

LIBERTAD RELIGIOSA Y NUEVOS DERECHOS: UN CONFLICTO EMERGENTE¹

Oscar Vergara
Universidad de La Coruña

SUMARIO

I. Panorama de un conflicto creciente. II. Breve aproximación conceptual a los nuevos derechos. II.1. Identificación de los nuevos derechos. II.2. Justificación de los nuevos derechos. III. La validez moral de los derechos emergentes en especial. III.1. La derivación de derechos. III.2. Libre desarrollo de la personalidad y nuevos derechos. III.3. El derecho a la vida privada. IV. Problemas lógicos en la fundamentación de los nuevos derechos. V. Balance. VI. Bibliografía.

Desde que terminó la II Guerra mundial se ha difundido por todo el mundo el discurso de los derechos². Éste ha implicado no sólo la incorporación de una serie de derechos humanos a importantes instrumentos internacionales (como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 [en adelante, DUDH], en cuyo art. 18 se recoge la libertad religiosa) y a una nueva generación de constituciones nacionales rematerializadas, sino que, en clave de progreso, ha venido creciendo la tendencia a presentar las reivindicaciones políticas como derechos humanos. Se habla del derecho a la memoria, a la paz, al medio ambiente, a la autodeterminación, al desarrollo sostenible, al agua, al olvido, a la verdad; se habla también de los derechos de las lenguas minoritarias, de las mujeres, de los pueblos indígenas, de la comunidad LGTBI, de los campesinos, de los migrantes, etc. Bobbio ha calificado el tiempo presente como el «tiempo de los derechos»³ y Rodotà califica la política actual como una «política de los derechos»⁴.

1 Este estudio forma parte del Proyecto de Investigación «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política (NDH)», PID2019-111115GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

2 Cfr. GLENDON, M.A., «El lenguaje de los derechos», en *Estudios Públicos* vol. 70, 1998, p. 85.

3 Cfr. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

4 Cfr. RODOTÀ, S., *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 102.

Es cierto que, en ocasiones, el reconocimiento de un nuevo derecho ha consistido en una verdadera conquista social. Pero justamente porque se trata de conquistas *sociales*, no todo deseo o pretensión individual puede transformarse en un derecho, ya que es preciso considerarla a la luz no sólo de los titulares del derecho, sino también de los sujetos pasivos, ya sea públicos o privados, de éste. En este sentido parece claro que no todo lo lícito (lo no prohibido) es exigible. Un requisito básico es que los derechos individuales sean armonizados con el bien común⁵.

Sin embargo, no está claro que el actual discurso de los derechos mantenga una actitud circunspecta y prudente en la formulación de nuevos derechos, sino que frecuentemente se detecta un fenómeno de proliferación⁶, inflación⁷, exceso de oferta⁸ o hipertrofia⁹. Frente a esta situación hay dos posturas extremas que creo que pueden descartarse: la que sostendría que los derechos humanos son inmunes a toda historicidad, por lo que no cabría novedad en esta materia, postura que es contraria a la más elemental experiencia según la cual la historia, en particular a la luz de los nuevos desarrollos tecnológicos, presenta, al menos de vez en cuando, problemas que afectan a alguno de los bienes básicos del ser humano, y la postura que está dispuesta a mantener el flujo de creación abierto indiscriminadamente, con la consecuencia conceptualmente indeseable de banalizar o devaluar la figura de los derechos humanos¹⁰ y la producción de contradicciones insalvables¹¹.

En este estudio se pretende poner el foco en el conflicto que los nuevos derechos plantean con el derecho a la libertad religiosa. Se va a sostener en particular que una interpretación lógico-sistemática de los nuevos derechos humanos puede contribuir a ponderar adecuadamente los derechos en juego. Para mostrar esta idea se seguirá el siguiente orden. En primer lugar, se señalarán algunas manifestaciones del mencionado conflicto. En segundo lugar se tratará de determinar si los nuevos derechos humanos cumplen los

5 Cfr. WEBBER, G.C.N.; YOWELL, P.; EKINS, R., *Legislated rights: securing human rights through legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1-4.

6 Cfr. ALSTON, Ph., «Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», *The American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, p. 614.

7 Cfr. OTERO PARGA, M., «La inflación de los derechos: un problema de eficacia», en MARTÍNEZ MORÁN, N.; MARCOS DEL CANO, A.M.; JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, vol. 1, 2013; MEZZA, M., «El problema de la inflación de derechos y la incongruencia de las teorías minimalistas», *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, vol. 23, 2016.

8 Cfr. OLLERO, A., «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho* vol. 66, 2012, p. 49.

9 BALLESTEROS, A., «Nuevos derechos humanos psicopolíticos», en *Derechos humanos: Perspectivas de juristas iusnaturalistas, t. I: Sistema histórico, antropológico y filosófico de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 547-548.

10 Cfr. ALSTON, Ph., art. cit., p. 614.

11 Cfr. VILLEY, M., *El Derecho y los derechos del hombre*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 24.

requisitos lógico-sistemáticos pertinentes para ser identificados como tales derechos humanos, con entidad suficiente como para plantear un auténtico conflicto de derechos.

I. Panorama de un conflicto creciente

Durante muchos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) apenas ha tenido que hacer frente a casos relacionados con la libertad religiosa. Pero esta situación ha cambiado desde los años noventa. Desde el punto de vista de los nuevos derechos, mencionaré brevemente dos casos que parecen ir en la línea de limitar la libertad religiosa.

Uno es el caso *Schüth c. Alemania*¹². Schüth era organista y director del coro de una parroquia católica, que, habiéndose separado de su mujer, con la que tenía dos hijos, mantuvo una relación extramatrimonial con otra mujer, de la que esperaba otro hijo cuando fue despedido. Como los tribunales alemanes no anularon el despido, Schüth planteó una demanda ante el TEDH, considerando que se había violado su derecho a la vida privada y familiar, reconocida por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Pues bien, a diferencia de la decisión tomada en un caso similar, que afectaba a la Iglesia de los mormones (caso *Obst*¹³), el TEDH dio la razón al demandante, considerando que la posición que ocupaba éste (organista y director del coro) no era significativa en relación a la misión de la Iglesia y, y esto es lo más destacable desde el punto de vista que aquí interesa, que al trabajador no podía exigírsele como parte de sus deberes de lealtad hacia su empleador el vivir en abstinencia en caso de separación o divorcio. La novedad de esta solución radica en que ha sido doctrina del TEDH el que los Estados mantengan una estricta neutralidad en relación al contenido de las doctrinas religiosas. La injerencia del Estado se justificaría por la protección del derecho del Sr. Schüth a asociarse sentimentalmente, por utilizar los términos recogidos en la Declaración de Derechos Humanos Emergentes a que se hace referencia un poco más abajo, con la persona elegida.

A su vez, en el caso *Eweida y otros c. R.U.*¹⁴, el TEDH dio la razón al Ayuntamiento de Islington, que había despedido a una trabajadora del registro, la Sra. Ladele, denunciada por dos compañeros homosexuales, porque declinaba participar en la celebración de uniones de personas homosexuales por razones religiosas, a pesar de que el servicio se había organizado de tal manera que nadie resultaba afectado y ningún usuario se había quejado. El

12 STEDH de 23 de septiembre de 2010, demanda núm. 1620/03.

13 STEDH de 23 de septiembre de 2010, demanda núm. 425/03.

14 STEDH de 15 de enero de 2013, demandas núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

TEDH consideró, sin embargo, que el despido era una medida proporcionada al fin perseguido por la política municipal y que entraba dentro del margen de apreciación de los Estados. En este caso, la injerencia del Estado podría fundamentarse en la emergencia de un nuevo derecho, que podría formularse, en los términos recogidos en la mencionada Declaración, como el derecho a la protección de cualesquiera modalidades de comunidad familiar.

Los dos nuevos derechos mencionados han sido recogidos, en efecto, en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (en adelante, DUDHEm), que es un documento emitido por el Fórum Universal de las Culturas, reunido bajo los auspicios de la Unesco en 2007 en la ciudad mexicana de Monterrey. Además de estos y otros derechos que vamos a mencionar más abajo, en esta Declaración se limita expresamente el derecho a la libertad religiosa de dos modos: transformando el hecho (frecuente en las sociedades multiculturales occidentales) de la multiculturalidad en un derecho: el derecho a vivir en un entorno de diversidad religiosa (art. 5.1), y formulando el derecho a ser protegido de todo proselitismo en el ámbito público (art. 5.6). Este tratamiento de la libertad religiosa revela una visión negativa del hecho religioso, que quizás forme parte el precio a pagar por los nuevos derechos, los cuales entrañan una nueva antropología, que ahora no podemos entrar a valorar¹⁵.

A su vez, el Parlamento europeo ha adoptado una Resolución, de 3 de mayo de 2022, sobre persecución de minorías por motivos religiosos (2021/2055[INI]). Pero, en ella, además de condenar toda forma de persecución contra tales minorías se añade una limitación expresa de la libertad religiosa en favor de los derechos LGTBI y los derechos sexuales y reproductivos, incluyendo la práctica del aborto (§ 22), ejemplos paradigmáticos de pretensiones para las que se reivindica el *status* de nuevos derechos.

Las legislaciones nacionales también tienden a limitar la libertad religiosa sobre la base de los derechos emergentes, como es el caso, en España, de la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se añade un nuevo tipo al Código penal, con la finalidad de impedir que grupos de personas se manifiesten frente a los centros abortivos cuando aquéllos «acosen» a las mujeres que acceden a éstos para ejercer «su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo» (art. 172 quater). Hay que tener en cuenta que una de las formas más habituales de manifestación consiste en reuniones de personas que rezan el Rosario frente a estos centros.

Cabe señalar que la creciente presión sobre la libertad religiosa genera cierta *intolerancia* hacia determinadas confesiones religiosas. Nos encontramos, así, con quemas de iglesias, agresiones, manifestaciones blasfemas y otro tipo de episodios hostiles que sufren particularmente las confesiones

15 Sobre esto puede verse PEREIRA, C., «Los nuevos derechos: ¿La clausura de un ciclo?», *Persona y Derecho*, vol. 75, núm. 1, pp. 93-114.

más refractaras a algunos de los nuevos derechos¹⁶. Un reciente ejemplo de ello son los actos de vandalismo que han sufrido las instituciones católicas tras la anulación de la sentencia *Roe v. Wade* en EE UU. Por último cabe mencionar dos epifenómenos relacionados a este tipo de presión: la *auto-censura* de los propios creyentes a la hora de manifestar sus creencias¹⁷ y la *cancelación* de aquellas personas que se oponen al discurso de los nuevos derechos, las cuales pueden ser silenciadas, expuestas, vetadas o despedidas de sus puestos de trabajo o cargos públicos.

Por último, en conexión con la libertad religiosa, las libertades de conciencia, de expresión y de enseñanza también parecen afectadas. Por ejemplo, el Ponente especial de la ONU sobre el derecho a la educación se mostró preocupado por una «influencia eclesial indebida» en los programas de educación sexual e instó a los Estados a prohibir que una determinada institución religiosa establezca modelos de educación o de conducta en este ámbito, ya que se asocia religión a patriarcado¹⁸.

En suma, estos hechos ponen de manifiesto una cierta restricción de la libertad religiosa en los últimos años, la cual tiene que ver con el surgimiento de algunas nuevas pretensiones formuladas como derechos.

II. Breve aproximación conceptual a los nuevos derechos

Corresponde ahora determinar si estos nuevos derechos tienen entidad suficiente como para plantear un auténtico conflicto con los derechos y libertades tradicionales. Para ello, habrá que identificar, en primer lugar, qué sean los nuevos derechos. Y, en segundo lugar, determinar si estos derechos cumplen con las condiciones requeridas para ser reconocidos como tales derechos humanos. Lo que se va a decir tiene carácter general, por lo que no pretende ser una enmienda a la totalidad de todos y cada uno de los nuevos derechos, sino de algunos de ellos.

16 Cfr. PUPPINCK, G., *Mi deseo es la ley: los derechos del hombre sin naturaleza*, Encuentro, Madrid, 2020, p. 226. Según este autor, la principal fuente de interferencias y disonancias en la organización de esta nueva moral mundial proviene de las grandes religiones, en particular del cristianismo y del islamismo, en el sentido de que ellas también proponen morales alternativas (p. 251), si bien es verdad que los ataques tienden a cebarse en algunas confesiones religiosas especialmente señaladas por su compromiso con la denominada «cultura de la vida».

17 Cfr. el informe *Percepciones sobre el fenómeno de la Autocensura de cristianos. Casos de estudio: Colombia y México*: <https://olire.org/es/lanzamiento-del-informe-percepciones-sobre-el-fenomeno-de-la-autocensura-de-cristianos-casos-de-estudio-colombia-y-mexico/> [Acceso: 9/1/2023.]

18 Cfr. *Informe del Ponente especial de NN UU sobre el derecho a la educación*, de 23 de julio de 2010 [A/65/162].

II.1. Identificación de los nuevos derechos

Como señala Gerards, la mayoría de los derechos humanos constituyen ajustes (*refinements*) de los derechos humanos ya existentes que de algún modo se ha considerado que merecen protección por sí mismos¹⁹. Esto lo reconoce la citada DUDHEm, al señalar que no se trata de una nueva generación de derechos, sino de la adaptación de los derechos y libertades tradicionales a los nuevos desafíos sociales, tecnológicos y económicos que se han planteado en las últimas décadas, en particular en el s. XXI.

Por ejemplo, el derecho a Internet (art. 5.8) podría encontrar su fundamento en el derecho (de primera generación) a recibir informaciones y opiniones y a difundirlas, el cual se encuentra ya recogido en el art. 19 de la DUDH. A su vez, el derecho a participar activamente en la sociedad de las personas con discapacidad podría encontrar fundamento en algún derecho de la segunda generación, como el derecho a ser incluido en la comunidad formulado en el art. 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006. Por último, por poner otro ejemplo, el derecho al agua potable podría encontrar su fundamento en alguno de los derechos característicos de la tercera generación relativos al medio ambiente o incluso de la primera generación, como el derecho a la vida, o de la segunda, como el derecho a la salud.

Así, en la DUDHEm se encuentran adaptaciones no problemáticas, entre otros, de los siguientes derechos clásicos: el derecho a la integridad física y psíquica (art. 1.2); al trabajo (art. 1.4); a la salud (art. 1.5); a la educación y al conocimiento (art. 1.6); a la paz y a la objeción de conciencia al servicio militar (art. 2); al medio ambiente (art. 3); a la igualdad plena y efectiva (art. 4); a la cultura (art. 5.2-3); al honor y a la propia imagen (art. 5.4); a la libertad de conciencia y de religión (art. 5.6); a la información veraz (art. 5.7); a la comunicación (art. 5.8); al sufragio activo y pasivo (art. 7.3); a la participación (art. 7.4-5); a la vivienda (art. 6); al patrimonio natural y cultural de la humanidad (art. 8.2); al desarrollo (art. 8.3); a la democracia (art. 9.3); a la resistencia (art. 9.5).

Sin embargo, entremezclados con los nuevos derechos que derivan más o menos pacíficamente de éstos aparece una serie de ellos que resultan conflictivos, en particular, por lo que aquí interesa, en relación con la libertad religiosa, por lo que su aceptación no está siendo de hecho pacífica, sino que entraña una cierta dosis de lo que Jhering denominaba la lucha por el derecho²⁰. Se trata, entre otros, de los siguientes: el derecho a una muerte

19 Cfr. GERARDS, J., «A Right of Access to Law – or Rather a Right of Legality and Legal Aid?», en ARNAULD, A. von; DECKEN, K. von der; SUSI, M., *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 555.

20 Cfr. JHERING, R. von, *La lucha por el derecho*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

digna (art. 1.7), con lo que se hace referencia a la eutanasia; a la pluriculturalidad (art. 5.1), entendido no como un hecho, sino como algo preceptivo; a la autodeterminación personal y la diversidad sexual, que incluye el derecho a la adopción de niños (art. 6.2); a la asociación sentimental con la persona elegida (sin distinción de sexos), incluyendo el derecho a contraer matrimonio (art. 6.3); a la salud reproductiva, que incluye el derecho de la mujer a acceder a servicios de salud reproductiva, que es un modo de hacer referencia al aborto (art. 6.4); a la protección de cualesquiera manifestaciones de comunidad familiar (art. 6.5); a la movilidad universal, que reconoce el derecho de toda persona a migrar (art. 7.2).

Se trata de derechos híbridos que presentan convergencias con las tres generaciones de derechos. En relación con la primera, tienen una dimensión *liberal*, ya que se trata de derechos por los que el sujeto, individual o colectivo, se autoconfigura libremente. Tienen también una vertiente *social* por parte de la segunda generación de derechos, puesto que para llevar a término la mencionada autoconfiguración no se pide la abstención del Estado, sino su participación activa en muchos casos, removiendo los obstáculos fácticos o jurídicos que la obstaculicen. Por último, conectan con la tercera generación de derechos a través del ecofeminismo y la sostenibilidad.

Teniendo en cuenta su carácter conflictivo cabe preguntarse por la justificación de estos nuevos derechos.

II.2. Justificación de los nuevos derechos

R. Alexy señala una serie de requisitos que debe cumplir una exigencia moral para ser institucionalizada como derecho humano: universalidad; validez moral; fundamentalidad; prioridad y abstracción²¹.

- 1.º) La *universalidad* hace referencia a que se trate de derechos que corresponden a todos los seres humanos, independientemente de su título de adquisición²². Son derechos de todos frente a todos.
- 2.º) La *validez moral* significa que los derechos humanos son derechos morales, lo que implica que están basados en una norma moral que puede ser justificada frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional²³. Esto es, no cabe institucionalizar una ilusión, una decisión o una ideología.

21 ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* vol. 8, 2000, pp. 21-42.

22 *Cfr. ibid.*, p. 24.

23 *Cfr. ibid.*, p. 26.

- 3.º) La *fundamentalidad* hace referencia a que los derechos humanos protegen los intereses y necesidades fundamentales²⁴. Un interés o una necesidad son fundamentales, para Alexy, cuando su violación o su no satisfacción significa, bien la muerte o padecimiento grave, o bien toca el núcleo esencial de la autonomía. Desde un punto de vista objetivo se puede afirmar que cuanto más fácil de justificar es un derecho, tanto más fundamental es.
- 4.º) La *prioridad* frente al Derecho positivo significa que la observancia de los derechos humanos es una condición necesaria de legitimidad del Derecho positivo, de modo que si éste viola derechos humanos se hace incorrecto en cuanto a su contenido, perdiendo incluso, en los casos más graves, su carácter jurídico²⁵.
- 5.º) *Abstracción*, por último, es la quinta propiedad de los derechos humanos y hace referencia, tanto a los destinatarios, como a la modalidad, como a la restricción del derecho.

Podríamos resumir el cuadro anterior afirmando que cuando algún aspecto fundamental de la vida humana considerada universalmente y en abstracto tiene validez moral, y no es sólo fruto de una decisión arbitraria o de una ideología, entonces tiene prioridad y debe ser reconocido.

Por lo que se refiere a la universalidad y a la abstracción, se trata de rasgos que tienen carácter gradual, como ha puesto de manifiesto M. Susi, pues ninguno de los dos puede caer por debajo de determinado nivel sin que el derecho correspondiente deje de ser conceptualmente un derecho humano²⁶.

No voy a entrar en esta cuestión que, como digo, es de grado, pero el mismo Susi ha puesto de manifiesto que el nivel de *universalidad* de los nuevos derechos es más bajo que el de los derechos ya consagrados cuando aquéllos se dirigen a grupos específicos (tesis del decrecimiento de la universalidad)²⁷. Pensemos, por ejemplo, en los derechos de las mujeres, los derechos de los indígenas o del colectivo LGBTI. Desde un punto de vista crítico, C. Sarthea ha puesto de relieve que, en la medida en que se trata de derechos de libre autodeterminación, los sujetos que no pueden autodeterminarse tienden a ser excluidos²⁸, lo que va en detrimento de la universalidad de los derechos. Finalmente, A.-C. Pereira ha sostenido que se trata de derechos que tienen su origen en una élite occidental que se ha exportado al

24 Cfr. *ibid.*, p. 28.

25 Cfr. *ibid.*, pp. 29-30.

26 Cfr. SUSI, M., «Novelty in Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis», en ARNAULD, A. von; DECKEN, K. von der; SUSI, M., ob. cit., pp. 28-29.

27 Cfr. *ibid.*, p. 27.

28 Cfr. P SARTEA, C., «Aventuras y desventuras del derecho a la privacidad», en SANTOS, J.A.; ALBERT, M.; HERMIDA, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, p. 193.

resto del mundo²⁹, por lo que más que derechos universales serían derechos universalizados.

Algo similar se puede decir sobre la *abstracción*, pues, por lógica, si algunos de los nuevos derechos consisten en concreciones de otros derechos, nunca serán tan abstractos como el derecho matriz (tesis del decrecimiento de la abstracción)³⁰. Pero, como digo, es una cuestión de grado. Al fin y al cabo, muchos de estos derechos han necesitado ser desarrollados legislativamente, como es el caso del aborto, la eutanasia, el matrimonio homosexual o la transexualidad.

Por lo que se refiere a la *fundamentalidad*, Nickel, siguiendo a Cranston, vincula la justificación de un nuevo derecho a su referencia a «bienes extremadamente importantes»³¹ y Brems condiciona el establecimiento de un nuevo derecho a que proteja intereses de gran importancia³². Los nuevos derechos no son obviamente tan fundamentales como el derecho a la vida, la integridad, la libertad, la salud, la educación o el derecho a no ser torturado, pero en la medida en que afectan a la identidad de las personas y los colectivos no dejan de interesar un aspecto relevante de la vida.

La cuestión clave para nosotros es, por tanto, si tienen *validez moral*, que es a lo que se va a dedicar el resto de la contribución.

Finalmente, el requisito de la *prioridad* parece depender de los tres primeros, de modo que, si es el caso que nos encontramos con derechos universales, racionales y fundamentales que no ha sido reconocidos por algún Estado, entonces éste pierde buena parte de su legitimidad como Estado de Derecho.

Pasamos, pues, a considerar la validez moral de estos derechos.

III. La validez moral de los derechos emergentes en especial

Se afirma que los derechos emergentes tienen una carga ideológica y subjetiva importante³³, lo que, en consecuencia, compromete la validez moral de éstos. Sin embargo, la presencia de algún tipo de ideología no

29 Cfr. PEREIRA-MENAUT, A.C., «Pasado y presente de los derechos», *Ius Publicum* vol. 47, 2021, p. 62.

30 Cfr. SUSI, M., art. cit., p. 28.

31 Cfr. NICKEL, J., «Human Rights» *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/#WhicRighHumaRigh> [Acceso: 11/01/2023.]

32 Cfr. BREMS, E., «Birthing New Human Rights. Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy», en ARNAULD, A. von; DECKEN, K. von der; SUSI, M., ob. cit., p. 329.

33 Cfr. VILLEY, M., ob. cit., p. 29.

anula necesariamente un derecho humano, puesto que inevitablemente hay ideología en todas las generaciones de derechos: liberalismo, en los de la primera generación; socialismo, en los de la segunda; pacifismo, feminismo y ecologismo, en los de la tercera. Se trata de una cuestión de grado. Hay dosis de ideología compatibles con cierta racionalidad, mientras que más allá de determinado margen de discrecionalidad, la ideología resulta disolvente en relación con la noción de derechos humanos. Para determinar esta cuestión se va a efectuar un análisis lógico-sistemático de esta noción.

III.1. La derivación de derechos

Un derecho puede pertenecer al sistema positivo de derechos humanos de dos maneras: de manera independiente o de manera dependiente³⁴. Pertenecen del primer modo aquellos derechos humanos que tienen determinada propiedad P en un tiempo t y en un espacio e. Tratándose de derechos *humanos*, esta propiedad no puede constituir una mera estipulación, sino que habría que incluir aquí todos los derechos que pertenecen al sistema por derecho propio, es decir, aquellos derechos que son hasta cierto punto evidentes sin necesidad de demostración³⁵, criterio que podría ser complementado (para algunos sustituido) por un elemento institucional. Es el caso de muchos de los derechos que integran el cuerpo central de las distintas generaciones de derechos. Por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a la cultura.

Pero también se puede pertenecer al sistema en virtud de una relación R con uno de aquellos derechos en un tiempo t y en un espacio e. Y, nuevamente, tratándose de derechos humanos, esta relación no puede ser arbitraria, sino que tiene que tratarse de una relación de derivación lógica. Por ejemplo, el derecho a afiliarse a un sindicato puede derivarse del derecho a la libertad sindical.

En la evolución histórica de los derechos humanos, Peces-Barba reconoce tres procesos: positivación, generalización e internacionalización, a los que Bobbio añade un cuarto que luego, a su vez, asume Peces: la especificación³⁶. Pues bien, de estos cuatro procesos hay dos que tienen que ver con la derivación lógica de derechos, a saber: la generalización y la

34 Cfr. CARACCILO, *El sistema jurídico: problemas actuales*, CEC, Madrid, 1988, pp. 31-34.

35 No hay espacio para tratar aquí de esta cuestión, que habría que matizar, pero, como afirmaba elocuentemente J. Maritain acerca de los derechos incluidos en la DUDH, todos estamos de acuerdo en ellos a no ser que se nos pregunte por qué. Cfr. SCHULZ, W.F.; RAMAN, S., *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2020, pp. 27-28.

36 Cfr. PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1999, pp. 155 ss.; BOBBIO, N., 1991, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109 ss.

especificación. Sin embargo, la conceptualización que de ellos hacen estos autores me parece algo confusa, aunque ahora no puedo entrar en ello. Para no confundir ambos procesos creo que puede ser útil vincular conceptualmente la generalización de derechos con lo que Tomás de Aquino denomina conclusión y la especificación, con lo que éste denomina determinación³⁷.

De este modo, *generalizar* un derecho implicaría extenderlo a casos en que, estando incluidos analíticamente en el derecho inicial, no habían sido injustamente reconocidos. Por ejemplo, si el derecho al sufragio le corresponde al ciudadano y sólo los varones lo han visto reconocido, generalizar este derecho significaría extenderlo a las mujeres, porque también están contenidas en el sujeto ciudadanos. Esta vía conclusiva sería la alternativa más favorable a los nuevos derechos, puesto que, a tenor de la distinción tomista, entonces recibirían toda su fuerza del derecho inicial. No haría falta justificar mucho, más allá de la mera operación lógica de extraer un nuevo derecho a partir del contenido de aquel derecho. Ahora bien, esto exigiría que los nuevos derechos en cuestión estuviesen contenidos analíticamente en un derecho inicial.

En cambio, cuando la derivación implica un enriquecimiento sintético o determinación del contenido del derecho inicial a través de algún tipo de concreción circunstancial entonces estaríamos ante una *especificación*, que se correspondería con la determinación tomista. Por ejemplo, el derecho al consentimiento informado podría constituir una especificación o determinación del derecho a la integridad física, puesto que sería un derecho que se tiene solamente en tanto que paciente. Podría pensarse que, si los nuevos derechos no están contenidos analíticamente en un derecho inicial, al menos puedan ser considerados concreciones o especificaciones de dicho derecho. Esto conllevaría, eso sí, la necesidad de justificar expresamente la concreción, pues no se trataría meramente de efectuar una operación lógica, sino también valorativa³⁸.

Es importante destacar que en ambos procedimientos se da un componente lógico y otro valorativo; sólo varían en grado. En el caso de la conclusión (o generalización) tenemos un alto componente lógico, puesto que el nuevo derecho está contenido analíticamente en el derecho inicial. Por ejemplo, si se afirma que todos los hombres, en el sentido de seres humanos, nacen libres e iguales, esto debería ser inmediatamente extendido a los esclavos. Ahora bien, la decisión de extender un derecho es siempre una decisión valorativa, como lo demuestra el hecho de que la esclavitud

37 Cfr. TOMÁS DE AQUINO *Suma de Teología*, I-II, q. 95, a. 2 c. Se ha consultado el vol. II de la ed. de la BAC, Madrid, 2011.

38 En los términos de la cuestión analizada por Tomás, las leyes positivas que se derivan por determinación (especificación) de la ley natural «no tienen más fuerza que la de la ley humana» (*ibidem*).

ha estado vigente hasta hace no tanto. Por lo que se refiere a la especificación, en cambio, nos encontramos con dos momentos valorativos. Por un lado, la decisión de especificar o no un derecho, que es equivalente a la decisión de generalizar o no un derecho. Y, por otro lado, la valoración de las circunstancias que se consideran relevantes en orden a la formulación de un nuevo derecho, que entraña un mayor esfuerzo motivador.

El problema con el elemento valorativo es que es particularmente susceptible de contaminación ideológica, y como se ha dicho con Alexy, un derecho humano no puede consistir en la positivación de una ideología.

Los nuevos derechos aquí acotados, los que parecen entrar en conflicto con la libertad religiosa, entre otras, parecen tener una nota en común: la autodeterminación individual. Ésta tiene dos títulos de legitimación posibles, esto es, apuntan a dos posibles derechos iniciales: el libre desarrollo de la personalidad, que es el camino que ha seguido nuestra jurisprudencia nacional, y el derecho a la privacidad, que es el que ha seguido la jurisprudencia del TEDH, puesto que el CEDH no recoge la primera fórmula. A cambio, lo que ha hecho el TEDH, siguiendo la estela de la Corte Suprema de los EE UU, es ampliar materialmente el concepto de privacidad con el fin de albergar un contenido compatible con el que supuestamente es propio del libre desarrollo de la personalidad. Este camino ha sido recorrido tanto por la Corte Suprema de los EE UU, como por el TEDH, porque el sentido originario de privacidad, que se corresponde con la intimidad, no era suficiente para dar cobertura a los derechos emergentes, como es el caso del aborto, considerado un derecho constitucional a partir del caso *Roe vs. Wade*³⁹. El derecho a la privacidad, como ha expuesto la Corte Suprema de los EE UU, en el reciente caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, tiene dos sentidos: el derecho a mantener determinada información libre de intromisiones ilegítimas y el derecho a tomar decisiones personales relevantes al margen de la injerencia del Estado. Pero los casos en que se sustenta este segundo sentido están muy lejos del supuesto del aborto, pues no afectan a lo que Roe denomina «vida potencial» (*Dobbs*, III.B.1.b).

La confusión conceptual entre privacidad y autonomía individual no se produce en nuestro ordenamiento jurídico, porque la CE deslinda con bastante claridad entre el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), en el que se ha pretendido fundamentar algunos de los nuevos derechos, de modo que no ha sido necesario ensanchar artificialmente el primero para dar cobertura a éstos. Ahora bien, como vamos a ver, es dudoso que lo consiga.

39 En el caso *Roe* se considera que el aborto es una parte integral del derecho a la privacidad, el cual es definido en el caso *Casey*, que confirma esta doctrina, como la libertad para tomar decisiones íntimas y personales que son básicas para la dignidad personal y la autonomía.

III.2. Libre desarrollo de la personalidad y nuevos derechos

Un caso reciente puede servir para deslindar el derecho a la intimidad personal y el libre desarrollo de la personalidad⁴⁰. Celso —los nombres son figurados— solicitó y consiguió en virtud de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, una rectificación registral de la mención relativa al sexo, en virtud de la cual pasó a constar como mujer con el nombre propio de Montserrat. Estando Montserrat, en tanto que Celso, anteriormente divorciado de la madre de su hija, de la que tenía la custodia, solicitó al juzgado correspondiente que en la sentencia de divorcio constara no como Celso, sino como Montserrat, a lo que se avino el juzgado, dictando una nueva sentencia en 2018, en la que, sin embargo, no se sustituyó la expresión «padre» por la de «madre», por lo que figuraba en ella como «padre Montserrat», lo que no solucionaba el problema, sino que lo mantenía. Esto ocasionó que Montserrat planteara un recurso de apelación ante la AP de A Coruña, solicitando el correspondiente ajuste (que entrañaba cierta dificultad procesal que ahora no interesa), a lo que accede parcialmente la Audiencia Provincial de A Coruña, anulando la sentencia del juzgado y autorizando a la actora a que se le expida testimonio de la parte dispositiva de la primera sentencia de 2012, en que se hiciera constar su nombre y su condición registral de *madre*, titular de la guardia y custodia sobre la menor y cotitular de la patria potestad sobre la niña, sin referencia a su anterior identidad sexual y nombre.

El caso es interesante, porque, como alegaba la representación de Montserrat, el mantener la expresión «padre» suponía para ella y su hija una grave intromisión en su derecho a la intimidad, ya que se vería «forzada a revelar su transexualidad a personas totalmente desconocidas, por ejemplo al solicitar una beca o cualquier otro tipo de ayuda para su hija, para las que se requiera se acredite que ostenta la guardia y custodia mediante una copia de la sentencia». Se desprende claramente cuál es el contenido del derecho a la intimidad: mantener determinada información —en este caso, su anterior sexo registral— al margen del conocimiento ajeno. Pero la rectificación registral del sexo, en sí misma, no es un derecho que traiga causa del derecho a la intimidad, sino de la Ley 3/2007. Esto es, no forma parte del derecho a la intimidad el derecho a cambiar de sexo, sino el derecho a que otros no sepan que anteriormente figuraba registral e incluso socialmente con otro sexo.

El que el derecho a la intimidad no fundamenta el nuevo derecho a la identidad de género lo deja meridianamente claro la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 929/2007, de 17 de septiembre, en la cual se declara

40 Cfr. SAP de A Coruña (Sección 4.ª), Sentencia núm. 204/2019, de 23 de mayo.

cancelada la doctrina jurisprudencial previa que exigía la adecuación anatómica al sexo elegido como requisito para la reasignación de género, casando de este modo la SAP de Barcelona que había denegado la rectificación registral de nombre y sexo solicitada por la parte actora. En su recurso de casación ante el TS, ésta alegó, entre otras cosas, la violación de su derecho a la intimidad personal. Pero el TS lo niega: «No hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen [...]», el primero de los cuales consiste, según jurisprudencia constitucional consolidada «un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», sino «un derecho de contenido más amplio»: la cuestión del *libre desarrollo de la personalidad*, en la medida en que implica «un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad» (ambas citas, en FJ4)⁴¹, idea que se confirma en las SSTs 25 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002.

En el caso español, el libre desarrollo de la personalidad figura en el art. 10.1 CE y ha sido la base, en efecto, para el desarrollo de un nuevo derecho a la identidad de género. Esta idea está *in nuce* en la en su momento novedosa STS 8700/1987, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 1987, por la que se admite el cambio registral en lo relativo al sexo y al nombre de una persona transexual, y de manera explícita en la STS, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 1989, que consolida esta doctrina, la cual ha sido confirmada por el TC, en su S. 99/2019, de 18 de julio, que resuelve afirmativamente la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Civil del TS, acerca de la posible vulneración de los derechos constitucionales por la arriba citada Ley 3/2007, que excluía al menor de edad transexual de la posibilidad de ver modificado registralmente su estado civil y su nombre. Según el TC, esta restricción afecta a dos derechos: al derecho a la intimidad y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El primero, el derecho a la intimidad, afirma la STC 99/2019, con base en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, garantiza el «derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (FJ4). Con esto se refiere a la idea de evitar que conste su condición biológica cada vez que tiene que identificarse a través de docu-

41 Tampoco afecta al derecho a la imagen, porque, como se indica más abajo, en el mismo FJ, ésta consiste, a su vez, según la doctrina del TC, en «un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública». Se trata más bien de «que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias».

mentos oficiales. Nótese que el TC vincula conceptualmente el derecho a la intimidad con el derecho a la vida privada.

Pero, como se ha dicho, la intimidad o la vida privada no justifica el cambio registral de sexo, sino sólo la reserva acerca de ese hecho. El fundamento que se asigna a este nuevo derecho es, a través de la Ley 3/2007, que también lo invoca, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que «esa publicidad forzada [se refiere a la que da el registro y se refleja en los documentos oficiales] le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia», lo que «condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia» (ambas citas, en el FJ6). Más abajo volvemos sobre la dificultad que entraña esta justificación.

III.3. El derecho a la vida privada

A falta de un recurso equivalente al libre desarrollo de la personalidad, el TEDH ha ensanchado extraordinariamente el concepto de vida privada (art. 8 CEDH⁴²) para posibilitar la emergencia de nuevos derechos, más basados en la autonomía privada que en la privacidad⁴³. Esta noción de «vida privada» ha sido entendida por el TEDH en su desarrollo jurisprudencial a partir del art. 8 CEDH como la posibilidad de darse a uno mismo la norma de la propia existencia, no sólo dentro de un círculo íntimo, sino también fuera de este círculo, pues incluye el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea (asunto *Y.Y. c. Turquía*⁴⁴, §57). Esta noción abultada de vida privada, no sólo abarca actualmente aspectos de la privacidad no mencionados expresamente en el texto del CEDH, sino siquiera imaginados durante el proceso de codificación⁴⁵.

42 «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.—2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

43 El TC español interpreta la noción de libre desarrollo de la personalidad a la luz de la jurisprudencia del TEDH en torno al art. 8 CEDH.

44 STEDH de 10 de marzo de 2015, demanda núm. 14793/08.

45 Cfr. DIGGELMANN, O.; CLEIS, M.N., «How th Right to Privacy Became a Human Right», *Human Rights Law Review* vol. 14, 2014, p. 457.

En efecto, bajo vida privada, el TEDH no se ciñe a calificar aquellas situaciones que constituyen vida privada, sino que abarca muchas situaciones que simplemente *afectan* a la vida privada (¿qué no la afecta?), como, por ejemplo, la actividad profesional, que en puridad no es vida privada (por ejemplo, asunto *Niemitz c. Alemania*⁴⁶, *Oleksandr Volkov c. Ucrania*⁴⁷). El art. 8 CEDH, en la interpretación del TEDH, ha pasado de proteger la vida privada a proteger la autonomía de los individuos, de modo que todo lo que la expresa cae bajo su ámbito como una red protectora o una especie de cláusula general de libertad del ordenamiento jurídico, según la cual todo lo que no esté prohibido está permitido.

Casos en que el TEDH ha abierto el paraguas de la vida privada para proteger nuevos derechos son, por ejemplo, el derecho a las técnicas de reproducción humana asistida (*S.H. y otros c. Austria*⁴⁸; *Knecht c. Rumanía*⁴⁹); el derecho al reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales que se han sometido a una operación de cambio de sexo (*Hämäläinen c. Finlandia*⁵⁰), a los requisitos de acceso a una operación de este tipo (*Schlumpf c. Suiza*⁵¹; *L. c. Lituania*⁵²; *Y.Y. c. Turquía*⁵³) y al reconocimiento jurídico de la identidad de personas transexuales que no se han sometido a una operación de cambio de sexo (*A.P., Garçon y Nicot c. Francia*⁵⁴); el derecho de los miembros de una minoría étnica a conservar su identidad y sus tradiciones familiares (*Ciubotaru c. Moldavia*⁵⁵; *R.B. c. Hungría*⁵⁶), o el derecho al reconocimiento legal (no necesariamente al matrimonio, a falta de consenso internacional) de las parejas de personas del mismo sexo (*Oliari y otros c. Italia*⁵⁷).

Ahora bien, precisamente porque no se constata (todavía) una aceptación generalizada, el TEDH da un margen de apreciación compatible con las actuaciones del art. 8.2, si están debidamente justificadas, son coherentes y mantienen un justo equilibrio de intereses, puesto que en todo caso caen

46 STEDH de 16 de diciembre de 1992, núm. 13710/88.

47 STEDH de 9 de abril de 2013, núm. 21722 /11.

48 STEDH de 3 de noviembre de 2011, núm. 57813/00.

49 STEDH de 2 de octubre de 2012, núm. 10048/10.

50 STEDH de 16 de julio de 2014, núm. 37359/09.

51 STEDH de 8 de enero de 2009, núm. 29002/06.

52 STEDH de 11 de septiembre de 2007-IV, núm. 27527/03.

53 STEDH de 10 de marzo de 2015, núm. 14793/08.

54 STEDH de 6 de abril de 2017, demandas núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13.

55 STEDH de 27 de abril de 2010, núm. 27138/04.

56 STEDH de 12 de abril de 2016, núm. 64602/12.

57 STEDH de 21 de julio de 2015, núms.18766/11 y 36030/11.

bajo el ámbito del art. 8.1, en relación a la gestación subrogada (*Paradiso Campanelli c. Italia*⁵⁸; *Menesson / Labassee c. Francia*⁵⁹); la eutanasia (*Haas c. Suiza*⁶⁰; *Pretty c. R.U.*⁶¹); el aborto (*A, B y C c. Irlanda*⁶²; *R.R. c. Polonia*⁶³), o el derecho a conocer los propios orígenes y la identidad de los progenitores (*Gaskin c. R.U.*⁶⁴).

El desarrollo jurisprudencial de este derecho es completamente funcional a los nuevos derechos, puesto que engloba «múltiples aspectos de la identidad física y social de un individuo» (*S. y Marper c. R.U.*⁶⁵, §66). Dentro de este ámbito, el TEDH reconoce, entre otros: el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (caso *Niemitz c. Alemania*⁶⁶, §29); el derecho a conocer los orígenes y la identidad de los progenitores (*Gaskin c. R.U.*⁶⁷, §39); el derecho a elegir la apariencia deseada (*Biržietis c. Lituania*⁶⁸, §58); el derecho de las mujeres a no adoptar el apellido de su marido (*Ünal Tekeli c. Turquía*⁶⁹, §67); el derecho al reconocimiento de la identidad sexual de las personas transexuales, se hayan sometido a la pertinente operación (*Christine Goodwin c. R.U.*⁷⁰, §90) o no (*A.P. Garçon y Nicot c. Francia*⁷¹, §135), o el derecho a la identidad étnica de los miembros de una minoría nacional (*Ciubotaru c. Moldavia*⁷², §53).

En definitiva, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, el contenido del derecho a la vida privada es tan amplio que no tiene contornos definidos. Mientras que, en sus orígenes, afirma Cartabia, privacidad hacía referencia al derecho a mantener ciertos hechos personales e informaciones

58 STEDH de 24 de enero de 2017, núm. 25358/12.

59 STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11.

60 STEDH de 20 de enero de 2011, núm. 31322/07.

61 STEDH de 29 de abril de 2002, núm. 2346/02.

62 STEDH de 16 de diciembre de 2002, núm. 25579/05. En el § 213 precisa el Tribunal que el aborto no pertenece única y exclusivamente al ámbito de la vida privada de la mujer, ya que también está la vida del feto en juego, cuyos derechos hay que sopesar. En consecuencia, en el § 215 afirma que no existe un derecho al aborto.

63 STEDH de 26 de mayo de 2011, núm. 27617/04.

64 STEDH de 7 de julio de 1989, núm. 10454/83.

65 STEDH de 4 de diciembre de 2008, núms. 30562/04 y 30566/04.

66 STEDH de 16 de diciembre de 1992, núm. 13710/88.

67 STEDH de 7 de julio de 1989, núm. 10454/83.

68 STEDH de 14 de junio de 2016, núm. 49304/09.

69 SETDH de 16 de noviembre de 2004 núm. 29865/96.

70 SETDH de 11 de julio de 2002, núm. 28957/95.

71 STEDH de 6 de abril de 2017, núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13.

72 STEDH de 27 de abril de 2010, núm. 27138/04.

al margen del escrutinio público, la nueva privacidad parece amparar la independencia del individuo para realizar ciertas decisiones importantes, empoderarlo y emanciparlo de toda forma de paternalismo y alienación, ensanchando la capacidad individual de libre elección⁷³. Como ha señalado Sarthea en la misma línea, un instituto jurídico, como el derecho a la privacidad, que inicialmente se configuraba con una libertad negativa, un refugio del particular contra las invasiones del poder público —se trataba de proteger al individuo y su esfera de privacidad o intimidad (existencial, corporal, sexual, familiar, afectiva), contra toda interferencia injustificada—, se ha convertido en una libertad positiva bajo la forma de una reivindicación radical del derecho a la propia autodeterminación, sin más límites que el «harm principle» de Mill. Así configurado, afirma Sarthea, se puede afirmar que el derecho a la privacidad constituye el paradigma de todos los nuevos derechos o, según el punto de vista que se asuma, un caballo de Troya en los ordenamientos tradicionales⁷⁴.

IV. Problemas lógicos en la fundamentación de los nuevos derechos

Lamentablemente, ninguna de estas fundamentaciones es consistente desde un punto de vista lógico-sistemático. Por lo que se refiere al libre desarrollo de la personalidad, el problema básico es que no sólo no consiste en un derecho fundamental debido a su ubicación sistemática fuera de la sección que recoge taxativamente aquéllos, sino que ni siquiera es propiamente un derecho, sino la expresión constitucional de un mero *agere licere*⁷⁵. En virtud de éste, los individuos son libres para determinar los medios más idóneos para desarrollar su personalidad, pero eso no significa que algunos de ellos no puedan ser declarados prohibidos (por atentar contra derechos ajenos o perjudicar el bien común) ni que aquellos que no están prohibidos sean derechos, pues la cláusula del libre desarrollo no se fórmula en la CE como un derecho y, aunque se interprete como tal, sólo puede ser entendido, como se acaba de indicar, como un mero ámbito de tolerancia.

Así, pues, no conviene confundir la despenalización de una conducta con su conversión en un derecho. Lo que el libre desarrollo de la persona-

73 Cfr. CARTABIA, M., «The Challenges of «New Rights» and Militant Secularism», en GLENDON, M.A.; ZACHER, H.F. (eds.), *Universal Rights in a World of Diversity. The Case of Religious Freedom*, Pontificia Academia para las Ciencias Sociales, Vaticano, 2012, pp. 434-435.

74 Cfr. SARTEA, C., art. cit., p. 191.

75 Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, T., «El derecho constitucional al desarrollo de la personalidad. ¿Procede identificarlo con la libertad general de acción?», *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, vol. 94, 2018, p. 1222.

lidad garantiza es un ámbito de tolerancia, pero no establece un derecho en sentido fuerte a todo lo no prohibido, error en el que parece incurrir la STS (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 1991, cuando señala que el derecho (que por cierto considera fundamental) al libre desarrollo de la personalidad «implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no suponga un acto delictivo o acto ilícito civil, como no lo es ni por la despenalización de ciertas mutilaciones [...], ni entrando en la esfera del art. 1902 del Código civil» (FJ3). Frente a esta opinión, desde un punto de vista lógico, la despenalización lo único que genera es una falta de prohibición o la tolerancia de determinada conducta, que no se considera lo suficientemente grave para ser susceptible de reproche penal, pero sin que por ello constituya un derecho, el cual requeriría el correspondiente acto constitutivo, para el que no está legitimado el juez, sino el legislador, cuya ley constituiría la razón que justificase (formalmente) el derecho.

Sin embargo, para el voluntarismo individualista, observa Ollero, no es fácil distinguir entre actos no prohibidos y derechos, ya que por éstos se entiende las cuotas residuales de libertad con que se cuenta, una vez que el Estado ha expropiado lo que el mantenimiento de la paz exija, de modo que de la convicción de que todo lo no legalmente prohibido está permitido se pasa a una consecuencia extrema: tenemos derecho a hacerlo⁷⁶.

En cuanto a la fundamentación basada en la vida privada, aquí no parece plantearse el anterior problema lógico, ya que ésta constituye un derecho en sentido estricto, no un mero *agere licere*, de modo que puede en principio convertirse en fuente de otros derechos. Sin embargo, ahora nos enfrentamos a un razonamiento que tendría la siguiente estructura: la premisa mayor estaría constituida por el enunciado «todos tienen derecho a la vida privada», recogido en el art. 8 CEDH, entre otros instrumentos, donde «privacidad» significa vida íntima; en cambio, la premisa menor estaría constituida por el enunciado «la conducta x forma parte de la vida privada», donde «privacidad», en virtud del desarrollo jurisprudencial del TEDH, significa vida autónoma. En consecuencia, el enunciado que se infiere a partir de ambas premisas («la conducta x es un derecho») es incorrecta. Estamos ante una falacia semántica, en cuanto que el significado de «privacidad» varía de una premisa a otra. Una cosa es que uno tenga el derecho a reservar la conducta x al escrutinio público (que esto sí es privacidad en el sentido originalmente pactado por los Estados) y otra cosa es que se tenga derecho a realizar x.

Obviamente se puede argüir que los jueces pueden legítimamente interpretar los textos a la luz de la realidad social del momento en que tienen que aplicarlos. El problema es cuando se abusa de ello y se cae en el activismo

76 Cfr. OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 113.

judicial⁷⁷, el cual no sólo atenta contra el *Rule of law*⁷⁸, sino que es ajeno al principio democrático⁷⁹.

En definitiva, los nuevos derechos no están analíticamente contenidos en el derecho a la vida privada, de modo que no pueden considerarse conclusiones de ésta. ¿Podrían ser entendidas entonces como especificaciones?

H.S. Richardson ha desarrollado en algunos estudios la noción de especificación, que opone a la aplicación, las cuales en puridad se corresponden con los conceptos tomistas ya manejados aquí de determinación y conclusión. Y señala algo importante a nuestros efectos. Según Richardson⁸⁰, en la especificación es preciso que el enunciado normativo inicial (que en nuestro caso sería el que contiene el derecho a la vida privada) se vea reflejado (*honored*)

77 Un fenómeno de activismo paralelo, en este caso clerical, ya que hablamos de libertad religiosa, ha sucedido con la desvirtuación semántica que, en el ámbito de la Iglesia católica, ha venido sufriendo la letra de los documentos adoptados en el Concilio Vaticano II, bajo el criterio hermenéutico denominado «espíritu del concilio».

78 La idea de que el juez no puede arrogarse la función legislativa aparece en algunos votos particulares que se introducen en algunas de las sentencias arriba indicadas, los cuales apelan al bien común. En el primer Voto particular a la STS de 2 de julio de 1987 se sostiene que el bien común veda al legislador el permitir la introducción de cambios arbitrarios en una cuestión como el estado civil de las personas. El segundo Voto particular sigue una línea similar, al excluir la cuestión del sexo, por sus componentes de Derecho público, con el Derecho imperativo. A su vez, en el Voto particular a la STS de 3 de marzo de 1989 se afirma que «el art. 10 de la Constitución según la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional y la doctrina científica no puede comprender como obstáculos al libre desarrollo de la personalidad las deficiencias de regulación de las leyes». Considera que esto es una vía peligrosa ante tantas insatisfacciones padecidas por los ciudadanos. El tiempo parece haber confirmado este recelo, pues el fenómeno subjetivo del deseo está en buena medida en la base de los nuevos derechos. Cfr. PUPPINCK, G., *Mi deseo es la ley*, cit., *passim*. Finalmente, en el Voto particular a la STC99/2019, se indica que no es labor del TC indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece. En particular, los hechos inscribibles en el registro civil es algo que pertenece a la libertad de configuración del legislador. Si exige la mayoría de edad para formalizar determinados cambios, ello es porque libremente ha entendido que con eso se garantizan ciertos valores, como la seguridad jurídica o la protección del menor, sino la defensa objetiva de la Constitución y de su primacía, expulsando del ordenamiento jurídico solamente aquellos preceptos que choquen frontalmente con la CE. Tan legítima puede ser la opción del legislador, como la que se propone en la sentencia de la que se discrepa, pero la función del TC no es la de optimizar la ley, según el Voto particular.

79 En una materia tan relevante y, como se ha indicado arriba, tan conflictiva deberían ser los órganos democráticos competentes (los Estados signatarios en el caso del CEDH; el constituyente en el caso de los ordenamientos jurídicos nacionales) los que se encargasen de introducir o no nuevos derechos siguiendo un criterio de consenso. Esto no sería necesario, obviamente, cuando la derivación de los derechos no fuera problemática.

80 Cfr. RICHARDSON, H.S., «Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems», *Philosophy and Public Affairs*, 1990, pp. 279-310; «Specifying, Balancing and Interpreting Bioethical Principles», *Journal of Medicine and Philosophy* vol. 25 núm. 3, 2000, pp. 285-307.

en el enunciado normativo especificado (que en nuestro caso sería el que contiene el nuevo derecho), pues sólo de este modo uno se está tomando en serio el enunciado inicial. Es decir, no basta con afirmar voluntaristamente que una determinada concreción es la especificación de un enunciado inicial, sino que tiene que haber una conexión efectiva entre ambos. Pero, como se ha señalado arriba, los nuevos derechos están semánticamente conectados a la autonomía individual (que tampoco es un fundamento adecuado o suficiente, como hemos visto), pero no a la privacidad.

En resumen, los nuevos derechos no derivan del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque ello implica incurrir en la falacia lógica de transformar un mero *agere licere* en un derecho, y tampoco derivan del derecho a la vida privada, porque ello implica incurrir en la falacia semántica recién indicada, la cual se produce tanto por la vía más estricta de la conclusión, como por la más laxa de la especificación.

V. Balance

Se ha visto que los derechos emergentes pretenden constituirse en adaptaciones a los nuevos tiempos de los derechos y libertades tradicionales de cualesquiera de las tres generaciones precedentes de derechos. Sin embargo, hemos identificado algunos de ellos que plantean un conflicto creciente en relación a éstos, particularmente, por lo que a este trabajo se refiere, en relación a la libertad religiosa.

Se ha señalado que una exigencia moral debe cumplir cinco requisitos para justificar su pretensión de ser reconocida institucionalmente: universalidad, fundamentalidad, validez moral, prioridad y abstracción. De éstos, el más determinante para nosotros ha sido el relativo a la validez moral, que implica que un derecho tiene que estar fundamentado en una norma moral justificable racionalmente, pero no en una ideología. Ahora bien, toda positividad de un derecho humano entraña aspectos racionales y aspectos valorativos y éstos segundos son especialmente susceptibles de contaminación ideológica.

Los nuevos derechos han sido acogidos por el TEDH, siguiendo la estela del TS de EE UU, bajo una nueva concepción de privacidad, que la asimila a la autonomía individual. Esto disuelve la conexión semántica que tiene que existir entre los nuevos derechos y aquel derecho, falseando la derivación, tanto por vía de conclusión, como de determinación. Si bien nuestra jurisprudencia nacional ha optado por la vía del libre desarrollo de la personalidad, como un modo semánticamente más correcto de conectar los nuevos derechos con la autonomía individual, ello ha sido al precio de confundir lo no prohibido con lo permitido.

En consecuencia, es preciso tener en cuenta esta debilidad para enfocar correctamente el conflicto que algunos de los nuevos derechos plantean en

relación con los derechos y libertades tradicionales, en particular con la libertad religiosa, y aquilatar adecuadamente el peso relativo de cada uno de ellos de cara a una eventual ponderación.

VI. Bibliografía

ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* vol. 8, 2000, pp. 21-42.

ALSTON, Ph., «Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», *The American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, pp. 607-621.

BALLESTEROS, A., «Nuevos derechos humanos psicopolíticos», en *Derechos humanos: Perspectivas de juristas iusnaturalistas, t. I: Sistema histórico, antropológico y filosófico de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 547-560.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

BREMS, E., «Birthing New Human Rights. Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy», en ARNAULD, A. von; DECKEN, K. von der; SUSI, M. (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge University Press, 2020, pp. 326-332.

CARACCILO, *El sistema jurídico: problemas actuales*, CEC, Madrid, 1988.

CARTABIA, M., «The Challenges of «New Rights» and Militant Secularism», en GLENDON, M.A.; ZACHER, H.F. (eds.), *Universal Rights in a World of Diversity. The Case of Religious Freedom*, Pontificia Academia para las Ciencias Sociales, Vaticano, 2012, pp. 428-455.

DIGGELMANN, O.; CLEIS, M.N., «How th Right to Privacy Became a Human Right», *Human Rights Law Review* vol. 14, 2014, pp. 441-458.

GERARDS, J., «A Right of Access to Law – or Rather a Right of Legality and Legal Aid?», en ARNAULD, A. von; DECKEN, K. von der; SUSI, M., *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 555-561.

GLENDON, M.A., «El lenguaje de los derechos», en *Estudios Públicos* vol. 70, 1998, pp. 78-150.

JHERING, R. von, *La lucha por el derecho*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

MEZZA, M., «El problema de la inflación de derechos y la incongruencia de las teorías minimalistas», *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, vol. 23, 2016, pp. 2-12.

- NICKEL, J.**, «Human Rights» *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/#WhicRighHumaRigh> [Acceso: 11/01/2023.]
- OLLERO, A.**, «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho* vol. 66, 2012, p. 49-62.
- OLLERO, A.**, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- OTERO PARGA, M.**, «La inflación de los derechos: un problema de eficacia», en MARTÍNEZ MORÁN, N.; MARCOS DEL CANO, A.M.; JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, vol. 1, 2013, pp. 123-140.
- PECES-BARBA, G.**, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1999.
- PEREIRA-MENAUT, A.C.**, «Pasado y presente de los derechos», *Ius Publicum* vol. 47, 2021.
- PEREIRA, C.**, «Los nuevos derechos: ¿La clausura de un ciclo?», *Persona y Derecho*, vol. 75, núm. 1, pp. 93-114.
- PRIETO ÁLVAREZ, T.**, «El derecho constitucional al desarrollo de la personalidad. ¿Procede identificarlo con la libertad general de acción?», *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, vol. 94, 2018, p. 1213-1287.
- PUPPINCK, G.**, *Mi deseo es la ley: los derechos del hombre sin naturaleza*, Encuentro, Madrid, 2020.
- RICHARDSON, H.S.**, «Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems», *Philosophy and Public Affairs*, 1990, pp. 279-310.
- RICHARDSON, H.S.**, «Specifying, Balancing and Interpreting Bioethical Principles», *Journal of Medicine and Philosophy* vol. 25 núm. 3, 2000, pp. 285-307.
- RODOTÀ, S.**, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014.
- SARTEA, C.**, «Aventuras y desventuras del derecho a la privacidad», en SANTOS, J.A.; ALBERT, M.; HERMIDA, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, pp. 187-202.
- SCHULZ, W.F.; RAMAN, S.**, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2020.
- SUSI, M.**, «Novelty in Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis», en ARNAULD, A. von; DECKEN, K. von der; SUSI, M., *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge University Press, 2020, pp. 21-33.

TOMÁS DE AQUINO *Suma de Teología*, I-II, BAC, Madrid, 2011.

VILLEY, M., *El Derecho y los derechos del hombre*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

WEBBER, G.C.N.; YOWELL, P.; EKINS, R., *Legislated rights: securing human rights through legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.