

SOBRE LA «AUTONOMÍA PRIVADA»

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ
Universidad de Valladolid

Cómo citar/Citation

Martínez López-Muñiz, J. L. (2025).

Sobre la «autonomía privada».

Revista de Administración Pública, 228, 13-36.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.228.01>

Resumen

En el contexto del homenaje al profesor García de Enterría celebrado en el Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles y en la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA) de la Universidad de Bolonia, con motivo del centenario de su nacimiento en 1923, y con base en firmes convicciones fundamentales del reconocido maestro, se afirma en estas páginas la centralidad jurídica de la libertad, propia y exclusiva de la persona humana, su neta diferencia respecto de la noción de autonomía, y la importancia de su doble relevancia individual y social, ofreciéndose algunas consideraciones críticas sobre los excesos restrictivos y, por otra parte, permisivos que se vienen observando en su ordenación jurídica en los últimos tiempos.

Palabras clave

Libertad; autonomía privada; autonomía pública; Administración pública.

Abstract

In the context of the homage paid to Professor García de Enterría at the Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles and the Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA) of the University of Bologna, on the occasion of the centenary of his birth in 1923, and based on the firm fundamental convictions of the renowned teacher, these pages affirm the legal centrality of freedom, proper and exclusive to the human person, its clear difference with respect

to the notion of autonomy, and the importance of its double individual and social relevance, offering some critical considerations on the restrictive and, on the other hand, permissive excesses that have been observed in its legal ordering in recent times.

Keywords

Liberty; freedom; private autonomy; public autonomy; public Administration.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD. III. DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD. IV. EXCESOS RESTRICTIVOS. V. EXCESOS PERMISIVOS DE UNA EXACERBACIÓN INDIVIDUALISTA. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. «Realidad y perspectivas de las autonomías pública y privada». Es de lo que se nos propuso decir alguna cosa, en el contexto del homenaje que el «Evento de estudio», organizado por la Asociación de Administrativistas de Italia y España, quiso rendir, con tan fundadas razones, al maestro García de Enterría, en el centenario de su nacimiento.

2. La profesora Carbonell habló de la autonomía o de las autonomías públicas. Y yo habría de centrarme en la autonomía privada, si bien la expresión, y más en el contexto de una reunión como aquella, centrada, en principio, en el Derecho Administrativo, no dejaba de suscitar dudas semánticas. ¿De qué autonomía privada o en qué perspectiva se quería tratar allí de ella? Se vio, pues, conveniente comenzar intentando aclararlo.

II. AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD

1. Partiré de una distinción subjetiva entre autonomía pública y privada, es decir por razón de la naturaleza del verdadero titular de esa denominada autonomía: según sea, respectivamente, una entidad pública, un Poder público o una organización propia o instrumental de éste, o bien, en cambio, una persona privada propiamente dicha, un particular, la persona humana —la única persona, en realidad, por antonomasia— y las organizaciones que pueden crear y sostener voluntariamente las personas humanas.

Me ha parecido, pues, que no se trataría de hablar de la eventual autonomía de las equívocamente denominadas organizaciones jurídico-privadas instrumentales de la Administración pública, que no son en realidad sino partes o prolongaciones suyas con veste de entidades privadas, difícilmente justificables salvo en el caso de las empresas públicas de mercado¹.

¹ Con posterioridad al evento de Bolonia en honor del profesor García de Enterría, muy recientemente, se ha publicado en esta misma *Revista de Administración Pública*, 226 (2025), págs. 69-90, el texto de la intervención de Germán Fernández Farreres como relator del «Se-

Menos aún se trataría de comentar la supuesta autonomía a la que la Ley española 9/2017, de contratos del sector público, en su art. 34, se refiere como «libertad de pactos», es decir de una hipotética «autonomía privada» de la Administración cuando contrata. Querer trasladar al *feri* de los contratos de la Administración pública lo que es propio del establecimiento o celebración de los contratos entre sujetos privados me parece que choca con los principios más básicos del derecho público. El profesor García de Enterría, en coherencia con la concepción por él asumida del principio de legalidad, negó también que existiera tal «libertad» de la Administración en la contratación pública². Como en tantos otros ámbitos de

minario organizado por la Revista de Administración Pública y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre *Sociedades públicas, Convenios y otras zonas oscuras del Derecho administrativo*, en la que, reiterando una posición ya sostenida por él y otros autores anteriormente (destacadamente en J. M^a Baño León, J. Esteve Pardo, G. Fernández Farreres, M. Rebollo Puig, y J. Tornos Mas (2012), «Informe Sociedad de Estudios de Derecho Administrativo» sobre «La urgente reforma del sector público», *El Cronista*, 31, Iustel, págs. 26 ss.), viene a coincidir con esta apreciación (págs. 87-88). Lo que fue ponencia en ese «Seminario», de Mercedes Fuertes, también inserta en el mismo número 226 de esta *Revista*. págs. 33-59, se expresa en la misma línea.

- ² «No hay en Derecho español ningún “espacio franco o libre de Ley” en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre»; «el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa» (E. García de Enterría y T.-R. Fernández (1974), *Curso de Derecho administrativo*, I, 1^a ed., Madrid: Civitas, pág. 276). Estas afirmaciones de principio se proyectan en cuanto a la formación de los contratos en la misma *op. cit.* (págs. 508-509 y 515) aun en epígrafes cuya redacción base fue de Tomás-Ramón Fernández [véanse las indicaciones contenidas, por ejemplo, en la 6^a ed. (1993), Madrid: Civitas, pág. 8]. Los textos citados se han mantenido sustancialmente sin retoque en las sucesivas ediciones del *Curso* hasta la 21^a y, por ahora, última (2024-1), Las Rozas (Madrid): Aranzadi (Civitas), págs. 506 (correspondiente a pág. 276 de la 1^a ed.) y 776 (mismo texto que en las 508-509 de la 1^a ed.), salvo en lo que se decía en la pág. 515 y seguiría diciéndose en ediciones posteriores hasta que se prescindió de su expresión formal a partir de la 15^a (2011), pero manteniéndose en cuanto al fondo.

Específicamente en cuanto a los contratos, puede verse también nuestro estudio (2009-1) *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, discurso de ingreso, Valladolid: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid (págs. 41 y ss). Reproducido —entre otras revistas— en (2011) *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel.com), en dos partes, núms. 26 y 27; las consideraciones sobre los contratos en el núm. 27. Habíamos llegado a esta tesis ya en (1998) «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias», en J.C. Cassagne (dir.), *Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff)* (págs. 947-969), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, precisándola en (2006) «La adjudicación», en J. C. Cassagne & E. Rivero Ysern (dirs.), *La contratación pública*, 2 (págs. 681-721), Buenos Aires: Hammurabi, y en (2010-1) «La causa jurídico-pública de los contratos públicos», en AA. VV., *Modernizando el Estado para un país mejor* (IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo) (págs. 675-705), Lima: Palestra, y en (2010-2) *Revista de Derecho Público*, Ed. Jurídica Venezolana, núm. 121, ene-mar, págs. 41-65.

su actuar, también aquí, al contratar, el ordenamiento otorga a la Administración cierto margen de apreciación discrecional, con el que, desde luego, puede y debe ejercer su potestad de establecer contratos del modo que resulte más adecuado a la necesidad o necesidades públicas que con ello hayan de servirse —incluyendo, por supuesto, la mayor eficiencia posible—, dentro de lo dispuesto por las normas de aplicación, las exigencias intrínsecas del sinalagma contractual y una justificada valoración de la mejor oferta contractual recibida con la que habrá de cerrarse la particularización del correspondiente clausulado. Pero esa discrecionalidad no es libertad, ni, en consecuencia, «autonomía privada».

Tampoco me parecería aceptable hablar de «autonomía privada», refiriéndola más en general a la Administración pública en unos u otros ámbitos de su posible actuación que se diría sometida, en cuanto tal, al derecho privado. Ni siquiera cuando la Administración queda sujeta a alguna relación jurídico-privada (civil, mercantil, laboral) tal relación podrá surgir de una supuesta «autonomía privada suya», ajena por completo a su naturaleza y a los principios que, por razón de ella, la rigen. Esas relaciones formalmente jurídico-privadas quedarán siempre enmarcadas y condicionadas, del lado de la Administración, por imperativos jurídico-públicos insoslayables³.

He entendido, en suma, que por autonomía privada no se ha querido comprender aquí sino la autonomía de los particulares, de los ciudadanos, de los seres humanos. Y, obviamente, sobre todo, frente a los Poderes públicos, aunque también, desde luego, frente a los demás sujetos privados. Si bien es indudable que, no siempre ni del modo más relevante, será el derecho administrativo la rama del derecho más implicada en ella, pues en no pocos aspectos lo será sobre todo el constitucional, en cuanto limitador del legislador, y, en otros, se suscitarán cuestiones de derecho civil, laboral, mercantil o penal, por más que crecientemente aparezca por medio la administración y, en consecuencia, el derecho administrativo⁴.

No hace muchos años reiteraba con rotundidad la ausencia de libertad de la Administración pública E. Schmidt-Assman (2017), «“Quod ad statum rei romanae spectat”: riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato», *Diritto Amministrativo*, 4, págs. 625-636 (pág. 627). Por más que haya pesado en Alemania la tradición germánica que había recurrido a la ficción jurídico-formal de la teoría del Fisco en cuanto a los contratos de la Administración. El derecho comunitario viene, sin duda, incidiendo en la comprensión de la acción contractual administrativa en Alemania.

³ Sobre la radical distinta posición del poder público y de los particulares, véase, además de las referencias de la nota precedente, nuestro estudio (2019-1) «Para evitar la degradación del Estado de Derecho», *Revista Española de derecho administrativo*, 198, págs. 9-44.

⁴ Véanse, sobre la relación entre Administración y derecho administrativo, las certeras afirmaciones de M. Rebollo Puig (2003), «El Derecho administrativo como Derecho único de la Administración», *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel.com), 2, pág.15.

2. No obstante, seguramente sea más apropiado hablar, en general, para los sujetos privados, de libertad que de autonomía⁵, porque la «autonomía» puede connotar un marco de dependencia, organizativa o funcional, que ni existe ni debe admitirse para el estatuto jurídico básico de la persona humana en cuanto tal⁶.

3. La libertad personal connota, en efecto, independencia constitutiva, por cuanto no se recibe de ninguna instancia humana o social, como inherente que es a la naturaleza misma de la propia persona humana. «Tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca [...] *de todos los miembros de la familia humana*», como proclamó en su frontispicio, al inicio de su preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Y ello —vino a decirse en su art. 1º, y mejor en las versiones lingüísticas distintas de la española⁷—, por estar *dotados de razón y conciencia*⁸.

⁵ Lo he escrito hace unos años a propósito de la autonomía universitaria y de la autonomía escolar en general: los derechos de los sujetos privados y de las organizaciones institucionales que ellos libremente crean son derechos de libertad y no solo de autonomía, aunque esta, referida a esas organizaciones, pueda comportar algunas limitaciones de esa libertad, justamente para mejor asegurar la de otros partícipes en ellas: J. L. Martínez López-Muñiz (2004), «Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad», en *Persona y Derecho*, 50 (El derecho a la educación en el siglo XXI), págs. 447-504.

⁶ No hay, desde luego, dependencia organizativa entre individuo y sociedad, aunque sea innegable una interdependencia real entre el conjunto de los individuos que forman la sociedad, más estrecha entre los más próximos, en cuanto a la satisfacción de múltiples necesidades, lo que se reflejará, sin duda, en una diversidad de vínculos, muchos de ellos jurídicos, que encauzarán y limitarán o condicionarán el ejercicio de sus libertades, a la vez que potenciarán sus posibilidades.

⁷ La versión española (*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*) contiene un matiz que no se encuentra en las versiones oficiales inglesa (*All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood*) y francesa (*Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité*), ni en sus traducciones oficiales a otras lenguas como el italiano (*Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza*) o el alemán (*Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geist der Solidarität begegnen*). Solo en la versión española se ha construido el precepto en una sola frase, sin un punto y seguido que separe en dos frases distintas el contenido de este art. 1º. En las versiones distintas de la española la segunda frase puede entenderse que explicita significados causales y consecuenciales implícitos en la primera, mientras que en la española parece, en cambio, que lo que en aquellas se expresa en la segunda frase constituye, más bien, algo adicional a lo expresado en la primera.

⁸ En lo que resuena aquello que ya dijera Cicerón en el primer siglo antes de Cristo: «este animal previsor, sagaz, ingenioso, agudo, dotado de memoria, lleno de razón y consejo,

La libertad se funda, por tanto, en esa dignidad intrínseca al ser humano, que es a la vez su medida, en sí misma y como fundamento igualmente de los derechos fundamentales todos y de todos que la misma Declaración Universal afirma expresamente. Por ello dirá —ya en este siglo XXI— la *Explicación relativa al art. 1º* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —de valor, como es sabido, vinculante en el ámbito jurídico de la Unión, en cuanto interpretación auténtica de la Carta— que «la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta», porque «la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales».

De ahí, en fin, que, muy significativamente, el art. 10.1 de la Constitución Española, como es bien sabido, coloque en primer término precisamente a *la dignidad de la persona* humana, cuando, con fórmula, cuya importancia gustaba enfatizar el profesor García de Enterría⁹, afirma que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»¹⁰.

Nótese bien: «el libre desarrollo de la personalidad», la libertad, forma parte muy destacada de ese fundamento, sin duda, pero en todo ese contexto que determinan ante todo «la dignidad de la persona» y «los derechos inviolables que le son inherentes» (obviamente no solo los de libertad) y hasta los propios condicionamientos naturales inherentes a la «personalidad»¹¹, y que toca esclarecer y determinar adecuadamente a «la ley». El «respeto» de esta es por eso inseparable del de los derechos de todos, en su adecuada conjunción, por lo que se sitúa dentro del mismo fundamento del orden político y de ese su primer efecto que es la paz social.

que llamamos hombre, fue engendrado por el altísimo Dios con una condición verdaderamente privilegiada. Sólo él, entre tantas razas y variedades de seres animados, participa de razón y pensamiento, siendo así que todos los demás se ven de ellos privados» (*Las Leyes*, 1, 7, 22).

⁹ Véase E. García de Enterría y T. R. Fernández (2024a), *Curso de Derecho Administrativo*, II, 18ª ed., Las Rozas (Madrid): Aranzadi (Civitas) (págs. 81-82, 83, 88, 90). Aunque sus ideas fundamentales ya aparecían en la 1ª ed. de este volumen II del *Curso* (1977, Madrid: Civitas, págs. 55-61), obviamente solo tomaron forma en conexión con las formulaciones de la Constitución española de 1978 a partir de la 2ª ed. (1981).

¹⁰ Otras Constituciones originadas, al igual que la Declaración Universal, tras la trágica experiencia de la Segunda Guerra Mundial, como la *Grundgesetz* alemana en su conocido art. 1º, o la propia Constitución italiana (arts. 3 y 41), ya incluyeron afirmaciones análogas.

¹¹ Como ha puesto de relieve, con particular hondura, T. Prieto Álvarez (2018), «El derecho constitucional al desarrollo de la personalidad (¿Procede identificarlo con la libertad general de acción?)», *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, XCIV, t. II, págs. 1213-1287.

4. Cada persona tiene en sí misma, pues, en su propia naturaleza como tal, en su intrínseca dignidad, el fundamento de su libertad; no es esta, a diferencia de la autonomía, una posibilidad operativa otorgada o abierta, con su reconocimiento, por un tercero o una instancia social o política superior que delimite su alcance y la mantenga bajo su dependencia¹².

5. Es cierto que todas las personas privadas y su libertad tienen también una, a veces, llamada «dependencia», pero de bien distinto orden, con respecto al poder público, en tanto que este ostenta sobre ellas la supremacía a la que están sujetas, y que, en realidad, bien determinada, no es sino una condición ineludible para una adecuada, segura, pacífica y justa realización de la interrelación e interdependencia de toda persona humana con respecto a las demás, propias de su esencial condición social.

La libertad está sometida, en efecto, a la supremacía del poder público, pero precisamente para que éste esclarezca su alcance y límites y disponga lo necesario para su justa garantía y la de todos los derechos fundamentales. Es una supremacía a su servicio; no la fuente de las libertades. Y de modo que, como el profesor García de Enterría ha enfatizado, en línea con la mejor doctrina jurídico-pública sobre el Estado de derecho, solo puede limitarlas con la ley y por justificadas y proporcionadas causas derivadas de la necesaria conjunción de los derechos

¹² Como ocurre con la autonomía pública —tan netamente distinta de la soberanía, como el Tribunal Constitucional ha destacado en más de una ocasión, ya desde su temprana Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, sobre la legislación preconstitucional relativa a la Administración local—, pero también con la privada que podrá encontrarse en el seno de organizaciones privadas, incluidos los denominados grupos empresariales.

La «autonomía» tiende, sin embargo, a identificarse con la libertad misma, o, más bien, con la posibilidad fáctica de su ejercicio efectivo en una u otra medida, en contextos de limitación y dependencia personal —no organizativa, sino funcional—, concretamente con respecto a las personas con deficiencias físicas o psíquicas, limitativas de su capacidad de obrar (véase para España el art. 268 del Código Civil y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

Se habla también en derecho español del trabajo «autónomo» o de los trabajadores «autónomos», que tiene su estatuto legal propio (Ley 20/2007, de 11 de julio, repetidamente modificada), para referirse, en términos legales muy detallados, a quienes ejercen su trabajo sin la dependencia propia de la relación laboral, es decir, con una significación que pretende destacar lo contrario a esa dependencia. Se trata, por ello, de un trabajo más bien libre («por libre», en expresión más popular) o independiente.

Hay, en fin, asimismo una ley de «autonomía» del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) con relación a los centros y servicios sanitarios, que se refiere, en realidad, a su libertad, como se evidencia con la sola lectura de sus primeros artículos, si bien es cierto que enmarcada en las posibilidades de elección limitadas que ofrecen los servicios disponibles. Quizás sea este marco organizativo y funcional el que haya llevado a generalizar la expresión que la Ley ha acogido, pero hay razones para pensar que la libertad de elección y de aceptar o rechazar tratamientos forma parte de la libertad personal, aunque tenga importantes limitaciones, y no es un ámbito de mera autonomía otorgada.

fundamentales de todos, que es, a la postre, lo que constituye el bien común o el interés general, en cuanto jurídicamente exigible¹³. La libertad y su ámbito son prioritarios, y las dudas sobre la pertinencia de su limitación coercible por el poder público deben resolverse *pro libertate*, en favor de la libertad¹⁴. Se rige, por lo mismo, la libertad —y, con ella y por ella, todo sujeto privado en su actuación— por el principio de *vinculación negativa* a la ley, al ordenamiento jurídico: *quae non prohibita permissa intelliguntur*, en tanto que, por lo mismo, para la acción del poder público rige justamente al principio contrario, de *vinculación positiva*, de modo que *quae non permissa, prohibita intelliguntur*¹⁵.

La autonomía, por el contrario, tiene un objeto limitado y subordinado, determinado por quien la erige o reconoce en el seno de la organización o de la relación funcional correspondiente, aunque conlleve reconocimiento de aptitudes o capacidades naturales o virtuales: comporta atribuciones, posibilidades de actuación predeterminadas, específicamente limitadas y subordinadas. No hay en la autonomía una presunción favorable a su máxima expansión en el caso de duda sobre sus efectivos límites, aunque su interpretación dependerá de cómo estén acotadas las atribuciones que la integren o compongan.

Es claro, en fin, que el ser humano no es solo autónomo frente a los demás, y frente al poder público, sino algo de muy superior entidad: es libre. Aunque, desde luego, no haya libertad ilimitada.

6. El profesor García de Enterría, en el vol. II del *Curso* que elaboró con Tomás-Ramón Fernández, y al que venimos haciendo varias referencias como síntesis madura de su pensamiento, destacó como libertad en su sentido más propio lo que, siguiendo a George Burdeau, denominó *libertad-autonomía*, para distinguirla de lo que puede ser visto como *libertad-participación*¹⁶, y, en fin, de la

¹³ Que no es o no debe ser siempre y en todo exigible jurídicamente —y, por tanto, coerciblemente— el bien común, lo justificábamos, hace años, en (1994) «Sobre la esencia del Derecho», *Libro Homenaje al Profesor Iglesias Cubría*, II, Universidad de Oviedo, Oviedo, págs. 552 y ss. Véase también nuestro estudio (2022) «El interés general», *Revista de Derecho* (Universidad de Piura, Perú), págs. 15-54.

¹⁴ Véase E. García de Enterría y T.-R. Fernández (2024-2, págs. 88 y ss., 138-140, 142 y 144 y ss).

¹⁵ Véase E. García de Enterría y T.-R. Fernández (2024-1, págs. 505-507). Por nuestra parte, hicimos particular hincapié en ello —y con referencia expresa a lo sostenido en ediciones anteriores de la misma obra que acaba de citarse— al ocuparnos de la distinción entre el derecho público y el privado ya en (1986) *Introducción al Derecho administrativo*, Madrid: Tecnos (págs. 30-31). Cabe conciliar su significación con lo que lleva a su parcial cuestionamiento, con alguna doctrina, a J. L. Carro Fernández-Valmayor (2025), *Ley y Administración Pública (Una contribución a la historia dogmática del principio de legalidad administrativa)*, Madrid: Iustel (págs. 287-289).

¹⁶ Cfr. E. García de Enterría y T. R. Fernández (2024-2, pág. 83). La referencia a Burdeau probablemente se refiere a G. Burdeau (1948), *Manuel de droit public (Les libertés publiques. Les droits sociaux)*, Paris: LGDJ (págs. 16 y ss, donde se exponen las ideas que se

libertad real vinculada a la efectividad de los derechos prestacionales económicos y sociales¹⁷, como ha acabado asumiendo el Estado de derecho en su superior expresión como *Estado social de derecho*, reconociendo la interdependencia entre esas variadas facetas de la libertad que mostrara el mismo Enterría¹⁸.

Recordarlo nos permite confirmar que la «autonomía privada» a la que dirigir nuestra mirada en esta ocasión habría de ser esa que Enterría identificó así con la libertad, cabalmente como *libertad-autonomía*, es decir, como él mismo dejó escrito: los «derechos naturales, innatos» que «imponen un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado»¹⁹, aunque, desde luego, ello no quiera decir que ese poder del Estado no pueda o no deba determinar sus límites con fundadas y proporcionadas razones y por ley formal. No en vano dijo con acierto hace tiempo Benigno Pendás, actual presidente de la Real Academia española de Ciencias Morales y Políticas —quien, por cierto, ha comenzado a publicar una detenida y erudita *Biografía de la Libertad*²⁰—, que lo que fue «objeto de una defensa profunda», por parte del profesor García de Enterría, fue precisamente «la idea de la libertad auténtica bajo el imperio de la ley», si bien, ciertamente, él lo hiciera —añadió—, hasta «en los lugares más recónditos, a la vez que más trascendentes para su efectividad real»²¹.

En *La lengua de los derechos*, al analizar con hondura «la formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa», el mismo don Eduardo dejó particularmente clara esa relación de la libertad con la ley que, como él señalara, ya logró proclamarse en el art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que, para Benjamin Constant —escribió también— sería la clave de «la libertad de los modernos»²².

No hay libertades absolutas. El ser humano es social por naturaleza, e incluso ζῷον πολιτικόν, como dijera Aristóteles²³, porque requiere estar inserto en una comunidad política, bajo un poder público. Y es así, ciertamente, como con la

expresan en esa contraposición). La centralidad de la «libertad-autonomía» ya aparece en E. García de Enterría y T.-R. Fernández (1977, pág. 59).

¹⁷ E. García de Enterría y T.R. Fernández (2024-2, pág. 83).

¹⁸ *Ibid.*, págs. 84 y ss.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 83.

²⁰ B. Pendás García (2022), *Biografía de la Libertad (I): Renacimiento, nostalgia de la belleza*, Madrid: Tecnos. El volumen II, dedicado al siglo XVII, ha aparecido ya también en octubre de 2024 en la misma editorial.

²¹ B. Pendás García (1994), «Una confianza audaz en el Derecho. A propósito del libro-homenaje a E. García de Enterría», *RAP*, 133, pág. 191.

²² E. García de Enterría (2001), *La lengua de los derechos (La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa)*, 2ª ed., Madrid: Civitas (págs. 119 y ss. y 183 y ss.). Observación también contenida en el *Curso* tantas veces citado, desde sus primeras ediciones, y ahora en E. García de Enterría y T.-R. Fernández (2024-2, pág. 88).

²³ *Política*, I. 1253a 2-8.

ley se conjugan las libertades de todos entre sí y con todos los demás derechos fundamentales, también de todos.

7. Por lo demás, no será superfluo observar de paso que, ciertamente, lo que la libertad genera, de ordinario y de suyo, es «lo privado», o, como escribiera Enterría, «esferas de determinación puramente privadas»²⁴.

De ahí la importancia que tiene y el reconocimiento que merece justamente «lo privado»: preservarlo y potenciarlo no es distinto, en gran medida, de preservar y potenciar la libertad. Si puede ser pertinente adjetivar a la autonomía de «privada» para distinguirla de la pública, es obvio que la libertad no requiere en rigor tal adjetivación, porque de suyo no es sino privada²⁵.

III. DOBLE DIMENSIÓN DE LA LIBERTAD

1. Pues bien: es verdad que lo privado, como la libertad misma, ha sido y es percibido por muchos con un sesgo marcadamente individualista, como algo para goce y provecho, incluso egoísta, de quien puede disfrutarlo²⁶, y netamente con-

²⁴ Cfr. E. García de Enterría y T.-R. Fernández (2024-2, pág. 83).

²⁵ Hay algunas libertades públicas (la docente o de cátedra, la científica, la de expresión e información, la laboral y profesional) que también tienen su espacio, bajo ciertas condiciones y límites específicos, en la realización de actividades prestacionales o serviciales propiamente públicas, en principio imputables a entidades públicas, esto es en empleos públicos asignados a quienes, por sí, no son ni pueden ser sino personas privadas, que pasan a integrarse así parcialmente, en ejercicio y voluntario condicionamiento de algunas de sus libertades, en organizaciones propias del Poder público; y algunas otras, como la ideológica y la religiosa, la de conciencia, que deben ser siempre respetadas, también obviamente en cualquier medio público. Pero es evidente que, siendo como son las libertades atributo solamente de los seres humanos, de suyo estos actúan en principio en su condición natural de sujetos privados, generando con ellas actividades y realizaciones, en consecuencia, propiamente privadas de todo tipo, cualquiera que sea su relevancia social o pública, a veces especialmente importante. Sin perjuicio de que, para el ejercicio de algunas libertades, sus condicionamientos reales puedan implicar, en efecto, su necesaria instrumentación, al menos en parte, como «libertades-participación» en el entramado público, sin dar lugar entonces a una actuación propiamente privada, pues se actúa por cuenta y en nombre de una entidad pública, lo que, lógicamente, podrá condicionar y limitar el ejercicio de la correspondiente libertad por exigencias aplicables a las entidades públicas, aunque nunca vaciarla del núcleo de su contenido esencial, garantía de la preservación del ámbito personal garantizado a cada uno en su inserción efectiva en el servicio que preste la entidad pública de la que forme parte. Como cabe también, desde luego, la aceptación contractual entre sujetos privados, por causas justificadas, de limitaciones al ejercicio de las libertades, que respeten su contenido esencial, y que hagan posible la inserción de unos en ámbitos de actuación —también privados— de otros.

²⁶ Es algo reconocido que la eclosión jurídico-política de la libertad que marcó el inicio del Estado constitucional de derecho de la edad contemporánea, estuvo manifestamente

trapuesto, incluso, al interés social común, aunque, en algunas teorías, esa búsqueda de la utilidad individual por parte de cada uno redundaría, por la acción de una «mano invisible», en el bienestar general²⁷.

Pero es lo cierto que, siendo, sin duda, la libertad aptitud del individuo para elegir lo más adecuado a sus fines propios, como, en realidad, estos no pueden ser ajenos a la condición social del ser humano, no le es menos inherente ni esencial —en su más sólida comprensión ontológica, ética y jurídica— su dimensión social, es decir, la capacidad y el deber que implica de contribuir responsablemente a satisfacer las necesidades de los demás, en un intercambio interpersonal de acciones y bienes requerido por la indicada naturaleza social del ser humano y la solidaridad con que están vinculados cuantos integran la sociedad, imprescindible para el bienestar y el progreso sociales²⁸.

De ahí que, tras las primeras formulaciones de las libertades en el nacimiento del Estado constitucional contemporáneo, pronto, aunque progresivamente, en medio de los muchos avatares provocados por visiones polarizadas, reduccionistas o reactivas, se fueran reconociendo libertades —la de enseñanza, la de industria y comercio, más tarde de empresa, la de trabajo y profesional, la de contraer matrimonio y constituir una familia— cuyo contenido tiene más directamente que ver con esa su relevancia social, y su capacidad de legítima y debida aportación a la configuración y progreso de la sociedad en el orden cultural, económico y social, si bien ya algunas de las libertades más originariamente proclamadas, como la de asociación o la de prensa, imprenta y expresión, o, desde luego, la inherente al derecho de propiedad, pudieran cumplir también una importante función social, como con el tiempo se subrayaría.

3. En los últimos sesenta años, diversas circunstancias históricas y movimientos ideológicos interrelacionados con ellas —el año 1968 quizás posea un especial valor, al menos simbólico, al respecto— han llevado a la vez a exaltar,

marcada por un sesgo individualista por el que parecía contemplarse solo o muy prevalentemente en ella su indudable valor esencial para la independencia y necesario respeto de toda persona y de cuanto deba constituir su esfera propia: del *goce de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedad, y perseguir y obtener felicidad y seguridad*, habló la Declaración del «buen pueblo de Virginia» de 1776; *la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás*, de modo que todos tengan garantizado su *goce*, diría el art. 4º de la Declaración francesa de 1789.

²⁷ Véase A. Smith (1794/1996), *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, ed. facsímil (de la tr. de J. Alonso Ortiz, Valladolid: Oficina de la Viuda é Hijos de Santander, 1794), tomo II (libro IV, cap. II), Salamanca, 1996: Consejería de Educación y Cultura, Junta de Castilla y León (pág. 295).

²⁸ La unidad del derecho deriva, precisamente, de ser este el justo orden de la socialidad esencial al ser humano en su dignidad personal, escribimos en (2009-2) «Sobre la concepción del Derecho administrativo de Eduardo Soto Kloss», en J. Aranzibia Mattar y J. I. Martínez Estay (coords.), *La primacía de la persona (Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss)* (págs. 43-55), Santiago de Chile: Legal Publishing (Abeledo-Perrot).

por un lado, la libertad, pero al servicio sobre todo de una satisfacción individual hedonista, o netamente individualista y egoísta —desconectada de su vinculación social—, y, por el contrario, a minusvalorarla, por otro, precisamente en su dimensión social, por entenderse, con alcances diversos, que la tarea de proveer a la satisfacción efectiva del conjunto de los derechos humanos y de las correspondientes necesidades vitales y de bienestar en progreso de cuantos componen la sociedad, bajo un patrón de básica igualdad, habría de corresponder exclusiva o principalmente al Estado, a la colectividad, que se institucionaliza, en suma, en los poderes públicos, bien que democráticamente. Como si la *libertad-participación* pudiera bastar por sí misma, sin una sólida, amplia y responsable *libertad-autonomía*, dinamizadora de una sociedad abierta, creativa, flexible y plural.

Se ha podido tender así a excluir, o a condicionar y restringir la libertad en sus posibilidades efectivas de acción económica, social, o también cultural, mientras, en cambio, se la va ampliando en todo aquello en que, aparentemente al menos, destaca lo que satisface a la individualidad y exalta una supuesta capacidad de ilimitada autodeterminación que se imagina ajena a incidencia alguna en los demás.

4. Esta contraposición resume quizás lo más sustantivo de lo que viene ocurriendo con la libertad, con la «autonomía privada», aunque, en verdad, dentro de ciertos parámetros, que, si bien pueden haber comenzado a resquebrajarse, todavía resultan bastante establemente asentados en nuestra sociedad europea, y se reflejan jurídica y políticamente en las Constituciones de los diversos Estados, en el régimen de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa y en los Tratados de la Unión Europea, bien que sometidos a fuertes embates en los últimos años, por vía de interpretaciones «creativas» y distorsionantes.

IV. EXCESOS RESTRICTIVOS

1. Puede afirmarse que, en lo económico, aunque caben diversas observaciones críticas, especialmente tras algunas relajaciones de las reglas básicas del sistema y varias innovaciones más intervencionistas en las últimas graves crisis económica, sanitaria y bélica o por nuevos planteamientos ideológicos, la Unión Europea sigue garantizando en especial un consolidado estatuto basado en las libertades económicas, aun sujetas a regulaciones estatales y —crecientemente— de la propia Unión, en salvaguarda de bienes comunes objeto de distintos derechos fundamentales, que, aún en buena medida —más allá de su no infrecuente farragosa y a veces cuestionable redacción—, resultan razonables²⁹.

²⁹ Véase J. L. Martínez López-Muñiz (2019-2), «Algunas consideraciones sobre el sistema económico de la Unión Europea y su relevancia para el conjunto del Derecho Público económico aplicable en los Estados miembros», en AA. VV., *Los nuevos desafíos del Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. José Manuel Sala Arquer* (págs. 791-848),

El éxito económico de los países con libertades económicas ha ido, en realidad, generalizando la aceptación de su necesidad, aun crecientemente reguladas. Pero no faltan presiones para mayores imposiciones y condicionamientos, no siempre razonables y a veces impulsadas por prioridades ideológicas que se introducen en los complejos resortes del poder, y a las que no parece importar mucho la libertad económica. Basta pensar en algunas de las imposiciones ambientales o —desde hace algún tiempo— climáticas, con las que se viene condicionando crecientemente la actividad económica en los más diversos sectores, sobre presunciones que no dejan de estar discutidas en el plano científico y técnico, y hasta extremos que suscitan asimismo amplia controversia. O, en fin, en otras diversas causas que se presentan como sociales o requeridas por los derechos fundamentales, y que no siempre escapan a planteamientos ideológicos cuestionables y cuestionados³⁰.

Por referirnos tan solo a una debatida cuestión reciente: ¿no es manifiestamente excesivo e injustificado, por ejemplo, tratar de imponer cuotas de paridad o próximas a ella en los órganos de gobierno de las empresas privadas? ¿Por qué la igualdad incuestionable del hombre y de la mujer, en dignidad y derechos fundamentales, va a requerir que, en todas partes y concretamente al frente de unas u otras empresas libres, tengan que estar presentes de modo más o menos paritario personas de uno y otro sexo?

Basándose en el art. 157.3 del TFUE, que habilita expresamente al Parlamento Europeo y al Consejo para que, por el impropriadamente llamado pro-

Madrid: Congreso de los Diputados. No faltan, desde luego, estudios críticos sobre este sistema, que, en razón precisamente de sus rasgos determinantes —que acertadamente identifican, aun quizás exagerando algún aspecto y dejando algún otro en la sombra, tanto en cuanto a su realidad actual como en cuanto a su inspiración teórica—, tratan de descalificarlo por no dejar espacio a lo que consideran pretensiones progresistas de la izquierda, como el reciente de Guillaume Grégoire (2024), «The EU's neoliberal constitutionalism(s)», *European Law Open*, 3, págs. 705-745, que sigue la estela de Michael A. Wilkinson (2021), *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford Constitutional Theory, Oxford: Oxford University Press.

³⁰ Los resultados electorales que se vienen produciendo en los Estados miembros y en la propia Unión evidencian un creciente malestar crítico, con independencia del tono y modo con que se esté encauzando. No cabe ignorar en particular la progresiva reducción representativa del conjunto de partidos políticos que han venido dirigiendo más o menos consensuadamente las políticas de la Unión, que en el Parlamento Europeo elegido en julio de 2024, por el descenso de socialistas y liberales, representa ya solamente algo más del 55% de sus escaños, al tiempo que se han reforzado dos relevantes formaciones políticas más a la derecha del tradicional PPE (*Patriotas por Europa* y *Conservadores y Reformistas*) hasta representar un 22,9%, ha surgido una nueva, más nacionalista aún (*Europa de Naciones Soberanas*), con un 3,75% de los escaños, y los grupos de izquierda, distintos de la *Alianza de Socialistas y Demócratas*, han quedado reducidos a un 13,76% del Parlamento, incluyendo aquí a los *Verdes* que, muy próximos a varias de las políticas del conjunto rector en la 9ª Legislatura (2019-2024), han perdido una veintena de escaños.

cedimiento «legislativo» ordinario³¹ —la «codecisión»—, adopten *medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, ambas instituciones aprobaron la Directiva 2022/2381, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas (DO L 315, del 7.12.2022), cuya transposición a los ordenamientos estatales habría de quedar concluida antes del 28 de diciembre de 2024. Su art. 2 expresamente afirma que no es de aplicación a las microempresas ni a las pymes. Pero esta directiva no se dirige, en rigor, a garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato de hombres y mujeres en el acceso a la condición de administrador ejecutivo o no ejecutivo de sociedades cotizadas, sino que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias —que la propia directiva en buena medida especifica básicamente— para que, sean cuales sean las condiciones de mérito y capacidad de unos y otras y sus relaciones de confianza con quienes tengan que elegirlos o designarlos, un mínimo del 40% de los administradores no ejecutivos o el 33% del total de puestos de administrador sean, en dichas sociedades, a más tardar el 30 de junio de 2026, del sexo menos representado.

¿No se está imponiendo con ello, en cierta medida, precisamente lo contrario a la igualdad de oportunidades y de trato? ¿Y resulta, además, razonable y proporcionadamente justificada la restricción que se impone a la libertad para la designación de algo tan importante para una empresa privada como sus rectores?

Para la imposición de ese objetivo, la directiva opta además, en principio —aunque admite excepciones en los Estados que estén aplicando otros medios que se estén demostrando eficaces para lograrlo—, por imponer a todas las sociedades cotizadas un determinado procedimiento de selección de los candidatos a la designación como administradores, que, si bien resulta habitual en las entidades públicas —aunque, paradójicamente, no precisamente para sus cargos superiores directivos, en los que viene aplicándose un criterio de confianza política—, resulta de imposición anómala a entidades privadas y más que dudosamente compatible con la libertad de empresa.

El legislador español ha transpuesto esta directiva en el capítulo V de la Ley Orgánica 2/24, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, cuyos arts. 9 y 10 modifican, para ello, el TR de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por R. D. Legislativo 1/2010 (art. 529 *bis*), y la Ley 6/2023, de los Mercados de Valores y los Servicios de Inversión (art. 292, sobre infracciones sancionables)³².

³¹ Véase nuestra crítica a la expresión en (2024), *Derecho comunitario básico de la Unión Europea*, Madrid, BOE (págs. 444 y ss.).

³² La disposición final duodécima excluye, lógicamente, a estos preceptos, como a bastantes más, del rango normativo de ley orgánica que, en realidad, solo se reconoce a una reducida parte de esta ley orgánica.

Pero esta ley orgánica, que trata también de llevar sus exigencias paritarias a muchos otros múltiples ámbitos, y no solo de las organizaciones públicas, extiende sus imposiciones a —entre otras entidades privadas— todas las sociedades mercantiles que encajen en la noción de «entidades de interés público», por causa —dice la exposición de motivos— de su «importancia pública significativa por la naturaleza de su actividad, por su tamaño o por su número de empleados», en los términos utilizados por la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, y a partir del ejercicio siguiente a aquel en que tengan una media de trabajadores empleados superior a 250 y el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 50 millones de euros o el total del activo sea superior a los 43 millones, aunque no queden claros los medios disponibles para garantizarlo con respecto a esas entidades no sujetas a la CNMV³³.

Las dudas de legitimidad que no dejan de suscitar —por aceptadas que estén— las medidas de imposición de la paridad en cualquier ámbito, se acrecientan en cuanto a su aplicación, no ya a la organización del Estado y de las entidades públicas o incluso del sector público, sino a ámbitos propios de la libertad, y por ello de lo privado. Como hemos recordado más arriba, toda restricción de la libertad debe justificarse siempre debida y suficientemente a la luz del principio de proporcionalidad con respecto a su necesidad para la efectividad del bien jurídico a proteger, y, ante cualquier duda, debe siempre hacerse prevalecer la mayor libertad posible. Y, desde luego, la contribución que presten los sujetos privados en servicio al interés general, a la mejor satisfacción de los derechos y libertades de todos, que no puede tenerse como algo propio en exclusiva de los poderes y entes públicos, no justifica, por sí misma, su «publicación» en medida alguna.

2. En otros aspectos culturales y sociales, las Constituciones y el sistema europeo de derechos humanos salvaguardan en lo esencial las libertades en el ámbito de la comunicación y la opinión, la expresión del pensamiento, la ciencia, el arte o la acción filantrópica y la asistencia social, y, desde luego, en el campo de la acción política y sindical.

Pero sigue habiendo Estados en el seno de la Unión Europea cuya legislación educativa, por ejemplo, no cumple plenamente lo establecido en relevantes normas internacionales sobre el *derecho a la educación en libertad*³⁴.

³³ Si bien ello no resuelva las serias dudas de justificación que suscita toda esta nueva regulación, es de alabar que se permita excluir, con todo, del cómputo relevante para la paridad, *a criterio de la sociedad, a los consejeros ejecutivos y los dominicales contemplados en el artículo 529 duodecies.3*, en el caso de *sociedades controladas, directa o indirectamente por una familia*.

³⁴ Arts. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, 2 del Protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1952, o, en fin, con aplicabilidad más reducida, el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La expresión de *derecho a la educación en libertad* —que resume certeramente lo esencial

En España la Constitución estableció unas buenas bases en su art. 27, en combinación con la vinculación a los tratados internacionales que se contiene en el art. 10.2, un precepto que debe no poco a Lorenzo Martín-Retortillo³⁵. Y el Tribunal Constitucional ha contribuido muy positivamente a la estabilización de un sistema educativo respetuoso y garante de las libertades educativas³⁶. Pero, en abril y mayo de 2023³⁷, ha roto esa buena trayectoria de cuarenta años, silenciando clamorosamente netos pronunciamientos de 2018 del propio Tribunal³⁸, para, en abierta contradicción con ellos y sin justificar el cambio de criterio,

a ese derecho fundamental en su doble condición inescindible de derecho de libertad y derecho prestacional— fue utilizada por I. De los Mozos Touya (1995) en el libro en que publicó su tesis doctoral, *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid: Montecorvo, y la asumió I. Borrajo Iniesta (2002) «El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación», en AA.VV., *La democracia constitucional (Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente)*, vol. I (págs. 657-670), Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, haciéndose eco de aquella en la pág. 660, nota 12.

- ³⁵ Como es bien sabido, él formalizó una de las enmiendas en el Senado que llevó a adicionar ese importante apdo. 2 al art. 10, tras superarse los momentos de la importante tensión que esas enmiendas provocaron, en los que peligró el consenso constitucional básico de las principales fuerzas políticas, en razón destacadamente de la trascendencia que a ello se le reconocía con respecto al régimen constitucional de la educación (véase J.L. Martínez López-Muñiz (1979), «La educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Persona y Derecho*, 6, pág. 218).

No tendría ese valor hermenéutico constitucional, sin embargo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como expusimos en (2011), «Sobre el valor de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008 que autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa», en A. Sánchez Blanco, M. Domínguez-Berrueta de Juan y J. L. Rivero Ysern (coords.), *El Nuevo Derecho Administrativo, Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern* (págs. 311-333), Salamanca: Ratio Legis.

- ³⁶ Véase A. Fernández-Miranda (2004), «El artículo 27 de la Constitución Española», en AA.VV., *Educación y democracia*, II Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM), Curso organizado por la Fundación Europea Sociedad y Educación (pág.83), Madrid: Comunidad de Madrid, Consejería de Educación, y nuestro estudio de (2006), «El esclarecimiento de la “Constitución educativa”: un determinante paso», *Persona y Derecho*, 55-2, págs. 793-816. Volvimos sobre ello en (2008) «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», en J. L. Requero Ibáñez y J. L. Martínez López-Muñiz, *Los derechos fundamentales en la educación* (págs. 32 y ss.), Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

- ³⁷ SSTC 34/2023, del 18 de abril, y 49/2023, de 10 de mayo.

- ³⁸ Sobre todo, en la STC 31/2018, de 10 de abril. De ella son inadmisiblemente ocultas las firmes y largamente fundadas afirmaciones de su FJ 4,b) sobre la obligatoriedad constitucional de la financiación pública de la educación básica —obligatoria y gratuita— en centros privados que reúnan las condiciones generales («si bien el anclaje constitucional

afirmar que las ayudas a la enseñanza privada a que se refiere el art. 27.9 de la Constitución permiten promover las preferencias educativas del «legislador» —de la mayoría de turno— y pueden por tanto ser denegadas a quienes, aun sin actuar en nada en disconformidad con el orden constitucional, no las satisfagan³⁹. Hace muchos años que Fernández Farreres, en aquel que sigue siendo el mejor estudio sobre las subvenciones, había dejado claro, sin embargo, que en materia de libertades fundamentales y, concretamente, en relación con las ayudas a la educación del art. 27.9 de la Constitución, no caben ayudas «de resultado»; solo caben las «de actividad»⁴⁰.

V. EXCESOS PERMISIVOS DE UNA EXACERBACIÓN INDIVIDUALISTA

1. Apenas si podremos ya apuntar las importantes ampliaciones que, en abierto contraste, se están produciendo, por otro lado, en cambio, en la permisividad pública de una libertad o autonomía personal exacerbada, centrada exclusivamente en su dimensión más individualista y hedonista, ciega para reconocer los derechos o legítimos intereses ajenos que pueden verse conculcados. Va habiendo ya relevante doctrina, y particularmente allí desde donde toda esta corriente ini-

de la financiación pública» de los centros educativos privados «se encuentra, básicamente, en el art. 27.9 de la Constitución, no puede obviarse que el apartado cuarto de este mismo precepto constitucional impone la gratuidad en la educación básica» y que «esa gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado», lo que «cerceñaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrado en el art. 27.6 CE». «En este sentido, la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el art. 27.4 CE») y sobre la prohibición de discriminar a estos efectos a los que apliquen a su educación opciones pedagógicas constitucionalmente legítimas: «dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas «en el respeto al principio de igualdad» (STC 86/1985, FJ 3), [...] los centros de educación diferenciada [sólo para chicos o solo para chicas] podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; [...] sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso».

³⁹ Cfr. STC 34/2023, cit., FJ 5, d), f), g), h) e i).

⁴⁰ G. Fernández Farreres (1983), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales (págs. 243-245). Un análisis más pormenorizado de estas sentencias de 2023, en M. Eiros Bachiller y J. L. Martínez López-Muñiz (2024), «El Tribunal Constitucional y la financiación pública de un derecho fundamental de libertad: (Sentencias de 2018 y 2023 sobre concertación de centros educativos de un solo sexo)», *Revista de Administración Pública (RAP)*, 224, págs. 129-154.

cialmente más se ha impulsado, en los Estados Unidos, que está justificando su revisión a fondo, como acontece, entre otros, con el colega de Harvard Adrian Vermeule y su libro *Common good Constitutionalism*⁴¹, que ha venido a añadirse a otros anteriores⁴².

2. Por lo general, ya desde la famosa sentencia del Tribunal Supremo americano de 1973, en *Roe v. Wade* —drásticamente corregida por el mismo Tribunal en junio de 2022, en *Dobbs*—, hasta las mucho más recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2007⁴³ y de 2010, sobre el aborto

⁴¹ (2022) *Common Good Constitutionalism (Recovering the Classical Legal Tradition)*, Cambridge (UK) & Medford (MA-USA): Polity. Sus propuestas, críticas con lo que considera un exceso de positivismo de la interpretación constitucional «originalista» (págs. 91 y ss.), y una arbitraria y exacerbada pretensión «liberadora», de la interpretación «progresista» o «liberal» (en el sentido americano) de la *living Constitution* (págs. 117 y ss.), se concentran en la necesidad de recuperar la tradición jurídica clásica del *ius commune*, subyacente, a su entender, al pensamiento y expresiones de quienes establecieron la Constitución americana y a mucha de la jurisprudencia que la ha ido aplicando durante, al menos, siglo y medio (págs. 52 y ss.). Si bien su tesis de que ello obligaría a buscar siempre y ante todo el «bien común» no deja de tener aspectos indeterminados, la noción que propugna no parece que deje de incluir para él esencialmente el debido respeto y satisfacción, en justa conjunción, de las libertades y derechos fundamentales inherentes a la naturaleza y dignidad propia del ser humano (págs. 37-38, 127 y ss., 164 y ss.), cuya necesaria determinación, sobre la base de lo requerido objetivamente por la naturaleza del ser humano y de su entorno, corresponde a las instituciones políticas legítimas (págs. 44 y ss., 151 y ss.). Esto último, por cierto, priva de base rigurosa a parte importante de la crítica de Michael A. Wilkinson (2024), «The Authoritarian Nature of Common Good Constitutionalism», *The American Journal of Jurisprudence*, 69-1, págs. 89-106. Como preanunciara Jack Goldsmith, que calificó el libro —y así aparece en su contracubierta— como «el más importante de la teoría constitucional americana en muchas décadas», no ha dejado de «enfurecer» a algunos, provocando una amplia polémica en la que no ha dejado de ser objeto de críticas respetables y de otras instaladas más bien en la incomprensión y el prejuicio.

⁴² Cabe destacar por su interés para el derecho administrativo, aunque se mueva en otro plano, (2016/2018), *La abdicación del Derecho (Del imperio del Derecho al Estado administrativo)*, tr. esp. de la ed. de Harvard University Press, 2016, por L. Parejo Alfonso, con la colaboración de R. F. Gómez González, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, que siguió a (2014) *The Constitution of Risk*, Cambridge (MA-USA): Cambridge University Press, y otras anteriores, y sería seguida y, en cierto modo, contrapesada, por la publicada junto con otro colega de Harvard, C. R. Sunstein (2020), *Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Cambridge, Massachusetts y London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.

⁴³ Sentencia *Tysiac c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, que, por mayoría de 6 a 1, con el contundente voto particular en contra del juez español Javier Borrego Borrego, y, sin planteamiento alguno en relación con la protección de la CEDH al derecho a la vida, estimó violado el art. 8 de la CEDH, que impondría al Estado la «obligación positiva de asegurar a la recurrente el respeto efectivo de su vida privada», por la sorprendente «razón» de care-

(la última, de Gran Sala y con más evidencia⁴⁴), o de 2022, sobre la eutanasia⁴⁵ y, sobre todo, de diversos Tribunales constitucionales, se ha venido amparando esa permisividad en lo que algunas constituciones, o su interpretación jurisdiccional, han proclamado como derecho a la *intimidad personal* (en los términos, por ejemplo, del art. 18 de la española), la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12, como derecho a no ser *objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada*, o, en fin, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8, como *derecho de toda persona al respeto de su vida privada*. Cuando no se ha invocado, sin más (como en algunas sentencias muy recientes del Tribunal Constitucional español en las mismas materias, tras su nueva composición en 2023⁴⁶), la propia *libertad*,

cer el sistema nacional correspondiente de un procedimiento que permitiese resolver con imparcialidad las diferencias entre la embarazada y los médicos especialistas cuando estos, contra el parecer de aquella y de su médico generalista, denegaron informar favorablemente la práctica de un aborto terapéutico, despenalizado en Polonia bajo la condición de contar con el dictamen favorable de dos especialistas médicos, en un caso en que la vista, ya limitada de la mujer, podía quedar muy dañada con el parto. La sentencia advirtió, no obstante, expresamente, en su ap. 104, que, en el caso, no había necesidad de indagar «si la Convención garantiza un derecho al aborto», en lo que insistió el voto concurrente del juez maltés Bonello.

⁴⁴ La Sentencia *A, B y C c. Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010, evidencia la aceptación del aborto por el Tribunal en determinadas circunstancias reguladas por los Estados, basada en una ponderación de la protección debida al no nacido y los derechos de la madre, incluidos los que se desprenderían del art. 8 del CEDH, reconociendo amplio margen de apreciación a cada Estado.

⁴⁵ La Sentencia *Mortier c. Bélgica*, de 4 de octubre de 2022, habría legitimado por primera vez, en cierta medida, la eutanasia, forzando la neta y rotunda dicción del art. 2 de la Convención. En realidad, por mayoría de 5 a 2: la jueza española María Elósegui expresó un voto particular en contra, y lo hizo también, pero de modo mucho más claro y contundente, el juez chipriota Serghides. Además de advertir que su objeto no era determinar si hay o no un derecho a la eutanasia (ap. 127), sino valorar si la eutanasia practicada en el caso conforme a la ley belga había incurrido en violaciones de la Convención (dando por supuesta, por ende —y con difusa base en el art. 8—, su compatibilidad con el art. 2, que el voto del juez Serghides rechaza frontalmente con claras razones), esta sentencia no deja de confirmar que nunca antes el Tribunal había tomado posición sobre la eutanasia propiamente dicha, aunque sí que había dejado claro que «no es posible deducir del art. 2 un derecho a morir, sea de la mano de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública» (aps. 118 y 119). Véase también en este sentido, con anterioridad a esta sentencia, y con otras informaciones y consideraciones sobre la no aceptabilidad jurídica de la eutanasia, J. L. Martínez López-Muñiz (2021), «El deber de proteger la vida, y especialmente de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a quitarse la vida por sí o por otros», *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, 122, págs. 47-83.

⁴⁶ SSTC 44/2023, de 9 de mayo, sobre diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y 19/2023, de 22 de marzo, y 94/2023, de 12 de septiembre, en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

que se pretende, a ciertos efectos, como autodeterminación exenta de la radical limitación que señalara Ulpiano, de, con ella, *alterum non laedere*⁴⁷, aunque ello se difumine, en lo relativo al aborto, con el artilugio de negar al no nacido la condición de «persona», posible titular de derechos, dejándolo en un simple «algo» cuya vida el Estado tendría, sin embargo, el deber de proteger, en el caso de España, bien paradójicamente, por razón del derecho a la vida del art. 15 de la Constitución, pero con subordinación «proporcionada» a la libertad y derechos que la madre, como persona, sí que indudablemente tiene⁴⁸. O se incluye en esa *libertad* la supuesta «facultad de autodeterminación en que consiste la muerte asistida, en contextos de sufrimiento extremo»⁴⁹, como si los derechos fundamentales fueran renunciables y, sobre todo, como si tal «muerte asistida» no requiriese, para ser tal precisamente, la acción de un tercero contraria a la vida del «asistido», algo que no es posible incluir en la *libertad* de este, obviamente, por no tratarse de una acción suya sino de otro: hay una evidente diferencia entre autodeterminarse a propinarse la propia muerte y requerir a un tercero que te mate, involucrando en consecuencia a la *libertad* de tal tercero, que ha de considerarse siempre sujeta al mencionado precepto imperativo del *alterum non laedere*, sin que parezca que quepa negar que la privación de la vida de otro constituye siempre un daño objetivo en sí mismo, que a todos, en principio, estaría vedado salvo en los supuestos que acertara a identificar el art. 2 de la CEDH.

3. Se legitima y favorece, pues, el aborto —incluso con medios públicos—, cerrando los ojos ante la evidencia —ahora, por los avances tecnológicos, mayor que nunca— de que con él se elimina la vida de un ser humano diferenciado e irrepetible⁵⁰. Se está hablando ya incluso de un «derecho al aborto» o, lo que es lo mismo, «a la interrupción del embarazo»⁵¹, es decir a matar al nuevo ser humano antes de ser capaz de vivir desprendido de su madre, llegándose a presentar su rechazo como aberración contraria a los derechos de las mujeres, en el colmo de la inversión de la evidencia jurídica, aunque trate de paliarse esta recurriendo, en efecto, al eufemismo expresivo de la «interrupción del embarazo», para poner el foco en una situación de la mujer y tratar de reducir la relevancia de que la peculiaridad de tal situación reside precisamente en acoger en el propio seno a su hijo, el mismo ser humano que en poco tiempo, si no «se interrumpe» ese embarazo, vivirá con creciente autonomía desprendido de ella, y que está dotado

⁴⁷ Véase, al respecto, STC 44/2023, cit., FJ 3, A).

⁴⁸ Como sostiene la misma STC 44/2023, FJ 3, C) y D).

⁴⁹ SSTC 19/2023, 6, C), b), iv), y 94/2023, FJ 3, B, b), i).

⁵⁰ «Uno de nosotros», en la expresión adoptada por la iniciativa ciudadana europea acogida al art. 24 del TFUE que llegó a recoger el número más elevado de apoyos, hasta ahora, de cualquier iniciativa de ese género en la Unión Europea, aunque sin resultado efectivo alguno.

⁵¹ STC 44/2023, cit., FJ 2, C, b), párrafo segundo, y c), con cita, bajo esta última letra, de textos internacionales de los que no se desprende, sin embargo, el supuesto «derecho».

de los mismos caracteres esenciales que la configuran a ella como ser humano, y, por tanto, con no menor dignidad, aunque, ciertamente, por encontrarse en las primeras fases de su desarrollo vital, aparezca débil e inermes, necesitado, precisamente por ello, de una protección reforzada. Que una sea la condición ontológica de persona, inherente a todo ser humano desde que inicia su existencia hasta que la concluye, y otro el tratamiento técnico-jurídico que unos u otros ordenamientos den al vocablo a distintos efectos, es una argucia inadmisiblemente ampararse en esto último para desconocer la evidencia de lo que es todo ser humano desde que es concebido. Y sin perjuicio, obviamente, de que, como todo menor o con incapacidad de obrar, sus derechos deban ser ejercitados por otros en su nombre.

4. Se ha abierto asimismo el camino a la eutanasia —aun con la oposición de amplios sectores en los distintos países, incluida la muy significativa, cerrada y sostenida, del Partido Comunista, en el caso de Portugal, en razón del más que probable impacto negativo del suicidio asistido por el erario público en la garantía pública de unos cuidados paliativos integrales—, que pone a profesionales sanitarios, las más de las veces de establecimientos públicos, ante la tesitura de matar al que lo pide, aun, ciertamente, tras un complejo, por lo general, procedimiento administrativo y con reconocimiento, como en el caso del aborto, de la objeción de conciencia de los profesionales, bien que sometido a condicionamientos discutibles. En España todo esto ha quedado plasmado en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que ha sido tenida por conforme al orden constitucional por las sentencias, ya aludidas del Tribunal Constitucional, 19/2023 y 94/2023 —ambas con solo dos votos particulares en contra, uno de ellos abierto, no obstante, al reconocimiento de la constitucionalidad de alguna permisión de la eutanasia—, fundadas en el derecho a la integridad física y moral del art. 15 de la Constitución en su relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, del art. 10.1, un «derecho [fundamental] a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos», que además, como derecho prestacional, conllevaría un deber de los poderes públicos de contribuir a su efectividad.

5. Se ha venido a admitir, también, en la senda de la exaltación hedonista e individualista de la libertad y la autodeterminación, una libertad en el modo de constituir una nueva familia —alterando incluso sustancialmente la naturaleza del matrimonio⁵²— que ignora el derecho natural de toda persona a ser engen-

⁵² Al prescindirse del necesario distinto sexo de sus contrayentes, e incluso nada menos que como una exigencia constitucional, como lo declararía la sentencia *Obergefell v. Hodges*, de 2015 (576 U.S. 644, pág. 652). Lo destaca críticamente A. Vermeule (2022, págs. 118 y ss.). La sentencia fue aprobada por 5 votos contra 4. De los que votaron a favor siguen en el Tribunal las juezas Sotomayor y Kagan, nombradas por el presidente Obama, y de los que votaron en contra, el presidente del Tribunal, Roberts, y los jueces Thomas y Alito, nombrados respectivamente por los Presidentes George W. Bush —el primero y el tercero— y George H. W. Bush, padre del anterior —el segundo—. Con posterioridad, el Presidente

drada, aceptada, querida, cuidada, criada y educada, en la mayor medida posible, por sus verdaderos padre y madre, cuya protección es, en realidad, lo que exclusiva o muy principalmente justifica que el Estado y la ley se ocupen del matrimonio⁵³. En esta perspectiva tenía toda la razón Cicerón para calificar a la familia como *quasi seminarium reipublicae*⁵⁴, o acertaba, en tiempos más cercanos, entre tantos otros, el insigne constitucionalista español, Nicolás Pérez Serrano, cuando dijera de ella que «no es solo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política [...], base insustituible para una organización estable y eficaz»⁵⁵.

6. La exacerbación individualista alcanza incluso a la posibilidad de modificar la identidad propia con la que cada cual es reconocido socialmente en la continuidad de su personalidad, de sus vínculos y responsabilidades, concretamente con respecto a uno de sus componentes esenciales genéticos que los científicos afirman, en realidad, inalterable en sí, y que es el sexo. Admitiendo su postergación en su realidad objetiva, de modo altamente dudoso para la dignidad de todo ser humano en cuanto tal, por la prioridad que se reconocería a la autopercepción subjetiva y eventualmente cambiante de la propia condición sexual o al deseo de determinarla por sí, incluso con intervenciones quirúrgicas —aunque no parece que estas puedan llegar nunca a modificar la composición genética cromosómica definitoria de lo masculino y de lo femenino con todas sus implicaciones somáticas—, se llega a introducir reglas jurídicas que imponen socialmente la aceptación de esas distorsiones subjetivas y las amparan e incluso propician hasta en menores, relegando incluso la responsabilidad y derechos sobre ellos de sus padres⁵⁶.

Trump nombró, en su primer mandato, a los nuevos jueces Gorsuch, Kavanaugh y Any C. Barret, y, en 2022, el presidente Biden a la jueza Jackson.

⁵³ Para una fundamentación más extensa, véanse nuestros estudios (2000), «La familia en la Constitución Española», *REDC*, 58, págs. 11-43, y (2016), «Una crítica a la STC 198/2012 sobre el matrimonio en la Constitución Española», en T. Prieto Álvarez (ed.), *Acoso a la familia (del individualismo a la ideología de género)*, Granada: Comares (págs. 45-90). En esta misma obra se encuentra también el primero, págs. 1-30.

⁵⁴ *Sobre los deberes (De Officiis)*, I, 54.

⁵⁵ Cfr. N. Pérez Serrano (1984), *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed., Madrid: Civitas (pág. 687). Cabe recordar que el autor citado fue catedrático de Derecho Político Comparado en la hoy Universidad Complutense de Madrid desde 1932 a 1960 y que el *Tratado* que se cita fue publicado inicialmente en 1976, aunque él lo había dejado elaborado, como testimonia su hijo N. Pérez-Serrano Jáuregui (2006), «Nicolás Pérez-Serrano (1890/1961). Semblanza y datos biográficos», en *Teoría y realidad constitucional* (UNED), 18, págs. 503-528 (pág. 508).

⁵⁶ En España ha habido, primero, una Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, cuyo art. 1 incluía el *cambio de nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral*, y

Pero ¿es todo esto verdaderamente compatible con la veracidad en las relaciones sociales a cuyo deterioro no parece que el Estado deba contribuir? ¿No se están ignorando derechos o intereses legítimos de terceros, individualizados o difusos, y minando la autenticidad y fiabilidad en las relaciones sociales que hacen posible una convivencia confiada y segura? ¿No se está incluso evidenciando el fácil abuso a que conducen esas reglas que posibilitan y, con creciente facilidad, la modificación de la propia identidad en cuanto al sexo ante la sociedad, en el amplio mundo de las competiciones deportivas, en la aplicación de discriminaciones positivas en favor de un sexo, en el uso de instalaciones y servicios diferenciados por razón del sexo, etc.?

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como he expuesto en otro lugar, el Estado social de derecho debe hacer lo necesario para garantizar lo mejor posible la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de todos, lo que incluye los derechos de libertad, de modo que las necesidades de todo tipo puedan ser atendidas eficazmente en la mayor medida de lo posible por el ejercicio responsable de las libertades⁵⁷. Y ciertamente nada debería disminuir el rigor y la coherencia en la aplicación de aquella tríada de preceptos básicos que formulara Ulpiano, sobre la que se ha cimentado nuestra cultura jurídica y nuestra civilización, *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*⁵⁸, y muy en particular de los dos últimos, indiscutiblemente jurídicos⁵⁹. Así deriva de la dignidad misma inherente a la condición humana, fundamento de todos los derechos fundamentales y de la solidaridad social que los dota de efectividad, subsidiariamente mediante la necesaria actuación de los poderes públicos.

que en su art. 6 obligaba a trasladar los cambios al Documento Nacional de Identidad. Pero, después, esta Ley de 2007 ha sido sustituida por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE, 1 de marzo), con 82 artículos, 4 disposiciones adicionales, dos transitorias y veinte finales, 17 de las cuales modifican distintas leyes, incluida la de contratos del sector público de 2017 en dos de sus preceptos, el Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido de 2015, en varios de sus artículos, o la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, en otros dos de sus preceptos.

⁵⁷ J. L. Martínez López-Muñiz (2019-1, ap. 1.4).

⁵⁸ *Digesto*, 1, 1, 10, 1, e *Instituciones*, 1, 1, 3.

⁵⁹ J. Arias Ramos (1960), de cuyo *Derecho Romano*, I, 8ª ed. corregida con la colaboración de J. A. Arias Bonet, Madrid: Ed. RDP (pág. 31), se ha tomado la referencia anterior, ya advierte atinadamente del carácter más ético que jurídico del mandato de *honeste vivere*, aunque es muy significativo que el jurista romano lo incluyera en esta tríada, sin duda por el trasfondo ético de todo el derecho.