción del hombre por la cual ésta se rige»<sup>1</sup>.

La concepción antropológica que maneja el legislador –consciente o inconscientemente– determinará lo que le corresponde a cada uno legalmente, lo que puede o no puede hacer, lo que puede o no puede exigir, y también lo que está o no obligado a hacer. En definitiva, cuáles son sus derechos y sus deberes. Y sabemos que las leyes cumplen una función pedagógica en el sentido de que modifican las mentalidades de los ciudadanos e incluso sus corazones, pues la sociedad asume que lo que es legal es bueno, y así resulta fácil hacer «ingeniería social» a través de la legislación<sup>2</sup>, especialmente con la ayuda de una sanción para quien se aparta de la norma. De hecho, es fácil demostrar el impacto social de algunas leyes con datos suficientemente elocuentes<sup>3</sup>.

En los últimos años se han ido aprobando en España distintas leyes autonómicas que incluyen el derecho a la autodeterminación<sup>4</sup>, y, a nivel

---

<sup>1</sup> RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 17.

<sup>2</sup> Desde el positivismo el derecho es «la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario». Kelsen, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 22.

<sup>3</sup> Ver, a modo de ejemplo, A. Faná, *Ley y cambio social. El caso del aborto en España*, Tesis doctoral defendida en la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, 2016. Disponible en <http://ddfv.ufv.es/handle/10641/2905>.

<sup>4</sup> El derecho de autodeterminación se encuentra presente en la normativa autonómica de Andalucía (Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía); Cataluña (Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia), Baleares (Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia); Extremadura (Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura). Madrid (Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid); Murcia (Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia); Navarra (Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+); Valencia (Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana); Canarias (Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características

estatal, el pasado 1 de marzo se aprobó la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB, conocida como Ley Trans<sup>5</sup>. Lo mismo ocurre a nivel internacional en muchos países occidentales, tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial. En el presente trabajo se analiza la antropología subyacente en dichas normas, es decir, nos preguntamos qué concepción de persona está en la base de estos textos legislativos, y si dicha concepción tiene un fundamento científico y es acorde con la tradición filosófica y religiosa de Occidente. Nos preguntaremos también si la imposición de dicha antropología entra o no en colisión con los derechos y libertades proclamadas en la Constitución.

Antes de continuar, insistimos en que el foco de este trabajo está en el análisis crítico de la concepción antropológica subyacente en determinadas normas y en su impacto en nuestro sistema de derechos. No hay en estas líneas juicio ni valoración alguna acerca de las personas. Rechazamos la discriminación en todas sus formas, y defendemos la dignidad de toda persona en todos los momentos de su vida sean cuales sean sus circunstancias. Pero una cosa es respetar a las personas «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», como proclama la Constitución española en su artículo 14, y otra cosa es imponer una antropología con la fuerza de la ley. Las leyes LGTBI que analizaremos no parecen necesarias para evitar la discriminación, pues, como reconoce la propia Ley 2/2016 madrileña, «la Unión Europea ha construido un sólido cuerpo de normas y resoluciones dirigido a garantizar la libre manifestación de identidad de género de sus ciudadanos sin discriminación»<sup>6</sup>, y este cuerpo normativo ha sido integrado al completo en el ordenamiento jurídico español. La cuestión es si con estas leyes LGTBI se está yendo más allá de la no discriminación y se está invadiendo la libertad de los ciudadanos con la imposición de una concepción antropológica que no todos comparten.

---

sexuales, de la Comunidad Autónoma de Canarias); Aragón (Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón. Cantabria (Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género). La Rioja (Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja); Cantabria (Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; Castilla-La Mancha (Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha).

<sup>5</sup> Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

<sup>6</sup> Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

## 2. LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO

Como hemos señalado, el principio de autodeterminación de género entra en nuestro ordenamiento jurídico principalmente a través de diversas leyes autonómicas que podemos englobar bajo las siglas LGTBI, y se consolida a nivel nacional a través de la Ley Trans.

El planteamiento antropológico de estas leyes queda claro desde el principio. Así, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 2/2016 de la Comunidad de Madrid se dice que «la definición del sexo-género de una persona va mucho más allá de la apreciación visual de sus órganos genitales externos en el momento del nacimiento», y «que no es un concepto puramente biológico, sino, sobre todo, psicosocial». Y, continúa diciendo, «se ha de otorgar soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física». Es decir, se considera que la identidad de género de una persona es independiente de la biología y se determina por la voluntad de cada uno. Se afirma, además, que «la libre determinación del género de cada persona ha de ser afirmada como un derecho humano fundamental, parte inescindible de su derecho al libre desarrollo de la personalidad». La autodeterminación se ha introducido también en otros ordenamientos jurídicos occidentales, así como en tribunales nacionales e internacionales, como veremos más adelante.

### 2.1 Qué es el género: del rol social a la autodeterminación

Antes de continuar, lo primero es saber de qué hablamos. Y no es sencillo. El término «género» comienza a utilizarse en el ámbito internacional a mediados del siglo xx, y no siempre con un significado unívoco. En líneas generales podemos decir que en el entorno internacional comenzó a emplearse para aludir a los roles atribuidos por la sociedad a cada sexo<sup>7</sup> y ha ido evolucionando hacia la autopercepción de cada uno<sup>8</sup>, como acabamos de ver.

---

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, para la Organización Mundial de la Salud el género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender> Diferente es la definición de sexo ofrecida por el Consejo de Europa en 1993, según el cual «el sexo (género) es un estatus personal, social y jurídico de un individuo en tanto que hombre, mujer o mixto» «Le Sexe (gender): statut personnel, social et juridique d'un individu en tant qu'homme ou femme ou statut mixte». Rapport Général de 1993.

<sup>8</sup> Como en los principios de Yogyakarta, que parten de entender que «la identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento». <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Si nos centramos en la legislación española, vemos que en algunas disposiciones se entiende como sinónimo de mujer. Así, por ejemplo, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1). Como se explica en la Exposición de Motivos, «se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo». De manera que *género*, en esta Ley, equivale a mujer o a sexo. Ocurre lo mismo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Aquí se aspira a la igualdad entre hombres y mujeres, y se incluye la «perspectiva de género» para superar situaciones de subordinación y desigualdad entre ellos.

Sin embargo, en las leyes objeto de nuestro estudio el significado del término género es otro. Muchas de ellas ofrecen al inicio de su articulado algunas definiciones que conviene tener presentes. Así, por ejemplo, la Ley 2/2016, en su artículo 1, establece que<sup>9</sup>:

«A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por:

1. Identidad sexual y/o de género: La vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente y auto determina, sin que deba ser definida por terceros, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.

---

<sup>9</sup> En el mismo sentido, artículo 3 Ley Trans; artículo 2 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 3 Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; artículo 4 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; artículo 4 Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; artículo 4 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 5 Ley Foral 8/2017, de 18 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 4 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; artículo 4 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 6 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 4 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha.

2. Trans: Toda aquella persona que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer. A los efectos de esta Ley y sin prejuzgar otras acepciones sociales el término *trans* ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o sub categorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras»<sup>10</sup>.

De manera que, en las leyes que nos ocupan, el término género no se refiere al sexo, ni a la construcción social de la masculinidad o la feminidad, sino que se refiere a la autopercepción de cada cual, a cómo cada uno se siente con total independencia de su sexualidad biológica.

En las leyes que analizamos se proclama el reconocimiento del derecho a la identidad de género libremente manifestada: «Toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual»<sup>11</sup>. La autodefinición es absolutamente libre, de manera que nada ni nadie puede presionar a otra persona para que oculte, suprima o niegue su identidad de género, la expresión de esta, su orientación o características sexuales. Y para garantizar ese poder absoluto de la propia voluntad ni siquiera se exige que el sujeto acredite su identidad de género mediante informe psicológico o médico. Basta con sentirla. Basta con deseársela. Basta la voluntad del sujeto manifestada conforme a la identidad «sentida».

---

<sup>10</sup> Contrasta esta definición con la que ofrecía el Tribunal Constitucional italiano en Sentencia de 6 de mayo de 1985, según la cual «transexual, según la doctrina médico-legal, es el sujeto que, presentando los caracteres genotípicos y fenotípicos de un determinado sexo (o “género”) siente de modo profundo pertenecer al otro sexo, del cual ha asumido el aspecto exterior y ha adoptado los comportamientos y en el cual, por tanto, quiere ser asumido a todos los efectos y bajo cualquier sacrificio». Lo cual solo podrá conseguir a través de la operación «demolitoria constructiva» del sexo anterior. Citada en Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007.

<sup>11</sup> Artículo 4.1.b Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; *Cfr.*: artículo 3.c Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 3.b Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 3 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 4.1.b Ley Foral Valenciana 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 6.2.b.2.º Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; artículo 3.d Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 5.1.a Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; artículo 4.2 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Nótese que no se trata simplemente de que un hombre se sienta mujer o viceversa, sino de que cada uno es libre de sentirse y autoconstruirse como quiera pues no se admite ya que la sexualidad humana sea binaria: la condición sexuada de cada uno no tiene ninguna importancia y no significa nada. La autodeterminación es absolutamente libre e independiente de cualquier condicionamiento o parámetro objetivo, pues cada uno puede definir su identidad «con sus propias palabras». Es preciso, según se proclama en estas normas, superar la injusticia histórica que se ha cometido obligando a las personas a identificarse con el sexo de nacimiento, lo cual ha generado desigualdad y opresión de los hombres hacia las mujeres. El preámbulo de la Ley canaria es muy claro al respecto, y afirma que el género «es una construcción social y cultural marcada por las desigualdades y que viene determinada por una concepción tradicional en el contexto jurídico occidental de la división de las personas en dos categorías diferentes en base a las características genitales de nacimiento; de esta forma, las personas nacidas con genitalidad de hembra han pasado a ser socializadas como mujeres, del mismo modo que las personas nacidas con genitalidad de macho han pasado a ser socializadas como hombres. A partir de ahí, esta diferenciación binaria entre dos sexos ha servido como piedra angular de un sistema relacional jerarquizado y basado en la supremacía de los hombres con respecto a las mujeres»<sup>12</sup>.

Por otra parte, es interesante abordar otra de las definiciones que se incluyen en estas leyes: la intersexualidad. Se define como «la variedad de situaciones en las cuales, una persona nace con una anatomía reproductiva o sexual que no parece encajar en las definiciones típicas de masculino y femenino», y se exige el «reconocimiento de la diversidad de los cuerpos humanos y la erradicación del prejuicio según el cual existe un único patrón normativo de corrección corporal»<sup>13</sup>.

Esta definición es también una negación del dimorfismo sexual, pues afirma que hay una amplia diversidad sexual y que no se puede hablar solo de hombres o mujeres. Sin embargo, la biología y la medicina coinciden en

---

<sup>12</sup> Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias.

<sup>13</sup> Artículo 3.g de la Ley Trans; artículo 1.3 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 3.d Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 6.f Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; artículo 4.m Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 5.k Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 4.6 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 6.5 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

señalar que se trata de desórdenes en el desarrollo sexual que se producen en algunas personas que nacen con anomalías cromosómicas, gonadales o genitales. El término «intersexual» es confuso y se suele evitar en entornos científicos debido a su imprecisión<sup>14</sup>, pues, como hemos señalado más arriba, da a entender que hay más de dos sexos en lugar de una «patología en alguno de los puntos de la cadena biológica que conduce a la diferenciación sexual»<sup>15</sup>. También hay que señalar que las personas que padecen estos desórdenes no tienen por qué tener dudas sobre su identidad sexual –hombre o mujer– y tampoco tienen la sensación de pertenecer a un tercer sexo<sup>16</sup>, aunque el porcentaje de personas con disforia de género es superior entre estas personas que en la población general<sup>17</sup>. Lo que parece claro es que la definición que aporta nuestra legislación de la intersexualidad no tiene base biológica.

## 2.2 Garantías legales del principio de autodeterminación

El principio general que preside las normas que analizamos es la despatologización de la disforia de género<sup>18</sup>, puesto que el desacuerdo con la propia biología no es considerado incongruente sino producto de la libertad de cada uno. Es más, se parte de la consideración de que la libre autodeterminación de género se deriva directamente de la dignidad de la persona y es

---

<sup>14</sup> Ver la Guía elaborada por la *Intersex Society of North America* con el propósito de ayudar a los profesionales de la salud en el diagnóstico, tratamiento y apoyo a los niños nacidos con algún tipo de desorden en el desarrollo sexual y a sus familias. Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood. Disponible en <https://dsguidelines.org/files/clinical.pdf>

<sup>15</sup> GONZALEZ MERLO, J.: *Ginecología*, Masson-Salvat, Barcelona, 1998, capítulo 3, «Estados intersexuales».

<sup>16</sup> ELÓSEGUI, M.: «Sexo, género, orientación sexual, identidad sexual y sus patologías», en *Diez Temas de Género*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2011, pp. 79 y ss. K. J.: Zucker, A. A., Lawrence & B. P. Kreukels, «Gender dysphoria in adults», *Annu. Rev. Clin. Psychol.* n.º 12, 2016, pp. 217–247.

<sup>17</sup> COOLS, M.; NORDENSTRÖM, A.; ROBEVA, R. et al.: «Caring for individuals with a difference of sex development (DSD): a Consensus Statement», *Nat Rev Endocrinol* n.º 14, 2018, pp. 415–429.

<sup>18</sup> Artículos 43 y ss. de la Ley Trans; artículo 22 Ley 2/2021 de la Comunidad Autónoma de Canarias; artículos. 8 y 9 Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; arts. 7 y 8 Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; artículo 5 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 5 Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBI fobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; artículo 5 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; arts. 8, 9 y 10 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; arts. 9 y 10 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; artículo 5 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 19 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha;

parte esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>19</sup>. Y, con el fin de proteger al máximo ese libre ejercicio de la personalidad no es necesario justificar clínicamente la incongruencia de género, sino que es suficiente con manifestar ese género sentido, como ya hemos visto, y así reclamar la modificación del nombre y/o iniciar un tratamiento hormonal o quirúrgico<sup>20</sup>.

¿Qué añade la Ley Trans a estas leyes ya en vigor? Principalmente, la posibilidad de cambiar la mención relativa al sexo en el Registro Civil por la sola manifestación de voluntad del sujeto, pues las leyes autonómicas, al no tener competencia en materia registral, únicamente pueden garantizar esa autodeterminación a efectos de documentación administrativa autonómica, no registral. Curiosamente, la Ley Trans permite que se pueda cambiar el sexo sin modificar el nombre (art. 39.4), lo cual puede dar lugar a situaciones de gran confusión, aunque hay que reconocer que tiene sentido dentro de la propuesta de fondo que se hace desde estas normas, pues no hay nada que deba impedir el libre desarrollo de la personalidad de cada uno y la exigencia de armonía entre el nombre y el género sentido podría ser considerada una cortapisa a la autodeterminación. En cuanto a la posibilidad de revertir la modificación efectuada, la Ley Trans permite que se solicite una vez transcurridos seis meses (art. 42). En el caso de que, tras haberse rectificado la rectificación se quisiese proceder a una nueva rectificación, será necesaria autorización judicial (art. 47). Parece que, por mucho que se hable de *género fluido*

---

<sup>19</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley Trans se afirma que «el derecho al cambio registral de la mención relativa al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución)»; Ver también artículo 27 Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 4 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

<sup>20</sup> Artículos 16 y 23 Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; artículo 6 Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; arts. 16 y 22 Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; arts. 10 y 20 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 9.5 Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; arts. 13 y 23 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; arts. 14 y 25 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Murcia; arts. 15 y 26 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 48 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; artículo 9 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículos 17 y 22 Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; artículo 30 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha; arts. 10 y 17 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 8 Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de País Vasco.

o de *identidad líquida*, el legislador ha optado por poner límites al derecho al cambio registral de la mención relativa al sexo.

Para que la autodeterminación se pueda llevar a cabo sin obstáculos es preciso tomar una serie de medidas que la protejan y garanticen, y que obliquen al resto de la sociedad a aceptarlo. Veremos a continuación algunas de estas medidas impuestas por las leyes que analizamos.

De máxima relevancia son las medidas dirigidas a integrar el principio de autodeterminación en todos los niveles educativos, sin que quepa discrepancia ni por parte de los alumnos, ni de sus padres, ni de los docentes o directores de los centros<sup>21</sup>. Se establece, además, el derecho a utilizar un nombre acorde con la identidad sentida<sup>22</sup>, a vestir con la indumentaria elegida y a participar en las actividades diferenciadas y a utilizar los vestuarios acordes con el género elegido<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Título I, cap. II, sección 5ª de la Ley Trans; artículo 15.2 Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 20 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 35 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 21 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 10.e Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 31 Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; artículo 24 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 26 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 27 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+, de Navarra; artículo 16 Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales del País Vasco.

<sup>22</sup> Artículo 23 a y d Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid. artículo 23 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 20 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 24 Ley Foral Valenciana 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 6 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; artículo 3.d Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 5.1.a Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; artículo 4.2 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

<sup>23</sup> Artículo 23 a, d y f Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid. *Cfr.*: arts. 13 y ss. Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; arts. 25 y ss. Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 20 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad

Merece ser destacado lo establecido sobre la violencia de género<sup>24</sup>, ya que en algunas de las normas analizadas se aplica la misma protección a las mujeres y a las personas trans. Nos preguntamos cómo es posible conciliar la llamada «violencia de género», que es la ejercida por un hombre contra una mujer por el mero hecho de serlo, con la autoidentificación de género. La propia definición legal de violencia de género requiere que existan hombres y mujeres reales, y que esta condición no dependa de cómo cada uno se sienta<sup>25</sup>. Como ha puesto de manifiesto Pablo Lora, esta es una de las contradicciones que están dando lugar a situaciones grotescas, como el caso del autor del crimen de Fuerteventura, Jonathan Robaina, que ahora se siente mujer y ha solicitado ingresar en la cárcel de mujeres de acuerdo con la Ley canaria<sup>26</sup>. Para evitar situaciones como esta, la Ley Trans establece en su artículo 46.3 que «La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género». Claro que cabría decir que esta medida atenta contra la libertad de autodeterminación de la persona afectada, que no podrá vivir plenamente de acuerdo con su género sentido.

Es objeto de protección especial el derecho a la salud física, mental y reproductiva de las personas trans. El artículo 16 Ley 2/2016 de la Comunidad de Madrid se centra en la atención sanitaria en el ámbito reproductivo y sexual, garantizando «el acceso a los bancos de óvulos o semen y a las técnicas de reproducción asistida incluyendo como beneficiarias a todas las personas con capacidad gestante y/o sus parejas». En la Ley Trans se prevé modificar la Ley de Reproducción Humana Asistida en el sentido de que las usuarias de dichas técnicas no sean solo las mujeres mayores de edad sino

---

de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 21 y ss. Ley Foral Valenciana 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; Arts. 26 y ss. Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 24 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; arts. 19 y ss. Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; arts. 13 y ss. Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; arts. 12 y ss. Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, la Ley canarias garantiza que «El Gobierno de Canarias velará por que los recursos disponibles para la atención de las personas víctimas de violencia de género o víctimas de trata se apliquen igualmente a las personas trans e intersexuales en la misma situación» (art. 39.3). Y en el artículo 8.3 de la Ley madrileña: «Toda persona cuya identidad de género sea la de mujer y acredite tal condición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 y sea víctima de la violencia machista o víctima de trata, tendrá acceso, en condiciones de igualdad, a los recursos asistenciales existentes».

<sup>25</sup> LORA, P. de: *El laberinto de género*, Alianza Editorial, Madrid, 2021, p. 62.

<sup>26</sup> *Ibid*, p. 58.

«toda persona con capacidad de gestar», en alusión a «hombres» trans que conserven el aparato reproductor femenino (art. 16.2).

Se proclama también el derecho a los tratamientos e intervenciones dirigidas a adecuar el cuerpo de la persona a su identidad sentida. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley madrileña<sup>27</sup> establece «el derecho a tratamiento hormonal y quirúrgico (genital, aumento de pecho y masculinización de tórax) incluyendo el material protésico necesario e incluso tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz, cuando sean requeridos»<sup>28</sup>.

En cuanto al deporte, las leyes autonómicas establecen que en los eventos y competiciones deportivas se considerará a las personas que participen atendiendo a su identidad sexual sentida a todos los efectos<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ver también los artículos 21 y siguientes de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; arts. 16 y 23 Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; artículo 6 Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; arts. 16 y 22 Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; artículos 10 y 20 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 9.5 Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBI fobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; arts. 13 y 23 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; arts. 14 y 25 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; arts. 15 y 26 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 48 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia; artículo 9 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; arts. 17 y 22 Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; artículo 30 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha; arts. 10 y 17 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 8 Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de País Vasco.

<sup>28</sup> Artículo 10 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura

<sup>29</sup> Artículo 38 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 31 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 41 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha; artículo 30 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 38 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 48 Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBI fobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; artículo 38 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 34 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 35 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de

La Ley Trans proclama también el respeto a la identidad sexual en las competiciones deportivas (art. 26) pero adopta una posición menos contundente que las leyes autonómicas, seguramente porque a nivel internacional no se admite con tanta facilidad que las mujeres trans (hombres biológicamente hablando) participen en competiciones femeninas, pues esto sería el fin del deporte femenino. Por eso el artículo 26.3 de la Ley Trans establece que en el ámbito del deporte federado habrá que estar a lo dispuesto en la normativa específica aplicable, nacional, autonómica e internacional.

Otra disposición común a todas esas normas es la inversión de la carga de la prueba<sup>30</sup> Cuando el interesado aporte indicios razonables de haber sufrido discriminación por su expresión de género será el supuesto causante de dicha discriminación quien deberá probar que actuó correctamente. Aunque esta medida no se aplica a los procesos penales, parece claro que puede fomentar falsas atribuciones de conductas discriminatorias y generar indefensión, pues resulta complicado demostrar que no se hizo algo que no se hizo.

Todo lo anterior parecen indicar que el enfoque subyacente en estas leyes lejos de ser neutral supone la imposición a toda la sociedad de una determinada concepción de persona. Quizá por eso quedan prohibidas absolutamente las terapias llamadas de aversión o de conversión, incluso si son libremente solicitadas por el sujeto y si la disforia de género o la atracción por el mismo sexo genera sufrimiento en el sujeto<sup>31</sup>.

---

las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 34 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI, de Valencia.

<sup>30</sup> Artículo 66 de la Ley Trans; artículo 46 Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 30 Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; artículo 17 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 30 Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; artículo 43 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 66 Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBI fobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; artículo 48 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 47 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 53 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 57 Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia.

<sup>31</sup> Artículo 17 de la Ley Trans; Artículo 13.3 Ley 2/2016 de la Comunidad de Madrid y artículo 4.3 Ley 3/2016 de la Comunidad de Madrid; artículo 6.2 Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 49.4.c) Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; artículo 59.4.e) Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de

En conjunto, todas las disposiciones que analizamos presentan un cierto cariz totalitario difícilmente aceptable en una sociedad democrática, pues, como venimos señalando, imponen la asunción de una antropología que no es compartida por todos mediante la adopción de medidas legales en todos los ámbitos: laboral, sanitario, educativo, cultural de ocio y deportivo, en los medios de comunicación social e internet, en el ámbito de la familia, la infancia y la juventud. Todo lo que contribuya a la no discriminación es justo y necesario, lo que no parece admisible es, como decimos, la imposición de una manera de concebir a la persona mediante la fuerza de la ley y que se impida incluso la expresión de una visión distinta a la que se impone desde estas normas<sup>32</sup>. Partiendo, como no puede ser de otra manera, del respeto incondicional a la dignidad de toda persona, debemos reivindicar el mismo respeto para todos: no es razonable considerar transfobia cualquier discrepancia u opinión contraria al discurso sobre la autodeterminación.

### 2.3 Menores trans

Especial atención merecen los menores trans, que «tienen derecho a recibir el tratamiento médico oportuno relativo a su transexualidad», que incluye bloqueadores de la pubertad para evitar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados, tratamiento hormonal cruzado a fin de propiciar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados<sup>33</sup>.

---

género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 60.4.e) Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de Valencia.

<sup>32</sup> Artículo 18 Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 10 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 8 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 5 Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

<sup>33</sup> Artículo 28.6 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 16 Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; artículo 10 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 6 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 10 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 15.8 Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 26.2.a Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 22.2 Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; artículo 30.7 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha; artículo 19.2 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Como regla general, dicho tratamiento se producirá bajo la autorización de quienes posean la patria potestad o tutela de la persona menor de edad<sup>34</sup>, y, en caso de discrepancia, se podrá suplir la falta de consentimiento parental por decisión judicial.

La Ley Trans establece una serie de tramos para que los menores de edad puedan solicitar el cambio<sup>35</sup>:

– Los mayores de 12 años y menores de 14 podrán solicitar judicialmente el cambio de sexo registral a través de sus representantes legales. En caso de discrepancia se nombrará un defensor judicial. Estos casos siempre se resuelven en sede judicial.

– Los mayores de 14 y menores de 16 pueden solicitar el cambio de sexo ante el Registro Civil asistidos por sus representantes legales. En caso de que exista desacuerdo se nombrará un defensor judicial. No es necesario justificar ni presentar ningún informe técnico.

– Los mayores de 16 pero menores de 18 están legitimados para solicitar el cambio de sexo registral relativa al sexo.

Las leyes que analizamos afirman estar presididas «por el criterio rector de atención al interés superior del menor y dirigida a garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor conforme a la identidad auto percibida, y a evitar situaciones de sufrimiento e indefensión»<sup>36</sup>. También la Ley Trans

---

<sup>34</sup> Artículo 14. 2 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad de Madrid; artículo 21.c Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la Igualdad Social de las Personas LGTBI+ de Navarra; artículo 26.2. Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; artículo 22.4 Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; artículo 19.3 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

<sup>35</sup> Artículo 44 de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOCG n.º 113-1, p. 1, de 12 de septiembre de 2022.

<sup>36</sup> Artículo 6.4 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; artículo 27.5 Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; artículo 27 Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de Cataluña; artículo 17.2 Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; artículo 22.1.a Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; artículo 20.3 Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; artículo 10 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 17 Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género de Cantabria; artículo 30 Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha; artículo 10 Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

alude al interés superior del menor que se concreta en facilitar los cambios necesarios según su identidad auto percibida<sup>37</sup>. Es decir, se adopta en todas estas leyes el modelo de afirmación de género o *gender-affirming care*.

### 3. ANTECEDENTES

Como es fácil imaginar, esta propuesta antropológica no ha surgido de repente, sino que se ha ido gestando progresivamente a lo largo del tiempo, y en esa gestación han tenido un papel importante distintas corrientes de pensamiento, culturales y sociales así como la jurisprudencia y las leyes. Aunque podríamos remontarnos más atrás rastreando los fundamentos filosóficos que pusieron las bases del principio de autodeterminación de género, nos vamos a limitar a analizar lo más destacable de lo sucedido en las últimas décadas.

#### 3.1 Feminismo y pensamiento filosófico

El principio de autodeterminación de género comienza a gestarse en los años 60 como consecuencia de la confluencia de distintas corrientes de pensamiento que tenían en común la aspiración de liberar al ser humano de cualquier condicionamiento y concebirlo como pura libertad. Destaca el nombre de Wilhelm Reich<sup>38</sup>, que se puede considerar uno de los precursores de la revolución sexual, así como Herbert Marcuse<sup>39</sup>, que partiendo de Freud explica que la cultura reprime nuestros instintos y los canaliza hacia lo que resulta más útil en cada momento histórico. Tuvieron también gran influencia Marx y Engels de quienes las feministas radicales asumieron, entre otras cosas, las categorías marxistas de lucha de clases trasladándolas a la lucha de sexos, así como la convicción de que el matrimonio es la primera y fundamental fuente de opresión del hombre sobre la mujer<sup>40</sup>. Cabe también mencionar a Jacques Derrida, con su método de «deconstrucción», según él mismo una estrategia para la descomposición de la metafísica occidental<sup>41</sup>, que aplicó a la sexualidad en alguna de sus obras<sup>42</sup>, y a Michel Foucault que desde la negación de la

---

<sup>37</sup> Artículo 70 de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOCG n.º 113-1, p. 1, de 12 de septiembre de 2022.

<sup>38</sup> De entre las obras de W. REICH cabe destacar *La revolución sexual. Para una estructura de carácter autónoma del hombre*, Planeta, Barcelona, 1993, publicada por primera vez en 1945.

<sup>39</sup> H. MARCUSE publicó en 1955 *Eros y civilización*, Ariel, Madrid, 2010.

<sup>40</sup> Entre las obras marxistas sobre la sexualidad y la familia es fundamental la obra clásica de F. ENGELS, publicada en 1884 *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1970.

<sup>41</sup> *Deconstrucción y pragmatismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.

<sup>42</sup> Por ejemplo, en su artículo «Ser justo con Freud. La historia de la locura en la edad del psicoanálisis», en VV. AA.: *Pensar la locura. Ensayos sobre Michel Foucault*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México, 1996.

naturaleza humana y la formulación del construccionismo social podemos considerar uno de los precursores de la teoría *queer*<sup>43</sup>.

En los años 60 se comenzó a utilizar el término género en ámbitos psiquiátricos para explicar lo que les ocurría a algunos pacientes que se sentían atrapados en un cuerpo equivocado, siendo su autoidentificación psíquica de género diferente a su sexo biológico<sup>44</sup>. En esos años una parte del movimiento feminista se radicaliza y pasa de la reivindicación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres a la superación de las diferencias que provienen, decían, exclusivamente de una imposición cultural y social arbitraria e injusta<sup>45</sup>. Con el fin de superar esta injusticia histórica el feminismo de género defiende la instauración de una sociedad sin diferencias, una sociedad en la que cada uno pueda construir su propia identidad y elegir su orientación sexual con independencia de las características biológicas con las que haya nacido, una sociedad sin hombres ni mujeres<sup>46</sup>.

La clave está, desde esta perspectiva, en la autodeterminación de género. Cada uno debe poder elegir su propia identidad de género porque el sexo no significa nada una vez que se superan los roles impuestos socialmente. Una de las principales defensoras de la autodeterminación es Judith Butler, para quien el género es una construcción cultural y no es el resultado causal del sexo. Al liberar el género del sexo, el sexo mismo es como un artificio libre de ataduras, de manera que cualquier opción o combinación es posible. Los cuerpos sexuales pueden dar lugar a múltiples géneros y no se tienen por qué reducir a los dos habituales (*the usual two*)<sup>47</sup>. De manera que la sexualidad humana deja de ser binaria y las categorías «hombre» y «mujer» dejan de tener significado.

### 3.2 Antecedentes políticos internacionales

Todo parece indicar que la antropología de género se introduce en el ámbito jurídico-político a través de las organizaciones supranacionales, especialmente a través de la ONU, y que de ahí pasa a los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque algunos autores<sup>48</sup> insisten en que en los documentos en la ONU no se encuentran definiciones radicales del género, todo parece indicar que ha sido la puerta de entrada del concepto a nivel interna-

<sup>43</sup> Para profundizar ver G. Kuby, *La Revolución Sexual Global*, Didaskalos, Madrid, 2017.

<sup>44</sup> STOLLER, R. J.: *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, ScienceHouse, New York, 1968.

<sup>45</sup> Ver, por ejemplo, GAYLE, R.: «Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality», en C. S. Vance, *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Pandora, London, 1992, pp. 267-293; T. Moi, *What is a Woman*, Oxford University Press, New York, 2001.

<sup>46</sup> FIRESTONE, S.: *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*, Farrar, Straus&Giroux, New York, 1970.

<sup>47</sup> BUTLER, J.: *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990, p. 115.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, P. Durán, *Sobre el género y su tratamiento en las organizaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

cional y que ha facilitado su radicalización y su asunción por los Estados miembros. No es el momento de hacer un repaso exhaustivo, pero sí es interesante incluir algunos apuntes sobre los hitos jurídicos más relevantes de esta evolución.

La Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995 es un momento clave en la adopción del término «género», que se encuentra repetidamente en todo el documento, aunque en ningún momento se explica su significado. En las sesiones preparatorias algunos grupos solicitaron que se definiera el término, y la respuesta fue que había que entenderlo «igual que en su uso ordinario y generalmente aceptado»<sup>49</sup>. Es una afirmación sorprendente porque, como hemos visto al inicio de este trabajo, no se sabe bien cuál es ese uso aceptado por todos.

Una década después de la Conferencia de Pekín, en 2006, una comisión de expertos en derecho internacional elaboró un documento que pretende reinterpretar la declaración universal de derechos humanos desde una antropología basada en la autodeterminación sexual y de género. Es un documento sin valor jurídico alguno, pero presentado con apariencia de tratado internacional y que ha sido asumido acríticamente por algunos Estados. Los principios de Yogyakarta proclaman el derecho de toda persona a autodefinirse en lo relativo al «cuerpo, sexo, género y orientación sexual»<sup>50</sup>. En 2018 el secretario general de la ONU presentó a la Asamblea General un Informe sobre el reconocimiento legal de la identidad de género libremente elegida y su despatologización, en el que se defiende que la autodeterminación de género es un derecho humano<sup>51</sup>.

Otro antecedente internacional destacable es la opinión consultiva OC-24/17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (párrafos 91, 94 y 95)<sup>52</sup>. En el párrafo 93 se vincula la identidad de género y sexual con la autodeterminación y la posibilidad de escoger libremente. Y en el párrafo 94 se define la identidad de género como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento». La Corte considera que la identidad sexual y de género se construye libre y autónomamente, sin estar sujeta a la biología. Son «rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida

---

<sup>49</sup> Naciones Unidas, «Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Anexo IV: Declaración de la Presidenta de la Conferencia sobre la interpretación más generalizada del término género», 1995.

<sup>50</sup> <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f>

<sup>51</sup> Informe sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, presentado a la Asamblea General el 12 de julio de 2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-legal-recognition-gender-identity-and-depathologization>

<sup>52</sup> Opinión Consultiva oc-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

privada» (parr. 95). Y este derecho no puede ser restringido de ninguna manera ni bajo ningún concepto, aunque la sociedad no comparta ciertos estilos de vida.

A nivel europeo destacamos el *Informe Lunacek*<sup>53</sup> aprobado por la comisión del Parlamento Europeo para las Libertades Civiles el 4 de febrero de 2014, sobre la llamada «Hoja de Ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género» (2013/2183). El Informe insta a todos los Estados miembros a reconocer a nivel legislativo los intereses del colectivo LGTB y a que ninguna disposición de la Unión sea contraria a los mismos. Ya en 1998 el Parlamento Europeo advertía que cada persona debe poder establecer «los detalles sobre su identidad como ser humano»<sup>54</sup>.

En la evolución del término han jugado un papel destacado los jueces y tribunales, muy especialmente los que se ocupan de la defensa de los derechos humanos. Así, aunque no se ha modificado la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por la vía de la interpretación se han ido introduciendo nuevos derechos y libertades que nacen sin otras limitaciones que las que los propios Tribunales puedan establecer<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Planned Parenthood v. Casey*, cuando dice: «At the heart of Liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life». Esta simple frase encierra toda una cosmovisión que entroniza el pensamiento individual como regla de la realidad, y la autonomía como criterio supremo de justicia.

En este lado del Atlántico vemos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referente a la vida privada y familiar, de manera tan amplia que lo ampara todo con tal de que haya sido libremente elegido por el individuo. El contenido de este derecho se extiende tanto como la libertad de cada persona para actuar, en todas las circunstancias, de acuerdo con su fuero interno, es decir, alcanza la libertad de ser uno mismo»<sup>56</sup>, sin ningún condicionante ni limitación. De manera que los derechos se han de considerar no solo una protección de la libertad del individuo frente al Estado omnipotente, sino también una garantía de su liberación de la naturaleza y de todo lo que pueda coartar su voluntad, incluyendo su pro-

---

<sup>53</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0009\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0009_ES.html)

<sup>54</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989.

<sup>55</sup> RODOMONTE, M. G.: «Nuevos derechos y principio de autodeterminación entre el tribunal europeo de derechos humanos, la corte constitucional italiana y el legislador nacional. Algunas reflexiones», en *Estudios de Deusto* 62 (2), 405-419.

<sup>56</sup> PUPPINCK, G.: *Mi deseo es la ley*, Encuentro, Madrid, 2020, p.96.

pio cuerpo<sup>57</sup>. Por eso se habla de «libertades morfológicas y cognitivas»<sup>58</sup>, que consisten en la capacidad para elegir modificaciones en el cuerpo y en la mente humanas. Así, se llega a considerar que cualquier reivindicación individual es merecedora de protección legal. Eso explica que Luca Antonini hable de una «normativización del deseo»<sup>59</sup>.

### 3.3 Antecedentes nacionales

La consideración de que el sexo es binario y de que la humanidad está dividida en hombres y mujeres ha sido pacífica a lo largo de la historia jurídica española, hasta ahora. Es cierto que siempre han existido personas que no se han identificado con su propio sexo, pero esto se encuadraba en el ámbito clínico y no tenía impacto jurídico. De hecho, hasta la Ley 1/2004 nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba la posibilidad de cambiar la mención relativa al sexo en el Registro Civil, salvo que se hubiera cometido un error en la inscripción<sup>60</sup>.

Veinte años antes, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal introdujo una importante novedad en el delito de lesiones (artículo 428 entonces vigente), eximiendo de responsabilidad penal en el supuesto –entre otros– de cirugía transexual siempre que mediare consentimiento libre y expresamente manifestado. A partir de entonces encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo que resuelven solicitudes de ciudadanos que, tras haberse sometido a una intervención de cambio de sexo, solicitan la modificación de la mención relativa al sexo en el Registro Civil. Poco a poco, la doctrina jurisprudencial irá evolucionando en su comprensión de la identidad reflejada en el registro y sus efectos ante terceros. Así, por ejemplo, en Sentencia dictada el 2 de julio de 1987 el alto Tribunal se pregunta qué consideración tiene el sexo en nuestro ordenamiento jurídico, y concluye que se trata de una «comprensión *vulgar*, fruto de la simple observación de los órganos genitales por parte de la comadrona o del médico y no exigiendo ningún análisis hormonal ni exploración

<sup>57</sup> *Ibid.*: p. 93.

<sup>58</sup> SANDBERG, A.: «Morphological Freedom: Why We Not Just Want It, but We Need It», en M. MORE, M. y N. VITA-MORE (eds), *The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology and Philosophy of the Human Future*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2013, pp. 56-64. Citado por P. J. IZQUIERDO, «La autodeterminación personal y sus consecuencias jurídicas», en M. AYUSO (ed), *Transhumanismo o posthumanidad*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 86.

<sup>59</sup> L. Antonini, «Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali», en F. D'Agostino: *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno nazionale dell'UGCI, Pavia, 5-7 de diciembre 2009, Milano, 2012, 12. Citado por M. G. RODMONTE, cit.: p. 406.

<sup>60</sup> El texto del artículo 93 de la Ley del Registro Civil se mantuvo intacto desde su aprobación en 1957 hasta su modificación en virtud de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE) núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, pp. 42166 a 42197). En su número 2 contemplaba la posibilidad de rectificar, previo expediente gubernativo, «la indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias».

interna». Por tanto, si una persona cambia su apariencia externa debe poder cambiar su inscripción registral. Sin embargo, el Tribunal considera que no hay un verdadero cambio de sexo sino tan solo una ficción jurídica, de manera que «el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterología psíquica y emocional propias de ese sexo, debiendo corresponderse en la inscripción con la realidad en lo referente al sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones»<sup>61</sup>.

En 2002 el Tribunal Supremo<sup>62</sup> insiste en que «si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios...sino también y fundamentalmente para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio». Defiende el Tribunal que «la modificación de los caracteres sexuales externos y la rectificación registral del nombre y del sexo se fundamenta en el papel predominante del sexo psicológico sobre el biológico<sup>63</sup>, teniendo que predominar, sobre el factor cromosómico o gonadal, el fenotípico, que atiende al desarrollo corporal, y, con mayor fuerza aún, al psicológico, que determina el comportamiento caracterial y social del individuo, y ello, fundamentalmente, porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad» y, por tanto, «el problema que se plantea consiste en cohonestar la afirmación de la supremacía del sexo psicológico sobre el cromosómico o biológico, en base al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución española)». Tanto nuestro Tribunal como el Europeo de Derechos Humanos consideraban, hasta muy recientemente, que la intervención quirúrgica de reasignación sexual era imprescindible para modificar la mención relativa al sexo y el nombre, pues supone la manifestación de una intención firme del transexual de cambiar de sexo y en principio asegura una permanencia y estabilidad. Además, la cirugía «aproxima la apariencia somática a la psique» y favorece la coincidencia

---

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 436/1987, de 2 de julio. <https://vlex.es/vid/-77042810>

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 811/2002, de 6 de septiembre. <https://app.vlex.com/#vid/15086051>

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 436/1987, de 2 de julio, <https://vlex.es/vid/-77042810>; STS (Sala Primera de lo Civil) 287/1991, de 19 de abril, <https://vlex.es/vid/-203037563>

entre la apariencia y la realidad registral de modo que se pueda afirmar «puesto que parece, es».

Vemos una cierta evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que pasa de enfatizar la ficción a resaltar la apariencia que nos lleva a pensar que lo que parece es real. Pero, al considerar que se trataba de una cuestión de apariencia, el verdadero sexo del sujeto se seguía teniendo en cuenta a efectos de contratación y, así, no era posible el matrimonio con otra persona del mismo sexo. A juicio del Tribunal Constitucional, al no estar admitida en nuestro ordenamiento jurídico la unión entre personas del mismo sexo, un hombre no podía casarse con otro hombre, aunque hubiera cambiado su aspecto y figurara en el Registro Civil como mujer<sup>64</sup>.

Esto cambia pronto, en 2005 con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Con esta Ley se sanciona la irrelevancia de la diferencia sexual para el matrimonio, siendo el afecto mutuo lo único importante. La aprobación de esta Ley no fue pacífica, ni social ni jurídicamente. Opusieron serios reparos a la misma tanto la Comisión Permanente del Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. El principal argumento del Gobierno para justificar la nueva Ley se basó en la superación de la discriminación basada en la orientación sexual.

Con la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo se admite también la adopción homosexual con lo cual la maternidad y la paternidad dejan de ser relevantes, y se produce el correspondiente cambio terminológico en el Código y en el Registro civil (*progenitores* en lugar de padre y madre (art. 154); *cónyuges* en lugar de marido y mujer (art. 66); *contrayentes* en lugar de hombre y mujer (art. 44), etc.). Al año siguiente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, permite la inscripción de la filiación de parejas del mismo sexo (art. 7.3). En la Ley Trans la legitimación para acceder a las técnicas de reproducción asistida se amplía a las «personas trans con capacidad de gestar» (art. 16.2).

Volviendo a la jurisprudencia de los años 90, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, vemos que puede resultar algo incoherente, pues, aun reconociendo que de «ningún modo técnicamente por medios quirúrgicos se pueda adquirir la condición biológica del otro sexo, sino su ficción o simulación», ya que subsisten los caracteres genotípicos y fenotípicos, continuaba exigiendo para la modificación de la inscripción registral «la adecuación del sexo anatómico del interesado a su comportamiento sexual psíquico y social mediante la correspondiente intervención quirúrgica y el tratamiento hormonal correspondiente».

---

<sup>64</sup> Auto 222/1994 de 11 de julio del Tribunal constitucional, <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9917dpc003453.pdf>

Sin embargo, poco a poco va evolucionando la jurisprudencia y va desvinculando la identidad sexual o de género de la biología. Paralelamente, se empieza a cuestionar la necesidad de la intervención quirúrgica de reasignación y se llega a decir que obligar a la reasignación sexual es un atentado contra el libre desarrollo de la personalidad<sup>65</sup>. Así, llegamos a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que permite el cambio de la inscripción relativa al sexo en el Registro Civil y con ello el cambio del nombre. La Ley exige un informe psicológico y haber comenzado un tratamiento, salvo que se justifique su inconveniencia por razones de salud. Con esta Ley quedó desvinculado el cambio en el Registro de la cirugía sexual. Inicialmente, los beneficiarios de la Ley eran los españoles mayores de edad, pero en julio de 2019 el Tribunal Constitucional amplió su alcance incluyendo a los menores de edad suficientemente maduros y que se encuentren en una situación estable de transexualidad<sup>66</sup>.

En la actualidad, como sabemos, esta concepción antropológica basada en la libre autodeterminación de género ha impregnado en gran medida nuestra jurisprudencia y nuestra legislación, muy especialmente las leyes objeto de nuestro estudio, que eliminan la necesidad de presentar informe psicológico y de someterse a tratamiento alguno. Como hemos visto, basta la mera declaración de voluntad del sujeto para proceder al cambio de la mención relativa al sexo en el Registro. Por no necesitar, ni siquiera será preciso cambiar el nombre para que sea acorde con el sexo consignado.

#### 4. ¿QUÉ ANTROPOLOGÍA SUBYACE EN ESTAS LEYES?

La propuesta antropológica que subyace en estas leyes se basa, como venimos explicando, en la autonomía de cada individuo para autodefinirse como quiera, y en la necesidad de remover cualquier obstáculo que impida o dificulte esa libertad absoluta. Y por este camino se alcanzará una sociedad igualitaria y en paz, sin diferencias entre los sexos y sin dominación de unos sobre otros. Así lo explicaba Shulamith Firestone en 1970: «Y así como la meta final de la revolución socialista no era sólo la eliminación de los privilegios de clase sino la propia eliminación de las clases en sí mismas, así la meta de la revolución feminista tiene que ser, a diferencia de lo que perseguía el primer feminismo, no sólo la eliminación de los privilegios masculinos sino la eliminación de la diferenciación sexual en sí misma: las

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2002.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Constitucionalv99/2019, de 18 de julio, cuestión de inconstitucionalidad 1595/2016, en la que declara la inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

diferencias genitales entre los seres humanos no tendrían importancia cultural»<sup>67</sup>.

El primer eje antropológico de esta concepción de la persona es el dualismo, que escinde al hombre en dos elementos –la psique (o la conciencia) y el cuerpo– que se yuxtaponen sin unirse<sup>68</sup>. Desde esta perspectiva el cuerpo se considera como algo instrumental, algo que el sujeto puede utilizar como quiera y a lo que puede dar el significado que prefiera. La libertad reside en la psique, y el cuerpo es una realidad distinta, no integrada en la persona, algo a configurar según los deseos de cada uno. Se trata de una concepción instrumental del cuerpo humano como algo de lo que el sujeto se sirve y utiliza y que no tiene ningún significado personal.

El segundo eje es una libertad incondicionada, no limitada ni siquiera por la propia biología. La libertad en el proceso de auto-construcción de la persona es total, pues el sujeto nace como un lienzo en blanco o como una tabla rasa: sin instintos, sin rasgos temperamentales fijos y sexualmente neutro. Todo lo que somos es fruto del aprendizaje, de la experiencia, del contacto con otros seres humanos y de nuestras elecciones. Ya Margaret Mead en 1935 hablaba de lo maleable de nuestra naturaleza y de la potencia de la vida, y afirmaba que el ser humano se puede construir con total libertad sin otros condicionamientos que los que se derivan de la vida social<sup>69</sup>. Desde esta perspectiva, la identidad no es consustancial a la persona, sino que se va modificando a lo largo de la vida: los datos genéticos y morfológicos no nos constituyen; no hay dimensión espiritual y la dimensión psicológica se va construyendo a lo largo de la existencia. Es decir, carecemos totalmente de *yoidad*. Somos libertad absoluta, seres en constante autoconstrucción a través de nuestros actos. Cada uno se autodefine como quiera en cada momento de su vida sin necesidad de encajar en ninguna categoría predefinida<sup>70</sup>.

De acuerdo con esta tesis, la esencia propia del ser humano se va haciendo en su existencia. El sujeto humano se va construyendo a sí mismo a lo largo del tiempo siendo para sí mismo su propio proyecto de existencia. No hay nada que pueda ser llamado *naturaleza humana* sino un continuo hacerse como resultado de la libertad en interacción con el ambiente. Llevando las ideas existencialistas de Jean Paul Sartre al extremo, se afirma que no

---

<sup>67</sup> FIRESTONE, S.: *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*, Farrar, Straus&Giroux, New York, 1970.

<sup>68</sup> Para profundizar en el origen y significado del dualismo antropológico, ver YEPES STORK, R. *Fundamentos de antropología*, Eunsa, Pamplona, 1996, p. 33 y ss.

<sup>69</sup> Una de las autoras más representativas de esta concepción antropológica es Margaret Mead, para quien: «We are forced to conclude that human nature is almost unbelievably malleable, responding accurately and contrastingly to contrasting cultural conditions... The members of either or both sexes may, with more or less success in the case of different individuals, be educated to approximate (any temperament)». *Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, W. Morrow & Co.: New York, 1935.

<sup>70</sup> Cfr. DORLIN, E.: *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2009, pp. 91 y ss.

hay una esencia que preceda a la existencia: el hombre empieza por existir, se encuentra, surge en el mundo, y después se define<sup>71</sup>.

Estamos, por tanto, ante la superación legal del dimorfismo sexual. No hay hombres ni mujeres sino múltiples identidades, infinitas, pues cada uno las expresa como quiere. Eso explica que una gran parte del feminismo haya dado la espalda a la antropología de género y esté luchando «contra el borrado de las mujeres», pues «como feministas, no podemos permitir que el género se introduzca en las leyes como una «identidad» y se proteja por encima de la categoría sexo»<sup>72</sup>. «El género –dicen– no es una identidad, el género es el conjunto de normas, estereotipos y roles, impuestos socialmente a las personas en función de su sexo. El género es un instrumento que favorece y perpetúa la situación de subordinación en la que nos encontramos las mujeres. Por eso, admitirlo como «identidad» implica esencializarlo, anulando por completo las posibilidades de luchar contra las imposiciones que conlleva».

## 5. ANÁLISIS CRÍTICO

### 5.1 Algunas contradicciones

Nos preguntamos si esta concepción de la persona que se basa en la autodeterminación y autoconstrucción de la propia identidad tiene alguna base científica, y descubrimos que no solo no la tiene, sino que se contradice con los datos que nos ofrecen distintas ciencias. El rasgo definitivo para distinguir un hombre de una mujer –o un macho de una hembra si abordamos la cuestión en el reino animal– es la función reproductiva. A partir de ahí se pueden explicar los tres niveles del dimorfismo sexual: el sexo genético (cromosomas XX en la mujer o XY en el hombre); el sexo gonadal (ovarios o testículos) y el sexo fenotípico (masculino o femenino, que incluye diferencias cerebrales). La biología muestra que el ser humano existe como varón o como mujer desde el momento de la concepción, y que esta condición, que se puede conocer desde fases muy tempranas de la gestación determinando el cariotipo de las células del embrión, se mantiene invariable hasta el final<sup>73</sup> y está presente en cada célula de nuestro cuerpo, incluso en

---

<sup>71</sup> «El hombre es el único que no sólo es como él se concibe, sino tal como él se quiere, y como se concibe después de la existencia, como se quiere después de este impulso hacia la existencia; el hombre no es otra cosa que lo que él se hace». J. P. Sartre, *El existencialismo es un humanismo*, Ediciones del 80, Barcelona, 1997.

<sup>72</sup> <https://contraelborradodelasmujeres.org/>

<sup>73</sup> AZNAR, J. y TUDELA, J.: «Aspectos biomédicos de la transexualidad», en *Transexualidad. Valoración pluridisciplinar del fenómeno y su regulación legal*, Universidad Católica de Valencia, 2017. Ver también J. F. Benenson y H. Markovits, *Warriors and worriers: The survival of the sexes*, Oxford University Press, 2014.

el cerebro<sup>74</sup>. Es decir, la ciencia muestra que la sexualidad humana es binaria<sup>75</sup>.

El *American College of Pediatricians* publicó en agosto de 2016 un documento titulado *Gender Ideology Harms Children* en el que explicaba claramente que la biología nos dice que todos los seres humanos somos hombres o mujeres, y que este es un dato biológico objetivo. En dicho documento se afirma que la conciencia de uno mismo como hombre o mujer se desarrolla con el tiempo y, como todos los procesos de desarrollo, puede desviarse a consecuencia de las percepciones subjetivas del niño, de sus relaciones y de sus experiencias adversas desde la infancia. Quienes se identifican como «sintiéndose del sexo opuesto» o como «algo intermedio» no conforman un tercer sexo. Siguen siendo hombres biológicos o mujeres biológicas<sup>76</sup>. En el mismo sentido se han manifestado otros autores desde sus respectivas disciplinas, con argumentos sólidos, como José Errasti y Marino Pérez Álvarez, ambos psicólogos y autores del libro titulado *Nadie nace en un cuerpo equivocado*<sup>77</sup>.

Quizá olvidamos que para los defensores del principio de autodeterminación la biología no importa. Hemos visto que consideran que no solo el género sino también el sexo es construido, es decir, la sociedad otorga un significado arbitrario a los cuerpos sexuados del que es preciso liberarse para poder autoconstruirse libremente. Pero, si cada uno puede autoidentificarse libremente con independencia de su biología, ¿por qué es tan importante manipular e intervenir en el cuerpo? ¿Si la biología no importa, por qué los tratamientos de «reasignación sexual», tan sumamente invasivos y dolorosos? Según dicen, somos libres para autodefinirnos y si queremos reconfigurar nuestro cuerpo tenemos derecho a hacerlo, forma parte del libre desarrollo de nuestra personalidad. La libertad de cada uno, en este caso la llamada «libertad morfológica», es superior a la realidad<sup>78</sup> y debe ser garantizada. Así, el derecho a la libre autodeterminación de género se configura como un derecho prestacional, cubierto por la seguridad social. Sin embargo, esto no soluciona el problema, pues puede resultar incongruente con la despatologización de la disforia de género que preside el texto de estas leyes. Si no se trata de curar una patología, si es solo una cuestión de adaptar el cuerpo al deseo del sujeto, ¿por qué está incluido en la seguridad

---

<sup>74</sup> BARON-COHEN, S.: *La gran diferencia: Cómo son realmente los cerebros de hombres y mujeres*, Amat Editorial, Barcelona, 2005.

<sup>75</sup> Ya hemos visto que los llamados estados intersexuales no constituyen un tercer sexo, sino que son patologías biológicas.

<sup>76</sup> El documento original ha desaparecido de la página del *American College of Pediatricians*, pero se pueden encontrar numerosas transcripciones literales en distintas páginas, como por ejemplo en <https://www.madurezpsicologica.com/en/gender-ideology-harms-children/>

<sup>77</sup> ERRASTI, J. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Nadie nace en un cuerpo equivocado*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2022.

<sup>78</sup> CASTELLANO, D.: «Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados», en M. AYUSO, *¿Transhumanismo o posthumanidad?* Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 177.

social mientras que la cirugía estética no lo está, aunque la persona se sienta realmente mal con alguna parte que no le agrada de su cuerpo?

Por otra parte, cabe preguntarse por qué la autodeterminación es válida solo para lo relativo a la identidad sexual o de género. ¿No es digna de ser tenida en cuenta en el caso, por ejemplo, de un trastorno dismórfico corporal?<sup>79</sup> ¿O en el caso de autoidentificación racial?<sup>80</sup> ¿O en el caso de los que se consideran *otherkin*, es decir, pertenecientes a otra especie?<sup>81</sup> Sobre todo, cuando se entiende por *persona trans* aquella que define su identidad «en sus propias palabras», como hace la Ley andaluza en su artículo 3 o la madrileña en el artículo 1. Quizá en un futuro cercano los hospitales públicos tengan que abrir un departamento dedicado a adaptar el cuerpo de cada uno según su gusto.

Como hemos visto, las leyes analizadas pretenden favorecer al máximo el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, se contradicen a sí mismas cuando proclaman la libertad de cada uno para autodeterminarse, y, al mismo tiempo, prohíben lo que llaman terapias de aversión o conversión. Una persona que siente atracción por el mismo sexo y no está conforme con ello no puede buscar ayuda para orientar su atracción hacia el sexo opuesto. Una persona con incongruencia de género que quiera reconciliarse consigo misma y recuperar su identidad tampoco puede buscar apoyo psiquiátrico o psicológico para lograrlo. ¿Dónde están, entonces, la libertad y la autonomía personales?

Como venimos defendiendo, el principio de autodeterminación no debería imponerse a la sociedad como la única concepción antropológica admisible. Otra cosa es reconocer que el fenómeno que ahora llamamos transexualidad ha existido siempre y no se ha tratado con el debido respeto. Está claro que existen casos y que requieren una respuesta por parte del legislador. El camino elegido en las normas que analizamos consiste en privilegiar la autopercepción por encima de la biología, asumiendo que esa autoidentificación no falla. Como hemos visto, la legislación española lo despatologiza absolutamente, a pesar de que en el manual de la Asociación Psiquiátrica Americana se sigue considerando un trastorno cuando es egodistónica, es decir, cuando produce sufrimiento en el sujeto<sup>82</sup>, y de que la Organización Mundial de la Salud habla de «incongruencia de género» dentro del capítu-

---

<sup>79</sup> Se trata de un trastorno obsesivo-compulsivo que consiste en la existencia de una preocupación persistente por un defecto (focal o generalizado) en la apariencia física.

<sup>80</sup> Rachel Dolezal intentó «transicionar» de blanca a negra, lo cual generó una amplia polémica, a pesar de que las consideraciones que fundamentan la autodeterminación de género parecen igualmente aplicables a la autodeterminación racial, como argumenta R. Tuvel, *In Defense of Transracialism*, *Hypatia* 32 (2): 2017, pp. 263-278,

<sup>81</sup> <https://www.vice.com/en/article/yvwknv/what-does-it-mean-to-be-trans-species>

<sup>82</sup> <https://segm.org/England-ends-gender-affirming-care>; American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5.ª edición, Arlington (Virginia), American Psychiatric Association, 2013 (pp. 451-459). Véanse a partir de la p. 455 los índices de persistencia de la disforia de género.

lo de «condiciones relativas a la salud sexual». Sabiendo que los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas son muy agresivas e irreversibles, y habiendo casos de desistimiento, parece que el camino debería estar lleno de ponderación, criterio cualificado y prudencia.

## 5.2 El interés superior del menor

Ya hemos visto que el principio que preside estas leyes es el del bien superior del menor, interpretado como el cambio de sexo. Acabamos de señalar que los tratamientos de «cambio» de sexo son irreversibles, dolorosos y vitalicios<sup>83</sup>. Si en cualquier adulto parece razonable actuar con el debido discernimiento, en el caso de los menores se debería extremar la prudencia y cuestionar su capacidad para auto-diagnosticarse<sup>84</sup>.

Tanto la práctica clínica como la experiencia indican que siempre ha habido un porcentaje de menores que atraviesa una época de confusión respecto a su propia identidad, y que la inmensa mayoría de ellos supera esta fase de manera natural en poco tiempo. Sin embargo, las normas que analizamos pueden provocar una grave desprotección de los menores al prescindir por completo de asistencia por parte de profesionales cualificados y apartar de su lado a los padres cuando no están de acuerdo con la pretensión de sus hijos. Se habla ya de un nuevo fenómeno denominado disforia de género de aparición súbita (RODG en sus siglas en inglés *rapid-onset gender dysphoria*)<sup>85</sup> que está afectando sobre todo a niñas que no son capaces de asumir los cambios corporales aparejados a la pubertad y que son inducidas a pensar que son chicos atrapados en un cuerpo femenino<sup>86</sup>.

Cuando un menor tiene alguna dificultad afectiva o algún tipo de trastorno autista o de otro tipo, resulta sencillo que caiga en este tipo de confusión, dicen los especialistas<sup>87</sup>. Como han señalado numerosos profesionales y asociaciones<sup>88</sup>, no se debe dejar a los menores solos en estos casos, y mucho

<sup>83</sup> SHRIER, A.: *Un daño irreversible. La locura transgénero que seduce a nuestras hijas*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2021. Ver también J. López Guzmán, *La administración de bloqueadores de la pubertad a personas trans: una aproximación interdisciplinaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

<sup>84</sup> MIRANDA-NOVOA, M.: «El tratamiento de afirmación de género en menores con disforia de género y la validez del consentimiento informado», *Cuadernos de Bioética*, 33(107), 2022, pp. 99-109. Disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2022/33/107/99.pdf>.

<sup>85</sup> LITTMAN, L.: «Rapid-onset gender Dysphoria in adolescents and young adults: A study of parental reports», *PloS ONE*, 2018; 13.

<sup>86</sup> SHRIER, A.: *Un daño irreversible. La locura transgénero que seduce a nuestras hijas*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2021.

<sup>87</sup> VAN DER NABBIJOHN, A.; SANTAROSSA, A. *et al.*: «Gender Variance and the Autism Spectrum: An Examination of Children Ages 6-12 Years. *J Autism Dev Disord.* December 2018; TURBAN, J. L.: Van SCHALKWYK, G. I.: «Gender Dysphoria» and Autism Spectrum Disorder: Is the Link Real? *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry.* 2018;57(1):8-9.e2.

<sup>88</sup> Ver, por ejemplo, la agrupación de madres de adolescentes y niñas con disforia acelerada AMANDA <https://www.amandafamilias.org/estudios-oficiales>.

menos se debe aceptar su propio sentimiento como diagnóstico infalible. Esto, además, resulta contrario a lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en su artículo 2 apartado 5.º requiere la intervención en toda resolución de cualquier orden jurisdiccional que afecte a un menor, de profesionales cualificados o expertos. Es más, en las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor –y parece que un cambio de sexo lo es– se exige un informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado.

Como hemos visto, el *American College of Pediatricians* se pronunció con claridad afirmando que «cuando un niño que por lo demás es biológicamente sano cree que es una niña; o una niña que por lo demás es biológicamente sana cree que es un niño, existe un problema psicológico objetivo –en la mente, no en el cuerpo–, y debe ser tratado como tal»<sup>89</sup>. Por su parte, la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición pide rigor científico, respeto a los principios éticos y prudencia ante tratamientos «crónicos, agresivos e irreversibles». Advierte también sobre la necesidad de no confundir «el comportamiento de género cruzado» con la disforia de género. Y resalta que «los datos de persistencia indican que una gran mayoría (80-95%) de niños prepúberales que dicen sentirse del sexo contrario al de nacimiento, no seguirá experimentado tras la pubertad la DG, dificultando con ello el establecimiento de un diagnóstico definitivo en la adolescencia»<sup>90</sup>. Según el DSM-V, hasta un 98% de niños con género confuso y hasta un 88% de niñas con género confuso aceptan finalmente su sexo biológico tras pasar la pubertad de forma natural<sup>91</sup>.

Si tenemos en cuenta todo esto, junto con los efectos irreversibles de estos tratamientos, la ausencia de datos sobre su eficacia y seguridad a largo plazo, la cantidad de casos de transición inversa que se producen, parece más razonable atender el profundo malestar que siente un menor con disforia de género con otros medios. Pero la narrativa presente en las redes sociales y reforzada por la legislación vigente dice que cuando un menor no está a gusto con su cuerpo la única salida es acudir a tratamientos hormonales y a intervenciones quirúrgicas irreversibles. Sin embargo, es razonable preguntarse si este es el mejor camino para ayudar a una persona cuya supuesta identidad se basa en el rechazo de su propio cuerpo. Quizá el primer paso debería ser descartar patologías preexistentes, y enseñarle a amarse a sí

<sup>89</sup> <https://www.madurezpsicologica.com/en/gender-ideology-harms-children/>.

<sup>90</sup> Documento de posicionamiento: Disforia de Género en la infancia y la adolescencia. Grupo de Identidad y Diferenciación Sexual de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (GIDSEEN). <https://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E15/P1-E15-S590-A275.pdf>.

<sup>91</sup> <https://segm.org/England-ends-gender-affirming-care>; American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5.ª edición, Arlington (Virginia), American Psychiatric Association, 2013 (pp. 451-459). Véanse a partir de la p. 455 los índices de persistencia de la disforia de género.

mismo y sanar su autoestima en lugar de asumir su autopercepción como incuestionable. En algunos países con Inglaterra, Finlandia y Suecia se ha cambiado radicalmente la manera de atender a los menores con disforia de género, abandonando el modelo de afirmación del género sentido por un abordaje holístico que tiene en cuenta todo el contexto del menor, incluyendo otros marcadores de salud<sup>92</sup>.

### 5.3 Colisión con otras concepciones antropológicas y con los derechos y libertades constitucionales

Como hemos visto, el principio de autodeterminación de género descansa sobre una concepción de la persona que niega la naturaleza humana, considera que lo biológico no tiene importancia respecto a la identidad de la persona e identifica dignidad con libertad incondicionada y autonomía. Esta concepción antropológica no es compartida por todo el mundo, es más, va en contra de la tradición filosófica occidental que ha estado desde hace siglos estrechamente vinculada a la filosofía griega y a la religión cristiana.

En efecto, la religión cristiana, que está en la raíz de la cultura europea, parte de la revelación de Dios Creador del hombre y la mujer (Gen. 1, 27-28), lo mismo que la religión judía y el Islam. En cuanto a la tradición filosófica occidental, ha estado basada en gran parte en la teoría hilemórfica aristotélica que habla de materia y forma en la composición de cada persona humana, cuerpo y alma en la terminología propia de la tradición cristiana. Desde esta perspectiva en la corporalidad se encuentra ineludiblemente la sexualidad y el ser humano es impensable fuera de su condición sexuada, existe únicamente en dos posibilidades: hombre o mujer. Y, al estar el cuerpo y el alma sustancialmente unidos, la diferenciación sexual no se reduce al ámbito corpóreo, sino que matiza y modula hasta los rincones más íntimos de la persona del hombre y de la mujer. Es una característica básica que acompaña a la persona durante toda su existencia y que trasciende lo puramente biológico afectando al núcleo mismo de la persona. Por eso no decimos que una persona *tiene* un sexo masculino o femenino, sino que decimos que *es* hombre o mujer.

Esto no quiere decir que nuestra identidad sexual sea sólo biología, sino que tiene una indudable base biológica, además de espiritual y biográfica. Nuestra identidad tiene, por tanto, una dimensión dada y estable de la que no podemos disponer, y una dimensión dinámica que parte de lo dado y se construye en interacción con las circunstancias psico-biográficas que a cada uno le toque vivir.

---

<sup>92</sup> <https://segm.org/England-ends-gender-affirming-care>

Esta concepción antropológica que acabamos de describir y que comprende a la persona como un ser biopsicosocial y espiritual es compartida por muchos. Otros consideran que somos animales especialmente evolucionados, seres puramente biológicos, eso sí, extremadamente sofisticados. Tanto si no situamos en la primera noción de persona como en la segunda estaremos en desacuerdo con el principio de autodeterminación de género<sup>93</sup>. Por tanto, no parece propio de una sociedad democrática que se imponga por ley como la doctrina estatal obligatoria para todos, con la amenaza de una sanción para quien ose discrepar.

Las leyes que acabamos de analizar no parecen encajar fácilmente en el marco de derechos y libertades proclamados y protegidos en la Constitución, pues atentan directamente con la libertad ideológica y religiosa (art. 16), la libertad de expresión, de información y de cátedra (art. 20) y la libertad de enseñanza (art. 27). Como decíamos al principio, una cosa es respetar siempre a las personas y no discriminarlas nunca injustamente con independencia de su orientación sexual y de su manera de auto percibirse, y otra cosa es imponer a toda la sociedad una antropología que no todos comparten y que presenta serias dificultades científicas. El respeto a las personas que se autodenominan *trans* no tiene por qué conducir a la negación de la naturaleza humana y del dimorfismo sexual<sup>94</sup>.

## CONCLUSIONES

Podemos resumir sucintamente las conclusiones de este trabajo en las siguientes cuestiones:

- Las personas son siempre merecedoras de respeto y no se debe tolerar la discriminación injusta.
- La autodeterminación de género descansa sobre una concepción dualista de la persona que niega la naturaleza humana, considera que lo biológico no tiene importancia respecto a la identidad de la persona e identifica dignidad con autonomía y libertad incondicionada. Desde esta perspectiva el cuerpo no tiene ningún significado personal, la sexualidad no es binaria y el sujeto es libre para autoconstruirse como quiera.
- Esta concepción antropológica se ha ido gestando a lo largo de las últimas décadas gracias a la influencia de distintos autores y del movimien-

---

<sup>93</sup> A modo de ejemplo, podemos ver una crítica de la autodeterminación de género desde el biologicismo en PINKER, S.: *Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*, Penguin Books, New York, 2003. Y desde la antropología cristiana en Congregación para la Educación Católica: *Varón y mujer los creó*. Ciudad del Vaticano, 2019.

<sup>94</sup> LORA, P. de: *Lo sexual es político (y jurídico)*. Madrid, Alianza Editorial, 2019, p. 196.

to feminista que inicialmente vio en ella un medio para la liberación de la mujer. A nivel jurídico-político se ha ido introduciendo en los ordenamientos jurídicos occidentales en parte por la influencia de las organizaciones supranacionales y de los tribunales internacionales.

– La autodeterminación de género y la concepción antropológica que la sustenta no está avalada por los datos que aporta la ciencia y no es compartida por todos, por lo que su imposición con la fuerza de la ley se puede considerar arbitraria e injusta.

– La autodeterminación de género, lejos de ser una fuente de liberación para la mujer es su peor enemigo ya que conduce al borrado de las mujeres.

– El interés superior del menor aconseja prudencia y un abordaje holístico a la hora de tratar a menores con disforia de género, por lo que es recomendable seguir los pasos de países que han abandonado el modelo de afirmación de género.

– Es necesario encontrar una solución legal que sea al mismo tiempo respetuosa con las personas con disforia de género y con toda la sociedad, que proteja adecuadamente los derechos de todos y que se oriente al bien común.

– No se puede aceptar que la no discriminación de las personas trans conduzca necesariamente a la aceptación por todos de la autodeterminación de género y de la antropología que la sustenta.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN COLLEGE OF PEDIATRICIANS, *Gender Ideology Harms Children*, <https://www.madurezpsicologica.com/en/gender-ideology-harms-children/>
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5.ª edición, Arlington (Virginia), 2013.
- ANTONINI, L.: «Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali», en F. D'Agostino: *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno nazionale dell'UGCI, Pavia, 5-7 de diciembre 2009, Milano, 2012, 12.
- AZNAR, J. y Tudela, J.: «Aspectos biomédicos de la transexualidad», en *Transexualidad. Valoración pluridisciplinar del fenómeno y su regulación legal*, Universidad Católica de Valencia, 2017.
- BARON-COHEN, S.: *La gran diferencia: Cómo son realmente los cerebros de hombres y mujeres*, Amat Editorial, Barcelona, 2005.
- BENENSON, J. F. y MARKOVITS, H.: *Warriors and worriers: The survival of the sexes*, Oxford University Press, 2014.
- BUTLER, J.: *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990.
- CASTELLANO, D.: «Las consecuencias sociales y políticas de una sociedad con hombres mejorados», en M. Ayuso, *¿Transhumanismo o posthumanidad?* Marcial Pons, Madrid, 2019.

- Congregación para la Educación Católica: *Varón y mujer los creó*. Ciudad del Vaticano, 2019.
- DERRIDA, J.: «Ser justo con Freud. La historia de la locura en la edad del psicoanálisis», en VV. AA.: *Pensar la locura. Ensayos sobre Michel Foucault*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México, 1996.
- *Desconstrucción y pragmatismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.
- DORLIN, E.: *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2009.
- DURÁN, P.: *Sobre el género y su tratamiento en las organizaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ELÓSEGUI, M.: «Sexo, género, orientación sexual, identidad sexual y sus patologías», en *Diez Temas de Género*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2011.
- ENGELS, F.: *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1970.
- ERRASTI, J. y Pérez Álvarez, M.: *Nadie nace en un cuerpo equivocado*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2022.
- FANÁ, A.: *Ley y cambio social. El caso del aborto en España*, Tesis doctoral defendida en la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, 2016. Disponible en <http://ddfv.ufv.es/handle/10641/2905>.
- FIRESTONE, S.: *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*, Farrar, Straus&Giroux, New York, 1970.
- GAYLE, R.: «Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality», en C. S. Vance, *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Pandora, London, 1992.
- GONZALEZ MERLO, J.: *Ginecología*, Masson-Salvat, Barcelona, 1998.
- Intersex Society of North America, *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood*, 2006. Disponible en <https://dsguidelines.org/files/clinical.pdf>
- IZQUIERDO, P. J.: «La autodeterminación personal y sus consecuencias jurídicas», en M. Ayuso (ed), *Transhumanismo o posthumanidad*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979.
- KUBY, G.: *La Revolución Sexual Global*, Didaskalos, Madrid, 2017.
- LITTMAN, L.: «Rapid-onset gender Dysphoria in adolescents and young adults: A study of parental reports», *PloS ONE*, 2018; 13.
- LÓPEZ GUZMÁN, J.: *La administración de bloqueadores de la pubertad a personas trans: una aproximación interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LORA, P. de, *El laberinto de género*, Alianza Editorial, Madrid, 2021.
- MARCUSE, H.: *Eros y civilización*, Ariel, Madrid, 2010.
- MEAD, M.: *Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, W. Morrow & Co.: New York, 1935.
- MIRANDA-NOVOA, M.: «El tratamiento de afirmación de género en menores con disforia de género y la validez del consentimiento informado», *Cuadernos de Bioética*, 33(107), 2022, pp. 99-109.
- MOI, T.: *What is a Woman*, Oxford University Press, New York, 2001.
- NABBIJOHN, A., VAN DER, SANTAROSSA, A., et al.: «Gender Variance and the Autism Spectrum: An Examination of Children Ages 6-12 Years.. *J Autism Dev Disord*. December 2018.
- PINKER, S.: *Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*, Penguin Books, New York, 2003.
- PUPPINCK, G.: *Mi deseo es la ley*, Encuentro, Madrid, 2020.
- RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

- REICH, W.: *La revolución sexual. Para una estructura de carácter autónoma del hombre*, Planeta, Barcelona, 1993.
- RODOMONTE, M. G.: «Nuevos derechos y principio de autodeterminación entre el tribunal europeo de derechos humanos, la corte constitucional italiana y el legislador nacional. Algunas reflexiones», en *Estudios de Deusto* 62 (2), 405-419.
- SANDBERG, A.: «Morphological Freedom: Why We Not Just Want It, but We Need It», en M. More, M. y N. Vita-More (eds), *The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology and Philosophy of the Human Future*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2013.
- SHRIER, A.: *Un daño irreversible. La locura transgénero que seduce a nuestras hijas*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2021.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ENDOCRINOLOGÍA Y NUTRICIÓN. GRUPO DE IDENTIDAD Y DIFERENCIACIÓN SEXUAL DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ENDOCRINOLOGÍA Y NUTRICIÓN (GIDSEEN), «Disforia de Género en la infancia y la adolescencia». *Rev Esp Endocrinol Pediatr.*: vol. 6, n.º 1, 2015. <https://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E15/P1-E15-S590-A275.pdf>
- STOLLER, R. J.: *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, Science-House, New York, 1968.
- TURBAN, J. L.: Schalkwyk, G. I van, «Gender Dysphoria» and Autism Spectrum Disorder: Is the Link Real? *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*. 2018;57(1):8-9.e2.
- TUVEL, R.: *In Defense of Transracialism*, *Hypatia* 32 (2): 2017.
- YEPES STORK, R.: *Fundamentos de antropología*, Eunsa, Pamplona, 1996.

# Análisis jurídico de los principales aspectos de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

**M.<sup>a</sup> JOSÉ CASTAÑÓN ÁLVAREZ**  
Universidad Francisco de Vitoria

SUMARIO: 1.– Introducción. 2.– Delimitación conceptual y clases. 3.– Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Análisis y consideraciones desde un punto de vista jurídico. 3.1 Principales razones y argumentos en los que se fundamenta la ley. 3.2 Análisis de los principales requisitos y condiciones establecidas en la ley orgánica para recibir la prestación de ayuda a morir. 3.3 Ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por los profesionales sanitarios implicados en la prestación de ayuda para morir. 4.– Nueva redacción del apartado 4 e introducción del apartado 5 del artículo 143 CP. 5.– Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La tipificación de la eutanasia ha sido siempre una materia objeto de controversia ética, política, social y jurídica. La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, vuelve de nuevo a plantear una serie de discusiones al tener como objeto la desincriminación de la eutanasia y la regulación de dicha técnica.

Nuestro Código Penal castigaba hasta ahora como delito la eutanasia activa directa en el artículo 143.4: «*el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar*». Con este delito, el legislador penal pretendía proteger el bien jurídico «vida humana independiente», derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE, fundamento del resto de derechos y libertades, que no tienen sentido alguno sin la protección de la vida. No obstante, algunos autores siguen defendiendo y manteniendo que la vida humana independiente que protege el legislador penal se tutela en contra de la voluntad de su titular, porque lo que en realidad se protege es «el tabú de la intangibilidad de la vida ajena», por miedo a que no se puedan controlar los abusos que pudieran surgir en el caso de despenalizar los supuestos castigados hasta ahora en el texto penal<sup>1</sup>. En conexión con esta cuestión se plantea si existe, o no, el derecho fundamental a disponer de la propia vida y, por tanto, si cabe reconocer un derecho que posibilite la desincriminación de la cooperación a la muerte de otro, cuando éste la pide, tal y como regula la nueva Ley<sup>2</sup> que reconoce e incluye en nuestro ordenamiento jurídico la eutanasia como nuevo derecho individual: el derecho de toda persona a morir, a eliminar vidas sin sentido, por el bien, supuestamente del que lo recibe. Se trata, por tanto, de una apuesta peligrosa si tenemos en cuenta que constitucionalmente el derecho a la vida es indisponible plenamente por su titular: nadie está legitimado para autorizar a otro que acabe con su vida.

## 2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CLASES

El término eutanasia tiene varias acepciones y se utiliza de manera muy diversa; procede del griego: «*eu*»: bueno y «*thanatos*»: etimológicamente significa «buena muerte»; la intervención encaminada a provocar la muerte de un sujeto sin sufrimiento físico, o bien, el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento<sup>3</sup>. La utilización del término buena muerte, o muerte dulce, sin dolor, tranquila, ha evolucionado y actualmente hace referencia al acto de acabar con la vida de una persona con una enfer-

<sup>1</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 15 y ss.

<sup>2</sup> HERRERO HERRERO, C.: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE y Ministerio de Justicia*, 2003, pp. 1182 y ss.

<sup>3</sup> Vid. LO 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

medad grave e incurable o con una enfermedad grave, crónica e invalidante, a petición suya, con el fin de minimizar el sufrimiento; como consecuencia de dicha definición, se puede llegar a entender que el autor de la muerte actúa por móviles de piedad y de solidaridad con quien sufre la enfermedad.

Al ser la eutanasia un fenómeno tan complejo se pueden distinguir muchas posibilidades; en términos generales cabe hablar de dos clases de eutanasia: activa y pasiva. La primera supone causar la muerte al enfermo mediante acciones: una acción positiva provoca la muerte del paciente. La eutanasia pasiva consiste en omitir actuaciones o tratamientos necesarios para mantener con vida al paciente: dejar morir intencionadamente al paciente por omisión de cuidados o de tratamientos que estuviesen indicados y fuesen proporcionados; la desconexión del enfermo a los mecanismos externos o la interrupción de un tratamiento necesario para mantenerlo con vida son considerados eutanasia pasiva. La omisión de tratamientos desproporcionados respecto al resultado que se va a obtener finalmente no es eutanasia pasiva, sino más bien una correcta práctica desde el punto de vista de la deontología médica y de la bioética: correcta limitación del tratamiento médico o terapias fútiles, respetando en todo caso, el derecho del paciente para decidir y renunciar, en su caso, al tratamiento, en un determinado momento.

A su vez, hay que distinguir entre eutanasia directa e indirecta<sup>4</sup>. La primera se produce cuando la conducta además de aliviar o eliminar el dolor del paciente, produce la muerte de este; la segunda, cuando la conducta destinada deliberadamente a evitar el dolor puede tener como efecto secundario, un paulatino acortamiento de la vida.

Impropias de la definición de eutanasia son todas aquellas actuaciones cuyo objetivo es evitar el sufrimiento del paciente sin acortarle la vida: «ortotanasia»; en términos generales se entiende por tal, la muerte natural de la persona terminal, o con una enfermedad incurable, tratándola con cuidados paliativos evitando o intentando evitar sufrimientos; no se adelanta la muerte, se acompaña al enfermo terminal, considerando su vida digna hasta el final<sup>5</sup>.

El Código Penal ha tipificado y castigado únicamente como delito la eutanasia activa directa, considerando conductas atípicas la eutanasia pasiva, tanto directa, como indirecta, y la eutanasia activa indirecta<sup>6</sup>; el legislador ha considerado estas conductas como modalidades menos graves, quedando por tanto, despenalizadas; el diferente tratamiento penal sólo puede

<sup>4</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: «Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta», en *Diario La Ley*, n.º 6300, 2005, pp. 9 y ss.

<sup>5</sup> ROMERO, COLOMA, A. M.: «Eutanasia y derecho a la vida: un conflicto de derechos», en *Revista Ceflegal*. CEF, n.º 215, 2018, pp. 117 y ss.

<sup>6</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El ocasionamiento de muerte que empieza como homicidio y acaba como asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1967

explicarse desde la consideración de que en este ámbito se valora de manera sustancialmente desigual la acción directa («matar») que la acción indirecta y la omisión («dejar morir»)<sup>7</sup>.

### 3. LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO

#### 3.1 Principales razones y argumentos en los que se fundamenta la nueva ley

La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, pretende dar «una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia»<sup>8</sup>. Resulta evidente que la eutanasia es una figura recurrente y controvertida desde antaño, que suscita continua polémica en torno a sus aspectos jurídicos, éticos, psicológicos y sociales, sin embargo, diferentes estudios estadísticos reflejan que el tema de la eutanasia no se puede considerar uno de los principales problemas de nuestro país<sup>9</sup> y así se deduce también de la escasa jurisprudencia existente al respecto.

El Preámbulo de la Ley recoge expresamente que «El debate sobre la eutanasia, tanto desde el punto de vista de la bioética, como del derecho, se ha abierto paso en nuestro país y en los países de nuestro entorno durante las últimas décadas» ...; se entiende por países de nuestro entorno, aquellos que pertenecen a la Unión Europea; actualmente dentro de ésta, sólo está legalizada la eutanasia en tres países: Holanda (2002), Bélgica (2002) y Luxemburgo (2008); por tanto, la práctica mayoría de países europeos prohíben la eutanasia. España es el cuarto estado de la Unión Europea en tener una norma que regula el poner fin a la vida de una persona, en caso de enfermedad grave e incurable, crónica e invalidante; no obstante, el hecho de que exista una norma que destipifique la eutanasia, no implica el cese de todo debate sobre la cuestión, y en este sentido, las legislaciones vigentes de Bélgica, Holanda y Luxemburgo han sido y son objeto de supervisión y de debates constantes<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> COBO DEL ROSAL, M.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 110 y ss.

<sup>8</sup> Vid. LO 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

<sup>9</sup> [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html); [https://www.ine.es/buscar/searchResults.do?Menu\\_botonBuscador=&searchType=DEF\\_SEARCH&startat=0&L=0&searchString=eutanasia](https://www.ine.es/buscar/searchResults.do?Menu_botonBuscador=&searchType=DEF_SEARCH&startat=0&L=0&searchString=eutanasia).

<sup>10</sup> <https://www.observatoriobioetica.org/2018/11/analisis-de-la-proposicion-de-ley-reguladora-de-la-eutanasia-presentada-por-el-psoe-ante-el-congreso-de-los-diputados/28952>.

Continúa el Preámbulo de la Ley distinguiendo entre «*dos conductas eutanasias diferentes, la eutanasia activa y aquella en la que es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre. Por su parte, eutanasia activa es la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este, cuando se produce dentro de un contexto eutánico por causa de padecimiento grave, crónico e incapacitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable*». Se podría afirmar que la primera modalidad de eutanasia (... *el profesional sanitario facilita los medios necesarios, asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro*), es una *cooperación necesaria al suicidio de otra persona*, conducta que sigue siendo tipificada como delito en el artículo 143.2 CP; se entiende por cooperación necesaria<sup>11</sup> la aportación de aquél que interviene en el proceso de ejecución suministrando una ayuda operativamente insustituible para el autor principal y que deja en manos del cooperador la posibilidad de abortar el plan trazado.

La nueva ley añade un nuevo punto 5 al artículo 143, modificando el número 4 del mismo; sin embargo, llama la atención que los otros tres puntos del mismo artículo sigan penalizando la ayuda al suicidio, cuando la justificación que se aduce para aplicar la nueva ley es la autonomía de la persona a decidir libre y conscientemente sobre su vida, argumento este que no puede sostenerse si se mantienen vigentes los demás puntos del artículo 143 CP.

En cuanto a la segunda modalidad de eutanasia, la eutanasia activa, es practicada por un profesional sanitario, lo que implica la vulneración de su deber de salvar vidas humanas plasmado de forma explícita en el juramento hipocrático y en otros códigos deontológicos. En este mismo sentido, el Consejo de Europa, en la Recomendación de su Asamblea Parlamentaria del 25/6/1999 de Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos en Fase Terminal y Moribundos (suscrita por España) afirma que poner fin a la vida de un enfermo en cualquier circunstancia es contrario a toda ética profesional. Con la nueva Ley, el médico se convierte en administrador de la eutanasia, lo que implica una modificación de sus funciones y una instrumentalización de la profesión médica, sin tener en cuenta el daño irreparable que esto puede causar a la sociedad, transformando la imagen pública del médico y destruyendo el pacto mutuo de confianza entre profesional y paciente<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Vid. Artículo 28 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>12</sup> MARCOS DEL CANO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid 2019, p. 22.

Concluye el Preámbulo reconociendo e incluyendo en nuestro ordenamiento jurídico la eutanasia como «nuevo derecho individual»<sup>13</sup>. Se trata de una apuesta peligrosa, que llevaría a ciertos abusos en la realidad y en la Ley, puesto que el derecho a morir es realmente el derecho a eliminar ilimitadamente vidas sin sentido: las de los sufrientes, incurables, etc. por el bien de quien lo reciba. El artículo 15 de la Constitución Española regula expresamente: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...*»; la vida es objeto de protección en el Derecho Penal incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y que, en consecuencia, no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten<sup>14</sup>; como consecuencia, no puede hablarse de un derecho a la propia muerte ni, correlativamente, del deber de ejecutar una muerte a petición<sup>15</sup>. El Tribunal Constitucional reconoce «el derecho a la vida como jerárquicamente superior al resto de derechos, considerándolo presupuesto ontológico de éstos»<sup>16</sup>; por tanto, el derecho a la vida no parece ser ponderable y susceptible de decaer en favor de los demás bienes y derechos como reconoce la Ley; afirma la jurisprudencia del TC que el «derecho a la vida tiene un contenido de acción positiva, lo que impide considerarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»<sup>17</sup>; considera el derecho a la vida indisponible y sujeto a tutela con independencia de la voluntad de su titular y no admite que el artículo 15 CE reconozca el derecho a la propia muerte<sup>18</sup>. La CE afirma que todos tienen derecho a la vida, si bien es cierto que no impone la obligación de vivir; los derechos, incluidos los irrenunciables, como es el derecho a la vida, no pueden ser impuestos como obligaciones y en este sentido, afirma Vives Antón<sup>19</sup> que lo que realmente tutela el texto constitucional es el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular<sup>20</sup>; el derecho a la vida comprende ciertas obligaciones del Estado para con las personas sujetos de derechos fundamentales: dignidad, libertad, honor, etc.<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> Vid. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: «¿Existe derecho a morir?», en *Cuadernos de bioética*, Vol. 30, N.º 98, 2019, pp. 55 y ss.

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 64.

<sup>15</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. et al., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Civitas, Navarra, 2006, p. 73.

<sup>16</sup> STC 154/2002, de 18 de julio; STC 120/1990, de 27 de junio.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> STC 120/1990 de 27 de junio.

<sup>19</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

<sup>20</sup> Vid. AMENABAR BEITIA, J. M.: «La eutanasia como antídoto al suicidio», en *Revista de Bioética y Derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n.º 46, 2019, pp. 143 y ss.

<sup>21</sup> FRANCO CONFORTI, O. D. MADRID FERNÁNDEZ, S.: «Derecho a la vida y a la muerte. La restauración en el delito de eutanasia y suicidio asistido», en *Diario La Ley*, n.º 9482, 20 de septiembre de 2019, pp. 5 y ss.

### 3.2 Análisis de los principales requisitos y condiciones establecidas en la ley para recibir la prestación de ayuda a morir

El Capítulo I de la Ley delimita su objeto y ámbito de aplicación, asimismo recoge determinadas definiciones del texto normativo, resultando un tanto llamativo que el legislador obvie algunos conceptos fundamentales para la correcta aplicación de la Ley: sedación terminal, cuidados paliativos, obstinación terapéutica, etc.<sup>22</sup>.

En cuanto al objeto<sup>23</sup> de la nueva Ley, como ya ha quedado expuesto anteriormente, consiste en reconocer el derecho individual de toda persona a solicitar y recibir la eutanasia. Ahora bien, para poder ejercer este derecho es necesario que se den determinados requisitos según lo dispuesto en el Capítulo II del texto de la Ley, artículo 5:

*«a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España, o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.*

*b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos.*

*c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación al menos de quince días naturales entre ambas. Si el médico o la médica responsable considera que la muerte de la persona solicitante o la pérdida de su capacidad para otorgar el consentimiento informado son inminentes, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica del paciente o la paciente.*

*d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una enfermedad grave crónica e invalidante en los términos establecidos en esta ley, certificada por el médico o médica responsable.*

*e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del o la paciente.*

*2. No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable*

<sup>22</sup> MARCOS DEL CANO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J., ob. cit., p. 69.

<sup>23</sup> Artículo 1 LO 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

*certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1.d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable.*

*La valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.»*

Llama la atención la inseguridad jurídica que transmite la redacción de algunos de los requisitos exigidos por la Ley. Respecto al primero (5 a), sorprende que el texto se refiera únicamente a las personas que tengan «nacionalidad española, residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses»; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 dispone: «*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.*» En este mismo sentido, el artículo 43 de la Constitución Española reconoce como derecho fundamental «*la protección de la salud, atribuyendo a los poderes públicos competencias para organizar y tutelar la misma a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios*»; asimismo, el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, configura éste como un derecho de la ciudadanía, de carácter universal, no solamente ligado a la residencia, sino extendiéndolo también a las personas que se encuentren irregularmente en España, cuyo acceso había quedado vetado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1192/2012. De la misma manera, el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, prevé que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Por tanto, este primer requisito, resulta un tanto contradictorio con la normativa internacional y nacional que pretende conseguir que todas las personas alcancen plenamente su potencial de salud, reconociendo como fundamental el derecho a la salud y la equidad y solidaridad en esta materia entre todos los países.

Otro de los requisitos llamativos por la escasa seguridad jurídica que transmite es el regulado en la letra c) del mismo artículo 5; se refiere a la solicitud voluntaria del paciente y al llamado «consentimiento informado», (al que también hace referencia la letra e) entendiéndose por éste el artículo 3.a: «*la conformidad libre, voluntaria y consciente del o de la paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada...*»; la autonomía de la voluntad exige una serie de condiciones: intención, conocimiento suficiente y comprensión adecuada de la situación y de sus previsibles consecuencias, ausencia de control externo y autenticidad<sup>24</sup>. Entraña una gran dificultad el autenticar la verdadera voluntad del paciente y el riesgo que supone el dar primacía a esa voluntad. El sufrimiento físico o psíquico que conlleva la enfermedad hace que, en determinados casos, el enfermo cuente con una autonomía reducida, es más, desde un punto de vista psicológico, se advierte que en esa última fase de la vida el deseo de morir o vivir es fluctuante<sup>25</sup>; por todo ello, resulta muy difícil, por no decir imposible, garantizar la libertad o la autonomía de decisión, descartando presión externa de cualquier tipo (en el 63% de los casos, la causa de petición en el estado de Oregón era sentirse una carga para la familia y amigos)<sup>26</sup>.

En cuanto al cuarto requisito, recogido en la letra d) del artículo, regula las condiciones de la enfermedad del paciente: «*enfermedad grave e incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante*»; los conceptos de padecimiento grave, crónico e imposibilitante se definen en el artículo 3 b) y los términos enfermedad grave e incurable en el artículo 3c); padecimiento grave crónico e imposibilitante: «*situación que hace referencia a una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física, y actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para la misma, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vaya a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico*»; enfermedad grave e incurable: «*la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva*».

Se puede afirmar la laxitud de la ley cuando extiende su aplicación no sólo y únicamente a enfermos terminales, sino también a personas con

<sup>24</sup> MARCOS DEL CANO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J., ob. cit., p. 63.

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 64.

<sup>26</sup> *Vid.* <https://www.observatoriobioetica.org/2018/11/analisis-de-la-proposicion-de-ley-reguladora-de-la-eutanasia-presentada-por-el-psoe-ante-el-congreso-de-los-diputados/28952>.

padecimientos graves crónicos e imposibilitantes sin que sea necesaria una situación de proximidad con la muerte, lo que conlleva tal inseguridad jurídica que conduciría inevitablemente a la temida pendiente resbaladiza, que implicaría ir ampliando con el tiempo los casos incluidos en la aplicación de la norma, tanto legal, como ilegalmente, un ejemplo Holanda: en este país se dio el paso y se extendió la aplicación de la eutanasia a personas con sufrimiento psíquico, a menores de entre 12 y 16 años con graves padecimientos con consentimiento de sus padres e incluso a bebés con un pronóstico de calidad de vida muy pobre asociado a un sufrimiento continuo y sin esperanza de mejoría, con el consentimiento de los padres<sup>27</sup>.

Por último, dispone el artículo 5.2 que *los «pacientes que no se encuentren en pleno uso de sus facultades ni puedan prestar su conformidad libre voluntaria y consciente para realizar las solicitudes»* pero que hubieran suscrito con anterioridad un *«testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable. La valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud»*. La Ley da un valor prioritario al documento previo de últimas voluntades o equivalente, sin tener en cuenta que estas voluntades pueden ir cambiando en distintos momentos de la vida y que en muchas ocasiones las personas opinan de forma diferente cuando se refiere a su futuro, que cuando se trata de su realidad actual. Por ello, la aplicación de la eutanasia con base a documentos previos plantea serios problemas no resueltos por la Ley, particularmente la imposibilidad de comprobar si el paciente mantiene la misma voluntad en el momento de realizarla. Otra de las cuestiones que se plantean y que no resuelve la Ley son los casos de personas en situación de incapacidad de hecho, a criterio del médico o médica responsable, que no hubieren suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas o equivalente; en estos casos, la temida pendiente resbaladiza podría llevar a ampliar la aplicación de la eutanasia a los supuestos en los que falte la preceptiva petición del paciente, pasando de la eutanasia voluntaria a la involuntaria o no consentida: en Holanda, hay un 0,8% de eutanasias involuntarias, representando una de cada tres eutanasias; en Bélgica, un estudio revela que 66 de 208 casos de eutanasia se realizaron en ausencia de solicitud o consentimiento en pacientes que estaban en coma (70,1% casos) o sufrían demencia (21% casos)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> MARCOS DEL CANO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J., ob. cit., p. 17 y p. 70.

<sup>28</sup> *Ibidem* pp. 18 y 19.

Junto a las inseguridades expuestas, también resulta llamativo lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 7 respecto a la denegación de la prestación de ayuda para morir: *«El médico responsable que deniegue la solicitud de la prestación de ayuda para morir, con independencia de que se haya formulado o no una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente, deberá remitir, en el plazo de cinco días contados a partir de que se le haya notificado la denegación, los dos documentos especificados en el artículo 12, adaptando el documento segundo de modo que incluya los datos clínicos relevantes para la evaluación del caso y por escrito el motivo de la denegación»*; la Ley resulta demasiado exigente con el médico que deniega la eutanasia, obligándole a justificarlo documentalmente ante la Comisión de Garantía y Evaluación, cuando en la práctica médica habitual no se actúa así, respetándose el ejercicio libre de la profesión médica.

### 3.3 Ejercicio del derecho a la objeción de conciencia sanitaria por los profesionales sanitarios implicados en la prestación de ayuda para morir<sup>29</sup>

El capítulo IV de la Ley en el artículo 16 garantiza la objeción de conciencia del personal sanitario, entendiéndose por este, el derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en la ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones (art. 3f).

El artículo 16 dispone expresamente: *«1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir tendrán el derecho de ejercer su objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. 2. Las administraciones sanitarias crearán un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir»*.

La realización de este nuevo derecho prestacional corresponde a determinados profesionales sanitarios, pero por distintos motivos (deontológicos, morales, religiosos, etc.) la conciencia de muchos les impide participar en una actuación dirigida a terminar con la vida de un ser humano, aunque

<sup>29</sup> Artículo 16 LO 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

sea a petición voluntaria del mismo; de ahí que al ser parte activa en estos procedimientos la ley regule la objeción de conciencia<sup>30</sup>.

El artículo 18 de la Constitución Española regula como derecho fundamental la libertad de conciencia; a nivel internacional se reconoce este derecho en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La libertad de conciencia supone el derecho a elegir las propias creencias que forman parte de la identidad misma de la persona. La garantía de la libertad de conciencia, como derecho fundamental, es un interés jurídico prioritario en la actuación de los poderes públicos y sólo puede ser limitada legítimamente cuando se dan tres condiciones: que la restricción está prevista por la ley; que persiga un fin legítimo (orden, salud, seguridad o moral públicos, y la protección de los derechos y libertades de los demás); y que sea estrictamente necesaria en una sociedad democrática (y no sólo conveniente o útil).

Si bien es cierto que la nueva Ley de la Eutanasia garantiza en el artículo 16 la objeción de conciencia, también lo es que la regulación ofrece algunas deficiencias que sería importante rectificar cuanto antes. El legislador pretende promover la creación de una especie de «lista negra» de profesionales sanitarios que se nieguen a practicar la eutanasia. ¿Pero qué consecuencias puede llegar a tener este Registro? Este Registro puede ser utilizado por la Administración en cualquier momento pudiendo llegar a tener repercusiones a la hora de adjudicar puestos de trabajo o progresión profesional: ascensos, renovación de contratos, etc. La inestabilidad laboral, lamentablemente, es una realidad actual en nuestro país, lo que obligará a los sanitarios a tener una actitud valiente que en muchas ocasiones no serán capaces de adoptar por no significarse ante la Administración, lo que a su vez implicará que se pueda afirmar que son pocos los objetores de conciencia. En aras de una más completa tutela del derecho fundamental a la libertad de conciencia, y teniendo en cuenta el Manual de buenas prácticas en eutanasia publicado por el Ministerio de Sanidad<sup>31</sup>, resulta recomendable eliminar el registro de objetores, que puede y parece tener un efecto inhibitorio de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, y sustituirlo por una base de datos<sup>32</sup>. Además, el artículo 16 no reconoce la posibilidad de objeción ética a la práctica de la eutanasia y suicidio asistido por parte de instituciones privadas, religiosas o no, con o sin ánimo de lucro. La identidad ética, normalmente manifestada en un ideario, es esencial para muchas instituciones privadas, religiosas o no, y ha de ser respetada en lo posible por los poderes públicos en términos análogos a la libertad de conciencia. En este sentido se

<sup>30</sup> NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Informe sobre la regulación de la objeción de conciencia a la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021*, Lirce, 2022, pp. 3 y ss.

<sup>31</sup> [https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/Manual\\_BBPP\\_eutanasia.pdf](https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/Manual_BBPP_eutanasia.pdf).

<sup>32</sup> NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Informe sobre la regulación de la objeción de conciencia a la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021...* ob. cit., pp. 51-54.

considera necesario e importante el reconocimiento de la objeción institucional<sup>33</sup>.

Distinto de la objeción de conciencia es la posible denegación por parte del sanitario de la prestación de ayuda para morir<sup>34</sup>. Dispone expresamente la ley que *«las denegaciones de la prestación de ayuda para morir deberán realizarse siempre por escrito y de manera motivada por el médico o médica responsable. «...El médico o la médica responsable que deniegue la solicitud de la prestación de ayuda para morir, con independencia de que se haya formulado o no una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente, deberá remitir en el plazo de quince días después de recibida la solicitud, los dos documentos especificados en el artículo 12, adaptando el documento segundo de modo que incluya los datos clínicos relevantes para la evaluación del caso y el motivo de la denegación».*

Según lo dispuesto, el médico que deniega la solicitud de la prestación de ayuda para morir tiene que justificarlo documentalmente ante la Comisión controladora, lo que supone una situación excepcional y contraria al ejercicio libre de la profesión médica. Por otra parte, y en cuanto a la creación y composición de las Comisiones de control se deduce del artículo 17 que están integradas únicamente por profesionales sanitarios que no son objetores de conciencia; el Manual de buenas prácticas en eutanasia antes citado recomienda especialmente clarificar que la pertenencia a las Comisiones de Garantía y Evaluación debe ser voluntaria, y que la condición de objeto no es incompatible con la de miembro de esas comisiones.

Por todo ello la regulación en la nueva Ley de la objeción de conciencia por los profesionales sanitarios ofrece deficiencias serias que sería importante rectificar cuanto antes, en diálogo y colaboración entre gobierno y actores sociales en aras de una más completa tutela del derecho fundamental a la libertad de conciencia.

#### **4. NUEVA REDACCIÓN DEL APARTADO 4 E INTRODUCCIÓN DEL APARTADO 5 DEL ARTÍCULO 143 CP**

La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia entrará en vigor el 25 de junio de 2021. Desde ese momento, el artículo 143 apartado 4.º del CP que-

<sup>33</sup> *Ibidem* pp. 55 y ss.

<sup>34</sup> Artículo 7 LO 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

dará modificado y se añadirá un párrafo 5.º (permaneciendo vigentes los tres primeros apartados del citado artículo<sup>35</sup>):

«...143.4 *El que causare o cooperare con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.*

143.5 *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.»*

En nuestro ordenamiento jurídico penal, el suicidio o muerte voluntaria de una persona imputable, no es una conducta típica por razones obvias de política criminal<sup>36</sup> y de ineficacia de la pena, sin embargo, lo que realmente tipifica el artículo 143.1, 2 y 3 CP son formas de participación en el suicidio, consideradas delitos autónomos consumados: inducción al suicidio, cooperación necesaria al suicidio, cooperación necesaria hasta el punto de ejecutar la propia muerte del suicida y eutanasia activa directa. Las conductas descritas en los tres primeros apartados del mencionado artículo implican la muerte consentida de una persona; el consentimiento del suicida condiciona y confiere un especial tratamiento jurídico penal a las citadas conductas; el bien jurídico protegido en todas ellas es la vida humana independiente (art. 15 CE); sin embargo, a diferencia del resto de preceptos penales que protegen la vida, el artículo 143 CP tiene como objeto de tutela la vida no deseada por su titular; por ello, algunos autores entienden que lo que realmente se tutela en este artículo es el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular<sup>37</sup>.

Respecto al número 4 del artículo 143 CP, objeto de estudio de este apartado, el legislador atenúa sustancialmente la pena impuesta al delito de eutanasia activa directa con respecto al delito de cooperación necesaria al suicidio o al homicidio suicidio; el precepto exige expresamente que la causación o cooperación sean activas, es decir, que el sujeto activo preste al sujeto pasivo una ayuda necesaria, activa y directa para morir; asimismo, es requisito la petición expresa, seria e inequívoca del sujeto pasivo enfermo, no cabe representación: se entiende por petición expresa, tanto la solicitud escrita, como la

<sup>35</sup> Vid. Artículo 143 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>36</sup> Vid. FRANCO CONFORTI, O. D., MADRID FERNÁNDEZ, S.: «Derecho a la vida y a la muerte. La restauración en el delito de eutanasia y suicidio asistido», en *Diario La Ley*, n.º 9482, 20 de septiembre de 2019, pp. 2 y ss.

<sup>37</sup> VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 89 y ss.

verbal; no entran dentro del artículo 143.4 CP los casos de muerte propuesta por otro y aceptada por el paciente, o de cooperación necesaria a la misma, aunque el sujeto pasivo se encuentre en la situación descrita en el artículo; en cuanto a la seriedad, se refiere el legislador no sólo a la plena capacidad del sujeto, sino, además, a la insistencia y convicción de la petición expresada. Por último, y en cuanto a la inequívocidad, ha de comprender tanto el origen, como el mantenimiento de la voluntad del sujeto<sup>38</sup>.

Continúa el legislador exigiendo para la realización del tipo penal, que la víctima *«sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables...»*; la redacción del precepto plantea aquí cierta inseguridad jurídica, lo que suscita serias dificultades interpretativas: *«la enfermedad grave e incurable»*<sup>39</sup> según lo dispuesto en la propia Ley Orgánica exige *«un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva»* pero no necesariamente que el sujeto deba encontrarse en fase agonizante terminal, siendo suficiente, por tanto, la existencia de un diagnóstico cierto que constate la enfermedad grave y los resultados letales a los que la misma conduciría en un tiempo indeterminado. Asimismo, al extender la eutanasia a personas con padecimientos graves y crónicos sin que tampoco exista una situación próxima con la muerte podría llevar a la temida pendiente resbaladiza, como ya ocurre en otros países en los que la aplicación de la eutanasia se ha extendido a personas con depresión, sufrimiento psíquico, a quienes se consideran cansados de vivir, etc.<sup>40</sup>.

Otro de los problemas que puede llegar a plantear la redacción del precepto es la relación entre la enfermedad y los graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar; parece deducirse que los padecimientos han de tener su origen en la enfermedad grave y han de ser permanentes hasta el momento de la muerte, lo cual no significa necesariamente que los mismos no puedan remitir o atenuarse con analgésicos, etc. Además, al incluir ahora el legislador dentro de tales padecimientos los psíquicos, resulta aún más complicado concretar la dificultad de soportarlos y de garantizar la autonomía de decisión del enfermo descartando presión externa de cualquier tipo.

Respecto al castigo de estas conductas, se pueden atenuar o rebajar en uno o dos grados las penas por la cooperación al suicidio si la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, eso sí, siempre que exista una petición expresa e inequívoca del enfermo<sup>41</sup>; si, además, quien ayuda a morir es un familiar, se puede aplicar la atenuante

<sup>38</sup> VIVES ANTÓN, T. S., ob. cit., p. 90.

<sup>39</sup> Vid. Artículo 3c), LO 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

<sup>40</sup> MARCOS DEL CANO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J., ob. cit., p. 70.

<sup>41</sup> LORENZO SALGADO, J. M.: *«Algunas consideraciones sobre el Artículo 143.4 del Código Penal»*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 25, 2004, pp. 159 y ss.

de parentesco del artículo 23 CP; y si el cooperador confiesa su autoría, puede concurrir también la atenuante de confesión del Artículo 21. 4 CP. Por tanto, al resultar una pena tan atenuada, el sujeto activo puede solicitar la suspensión de la ejecución de esta<sup>42</sup>.

Por último, la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia introduce un apartado 5 reconociendo el derecho individual de toda persona a solicitar y recibir ayuda para morir cuando concurren determinadas circunstancias, despenalizando así todas aquellas conductas eutanásicas en las condiciones y supuestos establecidos por dicha Ley<sup>43</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La eutanasia es un tema excesivamente complejo y controvertido. La nueva Ley Orgánica de regulación de la eutanasia reforma el Código Penal en esta materia e incluye en nuestro ordenamiento jurídico, mediante un articulado excesivamente simple para la complejidad de la materia, un nuevo derecho individual, la eutanasia.

Predomina en la nueva Ley una concepción antropológica del hombre como pura libertad, prescindiendo de la verdad del ser y convirtiéndose la voluntad de la persona en fuente de Derecho lo que supone una divergencia entre lo que es realmente la persona y su dignidad y lo que está regulando el legislador con la nueva Ley.

Se trata de una apuesta peligrosa, que llevaría a ciertos abusos en la realidad y en la ley. Los riesgos que conlleva la despenalización de la eutanasia y las conductas que podría llegar a comportar nos invitan a ser cautelosos y prudentes<sup>44</sup>. Argumentos como el de la pendiente resbaladiza tienen que ser muy tenidos en cuenta. La despenalización se fundamenta en que la vida en una determinada situación es considerada deteriorada: junto a la proclamación del derecho a la vida se distingue entre vida normal y vida deteriorada, lo que implica un juicio vinculante sobre la calidad de vida de las personas. El derecho a la eutanasia es el derecho a eliminar ilimitadamente vidas deterioradas<sup>45</sup>. El artículo 15 de la Constitución Española regula el derecho fundamental a la vida, como valor superior del ordenamiento jurídico, sin que tal derecho conlleve disponer de la propia vida y reclamar ayuda o intervención de terceros. El derecho a la vida es el supuesto ontológico

<sup>42</sup> Vid. Artículos 80 y ss. LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>43</sup> <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13862-iquest; como-se-regula-en-espana-la-ayuda-al-suicidio-y-la-eutanasia/>.

<sup>44</sup> Vid. ALBERT MÁRQUEZ, M. M.: «Legalización de la eutanasia: lo que está en juego», en *Cuadernos de Bioética* n.º 98, 2019, pp. 19 y ss.

<sup>45</sup> MÉNDEZ BAIGÉS, V.: *Sobre morir: eutanasia, derechos, razones*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 88 y ss.

necesario para ser titular de otros derechos, es la condición de posibilidad de los demás, gozando de un valor intangible superior<sup>46</sup>. En el Derecho Penal la vida es objeto de protección incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y que, en consecuencia, no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten (arts. 143.1, 2, 3 CP)<sup>47</sup>; como consecuencia no puede hablarse de un derecho a morir ni, correlativamente, de un deber de ejecutar una muerte a petición. El Estado debe proteger la vida incluso contra la voluntad de quien se declara en huelga de hambre en un centro penitenciario<sup>48</sup>; el derecho a la vida comprende ciertas obligaciones del Estado para con las personas sujetos de derechos fundamentales: dignidad, libertad, honor, etc.<sup>49</sup>.

La nueva Ley modifica el artículo 143.4 CP e introduce un nuevo apartado 5 en el que declara exento de responsabilidad penal a quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo los requisitos establecidos en la misma; la inseguridad jurídica que transmite la redacción del precepto es evidente. El sujeto activo puede ser cualquier persona, no obstante, la eutanasia frecuentemente es practicada por profesionales sanitarios, lo que supone convertir al médico en administrador de la muerte, modificando su función propia (si bien es cierto que el artículo 16 de la nueva Ley reconoce la objeción de conciencia del personal sanitario, no lo es que garantice su libre ejercicio). La pena adjudicada al delito de eutanasia es tan atenuada que el sujeto activo puede solicitar la suspensión de su ejecución. Por último, el nuevo apartado 5 introducido con la Ley Orgánica reconoce expresamente el derecho individual de toda persona a solicitar y recibir ayuda para morir cuando concurren determinadas circunstancias, despenalizando así todas aquellas conductas eutanásicas en las condiciones y supuestos establecidos por dicha Ley.

Resulta evidente la complejidad del tema, la excesiva simplicidad con la que se trata en la nueva Ley y las consecuencias abusivas a las que puede llevar su aplicación. La medicina y los médicos deben eliminar el dolor y el sufrimiento, pero no al paciente con dolor y sufrimiento. La eutanasia es contraria a la ética médica: el médico que aplica la eutanasia estará haciendo algo legal pero nunca ético<sup>50</sup>. Si se admite que alguien pueda eliminar a una persona, se acepta que hay vidas humanas que merecen no ser vividas. El Estado tiene el deber de asegurar su dedicación a las necesidades de los ciudadanos en el alivio del dolor y en los cuidados paliativos antes de legislar sobre la eutanasia<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> MARCOS DEL CANO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J., ob. cit., p. 32.

<sup>47</sup> F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 64.

<sup>48</sup> A. Ollero Tassara, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 194 y ss.

<sup>49</sup> FRANCO CONFORTI, O. D., MADRID FERNÁNDEZ, S.: «Derecho a la vida y a la muerte. La restauración en el delito de eutanasia y suicidio asistido», en *Diario La Ley*, n.º 9482, 20 de septiembre de 2019, pp. 5 y ss.

<sup>50</sup> *Vid.* <https://www.observatoribioetica.org/2018/11/analisis-de-la-proposicion-de-ley-reguladora-de-la-eutanasia-presentada-por-el-psoe-ante-el-congreso-de-los-diputados/28952>.

<sup>51</sup> World Health Organization, Cancer Pain Relief, Ginebra, WHO, 1990.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT MÁRQUEZ, M. M.: «Legalización de la eutanasia: lo que está en juego», en *Cuadernos de Bioética* n.º 98, 2019.
- AMENABAR BEITIA, J. M.: «La eutanasia como antídoto al suicidio», en *Revista de Bioética y Derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n.º 46, 2019.
- COBO DEL ROSAL, M.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- FRANCO CONFORTI, O. D., MADRID FERNÁNDEZ, S.: «Derecho a la vida y a la muerte. La restauración en el delito de eutanasia y suicidio asistido», *Diario La Ley*, n.º 9482, 20 de septiembre de 2019.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El ocasionamiento de muerte que empieza como homicidio y acaba como asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1967.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: «Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta», en *Diario La Ley*, n.º 6300, 2005.
- HERRERO HERRERO, C.: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE y Ministerio de Justicia*, 2003.
- LORENZO SALGADO, J. M.: «Algunas consideraciones sobre el artículo 143.4 del Código Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 25, 2004.
- MÉNDEZ BAIGÉS, V.: *Sobre morir: eutanasia, derechos, razones*, Trotta, Madrid, 2002
- MARCOS DEL CANO, A. M., y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid 2019.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Informe sobre la regulación de la objeción de conciencia a la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021*, Lirce, 2022.
- NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J.: *Eutanasia y objeción de conciencia*, Palabra, Madrid, 2022.
- OLLERO TASSARA, A.: *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- ROMERO, A. M., COLOMA, «Eutanasia y derecho a la vida: un conflicto de derechos», en *Revista Ceflegal. CEF*, n.º 215, 2018.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: «¿Existe el derecho a morir?», en *Cuadernos de bioética*, vol. 30, n.º 98, 2019.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. et al.: *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Civitas, Navarra, 2006.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C. P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- <https://hayderecho.expansion.com/2018/06/01/eutanasia-delito-regulacion-como-derecho/>  
[http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html)  
[https://www.ine.es/buscar/searchResults.do?Menu\\_botonBuscador=&searchType=DEF\\_SEARCH&startat=0&L=0&searchString=eutanasia](https://www.ine.es/buscar/searchResults.do?Menu_botonBuscador=&searchType=DEF_SEARCH&startat=0&L=0&searchString=eutanasia)  
<https://www.observatoriobioetica.org/2018/11/analisis-de-la-proposicion-de-ley-reguladora-de-la-eutanasia-presentada-por-el-psoe-ante-el-congreso-de-los-diputados/28952>  
<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13862-iquest; como-se-regula-en-espana-la-ayuda-al-suicidio-y-la-eutanasia/>

# Revisión crítica de la antropología subyacente a la reciente normativa española: Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del código penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente

**LORENA VELASCO GUERRERO**  
Universidad Francisco de Vitoria

**SUMARIO:** 1.– Introducción. 2.– Antecedentes. 2.1 Código penal 1973. 2.2 Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del código penal. 2.3 Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del código penal. 2.4 Sentencia TC 215/1994, de 14 de julio de 1994. 2.5 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. 2.6 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2.7 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. 2.8 XII legislatura: diversos intentos por modificar la legislación vigente. 2.8A. Proposición de Ley Orgánica para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. 2.8B Proposiciones no de ley. 3.– Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del código penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. 4.– Antropología subyacente a la normativa española. 5.– Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo buscamos realizar una revisión crítica de la antropología subyacente en la reciente normativa española. En concreto, analizamos la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

El análisis de esta Ley Orgánica, breve en su redacción, se realiza desde una óptica histórica: se atiende desde el Código Penal de 1973 hasta el texto vigente. Este arco histórico permite observar de forma mas completa el concepto de persona subyacente en la norma, los bienes que de la persona se proclaman y la categorización que se les otorga.

El fin es entender los cambios legislativos en torno a una cuestión tan relevante como son los derechos de las personas discapacitadas y su ejercicio. Así como, poner de manifiestos las dificultades de nuestro sistema legislativo: falta de rigor antropológico filosófico, influencia de eslóganes sociales de cada momento en la normativa, un conocimiento jurídico mínimo del derecho y su funcionamiento...

## 2. ANTECEDENTES

Analizamos los antecedentes<sup>1</sup> de la ley tanto a nivel legislativo como a nivel judicial, para entender el proceso histórico que desemboca en la ley actual y la antropología subyacente a la misma.

### 2.1 Código Penal 1973

El Código Penal de 1973 regulaba las cuestiones relacionadas con la integridad física en el capítulo IV, titulado De las lesiones. Entre los artículos 418 a 427 se recogían los distintos tipos penales r para a continuación en el capítulo V, en el art 428 establecer que: «Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado.»

---

<sup>1</sup> «La Constitución –en tanto norma fundamental *positiva*– aparece “como un derecho cuyos términos, técnicas y conceptos responden a *construcciones teóricas y valorativas previas*”; los textos constitucionales surgen y se desarrollan en momentos históricos concretos, cuyos “conceptos responden a unos objetivos y a unos valores políticos: son *técnicas y conceptos que resultan en muchos casos de largas experiencias históricas*». VELASCO GUERRERO, L. (2020): *El concepto de persona en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, Editorial Respublica). Lo dicho de la norma constitucional puede también referirse a toda norma positiva.

## 2.2 Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal

En el año 1983, en la II Legislatura, el Gobierno socialista introduce un proyecto de Ley para la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. En el mismo, aunque se sigue afirmando el bien de la integridad de la persona como un derecho absoluto<sup>2</sup>, por primera vez, se incluye una causa de atipicidad «en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo». Siempre que dicho consentimiento «sea consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido». Aunque el consentimiento no será válido, conforme a derecho, cuando «se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz»<sup>3</sup>.

## 2.3 Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal

En la III Legislatura se aprueba el proyecto de ley presentado por el Gobierno socialista, para la actualización del Código Penal. No es la única norma con este objeto que se aprueba en dichos años<sup>4</sup>, pero sí que en la misma se introduce una causa de atipicidad en el caso de los incapaces, que dará lugar a una situación de hecho y de derecho, a la que pondrá fin la ley objeto de estudio.

En el artículo sexto de dicha ley se añade al artículo 428 la causa de atipicidad sobre la esterilización de persona incapaz, al indicarse que «no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica», siempre y cuando «haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

Aunque el contenido del artículo no se fija en el texto de la iniciativa, que no contempla ninguna de las causas de atipicidad, se introduce a través de la enmienda presentada en el Senado<sup>5</sup> por el Grupo Parlamentario Con-

---

<sup>2</sup> Artículo sexto: «Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado».

<sup>3</sup> BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983.

<sup>4</sup> Por ejemplo: la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección III del Capítulo Cuarto, Título XIII del Libro II del Código Penal, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en Materia de Tráfico Ilegal de Drogas o la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal.

<sup>5</sup> Previamente se había presentado una enmienda durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, con contenido similar, por el Grupo Minoría Catalana. En esta enmienda número 213 se proponía, con el fin de «Prever esta despenalización con las debidas garantías» una nueva redacción del artículo 428: «No obstante lo dispuesto en el artículo 428, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal, y previa exploración del incapaz». BOCG de 19 de diciembre de 1988 p. 73.

vergencia i Unió (CiU), para prever la despenalización con las debidas garantías. La enmienda <sup>6</sup> se incluye en el informe de la ponencia<sup>7</sup>, en el Dictamen de la Comisión<sup>8</sup>, es aprobada de forma unánime en el Senado y sólo encuentra cierta oposición en el Congreso por parte del Grupo Coalición Popular quienes en la Sesión Plenaria núm. 120 celebrada el miércoles, 17 de mayo de 1989, al tratar la aprobación de la norma indican que a la dificultad planteada en el año 1983 por la despenalización de la esterilización y el trasplante de órganos, siempre que se hiciera con el consentimiento del lesionado, se añade la problemática de «sustituir la voluntad de los incapaces –lógicamente, porque son graves deficientes psíquicos– por la voluntad del padre o de su representante legal». Y, aunque considera que si existe la preocupación social por este tema<sup>9</sup> opone ante esta decisión dos criterios, primero la remembranza con lo ocurrido en la Alemania Nazi<sup>10</sup> y las cuestiones técnicas sin resolver que deja abiertas la redacción que se propone, lo que hubiera hecho conveniente un proyecto de ley único.<sup>11</sup> Ante estas cuestiones planteadas, el Grupo de Minoría Catalana, responde que estas preocupaciones no son válidas, ya que, hay un clamor social<sup>12</sup> por esta

<sup>6</sup> «Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado».

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

No obstante, lo dispuesto en el artículo 428, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.» BOCG de 26 de abril de 1989, p. 35.

<sup>7</sup> BOCG, 9 de mayo de 1989, p. 75.

<sup>8</sup> BOCG, 16 de mayo de 1989, p. 93.

<sup>9</sup> «No cabe duda de que la sociedad y las familias están muy impresionadas por lo que puede ocurrir con los deficientes psíquicos profundos, sobre todo con las niñas o las mujeres deficientes profundas si se quedan embarazadas». *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 190, Año 1989, pp. 11322 y ss. Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL\\_199.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/PL/PL_199.PDF).

<sup>10</sup> «Los imbéciles, los idiotas, los epilépticos esenciales y todos aquellos enfermos sin remedio que han de engendrar estos tristes despojos, tarados, candidatos a la desgracia y al manicomio, deben ser objeto de esterilización cuando su enfermedad incurable sea, a juicio de médicos especialistas, transmisible a sus descendientes (Esto decía Jiménez de Asúa antes de que ocurriera lo que ocurrió en Alemania, y luego rectificó)». *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 190, Año 1989, pp. 11322 y ss.

<sup>11</sup> *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 190, Año 1989, pp. 11322 y ss.

<sup>12</sup> Ciertamente este clamor social se venía reflejando con carácter previo. Esto se constata si se atienden a las preguntas planteadas al Gobierno sobre la cuestión en los meses previos. Por ejemplo, en el año 1987, Díez Aguilar, diputado del Grupo Parlamentario CDS pregunta por el posible establecimiento de una normativa que permita la esterilización de los disminuidos psíquicos ante la solicitud de la Fiscalía de Barcelona a la Fiscalía General del Estado de «una normativa que permita la esterilización de los oligofrénicos, y que esta propuesta ha sido efectuada por sugerencia de la Federación de Padres de Disminuidos Psíquicos, a fin de que estos puedan tener una completa realización sexual, sin los riesgos de la paternidad.» (BOCG de 17 de diciembre de 1987 p. 6879) Así mismo, Pilar Salarrullana de Verda del Grupo Mixto, hace referencia a las noticias a este respecto aparecidas en la prensa y pregunta al Gobierno por sus intenciones (BOCG de 14 de octubre de 1988 p. 12049, disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L3/CONG/BOCG/D/D\\_134.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/D/D_134.PDF)). En ambos casos, el Gobierno afirma la legislación vigente en el momento y niega una voluntad de cambio al respecto (BOCG de 23 de febrero de 1988 p. 8299, y BOCG de 12 de diciembre de 1988 p. 12950).

medida<sup>13</sup> no se trata de una autorización genérica, sino de una cuestión excepcional con todas las garantías necesarias por quienes intervienen<sup>14</sup>. Finalmente, en la votación final del proyecto, de 254 votos emitidos fueron a favor 205; en contra, tres; abstenciones, 46<sup>15</sup>.

## 2.4 Sentencia TC 215/1994, de 14 de julio de 1994

En julio de 1994 el Tribunal Constitucional se pronuncia en su sentencia 215/1994 sobre la cuestión objeto de estudio. El Pleno resuelve en esta sentencia la cuestión de inconstitucionalidad 1.415/1992 en relación con la modificación introducida por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989.

El proceso se inicia «a resultas de la demanda de juicio declarativo de menor cuantía formulada por los padres de la incapacitada doña M. Z. G., aquejada del síndrome de Down, en la que solicitan la esterilización de la misma mediante la «ligadura de las trompas de Falopio»<sup>16</sup>. En las alegaciones intervienen tanto el juez<sup>17</sup> que eleva la cuestión, como el Ministerio

<sup>13</sup> «Por tanto, centramos los temas y en aquello que nuestros compañeros del Senado, inclusive los del Grupo Popular, votaron por unanimidad en Ponencia, en Comisión y en Pleno, sepamos ahora explicar el contenido excepcional de esta medida, y que nadie intente, demagógicamente, abusar de ella y respetar supuestos extraordinariamente excepcionales, pero que pueden existir, que la sociedad civil, las federaciones de padres plantean y que nosotros hemos de atender...». *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 190, Año 1989, p. 11324 y ss.

<sup>14</sup> *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 190, Año 1989, pp. 11324 y ss.

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Sentencia Tribunal Constitucional (desde ahora STC) 215/1994.

<sup>17</sup> El juez parte en el auto presentado de que «la persona mentalmente retrasada tiene básicamente los mismos derechos que los demás ciudadanos pertenecientes a su mismo país y a su misma edad». Así lo establece el art. 1 de la Declaración de los derechos generales y específicos de los retrasados mentales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971» (STC 215/1994); en consecuencia, «la esterilización de los incapaces –evidente trato inhumano y degradante para el que el legislador exige siempre el consentimiento consciente de la persona– supliendo esta falta por el consentimiento de los tutores es... notoriamente inconstitucional», ya que «la integridad física y la integridad moral resultan conculcadas con la esterilización (...) inspira serias dudas al juzgador el que el Estado pueda autorizar a los padres para suplir tan trascendental disminución de la integridad de las personas sometidas a su tutela con sólo una autorización judicial; » (STC 215/1994), además como decisión irreversible, si el incapaz, por los avances técnicos pudieran mejorar su condición, la medida «lograrán un día próximo reintegrarle un mínimo de consciencia y de responsabilidad, le habríamos privado, con la esterilización, del derecho a una maternidad futura que acaso pudiera contribuir a su plena realización como persona (...).» (STC 215/1994). Frente a este argumento se encontraría la afirmación de que «la esterilización de las personas declaradas incapaces les permitirá gozar, según en palabras de sus defensores del «derecho a la sexualidad». Pero para el juez «es discutible que el simple ejercicio físico de la sexualidad sea un bien para la persona cuando el mismo no va acompañado de una comprensión total del acto que se realiza y deja por ello de ser expresión de afecto y de ansia de unión. La sexualidad, según la concepción que domina en nuestra sociedad, exige una preparación no sólo física, sino también principalmente psicológica.» (STC 215/1994); así cómo, que impediría que el incapaz tuviera que asumir el riesgo de un embarazo. Frente a esto el juez alega que entraría en los supuestos de aborto por violación, ya que «sólo como violación podría ser tipificado el acceso carnal con una deficiente mental» y que, la medida no protege al incapaz de «las enfermedades venéreas, sobre todo en el Sida y en su extensión creciente» (STC 215/1994).

Fiscal<sup>18</sup> y el Abogado del Estado<sup>19</sup>. En estas alegaciones, se parte de que las personas discapacitadas tienen los mismos derechos que las personas capacitadas, que en los mismos se incluye el derecho a la integridad física y psíquica, que sólo se puede intervenir en dichos derechos en el caso de la esterilización como un ejercicio de la libertad de la persona; que las personas incapacitadas tienen derecho a gozar de una sexualidad plena, pero que no pueden hacerse responsables de un embarazo. Estos elementos son ponderados por las partes de distinta manera, de ahí que el juez, se incline a la declaración de la inconstitucionalidad, mientras que el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado se inclinen por su Constitucionalidad<sup>20</sup>.

El Pleno del Tribunal parte de la consideración de la esterilización como un acto amparado por los derechos fundamentales, ya que, la legislación admite «la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física<sup>21</sup> en ese supuesto y en los demás que contempla el art. 428 del C. P. –trasplante de órganos con arreglo a lo dispuesto en la Ley y cirugía transexual–»<sup>22</sup>, que no supone trato inhumano ni degradante, ya que «ni se acuerda con la finalidad de vejar o envilecer ni su práctica médica supone trato inhumano o degradante alguno»<sup>23</sup>. En consecuencia, al gozar los incapaces de los mismos derechos<sup>24</sup>, «la conveniencia de que esa posibilidad que se otorga a las personas capaces, pueda extenderse, exclusivamente en beneficio de ellos, a quienes en razón de grave enfermedad psíquica no están capacitadas para prestar el consentimiento libre que exige el precepto»<sup>25</sup>.

La cuestión por lo tanto recae en la validez del consentimiento<sup>26</sup>, el cual, «por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica, y de ahí la previsión legal de la autorización que, a instancia de los

<sup>18</sup> El Fiscal General afirma que «Respecto de la esterilización, que es lo que importa, y más específicamente la de la mujer, la justificación de la misma hay que hallarla en la libertad, que constituye sin adjetivación alguna uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico». (STC 215/1994).

<sup>19</sup> En este sentido también se pronuncia el Abogado del Estado, quien afirma que con la medida «se pretende salvaguardar la salud psíquica de la incapaz ante embarazos que puedan resultar traumáticos. El nacimiento de hijos, por otra parte, no permitirá que la incapaz pueda cumplir las funciones propias de la patria potestad» (STC 215/1994). Ambos consideran que la medida establece las garantías necesarias para que estos derechos puedan garantizarse al incapaz con severas deficiencias psíquicas (cf. STC 215/1994).

<sup>20</sup> Cf. STC 215/1994.

<sup>21</sup> «El derecho a la integridad física y moral –declaramos en la STC 120/1990– se protege 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 8.º)». (STC 215/1994).

<sup>22</sup> STC 215/1994.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 («El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos») (STC 215/1994).

<sup>25</sup> STC 215/1994.

<sup>26</sup> Ya que la decisión afecta «al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos concernidos por aquella, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución». (STC 215/1994).

representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el Juez.» Esto es conforme a derecho, ya que de no ser así se debería rechazar para los incapaces «cualquier tratamiento médico –y sobre todo una intervención quirúrgica ablatoria– indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. La propia esterilización puede estar médicamente indicada a los señalados fines».

Además, el Tribunal considera que «la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el art. 428 del CP» es necesaria para el respeto de sus derechos fundamentales pues «le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 CE) y a su integridad moral (art. 15.1 CE)» Además de, hacer «posible el ejercicio de su sexualidad» en la medida de sus capacidades, «sin el riesgo de una posible procreación» –embarazo y paternidad– «cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica»<sup>27</sup>.

Por todo esto, declara constitucional la norma recurrida<sup>28</sup>. A esta decisión se plantean 4 votos particulares suscritos por cinco magistrados. Uno conforme y tres disconformes con la decisión. Los argumentos esgrimidos son variados, pero principalmente pueden agruparse en dos: primero, la imposibilidad de sustituir el consentimiento personalísimo de la persona incapacitada por el de terceros para la afectación de su integridad, y, segundo, la falta de garantías de que de producirse se haga a favor de la persona discapacitada.

## 2.5 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Durante la V Legislatura (1993-1996) se aprueba en España mediante Ley Orgánica la reforma del Código Penal. En el título III, denominado De las lesiones, del artículo 138 al 156 se regulan los tipos penales relativos a los delitos contra el derecho a la integridad física (art. 15 de la Constitución de 1978). El artículo 156, por su parte, sigue la redacción de la modificación introducida en el año 1989:

«Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla,

<sup>27</sup> STC 215/1994.

<sup>28</sup> La sentencia del Alto Tribunal generó controversia tanto por la declaración de consitucionalidad como por los argumentos jurídicos exgrimidos también en el ámbito doctrinal. Ver al respecto: ASTUDILLO POLO, F. J. (1995): «El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces: comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.

tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.»

Este artículo aparece en el proyecto de ley presentado por el Gobierno Socialista con una redacción similar a la que finalmente se aprobaría.<sup>29</sup> De las cuatro<sup>30</sup> enmiendas propuestas en el Congreso de los Diputados, ninguna es aceptada<sup>31</sup>. En ellas, los Grupos Parlamentarios no se oponen a la inclusión de la causa de atipicidad; tan sólo se hacen indicaciones para garantizar la protección del incapaz<sup>32</sup>. Por su parte, en el Senado, los grupos parlamentarios presentan tres<sup>33</sup> enmiendas<sup>34</sup>. Las dos presentadas por el Grupo Parlamentario Popular, no refieren al apartado segundo del artículo<sup>35</sup> y son rechazadas. Por su parte, la enmienda número 31, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, sí índice en dicho apartado al proponer una nueva redacción:

«Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapa-

<sup>29</sup> Texto Proyecto de Ley presentado por el Gobierno: « Artículo 156. «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuere menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona declarada incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.» Publicado en el BOCG, 26 de septiembre de 1994, p. 26.

<sup>30</sup> Enmienda NP 332, del G. P. Popular, Enmienda N.º 333, del G. P. Popular, Enmienda n.º 720, del G. P. IU-IC y Enmienda N.º 1.123, del G. P. C-CiU.

<sup>31</sup> Publicado en el BOCG, 5 de abril de 1995, p. 419.

<sup>32</sup> Por ejemplo, en la enmienda núm. 720, propuesta por el GF IU-IC se solicita «Suprimir desde el principio hasta "... representantes legales. Sin embargo...". La Motivación de este cambio es dejar constancia por un lado, de que «Los trasplantes y la cirugía transexual son nuevas intervenciones quirúrgicas que no necesitan un trato diferente respecto al resto»; y por otro, «Se mantiene la mención a la esterilización de incapaces para incluir la cautela de la autorización judicial.» ( Publicado en el BOCG, 6 de marzo de 1995, p. 288). Por su parte, en la enmienda 1.123 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), propone una nueva redacción: «"Artículo 156: No obstante... l... deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez..." (resto igual)». Con el fin de garantizar que la exención que se regula en el punto dos del artículo 156 se haga buscando siempre el «mejor interés del incapacitado.»( Publicado en el BOCG, 6 de marzo de 1995, p. 384).

<sup>33</sup> Enmiendas presentadas por el Senado: G. P. Socialista: enmienda 31, G. P. Popular: enmienda 549 y G. P. Popular: enmienda 550.

<sup>34</sup> BOCG, 21 de septiembre de 1995, p. 324.

<sup>35</sup> *Idem* pp. 187 y ss.

citación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.»<sup>36</sup>

El motivo que alegan para esta enmienda es garantizar que «la esterilización sólo puede hacerse sobre persona incapacitada, es decir sobre aquella cuya incapacidad haya sido declarada judicialmente por el Juez civil, y cuya incapacidad se mantiene en el momento de pedir la autorización para la esterilización.»<sup>37</sup>

La ponencia del Senado<sup>38</sup> designada en el seno de la Comisión de Justicia para estudiar el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal al valorar las enmiendas propuestas, acuerda de forma unánime incorporar la enmienda 310 del Grupo Parlamentario Socialista y añadir una corrección al informe, en concreto: «Donde dice: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento libre, consciente y expresamente emitido...», debe decir: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido...»<sup>39</sup>. Finalmente el Senado aprueba esta versión del texto<sup>40</sup> dando lugar al texto definitivo<sup>41</sup>.

## 2.6 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Aprobado el texto de la declaración en diciembre del 2006. Entró en vigor en mayo del 2008 cuando fue ratificada por 20 países. España ratificaría el mismo el abril del 2008.<sup>42</sup> En su artículo 23, denominado *Respeto del hogar y de la familia*, establece que: «Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás».

<sup>36</sup> BOCG, 21 de septiembre de 1995, p. 324.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> Integrada por los Senadores Dña. María Rosa Vindel López (GP. Popular), D. Joaquín Jesús Galán Pérez (GP. Socialista), D. Manuel Ibarz i Casadevall (GP. Catalán de C. i U.), D. José Antonio Rite (GP. Socialista) y D. Alfredo Prada Presa (GP. Popular).

<sup>39</sup> Publicado en el BOCG, 9 de octubre de 1995, p. 353.

<sup>40</sup> Publicado en el BOCG, 13 de noviembre de 1995, p. 507.

<sup>41</sup> Se plantea por parte del Grupo Parlamentario Popular la necesidad de incluir en la redacción una mención expresa a la obligatoriedad de contar con un informe por parte de un Médico Forense para la realización de la esterilización de incapaces. Finalmente, esto no se introduce en el texto (ver al respecto: intervención Senador Barbazano Publicado en el *Diario de sesiones del Senado*, Pleno, núm. 93, de 25/10/1995).

<sup>42</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 a 20659.

En los subsiguientes apartados se establece que dichas medidas deben ir encaminadas a que:

- «a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
- c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.»<sup>43</sup>

## 2.7 **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**

La reforma del Código Penal llevada a cabo en la X Legislatura introduce modificaciones en el artículo objeto de este estudio. En el preámbulo de dicha ley, en su punto XXVII el legislador indica al respecto que:

«Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006». Para ello entre las medidas que se toman está la modificación de los términos empleados<sup>44</sup> y en lo que respecta a nuestro objeto de estudio, el preámbulo indica que:

«De igual modo, se da un mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se

---

<sup>43</sup> BOE núm. 96 21 abril 2008.

<sup>44</sup> «El texto original del Código Penal se refiere impropiaemente a "minusvalía" o a "incapaces", una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de "discapacidad" y de "persona con discapacidad necesitada de una especial protección».

dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.»

En consecuencia, se modifica la redacción del párrafo segundo del artículo 156 el cual ahora firma que:

«No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.»

Además, en la Disposición adicional primera. Se añade referencia expresa a la necesidad de contar con autorización judicial de esterilización:

«La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.»

El texto del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno popular recoge una redacción similar a la que finalmente se aprobará<sup>45</sup>. Durante su tramitación, las enmiendas presentadas tanto en el Congreso como en el Senado son contrarias a la regulación planteada y buscan eliminar la causa de atipicidad proponiendo una redacción diferente del artículo o directamente su supresión. Por ejemplo, las enmiendas núm. 33, del Sr. Baldoví Roda del Grupo Mixto<sup>46</sup> y la enmienda núm. 92, de la Sra. Oramas González-Moro, del Grupo Mixto<sup>47</sup>, son enmiendas de modificación. Ambas proponen el mismo texto:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obteni-

<sup>45</sup> Publicado en el BOCG, 4 de octubre de 2013, p. 56.

<sup>46</sup> Publicado en el BOCG 10 de diciembre de 2014, pp. 32 y ss.

<sup>47</sup> *Idem.* pp. 65 y ss.

do viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Será punible la práctica de la esterilización forzada conforme a lo dispuesto en los estándares de derechos humanos y tratados internacionales de los que España es parte.»

Las restantes enmiendas son de supresión, tanto la enmienda 664 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso<sup>48</sup>, como las enmiendas 184<sup>49</sup> y 301<sup>50</sup> presentadas por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) en el Senado. Así mismo, encontramos una propuesta de veto, por parte del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) (GPV)<sup>51</sup>. El motivo justificativo de estas enmiendas, así como de la propuesta de veto, es el mantenimiento del apartado segundo del artículo 156, es doble, primero, cuestiones técnicas y segundo, al considerar que la norma es contraria la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>52</sup>. Tanto por no respetar el espíritu de la misma<sup>53</sup>, como por ser contrario al artículo 23 y 25, ya que la esterilización en los casos contemplados por la norma se hace sin el consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa<sup>54</sup>, procedimiento que aunque con graves efectos coercitivos<sup>55</sup> se hace en muchas ocasiones sin tener en cuenta « el interés superior de la persona con discapacidad»<sup>56</sup>.

Todas las enmiendas son rechazadas<sup>57</sup> manteniéndose el párrafo segundo del artículo 156 en la redacción definitiva del artículo.

Sin embargo, la oposición manifestada en las enmiendas se extiende durante la legislatura como se constata de las preguntas planteadas al

<sup>48</sup> Publicado en el BOCG 10 de diciembre de 2014, pp. 65 y ss.

<sup>49</sup> Publicado en el BOCG 10 de febrero de 2015.

<sup>50</sup> Disponible en: [https://www.congreso.es/busqueda-de-publicaciones?p\\_p\\_id=publicaciones&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_publicaciones\\_mode=mostrarTextoIntegro&\\_publicaciones\\_legislatura=X&\\_publicaciones\\_id\\_texto=\(BOCG\\_D\\_10\\_475\\_3158.CODI.\)](https://www.congreso.es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=X&_publicaciones_id_texto=(BOCG_D_10_475_3158.CODI.))

<sup>51</sup> Publicado en el BOCG 23 de febrero de 2015, p. 81.

<sup>52</sup> Interesante notar la referencia que se recoge a el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, y las observaciones efectuadas al informe presentado por España y en relación al artículo 17 de la CDPD (protección de la integridad personal): «su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa». Por este motivo, insta al Estado español para que «suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención». Publicado en el BOCG 10 de diciembre de 2014, pp. 32 y ss.

<sup>53</sup> «que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones».

<sup>54</sup> Publicado en el BOCG 10 de diciembre de 2014, pp. 32 y ss.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> Publicado en el BOCG 21 de enero de 2015, p. 23.

Gobierno al respecto. Por ejemplo, dos diputadas<sup>58</sup> del Grupo Socialista, preguntaron por las «Medidas elaboradas sobre la obligatoriedad del consentimiento informado de los procedimientos de esterilización y aborto de mujeres con discapacidad»<sup>59</sup>; mientras que, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, a instancia de su Diputado don Antonio Cantó García del Moral, Plantearan diversas cuestiones sobre el «Número de procesos de esterilización de personas incapacitadas que adolezcan de grave deficiencia psíquica»<sup>60</sup>.

La respuesta del Gobierno recuerda la doctrina constitucional de la norma, así como su cumplimiento de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>61</sup> Esto se debe a que «La esterilización a que se refiere el precepto solamente puede ser autorizada cuando resulta necesaria para hacer efectivo el derecho de las personas con discapacidad a establecer relaciones afectivas con otras y a desarrollar libremente su vida personal –lo que incluye el ejercicio de su sexualidad– sin exponerlos a embarazos y al nacimiento de una descendencia de la que no podrían hacerse cargo.»<sup>62</sup>, además, que «la medida solamente puede ser autorizada cuando resulta necesaria para estos fines, y los mismos no pueden ser asegurados mediante medidas menos agresivas, como podría ser la prescripción de anticonceptivos (que también podrían constituir un tratamiento no consentido).»<sup>63</sup>; y que aunque hay que entender que «El consentimiento informado está basado en el principio de autonomía. Las personas con discapacidad no suponen ninguna excepción (ya que en la mayoría de los casos no tienen mermada su capacidad de decisión y para hacerse cargo de su situación, y al mismo tiempo para poder valorar las distintas alternativas y optar por la opción que consideren más conveniente)». Una persona que ha sido declarada incompetente podrá ver prestado su consentimiento por un tribunal<sup>64</sup>. Aunque reconoce que «se puede afirmar que la regulación existente en el ámbito civil es susceptible de mejoras, tanto desde un aspecto sustantivo (con el incremento de las garantías previstas y objetivando expresamente las razones de esta intervención), como desde el punto de vista procesal, estudiando la posibilidad de regular un procedimiento especial en la Ley de Enjuiciamiento Civil»<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Seara Sobrado, Laura Carmen (GS) y Montón Giménez, Carmen (GS).

<sup>59</sup> Publicado en el BOCG 27 de julio de 2015, p. 113.

<sup>60</sup> Publicado en el BOCG 10 de mayo de 2012, p. 33.

<sup>61</sup> «Analizando el tema desde la perspectiva de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, no se comparte que la regulación del artículo 156 del Código Penal infrinja las exigencias derivadas de lo dispuesto en los artículos 23 (respeto del hogar y de la familia) y 25 (salud), ni por tanto, que sea necesaria su derogación.» Publicado en el BOCG 25 de julio de 2012.

<sup>62</sup> Publicado en el BOCG 25 de julio de 2012, pp. 91 y ss.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> Publicado en el BOCG 25 de julio de 2012, pp. 91 y ss.

## 2.8 XII Legislatura: diversos intentos por modificar la legislación vigente

### 2.8A *Proposición de Ley Orgánica para la Erradicación de la esterilización forzosa o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente*

El 19/12/2018 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presenta una Proposición de Ley para la modificación del art. 156 del Código Penal, aunque el mismo no llega a término por la caducidad de la iniciativa al disolverse la legislatura<sup>66</sup>. La modificación que se propone es la supresión del párrafo segundo de dicho artículo. La justificación viene expresada en el preámbulo<sup>67</sup>, en el cual, se hace referencia nuevamente al artículo 23 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y como el artículo 156 del Código Penal es un atentado directo de «los derechos de las personas con discapacidad por mitos tales como «el bien de la familia», «la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres» o «por su bien»»; especialmente de mujeres y niñas que son quienes más sufren discriminación<sup>68</sup> y al «artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), en vigor en España en 2014, que prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas», ya que la esterilización forzosa de las personas con discapacidad contemplada en el artículo 156 es contrario a los principios de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.

Además, se afirma en el preámbulo que «según datos del Consejo General del Poder Judicial, en la última década se han practicado en España más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres. Sólo en el año 2016 el CERMI, basándose en datos oficiales, señala que hubo 140 casos, dándose 865 casos más entre los años 2005-2013»<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> BOCG, 27 de marzo de 2019.

<sup>67</sup> BOCG 11 de enero de 2019.

<sup>68</sup> «El Comité de los Derechos para las Personas con Discapacidad, en su Observación General n.º 1, confirma que las mujeres con discapacidad están sujetas a altas tasas de esterilización forzosa y, a menudo, se les niega el control de su salud reproductiva y toma de decisiones, suponiendo que no son capaces de consentir al sexo». Preámbulo Proposición de Ley Orgánica para la erradicación de la esterilización forzosa o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

<sup>69</sup> Disponible en: [https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XII&\\_iniciativas\\_id=184/029078](https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=184/029078)

Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-348.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-348.PDF) a la pregunta sobre los «Procedimientos de esterilización realizados a las personas con diversidad funcional» planteada por las diputadas Ángela Rodríguez Martínez y María Teresa Arévalo Caraballo, en febrero del 2018, se indica que según datos oficiales en 2016 se autorizaron 11 esterilizaciones a personas con diversidad funcional y en el 2017:93 (Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-348.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-348.PDF)).

## 2.8B *Proposiciones no de Ley*

Se presentaron a lo largo de la legislatura dos Proposición no de Ley ante el Pleno: primero la Proposición no de Ley sobre la esterilización forzosa o no consentida por el Grupo Parlamentario Ciudadanos y la Proposición no de Ley relativa a la esterilización de las mujeres y niñas con diversidad funcional como vulneración de derechos humanos, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Ninguna de las dos fue aprobada por su caducidad.

Por su parte, se presentaron cuatro Proposición no de Ley en Comisión. Tres de ellas no se aprobaron por caducidad de su tramitación<sup>70</sup>. Sólo una fue aprobada sin modificaciones: la Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para prohibir la esterilización forzosa de personas con discapacidad<sup>71</sup>. Esta proposición fue planteada por el Grupo Parlamentario Mixto tras la campaña realizada por el CERMI<sup>72</sup> para «garantizarse plenos derechos para las personas con discapacidad, incluidos los sexuales y reproductivos», sin que se «les exijan unas credenciales de perfección para acceder a la paternidad y a la maternidad, que no se exigen a las segundas». En consecuencia se pide que «se ponga fin a una práctica que lamentablemente, todavía es actual y se realiza legalmente en España: esterilizar de manera forzosa a personas con discapacidad», ya que «La esterilización forzosa de las personas, mayoritariamente mujeres, es un acto de violencia, un ataque a los plenos derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y niñas con discapacidad, una práctica que se ejerce sobre personas que ni han sido informadas, ni han dado su consentimiento para ello.» y que vulnera «múltiples artículos de los tratados de las Naciones Unidas». Aunque esta

<sup>70</sup> Proposición no de Ley sobre la esterilización forzosa o no consentida. (Grupo Parlamentario Ciudadanos), Proposición no de Ley sobre la esterilización forzosa o no consentida (Grupo Parlamentario Ciudadanos) y Proposición no de Ley relativa a la esterilización de las mujeres y niñas con diversidad funcional como vulneración de derechos humanos (Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea).

<sup>71</sup> Texto aprobado: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

- Incrementar la transparencia en materia de datos relativos a la esterilización de personas con discapacidad.

- Impulsar los cambios normativos necesarios para prohibir las esterilizaciones forzosas de personas con discapacidad y garantizar sus derechos, incluidos los sexuales y reproductivos, cumpliendo así con los compromisos que España ha adquirido en la esfera internacional para la protección de las personas con discapacidad.

- Adoptar medidas para reparar en la medida de lo posible, a las personas, mayoritariamente mujeres y niñas, que hayan sido víctimas de esterilización forzosa.»

<sup>72</sup> Dos representantes del CERMI comparecieron ante diversas comisiones, primero doña Anna Peláez, Vicepresidenta ejecutiva de la Fundación CERMI Mujeres, ante la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad, para presentar el Informe sobre violencia de género hacia las mujeres con discapacidad y el Informe de denuncia sobre las prácticas de esterilización forzosa sobre mujeres y niñas con discapacidad, así como informar sobre el posicionamiento del sector social de la discapacidad en defensa de los derechos e intereses de las mujeres y niñas con discapacidad y don Luis Cayo Pérez Bueno, Presidente del CERMI, acordada por Comisión de Justicia, para informar sobre temas relacionados con el estudio y definición de una Estrategia Nacional de Justicia.

práctica es un procedimiento legal «consentido por los códigos penales de España y muchos otros países, a excepción de Suecia, y se lleva a cabo después de sufrir violaciones, incestos y abusos sexuales, además de ser requisito previo a la entrada en centros de institucionalización. De modo que la esterilización forzada se ejerce, casi de oficio, después del primer alumbramiento de mujeres y niñas con discapacidad» e «incide en el desarrollo fisiológico de la mujer en términos de menstruación, crecimiento y deseo sexual, Supone un daño en la identidad personal, niega su derecho a la maternidad y facilita la explotación sexual, aunque sus defensores aseguren lo contrario. La tolerancia de los códigos penales con la esterilización se traduce en una mutilación de los derechos de las mujeres, especialmente después de los procesos de incapacitación legal. La excusa suele ser lograr un bien superior para las niñas que, sin embargo, se traduce como se ha señalado, en una mayor vulnerabilidad al abuso sexual».

### 3. **LEY ORGÁNICA 2/2020, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL PARA LA ERRADICACIÓN DE LA ESTERILIZACIÓN FORZADA O NO CONSENTIDA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INCAPACITADAS JUDICIALMENTE**

En el año 2020, se aprueba la LO 2/2020. En ella se modifica el artículo 156<sup>73</sup> del Código Penal para eliminar la causa de atipicidad relacionada con la esterilización de las personas incapacitadas en los supuestos y con los requisitos regulados por la norma, al indicar la nueva redacción que «el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales».

La propuesta de ley parte del Senado. En el preámbulo de la Iniciativa<sup>74</sup> se indica que el fin de la misma es adaptar la legislación española a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en el año 2006, ya que la causa de atipicidad contemplada en el art. 156 era una vulneración de «los derechos de las personas con discapacidad por mitos tales como «el bien de la familia», «la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres» o «por su bien», atenta directamente contra el artículo 23 de

<sup>73</sup> «Artículo 156. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.»

<sup>74</sup> BOCG, 6 de marzo de 2020, disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-67-1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-67-1). PDF#page=1

la Convención». Especialmente, en el caso de mujeres y niñas, como se indica en el artículo 6<sup>75</sup> de dicha Convención y en la Observación General n.º 1 y n.º 3<sup>76</sup> del Comité de los Derechos para las Personas con Discapacidad. Como recomendó Naciones Unidas en el año 2011 a España<sup>77</sup>.

Se afirma, además en dicho preámbulo que «la esterilización forzada es una práctica más extendida de lo que la opinión pública considera. Según datos del Consejo General del Poder Judicial, en la última década se han practicado en España más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres. Solo en el año 2016 el CERMI, basándose en datos oficiales, señala que hubo 140 casos, dándose 865 casos más entre los años 2005-2013.»

En el Congreso de los diputados no hay enmiendas al texto propuesto, tan sólo a las disposiciones adicionales<sup>78</sup>. En el Senado no se presentan enmiendas<sup>79</sup>. Finalmente la norma es aprobada con el voto de todos los diputados a favor.<sup>80</sup>

Es interesante para el estudio atender al Diario de sesiones pleno Congreso<sup>81</sup> y al Diario Sesiones Senado<sup>82</sup>. Todos los grupos parlamentarios están a favor de la reforma de la norma. Los argumentos a favor de la modificación son diversos: a rasgos generales pueden clasificarse en tres grupos. Primero, la valoración de la norma previa como contraria al derecho internacional, segundo, la clasificación de la esterilización de las personas declaradas incapaces con una discapacidad severa como esterilizaciones forzadas, tercero, la consideración de la práctica como un atentado contra la dignidad de las personas declaradas incapaces con una discapacidad severa –imposición de una decisión de tal calibre por tercero, ausencia de garantías, control de la maternidad por terceros, carácter discriminatorio de la medida...–.

<sup>75</sup> «Además en su artículo 6, relativo a las mujeres y niñas con discapacidad, subraya que los Estados Parte reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

<sup>76</sup> «Pese a estas apreciaciones y acuerdos internacionales, el Comité de los Derechos para las Personas con Discapacidad, en su Observación General n.º 1, confirma que las mujeres con discapacidad están sujetas a altas tasas de esterilización forzada, y, a menudo, se les niega el control de su salud reproductiva y toma de decisiones, suponiendo que no son capaces de consentir al sexo.»

En su observación general n.º 3 sobre mujeres y niñas con discapacidad indica que algunas formas de violencia, explotación y abuso puede considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y una vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas cabe citar: el embarazo o la esterilización forzada realizada bajo coerción, o de manera involuntaria; todos los procedimientos y las intervenciones médicas realizados sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto».

<sup>77</sup> «Naciones Unidas, a través del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, ya recomendó oficialmente, en el año 2011, al Reino de España la acomodación de su ordenamiento interno (Código Penal) en este punto, para que no se vulnerara esta garantía.»

<sup>78</sup> BOCG, 29 de abril de 2020.

<sup>79</sup> BOCG, 12 de noviembre de 2020.

<sup>80</sup> «Sí: 348 No: 0 Abstenciones: 0».

<sup>81</sup> BOCG, 15 de octubre de 2020 pp. 116 y ss.

<sup>82</sup> Diario de Sesiones del Senado, 2 de diciembre de 2020, pp. 107 y ss.

#### 4. ANTROPOLOGÍA SUBYACENTE A LA NORMATIVA ESPAÑOLA

El tópico de persona y su conceptualización «se ha circunscrito tradicionalmente a ámbitos como la teología, la filosofía o la antropología»<sup>83</sup> con distintas aproximaciones en su evolución histórica<sup>84</sup>. A partir de la II Guerra Mundial se incorporará de forma sistemática «en gran parte de los textos de naturaleza política, así como, en las declaraciones de derechos y tratados internacionales»<sup>85</sup>. Esto no implica en ningún caso, que, fuera un tópico ajeno al derecho<sup>86</sup>, ni que el concepto de ser humano, o persona, no se encontrará de forma subyacente en toda norma. Ya que o bien la norma referirá a una antropología concreta o bien referirá a unos bienes del ser humano y establecerá una prelación entre los mismos fruto de la antropología subyacente.

En el proceso legislativo analizado, desde una perspectiva histórica, se observa cómo se proclaman como bienes de todo ser humano la integridad física y la libertad del individuo. En la escala de los bienes que establece cabe observar un gran cambio a lo largo de este proceso: si observamos el Código Penal de 1973 no contempla la libertad individual sobre la integridad del sujeto. No hay casos, en los que la autonomía personal, la libertad, prime sobre la integridad física, en todo caso, aun cuando medie el consentimiento del lesionado, se impondrán las penas contempladas en los tipos correspondientes. Sin embargo, la libertad individual, se acaba proclamando sobre la integridad en la legislación posterior, aunque sólo, en los tres supuestos recogidos por el legislador: esterilización voluntaria, donación de órganos y operaciones de cambio de sexo.

En relación con la capacidad de la persona, observamos como se afirma que: «La persona puede ser capaz o incapaz»<sup>87</sup>. La incapacidad se entiende como «la situación de la persona que se encuentra, aun habiendo pasado la infancia, en un estado de inmadurez propia de ésta»<sup>88</sup>. La incapacidad varía de persona a persona, haciendo que su nivel de autonomía y dependencia sea distinto. Algunas personas podrán dar su consentimiento jurídico y otras, con discapacidad severa sólo por medio de terceros.

<sup>83</sup> VELASCO GUERRERO, L. (2021): Persona: afirmaciones jurisprudenciales en torno a un tópico constitucionalizado. *Revista Internacional de Filosofía Teórica y Práctica*, 1 (1), 69-98. <https://doi.org/10.51660/riftp.v1i1.21>.

<sup>84</sup> Al respecto: PALOMAR MALDONADO, E. (2019): «Acerca de la persona. Conceptos en liza», *Vox Iuris*, 37,1 74-94. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6802053.pdf>. 2019, (22 de mayo 2019)

<sup>85</sup> VELASCO GUERRERO, L. (2021): *op. cit.*. *Revista Internacional de Filosofía Teórica y Práctica*, 1 (1), 69-98. <https://doi.org/10.51660/riftp.v1i1.21>.

<sup>86</sup> RIBAS ALBA, J. M. (2012): *Persona, desde el derecho romano a la teología cristiana*, Granada, Editorial Comares.

<sup>87</sup> VELASCO GUERRERO, L. (2020): *El concepto de persona en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Editorial Respublica

<sup>88</sup> cf. STC 55/1994 en VELASCO GUERRERO, L. (2020): *op. cit.* Editorial Respublica.

Atendida la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse «estas personas están protegidas por la propia CE y por la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, que establece que «La persona mentalmente retrasada tiene, por encima de todos los demás, el derecho de ser respetada» y «debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos»<sup>89</sup>. Por ello, los poderes públicos ejercerán una labor tuitiva tanto sobre las personas incapaces como sobre los infantes. Dentro de esta labor tuitiva se enmarca la prohibición de contratar seguros de vida sobre su cabeza (cf. STC 55/1994).»<sup>90</sup>

En los supuestos de causa de atipicidad sobre las lesiones físicas contempladas en el artículo 156 en sus redacciones iniciales se afirma que las discapacidad no debe impedir que las personas participen en una paternidad responsable ejerciendo su derecho a la esterilización como el resto de sus conciudadanos y así puedan gozar de una vida sexual activa, si así quieren y pueden, así como, de la libertad ambulatoria propia, sin necesidad de un control continuo sobre su persona.»<sup>91</sup>, y, atendiendo a la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre dicho articulado, observamos como «cuando además concorra una deficiencia psíquica grave –generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de las medidas de intervención corporal– permitirá que las mismas puedan ser esterilizadas, cuando «aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz», ya que las mismas no pueden dar su consentimiento libre<sup>92</sup>.

Esta valoración realizada por el legislador, así como por los tribunales, sobre las personas incapaces y el ejercicio de su derecho a una paternidad responsable cambia en pocos años, observándose los primeros intentos de cambio legislativo tras la entrada en vigor en el año 2008 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cambió que culmina cuando se aprueba de forma unánime la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

A partir de aquí, se entiende la dependencia de terceros, como algo negativo, al afirmarse que toda esterilización autorizada por terceros es siempre una esterilización forzosa, realizada contra los intereses y voluntad del sujeto, por aquellos autorizados para ello. Se autoriza tan sólo a aquellas

<sup>89</sup> STC 215/1994.

<sup>90</sup> VELASCO GUERRERO, L. (2020): *Op. cit.* Editorial Respublica.

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> cf. STC 215/1994 en VELASCO GUERRERO, L. (2020): *op. cit.* Editorial Respublica.

personas que pueden dar su consentimiento, pero no se refiere a los diferentes niveles de discapacidad en los que puede encontrarse una persona con capacidades diversas, ni al hecho, que, en ocasiones, por una discapacidad psíquica severa, no podrán dar su consentimiento salvo que lo otorguen terceros en su nombre. En consecuencia, se genera una situación de desigualdad una vez que reconoces a las personas con capacidad plena el derecho a determinar libremente su paternidad mediante la esterilización, pero niegas este «derecho a aquellas personas con incapacidad severa» ya que no podrán acceder nunca a este supuesto legal, al no poder consentir ni ellos, ni un tercero en su nombre. Situación de desigualdad en el ejercicio de los derechos que tampoco se plantea.

Por último, sobre la cuestión antropológica, cabe destacar como ni en los debates parlamentarios ni en la normativa aprobada objeto de nuestro estudio, se hace referencias a cuestiones antropológicas clave, como la paternidad, el embarazo... consideradas previamente en vía jurisprudencial.

## 5. CONCLUSIONES

La Revisión crítica de la antropología subyacente en Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, así como, en todas las normas jurídicas previas que han dado lugar a este cambio legislativo permite observar de forma más completa el concepto de persona subyacente a la misma.

La Libertad se afirma como un bien de la persona, sin embargo, la tipificación de las conductas en el Código Penal y la afirmación de sólo tres ámbitos de atipicidad nos permite concluir como la integridad física, se sigue considerando en nuestra legislación como un bien superior a la misma.

Las personas discapacitadas tienen los mismos derechos que el resto de las personas, pero la falta de consideración por parte del legislador, que se deja llevar por los eslóganes del momento, de la realidad, de que hay personas cuya situación física o psíquica les hace necesitar de otros que complementen su capacidad de obrar, les ha dejado fuera del acceso a la esterilización. Si el sistema considera esta práctica – la esterilización- como correcta, no tiene sentido negarla en todo y cualquier caso se niegue a aquellos que, por una discapacidad severa, no pueden prestar consentimiento propio, por ser, dada su situación, incapaces para ello.

La falta de un debate antropológico, así como un conocimiento jurídico mínimo del derecho y su funcionamiento, y de un rigor legislativo mínimo, hace que en los cambios normativos no se planteen las cuestiones fundamentales, puestas de manifiestos en el proceso legislativo previo, así como, en las sentencias del Tribunal Constitucional. La situación de hecho de una

mala aplicación de la norma a personas cuyas capacidades si les permitían tomar una decisión sobre su propio cuerpo y su paternidad<sup>93</sup>, ha llevado a excluir de una «derecho» jurídico a las personas declaradas incapaces con una discapacidad psíquica severa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### Boletín Oficial del Estado

«BOE» núm. 152, de 27 de junio de 1983.

«BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.

«BOE» núm. 96 21 abril 2008.

### Boletines oficiales de las Cortes Generales

BOCG de 10 de diciembre de 2014.

BOCG de 10 de febrero de 2015.

BOCG de 10 de mayo de 2012.

BOCG de 21 de enero de 2015.

BOCG de 27 de julio de 2015.

BOCG de 11 de enero de 2019.

BOCG de 23 de febrero de 2015.

BOCG de 25 de julio de 2012.

BOCG de 12 de diciembre de 1988.

BOCG de 14 de octubre de 1988.

BOCG de 17 de diciembre de 1987.

BOCG de 19 de diciembre de 1988.

BOCG de 23 de febrero de 1988.

BOCG de 26 de abril de 1989.

BOCG de 12 de noviembre de 2020.

BOCG de 15 de octubre de 2020.

BOCG de 29 de abril de 2020.

BOCG de 13 de noviembre de 1995.

BOCG de 16 de mayo de 1989.

BOCG de 21 de septiembre de 1995.

BOCG de 26 de septiembre de 1994.

BOCG de 27 de marzo de 2019.

BOCG de 4 de octubre de 2013.

BOCG de 5 de abril de 1995.

BOCG de 6 de marzo de 2020.

BOCG de 9 de mayo de 1989.

BOCG de 9 de octubre de 1995.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 190, año 1989.

Diario de Sesiones del Senado, 2 de diciembre de 2020.

Diario de Sesiones del Senado, Pleno, núm. 93, de 25 de octubre de 1995.

---

<sup>93</sup> Ver al respecto: <https://www.newtral.es/esterilizacion-forzosa-personas-discapacidad-espana/20211212/>

## Leyes y proposiciones de ley

Código Penal 1973.

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

Proposición de Ley Orgánica para la Erradicación de la esterilización forzosa o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

Proposición no de Ley relativa a la esterilización de las mujeres y niñas con diversidad funcional como vulneración de derechos humanos (Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea).

Proposición no de Ley sobre la esterilización forzosa o no consentida. (Grupo Parlamentario Ciudadanos).

Proposición no de Ley sobre la esterilización forzosa o no consentida (Grupo Parlamentario Ciudadanos).

## Decisiones judiciales

Sentencia TC 215/1994, de 14 de julio de 1994.

## Obras de consulta

ASTUDILLO POLO, F. J. (1995): «El derecho a la integridad física y la esterilización de personas discapaces: comentarios a la sentencia 215/1994 del Tribunal Constitucional». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 4 (1995).

PALOMAR MALDONADO E. (2019): «Acerca de la persona. Conceptos en liza», *Vox Iuris*, 37,1 74-94. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6802053.pdf>. 2019, (22 de mayo 2019).

RIBAS ALBA, J. M. (2012): *Persona, desde el derecho romano a la teología cristiana*, Granada, Editorial Comares.

VELASCO GUERRERO, L. (2020): *El concepto de persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Respublica.

— (2021): «Persona: afirmaciones jurisprudenciales en torno a un tópico constitucionalizado», *Revista Internacional de Filosofía Teórica y Práctica* 1(1), 69-98. <https://doi.org/10.51660/riftp.v1i1.21>.

# La lógica del don y la Ley 5/2021 de modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

**JUAN PALAO UCEDA**

Universidad Francisco de Vitoria

**SUMARIO:** 1.– Introducción. 2.– Contexto social y económico de esta normativa: la sociedad líquida. 2.1 Descripción de la sociedad líquida. 2.2 El impacto en la ética y en las instituciones. 2.2A Impacto en la institución de la sociedad anónima. 3.– Medidas adoptadas por la Ley 5/2021 para revertir esta situación. 3.1 Fortalecimiento de las relaciones de inversión. 3.1A Las relaciones con los accionistas. 3.1B Las relaciones de los inversores con los gestores de carteras u otros intermediarios de inversión. 3.2 Fortalecimiento de sus relaciones con los trabajadores. 4.– Concepción antropológica de las medidas de la Ley 5/2021. 4.1 La relación humana como principio de identidad. 4.2 La relación humana como principio de encuentro. 4.3 La relación que lleva a la lógica del don. 4.3A Actividades que no contribuyen al don en el ámbito empresarial y reprobadas por la norma. 5.– Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En tanto todas las cosas humanas, entre ellas las normativas, discurren sobre rieles antropológicos y morales que necesariamente preceden su marcha, vemos menester a través de este humilde opúsculo, ponderar la virtud y propiedad de estos al momento de abordar cualquier instrumento legal.

Este ejercicio pretendemos aproveche de alguna manera en una inteligencia más profunda de las motivaciones que acompañaron la promulgación de una norma.

Emprendemos esta singladura bajo los favorables auspicios de los horizontes de razón expandida o ampliada<sup>1</sup>, metodología esta que busca un más íntegro conocimiento de los fenómenos de toda suerte que pueblan el orbe, asistiéndonos en esa empresa el arrimo de la filosofía y la teología.

Habiéndose hecho a la ciencia del derecho celadora del cabal y apropiado curso de casi todo lo humano, no es baladí remontarnos a la idea del hombre de la ley 5/2021<sup>2</sup> que tanto so sus motivaciones como so sus intimaciones se adivinan. Este conato, por muy imperfecto y deficiente que devenga, podría también enriquecer, aunque fuera mínimamente, la recta exégesis y aplicación de los mandatos que en su seno encierra.

## 2. CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO DE ESTA NORMATIVA: LA SOCIEDAD LÍQUIDA

Antes de entrar a evaluar la concepción antropológica que subyace a la normativa que intitula este artículo es conveniente describir la coyuntura y circunstancias en las que se ve necesaria su promulgación.

### 2.1 Descripción de la sociedad líquida

No ha de negarse que en el presente las tecnologías de la información han tejido una extensísima y enmarañada urdimbre de vínculos.

Este vasto imperio de la interconexión, venciendo las antes infranqueables murallas espacio-temporales, ha redundado en una merma en la calidad de las relaciones, muchas de ellas superficiales, inciertas, frías, evanescentes o, incluso, fementidas<sup>3</sup>.

La apresurada vida y la interconexión global ponen impedimentos ciertos a la profundidad de las relaciones que, frívolamente, se prodigan zaheridas desde su mismo nacimiento por la superficialidad.

---

<sup>1</sup> BENEDICTO XVI, *Fe, razón y universidad. Recuerdos y reflexiones. Discurso del Santo Padre en la Universidad de Ratisbona*, Martes, 12 de septiembre de 2006.

<sup>2</sup> Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (en adelante Ley 5/2021).

<sup>3</sup> No solo la abundancia de vínculos también el distanciamiento de las relaciones que permite de la tecnología hace que se conciba al otro como un dato numérico, un gráfico o una conversación sin desarrollar sentimientos de empatía hacia él fuera del utilitarismo (J. WEIZENBAUM, *Computer Power and Human Reason: From Judgement to calculation*. W. H. Freeman, San Francisco, 1976, p. 253).

¿¡Qué trances depara la fortuna al hombre cuando se han multiplicado de tal suerte sus aljibes relacionales que apenas ha quedado para cada uno de ellos un fino hilo de licor vital!? Los lechos relacionales que antes, generosos en caudal, regaban las glaucas y prolíficas forestas vitales, ahora casi desecados, traspasan páramos humanos agostados y baldíos.

Los compromisos de todo género y especie (de amistad, familiares, conyugales, laborales, etc.) han decaído en consistencia humana ante nuestro acelerado, agitado e inquieto tránsito sobre la tierra. Éstas frágiles e inciertas hilazas son ahora la materia prima con la que se confecciona el tejido relacional, aumentando su extensión pero empeorando su calidad y abrigo.

Esta deriva se representa de forma muy expresiva en el siguiente texto<sup>4</sup>:

*«[...] se puede entablar «contacto» con otras personas sin iniciar necesariamente una interacción que amenace con entregar rehenes al destino, o que siga una trayectoria poco deseable. El «contacto» puede romperse al menor indicio de que la interacción sigue un rumbo inadecuado: por lo tanto, no existe el riesgo, ni tampoco la necesidad de buscar excusas, disculparse o mentir; basta con una sutil pulsación, totalmente indolora y segura [...] No juramos lealtad hasta la muerte, y cabe esperar que siempre haya alguien «disponible» cuando lo necesitemos, sin tener que soportar las desagradables consecuencias de estar constantemente disponibles para los demás [...] ¿Quién quiere hablar con sus familiares si tiene a los amigos a un clic de distancia?»*

Ciertamente esta azarosa e inconmensurable plétora relacional, alimentada de pura fragilidad, volubilidad y anonimato, manifiesta el acelerado e imparable palpitar de la vida contemporánea<sup>5</sup>. La desbocada marcha existencial apenas nos concede un leve, breve y fugitivo tacto con la verdadera vida y con los demás.

Esta sazón social ha sido estudiada por el filósofo Zygmunt Bauman, el cual designa al inestable y cambiante océano social, como «sociedad líquida» en permanente mudanza<sup>6</sup>.

Por tanto, hoy en día nos encontraríamos ante multiplicidad de efímeros contactos<sup>7</sup> y algunos vínculos forzados que, a diferencia de la relación, repudian el encuentro pues ambos están inspirados por móviles autorreferenciales. Tan solo un clic nos manumite del «abismo del compromiso».

<sup>4</sup> BAUMAN, Z.: *44 cartas desde el mundo líquido* [trad.] Pino Moreno, M. Barcelona: Paidós, 2011, pp. 16-17.

<sup>5</sup> BAUMAN, Z.: *Vida líquida*. Santos Mosquera, A. [trad.] Paidós, Barcelona, 2020, p. 17. «La velocidad, y no la duración, es lo que importa. A la velocidad correcta, es posible consumir toda la eternidad dentro del presente continuo de la vida terrenal».

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>7</sup> Así nos gusta jactarnos de los cientos de amigos que tenemos en Facebook cuando posiblemente no seamos verdadero amigo (BAUMAN, 2011, p. 17).

Ante esta realidad el hombre se queda sin un suelo sobre el que hacer descansar sus plantas y la maraña de vanas interconexiones deviene en un entretejido y denegrido tapiz que apoca los horizontes nuestra vida.

Aquí se ofrece muy a las claras como los extremos se tocan pues tanto la carencia como la sobreabundancia de relaciones perpetran una alevoso aislamiento del hombre por carencia o superficialidad de las mismas.

## 2.2 El impacto en la ética y en las instituciones

Partiendo de la perspectiva aristotélica-tomista, la ética supondría el camino prevenido para que el hombre se desarrolle conforme a su naturaleza<sup>8</sup> a través de la virtud. Pero ya que la virtud no puede exigirse a todos los miembros de la comunidad política, se instauran las costumbres y el derecho para gobernar a lo menos con justicia la convivencia pacífica, alejándonos de la iniquidad<sup>9</sup> por caminos marcados o instituciones tanto consuetudinarias como jurídicas.

Éste es el sentido de institución (*in-statum*), es decir, lo creado o establecido (del verbo *sto, stare, statum*) hacia (de la partícula *in*) un fin o término concreto. En su caso la institución de la sociedad mercantil se *instituye* para subvenir al hombre en su actuación económica proveyéndole de una compañía a propósito para el acometimiento de su proyecto empresarial a la par que aminorar su responsabilidad personal en el mismo.

Así vemos que tanto instituciones consuetudinarias como instituciones jurídicas contribuyen de diversas maneras a un mismo partido como es el bien del hombre, el bien común y ese es el origen de toda ley como afirma el aquinate<sup>10</sup>.

### 2.2A Impacto en la institución de la sociedad anónima

#### a) Anonimato de la sociedad anónima y el distanciamiento de los actores

El estado líquido del conjunto social (y en ocasiones gaseoso), por su concreta configuración, han hecho especial mella en el mundo económico y de la inversión. Ciertamente la deshumanización de las relaciones de inver-

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 1106a, 15-25. Dicha perspectiva clásica ha sido acogida por muchas autores. v.gr. A. López Quintás, *Descubrir la grandeza de la vida*. Editorial Desclée de Brouwer, S. A. Bilbao, 2009, p. 210. «[La ética] [n]os ayuda a descubrir qué condiciones debemos cumplir para desarrollarnos plenamente como personas, es decir, qué actitudes hemos de adoptar para configurar debidamente la segunda naturaleza (en griego, *êthos*) que vamos adquiriendo a través de los actos que realizamos y los hábitos que adquirimos».

<sup>9</sup> SANTO TOMÁS, *Suma teológica* (STh), q. 77, a. 1.

<sup>10</sup> STh I-II, C.90, art. 4, sol.

sión obrada por la mentada superficialización de los vínculos se acrecienta aún más por el natural distanciamiento entre actores y efectos dentro del mundo financiero.

Tal como afirmó el intemporal maestro de juristas, Joaquín Garrigues, la necesidad de captación de una pluralidad de esfuerzos financieros, industriales, etc. son el principio y fundamento del tipo asociativo anónimo, este es, la sociedad anónima<sup>11</sup>.

El epíteto de anónima revela la inexistencia de personas naturales tras la estructura empresarial que den una honorabilidad y responsabilidad humanas en la llevanza del negocio frente a terceros<sup>12</sup>. Pero también denota una mayor separación entre administración y accionariado.

La denominación social<sup>13</sup>, prosigue el maestro de juristas, que acoge una mayor variabilidad de designaciones y nomenclaturas (subjetivas, objetivas relativas a la actividad o objetivas de fantasía) extiende, ante los que se relacionan con ella, densas celosías jurídicas hurtando a la vista los rostros de las personas que se encuentran en sus entrañas.

En su lugar una personalidad jurídica ficticia, dotada de patrimonio y honorabilidad independientes de la de sus socios y administradores, es la depositaria de una suerte de confianza y honorabilidad institucional.

Auspiciada por el mentado tiempo presente, los grandes conglomerados societarios, los cuales están comprendidos en el estatuto de la sociedad, son ocasión de una aséptica despersonalización de sus vínculos con los accionistas, con los trabajadores, con los clientes, etc. por la entidad interpuesta, remitiéndose su dialéctica únicamente a la fría retórica de las cifras.

Por ende esta despersonalización es bidireccional. Los accionistas llevados por esta falta de rostro de la sociedad son más proclives a solicitar una descarnada y abultada tasa de beneficios<sup>14</sup>.

Así, apremiada por unos distantes accionistas, la sociedad anónima se ve forzada a contener gastos, reducir costes y toda una coreografía economizadora desatendiendo, en algunas ocasiones, la significación humana que estas decisiones implican para la comunidad de implicados o stakeholders

---

<sup>11</sup> GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*. Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1959 (Tomo I)-1960 (Tomo II). Tomo I, p. 351.

<sup>12</sup> PERDICES HUETOS, A. B.: *Identificación de accionistas en las sociedades cotizadas tras la reforma de 2021 en «Revista de Derecho de Sociedades»*, 63 (Septiembre-Diciembre 2021), 25-48, p. 28, y J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*. S. Aguirre, Madrid, 1936 (Tomo I) y 1940 (Tomo II). Tomo I, p. 187.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> En relación a los perjuicios que esa exclusiva percepción de beneficios lo vemos en L. Ladaria, P. Tuckson, et. al. *Oeconomicae et pecuniariae quaestiones.- Consideraciones para un discernimiento ético sobre algunos aspectos del actual sistema económico y financiero*, Vaticano, 2018, 23. «Además, esta lógica obliga con frecuencia a la administración a actuar políticas económicas encaminadas, no a impulsar la salud económica de las empresas a las que servían, sino a incrementar solo los beneficios de los accionistas (*shareholders*), perjudicando así los intereses legítimos de todos aquellos que, con su trabajo y servicio, operan en beneficio de la misma empresa, así como a los consumidores y a las varias comunidades locales (*stakeholders*)».

(trabajadores, clientes y proveedores, hacienda pública, etc.)<sup>15</sup> a los cuales ha de darse lo que les corresponde en el proceso de generación de riqueza<sup>16</sup>.

En las grandes corporaciones y multinacionales, el enorme distanciamiento de los propios administradores con la realidad cotidiana de la mercantil es origen de decisiones ejecutadas a través de una larga cadena jerárquica cuya inconveniencia o daño no es percibido por aquellos como inmoral ante ocultamiento de los efectos producidos<sup>17</sup>.

Se podría llegar, en último término, a crear una realidad racional manufacturada<sup>18</sup> y estructurada en la que no hay cuestionamientos.

Pero un nuevo nublado se cierne sobre el horizonte financiero presto a descargar. Los inversores institucionales y las gestoras de fondos incrementan el mentado anonimato y distanciamiento entre sociedad e inversor.

En especial, mediando una gestora de fondos a la que el ahorrador confía sus haberes, esta situación es susceptible de empeorar en dos sentidos.

En primer lugar ya que en las organizaciones la opinión de los individuos y su influencia «humana» o moral se puede llegar a diluir en un vasto organigrama en pos de la racionalidad jerárquica y aritméticamente manufacturada<sup>19</sup> como ya hemos descrito en las sociedades anónimas, esto es, muchas cosas pueden ser justificadas o absueltas en tanto partan y se remitan a una autoridad competente<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Las relaciones habidas en el seno de la compañía han de verse como un compartido y general beneficio no como una contienda (Cf. L. BRUNI, *El precio de la gratuidad*. Ciudad Nueva, Madrid, 2008, p. 137-138 «Más aún, al activar las tres formas de reciprocidad se produce una contaminación de las lógicas de reciprocidad. En realidades humanas donde están presentes tanto la reciprocidad-amistad como la incondicional, también el contrato y el mercado se humanizan. Pasan de ser considerados como "ventaja mutua" a ser percibidos como "asistencia recíproca", según palabras de Antonio Genovesi. El acercamiento al cliente, al proveedor, al accionista o al empleado se realiza con la atención y dignidad propias del acercamiento a un amigo. Con ello se introduce en la economía de hoy un germen de transformación, de humanización de las relaciones ordinarias, si es cierto que la reciprocidad es la vocación más profunda de toda persona, dentro y fuera de los mercados.»).

<sup>16</sup> Cf. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS, «La defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos determinantes del gobierno corporativo», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. [dir.] *Gobierno corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los administradores*. 1.<sup>a</sup> Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 117. «La eficiencia económica de la decisión o de la institución jurídica es importante, pero no es de prioridad exclusiva en un proceso de argumentación jurídica. Obviamente, no existe contradicción sino complementariedad en el sometimiento de una realidad a un análisis simultáneo desde la perspectiva de su adecuación a la justicia y desde la de su acierto en términos económicos. La definición clásica de justicia está abierta a esta complementariedad, pues centra la esencia de la justicia en dar a cada uno lo suyo -*suum cuique tribuere*...».

<sup>17</sup> La separación de las actividades y cometidos hacen además que todos los miembros de la organización, puedan no plantearse los efectos de su trabajo aunque sean abyectos y se ciñan a una «ética» de la eficiencia tratando de desempeñar lo mejor su trabajo sin consejo moral (BAUMAN, *op. cit.* 1997, p. 47).

<sup>18</sup> Encontramos el caso extremo del holocausto ARENDT, H.: *Los Orígenes del Totalitarismo*. [Trad.] Solana, G. Madrid: Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1974, p. 541-542. «No son tanto las alambradas como la irrealidad expertamente manufacturada de aquellos a quienes cercan lo que provoca tan enormes crueldades y, en definitiva, hace parecer al exterminio una medida perfectamente normal [...] un mundo que está completo y que posee todos los datos sensibles de la realidad, pero que carece de esa estructura de consecuencia y de responsabilidad sin la cual la realidad sigue siendo para nosotros una masa de datos incomprensibles.»

<sup>19</sup> BAUMAN, *op. cit.*, 1997, p. 43.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 191-192. «Podemos decir que la organización en su conjunto es un instrumento para eliminar toda responsabilidad. Se enmascaran los vínculos causales de las acciones coordinadas y el simple hecho de que se enmascaren es uno de los factores más importantes de su efectividad. La perpetuación colectiva de acciones crueles la facilita el hecho de que la responsabilidad es esencialmente "algo suelto",

En segundo lugar, ya que el distanciamiento de los inversores con las mercantiles se acrecienta, se distancia a un tiempo la sede donde se engendran las primigenias exigencias y reclamaciones de suerte que los fríos condicionamientos lucrativos se impongan en todo tiempo.

Así los participantes de los fondos de inversión pueden ejercer una descomedida influencia aritmética sobre las gestoras para que éstas desplieguen una binómica lógica inversora coste-beneficio, desatendiendo las líneas que más tocan a la creación valor empresarial y humano en su seno (proyectos de I+D+i en curso, planes de descarbonización y éticos, integración de los trabajadores, etc.), moviendo los capitales de una a otra compañía en función de sus prospectivas de crecimiento a corto plazo, etc.

Este general distanciamiento ha favorecido la falta de barreras éticas.

En efecto, la supresión de inhibiciones morales humanas viene precedida de un distanciamiento<sup>21</sup> o separación entre las decisiones del hombre y los efectos de éstas sobre los demás, tal y como una pléyade de sociólogos ha advertido<sup>22</sup>.

Salvando las distancias, afirma Lachs refiriéndose a lo que hizo posible la general colaboración en la cruel «Endlösung» del holocausto nazi<sup>23</sup>:

*«La distancia que percibimos con respecto a nuestras acciones es proporcional a nuestra ignorancia sobre ellas. Nuestra ignorancia, a su vez, es en gran parte la medida de la longitud de la cadena de intermediarios que hay entre nosotros y nuestros actos [...] A medida que va desapareciendo la conciencia del contexto, las acciones se convierten en movimientos sin consecuencias. Al no percibir las consecuencias, las personas pueden tomar parte en los actos más abominables sin plantearse siquiera la cuestión de cuál es su función o su responsabilidad. (...)»*

Así, cuanto más larga sea la cadena de intermediarios y más lejano se encuentre el beneficiario final de la sociedad anónima, ya de por sí desdibujado en un distante mar accionarial, más frío y exigente se puede mostrar éste ante la mercantil.

---

mientras que todos los que participan en estos actos están convencidos de que reside en la "autoridad competente".

<sup>21</sup> En los campos de concentración se les privaba de nombre a los reclusos asignándoles un nombre (V. Frankl, *El hombre en busca de sentido*. Editorial Herder: Barcelona, 1991, pp. 59-60) para distanciarlos aún más con sus carceleros de cualquiera relación/identificación humana.

<sup>22</sup> BAUMAN, Z.: *Modernidad y Holocausto* [trad.] Mendoza, A. et. al. Madrid: Ediciones Sequitur, 1997, p. 128. «La deshumanización comienza ahí cuando, gracias al distanciamiento, los objetos hacia los que se dirige la operación burocrática se reducen a un conjunto de medidas cuantitativas», H. MOMMSEN, *Anti-Jewish Politics and the Implications of the Holocaust*, en *The Challenge of the Third Reich: The Adam von Trotta Memorial Lectures*, ed. Hedley Bull. Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 140, o S. MILGRAM, *The Individual in Social World*, Addison and Wesley, Reading, Mass, 1977, p. 98.

<sup>23</sup> *Responsibility and the Individual in Modern Society*, Harvest, Brighton, 1981, pp. 57-58.

Como dice Bauman fue la lejanía entre nuestras acciones y sus efectos la que hizo posible la perpetración de la tragedia del Holocausto, de Hiroshima o del Gulag<sup>24</sup>.

b) Óbices en la sostenibilidad de la institución de la sociedad anónima

Así presentado el torvo y denegrido horizonte societario que en algunos casos amenazaba ruina y desastre para la sostenibilidad<sup>25</sup>, sin embargo, en el mismo empieza a despuntar la poderosa luminaria de la ética capaz de dispersar y deshacer la penumbra que la sofisticación financiera había extendido en ciertos campos del mundo financiero.

No nos es extraño que la licuación y volubilidad que silente pero impasible avanza en el entorno societario mengua la creación de vínculos estables y constructivos, en especial con los Stakeholders.

Oriundo es este problema de la deshumanización financiera por el ocultamiento de las vicisitudes y prolegómenos humanos que palpitan en la entraña empresarial tras el tupido velo de los guarismos<sup>26</sup>.

Así, hoy más que nunca, las instituciones tuitivas, sirven a estos colectivos de antemural y adarve frente al embate de la omnímoda aritmética economicista que gobierna de forma indivisa el imperio de las finanzas.

La institución del contrato laboral, la institución del consumidor, los códigos de buen gobierno y una pléyade normativa buscan acotar el funesto anonimato y despersonalización favorecido en el mundo financiero.

Al final el problema es de humanidad y de amor en la economía<sup>27</sup>, términos éstos que con irónica y displicente mueca el profesional los ha condenado tiempo ha al ostracismo del reino financiero<sup>28</sup>.

Así, esta acendrada ley de guarismos en donde se excusa cualquier variable humana produce ciclópeos errores de aritmética humana y medioambiental<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> BAUMAN, Z.: *op. cit.*, 1997, p. 243.

<sup>25</sup> La sostenibilidad es un término prácticamente asimilable con la Responsabilidad Social Corporativa (*vid.* M. ZABALETA DÍAZ, «Sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 64 (Enero-Abril 2022), 149-192, p. 157).

<sup>26</sup> Cf. WADELL, P.: *La primacía del Amor. Una introducción a la ética de Tomás de Aquino*, Ediciones Palabra, Madrid, 2007, p. 103 «Adorar el altar de la riqueza es una perversión en la vida que ofende el alma, una cínica tergiversación de lo que somos por naturaleza creada según la gracia divina... Por esta razón, al final desaparece la humanidad de los que adoran el dinero.»

<sup>27</sup> COSTA, J.: «Amor en la verdad, principio clave de la doctrina social de la iglesia», en MELÉ, D., CASTELLÀ, J. M. [eds.] *El desarrollo humano integral. Comentarios interdisciplinarios a la encíclica «Caritas in veritate» de Benedicto XVI*, Editorial Ite, Barcelona, 2010, p. 67. «el principio de gratuidad y la lógica del don, como expresiones de fraternidad, pueden y deben tener espacio en la actividad económica ordinaria.»

<sup>28</sup> LADARIA, L. *et. al. op. cit.*, 23. «En este sentido, donde el mero beneficio se sitúa en la cima de la cultura de una empresa financiera, ignorando las simultáneas necesidades del bien común –cosa que hoy se señala como un hecho generalizado incluso en prestigiosas escuelas de negocios (*business schools*)–, toda instancia ética viene de hecho percibida como extrínseca y yuxtapuesta a la acción empresarial.»

<sup>29</sup> BRUNI, L., ZAMAGNI, S.: *Civil Economy: Efficiency, Equity, Public Happiness*, Peter Lang, A. G., Bern (Switzerland), 2007, pp. 160-161.

En especial la cotización, norte y faro del cortoplacismo, aprovecha en ocasiones a modo de injusto y fatal cadalso en el cual se ejecuta al buen hacer de un gobierno corporativo.

La extremada tensión generada por la granjería de dividendos y la revalorización de la acción en el mercado hace que su atención no pueda fijarse en otras derivadas capitales como es el cuidado de las personas que se relacionan con la sociedad y la protección medioambiental<sup>30</sup> sino que las compañías se emplean con descomedimiento y denuedo en el primer caso, en la exacción de liquidez por todos los medios trayendo fondos o aumentando el endeudamiento o, en el segundo caso, ejecutando planes de recompra de acciones, fusiones, reestructuraciones, etc.<sup>31</sup>

Toda esta coreografía de diligencias solo tienen un efecto externo, de maquillaje ajeno al verdadero valor y consistencia del negocio, en ocasiones rayando el absurdo<sup>32</sup>. A la descarnada y ávida especulación solo en pos de dividendos y revalorizaciones se le ha llegado a llamar «pornografía de inversión»<sup>33</sup>.

Finalmente hemos de advertir que existe una correlación entre la actuación egoísta de los operadores económicos y, al mismo tiempo, la quiebra del sistema económico en su conjunto<sup>34</sup> de ahí la capitalidad de esta humanización del mundo societario.

### 3. MEDIDAS ADOPTADAS POR LA LEY 5/2021 PARA REVERTIR ESTA SITUACIÓN

Ardua tarea es aquella de enmendar esta desviación antropológica profunda sirviéndose de una simple intervención legislativa en un ámbito tan específico de la vida humana. Pero si bien esta normativa sectorial económica está imposibilitada de todo punto de revertir la purulencia relacional que gangrena el organismo social, si al menos pugnará por bizmar su recio influjo.

---

<sup>30</sup> La medida que se puede tachar de más inclinada a la protección del medioambiente es aquella que, primeramente, protege el ecosistema humano y al hombre. No se puede hablar de medidas medioambientalmente beneficiosas si perjudican a personas, familias y colectivos bien privándoles de bienes necesarios, bien empeorando sus condiciones de vida. Muestra evidente de imposiciones medioambientales no correctamente ponderadas es el caso de Sri Lanka (2022) prohibiendo los fertilizantes químicos y multiplicando los precios de los productos básicos para toda la población con la consiguiente hambruna.

<sup>31</sup> Ley 5/2021, EM. «Algunas medidas como son los programas de recompra de acciones o reestructuraciones societarias, generan beneficios financieros efímeros que, sin embargo, pueden hipotecar el futuro sostenible de la sociedad cotizada y de sus accionistas, trabajadores, acreedores y clientes [...]»

<sup>32</sup> Hay casos incluso extremos. Un estudio de la Purdue University demostró que la desmedida alza de las cotizaciones de compañías que, en el período del auge de internet añadían a su nombre «.com» o «.net» o «internet» aunque no se dedicaran a negocios relacionados con internet experimentaban un 125% de aumento en la cotización en sus acciones frente a las que no lo hacían (MALKIEL, B. G.: *Un paseo aleatorio por Wall Street* (8.ª ed.), María Hernández [trad.] Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 89). Tal tipo de actos se encuentran propinuos al fraude.

<sup>33</sup> MALKIEL, *op. cit.*, p. 97.

<sup>34</sup> LADARIA, *op. cit.*, p. 30.

### 3.1 Fortalecimiento de la relaciones de inversión

#### 3.1A Relaciones con los accionistas

##### a) Voto de lealtad.

Atendiendo a la mentada vigorización de los vínculos con los inversores, aquellos que permanezcan en la nave empresarial de una sociedad cotizada por una dilación mayor de dos años serán recompensados con un mayor peso decisorio en las juntas, doblándose su voto por acción. Esta medida deberá ser expresada así en los Estatutos Sociales de la sociedad.

A través de esta permanencia se busca la participación del accionariado en el proyecto empresarial construyendo más perdurables lazos de colaboración con el accionariado, sacando al inversor de un superficial y egoísta vínculo con la compañía<sup>35</sup> y permitiendo desplegar políticas más beneficiosas a largo plazo<sup>36</sup> que lógicamente traerán también beneficios económicos, algo totalmente legítimo<sup>37</sup>.

Esta recompensa también se encamina a curar el mal de la especulación, las ventas a corto (*high-frequency trading*)<sup>38</sup> u otras prácticas dudosas fomentadas, v.gr. por el chartismo<sup>39</sup> que no tienen en cuenta siquiera la realidad y/o utilidad de las compañías al tiempo de negociar con sus valores.

Como veremos, la especulación se contrapone diametralmente a la lógica del don puesto que el fruto de la especulación no es otro que un inmerecido premio casi lindante con aquellos propios de los juegos de azar.

<sup>35</sup> Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) en su «Informe sobre las presiones cortoplacistas indebidas sobre las empresas» (*Undue short-term pressure on corporations*) de 18 de diciembre de 2019 afirma que las inversiones a largo plazo de los accionistas están muy relacionadas con la sostenibilidad social y medioambiental. Es decir, son los accionistas que se mantienen en la Sociedad los que dan pábulo a la administración a que despliegue estrategias beneficiosas pero cuyos frutos se dilatarán en el tiempo. TAPIA HERMIDA, J. A.: «Deberes de diligencia de los administradores para un gobierno corporativo sostenible: Reflexiones a propósito de un informe de EY para la comisión europea de Julio de 2020», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 161 (2021) pp. 353-362, p. 357. «[En el Informe sobre el estudio de los deberes de los administradores y el gobierno corporativo sostenible elaborado en Julio de 2020 por Ernst & Young] los datos indican una tendencia al alza en los pagos a los accionistas, que se cuadruplicaron, de menos del 1% de los ingresos en 1992 a casi el 4% en 2018. Además la relación entre CAPEX e inversión en I+D y los ingresos ha ido disminuyendo desde el comienzo del siglo XXI». También hay voces en contra de esta asunción de que el cortoplacismo contraviene medidas más beneficiosas para la sociedad (*vid.* Zabaleta Díaz, *op. cit.* 2022, p. 159).

<sup>36</sup> Algunos autores se muestran contrarios a la toma de esta medida ya que no está comprobada ni siquiera la existencia de un cortoplacismo en el sistema de valores español (*vid.* I. Fernández Torres, *El voto adicional por lealtad, una aproximación crítica a la propuesta de reforma de la ley de sociedades de capital* en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», 161 (2021). pp. 11-54, p. 19). También exponen la posibilidad de articular otras medidas como incentivos fiscales a la permanencia, etc. (*Ibidem*, 52).

<sup>37</sup> ZABALETA DÍAZ, *op. cit.*, 2022, p. 167.

<sup>38</sup> LADARIA, *op. cit.*, p. 15. «Este fenómeno, sin embargo, implica hoy el riesgo de provocar una mala financiación de la economía, haciendo que la riqueza virtual, concentrándose principalmente en transacciones marcadas por un mero intento especulativo y en negociaciones "de alta frecuencia" (*high-frequency trading*), atraiga a sí excesivas cantidades de capitales, sustrayéndolas al mismo tiempo a los circuitos virtuosos de la economía real».

<sup>39</sup> MALKIEL, *op. cit.*, p. 126. «Un auténtico "chartista" ni siquiera se preocupa de saber cual es el negocio o industria en la que se encuentra una empresa mientras pueda estudiar el gráfico del título.»

Tales juegos, cultivados de forma asidua y habitual, desatan una descomulgada ansia de ganancia sin título o esfuerzo previo que la avale. Por lo mismo se embota y obliteran los dinamismos del sujeto que en tales prácticas se ejercita sin brindar verdadero crecimiento<sup>40</sup>, beneficio o utilidad ni a los demás ni a sí mismo<sup>41</sup>.

Alentado por estas fáciles y descomedidas ganancias consagrará su vida a esta vacua ocupación sustrayéndose a un perfeccionamiento personal tal y como convenían el estagirita y el aquinate por falta de adecuación al fin y propósito de su naturaleza<sup>42</sup>.

En la época presente, preñada de estos peligrosos entretenimientos de inversión como la criptomoneda, muchas personas se alistan presurosas en esta milicia de especuladores seducidos por la promisión de elevados y fáciles beneficios. Este es el infando destino que depara al hombre el cual, sin proyecto de ayuda a los demás ni vocación de entrega, se desnorta y deposita sus desvelos en un obsesivo aumento de sus haberes y caudales deponiendo a un tiempo su pretérito deseo de plenitud.

Tal y como veremos la felicidad no puede venir sino por la sincera entrega de uno mismo a los demás<sup>43</sup>. Es ese «tu» el que da sentido a nuestra singladura vital.

Todo ello nos lleva a los beneficios de una sana y estable contribución inversora en una compañía la cual, por el método de análisis fundamental<sup>44</sup>, se nos ofrezca más acorde con una valiosa y beneficiosa actuación para los demás y la sociedad. Las derivadas éticas y sostenibles son pues variables fundamentales para este cálculo humano bruñado en nuestros corazones.

## b) Eliminación de los estados contables intermedios.

La obligación prescrita para sociedades cotizadas de presentar estados contables intermedios previos a los finales del ejercicio parece que condu-

---

<sup>40</sup> LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 215. «Nacemos dotados de ciertas potencias: inteligencia, voluntad, sentimiento, capacidad creativa... Pero, si no tenemos ocasión de aplicar estas potencias a ciertas posibilidades, apenas podemos ser creativos, y nos vemos abocados a la frustración».

<sup>41</sup> El aquinate nos habla de la necesidad de un bien que preceda a la búsqueda de lucro. Cuando un animal se esfuerza por algo v.gr. un conejo haciendo una madriguera, ese acto busca un bien, resguardarse éste con sus retoños. Sería cosa de locura que ese conejo hiciera madrigueras sin descanso que no van albergar a nadie. Esto le desviaría de su fin natural de la alimentación, procreación, cuidado de su prole, etc. De igual forma el hombre que denodadamente se ocupa en el aumento de su peculio sin un fin o bien precedente, descontextualiza su acción. El medio termina siendo fin y se separa del mundo. Así se comporta el hombre que busca el lucro por el lucro ya que este no tiene fin tal y como expresa Santo Tomas de Aquino (STh II-II, q. 77 a. 2. Sol).

<sup>42</sup> Pues todos estamos llamados a crecer (cf. WADELL, *op. cit.*, p. 85 «La moralidad empieza en la experiencia de nuestra indigencia, en el reconocimiento demoleedor de que estamos lejos de la plenitud, en darnos cuenta de que, para la perfección, falta algo que no tenemos todavía. La vida moral se estremera con la primera intuición de nuestra indigencia: no somos en absoluto lo que podríamos ser, somos radical y, a menudo, dolorosamente imperfectos.»).

<sup>43</sup> Concilio Vaticano II, *Constitución pastoral gaudium et spes sobre la iglesia en el mundo actual*, 24

<sup>44</sup> Cf. MALKIEL sobre los problemas de no hacerlo (*op. cit.*, pp. 100 y ss.).

cía, según expresa la exposición de motivos de la ley 5/2021, a un capitalismo trimestral tan solo ocupado en un continuo canje de valores bursátiles en función de la fluctuación que estos informes posibilitan.

Afirma igualmente la exposición de motivos de la ley 5/2021 que esta primacía del rendimiento financiero en todos los órdenes fue la causante del colapso del sistema económico por la crisis inmobiliaria<sup>45</sup>.

Se trata así de que el inversor se vea más inclinado a subvenir con sus fondos una actividad y proyecto empresarial como veíamos obstaculizando tan desencaminada práctica.

Aunque es clara la buena intencionalidad de este precepto, es dudosa su efectividad y sus positivas consecuencias en tanto la transparencia es uno de los principios ordenadores del mercado y su ausencia podría acrecentar la asimetría informativa entre diversos inversores.

### c) Juntas íntegramente telemáticas.

A través de esta iniciativa, abierta a todas las sociedades de capital<sup>46</sup>, se alienta y facilita la participación del pequeño inversor, aquel que, so pretexto de su inapreciable peso decisorio, no se desplaza físicamente a las juntas de accionistas.

Hasta ahora la celebración de la Junta General podría ser híbrida pero la reforma de la LSC auspicia esta nueva posibilidad de asistencia remota.

En cualquier caso la participación telemática en las juntas las hará más asequibles para los pequeños inversores favoreciendo su involucración y atemperando la fuerza decisoria de los accionistas de referencia que hasta la fecha toman la mayor parte de las decisiones sociales<sup>47</sup>.

En último termino, a pesar de la natural desvinculación capital-administración propia de las sociedades anónimas, busca el legislador revitalizar la relación de la sociedad con cada accionista protegiendo y favoreciendo los lechos relacionales societarios.

---

<sup>45</sup> Estado, con sus desgravaciones por adquisiciones de viviendas, Bancos con su política de créditos, constructoras con una insaciable hambre expansionista y particulares engrasando esta maquinaria con sus «beneficiosas» adquisiciones, pavimentaron un camino totalmente desencaminado de la conveniencia, necesidades y demandas reales de inmuebles de la sociedad y del mercado en una imparable maquinaria que unía los días con sus noches, hasta que la realidad les mostró lo desatinado y desaforado de su acelerada marcha.

<sup>46</sup> 182 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC).

<sup>47</sup> Cf. GARCÍA MANDALONIZ, M.: «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. [dir.] *Gobierno corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los administradores*. 1.<sup>a</sup> Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 366 «Con su tradicional abstencionismo y desvinculación de la marcha diaria de la sociedad, suele dejar en manos de los socios de control, ligados con habitualidad a los administradores, la deliberación y adopción de acuerdos en el órgano generador de la voluntad social».

- d) La obligación de identificar al beneficiario final cuando hay intermediarios financieros interpuestos y la obligación de dar información a los accionistas sobre otros accionistas.

Vehicular una compra de acciones a través de una entidad financiera sitúa al banco como accionista ante la Sociedad de Sistemas bursátiles cuando, solo internamente, se registra nominalmente al verdadero accionista, de ahí que la norma haya incluido en el art. 524 LSC la obligación de estos intermediarios financieros de revelar los datos de sus clientes inversores. Y no solo eso sino, igualmente, la reforma permite la posibilidad de conocer quién es el socio real que controla los derechos del socio (beneficiario último)<sup>48</sup>.

Como hemos dicho en el universo humano se han estrechado infinidad de lazos negociales, de amistad, familiares, etc. pero este incremento no ha supuesto un consecutivo aumento de su calidad y profundidad sino más allá una mengua. Están aquellos ciertamente heridos mortalmente de descarnado interés desde su mismo nacimiento.

Y nos preguntamos ¿es moral acrecer en beneficios cuando se desconoce la causa o motivo de su generación?

Por ello, la incipiente humanización y el robustecimiento de la dinámica inversora depende de un robustecimiento de la vis relacional. Para ello se arbitra una posibilidad de interlocución directa con el destinatario final a través de la cual el inversor venga en conocimiento de inteligencias sobre la sociedad antes vedadas por la estrechez de la mediación ejercida.

Ciertamente toda relación excesivamente mediada ya no es relación.

Por otro lado, para favorecer el activismo accionarial, también los propios accionistas que participan del mismo contrato de sociedad (misma sociedad mercantil) tienen derecho a través de asociaciones, sindicatos o de forma particular a obtener información sobre los demás accionistas<sup>49</sup>.

Este derecho se articula para facilitar una intervención más efectiva y robusta ante la sociedad<sup>50</sup>.

- e) Simplificación del recurso al crédito de las sociedades cotizadas y con compañías con acciones admitidas a negociación en sistemas multilaterales de negociación.

Para poner por obra determinados planes en ocasiones el gobierno corporativo ve entorpecidos sus designios por algunas rémoras procedimentales que, en la actual ley se tratan de eliminar o reducir, las cuales podrían ser discutibles.

---

<sup>48</sup> PERDICES HUETOS, *op. cit.*, p. 32.

<sup>49</sup> Artículo 497 bis LSC.

<sup>50</sup> PERDICES HUETOS, *op. cit.*, 41.

Estas son, por ejemplo, la falta de obligatoriedad de un experto independiente para suprimir el derecho de suscripción preferente de acciones por importes inferiores al 20% (salvo dos contadas excepciones), reducción del tiempo de 15 a 14 días para permitir el derecho a suscripción preferente de acciones de los accionistas, supresión de la necesidad de incluir en el acuerdo la posibilidad de la suscripción incompleta para su eficacia, la elevación a 8 millones del umbral a partir del cual es necesario elaborar el folleto de la Oferta Pública de Venta de acciones en un mercado regulado (salvo algunas excepciones), etc.

### *3.1B Relaciones de los inversores con los gestores de carteras u otros intermediarios de inversión*

Decíamos que el anonimato de la sociedad anónima se había acrecentado ante la intervención en el tablero financiero de gestoras o entidades intermediarias encargadas de decidir el destino de los fondos.

Ciertamente la mediación de corporaciones lleva comúnmente aparejada una deshumanización del vínculo inversor por diluirse el mismo en sucesivas estructuras sin rostro en donde la sede de las decisiones está si cabe más alejada de la sostenibilidad de la mercantil.

De ahí que sea necesaria una humanización de los programas de las mercantiles que, por mor de la nueva regulación, deben contar con variables tocantes a la sostenibilidad medioambiental, social y ética<sup>51</sup> los cuales posteriormente han de comunicar a la comunidad de inversores para que hacer más conscientes y maduras sus posiciones de inversión.

No solo eso sino, igualmente, sus propias políticas de voto e intervención en Juntas de accionistas son capitales para declarar en qué medida esa gestora de fondos pondera la deriva ética de las sociedades en las que interviene.

Por ejemplo la mayor gestora de fondos de Gran Bretaña, Schroder ha notificado su intención de votar en contra de las políticas laborales de Amazon, Meta (Facebook) y Google por considerarlas inapropiadas arguyendo la sensibilidad de sus inversores en dichas materias<sup>52</sup>. Igualmente Larry Fink, el CEO de BlackRock había declarado en 2018 su intención de integrar en sus decisiones de inversión criterios sociales<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Cf. El artículo 47 ter de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, redactado por la Ley 5/2021 «1. Las sociedades gestoras desarrollarán y pondrán en conocimiento del público una política de implicación que describa cómo integran su implicación como accionistas o gestores de los accionistas en su política de inversión.»

<sup>52</sup> Schroders to Oppose Amazon, Meta, Alphabet Over Worker Rights. Newsmax finance. 19/05/2022. <https://www.newsmax.com/finance/streettalk/schroders-amazon-alphabet-retirement/2022/05/19/id/1070592/>

<sup>53</sup> ZABALETA DÍAZ, *op. cit.*, 2022, p. 151.

De esta forma se produce un reconocimiento implícito del sentido moral de los inversores de dichos fondos de inversión como firme determinación para operar en consonancia con dichos estándares.

Así, no solo en su política de inversión, sino en su actuación, voto o salida de las compañías en las que dichas gestoras invierten deberían mostrar su convicciones morales y éticas tal y como el conocido adagio «votar con los pies», expresa.

En esencia el método fundamental de valoración es siempre el más próximo a esta discriminación moral y de sostenibilidad en tanto pondera, no ya desempeños inmediatos de las sociedades, sino políticas más largoplacistas que a todos benefician.

### 3.2 Fortalecimiento de sus relaciones con los trabajadores

Entendiendo que la involucración y el tratamiento de los trabajadores en la compañía es uno de los pilares sobre los cuales descansa la sostenibilidad social no ha desaprovechado ocasión el legislador para hacer preceptiva la mención de estos extremos en el informe de gestión de suerte que influya el devenir de la compañía. Esta normativa no es sino otro peldaño más en este importante direccionamiento de la protección de los trabajadores cuyo antecedente está en la ley 11/2018<sup>54</sup>.

Es precisamente una relación creativa y generosa en la que el trabajador ofrece sus mejores primicias al empleador y este acoge con agradecimiento tan rica contribución con una compensación acomodada a tan liberal entrega, la que determina el éxito de no pocas compañías.

Con ello se atiende a la natural inclinación del hombre a un crecimiento integral y a desarrollar en plenitud aquello que se encuentra en todos. Incorporando verdaderamente a los trabajadores en la actividad empresarial y su sentido, y excusando una superespecialización laboral alienante<sup>55</sup>, la relación laboral se plenifica y su cauce acoge un abundante caudal de enriquecimiento mutuo<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> MARTÍNEZ NADAL, A.: «Empresa y derechos humanos: Perspectiva de Derecho Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 320 (Abril-Junio 2021), pp. 135-198, p. 193.

<sup>55</sup> LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 217. «[...] diré solamente que esta especie de "gerencia múltiple" (Charles McCormick) o "gerencia participativa" (Douglas McGregor), realizada en virtud del principio de subsidiaridad, facilita la autorrealización de los trabajadores y supera el riesgo de alienación que entrañan las formas superespecializadas de trabajo, como bien fustigó Charles Chaplin en su película *Tiempos modernos*.»

<sup>56</sup> GONZÁLEZ IGLESIAS, S. y SASTRE JIMÉNEZ, A.: «Una mirada a la empresa desde la lógica del encuentro», en *Relecciones*, 3 (2016), pp. 65-84, p. 83. «El trabajo mismo en la empresa, desde el punto de vista de la lógica del don, deja de concebirse como un ganapán, como aquello que el trabajador canjea por su salario, y se ve como una forma de poner a rendir aquellos talentos o dones que la persona ha recibido para el bien no tan solo de sí mismo, sino de todos los que le rodean y la sociedad.»

Pertrechado el informe de gestión con una memoria de relaciones laborales y de la implicación de los trabajadores en la actividad, visibilizará dichos extremos no solo a los inversores sino también a la propia dirección que necesariamente tendrá que ponderar dicha políticas<sup>57</sup>.

Se inclina de esta forma el legislador a poner ante los ojos del inversor un cuadro más completo y ultimado de las prácticas e iniciativas de las compañías trascendiendo el mero despeño financiero. De este modo los inversores podrán adicionar a las variables numéricas otras que ayuden a interpretar con más propiedad el proyecto empresarial en lo tocante al respeto y la dignificación de los trabajadores<sup>58</sup>.

Pues todo acto humano (incluido el de inversión) es un acto moral es menester prevenirse del nefando y fatal error de respaldar con nuestros fondos inercias empresariales excusadas de toda moralidad y humanidad.

#### 4. CONCEPCIÓN ANTROPOLÓGICA DE LAS MEDIDAS DE LA LEY 5/2021

##### 4.1 La relación humana como principio de identidad

¿Por qué se favorece en la ley la verdadera relación frente a los vínculos interesados o contactos efímeros?

Parece que el legislador entiende la inclinación natural del hombre a las relaciones y la humanización de las mismas como paso previo hacia la realización de su bien y el bien común, sustrayendo el vínculo de inversión, laboral, directivo, etc. del aséptico y frío anonimato<sup>59</sup>.

Es consustancial al hombre el enriquecimiento y la reciprocidad propia de la relación que, trascendiendo la consideración de un mero y simple interés, propende a crear ligazones creativas bidireccionales<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> En ocasiones la remuneración del órgano de administración en el sistema alemán ya consideraba el mantenimiento de los puestos de trabajo como una de sus derivadas (M. ZABALETA DÍAZ, «Retribuciones de consejeros en el sistema dual de administración tras la Directiva 2017/828, de implicación a largo plazo de los accionistas», en *Revista de Derecho de Sociedades* 63 (Septiembre-Diciembre 2021), pp. 127-176, p. 149).

<sup>58</sup> ZABALETA DÍAZ, *op. cit.*, 2022, p. 160 «[...] toda pretensión de crecimiento sostenible sólo será creíble si está enraizada en la salvaguarda de los derechos humanos».

<sup>59</sup> Cf. L. BRUNI, *op. cit.*, 2008, pp. 38-39. «Antonio Genovesi (1713-1769) ve las relaciones económicas de mercado como relaciones de asistencia mutua y, por ello, no impersonales ni anónimas. En efecto, concibe el mercado mismo como una expresión de la ley general de la sociedad civil: la reciprocidad [...] Si la economía pierde contacto con la reciprocidad se vuelve incivil, exactamente como cualquier otra expresión de la sociedad.»

<sup>60</sup> LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 113. BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.*, p. 174 «While the person becomes a self only inasmuch as he/she is in a relationship with another, the individual is himself/herself per se, and thus is the negation of the relational nature of the human being».

Es solo la estable relación y no el forzado e interesado vínculo ni el efímero contacto la verdadera sede del encuentro y la creatividad humanas<sup>61</sup>.

Se trata pues de abrir el horizonte humano de suerte que pueda entender su vocación y destino. Solo así tendrá noticia de que las relaciones son los benéficos lechos por donde su desarrollo puede precipitarse ufano y desembarazado hacia la plenitud de su ser<sup>62</sup>.

Ha llegado el tiempo de hablar de amor en la economía para que se robustezca la hasta ahora frágil y egoísta urdimbre de vínculos en el mercado<sup>63</sup>.

Sin verdadera relación, la naturaleza humana se resiente al clausurarse el lecho privilegiado de su realización<sup>64</sup>.

Es en la relación en donde tanto el hombre como la empresa adquieren su identidad. ¿Acaso merecería el médico tal apelativo si excusara a su paciente, o el abogado podría reputarse de tal sin clientes? ¿Tendría títulos aquel que carece de hijo de nominarse padre? El inversor pues necesita un proyecto al que acogerse para acrecer en tal apelativo. Y conforme a esta lógica es la relación de cualquier género, la que en iridiscente irradiación ontológica alumbró nuestra identidad<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> *Encíclica Caritas in Veritate* (CiV), 53 «El hombre se valoriza no aislándose sino poniéndose en relación con los otros y con Dios».

<sup>62</sup> Aristóteles, el primer pensador sistemático en la historia humana bajo cuyo auspicio e influencia se han elevado los más insignes monumentos al saber de todos los tiempos, afirmaba que el hombre era un animal político (ARISTÓTELES, *Leyes* III, 680d-681a), inclinado naturalmente a relacionarse y que tan solo a las bestias o a los dioses les era dado exceptuar todo trato y comercio con los demás (cf. Francisco de Vitoria, en R. SIERRA BRAVO, *El pensamiento social y económico de la escolástica. Desde sus orígenes al comienzo del catolicismo social*, Tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Sociología Balmes, Madrid, 1975, p. 611. BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.* 2007, p. 174. Costa, *op. cit.*, p. 63).

<sup>63</sup> Cf. GONZÁLEZ IGLESIAS y SASTRE JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 82 «No cabe asignar la lógica del encuentro a ciertos ámbitos, como la familia, mientras en la economía se deja campar a sus anchas a la lógica del puro interés.» CiV, 34 «Además, la exigencia de la economía de ser autónoma, de no estar sujeta a «injerencias» de carácter moral, ha llevado al hombre a abusar de los instrumentos económicos incluso de manera destructiva.» *Ibidem*, 36 «[...] sino que en las relaciones mercantiles el principio de gratuidad y la lógica del don, como expresiones de fraternidad, pueden y deben tener espacio en la actividad económica ordinaria.» Costa, *op. cit.*, p. 67. «La encíclica que comentamos insiste en la necesidad de incorporar una nueva racionalidad a las lógicas económica y política, y ésta es la lógica del don, de la gratuidad, de la comunión, como elementos también constitutivos de la vida económica y política». LARRÚ RAMOS, J. D.: La verdad de la caridad y el bien común, en RUBIO DE URQUÍA, R. y PÉREZ-SOBA, J. J. (eds.), *La Doctrina Social de la Iglesia. Estudios a la luz de la encíclica Caritas in Veritate*, BAC, «BAC Maior, 112» (Madrid), 2014, pp. 305-324. «La lógica del don y de la gratuidad, que encuentra su raíz más honda en el amor divino, constituye, de este modo, una potente luz para iluminar la compleja vida social contemporánea. Es precisamente esta lógica gratuita del don la que hace que el humanismo cristiano se convierta en la fuerza más grande al servicio del desarrollo, dado que el cristianismo porta consigo el amor a la verdad y la efectiva caridad».

<sup>64</sup> WADELL, *op. cit.*, p. 109. Según el informe de 2020 del Observatorio del Suicidio en España de la Fundación Española para la Prevención del Suicidio, en 2020 año del confinamiento, fue el año con más suicidios en España desde que se tienen registros. El confinamiento que impidió las relaciones interpersonales en el sentido tradicional, fue agente no solo de suicidios sino, igualmente de una proliferación de las enfermedades y patologías mentales.

<sup>65</sup> Cf. MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2008, p. 81 «[...] ser un hombre es desempeñar una serie de papeles, cada uno de los cuales tiene entidad y propósitos propios: miembro de una familia, ciudadano, soldado, filósofo, servidor de Dios. Sólo cuando el hombre se piensa como individuo previo y separado de todo papel, «hombre» deja de ser un concepto funcional.»

De hecho el auge actual de populismos e ideologías parte de que, a falta de una sólida base relacional donde el hombre se entregue y encuentre su identidad, se genera una general desconfianza que esa falta de arraigo implica.

Expósito y herido busca el hombre resguardarse en mil opiáceos ideológicos para anestesiar su crisis ontológica<sup>66</sup>.

Privados de relaciones estables que nos definan por nuestro ensimismamiento y obliteración, la identidad de padre, profesional, amigo, etc. no se desvanece sino más bien degenerará tachándonos de mal médico, amigo o padre. Así con todas nuestras relaciones.

Debido a esto se nos presenta al punto la dicotomía shakesperiana en cada una de nuestras esferas vitales, *ser o no ser*, rechazar nuestra naturaleza donante o acogerla, *tertium non datur*.

## 4.2 La relación humana como principio de encuentro

Si pues en la relación se gestan los primores de nuestro crecimiento, éste se da fundamentalmente en la experiencia del «encuentro». Es el encuentro la forja de nuestro ser, en tanto nos involucramos sinceramente con el otro, dinamizando nuestros talentos y dones en pro de ese tu, verdadero puente hacia nuestra felicidad también en el mundo empresarial<sup>67</sup>.

Somos libres de hacer leña de un piano para calentarnos aún a costa de desbaratar las posibilidades relacionales con el objeto que nos podría llevar a entonar maravillosas melodías. De igual forma, tratar al hombre o a las compañías como medios para nuestros fines desentendiéndonos de sus leyes y dinamismos internos, nos priva al tiempo de una riqueza a la que, de otra forma, tendríamos acceso<sup>68</sup>.

Cercena las posibilidades de interacción tratar a la compañía como una suerte de recurso productor de dinero sin involucrarnos en sus dinamismos creativos y sus sistémicas humanas<sup>69</sup> pues impedimos las dinámicas creativas. Sería como ordeñar una vaca intempestivamente hasta la extenuación sin ocuparnos de su sustento, bienestar, tiempos, crianza de sus terneros,

<sup>66</sup> Cf. Conferencia Episcopal Española, *Fieles al envío misionero. Aproximación al contexto actual y marco eclesial; orientaciones pastorales y líneas de acción para la Conferencia Episcopal Española (2021-2025)*, CXVII Asamblea Plenaria, Editorial EDICE, Madrid, 2021, p. 20.

<sup>67</sup> Cf. GONZÁLEZ IGLESIAS & SASTRE JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 73. Francisco de Vitoria, *op. cit.*, p. 610.

<sup>68</sup> LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 74. «El proceso de creatividad—o éxtasis—. Si soy generoso y desinteresado y oriento mi vida al ideal de la unidad, al ver una realidad atractiva —por ejemplo, una persona— no tomo esa atracción como un motivo para querer dominarla, es decir, seducirla o fascinarla (nivel 1), sino como una invitación a respetarla, estimarla y colaborar con ella, intercambiando posibilidades de todo orden. Ese intercambio da lugar a una relación personal de encuentro (nivel 2). Al encontrarme, siento exultación y alegría por partida doble, pues con ello perfecciono mi persona y colaboro a enriquecer a quien se encuentra conmigo.»

<sup>69</sup> Cf. F. TORRALBA, *La lógica del don*, Ediciones Khaf, Madrid, 2012, p. 6. «[...] el fin esencial de vivir consiste en dar lo que uno es, en exteriorizarlo, pues solo de ese modo se enriquece cualitativamente la realidad, se hace más bella, más plural, se continúa el proceso creativo del mundo.»

etc. Tal disposición nos impide entrar en un relación verdaderamente creativa y humana.

La superficialidad por tanto excusa el encuentro pues es en el conocimiento del otro en el que podemos disfrutar y «aprovecharnos» de sus grandes posibilidades y sus dinamismos nativos sin violentar su naturaleza, lo cual siempre es un empobrecimiento<sup>70</sup>.

Esto se ve, v.gr. en el aprovechamiento de la riqueza de los trabajadores en lugar de darles mandatos egoístas cerrados que desechan su rico caudal individual en el ámbito empresarial<sup>71</sup>, el llamado «agile thinking»<sup>72</sup>. Da testimonio de ello un presidente de Sony hablando de la necesidad de considerar familia a los trabajadores, como partícipes de un proyecto compartido<sup>73</sup>.

La ley pues sienta las bases para un acercamiento de personas humanizando el mundo económico así como aprovechando la riqueza de aquellos que circuyen la esfera empresarial<sup>74</sup>.

### 4.3 La relación que lleva a la lógica del don

Pero ¿por qué el hombre es un ser relacional por naturaleza? ¿y por qué la Ley quiere favorecer la relación y la proximidad de los implicados en el proceso empresarial?

El hombre está llamado a la entrega<sup>75</sup> y solo se puede entregar verdaderamente en relaciones sólidas y profundas, con rostro. Estas son el cauce por el que discurre eminentemente su realización y las de los demás<sup>76</sup>.

Si carece de estas verdaderas relaciones como en la edad presente, la naturaleza humana convocada a darse gemirá en silente y angustiada hipoxia ante la clausura o corrupción de sus cauces de entrega.

---

<sup>70</sup> LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.* pp. 74 y ss.

<sup>71</sup> Cf. *Ibidem*, p. 145 «En cambio, un operario suele volverse indiferente cuando no tiene posibilidad de participar. De aquí se desprende que, además de facilitar un salario justo, debe la empresa –por su propio bien– ofrecer a sus colaboradores la posibilidad de obtener en el trabajo satisfacción, prestigio, seguridad y autoconfianza.»

<sup>72</sup> Se ha avanzado mucho en los últimos años en la integración de los trabajadores en la toma de decisiones cf. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, *op. cit.*, p. 129. «De los distintos grupos de interés existentes en el entorno de la sociedad, los trabajadores son uno de los más fuertes. Más allá de nuestras fronteras, hay bastante terreno avanzado en relación con la participación de los trabajadores en el gobierno de la sociedad». GONZÁLEZ IGLESIAS y SASTRE JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 70. «Qué importante para la empresa, por ejemplo, este juego de enriquecimiento en los equipos de trabajo, en las relaciones con los *stakeholders*, en su propia dinámica de cambio y crecimiento.»

<sup>73</sup> LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 215.

<sup>74</sup> La hierática jerarquía empresarial y su efecto empobrecedor y deshumanizador ya la ponía sobre la mesa Bruni (*op. cit.* 2008, pp. 76-77) «Por eso la reflexión sobre el buen gobierno es esencial. Es muy difícil, sino imposible a largo plazo, que la comunión llegue a ocupar un puesto central si seguimos con modelos organizativos centrados en la primacía del principio jerárquico propio de las sociedades desiguales.»

<sup>75</sup> TORRALBA, *op. cit.*, p. 6.

<sup>76</sup> BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.*, 2007, p. 172.

Por ello parece transpirar este utillaje normativo del legislador la representación del hombre como una criatura relacional llamada a ser creativa entregándose a través de relaciones estables y perdurables, lugar donde encuentra su identidad.

No son las relaciones una galería comercial en donde se elige el modo, manera y calidad con que las vivimos sino es la relación misma la que conlleva tal estatuto y su ejercicio tiene siempre unos generales principios.

Y puesto que nuestras relaciones nos construyen y nos dan identidad a través de la acción<sup>77</sup> (omisión) a que ellas nos invitan, son las relaciones duraderas el salvoconducto y medio por el que crecemos. Tal crecimiento se dará con más veras en tanto mi entrega sea más conforme, sincera y generosa.

Así un abogado extremando la diligencia y solicitud en sus escritos recibirá más adornos personales en forma creatividad, fortaleza, inteligencia, reconocimiento<sup>78</sup>. ... y, en última instancia, en amor, abundando y ejercitándose en su identidad. Como decía Aristóteles, no podemos separar la idea de buen abogado de la del abogado<sup>79</sup>.

De la misma manera sucederá con la empresa. En tanto se esfuerce por satisfacer a sus clientes conforme a su impulso inicial sin perjudicar el medio en el que vivimos, aprovechar el talento de sus trabajadores y favorecerles<sup>80</sup>, etc. la compañía crecerá desarrollando una identidad o cultura empresarial expansiva<sup>81</sup>.

Es por tanto consustancial a las relaciones no solo la justicia como necesaria mediadora en cada relación<sup>82</sup> sino igualmente, la gratuidad del don, sin la cual las acciones y relaciones terminan tornándose egoístas y dejan de

<sup>77</sup> En *Fundamentals of Ethics* (Georgetown University Press, Washington, 1983, p. 140) el autor J. FINNIS expone que cada acto tiene dos dimensiones, el efecto transitivo y el efecto intransitivo. Efecto transitivo es el logro externo de nuestro acto, lo que se realiza en el mundo a través de nuestra acción. El efecto intransitivo se refiere a las consecuencias que tienen nuestros actos en nosotros mismos.

<sup>78</sup> Así lo expresa FRANCISCO DE VITORIA (*op. cit.*, p. 646.) «Y, por consiguiente, los hombres que viven ociosos viven contra ley natural.» Por su lado Luis Vives llega al extremo de mandar ladrón a aquel que deja frustrados sus dones de cualquier naturaleza y no los emplea en pro de sus semejantes. (Cf. *Obras sociales y políticas*, Publicaciones españolas, Madrid, 1960, p. 77. «De manera que ladrón es no el que merma la hacienda que ha de dejar al heredero, dando participación a los pobres, sino quien abusa inútilmente de su talento, o consume sus fuerzas, o deja enmohecer su ciencia, o derrocha su dinero, o los retiene con estéril tenacidad».

<sup>79</sup> ARISTÓTELES hace la comparación con un citarista (*Ética a Nicómaco I*, 1098a, 5-20).

<sup>80</sup> LADARIA, I. et. al. *op. cit.*, 23.

<sup>81</sup> Cf. Bruni, *op. cit.*, 2008, p. 158. «Personalmente estoy convencido de que una organización de motivación ideal puede salir adelante con problemas de liquidez o desequilibrio financiero durante años, pero cerrará sus puertas si pierde su identidad y la motivación que la hizo nacer. La identidad no es algo abstracto sino que tiene mucho que ver con las personas concretas que tuvieron inspiración y la vocación inicial, aunque sea dinámica y haya que actualizarla siempre [...] Quedarse sólo en las exigencias de identidad y motivación lleva inexorablemente al declive, pero lo mismo ocurre cuando se pierden las raíces.»

<sup>82</sup> El estagirita la considera la virtud por excelencia en tanto permite que todas las demás virtudes y adornos personales sean entregados al prójimo (*Ética a Nicómaco V*, 1129b, 20-30). Incluso el empirismo que desconoce el efecto edificador y conformador de las virtudes, pues se desprende del concepto de naturaleza humana, entiende que sin la justicia no sería posible el sostenimiento de la sociedad (D. HUME, *De la moral y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 48). No hemos de olvidar sin embargo la capitalidad de la justicia pues si no se conoce lo que es justo entregar o hacer difícilmente se puede entregar ese exceso de liberalidad y gratuidad, es decir, no tendríamos un referencia necesaria.

alcanzar el fin al que naturalmente tienden<sup>83</sup>, dificultando así mismo el desarrollo integral humano propio y ajeno.

Así ha expresado un autor la necesidad de la gratuidad del don:

«La justicia es a la sociedad lo que la estructura de hormigón o de acero para los edificios. Sin la estructura el edificio no se mantendrá, pero con la sola estructura sería inhabitable. La sociedad, sin justicia, se destruye, pero con sólo la justicia es insufrible.»<sup>84</sup>

Este concepto ha sido recogido con gran acierto por la Constitución apostólica *Gaudium et spes*<sup>85</sup> diciendo que «[...] el hombre, única criatura terrestre a la que Dios ha amado por sí misma, no puede encontrar su propia plenitud si no es en la entrega sincera de sí mismo a los demás»<sup>86</sup>.

Sin el bien de un «tu» al que conducir nuestros desvelos y esfuerzos, el «yo» flaquea y languidece en su ser ya que, como decía el psiquiatra Viktor Frankl, todos necesitamos un sentido vital para nuestra vida, algo más grande que nosotros<sup>87</sup>.

En el fondo la atención a la sostenibilidad y a la creación del valor que parece postular esta norma, remite a esta lógica de la entrega en todos los órdenes a que las compañías por ser ayuntamientos humanos y sus inversores, también están convocados.

Y esta extroversión de las mercantiles no puede entenderse si no abrimos un espacio al amor que mueve al empresario a entregar algo valioso y enriquecedor por la sociedad que, así mismo, aprovecha en su crecimen-

<sup>83</sup> BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.*, 2007, p. 19. GONZÁLEZ IGLESIAS & SASTRE JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 83. «Por otro lado, no es una propuesta tan «antinatural» o forzada como podría parecer. Una virtud, por ejemplo, como la generosidad, es absolutamente connatural a la iniciativa emprendedora. Detrás del nacimiento de tantas empresas ha estado casi siempre el entusiasmo de alguien dispuesto a donarse generosamente, más allá de lo exigido por el deber o un contrato, movido por el deseo de poner en marcha un sueño, de crear, de ayudar, de aportar algo nuevo, de generar valor –y no solo en un sentido crematístico.» F. FUKUYAMA, *Trust, the social virtues and the creation of prosperity*, The Free Press, New York, 1995, p. 11. «Si las instituciones de la democracia y del capitalismo quieren funcionar adecuadamente, deben coexistir con ciertos hábitos culturales premodernos, que aseguren su correcto funcionamiento. Las leyes, los contratos y la racionalidad económica proporcionan unas bases necesarias, pero no suficientes para mantener la estabilidad y prosperidad de las sociedades postindustriales; también es preciso que cuenten con reciprocidad, obligaciones morales, responsabilidad hacia la comunidad y confianza, la cual se basa más en un hábito que en un cálculo racional. Esto último no significa un anacronismo para la sociedad moderna, sino más bien el *sine qua non* de su éxito». CIV (38) nos habla de la importancia de la gratuidad en las relaciones incluso las comerciales para que éstas estén dotadas de alma y significación. Si el productor de lápices se centra en su tarea únicamente con el ánimo de ganar dinero y no de satisfacer a sus clientes, cada vez tendrá menos capacidad de hacer buenos lápices y servir al fin al que está inclinada su actividad. Lo expresa con estas palabras «Mientras antes se podía pensar que lo primero era alcanzar la justicia y que la gratuidad venía después como un complemento, hoy es necesario decir que sin la gratuidad no se alcanza ni siquiera la justicia.»

<sup>84</sup> HERVADA, J.: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Eunsa, Pamplona, 2002, p. 86.

<sup>85</sup> Núm. 24.

<sup>86</sup> CIV, 34 «La gratuidad está en su vida de muchas maneras, aunque frecuentemente pasa desapercibida debido a una visión de la existencia que antepone a todo la productividad y la utilidad. El ser humano está hecho para el don, el cual manifiesta y desarrolla su dimensión trascendente.»

<sup>87</sup> FRANKL, *op. cit.* pp. 100 y ss.

to<sup>88</sup> dando vado en la economía a la gratuidad del don. El don salva a la relación económica del anonimato antes mentado puesto que dota a la relación de faz<sup>89</sup>.

El don no supone que las compañías y sus trabajadores vayan a dispensar gratuitamente sus productos o prestaciones sino que, en su cotidiana actividad, reafirmandose en su cotidianos propósitos empresariales, van a poner primoroso celo y dedicación, algo que aunque no les es pedido rigurosamente, sin embargo, lo entregan liberal y gratuitamente. Esto será una garantía de su sostenibilidad y perdurabilidad por estar verdaderamente orientados al bien de los demás<sup>90</sup> y, por ende, al propio:

«[...] cuando propone la creación de empresas que, con estructuras y estrategias similares a las de las empresas con fin de lucro, elijan voluntariamente la no consecución del beneficio como objetivo principal o dominante, bien porque planifiquen el reparto total o parcial de los beneficios conseguidos entre stakeholders que no sean sus propietarios tradicionales, bien porque renuncien a priori a la obtención de tales beneficios, bien incurriendo en gastos no ‘necesarios’ para la actividad económica (pagando, por ejemplo, precios más altos que los de mercado por sus primeras materias, o salarios más altos que los de mercado), sea obteniendo ingresos inferiores a los que permitiría el mercado (practicando descuentos a algunos de sus clientes, por ejemplo), etc. «No se trata sólo de un «tercer sector», sino de una nueva y amplia realidad compuesta, que implica al sector privado y público y que no excluye el beneficio, pero lo considera instrumento para objetivos humanos y sociales.»<sup>91</sup>

En esencia, parece la norma afincarse en un planteamiento en el que el Estado y la caridad no tendrían que venir a corregir los agudos acantilados de desigualdad que se han generado como consecuencia de un sistema de mercado injusto<sup>92</sup> que perpetuaría la iniquidad del mismo<sup>93</sup> sino que, más allá, tratando de recordar la vocación al don a la que cada individuo e insti-

<sup>88</sup> ARGANDOÑA, A.: «Don y Gratuidad en el empresa», en MELÉ, D. & CASTELLÀ, J. M. [eds.] *El desarrollo humano integral. Comentarios interdisciplinarios a la encíclica «Caritas in veritate» de Benedicto XVI*. Editorial Iter (Barcelona), 2010, pp. 234-235.

<sup>89</sup> El anonimato anteriormente mentado cesa con el don pues, cuando damos por gratuidad siempre temenos en mente al receptor y esperamos que lo recibo. Cf. BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.* 2007, pp. 166-167.

<sup>90</sup> MAUSS, M.: *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*. Bucci, J. [trad.] Katz Editores, Buenos Aires, 2009, p. 235. «Es necesario que haya más buena fe, más sensibilidad, más generosidad en los contratos de alquiler de servicios, de locación de inmuebles, de venta de productos de primera necesidad. Y sin lugar a dudas habrá que encontrar la manera de limitar los frutos de la especulación y de la usura.»

<sup>91</sup> ARGANDOÑA, *op. cit.*, 239.

<sup>92</sup> BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.* 2007, p. 18.

<sup>93</sup> Cfr. BASTONS, M.: «Justicia y gratuidad en la toma de decisiones», en MELÉ, D. & CASTELLÀ, J. M. [eds.] *El desarrollo humano integral. Comentarios interdisciplinarios a la encíclica «Caritas in veritate» de Benedicto XVI*, Editorial Iter (Barcelona), 2010, pp. 259-271, p. 264.

tución esta llamada, el propio sistema económico los haga menos encrespados y elevados en su normal devenir<sup>94</sup> entregando una divisa generosa, magnánima y rica a todos los que se relacionen en su seno<sup>95</sup>.

El cortoplacismo computaría esa magnanimidad como una pérdida de recursos inmediata, pero un crecimiento y consolidación interiores se gesta en el seno de la sociedad afincando su tarea y mejorándola día a día, pues los recursos materiales son bienes pero «*la felicidad del hombre no puede estar en las riquezas naturales, pues se las busca en orden a otra cosa, para sustentar la naturaleza del hombre y, por eso, no pueden ser el fin último del hombre, sino que se ordenan a él como a su fin*»<sup>96</sup>.

#### 4.3A *Actividades que no contribuyen al don en el ámbito empresarial y reprobadas por la norma*

En primer lugar la especulación bursátil es un monumento a la vana actuación humana sin sustancia que no crea valor<sup>97</sup>, ni bienestar ni productividad para el resto y con ello constituye una contravención de

a) las leyes que rigen la verdadera relación humana, pues dicha actuación especulativa se torna en unidireccional e interesado vínculo con la sociedad,

b) la lógica humana del don pues, carente de verdadera relación, la especulación no entrega o da nada valioso, rechazando la capacidad creativa y la consolidación de una identidad humana a su autor y

c) la dimensión de sentido, robando al cotidiano proceder humano cualquier atisbo de trascendencia y de entrega de bien a los demás que le abra a horizontes más allá del bienestar propio.

Así una higuera que no hace participar de su lozanía a los demás tributando opimos frutos, por muy ufana y robusta que extienda su glauco ramaje en derredor, solo sirve para ser talada y sustituida por otra que no padezca ese mal.

En segundo lugar la relación de inversión sin implicación ni conocimiento del inversor puede estar subviniendo actividades marcadamente

---

<sup>94</sup> BRUNI & ZAMAGNI, *op. cit.* 2007, p. 17, «They are neither parallel to, nor prior to or subsequent to, normal economic life. Civil economy shows us that principles other than profit and instrumental exchange can find a place within the economic activity itself.»

<sup>95</sup> Todos los agentes han actuar por tanto con liberalidad, dando con largueza su dinero, experiencia, habilidades, etc. Ese es el término medio recomendado por ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco II*, 1107b 9-15)

<sup>96</sup> WADELL, *op. cit.*, p. 102 y STh I-II 2,1.

<sup>97</sup> Cf. CíV 21.«[...] los efectos perniciosos sobre la economía real de una actividad financiera mal utilizada y en buena parte especulativa.»

inmorales o incluso ilícitas<sup>98</sup>. De esta forma el «inversor» despreocupado ante la naturaleza de la explotación que le ofrece sus rendimientos y tan solo pendiente del retorno financiero cobrado, se acomoda en esta fácil granjería de beneficios abandonando relaciones más provechosas para su persona en donde medien esfuerzos y trabajos en pro de los demás.

Este es el gran peligro de que las rentas de inversión (o el subsidio) sustituyan a las del trabajo y el hombre, convocado naturalmente a la actividad deponga su natural ánimo de trabajo que le dignifica sumido en una enajenadora abundancia material<sup>99</sup>.

Por último, el anonimato de la relación de inversión despoja a la relación financiera de su interpersonalidad y mueve a tratar al ente empresarial con desdén y viva exigencia, incluso feudal, sin parar en el hecho de que, esa institución acoge a consejeros, trabajadores, colaboradores y beneficiarios.

Todas las relaciones negligentes, es decir, sin entrega propia o tasándola mezquina o injustamente, hacen menguar al hombre. Si no hay implicación de inversores, trabajadores, directivos, etc. se acomodan en una ganancia sin importar el origen de su generación, llegando a producir pobreza material y espiritual<sup>100</sup>.

Si el administrador se acomoda en su puesto solo busca un efecto cosmético de alza de cotización de las acciones o solo persigue generar lucro y vender sin aportar valor añadido a los stakeholders pronto perderá el utillaje y habilidad creativa para poder generar valor y consolidar la compañía en el mercado<sup>101</sup>.

Si el trabajador busca la mínima contribución ciertamente pronto se encontrara imposibilitado para empeñar el esfuerzo justo en su trabajo. Así, el don es la única garantía de verdadera y cierta generación de valor y

<sup>98</sup> Lo mismo se ha de extender no solo a inversores sino a los consumidores si adquieren productos en cuya generación no se han vulnerado derechos fundamentales (LADARIA, *op. cit.*, 33).

<sup>99</sup> Cf. *Ibidem*, 15. «Lo que había sido tristemente vaticinado hace más de un siglo, por desgracia, ahora se ha hecho realidad: el rendimiento del capital asecha de cerca y amenaza con suplantar la renta del trabajo, confinado a menudo al margen de los principales intereses del sistema económico. En consecuencia, el trabajo mismo, con su dignidad, no sólo se convierte en una realidad cada vez más en peligro, sino que pierde también su condición de «bien» para el hombre, convirtiéndose en un simple medio de intercambio dentro de relaciones sociales asimétricas».

<sup>100</sup> Es muy fácil que la solo meta del lucro desvíe a la sociedad y la compañía de la satisfacción de las necesidades de sus clientes y su singular aportación de valor al mundo. Con ello se pueden generar estructuras perversas que engañan, abusan o maniobran inmoral y/o ilícitamente. De ahí que CiV (21) nos diga que el lucro como único fin, sin atender al bien común, termina trayendo pobreza.

<sup>101</sup> Algunos economistas advierten que el afán exclusivo de lucro puede ser un óbice al cabal desempeño de actividades humanas (CENDEJAS BUENO, J. L.: «Ordenación de la actividad económica, ley natural y justicia en Aristóteles y en Santo Tomás», en MUÑOZ PÉREZ, F. F et al. [coords.], RUBIO DE URQUÍA, R.: *Ampliando los límites de la teoría económica*. Colección Homenajes. Editorial Universidad Francisco de Vitoria, (Pozuelo de Alarcón), 2018, pp. 120-121.- «Si el ámbito monetizado se expande conforme a una lógica autónoma, no subordinada al orden de la casa, puede corromper espacios de acción que no le pertenecen o desnaturalizar el resto de artes que se ejercerán por exclusivo afán de lucro, desviándolas así de su fin propio»).

ampliación de las posibilidades futuras de la compañía y de todos aquellos que a su alrededor se hallan.

Todos los integrantes deben sobreponerse a la inercia líquida que nos anega remontándola a través del don, para entregarnos libre, constante y generosamente en pos del norte inmutable del bien tal y como expresa la encíclica Caritas in Veritate (65):

*«Además, se requiere que las finanzas mismas, que han de renovar necesariamente sus estructuras y modos de funcionamiento tras su mala utilización, que ha dañado la economía real, vuelvan a ser un instrumento encaminado a producir mejor riqueza y desarrollo. Toda la economía y todas las finanzas, y no sólo algunos de sus sectores, en cuanto instrumentos, deben ser utilizados de manera ética para crear las condiciones adecuadas para el desarrollo del hombre y de los pueblos.»*

## 5. CONCLUSIONES

Primera. De una radiografía sociológica de la contemporaneidad resulta la parvedad de relaciones perdurables y compromisos sólidos, lo que el sociólogo Bauman ha dado en llamar «sociedad líquida».

Segunda. Las nuevas tecnologías, bajo esa obscena capacidad de intercomunicación, han favorecido este partido, tornando las relaciones interpersonales en meros vínculos y contactos fríos, interesados y sin rostro, muchos de ellos a un clic de ser concluidos y finalizados de forma rápida e indolora.

Tercera. Esta lejanía manufacturada ha dado vado a la expulsión de la variable moral de actos sin número. Ciertamente la lejanía ha sido principal artífice de las más flagrantes inmoralidades humanas, distante el actor a los luctuosos efectos que precipitaba con su inicua determinación. Hiroshima, el Holocausto y el Gulag, fueron sostenidos por esa artificiosa asepsia de aquel que, en la lontananza, permanece ciego al océano de miseria y horror que causa.

Cuarta. También en el ámbito societario la distancia del inversor y de los administradores de la cotidiana labor del negocio, de su concreta utilidad y beneficio, ha podido correr un velo de indiferencia frente a la misma.

Quinta. La ley objeto de estudio ha promovido como contramina a este general deterioro de las relaciones con la compañía un pliego de medidas para superar su negativo influjo v.gr. la posibilidad de arbitrar un doble voto a favor de los accionistas de larga permanencia en la sociedad, capacidad de organizar la junta de la sociedad íntegramente de forma telemática, la obligación de identificar al beneficiario final de las acciones por las entidades de inversión interpuestas, etc.

Sexta. So esta finalidad como so cada parte de su utillaje normativo se agita la verdad humana como ser relacional, también en el ámbito de la inversión.

Séptima. La necesidad de relaciones creativas obedece por su parte a un íntimo anhelo humano de darse y entregarse en las mismas en la forma, grado y modo que estás ordenan conforme a su particular idiosincrasia. Es así como el hombre se desarrolla, sirviendo a los demás, y su vida cobra sentido.

Octava. En la relación de inversión se trata quizás de aleccionarse acerca de los prolegómenos y bondades del proyecto empresarial para conducir con tino su apoyo financiero. Tras esto ha de brindar el inversor su participación a la sociedad por los cauces oportunos, no importando el grado de influencia que a la postre esta última tenga.

Nona. De otro modo, la obliteración egoísta inficionará las relaciones del hombre, ejerciendo un imperio despótico sobre la persona o entidad con la que se relacione, lo cual degradará tanto al sujeto pasivo como activo de tan espurio y deshumanizado vínculo.

Décima. Al tratar de humanizar las relaciones financieras y, en especial, las de inversión parece que la ley entiende que esa es la única forma de abrir los horizontes humanos a su verdad y, con ello, favorecer la sostenibilidad de la compañías.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARENDET, H.: *Los Orígenes del Totalitarismo*. [Trad.] Solana, G. Madrid: Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1974.
- ARGANDOÑA, A.: «Don y Gratuidad en el empresa», en MELÉ, D. & J. M. CASTELLÀ [eds.] *El desarrollo humano integral. Comentarios interdisciplinarios a la encíclica «Caritas in veritate» de Benedicto XVI*. Editorial Ite (Barcelona), 2010.
- ARISTÓTELES: ÉTICA A NICÓMACO.  
— *Leyes*.
- AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS (ESMA) en su «Informe sobre las presiones cortoplacistas indebidas sobre las empresas» (*Undue short-term pressure on corporations*) de 18 de diciembre de 2019.
- BASTONS, M.: «Justicia y gratuidad en la toma de decisiones», en D. MELÉ & J. M. CASTELLÀ [eds.] *El desarrollo humano integral. Comentarios interdisciplinarios a la encíclica «Caritas in veritate» de Benedicto XVI*, Editorial Ite (Barcelona), 2010. pp. 259-271.
- BAUMAN, Z.: *44 cartas desde el mundo líquido*. [Trad.] Pino Moreno, M. Barcelona: Paidós, 2011.  
— *Modernidad y Holocausto*. [Trad.] Mendoza, A. et. al. Madrid: Ediciones Sequitur, 1997.
- BENEDICTO XVI: *Fe, razón y universidad. Recuerdos y reflexiones. Discurso del Santo Padre en la Universidad de Ratisbona*, Martes, 12 de septiembre de 2006.  
— *Caritas in Veritate* (CIV).

- BRUNI L. & ZAMAGNI S.: *Civil Economy: Efficiency, Equity, Public Happiness*, Peter Lang, A. G., Bern (Switzerland), 2007.
- *El precio de la gratuidad*. Ciudad Nueva, Madrid, 2008.
- CENDEJAS BUENO, J. L.: «Ordenación de la actividad económica, ley natural y justicia en Aristóteles y en Santo Tomás», en MUÑOZ PÉREZ, F. F *et al.* [coords.] Rafael Rubio de Urquía. *Ampliando los límites de la teoría económica*. Colección Homenajes. Editorial Universidad Francisco de Vitoria (Pozuelo de Alarcón), 2018, pp. 120-121.
- CONCILIO VATICANO II: *Constitución pastoral Gaudium et spes sobre la iglesia en el mundo actual*, 1965.
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA: *Fieles al envío misionero. Aproximación al contexto actual y marco eclesial; orientaciones pastorales y líneas de acción para la Conferencia Episcopal Española (2021-2025)*, CXVII Asamblea Plenaria, Editorial EDICE, Madrid, 2021.
- COSTA, J.: «Amor en la verdad, principio clave de la doctrina social de la iglesia», en D. MELÉ & J. M. CASTELLÀ [eds.] *El desarrollo humano integral. Comentarios interdisciplinarios a la encíclica «Caritas in veritate» de Benedicto XVI*, Editorial Iter, Barcelona, 2010.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: «El voto adicional por lealtad, una aproximación crítica a la propuesta de reforma de la ley de sociedades de capital», en *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 161 (2021). pp. 11-54.
- FINNIS, J.: *Fundamentals of Ethics* Georgetown University Press, Washington, 1983.
- FRANCISCO DE VITORIA, R. SIERRA BRAVO, R.: *El pensamiento social y económico de la escolástica. Desde sus orígenes al comienzo del catolicismo social*, Tomo I, Consejo superior de investigaciones científicas. Instituto de sociología Balmes, Madrid, 1975.
- FUKUYAMA, F.: *Trust, the social virtues and the creation of prosperity*, The Free Press, New York, 1995.
- GARCÍA MANDALONIZ, M.: «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. [dir.] *Gobierno corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los administradores*. 1.ª Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*. Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1959 (Tomo I) -1960 (Tomo II).
- GONZÁLEZ IGLESIAS, S. y SASTRE JIMÉNEZ, A.: *Una mirada a la empresa desde la lógica del encuentro* en «Relecciones», 3 (2016) pp. 65-84.
- HERVADA, J.: *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Eunsa, Pamplona, 2002.
- HUME, D.: *De la moral y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.
- LADARIA, L. y P. TUCKSON, *et. al:* *Oeconomicae et pecuniariae quaestiones.- Consideraciones para un discernimiento ético sobre algunos aspectos del actual sistema económico y financiero*, Vaticano, 2018.
- LARRÚ RAMOS, J. D.: «La verdad de la caridad y el bien común», en R. RUBIO DE URQUÍA y J. PÉREZ-SOBA, J. (eds.), *La Doctrina Social de la Iglesia. Estudios a la luz de la encíclica Caritas in Veritate*, BAC, «BAC Maior, 112» (Madrid), 2014, pp. 305-324.
- LÓPEZ QUINTÁS, A.: *Descubrir la grandeza de la vida*. Editorial Desclée de Brouwer, S. A. Bilbao, 2009.
- LUIS VIVES: *Obras sociales y políticas*, Publicaciones españolas, Madrid, 1960,
- MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2008.
- MALKIEL, B. G.: *Un paseo aleatorio por Wall Street* (8.ª ed.), María Hernández [trad.] Alianza Editorial, Madrid, 2003.

- MARTÍNEZ NADAL: «Empresa y derechos humanos: Perspectiva de Derecho Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 320 (Abril-Junio 2021), pp. 135-198.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.: «La defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos determinantes del gobierno corporativo», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. [dir.] *Gobierno corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los administradores*. 1.<sup>a</sup> Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- MAUSS, M.: *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*. Bucci, J. [trad.] Katz Editores, Buenos Aires, 2009.
- MILGRAM, S.: *The Individual in Social World*, Addison and Wesley, Reading, Mass, 1977.
- MOMMSEN, H.: *Anti-Jewish Politics and the Implications of the Holocaust*, en *The Challenge of the Third Reich: The Adam von Trotta Memorial Lectures*, ed. Hedley Bull. Clarendon Press, Oxford, 1986.
- LACHS, J.: *Responsibility and the Individual in Modern Society*, Harvest, Brighton, 1981
- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*.
- TAPIA HERMIDA, J. A.: «Deberes de diligencia de los administradores para un gobierno corporativo sostenible: Reflexiones a propósito de un informe de EY para la comisión europea de Julio de 2020», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 161 (2021) pp. 353-362.
- TORRALBA, F.: *La lógica del don*, Ediciones Khaf, Madrid, 2012.
- WADELL, P.: *La primacía del Amor. Una introducción a la ética de Tomás de Aquino*, Ediciones Palabra, Madrid, 2007.
- WEIZENBAUM, J.: *Computer Power and Human Reason: From Judgement to calculation*. W. H. Freeman, San Francisco, 1976.
- ZABALETA DÍAZ, M.: «Sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 64 (Enero-Abril 2022), 149-192.
- «Retribuciones de consejeros en el sistema dual de administración tras la Directiva 2017/828, de implicación a largo plazo de los accionistas», en *Revista de Derecho de Sociedades* 63 (Septiembre-Diciembre 2021), pp. 127-176.

## Legislación citada

- Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

«Cultura, Identidad, Religión y Derecho: Una perspectiva interdisciplinar» es un volumen colectivo que aborda desde diversas perspectivas jurídicas cuestiones de actualidad, en España y en el mundo, que tienen como telón de fondo la dignidad de la persona, fundamento de todos los derechos humanos, y el factor religioso, clave para entender y encauzar la solución de esas cuestiones. En las páginas de este libro, catorce investigadores y profesores universitarios invitan a reflexionar sobre tres grandes áreas: lenguaje y respeto del pluralismo cultural y religioso, minorías religiosas en las democracias contemporáneas y, por último, la antropología subyacente a las leyes españolas de elevada relevancia ética. El resultado de estos trabajos invita al lector a adoptar una mirada crítica y constructiva que parte de la dignidad humana como realidad objetiva y universal para promover legislaciones y sociedades más acordes con las exigencias irrenunciables de la persona.