

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD



DOCTRINA CATÓLICA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ÁMBITO
DE LA EDUCACIÓN

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ECONOMÍA

EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

**Comisión Deontológica de Juristas
Padres del Colegio Retamar**

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

**COMISIÓN DEONTOLÓGICA DE JURISTAS
PADRES DEL COLEGIO RETAMAR**

© Los trabajos pertenecen a sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización escrita de los propietarios.

Las opiniones vertidas en esta publicación son de responsabilidad exclusiva de sus autores, y no representan la opinión del Colegio ni de ninguna otra institución.

Edita: Departamento de Publicaciones del Colegio Retamar.
c/ Pajares 22. 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid).
Correo electrónico: publicaciones@retamail.com.
www.retamar.com.

Imprime: Gráficas De Diego. Camino de Hormigueras 180, nave 15. 28031 MADRID

SUMARIO

PRESENTACIÓN	5
I. DOCTRINA CATÓLICA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	
POR JUAN IGNACIO TELLO BELLOSILLO, CONSEJERO TÉCNICO DEL MINISTERIO DE FOMENTO	7
II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA	
POR IGNACIO MALDONADO RAMOS, NOTARIO	11
III. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN	
POR RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO	19
IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ECONOMÍA	
POR DAVID MELLADO RAMÍREZ, ABOGADO DEL ESTADO	35
V. EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA	
POR JUAN CESÁREO ORTIZ ÚRCULO, FISCAL DE SALA, Y EDUARDO DE URBANO CASTRILLO	43

PRESENTACIÓN

Tras la publicación el pasado año de los Derechos Fundamentales, presentamos ahora el resultado del trabajo del curso 2006-2007 que no es otro que esta breve obra titulada *El principio de Subsidiariedad*.

De este modo queremos llamar la atención sobre un hecho fundamental y que parece pasa inadvertido. Nos referimos al hecho de que la sociedad se estructura de abajo a arriba (persona, familia, asociaciones e instituciones) y que el Estado se justifica por su función de servicio, ayuda y estímulo a la ciudadanía, apoyando sus iniciativas y creando un marco de seguridad en el que poder desarrollar todos los derechos y libertades humanas.

El principio de subsidiariedad, "*ordo naturae*" universal, ampliamente tratado por el Magisterio de la Iglesia, y que aparece igualmente en la construcción de la Unión Europea, implica la defensa de la iniciativa y esfuerzo de individuos y grupos, reservando al Estado la misión de completar y suplir las carencias de los actores primeros de la sociedad.

Su importancia es tal que se manifiesta en todas las áreas: la cultura, la economía, la política y se halla conectado a la idea de participación política, porque nos recuerda que el fundamento de la democracia es la constitución de una sociedad civil fuerte, elemento básico para ejercer la crítica responsable e influir socialmente, tarea que va mucho más allá del votar o no votar cada cuatrienio.

Por tales razones, presentamos esta segunda publicación de la Comisión de Padres Juristas de Retamar, animados del propósito de ilustrar y movilizar las conciencias a fin de convertir en palanca social reivindicativa, la obligación del Estado y sus instituciones de atender la demanda de mayor pluralismo, respeto a las convicciones y reconocimiento de los derechos ciudadanos.

Noviembre de 2007

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO
Coordinador

I. DOCTRINA CATÓLICA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El Diccionario de la Real Academia española define el término “subsidiario”, en una de sus acepciones, como *"lo dicho de una acción o de una responsabilidad que sufre a otra principal"*.

De aquí deriva inmediatamente que la subsidiariedad es un concepto relativo, pero no en el sentido que opone este término al de absoluto, sino en el de que implica una relación. Tiene, pues, un contenido relacional, si se nos permite utilizar esta expresión. Así pues, un sujeto o una cosa no son subsidiarios por sí mismos, sino en relación con otro sujeto u otra cosa.

Ahora bien, desde un enfoque católico —que es el que se pretende llevar a cabo en este análisis—, el concepto de subsidiariedad tiene un contenido más rico que el puramente usual, debido a que, etimológicamente, el término subsidiario viene del latín “subsidium”, que significa ayuda.

Como matiza con precisión José María Solozábal al analizar la doctrina económica católica “Si nos atenemos exclusivamente a la primera significa-

JUAN IGNACIO TELLO BELLOSILLO

CONSEJERO TÉCNICO DEL MINISTERIO DE FOMENTO
ción, daremos al principio de subsidiariedad sólo un sentido negativo, a saber, el Estado únicamente hará aquello que no puedan hacer las sociedades inferiores y los individuos.

Pero si nos fijamos en el segundo significado, el principio tomará además un valor positivo, en el sentido de que el Estado deberá positivamente actuar a favor de la acción individual o de las sociedades infraestatales, es decir, deberá servir de “subsidium” a esa acción”.¹

Tras este breve enfoque introductorio, parece pertinente acotar el alcance de la subsidiariedad considerada desde el punto de vista católico, acudiendo al Catecismo de la Iglesia Católica, en su epígrafe 1883: “Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y

¹ José María Solozábal Curso de Doctrina Social Católica BAC 1967.

ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común"

Y añade, en el epígrafe siguiente, cuatro notas definitorias de este principio:

- Se opone a toda forma de colectivismo
- Traza los límites de la intervención del Estado.
- Intenta armonizar las relaciones entre individuos y sociedad.
- Tiende a instaurar un verdadero orden internacional.

Resulta ahora necesario, dando un paso más, situar el principio de subsidiariedad en su contexto, que es el de la doctrina social de la Iglesia. Esta no es, como a veces se tiende a considerar, una tercera vía entre capitalismo y socialismo, ni propone un sistema alternativo a éstos, sino que trata de buscar soluciones acordes con la dignidad humana —a la luz de la doctrina católica—, a los problemas políticos, sociales y económicos.

Pues bien, la subsidiariedad se erige en uno de los cuatro pilares básicos de la doctrina social de la Iglesia, siendo los otros tres la dignidad de la persona humana, el bien común y la solidaridad.

La Iglesia considera que el hombre, investido de la inconmensurable dignidad de hijo de Dios, no puede ser nunca una mera pieza en el engranaje estatal: se opone, pues, al colectivismo y al totalitarismo que, al preconizar un Estado gigantesco y omnipresente, privarían de su eficacia o incluso anularían la acción individual, la de las sociedades intermedias y la de los diversos grupos sociales.

Al propio tiempo, se opone también a la concepción que puede ser considerada como extrema a las anteriores, esto es, el individualismo, al considerar a la persona como un ser esencialmente social que necesita a los demás seres humanos, al amparo de una organización estatal razonable y equilibrada.

Retrotrayéndonos a la definición que encabezaba el presente análisis, es indiscutible, desde la perspectiva católica, que en una hipotética relación de organizaciones y grupos sociales que hayan de actuar subsidiariamente de mayor a menor, existe uno —célula básica y núcleo fundamental de la sociedad—, al que

nunca puede atribuirse la consideración de subsidiario y a cuyo auxilio y fortalecimiento deben cooperar todos los demás: la familia.

Históricamente, el principio de subsidiariedad, si bien remonta sus orígenes teóricos al Tomismo, encontró su formulación inicial en la encíclica “Cuadragésimo Anno” del Papa Pío XI, cuyo antecedente inmediato es la “*Rerum Novarum*” de León XIII.

El contexto de esta última encíclica es el de la revolución industrial, basada en los grandes avances técnicos de finales del siglo XIX, con la irrupción de las máquinas y el proceso de producción en cadena.

Ello produjo enormes convulsiones en las relaciones socioeconómicas al descender drásticamente la necesidad de la mano de obra, lo que llevó al surgimiento de un proletariado explotado y desprotegido, así como paralelamente, al de un sistema capitalista liberal con una burguesía floreciente y un Estado que se situaba deliberadamente al margen de los problemas sociales y económicos (“*laissez faire, laissez passer*”).

La Iglesia tomó cartas en el asunto al publicar en 1891 el Papa León XIII su valiente y lúcida encíclica “*Rerum Novarum*”, que comienza con un diagnóstico estremecedor: “Disueltos en el pasado siglo los antiguos gremios de artesanos, sin ningún apoyo que viniera a llenar su vacío, desentendiéndose las instituciones públicas y las leyes de la religión de nuestros antepasados, el tiempo fue insensiblemente entregando a los obreros, aislados e indefensos, a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfrenada codicia de los competidores.”

Fue éste el antecedente inmediato del documento papal en el que, como antes comentábamos, se articula formalmente por vez primera el principio de subsidiariedad, esto es, la encíclica “*Quadragésimo Anno*”, publicada por el Papa Pío XI en 1931.

En ella se ratifican las tesis iniciales formuladas por León XIII, desarrollándose la doctrina social católica con base en los principios que anteriormente expusimos y afirmándose con contundencia los derechos humanos básicos.

Se apela con fuerza al magisterio de la Iglesia, especialmente en lo que atañe a la “reforma cristiana



de la moral ” (nº 15), procurando “no sólo iluminar la inteligencia, sino también regir la vida y las costumbres de cada uno conforme a sus preceptos” (nº 17).

Se critican resueltamente los excesos tanto del colectivismo como del capitalismo; respecto del primero —más concretamente, del comunismo—, se pone de manifiesto que pretende “la lucha de clases encarnizada y la desaparición completa de la propiedad privada” (nº 112).

En cuanto al segundo, se considera negativa su faceta excesivamente individualista y egoísta, con la consiguiente desprotección de los derechos de los trabajadores.

Partiendo de tales premisas, reitera Pío XI, con otras palabras, la acuciante petición de León XIII: “a los gobernantes toca defender a la comunidad y a todas sus partes; pero al proteger los derechos de los particulares, deben tener principal cuenta de los débiles y los desamparados” (nº 25).

Como medio eficaz para el logro de tales objetivos, apela el citado Pontífice a la aplicación del principio de subsidiariedad, en los siguientes términos: “conviene que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados de menor importancia, de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sólo corresponde y que sólo ella puede realizar, a saber: dirigir, vigilar, urgir, castigar, según los casos y la necesidad lo exijan”.

Otro hito fundamental en la doctrina pontificia sobre este principio lo constituye la encíclica “*Pacem in terris*”, de Juan XXIII que da el salto cualitativo de extender la aplicación de este principio a la comunidad internacional, ya que el mundo, por la creciente mejora de las comunicaciones y el transporte, debido al crecimiento económico y a los avances tecnológicos, se ha convertido en una “aldea global”, en la que las organizaciones y cuerpos intermedios, que antes se consideraban a nivel puramente intraestatal o regional, han de ser ahora ponderados también desde una perspectiva mundial.

Ya muy recientemente, el papa Juan Pablo II, llamado con toda justicia “El Magno”, se ha referido también a la subsidiariedad en la encíclica “*Centesimus Annus*”.

Afirma como premisa básica que en el campo económico “la primera responsabilidad no es del Estado, sino de cada persona y de los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad” ya que “el Estado no podrá asegurar directamente el derecho a un puesto de trabajo de todos los ciudadanos sin estructurar rígidamente toda la vida económica y sofocar la libre iniciativa de los individuos” (nº 48).

Por ello debe ser respetado el principio de subsidiariedad, pues “al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos” (nº 48).

Para concluir resulta del máximo interés poner de manifiesto como S. S. Benedicto XVI, en su encíclica “*Deus caritas est*” —única, por el momento— ha hecho una referencia breve, pero contundente y expresiva, al principio de subsidiariedad, lo que da idea clara de la relevancia del mismo en la visión de la sociedad humana por parte de los sucesivos Pontífices.

En el epígrafe 28 de la encíclica de referencia, se afirma que para definir de modo preciso la relación entre el necesario compromiso por la justicia y el servicio a la caridad, deben tenerse en cuenta dos premisas:

a) El orden justo de la sociedad y el Estado es una tarea fundamental de la política, cuyo objeto es la búsqueda de la justicia.

Ahora bien, la Iglesia tiene un protagonismo fundamental en este ámbito, a través principalmente, de la doctrina social: “La Iglesia no puede ni debe emprender por cuenta propia la empresa política de realizar la sociedad más justa posible. No puede ni debe sustituir al Estado, pero tampoco puede ni debe quedarse

al margen de la lucha por la justicia. Debe insertarse en ella a través de la argumentación racional y debe despertar las fuerzas espirituales, sin las cuales la justicia, que siempre exige renunciaciones, no puede afirmarse ni prosperar. La sociedad justa no puede ser obra de la Iglesia, sino de la política”.

- b) El amor —“*caritas*”— siempre será necesario, incluso en la sociedad más justa, ya que siempre habrá sufrimiento, siempre habrá soledad, siempre habrá necesidad de consuelo y de generosidad. Y aquí ya no puede ni debe intervenir el Estado. “Lo que hace falta no es un estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales y que unen la espontaneidad con la

cercanía a los hombres necesitados de auxilio. La Iglesia es una de estas fuerzas vivas; en ella late el dinamismo del amor suscitado por el Espíritu de Cristo”.

En conclusión, el principio de subsidiariedad tiene su origen y su formulación en la doctrina católica, aunque luego haya sido adoptado explícitamente como criterio suprajurídico informador de sistemas, organizaciones e instituciones civiles como, por ejemplo, la Unión Europea, en la reforma verificada por el Tratado de Maastricht.

Constituye indiscutiblemente, uno de los pilares básicos de la doctrina social de la Iglesia y, por ello, ha sido objeto de atención preferente en la doctrina pontificia, desde León XIII a S. S. Benedicto XVI. ■

II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

IGNACIO MALDONADO RAMOS
NOTARIO

Es sabido que en un principio los “padres fundadores” de la Unión Política para Europa decidieron expresamente obviar toda referencia expresa a las raíces cristianas de nuestra civilización en los textos donde se recogía el proyecto de una constitución para Europa. Por ello, no deja de ser curioso que al mismo tiempo hayan elevado a principio fundamental de dicho proceso una institución creada y desarrollada bajo los auspicios de la doctrina social de la Iglesia, cual es, precisamente, el principio de subsidiariedad.

En efecto, la importancia que radica el vivir, crear y desarrollarse en un ambiente de libertad responsable es un postulado asumido y reconocido expresamente por el magisterio de la Iglesia. Uno de sus corolarios es, precisamente, el respeto al principio de subsidiariedad, entendido en el sentido de que los poderes públicos han de abstenerse de actuar en aquellos casos en que las iniciativas individuales y ciudadanas se bastan por sí mismas. Así lo proclamó Pío XI en la encíclica “Quadragésimo

Anno” y dicho principio ha sido desarrollado por los pontífices posteriores, hasta culminar en la reciente “Deus caritas est” de Benedicto XVI, donde el Papa ha recordado al respecto la obligación por parte del estado de reconocer y apoyar las iniciativas de las diversas fuerzas sociales, caracterizadas además por su espontaneidad y su cercanía a los problemas necesitados de solución.

Pues bien, el amplio desarrollo experimentado en los últimos tiempos por la cooperación internacional, el acercamiento entre naciones y pueblos a través de organismos supranacionales y la difuminación cada vez más acentuada de las fronteras estatales merced a los convenios y tratados, han puesto sobre el tapete la necesidad de extender la defensa del principio de subsidiariedad al ámbito de las entidades creadas por dichos acuerdos. Si la inercia de la maquinaria del estado moderno puede poner en la práctica en peligro la virtualidad de las acciones individuales, razonablemente puede

S
u
b
s
i
d
i
a
r
i
e
d
a
d

temerse un efecto similar en las relaciones confiadas a las nuevas y poderosas burocracias supraestatales.

Así, la doctrina internacionalista y comunitaria ha recogido el principio en cuestión para incluirlo dentro de los objetivos del proceso de construcción de la Europa unida, en un proceso que aún no está culminado del todo y que no ha estado exento de conflictos, según seguidamente veremos.

En efecto, al desconocerse el origen del principio en la doctrina social de la Iglesia, y desvincularlo de toda justificación de carácter trascendente, surgen serios problemas a la hora de encontrar el fundamento claro para la aplicación del mismo.

Expresado en términos abstractos, el funcionamiento de la subsidiariedad consiste en transferir una competencia o esfera de actuación a una entidad superior sólo cuando ésta la pueda cumplir mejor o la misma no se pueda acometer satisfactoriamente en la esfera inferior. Este mecanismo se suele justificar tanto en motivos de eficiencia (suponiendo que los órganos de categoría o nivel jerárquico inferior están dotados de mayor flexibilidad y capacidad de adaptación que los superiores), cómo en exigencias de legitimidad democrática (ya que se consigue introducir nuevos actores en la escena política además de los estados y de las entidades supranacionales).

Sin embargo, cuando se examinan estos criterios con cierto rigor surgen enseguida numerosas dudas y puntos oscuros. En efecto, no parece que la idea de la eficiencia sea algo consustancial a órganos de entidad menor por el solo hecho de serlo. El caso paradigmático serían los Ayuntamientos, de los cuales tenemos desgraciadamente bastantes ejemplos de ineficiencia, tanto más acusada cuando más pequeño sea su tamaño. Otro problema que se suele plantear es el de cual de las dos administraciones en conflicto debe tomar la iniciativa: ¿ha de actuar la mayor siempre que lo considere necesario o debe esperar a que la menor se abstenga expresamente? En efecto, considerando que la ineficiencia de la entidad de menor nivel supone necesariamente un grado mayor de bondad en la actuación de la superior, se tiende a veces a centrar allí el criterio,

conciendo la subsidiariedad en sentido positivo, como una reserva de competencia a favor de la administración de mayor categoría siempre que con su actuación se obtenga un resultado mejor. Así, se ha indicado que el principio implica que la Unión Europea actuará únicamente cuando esté capacitada para que su actuación resulte más eficaz de lo que sería una actuación efectuada por los estados miembros por separado, en un plano nacional, regional o local, o más concretamente que debe ejercer sus competencias sólo en aquellos ámbitos en que puede aportar realmente un valor añadido respecto de las competencias de los estados miembros, y siempre ponderando la dimensión y los efectos de cada acción pretendida.

Lógicamente, al llegar a esta conclusión se abre otro problema, el de determinar qué debe entenderse en cada caso concreto por una actuación o un resultado “mejor”, “más eficaz” o “con valor añadido”, teniendo en cuenta lo complicada que a veces resulta la maquinaria burocrática comunitaria y los problemas de aplicación que la misma puede llegar a crear (en este sentido, algún estudio económico, cómo el del CESIFO, ha llegado a decir que “rara vez una actuación de la Unión Europea puede justificarse en términos económicos”).

En definitiva, estos problemas tienden a que se module la formulación del criterio de la eficiencia o del mejor resultado con la idea de necesidad: el ente de trascendencia superior actuará sólo cuando así sea necesario o no se pueda evitar. El caso paradigmático, reconocido así numerosas veces por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, serían las disposiciones tendentes a la armonización de legislaciones entre estados miembros, que, como es lógico, sólo puede ser efectuado por un órgano de empaque superior a ellos.

En cualquier caso, a la indeterminación de estos conceptos se añaden los problemas para determinar en los casos concretos en cuál de las entidades en conflicto ha de recaer la iniciativa para determinar si interviene o no, y quién debe resolver los problemas que puedan surgir en la práctica (autoridad judicial, políticos, defensores de los ciudadanos). En el ámbito

de la Unión Europea se ha acudido tanto a la fijación de normas concretas, cómo a las declaraciones institucionales por parte de los impulsores del proceso de construcción europea, y asimismo a la elaboración de una cierta jurisprudencia comunitaria al respecto, pero el tema aún sigue abierto.

Por lo que se refiere a la legitimación del principio de subsidiariedad por su vinculación con el desarrollo democrático de la sociedad, tampoco parece que haya tenido mucho más éxito. De hecho, estados fuertemente centralizados cómo Francia gozan del mismo reconocimiento que otros más federales o regionales, cómo Alemania o la propia España, entre la comunidad de estados demócratas. A la inversa, una excesiva descentralización de las tomas de decisión puede hacer caer a las comunidades pequeñas en tiranías locales (recuérdese el famoso caciquismo, endémico en la España de la restauración).

Por ello, se suele concluir en que la relevancia actual del principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea se justifica en razones prácticas, políticas y de oportunidad. En un primer momento, se trataba de justificar la extraordinaria actividad legislativa de las antiguas comunidades europeas (CEE, CECA, Euratom) en una insuficiencia por parte de los estados miembros para afrontar ciertas actividades especialmente complejas. Después, se utilizó para evitar miedos y desconfianzas surgidos en algunos de dichos países al objetivo de la unión política, temerosos de perder esferas de poder en beneficio de la proyectada unión (y que de hecho han acabado por abortarla, al menos de momento). En los últimos tiempos, se ha empleado para apadrinar la entrada en escena de nuevos actores en el acervo de los órganos comunitarios, precisamente representantes de ciertas entidades infraestatales en el conjunto de la unión (cómo es el caso del Comité para las Regiones, cuyo protagonismo quizá también haya contribuido al fracaso del Proyecto de Constitución para Europa).

Otro de los problemas que suscita la aplicación del principio de subsidiariedad en este ámbito es el de deslindar las posibles esferas de ejercicio donde debe plantearse. Habría, así, dos niveles de actuación, que

serían, de un lado, el de la administración frente a los ciudadanos, y, de otro, el de las distintas administraciones entre sí.

En efecto, en un primer momento pudiera pensarse que la subsidiariedad tiende a sentar criterios para resolver posibles conflictos de competencia entre órganos jerárquicamente estructurados, y así no sería así más que un corolario del principio de descentralización política o administrativa. Esa sería la subsidiariedad *vertical*, a la que se opondría, como aplicación más genuina, la *horizontal*, que lo que pretende es llamar a la escena de la toma de decisiones políticas a los mismos ciudadanos y a las entidades por ellos creadas, de tal modo que los agentes implicados serían, de un lado, los componentes de la misma estructura del poder público, y, de otro, los particulares y sus organizaciones. Supondría entonces, efectivamente, una descentralización, pero ya incluiría no sólo a los entes de la administración, sino también a las personas de los administrados, sus familias e incluso a las empresas, y en general todo tipo de colectividades regionales y locales. Este último ámbito sería donde la aplicación del principio de subsidiariedad tendría su marco más adecuado.

Podemos concluir esta descripción señalando los grandes rasgos del principio, tal y como se concibe en la actualidad dentro del ámbito de la Unión Europea. En primer lugar, opera sólo en las llamadas competencias concurrentes, es decir, aquellas en que puede solaparse la actividad de los entes comunitarios con los de los estados miembros. Se excluyen, pues, los casos de competencias exclusivas de uno y otro nivel. Dentro de su ámbito de desarrollo, el principio permite cumplir los objetivos fijados en su día por el Parlamento Europeo de servir cómo un medio dinámico de distribución de competencias entre los estados miembros, de un lado, y la Unión Europea, de otro, basándose en los criterios de la previsibilidad de la actuación comunitaria y la atribución explícita de competencias. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado, asimismo, que dichas relaciones deben estar presididas por el principio de la lealtad

entre ambos tipos de entes políticos.

En segundo lugar, el objetivo es múltiple, pues se trata tanto de sentar un criterio para facilitar la delimitación de competencias como de conseguir el eterno *desideratum* de legislar de la forma más cercana posible al ciudadano (conjurando así el estigma del “déficit democrático” con el que suele descalificar a la burocracia comunitaria). A raíz de la introducción del principio en el Tratado de Maastricht, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró no sólo que imponía la obligación de escuchar y atender a los particulares y sus asociaciones directamente implicados cómo actores en determinadas actuaciones comunitarias, sino que también sentó el criterio de que el principio no puede tener por efecto el que la autonomía de que dispongan ciertas asociaciones privadas para adoptar reglamentaciones propias limite el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por la propia legislación comunitaria.

Abundando en este sentido, el informe emitido al respecto por Jacques Delors (al que luego volveremos a aludir) señaló que con el principio de subsidiariedad se pretende no sólo proteger las competencias de las unidades más pequeñas de un posible aprovechamiento incontrolado “desde arriba”, sino también imponer a las autoridades, no ya un límite, sino una verdadera obligación, basada en esencia en la idea del respeto a la dignidad del individuo.

Curados ya de sorpresas, podemos constar como el principal impulsor individual de la unión política “laica” coincidía en sus apreciaciones con la Comisión de los Episcopados de la Comunidad Europea, la cual declaró, a propósito del proyecto de Constitución para Europa, que la subsidiariedad (en su doble dimensión vertical y horizontal) permite una comprensión mucho más sofisticada de la distribución y del ejercicio del poder y se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de sus relaciones, comenzando por la familia, cómo elemento básico de la sociedad.

Junto a los dos objetivos principales de delimitación de competencias y acercamiento a los

ciudadanos, se han señalado otros efectos colaterales, como sería el de arbitrar un mecanismo para evitar la duplicidad de actuaciones (por ejemplo, en casos de protección medioambiental o ayuda al desarrollo), y más recientemente el de favorecer el protagonismo regional en una Europa demasiado volcada en la idea del estado central.

Así perfilado este principio, en los últimos años se ha acrecentado enormemente su protagonismo en el marco de los intentos de construcción de una realidad supranacional europea realmente política, a la que hemos asistido en primera fila, no sólo como testigos privilegiados, sino incluso como actores, llamados a participar expresamente en el referéndum sobre el proyecto de Constitución Europea, tema aún no definitivamente cerrado.

En los tratados que crearon las primeras Comunidades Europeas (CEE, CECA, EURATOM) no aparecían referencias explícitas al principio de subsidiariedad. No obstante, se han señalado supuestos en los que se puede rastrear una aplicación práctica de sus postulados, como cuando se declaró que se pretendía que el aparato administrativo creado para la antigua Comunidad Económica Europea fuera lo más reducido posible y estuviera en estrecho contacto con los interesados; o cuando se impuso que las intervenciones de la autoridad comunitaria fueran las más limitadas posibles. Se ha querido detectar cierta influencia del pensamiento católico en estas aplicaciones, dada la filiación política democristiana de los principales sostenedores de la creación de las comunidades europeas originarias (De Gasperi, Adenauer, Schumann). En cualquier caso, las únicas posibles aplicaciones del principio en estos primeros momentos tienen un alcance meramente procesal, esto es, *a posteriori* de la actuación administrativa-comunitaria, y a efectos de su fiscalización.

Durante el desarrollo de la Comunidad se va ampliando tímidamente el marco de intervención del principio de subsidiariedad, en sectores tales como el de la educación o la delimitación de competencias de los órganos jurisdiccionales.

Cuando se afronta definitivamente la construc-

ción de la unión política se otorga una especial relevancia a este principio, probablemente para disipar las reticencias y dudas de ciertos países miembros, temerosos de que el proceso constituyente europeo provocara un traspaso de competencias hacia la nueva entidad supranacional, en detrimento de los estados adheridos a ella. Ya hemos señalado que, curiosamente, esta vez fue un político de filiación socialdemócrata (Jacques Delors) el principal adalid de la introducción del principio de subsidiariedad en el marco constitucional europeo, que se fue aplicando en fases sucesivas.

La primera plasmación positiva del principio en un texto legal aparece con el tratado de 1.986 que introduce el Acta Única Europea. Su artículo 130 R atribuye a la entonces Comunidad Económica Europea competencia en la medida en que los objetivos contemplados en el tratado puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los estados miembros considerados aisladamente. Esta introducción, sin embargo, pecaba tanto por exceso como por defecto.

Así, se enunciaba el principio de solidaridad en un sentido positivo dentro de la delimitación de las competencias de la Comunidad, lo cual provocaba de hecho ese criterio extensivo para la aplicación de las mismas de cuyo peligro ya hemos advertido antes. Así pues, la Comunidad actuaría cuando fuere mejor que si lo hicieran aisladamente los países pertenecientes a ella, sin más frenos ni restricciones. Pero, por otro lado, el ámbito de aplicación del principio quedaba limitado sólo a ciertas cuestiones relacionadas con temas relacionados con problemas medioambientales o ecológicos (concretamente, las de conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, protección de la salud de las personas y la garantía para una utilización racional de los recursos naturales).

Por supuesto, esta norma no podía satisfacer ni a los partidarios de la unión política ni a los euroescépticos. Es entonces cuando Delors se involucra a fondo para reformular el principio y utilizarlo como un medio para conseguir el apoyo de ambos

bandos, en su famoso Informe de 1.989 destinado a desbloquear el proceso de unión. Allí se justificaba la subsidiariedad, como hemos dicho antes, en el respeto a la dignidad del individuo, se identificaban los dos niveles o dimensiones de actuación del mismo (vertical y horizontal), y se la concebía al mismo tiempo como un límite y como una obligación a cargo de las autoridades implicadas.

Fruto de este nuevo impulso fue la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada en 1.989, donde se aludía tímidamente al principio de subsidiariedad para reconocer la dualidad de competencias al respecto entre los órganos de la comunidad y los estados miembros.

Cuando se aprobó el convenio para la Unión en 1.992 por el Tratado de Maastricht, se introducen ya varias referencias concretas al principio, que resulta objeto de una nueva formulación. Así, el preámbulo señala como uno de los objetivos de la unión política el que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad. La disposición general B) añade que dicho principio se habrá de respetar en el proceso de consecución del objetivo de la unión política. Por fin, el artículo 3b) del texto del Tratado señala que en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Es decir, por un lado se establece el principio con alcance general, y ya no limitado a ciertos sectores, presentándolo como un firme aliado de la voluntad de legislar de la manera más cercana posible a los ciudadanos de la unión. Por otra parte, en su formulación concreta se combinan los criterios positivo y negativo con un cierto tono imperativo, entendiendo que la mejoría o efectividad de la acción comunitaria es un corolario necesario de la imposibilidad de actuar para los estados miembros.

Posteriormente se modificaron los textos fundamentales comunitarios con ocasión de la reforma operada en 1.997 con el Tratado de Ámsterdam, donde se introduce un protocolo destinado a aclarar los criterios de aplicación del principio de subsidiariedad, concebido con un carácter no estático que, por una parte, permite limitar la acción de la Comunidad, o incluso ponerle fin cuando ya no se justifique, y, por otra, permite extenderla, siempre dentro de los límites de sus competencias.

En dicho texto se parte de la base de que todas las instituciones de la unión deben respetar el principio, pero al hacerlo deben honrar también las disposiciones generales y los objetivos del tratado, en especial en lo referente al mantenimiento del acervo comunitario y al equilibrio institucional. Se añade que no podrá afectar tampoco a la jurisprudencia comunitaria existente en materia de relaciones entre el derecho comunitario y el nacional y que deberá tener en cuenta la declaración institucional contenida en el mismo tratado, según la cual la Unión se dotará de los medios necesarios para lograr sus objetivos. También recuerda que no se aplica en materias que sean de competencia exclusiva de los órganos de la Unión, tanto si se ha declarado así en algún texto positivo como si lo han reconocido los tribunales comunitarios. En cuanto al alcance, se considera que el principio tiende a ofrecer una orientación acerca de cómo han de aplicarse los criterios de competencia a nivel comunitario y considera que es un concepto dinámico, que se interpretará en la práctica a tenor de los objetivos del tratado, pudiendo provocar una ampliación o una restricción de la actividad comunitaria según los casos.

En cuanto a la aplicación concreta del principio, se introduce la necesidad de que toda actuación comunitaria que incida en esta materia se justifique con criterios preferentemente cualitativos, se exige que concurran en el caso tanto la insuficiencia de la actividad estatal como la mayor eficacia de la comunitaria, y se impone que se pondere el ámbito supranacional del supuesto, en que medida la inacción por parte de las instituciones de la

Unión perjudicaría los objetivos de la misma o los intereses de los estados miembros, y el beneficio que proporcionaría la acción comunitaria. Ésta debe ser lo más sencilla posible y congruente con el objetivo pretendido, hasta el punto de que se declara que la Unión debe legislar lo menos posible y hacerlo preferentemente a través de Directivas que dejen en manos del estado en cuestión lo referente a los medios y forma de aplicación, procurando el equilibrio entre el derecho comunitario y el nacional, y ofreciendo en la medida de lo posible soluciones alternativas a los países miembros.

Se establecen, asimismo, ciertos mecanismos de control, de entre los cuales destaca un informe periódico de la Comisión en cuanto al objetivo de acercamiento al ciudadano, denominado (como no podía ser menos tratándose de la jerga habitual de la Unión Europea) “Legislar Mejor”.

Es dudoso si con la formulación aportada en los tratados de Maastricht y de Ámsterdam que acabamos de ver se logró esa pretendida síntesis entre los partidarios de la unión y los euroescépticos, aunque la ratificación de dichos convenios por todos los miembros de la Unión Europea parece indicar un balance positivo. Un caso paradigmático de aplicación del principio de subsidiariedad podría ser la ejecución de las medidas previstas en el famoso protocolo de Kyoto, organizadas *per se* por la Unión mediante una Decisión comunitaria de 11 de febrero de 2.004. La misma fue dictada basándose en que el cumplimiento de los compromisos contraídos por la ratificación del protocolo en cuestión, en particular los requisitos de seguimiento y presentación de informes allí establecidos, por su propia naturaleza no podrían ser realizados plenamente por los Estados miembros y podrían lograrse mejor en el ámbito comunitario.

Pero el proceso de construcción europeo no se quiso cerrar ahí, y, como ya hemos señalado más arriba, se continuó intentando conseguir una unificación política plena mediante el proyecto de Constitución para Europa. En lo referente al principio de subsidiariedad, por un lado se pretendía concretar mejor su formulación y alcance, proponiéndose la

elaboración de un elenco de competencias para los órganos de la Unión que evitase dudas y ambigüedades a la hora de afrontar una determinada acción. Por otra parte, para entonces había surgido un nuevo actor en el proceso, concretamente el Comité de las Regiones, creado por el tratado de Maastricht para velar por los intereses de las comunidades infraestatales en el proceso de construcción europea. Dicho comité asumió el principio de subsidiariedad como un aliado primordial para evitar posibles abusos de autoridad por parte de las autoridades comunitarias o estatales e influyó notablemente en la elaboración del protocolo para su aplicación contenido en el proyecto de Constitución para Europa. Entendió así que la subsidiariedad debería servir de orientación para la forma de ejercicio de las potestades comunitarias, respetando el acervo comunitario preexistente y el equilibrio institucional, con una especial relevancia a la hora de tomar suficientemente en consideración los intereses de las regiones y los municipios.

Fruto de arduas negociaciones entre todos los actores implicados, el artículo I, 11 del Título III del proyecto de Constitución para Europa elevaba el de subsidiariedad a la categoría de principio fundamental de la proyectada unión política, siendo su marco de actuación el del ejercicio de las respectivas competencias. Así, en los ámbitos que no se le atribuyan con carácter exclusivo, la Unión intervendría sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no pudieran ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que podrían alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

En las disposiciones de desarrollo, concretadas en un nuevo protocolo, se sentaban las bases para hacer efectivo este principio, a través de ciertos mecanismos de control, especialmente el denominado “de alerta temprana” para difundir entre los posibles agentes interesados (incluyendo expresamente al Comité para las Regiones) cada toma de decisión comunitaria que pudiera recaer dentro del ámbito

de aplicación de la subsidiariedad. Esta exigencia se combinaba con un posible recurso *a posteriori* ante el Tribunal de Justicia, que pasaría a tener así un calado similar al de un verdadero Tribunal Constitucional.

Fuera por la atribución explícita de competencias hacia la estructura de la proyectada unión política, fuera por el excesivo protagonismo alcanzado por el poder regional dentro de ella, el caso es que, como es sabido, este proyecto de Constitución para Europa se abandonó definitivamente tras el resultado adverso cosechado por los referendos en Francia y los Países Bajos y la negativa explícita del gobierno de la Gran Bretaña.

No obstante, han continuado los trabajos en pro de un acercamiento político entre los estados de la Unión constituyente, y diversos órganos e instituciones comunitarios han postulado el mantenimiento de la regulación expresa del principio de subsidiariedad. Las bases para un nuevo tratado de Reforma (que ha sustituido al de Constitución para Europa), tal y como quedaron tras las maratónicas reuniones del Comité Intergubernamental del pasado mes de junio lo recogían así, en efecto, trasladando un cierto mayor protagonismo en el control a los Parlamentos (tanto el comunitario como los nacionales de los estados miembros) y al propio Consejo de la Unión, en perjuicio tanto de las entidades regionales y locales como de los individuos y de las asociaciones por ellos creadas.

La importancia que los impulsores del tratado de reforma atribuyeron al principio se puede apreciar en los términos contenidos en la comunicación dirigida por la Comisión al Consejo el 10 de julio de 2.007, acerca del indicado proyecto de reforma del Tratado de la Unión Europea, donde se recuerda expresamente que únicamente un esfuerzo colectivo, que respete plenamente el principio de subsidiariedad puede aportar la respuesta adecuada para retomar el proyecto de construcción de una Europa unida.

En el texto aprobado por los gobiernos de la Unión el pasado 18 de octubre de 2007 en Lisboa, y a reserva

de la adopción definitiva de los nuevos tratados, prevista para finales de año, se mantiene en lo esencial la regulación que contenía la “non nata” constitución europea. Así, se recoge la formulación general del principio dentro del ejercicio de las competencias de la Unión, la obligación por parte de todos los actores implicados de velar por su aplicación y respeto, los mecanismos de alerta temprana y de control ante toda iniciativa legislativa que pudiera afectar al mismo y la atribución expresa de competencias al Tribunal de Justicia para entender en los recursos que se susciten al respecto. La novedad más significativa ha sido la extensión del control previo a la elaboración de propuestas legislativas dentro del seno de la Comisión, pudiendo llegarse incluso a forzar su retirada.

¿Se conseguirá efectivamente el objetivo de que se tomen en consideración y se respeten las

iniciativas y las actuaciones de las personas individuales y de las instituciones y entidades propias de la sociedad civil tal y como proclama la doctrina de la Iglesia? o, por el contrario, ¿se coaligarán las burocracias comunitaria, estatales y regionales para ahogar las legítimas aspiraciones de los ciudadanos particulares a ejercer el desarrollo de la acción política en un contexto de participación responsable? El tiempo lo dirá, probablemente muy pronto. De momento, el Santo Padre ha recordado en su reciente viaje a Viena que la unidad política europea está en camino, pero todavía tiene que lograrse, en parte, en el espíritu y en el corazón de las personas; y que Europa será un lugar agradable para vivir sólo si se construye sobre una base cultural y moral de valores comunes que provienen de nuestra historia y nuestra tradición. ■

III. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN

RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PLANTEAMIENTO

Probablemente sea el sector educativo uno de los principales campos de aplicación del principio de subsidiariedad, al que se dedica este estudio colectivo de manera monográfica. Su adecuada comprensión y aplicación resulta una tarea urgente, tanto por el peso de la educación pública en sí en países de nuestro entorno (que, junto con la sanidad y las prestaciones sociales, constituyen las principales aplicaciones presupuestarias del Estado social en que vivimos), como por la concepción fuertemente arraigada de que la educación es un servicio público, es decir, una prestación que debe dispensar el Estado a todos los ciudadanos.

En el ámbito de la educación, la aplicación del principio exige partir de la premisa de a quién corresponde la tarea de educar, puesto que esa formación no puede proporcionársela nadie a sí mismo. A partir de ahí debe explorarse en concreto el papel que corresponde a los poderes públicos en el ámbito educativo. Estas preguntas constituyen el centro de este trabajo, tras una referencia

general sobre el significado y alcance de la subsidiariedad. Finalmente, se dedicará un último apartado a la actual polémica suscitada en torno a la asignatura de nueva implantación en nuestro país de “Educación para la ciudadanía”, ya que con independencia de otras cuestiones susceptibles de debate, la cuestión de fondo que subyace en la discusión es precisamente la de las competencias que corresponden al Estado a la hora de programar las enseñanzas.

SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El punto de partida de todo este estudio debe ser el propio concepto de subsidiariedad, en virtud del cual las sociedades e instituciones de orden superior deben apoyar y ayudar (la raíz del término viene del latín *subsidiare*) tanto a los grupos, cuerpos y organizaciones intermedias, como al individuo y su entorno personal y familiar. Esta orientación se proyecta en dos orientaciones más concretas, una de carácter

S
u
b
s
i
d
i
a
r
i
e
d
a
d

positivo y otra de carácter negativo. En sentido positivo, la subsidiariedad exige un apoyo económico, institucional y regulatorio por parte de esas entidades superiores. Y en sentido negativo establece un deber de abstención relativo, que respete la iniciativa libre y responsable de las entidades y grupos menores¹.

El fundamento último del principio reside en la dignidad de la que es portadora toda persona y en el consiguiente respeto a su libertad y autonomía, a partir de la cual se construye todo el orden político y social (como reconoce el art. 10.1 de la Constitución española). De tal manera que las organizaciones sociales y políticas que van emergiendo a distintos niveles y para distintos cometidos no pueden olvidar su sentido de servicio a la persona y la necesidad de respetar y no ahogar la autonomía individual. El bien común —que no es mero sumatorio de los bienes de los individuos- o el interés general no pueden sin embargo absorber o suprimir a la persona individual, que al fin y al cabo es destinataria última de las decisiones que se toman por las organizaciones superiores, y cuyo pleno desarrollo debe ser su objetivo final. Las tareas realizadas por el individuo y las organizaciones más cercanas a él son más respetuosas con la dignidad de la persona y su capacidad de actuación libre y responsable que las que se encomiendan a instituciones más separadas del mismo, sin perjuicio de que en muchas ocasiones sólo esas organizaciones superiores son capaces de proporcionar ciertos bienes y satisfacer determinadas necesidades de las personas individuales. El principio de subsidiariedad constituye así un contrapeso necesario a la inevitable tendencia de los grupos y entidades superiores y, por tanto, más poderosos, a acaparar el mayor número de competencias y funciones, ahogando el espacio vital que corresponde al individuo y su entorno.

¹ Esta concepción del principio de subsidiariedad está tomada del *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, publicado por el Consejo Pontificio *Justicia y Paz* el 29 de junio de 2004, Puntos 185 a 188. Esa doctrina social se cimienta sobre una serie de principios, entre los que destaca el del bien común, el del destino universal de los bienes, el de participación y el de solidaridad.

Este principio encuentra aplicación en todas las esferas públicas y privadas presentes en la sociedad (economía, política, educación, cultura, sanidad...) y a todo tipo de organizaciones y entidades (desde las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros, hasta las relaciones entre entidades corporativas y sus asociados, pasando por las relaciones entre poder público y sociedad civil). De manera que cada nivel de autoridad debe entrar en funcionamiento cuando su intervención en un sector resulte indispensable para la consecución del bien común o general.

EL CARÁCTER PLURIDIMENSIONAL DE LA EDUCACIÓN: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Antes de abordar la cuestión de la titularidad de la función de enseñar, con sus consecuencias correspondientes, es preciso dar noticia del complejo entramado de derechos e intereses que se dan cita en el ámbito de la educación. Para empezar, hay que diferenciar la dimensión colectiva de la educación, en cuanto aspecto básico y esencial para la vertebración y organización social, y la dimensión subjetiva o personal en cuanto la educación incide sobre cada persona concreta y contribuye a su realización de conformidad con su dignidad inviolable.

Desde la primera perspectiva, la educación es un ámbito crucial de la vida colectiva en sociedad, que sólo es posible a partir de una formación mínima de las personas y que puede alcanzar altas cotas de desarrollo cuando esa educación tiene un nivel adecuado y permite el desarrollo integral de los seres humanos. Tan importante es la educación, que el Estado debe garantizarla a todas las personas, asegurando una instrucción básica y completa a cada individuo con independencia de su posición social, y facilitando la posibilidad de acceder a estadios superiores de formación y conocimiento. Esta es una de las tareas características o típicas del Estado social asentado a lo largo del siglo XX y que ha llevado en numerosos países a que el Estado regule, financie y preste direc-



tamente el servicio educativo.

Pero además la educación es, ante todo, un derecho fundamental e irrenunciable de cada ser humano, que todas las modernas declaraciones de derechos reconocen con una especial cualificación, por estar especialmente ligado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, el hecho de que la educación no sea un bien que uno pueda proporcionarse a sí mismo, conduce a la necesidad de distinguir dos dimensiones en ese derecho: como libertad que ejerce el individuo y como prestación a la que tiene derecho.

El derecho a la educación tiene una conexión básica y directa con la dignidad humana individual y constituye un *derecho de libertad*, en cuanto afecta a la dimensión del libre desenvolvimiento de la persona, al igual que otras libertades como la de opinión, de asociación o de reunión. En consecuencia, atribuye a los ciudadanos ciertas facultades de actuar, que el poder público debe respetar, incentivar y proteger frente a posibles injerencias.

Por otro lado, este derecho tiene otra dimensión que permite exigir a cada persona frente a los poderes públicos una actividad prestacional concreta que permita alcanzar ese objetivo de manera eficiente. Un derecho prestacional como el de la educación constituye una obligación de resultado, que debe ser garantizado por el poder público. Obviamente el derecho a la educación como libertad de elección y como capacidad de exigir una educación efectiva están plenamente entrelazados. Sin la primera no tiene sentido la segunda, y sin la segunda, el derecho a la educación queda vaciado en la práctica.

Pero es que además la educación no tiene sólo una vertiente pasiva, como derecho a recibir una adecuada formación, ya que de modo paralelo a ese derecho fundamental se corresponde también una libertad también fundamental, como es la libertad de enseñanza, en cuanto derecho a promover centros de enseñanza y a transmitir con libertad las ideas y conocimientos en una sociedad plural. Esa libertad corresponde tanto a los titulares que promueven iniciativas docentes como individualmente a quienes

imparten docencia en un centro educativo. Llama la atención el hecho de que la Constitución española haga un reconocimiento de ambos derechos, a recibir educación y a proporcionarla, con el mismo nivel y en el mismo apartado del art. 27. Con toda sobriedad, el apartado primero de este complejo precepto proclama que “Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”. Aunque en todo caso exista un derecho primordial y preferente a la educación por parte de cada educando, que debe ser satisfecho en todo caso y de manera conciliada con la libertad de enseñanza, el mismo hecho de que exista esa libertad demuestra que no es el Estado, el poder público en cualquiera de sus niveles, quien tiene atribuida la función originaria o primaria de educar, sin perjuicio de sus importantísimas competencias para garantizar que toda persona pueda acceder a una adecuada educación. Sobre este tema se volverá más adelante.

En todo caso, y tal como han acertado a describir algunos autores², la educación constituye un derecho pluridimensional (dimensión social y dimensión individual; como derecho a recibir educación y como libertad de impartirla), que además pone en relación a distintos sujetos concernidos con su ejercicio (el educando, sus padres o tutores mientras aquél sea menor de edad, como ocurre durante la etapa más crucial de la educación, las instituciones educativas de todo tipo, públicas y privadas, los profesores o docentes, el Estado como proveedor y garantizador de ese servicio). Este entramado de personas y relaciones en torno a un derecho fundamental hace que sea necesario ponderar con cuidado las afirmaciones y posiciones que se adopten en la materia, tomando en consideración los múltiples intereses en juego y los potenciales conflictos que pueden plantearse.

LA FUNCIÓN DE EDUCAR Y EL PAPEL DE LOS DIVERSOS ACTORES EN LA EDUCACIÓN

2 Ángel José GÓMEZ MONTORO, “Concepto pluridimensional del derecho a la educación”, en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, Comunidad de Madrid-Oidel Europa, Madrid, 2003, p. 109.

Aunque la proclamación general del derecho a la educación por parte de normas internacionales y constitucionales es hoy una conquista irrenunciable, pocos de esos textos llegan a determinar con precisión a quién corresponde proporcionar esa educación. Sin embargo, a falta de una declaración explícita o atribución de la función educativa, tales normas suelen reconocer junto al derecho a la educación, que tiene en este sentido un carácter absoluto, la libertad de creación de centros, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos, y la obligación del Estado de garantizar la efectividad del derecho en condiciones de igualdad. Con estos elementos se puede dar una respuesta razonable a la cuestión planteada.

a. Los padres como educadores de los hijos y sus derechos de libre elección

Primariamente, el derecho a la educación, en sentido de libertad, corresponde al educando y, en la medida en que carece de la madurez suficiente para ejercerla, a sus padres o personas que ejerzan la patria potestad sobre el mismo. Conforme la persona va alcanzando el pleno dominio de su esfera personal, le corresponderá a ella la capacidad de decisión y la responsabilidad sobre el ejercicio de esa libertad.

Con toda razón se afirma que los padres son los principales responsables de la educación de sus hijos, primero, porque ellos son los educadores primordiales y directos de su progenie a lo largo de las fases decisivas de desarrollo de las personas (infancia, adolescencia, juventud...). Es evidente que la educación comprende mucho más que la estricta enseñanza reglada y obligatoria. Todo individuo nace y se desarrolla en una familia, y es en esa primera comunidad social donde es asistido en sus necesidades y donde desarrolla sus principales capacidades, tanto intelectivas como volitivas. La familia es la primera unidad social en la que se integra el individuo y la que marca decisivamente la formación de la persona.

Sin embargo, los padres no tienen de ordinario la capacidad de instruir de manera completa a sus hijos, para lo cual se precisan conocimientos y medios de los que habitualmente no se disponen, que además son cada vez de más alto nivel en una sociedad com-

pleja y tecnicada como la actual. Ése es el sentido que tienen los centros de enseñanza, como unidades especializadas en inculcar el conocimiento y el saber como complemento de la educación primordial que corresponde a la unidad familiar.

Esta demanda de formación es en principio atendida por la propia sociedad, de la que surgen iniciativas educativas de todo tipo en ejercicio de la libertad de enseñanza. Y los padres o responsables de los educandos, al menos mientras sean menores de edad, eligen con libertad el centro que mejor se acomoda a sus intereses y pueda complementar mejor la educación de sus hijos, de la cual son los primeros responsables. Todos las solemnes declaraciones de derechos reconocen de un modo u otro esta atribución a los padres del derecho de decisión sobre la educación de sus hijos. Desde el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”) hasta el art. 27.3 de la Constitución española de 1978 (“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”)³.

3 La enumeración de preceptos es casi inacabable. Como es sabido, la Declaración de la ONU de 1948 fue complementada mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 13 de abril de 1977, ambos suscritos por España. El art. 18.4 del primero garantiza que los Estados parte del Pacto “se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; y el art. 13.3 del segundo añade el compromiso específico de los Estados parte de “respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza”, reiterando igualmente, la facultad de escoger la educación religiosa o moral conforme con sus convicciones. En el ámbito de la Unión Europea destaca el art. 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y todavía no vigente (incluido como art. II.74



b. El Estado y su posición ordenadora, garantista y prestadora en la educación

¿Qué papel corresponde en este sector al Estado? Para empezar, es innegable que el Estado es también responsable de la educación de los ciudadanos, porque sólo él tiene la capacidad ordenadora, financiera y organizativa para hacer efectivo el derecho fundamental a la educación que corresponde a cada individuo. Además, en el marco del Estado social en el que nos desenvolvemos el poder público aspira a proporcionar un bienestar y condiciones de vida a los ciudadanos, que van mucho más allá de las funciones de seguridad y justicia que satisfacía desde sus orígenes como estructura política fundamental. Ese nivel de vida debe ser al menos básico o fundamental para todos los ciudadanos, garantizando una subsistencia digna (la procura existencial de la que hablara FORSTHOFF) que permita su realización como persona, sin renunciar a la consecución de unos estándares medios cada vez más avanzados. Y este objetivo no se puede alcanzar sin la adopción de medidas de justicia distributiva, que deben perseguir la consecución de la igualdad material o real de las personas y grupos sociales, y la efectiva igualdad de oportunidades entre ellos para su desarrollo y promoción social.

La educación juega un papel clave para la consecución de esta justicia social. El acceso al conocimiento y la efectiva integración social son factores clave para el desarrollo de la persona y su desenvolvimiento en un entorno de igualdad de oportu-

nidades. Por eso el Estado es responsable de que toda persona alcance un nivel básico de formación lo más elevado posible (de ahí la progresiva elevación de alcance de la enseñanza obligatoria). Ahora bien, la igualdad de oportunidades no se satisface con la imposición de un modelo uniforme de enseñanzas, precisamente porque la justicia está en dar a cada uno lo suyo, y es preciso adaptarse a las necesidades de cada uno en la educación según sus cualidades y sobre todo según sus decisiones libres. El Estado ejerce una responsabilidad subsidiaria respecto de la primera o primordial que corresponde a la propia persona y a su familia en su proceso de educación. A él corresponde garantizar el acceso a la educación de toda persona y asegurar un nivel de calidad suficiente para todo el sistema educativo. Pero a partir de ahí entran en juego las decisiones libres de los educandos, sus familias, y de quienes ponen en marcha iniciativas educativas.

Por ello, entiendo que las funciones educativas públicas se mueven básicamente en dos niveles. En primer lugar, el Estado tiene una función reguladora fundamental: a él le corresponde establecer las condiciones normativas y administrativas necesarias para que todo ciudadano sin excepción pueda recibir una educación de calidad de acuerdo con sus preferencias y decisiones personales. Hay que estructurar todo el sistema educativo, determinar las enseñanzas obligatorias y regladas, homologarlas en todo el territorio estatal, programar los contenidos de toda esa educación, y además hay que velar por el cumplimiento de estas determinaciones por parte de los centros.

En este sentido, si se hace un examen atento del extenso artículo que la Constitución española dedica al derecho a la educación se comprueba que hay hasta cuatro apartados que se refieren a las funciones que el constituyente encomienda a los poderes públicos en relación con este derecho fundamental. En ellos, junto al papel inspector y homologador, se asignan a las Administraciones educativas tareas de fomento (ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos legales) y de garantía (por supuesto,

del malogrado proyecto de Constitución Europea). El precepto declara que “se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, (...) el derecho de los padres de garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”. Por último, quisiera destacar que el art. 2.2.b) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la ONU el 14 de diciembre de 1960, reconoce implícitamente el derecho de los padres a optar por sistemas o establecimientos separados de enseñanza, cuya creación no será discriminatoria cuando se ajusten a las normas educativas y sean de carácter facultativo y no de elección obligatoria.

del propio derecho de todas las personas a la educación, pero también del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos). Cabe destacar, pues, en esa lectura que no se erige al poder público en educador o docente, sino en garante de que esa educación llegue a todos.

En segundo lugar, el poder público debe asegurar la efectiva prestación del servicio educativo (en este sentido la educación, al menos la obligatoria, es un derecho-deber), para lo cual será necesario poner en marcha centros docentes públicos, que deben ofrecer una enseñanza de calidad y facilitar la posibilidad efectiva de elección a los padres.

La primera función es una competencia básica y garantista, de fijación de las normas de juego en el ámbito educativo y de aseguramiento de su cumplimiento; la segunda es una función subsidiaria, ya que lo principal es el derecho a la educación de la persona y su posibilidad de elección libre de modelo (escuela pública o escuela privada, formación laica o instrucción religiosa, enseñanza mixta o diferenciada...).

c. La iniciativa privada en el campo de la enseñanza

Es importante subrayar que la libertad de elección (el derecho a la educación como derecho de libertad) conduce a la necesidad de un suficiente pluralismo de la oferta educativa -que debe reflejar a su vez el pluralismo real de la sociedad-, ya que no hay verdadera libertad cuando no hay posibilidad de elección entre opciones realmente diferentes. En consecuencia, el Estado es responsable de que haya una efectiva pluralidad de modelos y de centros en función de las preferencias de los usuarios del servicio: cuanta más variedad haya mejor se respetará el derecho a elegir. Obviamente existen limitaciones impuestas por la práctica y por la disponibilidad financiera de las Administraciones públicas, que conducen a su vez a la necesidad de que el poder público establezca criterios para el ajuste de la oferta y la demanda, sobre todo en centros financiados con fondos públicos, y además acometa la oportuna programación de la oferta para poder satisfacer mejor a medio y largo plazo las pre-

visiones sobre la demanda educativa.

Sólo desde esta perspectiva del reconocimiento de la iniciativa pública de creación de centros de enseñanza como subsidiaria y de la promoción de un verdadero pluralismo en la educación se entiende el mandato constitucional de prestar ayuda pública (art. 27.9 CE) a los centros docentes, siempre que cumplan determinados requisitos legales. Las Administraciones educativas deben financiar las iniciativas docentes privadas en las condiciones que se establezcan porque sólo de esa manera es posible el ejercicio del derecho a la educación en libertad: es un gasto público necesario para la efectividad de un derecho fundamental y no una concesión graciosa del Estado.

La diversificación de la oferta educativa proviene en el sector privado del denominado carácter propio del centro. Ya desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, se puso de relieve que la libertad de creación de centros de enseñanza (art. 27.6 CE) comporta a su vez el establecimiento de un carácter, orientación o ideario educativo propio, que no tiene por qué limitarse a los aspectos morales y religiosos de la educación (pueden ser también pedagógicos, organizativos...), y que en gran medida es lo que peculiariza a cada centro, por encima de otras circunstancias como el emplazamiento, las instalaciones, el nivel del profesorado, etc, y determina la elección de muchos padres. De otro modo, como razonaba el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, esa libertad de creación de centros no tendría por qué haberse especificado o desgajado del tronco más general de la libertad de empresa (art. 38 CE)⁴. Obvio es decir que ese ideario propio y el proyecto educativo en el que se concreta deben ser plenamente respetuosos con el orden constitucional establecido.

Además, el derecho a la creación de centros docentes se extiende también a la capacidad de diri-

⁴ Toda esta cuestión ha sido bien estudiada por José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en su artículo "El esclarecimiento de la *Constitución educativa*. Un determinante primer paso", en *Persona y Derecho* nº 55 (2006), pp. 793 y ss, en el que se analiza la citada STC 5/1981.

girlos, pues no hay otra forma plausible de garantizar el respeto a su carácter propio. Aunque la Constitución sólo alude literalmente al momento inicial de ejercicio de la iniciativa educativa, queda implícita también la capacidad de ordenar el desarrollo del proyecto educativo, tal como destacó la STC 77/1985, de 27 de junio, por la que se resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra la LODE, y tal como establece expresamente el art. 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en términos casi idénticos el art. 29.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza), que es pauta interpretativa del art. 27 CE en virtud de la invocación constitucional contenida en el art. 10.2 en relación con los derechos fundamentales.

Frente a este planteamiento, en ocasiones se coloca la iniciativa docente privada bajo sospecha, cuando en realidad se trata de una libertad constitucionalmente garantizada, que además está al servicio de un derecho clave como es el de la educación. Una sociedad plural debe ofrecer iniciativas educativas plurales, que el poder público debe apoyar, ya que no le es fácil procurarlas directamente a él, y no entorpecer, por ejemplo mediante autorizaciones administrativas discrecionales para la apertura de centros, que serían ilegítimas (sí hay aspectos reglados que la Administración educativa debe lógicamente controlar), o mediante condicionamientos o restricciones en el acceso a la financiación carentes de justificación objetiva (por ejemplo, denegación o no renovación del concierto a centros por su falta de afinidad ideológica con el poder de turno).

Es importante destacar que la financiación pública no altera la naturaleza privada de los centros que la reciben. La enseñanza concertada no es enseñanza pública, ni debe ser asimilada a ella por el hecho de recibir dinero público. En consecuencia, esa financiación ni suprime el derecho de los titulares legítimos de los mismos a la dirección de los centros de acuerdo con su ideario propio, ni priva a los responsables del centro educativo del derecho a decidir sobre la admisión y ad-

judicación de plazas. Con frecuencia, el poder público sufre la tentación de controlar o asumir la dirección, o al menos condicionarla, de aquello que financia. En abstracto desde luego es así, pues *quien paga manda*, pero no debe olvidarse que aquí estamos ante un mandato constitucional que impone la gratuidad de la enseñanza obligatoria y el deber de ayudar a los centros docentes, y sobre todo, que la educación no es una tarea primaria o directa del Estado: el Estado no es el educador, sino el que debe garantizar la educación. El principio de subsidiariedad en materia educativa determina la necesidad de que el poder público financie las iniciativas sociales que surjan (y cumplan unos estándares de calidad) y respete su desarrollo como proyecto propio. Otra cosa es que, por ejemplo, este derecho de selección y admisión por parte de los centros concertados sea incondicionado, ya que naturalmente podrá someterse a ciertos criterios que eviten decisiones arbitrarias o discriminatorias, pero sin llegar a suplantar la capacidad del centro para la selección de sus alumnos. De otro modo, se hace muy difícil preservar la identidad o perfil del centro, poniendo en riesgo la efectividad del proyecto educativo⁵. Los conciertos educativos no pueden convertirse en una técnica de homogeneización de la oferta educativa (sólo financio los centros que sean afines a un determinado modelo de centro, obligando a la oferta a adecuarse a él para poder acceder a la financiación), sino precisamente deben ser instrumentos de apoyo directo al derecho fundamental de creación de centros de enseñanza y de apoyo indirecto al derecho también fundamental de los padres a elegir sobre la educación de sus hijos⁶.

5 Así lo ha defendido José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en su introducción al Capítulo sobre responsabilidad y control administrativo de las libertades de enseñanza, en el libro *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, Junta de Castilla y León, Madrid, 2006, p. 116.

6 En realidad, en la financiación está la clave de la enseñanza. Nadie osa poner en duda los derechos y libertades fundamentales en materia educativa, pero lo cierto es que su ejercicio práctico viene condicionado por un apoyo financiero suficiente, dado lo onerosos y prolongados que son los servicios educativos.

De hecho, el propio término de concierto, tan asentado en nuestro sistema, no resulta del todo acertado desde el punto de vista técnico⁷.

En el otro fiel de la balanza está la preocupación del poder público por la efectiva escolarización de todo el alumnado, y especialmente por la atención a los colectivos con necesidades educativas especiales (desde chicos o chicas superdotados, hasta determinados grupos pertenecientes a confesiones religiosas peculiares, pasando sobre todo por colectivos como el de los inmigrantes, cuyo número ha crecido vertiginosamente en los últimos

años y ha desequilibrado en cierta medida el sistema educativo, sobre todo en determinados núcleos de población). La satisfacción del derecho a la educación de estas personas legitima al Estado para establecer normas y criterios, ya que no es bueno que se formen guetos de alumnos cerrados a la integración, pero no podrán llegar al límite de la eliminación práctica del derecho de elección de los centros privados concertados sobre sus alumnos. En esa difícil ponderación de intereses se deben respetar los distintos derechos fundamentales implicados.

Podemos concluir este apartado retomando el hilo principal del trabajo y afirmando que la subsidiariedad define en buena medida el estatus del poder público en materia de educación. Primero, porque la genuina función educativa de la persona corresponde a la familia, en cuyo entorno inmediato se desarrolla en los periodos más decisivos de la educación, y cuyas decisiones han de ser respetadas a la hora de completar la formación del individuo con las enseñanzas regladas. Segundo, porque el papel específico del Estado en la materia es de carácter regulador y garantizador, tanto del ejercicio del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza, como de la calidad general del sistema educativo. Y tercero, porque sólo cuando la oferta educativa proveniente de la iniciativa social no garantice un número suficiente de plazas docentes ni la efectiva capacidad de elección de modelo educativo debe entonces el poder público impulsar la implantación de centros docentes de carácter público. Cuestión distinta es que, en la práctica, esa necesidad se plantee de manera ordinaria y sea normal la convivencia de centros de iniciativa pública y privada, siendo perfectamente legítimo que los padres elijan positivamente la opción de la enseñanza pública como la más adecuada para sus hijos.

LA EDUCACIÓN ¿SERVICIO PÚBLICO O SERVICIO DE INTERÉS GENERAL O SOCIAL?

En el trasfondo del debate sobre las competencias del poder público en materia de educación late una polémica sobre la concepción misma de esta actividad, a la que conviene dedicar unas palabras. Tra-

Aunque no es posible aquí abordar la cuestión con profundidad, baste apuntar aquí que el modelo español —construido sobre el sistema de conciertos— no está realmente resuelto. La Constitución garantiza el carácter gratuito de la enseñanza obligatoria (art. 27.4 CE), y ésta puede recibirse en centros privados (necesariamente costosos y sufragados por familias con recursos, que ofrecen un alto nivel educativo y reúnen un alumnado más selecto), en centros privados concertados (que viven en una situación contradictoria y viciada de partida, desde el momento en el que los conciertos que conceden las Administraciones educativas no cubren de manera efectiva el coste del puesto escolar, por lo que los centros se ven obligados a exigir a las familias aportaciones complementarias, que éstas están dispuestas a pagar para conseguir la deseada plaza en el centro, pero que la ley prohíbe expresamente), o en centros públicos (que son los realmente gratuitos, pero cuyo nivel suele ser inferior a los anteriores, el coste real de la enseñanza muy elevado y sufren un serio problema de saturación de población inmigrante). El resultado, evidentemente, no es equilibrado, y la solución es muy posible que pase por cambiar el modelo de financiación, de tal manera que se sufrague de manera real el coste del puesto escolar a cada alumno o alumna, se le permita realmente elegir el centro donde quiere cursar estudios, y el poder público asuma su condición de agente prestador subsidiario del servicio de la educación. De momento, lo que la vigente LOE ha hecho ha sido despojar al Estado de la política de conciertos, que ha quedado entregada a las Comunidades Autónomas (art. 116 LOE), y reforzar la prohibición de percepción de pagos, con una u otra modalidad, por las enseñanzas teóricamente gratuitas que imparten los centros públicos y concertados (art. 88 LOE).

7 La propia expresión de *concierto* —tan tradicional en nuestro sistema para hacer referencia al cauce de financiación pública de plazas escolares en centros privados—, no sería la más apropiada desde el punto de vista técnico-jurídico, pues alude a una de las modalidades de gestión indirecta de un servicio público, cuando en realidad constituye una forma de subvención para el ejercicio de un derecho fundamental, que es algo distinto.

dicionalmente la educación se ha concebido como un servicio público fundamental. El Estado social o del bienestar responde a un modelo de poder público fuerte e interventor de la vida social, que protege unos mínimos vitales a todos sus ciudadanos y lidera el desarrollo social. Esta concepción del Estado se concreta o despliega en un amplio abanico de servicios públicos que el poder público provee y sostiene con fondos públicos. Básicamente, tales servicios son de carácter económico (transporte, energía, telecomunicaciones) o asistencial (educación, sanidad y prestaciones sociales).

Sin embargo, el concepto jurídico estricto de servicio público implica la delimitación de un sector de actividad cuyo ejercicio se reserva a la iniciativa pública (estatal, autonómica o local). Cuestión distinta es que el poder público sea incapaz de proveer a su directa prestación, y deba recurrir a la creación de organismos y empresas públicas o a entidades privadas, a las cuales se adjudica mediante concesión la efectiva prestación de un servicio en un ámbito territorial o funcional determinado y de acuerdo con una serie de condiciones. Las actividades declaradas como servicio público no se desenvuelven en régimen de libre competencia, sino de prestación organizada desde el poder público.

Sin embargo, este modelo se encuentra en la actualidad en revisión, por dos razones fundamentales. La primera es el influjo de la Unión Europea y de su derecho específico, edificado a partir de la libre circulación de personas, bienes, mercancías y capitales, y por la consiguiente creación de mercados de dimensión europea que se desarrollen en régimen de libre competencia. Naturalmente, este planteamiento tiene excepciones, pero la regla es la eliminación de todas las barreras posibles para el desarrollo de cualquier actividad de contenido económico.

En segundo lugar, comienza a ser motivo de preocupación la viabilidad del modelo social de bienestar en un horizonte temporal de medio y largo plazo, debido a sus altos y crecientes costes financieros, agudizados por el grave deterioro de la pirámide demográfica que supone el imparable

envejecimiento de la población. Sencillamente, el Estado no va a poder afrontar el creciente peso de las prestaciones sociales en un entorno de inversión de la proporción entre población activa y pasiva.

Por combinación de estos elementos se replantea hoy el papel del Estado en relación con todo ese haz de variadas prestaciones que progresivamente ha ido asumiendo en beneficio del desarrollo social general. Desde finales del siglo XX ha venido emergiendo una pujante concepción que concibe al Estado como una instancia imprescindible y garantizadora de múltiples condiciones y prestaciones sociales, pero sin necesidad de convertirse en agente directo y prestador de esos servicios.

El planteamiento del Derecho comunitario es el de renunciar al empleo del concepto de servicio público (en cuanto comporta esas adherencias que denotan reserva de una actividad al sector público y es un concepto muy debatido doctrinalmente), acudiendo en cambio a la noción más neutral de *servicios de interés general*. Con ellos se alude simplemente a una serie de actividades neurálgicas para el buen funcionamiento de la sociedad, que tienen por tanto un valor añadido para la colectividad, cuya provisión a favor de la colectividad se compromete a garantizar el poder público en condiciones de universalidad, seguridad, continuidad, calidad, convirtiéndose en conquistas consolidadas propias del Estado social o del bienestar en el que vivimos, pero sin necesidad de asumir de modo directo o indirecto su titularidad ni su gestión directa. Es más, de lo que se trata es de que la propia sociedad, en régimen de concurrencia, provea estos servicios, reservándose el Estado una posición reguladora y garantizadora. En toda sociedad hacen falta empresas de seguros, salas de cine, ferreterías o campos de deporte, pero hay una serie de fibras que tienen un valor añadido para la vida colectiva. Esas actividades, de índole económica (como el abastecimiento de agua o el servicio telefónico) o social (como la atención médica o la enseñanza básica) son piezas cruciales sobre las cuales el poder público asume una responsabilidad especial como garante de su prestación universal

y en buenas condiciones a todos los ciudadanos, convirtiéndose en conquistas consolidadas propias del Estado social o del bienestar en el que vivimos.

Es cierto que su contexto principal es, por ahora, el de las actividades económicas, donde el Derecho comunitario exige el respeto a las libertades de circulación y establecimiento que aseguren la libre competencia en los distintos mercados, pero sin descartar su posible trasplante al orden social⁸. Existe el convencimiento de que la iniciativa privada es mucho más eficiente que el Estado (actuando como agente directo, por medio de empresas públicas, o indirecto, por medio de concesionarios de servicios públicos) para proveer con calidad a la sociedad de servicios de transporte, suministro de energía o telecomunicaciones, siempre que el poder público garantice un marco regulador adecuado que impida abusos, establezca condiciones objetivas para el libre ejercicio de esas actividades y marque los umbrales de calidad y prestación exigibles.

El término de servicios de interés *económico* general aparece en los artículos 16 y 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea (y ha sido recibido por alguna legislación sectorial española), aunque todavía no contamos con un catálogo cerrado de los sectores que comprende. Sin embargo, va camino de convertirse, en su versión económica y en su versión genérica, en un elemento clave del Derecho de la Unión Europea. No en vano, en Bruselas se está trabajando para aprobar una Directiva Marco sobre servicios públicos y de interés general, y ya se ha publicado por la Comisión Europea el *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General en Europa*⁹. Sin atreverse a dar una definición de los

8 De hecho, una de las cuestiones a las que se enfrenta la Comisión Europea es a la distinción entre servicios económicos y no económicos de interés general, sobre los cuales está siendo costoso alcanzar un consenso. Así lo pone de relieve Marcos VAQUER CABALLERÍA en su trabajo “Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, en *Revista Española General de Derecho Administrativo*, publicada en soporte electrónico (www.iustel.com).

9 Comisión Europea, *Libro Verde sobre los servicios de*

mismos —estos servicios serían más bien actividades cuya prestación debe caracterizarse por una serie de notas: universalidad, continuidad, calidad, asequibilidad, protección de consumidores y usuarios, seguridad, no discriminación—, al menos se ofrece un claro marco conceptual. Así, en la sociedad encontramos servicios comunes y servicios de interés general, que son los cualificados para la vida colectiva; dentro de estos últimos puede distinguirse entre servicios económicos (que a su vez pueden prestarse en red, como la electricidad, o sin ella, como el tratamiento de residuos) y no económicos.

Lo que me interesa destacar aquí es que la propia Comisión Europea, en el punto 10 del Documento mencionado, señala la sanidad, la educación y los servicios sociales como de interés general, en el sentido que se viene aludiendo. Es indudable que el Libro Verde se centra y desarrolla lo relativo a los servicios de índole económica, reconociendo no obstante que la distinción entre unos y otros no es nada fácil de establecer. Al fin y al cabo, sanidad y educación tienen una dimensión económica evidente que no es, con todo, la principal.

Quizás ahora se entienda mejor en qué sentido se debe afirmar que la educación es más una actividad de interés general o social que un servicio público¹⁰.

interés general, Bruselas, 21 de mayo de 2003, COM (2003) 270 final que, tras el oportuno debate, ha sido seguido por un *Libro Blanco* aprobado el 12 de mayo de 2004. Como antecedentes de este trabajo deben mencionarse la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996, sobre los Servicios de interés general en Europa (DOCE, C, n° 281, de 26 de septiembre de 1996), pp. 3 a 12, que cuatro años más tarde hubo de actualizarse a la vista de la experiencia vivida en esos años de implantación de medidas liberalizadoras sectoriales, mediante la Comunicación de 20 de septiembre de 2000 (DOCE, C, n° 17, de 19 de enero de 2001), pp. 4 a 23. En ambas se ofrece además una definición casi inalterada de los conceptos fundamentales (servicios de interés general y de interés económico general, servicio público y servicio universal), pero son orientativas y poco precisas.

10 De todos modos, hay que reconocer que, frente a alguna mención colateral de la LOCE de 2002 (cuyo art. 75, en relación con los conciertos, aludía a la prestación del *servicio de interés público de la educación*), la reciente LOE de 2006 retoma la línea de la legislación anterior de calificación de la educación

El papel de la Administración en este sector tiene un perfil más acusadamente garantista y responsable de la satisfacción del interés general que prestador, como comúnmente se piensa, sin perjuicio de que sea también necesaria una oferta pública eficiente y de calidad para asegurar este derecho fundamental. Pero no puede entenderse por ello que el poder público mantiene un coto reservado en el que sólo por excepción y mediante concesión discrecional suya pueda la iniciativa privada colaborar en sus funciones.

LA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA ¿MORAL PÚBLICA ESTATAL?

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), aparte de suponer una nueva reforma educativa general que sucede en breve espacio de tiempo a la LOGSE de 1990 y a la LOCE de 2002, se ha conocido en la opinión pública por el hecho de introducir una nueva asignatura en el currículo de las enseñanzas obligatorias, cuyo objeto es la formación en los valores democráticos y en los derechos humanos¹¹. Sin embargo, los Reales Decretos de

como servicio público, tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado, sin hacerse eco de este nuevo planteamiento europeo.

11 Se trata de una apuesta decidida del Gobierno, que ha dotado de cierto carácter troncal a la asignatura al estar prevista su introducción en varios cursos. La Educación para la Ciudadanía se incorpora al currículo de la educación primaria dentro del área de conocimiento del medio natural, social y cultural (art. 18.2 LOE), en uno de los tres primeros cursos de la educación secundaria obligatoria como *educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, en la que se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 24.3 LOE), en el cuarto curso de la educación secundaria obligatoria dentro de la materia de *educación ético-cívica* (art. 25.1 LOE), y como materia común del bachillerato, bajo la denominación de *Filosofía y Ciudadanía* (art. 34.6 LOE), que se estudia con independencia de la rama de bachillerato que se elija (Humanidades y ciencias sociales; Ciencias y tecnología; y Artes, que a su vez se desdobra en dos vías). El objetivo es que, al finalizar la educación obligatoria, los alumnos hayan adquirido la competencia social y ciudadana que les permita conocer la

desarrollo de la LOE¹² y los desarrollos autonómicos que les han seguido¹³ incluyen de manera manifiesta en los programas de esta asignatura determinados contenidos morales, que pueden entrar en colisión con el derecho constitucional de los padres a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La asignatura se califica de polémica y debatida por la falta de un marco teórico y conceptual definido¹⁴, a diferencia de otras disciplinas, aunque quizás más oportuna que nunca en periodos de crisis o deterioro social. Si bien es cierto que existe el peligro del adoc-trinamiento, también es verdad que cada vez es más necesaria la instrucción en una serie de valores cívicos, como la participación, la solidaridad, el ejercicio de la libertad y la responsabilidad, individual y social, o el respeto a la diferencia. Todo ello sin olvidar que la Constitución identifica como objeto de la educación (art. 27.2 CE) “el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. El texto parece inspirado en el art. 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha, también ratificado por España en 1977, que remarca los mismos conceptos.

Si antes nos hemos ocupado de la función educativa y de su titularidad, ahora corresponde abordar

sociedad y contribuir incluso a su mejora.

12 De momento se han aprobado por el Ministerio los desarrollos curriculares mínimos para el segundo ciclo de la educación infantil (Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, cuyo art. 8 se dedica a la atención a la diversidad) y para la educación secundaria obligatoria (Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre).

13 La participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de los contenidos educativos es muy importante. La LOE reserva al Estado la regulación del 65% de los horarios escolares en la Comunidades sin lengua propia, y sólo el 55% en las Comunidades que sí la tienen.

14 Así lo destaca Concepción NAVAL, “¿Qué políticas y sistemas educativos para una educación cívica?”, en *Educación y democracia*, Fundación Europea Sociedad y Educación-Comunidad de Madrid, 2004, p. 204.

la cuestión del objeto o contenido de la educación. Es cierto que frente a los conceptos tradicionales de instrucción y enseñanza, centrados más bien en el objetivo de la transmisión de una formación básica y en la capacitación para el ejercicio de una profesión u oficio, hoy prevalece la noción de educación, que tiene un sentido más amplio e integral, al que están incluso subordinados la adquisición de unos conocimientos, sobre todo en los primeros estadios formativos¹⁵. Es más, en los últimos años y como fruto de la sociedad globalizada y multicultural en la que vivimos se está poniendo el acento en la formación de los ciudadanos y en la integración social como objetivos de la educación. Así consta al menos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 26.2 sostiene que la educación persigue “el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”, términos que han sido casi literalmente recogidos por la Constitución española¹⁶. Concretamente, añade la Declaración, la educación debe favorecer “la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos”¹⁷. En ese

contexto debe entenderse la reciente introducción de la polémica y debatida asignatura de la *Educación para la Ciudadanía* en el currículo básico de la enseñanza primaria, secundaria obligatoria y del bachillerato por parte de la Ley Orgánica de Educación.

De partida y en abstracto, ningún obstáculo debe oponerse a la formación de las personas para vivir en sociedad. Todo lo contrario, pues ése es uno de los fines de la educación, que debe facilitar la integración del individuo en el grupo social y la formación de una sociedad libre y solidaria. En consecuencia, y sin olvidar que los hábitos cívicos fundamentales se asimilan en la propia familia, parece lógico instruir a las personas sobre las bases de la democracia y los rudimentos del sistema político en el que viven, formar en una serie de virtudes cívicas y valores comunes, como son los derechos humanos, la tolerancia y el respeto a la diversidad o la solidaridad. De hecho, resultan preocupantes algunas manifestaciones que se viven hoy en día de violencia, de individualismo, de marginación social y de desprecio al orden establecido. Lo que ocurre es que esas lacras sociales tienen raíces más profundas, en la falta de valores trascendentes que van más allá de una mera ética cívica, por lo que cabe ser más bien escépticos en cuanto a la eficacia práctica que vaya a tener esa formación ciudadana.

Ahora bien, reconociendo que una asignatura de formación ciudadana tiene perfecta cabida en el currículo escolar y está en sintonía con los fines de la educación, tampoco se debe ocultar que lo decisivo está en la definición de los contenidos y alcance de la asignatura, de manera que no suponga la imposición de una moral pública oficial, que no corresponde al Estado establecer, que colisiona con su posición constitucional de neutralidad ideológica o moral, y que invade un ámbito de decisión que es propio de cada persona.

Concretamente, entiendo que la introducción de esta asignatura en los términos en que se ha planteado encierra dos tipos de peligros: de un lado, la subrepticia sustitución de los valores morales y

15 Concepción NAVAL, *op. cit.*, p. 203, valora esta evolución como una “reacción al intelectualismo reinante décadas atrás que confundía educación y enseñanza, olvidando en cierto modo la realidad del aprendizaje y la formación como constitutivos necesarios de la actividad educativa. Educar —es casi una insolencia decirlo— no es sólo, ni primordialmente, transmitir conocimientos (...). Antes —cronológicamente hablando— está la educación estética, afectiva, moral”.

16 El art. 27.2 CE señala que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

17 Esta idea ha sido también recogida en el art. 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1977. Tras la alusión al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, se especifica que “la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos y religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

religiosos por una *moral laica o ciudadana*, y de otro, la invasión de contenidos que no son propios de lo que constituye en sentido estricto la formación cívica de los ciudadanos.

La educación para la ciudadanía vendría a cristalizar una especie de ética pública, a la que vendría a darse el máximo valor. Indirectamente, se reemplaza la religión y la moral por una moral laica, más allá de la cual se ignora o se cuestiona la posibilidad de otros valores, que siempre tendrían un carácter relativo o subjetivo. No se trata del peligro de adoctrinamiento del alumnado por el poder público de turno (que, en efecto, puede darse si se instrumenta mal la asignatura), sino de situar las cosas en su adecuada dimensión. Es preciso subrayar que la democracia (y los valores a ella anudados) no constituye un fin en sí mismo, en el sentido de que sea el objetivo de la vida social, sino un sistema político razonable que permite la convivencia pacífica y el respeto a los derechos de las personas, sin perjuicio de que hay muchos niveles de funcionamiento y de cultura realmente democráticas, y de que haya desviaciones de la democracia que es necesario mejorar (como la completa intermediación de los partidos políticos, que monopolizan el debate político en perjuicio de los intereses del ciudadano de a pie y de los movimientos sociales de base). Me parece que éste es el peligro del laicismo, o mejor dicho del pujante fundamentalismo laicista que hoy impera: no se trata de respetar la libertad ideológica y moral de cada uno, sino de imponer una moral laica o cívica, que en sí constituye una opción, y que no es función del Estado adoptar. Es perfectamente legítimo que unos padres opten por dar una formación laica a sus hijos, pero no debe el poder público imponerla a todos. Ahí está la diferencia entre Estado laico y Estado aconfesional, definido el primero por una determinada actitud ideológica, que además suele ser combativa con las convicciones religiosas, y caracterizado el segundo por la neutralidad, es decir, por no tomar partido él por un determinado planteamiento filosófico, ideológico o religioso, pero apoyando el que cada uno adopte libremente el suyo o simplemente los rechace. La frontera entre la moral

laica —que no es competencia del Estado imponer— y la estricta formación cívica es a veces difícil de distinguir, pero existe. Y en esa diferenciación entiendo que se juega la legitimidad de una asignatura como es objeto de debate.

En segundo lugar, aparece el peligro de la extralimitación de contenidos, entrando la asignatura en cuestiones que son propias del ámbito moral. Una cosa es la educación cívica y la formación sobre las instituciones politicosociales y los derechos humanos, que son patrimonio incuestionable de la cultura occidental y otra la introducción de enfoques o planteamientos morales de uno u otro tipo, que no es legítimo inculcar a través de este tipo de asignatura, por muy extendidos que se encuentren o por mucho apoyo que tengan entre los gobernantes de turno.

Esta indebida invasión de lo que no le es propio se da en dos aspectos fundamentales, como son la formación de la conciencia moral y la educación afectivo-emocional de las personas. En el primer aspecto aparece el problema del relativismo ético como enfoque de las cuestiones a tratar. La exposición pretendidamente *neutral* de las doctrinas morales o las ideologías conduce a la relativización del concepto de verdad y a su inaplicabilidad al campo de la moral. Además, resulta inevitable a la hora de abordar los contenidos de la asignatura la opción por un concepto de persona, de familia, de moral, de religión... que no son en absoluto neutrales. De ahí la previsible diversidad —en ocasiones seguro que serán posiciones diametralmente opuestas, como ya han puesto de manifiesto los primeros manuales publicados de la asignatura— de los enfoques con que se impartirá la asignatura. Estas divergencias, que van más allá de la razonable diferencia metodológica o pedagógica que hay en toda materia objeto de conocimiento, permiten demostrar la aludida sustitución práctica de la religión o la ética por la nueva disciplina.

En el segundo apartado, es necesario apuntar la entrada directa que proporciona la *Educación para la Ciudadanía* a la denominada ideología de género, cuyos planteamientos vendrían a imponerse como

parte del pensamiento políticamente correcto. Como es sabido, el concepto de género se ha ido generalizando en los últimos años para hacer referencia a la identidad afectivo-sexual que adopta cada sujeto en el libre desarrollo de su personalidad, con independencia de su realidad fisiológica o natural, y que debe ser respetada. Así, mientras el sexo tiene un carácter biológico y está determinado por características genéticas y anatómicas, el género sería desde el punto de vista personal una identidad adquirida y aprendida, sujeta a variación en función de distintas influencias, y desde el punto de vista colectivo una creación cultural que puede evolucionar sobre lo que se estipula como masculino y femenino en una sociedad. Este planteamiento ha sido ya introducido incluso a nivel legal¹⁸ y está presente en la programación de la asignatura de *Educación para la Ciudadanía*. Valga como botón de muestra la sustitución intencionada del término “sexo” por el de “orientaciones sexuales” en el desarrollo aprobado por Andalucía.

En definitiva, la cuestión está en que el Estado no puede decantarse por una opción moral ni transmitirla, porque así lo prohíbe el principio de neutralidad y la proclamación constitucional de aconfesionalidad del Estado. Esta neutralidad no supone indiferencia ante el hecho religioso o moral,

18 En esta línea se inscribe la célebre Ley del matrimonio homosexual, por la que se modifica el Código Civil para dar sostén institucional a este tipo de uniones, pero también otras normas menos conocidas, como la reciente Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta ley se aprueba, como indica la Exposición de Motivos, para permitir el cambio de sexo de una persona ante el Registro Civil “cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género” o “con el sexo con el que fueron inicialmente inscritas” (la cursiva es mía). La ley trata de garantizar que el sexo registral coincida con la identidad de género de la persona, que no tiene por qué estar en consonancia con su sexo biológico. Sin embargo, y sin perjuicio de respetar la libertad individual de cada uno para orientar su vida y desarrollar su personalidad, lo cierto es que en la gran mayoría de las personas coincide su realidad biológica con su identidad sexual, por lo que resulta sorprendente que el no alinearse con la ideología de género se haya convertido en políticamente incorrecto.

ni mucho menos rechazo de planteamientos morales o religiosos en la vida personal y social, como es propio del laicismo. Al contrario, de lo que se trata es de que el Estado garantice las condiciones para que cada persona pueda desarrollar en libertad y con respeto a la esfera de los demás sus propias creencias y convicciones. Y parte esencial de esa libertad es el derecho a recibir esa instrucción religiosa y moral (no la que determine el Estado, que no tiene una confesión propia, sino la que elija cada persona o sus padres mientras no alcance la plena capacidad de obrar). De ahí el sentido que tienen los acuerdos celebrados por el Estado con las distintas confesiones religiosas (católica, evangelista, judía e islámica) para facilitar la atención en la escuela de quienes deseen formarse en un determinado credo. Estos convenios sirven para facilitar el ejercicio de un derecho fundamental de la persona y hacen compatible la libertad ideológica, religiosa y de culto con la necesaria neutralidad o aconfesionalidad del Estado. Por eso resulta lógico que la reciente STC 38/2007, de 15 de febrero, haya corroborado la competencia exclusiva de la Iglesia católica para la elección de las personas idóneas para impartir la enseñanza de la religión y moral católica (asignatura que sí es confesional) en centros públicos, tal como se prescribe en el art. III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales celebrado entre España la Santa Sede el 3 de enero de 1979.

En conclusión, resulta razonable la formación de una asignatura común de formación ciudadana o sociopolítica, pero siempre que no se extralimite en sus contenidos, invadiendo o afectando a esferas de la persona que no le corresponde al Estado controlar ni instruir. Los altos vuelos y el carácter ambicioso de la asignatura diseñada por el Gobierno socialista actual no parecen ajustarse a esos términos por lo que el proyecto u ordenación concretas de la *Educación para la Ciudadanía* deberían ser sustancialmente corregidos. El importante movimiento suscitado de objeción de conciencia a la impartición de esa asignatura (ya implantada de manera efectiva en siete Comunidades Autónomas) viene a demostrar



que muchos padres son conscientes de que es a ellos a quienes corresponde decidir sobre la orientación ideológica, filosófica, pedagógica, religiosa y moral de la educación que desean para sus hijos y que no están dispuestos a entregar este derecho en manos del poder público. El Estado debe asumir su función de auxilio, apoyo y garantía —su papel subsidiario en definitiva— que define su posición constitucional respecto al derecho fundamental a la educación en

libertad, organizado en torno al derecho a la educación de toda persona, a la libertad de enseñanza, al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral conforme a sus convicciones, y a la libertad de creación de centros docentes. ■

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ECONOMÍA

DAVID MELLADO

ABOGADO DEL ESTADO

El punto de partida de este documento es el abundante y extenso Magisterio recogido en las distintas Encíclicas que se refieren al principio de subsidiariedad y su aplicación en la economía. Punto de partida, y debo decir también, meta de estas reflexiones, pues poco puedo añadir al desarrollo que de este principio se ha hecho en las Encíclicas. Ahora bien, siendo el Magisterio de la Iglesia universal, y los ordenamientos jurídicos singulares, es esta una buena ocasión para analizar el encaje y reflejo del principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento jurídico en el plano económico, y exponer su evolución más reciente para terminar asomándonos a los próximos retos.

Tomamos por definición del principio de subsidiariedad la que resulta de la Encíclica de Pío XI, *Quadragesimo Anno*, y entendemos que:¹

“Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino

que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.”

Así expuesto el principio de subsidiariedad, podemos distinguir tres presupuestos del reconocimiento del principio de subsidiariedad en la economía.

El **primer presupuesto** es el del reconocimiento de la *iniciativa económica*. Todos los individuos, ya aisladamente considerados, ya organizados en fórmulas asociativas, deben tener garantizada una esfera de iniciativa y actuación económica ajena a la intervención Estatal, si bien ello no implica que dentro de la esfera se disponga de libertad absoluta, y esta autonomía no impide que el Estado deba intervenir en la economía, como garante —segundo presupuesto—, o pueda intervenir como empresario —tercer presupuesto—.

Respecto de la iniciativa económica, Juan Pablo II nos enseña que: “Existe ciertamente una legítima esfera de autonomía de la actividad económica, donde no debe intervenir el Estado.”

1 I: l.c., 184-186

Este espacio de acción económica que supone la libre iniciativa se ha consolidado como auténtico motor del desarrollo de las sociedades más avanzadas, tanto en la más pequeña dimensión subjetiva, la del empresario individual, como en las más grande, en el caso de las multinacionales. Apenas se discuten las ventajas de la libre iniciativa frente a fórmulas estatistas donde el Estado se atribuye tal función. A la postre la igualdad no se garantizan tanto en los resultados como en las oportunidades; la vida es tozuda y nos evidencia que no todos somos iguales al tiempo de asumir riesgos o aventuras de contenido económico, por lo que no todos podemos optar a la misma recompensa. De todos es conocida la parábola de los talentos, y el acierto del hijo que a diferencia de los demás sacó provecho de su legado. ¡Qué sería de una sociedad donde no se permitiera que cada uno usara de sus talentos del mejor modo, y que en vez de dar autonomía a cada uno, nos igualaran en el beneficio, no obstante el sacrificio!

No obstante el reconocimiento de la legítima iniciativa económica, no supone una autonomía ilimitada, la Encíclica *Centessimus Annus* nos aclara que la libertad económica no es absoluta, lo que no nos puede extrañar, pues debe ser responsable su ejercicio; no se trata de obtener la mayor rentabilidad a cualquier precio, pues la iniciativa económica no puede amparar perjuicios al interés general. Y así se expone por Juan Pablo II que:

“Si por «capitalismo» se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta ciertamente es positiva, aunque quizá sería más apropiado hablar de «economía de empresa», «economía de mercado», o simplemente de «economía libre». Pero si por «capitalismo» se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la

misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa.”

La responsabilidad en el ejercicio de la libertad económica es una aplicación o concreción de la responsabilidad que todos debemos asumir cuando ejercitamos nuestras libertades. La libertad de expresión, de pensamiento... también exige responsabilidad, ya que vivimos en constante interrelación. Hoy esta responsabilidad tiene mayor protagonismo en el mercado; es frecuente encontrarnos con empresas que se promocionan haciendo gala de avanzadas políticas de empleo, de compatibilidad con la vida familiar, de respeto medioambiental, de inversión cultural... .

Llegados a este punto, pasamos al **segundo presupuesto**, el de la *necesaria intervención estatal*. En ocasiones es preciso que se creen condiciones que faciliten las iniciativas particulares, y es aquí donde aparece como protagonista necesario el Estado. El Estado no puede aislarse de la economía, debe promover condiciones que garanticen su correcto ejercicio, ¡De nada sirve reconocer una libertad si no se garantiza que se pueda ejercitar!

Nos recuerda Juan Pablo II que al Estado: “... le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, que presupone una cierta igualdad entre las partes, no sea que una de ellas supere talmente en poder a la otra que la pueda reducir prácticamente a esclavitud.

La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes. La primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad, de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente. La falta de seguridad, junto con la corrupción de los poderes

públicos y la proliferación de fuentes impropias de enriquecimiento y de beneficios fáciles, basados en actividades ilegales o puramente especulativas, es uno de los obstáculos principales para el desarrollo y para el orden económico.”

La necesidad de la seguridad y la justicia son pacíficamente reconocidas como pilares del desarrollo económico. Es frecuente encontrarse con estudios sobre seguridad jurídica en el mundo económico que permiten a los inversores valorar dónde invertir en función de la seguridad de sus sistemas legales, así nos encontramos con los esfuerzos de la OCDE² en promover la seguridad y justicia.

Continuando con Juan Pablo II: “Otra incumbencia del Estado es la de vigilar y encauzar el ejercicio de los derechos humanos en el sector económico; pero en este campo la primera responsabilidad no es del Estado, sino de cada persona y de los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad. El Estado no podría asegurar directamente el derecho a un puesto de trabajo de todos los ciudadanos, sin estructurar rígidamente toda la vida económica y sofocar la libre iniciativa de los individuos. Lo cual, sin embargo, no significa que el Estado no tenga ninguna competencia en este ámbito, como han afirmado quienes propugnan la ausencia de reglas en la esfera económica. Es más, el Estado tiene el deber de secundar la actividad de las empresas, creando condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente o sosteniéndola en momentos de crisis.”

El **tercer presupuesto** se refiere a *la posibilidad de que el Estado intervenga como empresario*. En ocasiones no basta con nuestra iniciativa, hay empresas, hay desafíos que precisan de superiores instancias, que justifican que el Estado

2 OCDE Study of Governance, Peace and Security Enhancing Security and Justice Service. Delivery. Justice and security are key concerns of poor people in fragile states. Strengthening the delivery of justice and security is an important development challenge, for without justice and security other public goods and services cannot be provided or access. <http://www.oecd.org/dataoecd/27/13/38434642.pdf>

aparezca como empresario: “El Estado tiene, además, el derecho a intervenir, cuando situaciones particulares de monopolio creen rémoras u obstáculos al desarrollo. Pero, aparte de estas incumbencias de armonización y dirección del desarrollo, el Estado puede ejercer funciones de suplencia en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas, demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuados para su cometido. Tales intervenciones de suplencia, justificadas por razones urgentes que atañen al bien común, en la medida de lo posible deben ser limitadas temporalmente, para no privar establemente de sus competencias a dichos sectores sociales y sistemas de empresas y para no ampliar excesivamente el ámbito de intervención estatal de manera perjudicial para la libertad tanto económica como civil.”

Un ejemplo de la necesaria intervención del Estado, lo encontramos en la construcción de la infraestructuras públicas de uso general, como las vías férreas, las redes de telecomunicación, las autopistas... que atendiendo a su coste desaniman a los particulares, si bien es compatible la inicial intervención estatal con una posterior gestión privada de la infraestructura. Así ha sucedido con el transporte ferroviario, o con el sistema eléctrico, o las autopistas.

Sentadas estas tres premisas, vemos su encaje en nuestro Ordenamiento.

POSICIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1º. Primer presupuesto, la iniciativa económica como libertad de ejercicio responsable.

La Constitución Española de 1978, en el Título I, artículo 33.1, bajo la rúbrica de Derecho a la propiedad privada y a la herencia, establece:

“Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.”

El reconocimiento de este derecho se extiende a la propiedad de los medios de producción, si bien el concepto de medio de producción queda hoy superado por la abundancia de bienes puestos al servicio de las actividades económicas.

Una aplicación más concreta la encontramos en el artículo 38.1 de la Constitución, cuando se opta por un modelo económico, al señalar:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.”

Ninguna duda cabe de que ese reconocimiento no lo es de modo absoluto, como tampoco son absolutos el resto de derechos reconocidos constitucionalmente. La propiedad, como sigue diciendo el artículo 33, está subordinada a la función social, y así asumimos la procedencia de la expropiación u otras formas restrictivas de la propiedad en la medida en que concurre una justa causa. Atrás quedan las anticuadas concepciones absolutas del derecho de propiedad.

Así resulta también del mismo artículo 33.2 de la Constitución que nos advierte, refiriéndose a la propiedad que:

“La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”

Y ya en su dimensión económica el artículo 128.1 de la Constitución afirma:

“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.”

El tenor de este precepto es especialmente significativo del rechazo del liberalismo ilimitado, hasta el punto de que su fórmula difícilmente se puede olvidar, y así se alzan los omnicomprendivos conceptos *“toda-distintas formas-sea cual fuere su titularidad”*, y la expresión riqueza que se extiende más allá del concepto de propiedad.

2º. Segundo presupuesto, la necesaria intervención del Estado.

No obstante el reconocimiento legal de la iniciativa económica, el principio de subsidiariedad precisa de la actuación de los Poderes Públicos, pues de nada serviría el reconocimiento de un derecho sino hay medios que garanticen su ejercicio, o si se permite que su ejercicio desmedido perjudique el interés general. Surge por ello la obligación del Estado de actuar, y así resulta del artículo 38.2 de la Constitución de 1978, que establece:

“Los poderes públicos garantizan y protegen

su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Con ello se atribuye al Estado la función de garante y protector, habida cuenta que el mismo preámbulo de la Constitución fija como voluntad del pueblo español la de establecer un orden económico justo. La consecución de este fin tiene como vehículos la estabilidad económica, el pleno empleo³, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos⁴, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, el del crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución⁵.

La referencia a la planificación nos recuerda la función de dirección económica propia del Gobierno, que asume la exacta determinación del rumbo económico, reservándose al Ejecutivo dicha función en la que la intervención de las Cortes Generales es menor, habida cuenta que el artículo 131.2 reserva la iniciativa legislativa de la planificación económica al Gobierno. De esta manera corresponde al Gobierno definir *a priori* los objetivos económicos, restando a las Cortes Generales su aprobación.

Al ahondar en la concepción de orden económico justo, aparecen dos elementos fundamentales, la igualdad y la libertad a que se refiere el artículo 9 de la Constitución, al exigir a los Poderes Públicos que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

Y es aquí donde surge uno de los desafíos actuales, el de conseguir el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, objetivo recogido en el artículo 138 de la Constitución. No basta con la libertad, sino que es fundamental que las condiciones de ejercicio de la actividad económica sean iguales cualquiera que sea el lugar donde uno se establece,

3 Cfr. Artículo 40 de la Constitución.

4 Cfr. Artículo 131 de la Constitución.

5 Cfr. Artículo 131 de la Constitución.

caso contrario no se garantizaría un progreso justo. Así se entienden las palabras de Juan Pablo II al compaginar el principio de subsidiariedad con el de solidaridad, diciendo: “El Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro”.

La compatibilidad de la subsidiariedad como fomento de riqueza con la solidaridad presenta dos dimensiones: la individual que se instrumentaliza —entre otros sistemas— a través de la redistribución de riqueza que conlleva el sistema tributario, y la colectiva o territorial, que exige en Estados descentralizados territorialmente que ninguna región se vea discriminada con ocasión de la creación de condiciones de desarrollo. Al igual que se asume que los particulares tienden a reforzar sus posiciones de dominio en el mercado, también hemos de advertir que las distintas partes que componen el territorio Español tenderán a aumentar sus ventajas frente a otras, correspondiendo al Estado garantizar la necesaria solidaridad territorial, pues caso contrario no estaremos construyendo un orden económico justo.

Respecto de la dimensión individual, Pío XI en *Cuadragésimo Anno* sostiene que: “Mas la libre concurrencia, aun cuando dentro de ciertos límites es justa e indudablemente beneficiosa, no puede en modo alguno regir la economía, como quedó demostrado hasta la saciedad por la experiencia, una vez que entraron en juego los principios del funesto individualismo.

Es de todo punto necesario, por consiguiente, que la economía se atenga y someta de nuevo a un verdadero y eficaz principio rector. Y mucho menos aún pueda desempeñar esta función la dictadura económica, que hace poco ha sustituido a la libre

concurrencia, pues tratándose de una fuerza impetuosa y de una enorme potencia, para ser provechosa a los hombres tiene que ser frenada poderosamente y regirse con gran sabiduría, y no puede ni frenarse ni regirse por sí misma.

Por tanto, han de buscarse principios más elevados y más nobles, que regulen severa e íntegramente a dicha dictadura, es decir, la justicia social y la caridad social. Por ello conviene que las instituciones públicas y toda la vida social estén imbuidas de esa justicia, y sobre todo es necesario que sea suficiente, esto es, que constituya un orden social y jurídico, con que quede como informada toda la economía”.

En nuestro Derecho un expreso reconocimiento de la necesidad de control de la libertad económica lo encontramos en la legislación de defensa de la competencia, en particular en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que señala en su exposición de motivos que: “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.” Y ante la evidencia del abuso de la iniciativa económica establece una relación de conductas prohibidas, sancionándolas y asignando a la Comisión Nacional de la Competencia su persecución, con la ventaja añadida de asignar el cometido a un organismo independiente del Estado.

Otras de las distorsiones de la libertad económica, en su dimensión de igualdad, viene de la mano de las ayudas económicas concedidas por los poderes públicos que distorsionan los mercados en beneficio de unos pocos favorecidos. Se trata de intervenciones del Estado que lejos de favorecer el desarrollo económico falsean los mercados. Ante ello, actualmente ha cobrado especial importancia la limitación de las ayudas públicas, constituyendo su limitación uno de

los objetivos primarios de la Comisión Europea de la Competencia⁶.

Uno de los obstáculos más frecuentes en el ejercicio de la actividad económica es consecuencia del control público, que lejos de favorecer la seguridad, genera trabas a la expansión de los empresarios. La preocupación ante este panorama ha venido una vez más de la Unión Europea, a través de la Comisión de Mercado Interior, aprobándose la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuya exposición de motivos debe ser citada: “La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros es un medio esencial para reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible.” A su vez, el artículo 2 del *Tratado de la Unión* señala como misión de la Unión el promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”

Actualmente la Directiva 2006/123/CE está en tramitación para transposición; sin duda será esta una buena ocasión para eliminar barreras que impidan la igualdad en el ejercicio de la actividad

económica. Barreras que no sólo existen cuando se trata de desplazarse de un Estado miembro a otro, sino que también se extienden a las relaciones entre Comunidades Autónomas, caracterizadas éstas por un celo desmedido de lo suyo frente a lo ajeno.

3º. El Estado empresario.

Dispone el artículo 128.2 de la Constitución:

“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

Nada se dice de la supletoriedad, simplemente la Constitución reconoce la iniciativa económica sin más límite que la ley cuando se reserven recursos o servicios esenciales, o cuando se trate de la intervención. Pero fuera de estos supuestos no hay más límite que la voluntad política, cuestión ésta que no puede quedar huérfana de crítica pues cuando los poderes públicos acometen iniciativas económicas no lo hacen en condiciones de igualdad, como hemos visto, su intervención debe ser residual. En caso contrario se acabaría desplazando la iniciativa privada ante la presencia de un todo poderoso Estado Empresario.

Afortunadamente, los límites a este reconocimiento han venido de la mano de la Unión Europea, y en concreto del reconocimiento del principio de libre competencia en los artículos 81 y 82 del Tratado. No obstante todavía persiste el diseño de un modelo excesivamente abierto a valoraciones políticas inspiradas por el principio de oportunismo y conveniencia.

Esta fórmula abierta ha permitido bien el mantenimiento de un enorme sector público empresarial, bien su privatización. De esta manera el vasto conjunto de empresas estatales dependientes del INI, Instituto Nacional de Hidrocarburos, Grupo TENE... se han ido privatizando en función de los programas políticos del partido a la sazón gobernante.

Conviene destacar la exposición de motivos de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, por la que se regulaba el régimen jurídico de enajenación de participaciones

6 Neelie Kroes European Commissioner for Competition Policy “State aid and globalisation – the competition perspective” Informal Competitiveness Council Würzburg, 28th April 2007 “State aid control is fundamental to this strategy. State aid control ensures that competition on the merits is not distorted by undue state intervention. It prevents public funds from being wasted propping up failing companies or feeding ‘prestige projects’ which are politically hot but have no long-term gain. Most importantly it helps Member States target support where it brings best results to spur competitiveness or assist change.”

públicas en determinadas empresas, de la que resulta la distinción entre empresas públicas “necesarias” de las que sólo se justifican por la habilitación constitucional, y así se dice: “La racionalización del sector público, en el marco de la Constitución, y del Derecho comunitario europeo, constituye un objetivo, que puede requerir de una política de enajenaciones de las participaciones estatales, directas o indirectas, en entidades mercantiles. Cuando, desde el punto de vista del interés público la presencia pública en dichas entidades se explica exclusivamente en la habilitación constitucional para la iniciativa económica, la ejecución de dicha política no presenta problemas jurídicos relevantes. No sucede lo mismo cuando se trata de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público.”

Un vistazo a la actual configuración nos permitiría ser optimistas, el Estado ha dejado de ser industria farmacéutica –BABCOK-WILCOX-, transportista aéreo –IBERIA, BINTER... - marítimo –TRANSMEDITERRÁNEA- o por carretera –ENATCAR-, asegurador, suministrador de energía eléctrica –ENDESA-, gasística –GAS NATURAL, ENAGAS-, combustibles –CAMPESA-, entidad de crédito –ARGENTARIA... y a pesar de esta “retirada” la economía ha ganado en competitividad, sin que los destinatarios hayan experimentado destacables perjuicios.

Pero si atendemos a los estudios de la Intervención General de la Administración del Estado⁷ encontramos en un año sólo en el Estado, 276 empresas con los objetos más variados, y si bien la tendencia es de disminución no sucede lo mismo en Comunidades Autónomas y Entidades Locales, ya que si bien en el inventario de 2002 la cifra era de 540 y 671 respectivamente, en el año 2005 es de 617 y 1078. Y sumado todo el sector público empresarial la cifra es de unas 2141 empresas. Cantidad elevada, si consideramos que la aparición del Estado empresario debe ser residual, pues si las empresas se constituyen

para la realización de su objeto social, difícilmente pudiéramos enumerar 2141 actividades que precisen la intervención pública. Cantidad excesiva, aun asumiendo el principio de racionalidad que exige el sector público empresarial, pues su sola gestión y control supone una carga de trabajo enorme para las Administraciones Públicas.

VALORACIÓN FINAL

La aplicación del principio de subsidiariedad a la economía no suscita en nuestro Derecho y realidad económica especiales problemas a diferencia de lo que acontece en otras áreas de la sociedad. La razón, considero, descansa en la tozudez de los mercados, que priman al más rápido, al más ágil, al de mayor aptitud... , cualidades que no son frecuentes en las organizaciones públicas. No se trata de vender barato por Decreto Ley, se trata de vender barato porque premiamos al ingenio de ahorrar costes sin perder beneficios; el progreso económico no consiste en asignar la exclusiva a un sólo agente, consiste en permitir que todos puedan intervenir eliminando barreras de entrada, pues la libre competencia redundará en beneficio de los consumidores. Los mercados ya no se pueden tener cerrados al exterior, se impone la apertura de fronteras, y además las competencias económicas de los Estados son cada vez menores, de manera que en ausencia de una política monetaria propia en España, la tarea pendiente es la de flexibilizar estructuras y abrir mercados. En definitiva en este contexto ¿quién osaría limitar la iniciativa económica!

A pesar de lo indiscutible de la iniciativa económica, los Poderes Públicos no pueden confiar ciegamente en los particulares, deben esforzarse por conseguir el objetivo que nos propusimos en el Preámbulo, constituir un orden económico justo, que respete la igualdad y la justicia. Y estos cometidos no son de puntual cumplimiento, sino que requieren una constante intervención estatal promoviendo condiciones favorables, y en su caso limitando los excesos que genera la economía de mercado. La

⁷ http://www.igae.pap.meh.es/Internet/Cln_Principal/ClnPublicaciones/ClnPublicacionesLinea/InformesEconomicosFinancieros.htm

labor de los poderes públicos debe estar presidida por el principio de justicia y solidaridad, garantizando la igualdad entre individuos y territorios.

Finalmente, la aparición de un Estado empresario es causa de distorsión de la economía, y si

bien a nivel estatal son claros los síntomas de disminución, no sucede lo mismo en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales que se afanan en crecer tanto en el ámbito de lo público como en lo empresarial. ■

V. EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

JUAN CESÁREO ORTÍZ ÚRCULO
FISCAL DE SALA
Y EDUARDO DE URBANO CASTRILLO
MAGISTRADO

1. CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA¹

Una de las principales manifestaciones del principio de subsidiariedad es el derecho a la participación de los ciudadanos en la vida pública.

En efecto, el recto entendimiento de una sociedad, supone su constitución de abajo a arriba y la legitimación democrática de quienes desempeñan los cargos públicos.

De ese modo, son los ciudadanos quienes ostentan, verdaderamente, los derechos políticos mediante los cuales participan en la vida pública, y entre los cuales, uno de los más importantes, es el derecho a la objeción de conciencia.

Concebimos por tanto el presente derecho como una forma de participación, y más concretamente, como el derecho a objetar la ley que se considere injusta.

¹ Este punto es obra de Eduardo de Urbano Castrillo

A) LA CONCIENCIA

Antes de adentrarnos en el tema de la *objeción de conciencia*, se hace preciso empezar por el principio y hacernos la siguiente pregunta ¿pero qué es la conciencia?

En una definición clásica, conciencia es la “norma próxima de moralidad”, que permite dictaminar sobre la bondad o maldad de un acto.

Un agnóstico revolucionario como Rousseau, la denominó “la voz del alma” y Pío XII la conceptuó como “...el núcleo más íntimo y secreto del hombre... sólo consigo mismo y con Dios”.

Pero como se puede apreciar, desde perspectivas muy distintas, se reconoce su existencia y su indudable importancia.

En la conciencia se determina en forma de juicio, lo que se considera bien y mal. Categorías de todo acto humano, de las que ya hablaba la filosofía griega.²

² Aristóteles es reconocido como pionero en su “*Ética a*

Pero la conciencia no crea la moralidad, sino que sólo escoge, decide. Y podemos preguntarnos ¿entre qué escoge? Pues entre la ley natural y la ley positiva que se pone a su alcance, y que a través de la conciencia, se actualiza en el caso sometido a su consideración.

Lo ideal es la correlación entre ley natural y ley positiva, pero eso no sucede siempre, e incluso con cierta frecuencia entran en colisión. Al menos con la conciencia de algunos, porque las conciencias de las personas no son iguales, dependen de su formación y experiencias.

a.- Clases

Clásicamente se habla de: conciencia certera, verdadera o recta, que es la que descubre los principios morales aplicables al caso; y conciencia errónea o falsa, que entendiendo por verdadero lo que no es, juzga equivocadamente.

A su vez, entre las clases de conciencia errónea, se distingue: conciencia perpleja, la que no sabe a qué atenerse porque por todos los lados ve inconvenientes; conciencia escrupulosa, que eleva a la categoría de mal lo que sólo en algún detalle lo es; conciencia laxa, la que no aprecia lo erróneo lo que objetivamente es un mal; y conciencia hipócrita, la que se escandaliza ante cosas sin importancia y en cambio pasa por alto cosas gravemente inmorales.

La conciencia errónea es la que está mal formada o informada, o ambas cosas a la vez. Además, existe otro tipo de conciencia, de gran importancia para emitir un juicio: la conciencia dudosa, que es la que se muestra insegura, ante un caso concreto.

La conciencia dudosa ofrece varias posibilidades: sobre el hecho o sobre el derecho, pero en ambos casos, la mayoría de las veces, puede superarse con un esfuerzo de diligencia o esfuerzo personal.

No faltan en la práctica jurídica casos dudosos, que se expresan con axiomas clásicos con los que el jurista debe resolver sus dudas:

§ *Lex dubia non obligat*. La ley dudosa no obliga. Criterio de moralidad aplicativo, según el caso

Nicómaco”.

y la persona, pero que no rige para el juez, que debe decidir siempre, ateniéndose a las consecuencias de no hacerlo así.

§ *In dubio, standum est pro eo, pro quo stat praesumptio*. En la duda, debe estarse a favor del que tiene la presunción. Lo que significa, por ejemplo, que si no hay pruebas concluyentes en contra, se dará la razón al que tiene a su favor la presunción de haber obrado bien.

§ *In dubio, melior est conditio possidentis*. En la duda, es preferible decidirse a favor de quien ya posee la cosa, es decir, es mejor amparar al que aparece con mejor derecho que a quien pudiera resultar con él, pero no lo ha acreditado.

§ *In dubio pro reo*. Que de tan conocida, no necesita de comentarios.

§ *In dubio favores sunt amplianda et odiosa restringenda*. En la duda, estar por lo que beneficia en vez de por lo que perjudica.

b.- Formación de la conciencia

Por otro lado, la conciencia se va formando, perfeccionando o deteriorando de modo paulatino, a golpe de experiencia, conocimiento y reflexión. Y con la práctica, porque la buena conciencia es la que se va enriqueciendo en libertad con adquisiciones éticas, esto es, mediante la realización de juicios de conciencia correctos.

El tema de nuestra época es que abandonada la existencia de una verdad universal que nutra las conciencias, cada conciencia tiende a establecer su verdad, que es individualista y se basa en una ética de autenticidad, de coherencia consigo mismo —según se dice— que no tiene por qué ser verdadera.

Esto ha coincidido con la llamada “muerte de Dios”, expresión fuerte de Nietzsche —quien odiaba tanto a cristianos como a socialistas—, lo cual ha abierto un evidente vacío que se ha rellenado por el superhombre (los Fascismos), la locura (Stalinismo y Nazismo), la mediocridad no comprometida (el hombre-masa, consumidor del siglo XX), los falsos paraísos (la droga, el sexo, el nirvana...) o el relativismo ético (de la moral de situación).

S
u
b
s
i
d
i
a
r
i
e
d
a
d

El panorama resultante, pues, es de confusión y requiere un esfuerzo para, desde la humildad —virtud desconocida y por ello poco apreciada—, poner las cosas en su sitio.

c.- Referentes de la conciencia

Sin embargo no tenemos por qué ser tan pesimistas, pues la tarea de formar la conciencia no es tarea fácil ni breve, pero es posible.

Incluso se habla de una conciencia universal de la humanidad, que ha formado consenso en torno a verdades indiscutidas: el ansia de paz y el odio a la guerra; la denuncia de crímenes contra la humanidad y la necesidad de crear instituciones para enjuiciar a los responsables; la preocupación por la ecología, con la defensa del medio ambiente y la persecución de los contaminantes y depredadores; los derechos humanos, como garantía de la libertad y la democracia; la globalización, con sus pros y contras, pero como realidad posibilitadora de mejores y mayores relaciones de conocimiento mutuo, progreso económico y oportunidades de todo orden, etc.

Por otro lado, existe igual consenso, con la exigencia de mejores prestaciones y de proporcionar un servicio público de calidad, general y en buenas condiciones.

Y en la base de todo ello, la familia aparece como la gran referencia del ser humano, querido y ayudado por sentimientos como el desprendimiento y la generosidad, erigiéndose al tiempo como la célula básica de la sociedad.

Cierto que no siempre es fácil actuar de acuerdo con la conciencia, pero moralmente la decisión de hacerlo es cualitativamente superior a plegarse a no actuar o a hacerlo con conciencia de traicionarla.

Se exige valor para defender la conciencia, pero también para formarla y para actuar en consecuencia. De ello deriva que mayores niveles formativos y de información obligan a más, pero debe actuarse siempre con el tamiz de la prudencia, pues el juicio de conciencia certero es un juicio prudente, que es el propio del buen juez, que implica tomar decisio-

nes de la mano de la prudencia, la primera de las virtudes humanas.

d.- La dimensión religiosa

El contenido o nutriente de la conciencia descansa, fundamentalmente, en su libertad para adquirir —no para que le impongan— una concepción global del mundo (la *Weltanschauung* o cosmovisión de la que habla la filosofía alemana), en la que los conocimientos, las ideas y creencias forman un todo.

En este sentido, se hace necesario referirse a la dimensión religiosa del hombre, cuestión clave, pues como se ha dicho “en la religión se encuentra la esencia de la vida”, “la religión está en el corazón del hombre” y “sin religión no habría civilización” (Carl LEWIS).

Y la dignidad del hombre proviene de su capacidad de pensar, pues “pensar bien es el principio de la moral” (Blas PASCAL)³ y la conciencia se forma e ilumina, también, con la razón de la fe, que ha de proyectarse en la vida práctica, a través de la adquisición de virtudes, porque la fe sin obras o ideas (buenas) y sin raíces, carece de fuerza y sustento para resistir a las vicisitudes de nuestro tiempo.

Una persona que no piensa críticamente, que no reza, que no se ejercita en las virtudes se niega posibilidades reales de realizar actos buenos, esto es, morales y de poder influir positivamente en su ambiente.

B) LAS CINCO CUESTIONES BÁSICAS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Seguidamente, pasamos a examinarla, contestando a estas cinco preguntas:

- a) ¿Qué es la objeción de conciencia?
- b) ¿Qué importancia tiene?
- c) ¿Está admitida en España?
- d) ¿Cuáles son sus límites?
- e) ¿Está reconocida en otros países?

³ Las citas las ofrece ORTÍZ, Jesús en su recomendable y de fácil lectura “*Diálogo sobre los mandamientos*” Palabra, 2004.

a) ¿Qué es la objeción de conciencia?

La objeción de conciencia es un derecho de toda persona a incumplir una norma jurídica cuando ésta colisiona con sus convicciones morales.

En otras palabras, podemos definirla como “el derecho que asiste a toda persona para comportarse en su vida personal y social de acuerdo con los dictados de su conciencia”⁴.

Supone resistir la ley que se estima injusta porque su aplicación afecta a las propias normas éticas, religiosas o morales que tenga la persona respecto a una determinada cuestión.

Es decir, supone la oposición “por razones axiológicas”⁵, - es decir, por chocar con los valores propios-, a una ley que se estima incompatible con lo que dicta la conciencia.

Así, si una ley establece la legitimidad de la tortura en algunos casos, la eliminación del segundo hijo —como sucede en algún país— o cualquier otra aberración similar, este derecho afirma que existe el imperativo ético de oponerse a dicha ley.

En la historia de la humanidad, movimientos revolucionarios, guerras o Constituciones han cambiado leyes injustas por otras: la esclavitud, el sufragio censitario, el partido único —éste último todavía vigente en algún país— han sido ejemplos históricos de ello.

Pero la objeción de conciencia aparece cuando existen leyes injustas que se hallan vigentes y se quieren imponer a la ciudadanía. Es decir que, por su estructura, no se trata de leyes que se limitan a conceder un derecho (normas dispositivas) sino que pretenden obligar a un cumplimiento concreto (normas imperativas).

Y ante ello se rebela la conciencia, o mejor, algunas conciencias que se encuentran así ante un “dilema ético”.

⁴ PRIETO SANCHÍS en “*Desobediencia civil y objeción de conciencia*” en *Objeción de conciencia y Función pública*, Estudios de Derecho Judicial-CGPJ, 2006.

⁵ Id.op.cit.

b) ¿Qué importancia tiene?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en resolución de 20-8-1994, sentenció que “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los logros de las sociedades democráticas”.

Y es que la objeción de conciencia deriva del derecho a la libertad de conciencia, esto es, del derecho de toda persona a formar su conciencia conforme a las pautas y método que escoja (a través de la propia familia, del colegio, de lecturas determinadas, etc).

De hecho, se trata de un derecho de tal magnitud que aparece recogido en la Constitución española, inmediatamente a continuación del derecho a la vida, el derecho fundamental básico, troncal y soporte de todos los demás, como dijera la STC 53/1985, de 11 de abril.

Se entiende, pues, que este derecho fundamental de toda persona se mueve en ámbitos de la máxima importancia, como en el ámbito sanitario la objeción a practicar el aborto o a dispensar determinados fármacos contrarios a las normas éticas de los facultativos y farmacéuticos; negarse a ser alistado en el ejército si se profesa un pacifismo real; obligar a jurar sobre los evangelios a quienes no tienen creencias religiosas o verse forzado a formar parte de un jurado cuando las convicciones morales lo impiden.

No se trata pues de recurrir a este derecho para cualquier cosa que desagrade porque estaríamos legitimando la anarquía. Así, no pago impuestos porque no estoy de acuerdo con el gobierno que los establece; o yo circularé por la izquierda, sea donde sea, porque en mi país de origen —Gran Bretaña- no se conduce por la derecha.

La conciencia, que ha sido llamada “fuerza de freno” (MESSNER), supone el ejercicio permanente de la capacidad de reflexión, la elección constante, que sirve para identificar a cada hombre: somos lo que decimos, pero sobre todo somos lo que hacemos.

La justificación de nuestros actos es lo que los califica, más que el acto en sí. Por eso, porque la vida, en sus diferentes facetas familiar, profesional, social, no es una peripecia personal, sino que implica siempre un actuar para otros y con o junto con otros, es crucial la dimensión relacional de nuestra actividad.

En la conciencia, en definitiva, radica nuestro yo más auténtico, y del que saldrá el buen o mal ciudadano y el buen o mal profesional, porque la conciencia es un juez que nos dice si debemos actuar de una u otra manera, si debemos dar por terminada una tarea o no, e incluso el grado de valor que debemos poner ante un supuesto o una situación difícil.

Por eso no podemos actuar sin conciencia, porque una de las más graves acusaciones que nos pueden hacer es precisamente “que no tenemos conciencia”, lo cual exigirá una actitud diligente, vigilante y una justificación de nuestra actuación permanente y no conformista.

c) ¿Está admitida en España?

El art. 16 CE establece que “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”.

Por su parte, la STC 15/1982 reconoció que “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica (y) es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”.

Por si hubiera alguna duda, y alguien pensara que es un mero “derecho programático”, sin aplicación salvo que una ley de desarrollo lo reconociera, cabe decir que tanto la ley como los tribunales han reconocido el derecho a objetar.

De forma explícita el art. 30.2 CE reconoce el derecho a la objeción de conciencia de “las obligaciones militares”. Y de forma implícita, la llamada cláusula de conciencia de los periodistas (art. 20 1 d) CE.

Tales reconocimientos, ¿significan que no existe un derecho general a la objeción de conciencia? No lo creemos así. Si para aplicar un derecho fundamental tan amplio como el que examinamos necesitaríamos una expresa autorización, habría una negación *de facto* porque el campo de ejercicio de este derecho es ilimitado e imposible de encerrar en un elenco o lista de asuntos o materias.

NAVARRO VALLS⁶, a título de ejemplo, se refiere a todas estas posibilidades: objeción a la práctica del aborto; a las transfusiones de sangre si se es testigo de Jehová; a negarse a integrar el jurado; a no participar en una consulta electoral formando parte de una mesa electoral (por cierto, actualmente es considerado delito); a la celebración de bodas entre contrayentes del mismo sexo; a impartir enseñanzas contrarias a las propias convicciones (o a recibirlas, añadimos nosotros); a exhibir o no exhibir determinados atuendos. . .

Y si hablamos de materia sanitaria, la casuística es grandísima, pudiendo sostenerse que la objeción de conciencia a participar o colaborar en la práctica de abortos se ha reconocido por los tribunales, que han revocado decisiones de traslados de personal sanitario, de médicos o anestelistas que —acogiéndose al art. 16 y al art. 14 ambos de la CE, que prohíbe toda discriminación por razones, entre otras, ideológicas— se habían negado a colaborar en una práctica médica que no tiene carácter curativo ni satisfactivo (medicina que en vez de curar, trata de mejorar el aspecto del paciente-demandante, como sucede con la odontología y la cirugía estética).⁷

Por todo ello, la interpretación válida debe ser la contraria. Los derechos fundamentales son ejercitables directamente y gozan *prima facie* de una presunción de su legitimidad, ya que en esta materia toda interpretación restrictiva es anticonstitucional.

Sólo pueden oponerse límites constitucionales derivados de la concurrencia con otros derechos —pues no existe ningún derecho absoluto— pero ninguna ley o disposición de rango infraconstitucional puede afectar al núcleo del derecho, salvo cláusulas de “orden público (constitucional)” excepcionales,

6 NAVARRO VALLS, Rafael y MARTÍNEZ TORRÓN, Javier en “*Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*”, MacGraw-Hill, 1997.

7 Puede verse al respecto, el trabajo de Sara SIEIRA MUCIENTES “*La objeción de conciencia sanitaria*” en *Objeción de conciencia y Función Pública* (pp. 43 a 98), Estudios de Derecho judicial-CGPJ, 2006.

debidamente justificadas y contenidas en normas de rango de ley que no desvirtúen el derecho.

En relación a este derecho, pensamos como cláusulas válidas en todas aquellas que traten de evitar un fraude de ley, o una objeción basada en convicciones inasumibles (racistas, xenófobas, antidemocráticas, derivadas de sectas destructivas, etc).

Pero conviene examinar algunos casos concretos que se han dado en la reciente práctica democrática de la vida española.

Así, la objeción al servicio militar condujo a la desaparición de su obligatoriedad por una razón: la presión social. Y es que se pasó de unas 12000 causas en su primer año a cerca de un millón de objeciones el último año (1999) que estuvo vigente el servicio militar⁸.

Dicha “insumisión” a una norma que permitía una prestación alternativa a la militar, llevó a la despenalización de la misma y a la definitiva suspensión del servicio militar el 31 de diciembre de 2001.

En cuanto a “casos” ya admitidos, el Tribunal Supremo, en S.23-4-2005, reconoció a un farmacéutico andaluz su derecho a oponerse a vender preservativos y anticonceptivos porque su derecho a actuar en conciencia se lo impedía, a pesar de que existía una norma de la Junta de Andalucía que le obligaba.

En el ámbito del derecho a abstenerse de participar en actos de carácter religioso contrarios a sus creencias, el Tribunal constitucional ha admitido tal derecho en sendos funcionarios, uno militar (STC 177/1996, de 11 de noviembre) y otro miembro del CNP (STC 101/2004, de 2 de junio).

En el primer caso, se reconoció el derecho a no participar en una parada militar celebrada en honor de la Virgen de los Desamparados, en Valencia. Y en el otro caso, hecho similar acontecido en la Semana Santa de Málaga, en relación a la escolta en la

estación de penitencia de la Hermandad de Nuestro Padre Jesús el Rico.

c) ¿Cuáles son sus límites?

Ciertamente no hay derechos absolutos, y además la aplicación o ejercicio de todo derecho —incluso de los llamados fundamentales— ha de hacerse de forma ponderada.

La propia Constitución española, tras reconocer los derechos fundamentales a la libertad ideológica, religiosa y de culto, no señala más limitación que “la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” (art. 16.1). Por eso la libertad de conciencia, asunto propio de los individuos, no impide al Estado “penetrar con su fuerza y su coacción” cuando ello resulte necesario para preservar los derechos de los demás (Prieto Sanchís).

En tal sentido, se habla de la necesidad de mantener el “orden público”, expresión en la que no cabe ver una concepción policial sino la defensa del “esquema de valores esenciales” que tiene una comunidad en un momento dado⁹.

Y es que una “objeción” general a la ley, o a cualquier ley que no guste, “significaría la negación misma de la idea de Estado” (STC 161/1987).

La libertad de conciencia ha de ejercerse, por tanto, de forma reflexiva y ponderada¹⁰, en cuyo caso ha de ser reconocida. Y al contrario, cuando la conducta objetora se ejercite de forma frívola, ponga en riesgo los intereses vitales del Estado —así, la objeción fiscal- o lesione valores o bienes jurídicos de otros, no puede prosperar.

Sin embargo el papel del Estado en esta materia está muy restringido, como pusiera de manifiesto el TEDH en S.7-12-1976, en un asunto en que unos padres daneses pedían se les reconociera el derecho

8 Se pasó de 12.170 solicitudes de objeción en 1985 a un total acumulado, al finalizar el pasado siglo de 988.203 objetores de conciencia (José Luis SERRANO en “*La clasificación de los derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales*” en “Derecho y Persona” 54/2006.)

9 PÉREZ VERA, Elisa en “*Derecho Internacional privado, vol. 1*”, *Colex*, 2002.

10 del MORAL GARCÍA, Antonio en “*La objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal*”, en *Objeción de Conciencia y Función Pública* op.cit. afirma que “Sopesar. Ponderar. Esa es la idea clave”.

a dar una educación sexual propia a sus hijos, fuera de la escuela.

En efecto, en dicha resolución se indica: “se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoc-trinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado”.

d) ¿Está reconocida en otros países?

La libertad de conciencia no sólo está reconocida en multitud de Constituciones y leyes extranjeras sino que los propios Tribunales la aplican al resolver los conflictos que se le plantean.

En primer lugar hay que señalar que la libertad de conciencia es una de las libertades que no falta en los grandes textos jurídicos internacionales sobre derechos y libertades de las personas.

Así, aparece recogida en el art. 18 de la Decla-ración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 1948: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

También está reconocida en el art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966, de modo semejante: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

En el ámbito europeo aparece en el art. II-70 2. de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que dice: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Y en el art. 9.2 del Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de Roma,

con el sólo límite de las restricciones legítimas que puedan considerarse “medidas necesarias en una sociedad democrática”.

Por su parte, la Constitución alemana, en su art. 4, establece que “La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de profesión religiosa e ideológica son inviolables”.

Del mismo modo, en diferentes países hay un reconocimiento a diversos niveles.

Así, en Canadá, el art. 27 de su Carta Constitu-cional de Derechos y Libertades recoge el derecho a la libertad de conciencia, que en el art. 34 permite la objeción de conciencia del celebrante legal a la celebración de un matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

En Austria y en Bélgica se admite la objeción de conciencia a formar parte del tribunal del jurado, en contraste, por cierto, con la situación española en la cual a pesar de que la Constitución lo considera un derecho (“Los ciudadanos podrán... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado”, art. 125), la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995, lo convierte en un deber, al prever sanciones económicas en caso de no concurrir al llamamiento correspondiente, en caso de ser elegido.

La misma situación que en Austria y Bélgica se da en Inglaterra, en la que una ley de 1994 permite a los miembros de grupos religiosos ser excluidos del jurado. Y tal reconocimiento es práctica frecuente en sentencias de tribunales nórdicos respecto a ministros religiosos protestantes.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Estrasburgo la ha reconocido en numerosos casos, en los que trata de salvaguardar los derechos individuales manifestados en el trípede: libertad de pensamiento, conciencia y religión, frente a ingerencias o imposi-ciones estatales en dicho ámbito.

C) DIEZ CONCLUSIONES, A MODO DE RE-FLEXIÓN FINAL

Para concluir, desgranamos una especie de de-cálogo de ideas-fuerza con el propósito de que sirvan como resumen de lo expuesto.

Primero.- Es inaceptable la defensa selectiva de los derechos fundamentales.

Si, como se ha dicho, un Estado de derecho es al mismo tiempo un Estado de derechos¹¹, no puede admitirse que desde ninguna instancia se abogue por unos derechos y se persiga o dificulte otros.

Los derechos están para ser ejercitados, y el hacerlo o no es cuestión del individuo, de cada individuo en particular, que es el sujeto legitimado para ello, sin que quepa que el Estado pueda entrometerse en tal terreno.

Segundo.- La objeción de conciencia emana de la libertad de conciencia.

La libertad de conciencia, junto con las libertades de pensamiento y religión, “es uno de los fundamentos de la sociedad democrática” y, en particular, la dimensión religiosa es “uno de los elementos más importantes que definen la identidad de los creyentes y su concepción de la vida” (STEDH Caso “Kokkinakis c. Grecia”, de 25-5-1993).

Tercero.- Convicciones es un término que conviene definir bien.

No equivale a opinión o ideas, sino a creencias, esto es, a las convicciones internas que se refieren a lo moralmente justo o a la conducta moralmente debida en cada caso.

En tal sentido son un conjunto serio, coherente y firme de criterios de moralidad procedentes del ejercicio de las libertades de pensamiento, conciencia y religión¹².

Es decir, son el resultado de la formación cultural y moral adquirida por una persona. Por eso las personas que no han adquirido valores y carecen de principios no tienen convicciones o las tienen muy etéreas.

Desde luego esas personas no se plantean dilemas morales y como consecuencia, al carecer de la menor noción de lo que significa que otros tengan conviccio-

nes arraigadas, tienden y llegan a oponerse a ellas, por considerarlo algo incomprensible o perturbador para su tranquilidad de “falta de conciencia”.

Con una frase del genial Groucho Marx, se entiende perfectamente: “*estos son mis principios, pero no se preocupe, si no le gustan, tengo otros.*”

Cuarto.- El ejercicio de la objeción de conciencia no requiere una ley que la desarrolle porque deriva de la Constitución y es aplicable directamente.

La ley siempre llega tarde para regular una cuestión social, de ahí que sean los Tribunales el marco natural en el que se ventilan los derechos concretos a la objeción de conciencia cuando son negados por una decisión legislativa o administrativa.

Por otra parte los derechos fundamentales no requieren de un desarrollo posterior que actúe a modo de “permiso” para ejercerlos pues son directamente aplicables y vinculantes para todos los órganos y autoridades del Estado (art. 9.1 CE).

Quinto.- No se puede ser tolerantes con lo intolerable.

El relativismo que todo lo admite y los fundamentalismos del terrorista que mata “por convicción” o las concepciones de “civilizaciones” que aún hoy niegan la igualdad de las personas y derechos tan básicos como el de la libertad de conciencia y religión, no pueden ser acogidos.

Recientemente, los medios de información se referían al caso del egipcio Mohamed Higazi a quien se le negaba su condición de cristiano, a pesar de la contundencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y relataron el caso de un afgano, converso al cristianismo, que escapó de una ejecución “por los pelos”, al preferir considerarlo demente las autoridades del presidente Karzai, en un gesto —por las presiones internacionales— interpretado como “benevolente”¹³. Por eso hay que decir basta al falso progresismo que, so capa de igualitarismo y tolerancia, pretende imponer el respeto —lo que no es digno de respeto, no merece respetarse— a concepciones filosóficas, políticas

11 BERTOLINO, R. “*L’obiezione di coscienza “moderna”* Torino, 1994.

12 LaSTEDH 25-2-1992 “Caso Campbell y Cosen contra Reino Unido” examina esta interesante cuestión.

13 ABC, 14-8-2007

o religiosas esencialmente antidemocráticas, que justifican el atropello del diferente, la opresión de los considerados inferiores o la negación de la libertad de quienes piensan distinto.

Sexto.- Hay que combatir las normas injustas.

La condición de ciudadano en una sociedad democrática va más allá de elegir cada cuatro años, en unas listas cerradas y bloqueadas, a unos representantes escogidos por los partidos políticos.

Cada cual, según sus circunstancias, debe participar en la vida pública, pues tiene derecho a ello. Y en algunas ocasiones, constituye un auténtico deber moral hacer frente a decisiones legislativas que se estiman injustas y gravemente perjudiciales para la sociedad.

Los modos de hacerlo son muy variados: protestar mediante cartas al director; enviar correos electrónicos o telefonar a una emisora de radio; firmar iniciativas populares legislativas, manifestarse, asociarse, reunirse con personas de pensamiento afín y, llegado el caso, objetar.

Séptimo.- El Estado no puede legislar sobre materias que escapan a su disponibilidad, así no puede imponer una Moral de Estado.

La evolución histórica del Estado, nos ha conducido a un Estado de libertades y de prestaciones, incompatibles con cualquier intento de resucitar concepciones estatales paternalistas o autoritarias.

Al Estado de esta hora hay que pedirle libertad, condiciones para progresar como persona y una contribución tangible en materias de infraestructuras sociales y económicas. Pero no está legitimado para restringir derechos ni para tratar de imponer sus concepciones ideológicas a quienes no lo aceptan.

Cabe por tanto objetar leyes que atenten a la familia natural, a la libertad de educación o que impongan deberes u obligaciones que repugnen a la conciencia.

Y ello tanto por derivar del principio de subsidiariedad (el Estado no debe entrometerse en la esfera de creencias propias de las personas y las familias) como porque la objeción es un derecho individual ejercitable por personas concretas que se enfrentan a un dilema moral: cumplir o no una norma contraria a las propias

convicciones éticas o morales.

La objeción de conciencia requiere que la norma nos afecte o pueda afectarnos y que se refiera, como se dijo, a materias de trascendencia.

Octavo.- El lenguaje no puede encubrir lo que es contrario a la moral.

La manipulación del lenguaje se ha convertido en un sutil arte de enmascarar la realidad y de tratar de “vender” como valiosa lo que es mercancía falsa.

Se hace preciso, pues, estar especialmente alerta ante los medios de comunicación, los mayores comunicadores de nuestro tiempo, que transmiten información y opiniones mediante tres fases para contarnos “lo que pasa”: primero, con la selección de noticias, que nos lleva a la conclusión de que las que no aparecen no existen; segundo, con su presentación más o menos destacada, que hace que los intereses que defiendan se ofrezcan en portada si les beneficia o se oculten en página interior si no resulta muy favorable, y tercero con una narración medida según el asunto y trufada de opinión.

En ese proceder, el lenguaje —instrumento de la comunicación— adquiere una importancia impresionante, pues a través de él se trata de inculcar ideas y realidades —por cierto, detrás de las cuales, no falla, hay siempre “negocio” — que se presentan como “progresistas” y de criticar o ridiculizar lo que se considera “reaccionario”.

El modo de hacerlo, aunque a veces sea sin recato, suele ser indirecto, vía hacerse eco de opiniones o ideas de terceros, que se recogen en un artículo o, cada vez más frecuentemente, difundiendo las opiniones de oyentes o lectores que resultan gratas, simpáticas o divertidas.

Así, y como simple botón de muestra, las mayores aberraciones, como llamar “amor intergeneracional” a la pedofilia, se van abriendo camino.

Noveno.- La objeción, como todo derecho, tiene sus límites.

En tal sentido no cabe ni una objeción general ni objetar sobre cualquier cuestión que no guste. El orden constitucional legitima que el Estado legisle en un sentido determinado para evitar precisamente atropellos a la moral pública: al terrorista por convicción se le juzga; al padre que venga la pérdida de la honra de su

hija, también.

No cabe abusos en materia de ejercicio de derechos, como tampoco puede admitirse “lecturas selectivas” o imposición de límites inexistentes.

Y décimo.- La objeción de conciencia es un tema permanente, que adquirirá paulatinamente mayor importancia en el futuro

No se trata de un tema “raro” o que se ha puesto de moda coyunturalmente, por la pretensión actual de imponer la asignatura de “Educación para la ciudadanía”.

Antes al contrario, está llamado a adquirir un protagonismo progresivo, pues como se ha dicho “no hay ningún objeto de toda la vida estatal, pudiera decirse que ningún pensamiento, que no pueda convertirse en el contenido de una ley” (LABAND).

Por ello, los retos en esta materia no van a faltar. Y van a venir de dos ámbitos principalmente: de la biología y la tecnología por un lado, planteando nuevos dilemas éticos, impensables en otras épocas, y del Estado por otro, dirigido cada vez con mayor frecuencia por gobiernos minoritarios parlamentariamente y con un apoyo popular escaso, que sacan leyes de gran calado social mediante las que se realiza una labor de “ingeniería social” de consecuencias incalculables.

De ese modo, las posibilidades de choque entre ley y conciencia no van a faltar, y resulta por ello imprescindible tener muy claro que existe un derecho a objetar cuando una persona considere que sus convicciones le impiden admitir una determinada norma jurídica, que trata de imponerle unos contenidos contrarios a su conciencia.

2. APLICACIÓN DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: MECANISMOS JURÍDICOS PARA HACERLO VALER¹⁴

a.- La intervención breve que me ha sido encomendada en esta ocasión para escribir sobre el derecho a la objeción de conciencia debe ser por mi parte

aún más concreta y limitada puesto que el tema, con carácter general, ha sido previamente abordado y no pretendemos elaborar aquí un trabajo estrictamente jurídico o doctrinal, sino más bien, al menos por mi parte, hacer un resumen, lo más claro y sencillo posible, sobre el modo en que puede hacerse valer este derecho (pretensión, la de la sencillez, que en materia de objeción de conciencia no deja de ser una mera aspiración, de realización bastante “complicada”).

Sin embargo me permitirán que antes de examinar la manera que legalmente debe utilizarse para ejercitar el derecho a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, reitere y resuma un poco algunas ideas sobre este derecho.

b.- La objeción de conciencia consiste en eludir el cumplimiento de un deber jurídico o legal por considerarlo incompatible con los dictados de la propia conciencia.

En todo ordenamiento positivo los principios o valores éticos, o la falta de estos principios o valores de que se nutren sus normas imperativas¹⁵, pueden colisionar con los que conforman el proyecto vital de cada persona. En esos casos no bastará desde luego aducir cualquier problema de conciencia para resul-

¹⁵ Lo mismo que la libertad religiosa, la de conciencia y la ideológica exigen un reconocimiento y efectividad tanto si consisten en la defensa de unos valores como si lo que pretenden es la negación de todos. El Estado ha de abstenerse tanto para permitir una forma de religión o de valores como para respetar la negación de ellos, porque negar los valores es también una manifestación de la libertad ideológica. De ahí que un Estado que se precie de respetar esos derechos fundamentales no puede colocarse de entrada ni del lado de quienes defienden su conciencia por principios ni del de quienes los niegan porque esto último no sería una postura de neutralidad sino de compromiso. Solo después de ese necesario respeto *prima facie* a lo esencial del derecho, la defensa de la conciencia ha de someterse a la argumentación y ponderación correspondiente, para ser declarada en cada caso concreto prevalente o no frente a otros intereses en conflicto, para lo cual deberán asimismo tenerse presentes los reconocimientos de derechos que la Constitución contiene, como por ejemplo, el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27. 3 CE) o para que no reciban formación religiosa alguna, si esa es su convicción según su conciencia.

¹⁴ El autor de este punto es Juan Cesáreo Ortiz Úrculo

tar eximido del cumplimiento de la ley porque, como fácilmente se puede comprender, eso daría lugar a la muerte de cualquier ordenamiento jurídico y se prestaría a manipulaciones y abusos inadmisibles.

La cuestión es más seria puesto que arranca de un reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia (art. 16. 1, 32. 2 y 53. 2 CE), e incluso de la existencia natural de ese derecho, y por lo tanto de un interés de toda la sociedad en potenciarlo, aunque no sin ponderar previamente si debe prevalecer frente a los derechos o intereses de otros o de la inmensa mayoría de los ciudadanos. No es que el objetor, por el hecho de serlo, pueda dejar de cumplir la ley, pero sí tiene derecho a plantear la objeción y a que se le acepte o se le rechace motivadamente. La Constitución le otorga ese derecho, que podríamos llamar “a la argumentación” o “a la ponderación” de su pretensión¹⁶.

c.- Nuestra Constitución (CE) únicamente reconoce la objeción de conciencia de manera expresa en relación con la exención del servicio militar obligatorio (art. 30. 2 CE), y para hacer valer ese derecho le dota del instrumento jurídico más importante, propio de los derechos fundamentales, como es el recurso de amparo (art. 53. 2 CE).

Por su parte nuestro Tribunal Constitucional (TC), como máximo intérprete de la Constitución (art. 1. 1 Ley Orgánica del TC) ha aceptado que la objeción de conciencia se encuentra implícita en el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, de cuyo contenido esencial forma parte; el art. 16. 1 CE dice que “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Lógicamente, desde esta última perspectiva, el ejercicio de la objeción de conciencia como expresión del derecho fundamental a la libertad ideológica goza sin duda del recurso de amparo que permite en último

término la defensa del derecho ante el Tribunal Constitucional. Esta postura ha sido mantenida por el TC tanto cuando enjuició la demanda de amparo interpuesta por quien objetó frente al servicio militar obligatorio por “motivos personales y éticos” no previstos entonces en la ley (STC 15/1982), como cuando resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra la Ley que despenalizó el aborto y que guardó silencio respecto de la objeción de conciencia del personal sanitario, ante cuyo silencio denunciado la STC 53/1985, en su FJ. 14, dijo que el derecho a la objeción de conciencia *existe* y que puede ser ejercido con independencia de que se haya o no regulado legalmente. Porque la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, “como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es *directamente aplicable*, especialmente en materia de derechos fundamentales”. Y lo mismo puede decirse en el supuesto de la negativa de los testigos de Jehová a la transfusión de sangre cuya objeción, con las particularidades concretas del caso, puede decirse que prosperó en el TC frente a la condena que se había impuesto a los padres por la muerte de su hijo de 13 años (STC 154/2002). Tampoco en ese caso existía norma jurídica alguna que reconociera esta forma de objeción y sin embargo el TC analizó las circunstancias, razonó sobre la objeción y ponderó su prevalencia sobre el derecho a la vida.

Esta jurisprudencia del TC tiene una importancia clarificadora indudable porque indica que la objeción de conciencia está reconocida por la Constitución y no por la Ley y que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), lo cual significa que las distintas formas o modalidades de objeción de conciencia no reguladas —que son prácticamente todas, salvo la relativa al servicio militar, ya inútil al haber desaparecido la obligatoriedad de ese servicio— deben ser tratadas como un caso de conflicto entre el derecho fundamental y el deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa. Nada

16 Prieto Sanchís, Luis, “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 89, pág. 35.

más pero tampoco nada menos¹⁷.

Sin embargo esta línea de pensamiento seguida por el TC no ha sido uniforme y cuenta con excepciones importantes (creo que todas referidas a objeciones relacionadas con lo militar). Así en la sentencia 160/1987, que resolvió recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, afirmó que "la objeción sólo resulta legítima porque así lo establece el art. 30.2 CE en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia, que por sí mismo no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales; o en la STC 161/1987, cuando añade que la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado". Pensamiento reiterado en otras resoluciones después¹⁸.

Aunque esta discrepancia pudiera estimarse meramente aparente, si se entendiera referida a la imposibilidad de que cualquier problema de conciencia valga para obtener la dispensa al cumplimiento de un deber jurídico o se estimara en el sentido de que la objeción no exonera con carácter general del cumplimiento de lo que la ley ordena sino que debe declararse en cada caso una vez ponderado el conflicto, es lo cierto que parece tener mayor calado a la vista de los votos particulares que acompañaron

por ejemplo a la STC 160/1987 en los que se ponía de relieve la contradicción en que iba a incurrir el TC si publicaba esa sentencia y negaba así la inclusión de la objeción de conciencia en el derecho fundamental a la libertad ideológica.

En todo caso, esta contradictoria o confusa interpretación del TC no favorece la seguridad jurídica que debería proporcionar su jurisprudencia y pone de relieve que existen dos formas de entender la objeción de conciencia y los derechos fundamentales en general: como reglas y como principios. Como regla habría que considerar que la objeción de conciencia no existe mientras el legislador expresamente no la reconozca claramente. Como principio por el contrario debe admitirse la existencia de la objeción *prima facie*, en el entorno de la libertad ideológica constitucionalmente reconocida, si bien no podrá prevalecer de cualquier manera o con un carácter general sino una vez que la conducta sea enjuiciada como un conflicto entre el derecho fundamental (art. 16. 1 CE) y otros derechos o bienes constitucionales, mediante un juicio de ponderación y proporcionalidad. Esta segunda postura nos parece más acorde con nuestro sistema constitucional y con la racionalidad que preside en las sociedades modernas más avanzadas las tensiones inevitables que se dan entre el Estado y quien actúa de acuerdo con su conciencia.

4.- Ponderar, esta es la palabra clave. Porque ni cualquier alegato de conciencia puede ser acogido, ni la conciencia particular debe quedar arrinconada, sin explicación alguna, frente a un deber impuesto por la ley. Por ello en el momento de decidir sobre la admisibilidad de una concreta objeción deben sopesarse varios factores: la sinceridad del objeto, el mantenimiento del orden público como límite infranqueable (art. 16. 1 CE) y los efectos perjudiciales que pueda tener para terceros o para el ordenamiento en general (juicio de proporcionalidad). De ahí que tampoco deba negarse en todo caso la objeción de conciencia ni a los funcionarios públicos, ni a los Jueces ni a los Fiscales. Las exigencias serán mayores pues en ellos se añaden, sobre lo exigible a los par-

17 Prieto Sanchís, Luis, op. citada, pág. 39.

18 ATC 71/1993, 1-3, referido a la objeción de conciencia en relación con el gasto público armamentístico, hecha efectiva mediante la deducción proporcional de una cantidad en la declaración de la renta, y la STC 321/1994, respecto de la objeción basada en ideas antimilitaristas y pacifistas que pretende la exención también de la prestación social sustitutoria.

ticulares, deberes derivados de su especial sumisión al ordenamiento jurídico (situación de sujeción especial) voluntariamente aceptados al ocupar la función. Pero la sensibilidad exquisita demostrada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en varios asuntos (STEDH THLIMMENOS c. Grecia, de 6-4-2000) hacia la libertad de conciencia, en la medida reconocida en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estableciendo su límite únicamente *cuando las restricciones estén previstas en la ley y puedan considerarse medidas necesarias en una sociedad democrática* ha de informar necesariamente la manera de enjuiciar estos casos¹⁹.

5.- Por fin he de abordar, una vez efectuado el anterior resumen que espero sirva al fin clarificador pretendido, la forma en que han de hacerse efectivas en nuestro Derecho las distintas modalidades de objeción de conciencia que puedan plantearse.

Lo primero que ha de comprenderse es que el acceso al TC se encuentra condicionado por un previo intento de obtener la satisfacción del derecho reclamado ante los Jueces y Tribunales ordinarios e incluso ante la Administración Pública si la reclamación inicial comienza por ella. Tanto a la Administración, en los casos que le corresponda, como a la jurisdicción ordinaria les compete amparar a los ciudadanos en sus derechos fundamentales. Son ellas las que en primer lugar han de hacerlo y únicamente cuando se estime que no lo han cumplido ha de acudir al TC en penúltimo extremo, ya que el destino final habría de ser, si procede, el TEDH.

Por ello, si la negación de la objeción de conciencia proviene de una administración, bien sea central o autonómica deberá agotarse

la vía administrativa utilizando los recursos que procedan y después, en su caso, la contencioso administrativa correspondiente antes de acudir, subsidiariamente, al TC en recurso de amparo (art. 43 LOTC). Este recurso deberá interponerse en el plazo de *veinte días* contados desde que se notificó la última y firme resolución recaída en el proceso judicial previo.

Si se entiende que la violación del derecho a la objeción de conciencia ha tenido su origen en una resolución judicial, debe agotarse también la vía judicial antes de ir en amparo ante el TC, e interponerse el recurso de amparo en el plazo de *treinta días* a partir de la notificación de la resolución última y firme recaída en el proceso judicial (art. 44 LOTC).

Por lo demás también es posible y desde luego deseable que, en tanto se resuelve la reclamación sobre la objeción de conciencia, ésta sea respetada y para ello procede pedir la suspensión de la ejecución del acto o resolución supuestamente lesivo de aquella, incluso ante el TC (art. 56 LOTC).

19 Del Moral García. "Desobediencia civil y objeción de conciencia", Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 89, pág. 256 y ss. Esta obra, escrita por varios autores, tiene a mi juicio relevante importancia para el adecuado entendimiento de la Objeción de Conciencia.