

Philippe Frumer
Ignacio Villaverde
Menéndez

*La renunciabilidad de los
derechos fundamentales y
las libertades públicas*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

PHILIPPE FRUMER. Es catedrático de derecho internacional y derecho europeo en el "Institut Supérieur de Traducteurs et Interprètes" (Isti-Bruselas). Doctor en derecho de la Universidad Libre de Bruselas. Sus publicaciones incluyen principalmente temas relacionados con la protección europea e internacional de los derechos humanos. Es el autor del libro "La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle", (Bruylant, Bruselas, 2001) (La renuncia a los derechos y libertades)".

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ. Es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo posee varias publicaciones relativas a la teoría general de los derechos fundamentales y sobre los derechos a ser informado, a la libre expresión y a la protección de datos personales.

Ha impartido numerosos cursos y conferencias, y acaba de publicar el libro "La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales". Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional y actualmente desempeña el cargo de Secretario del Consejo Social de la Universidad de Oviedo.

ISBN 978-84-616-5449-0



9 788461 654499

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*La renunciabilidad de los
derechos fundamentales y
las libertades públicas*

Philippe Frumer
Ignacio Villaverde
Menéndez

*La renunciabilidad de los
derechos fundamentales y
las libertades públicas*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2013 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Philippe Frumer, Ignacio Villaverde Menéndez

I.S.B.N.: 978-84-616-5449-9

Depósito Legal: M-21.787-2013

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

VARIACIONES SOBRE EL TEMA DE LA RENUNCIA A LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES (<i>Philippe Frumer</i>)	11
Introducción	11
I. La renuncia a los derechos procesales	17
1.1. Renuncia y medios alter- nativos de resolución de litigios	17
a. La renuncia a las garantías de un juicio justo y las alter- nativas a un litigio - el caso del arbitraje	18
b. La renuncia a las garantías de un juicio justo y la con-	

tractualización de la justicia penal - el caso de los procedimientos penales simplificados	24
1.2. La renuncia al derecho a la asistencia de un abogado	32
II. LA RENUNCIA A LOS DERECHOS SUSTANTIVOS	39
2.1. La renuncia y la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes	40
2.2. La renuncia en el contexto de las relaciones profesionales - el ejemplo de la libertad de asociación	48
2.3. Renuncia, autonomía de la persona y derecho a disponer de su cuerpo	54
III. Una lección reciente: la renuncia al derecho a no a sufrir discriminación	67
Bibliografía	85

LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

(*Ignacio Villaverde Menéndez*) 89

1. Consideraciones generales 89
2. Sobre el concepto de renuncia de los derechos 95
3. Un breve excursus sobre teoría general de los derechos fundamentales 100
4. Las distintas clases de derechos y su hipotética renunciabilidad 103
 - a. La renuncia a la titularidad de los derechos fundamentales 107
 - b. La renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales ... 113
5. Las disposiciones prohibidas de derechos fundamentales 122
 - a. La gratificación administrativa o judicial de ciertas disposiciones sobre los derechos fundamentales 123

b. La dimensión objetiva de los derechos como límite a la disposición subjetiva del derecho	125
6. La disolución de la dogmática de la renuncia de los derechos fundamentales en la de sus límites	132
7. Las consecuencias jurídicas de la revocación de la renuncia	136
BIBLIOGRAFÍA	141

VARIACIONES SOBRE EL TEMA DE LA RENUNCIA A LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Philippe FRUMER

INTRODUCCIÓN

El tema de la renuncia a los derechos y libertades fundamentales suscita a menudo en el interlocutor -hemos tenido la ocasión de comprobarlo- un sentimiento de desconcierto, incluso de confusión: ¿no resulta en extremo alarmante contemplar la situación del titular de un derecho o una libertad fundamental que se comporta de manera totalmente opuesta a la esperada? Considerando los ingentes esfuerzos que ha requerido la conquista de los derechos humanos, ¿cómo admitir que sus beneficiarios decidan renunciar a ellos?¹ Por otra parte, ¿no merecen un cuidadoso examen las circunstancias que llevan a una persona a renunciar a una protección

¹ HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, "A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, p. 48.

promulgada a su favor? ¿No se trata de hipótesis como mínimo circunstanciales, de "estudios de casos", fruto de una tortuosa imaginación de los juristas, siempre al acecho de nuevos temas de investigación?

La presente ponencia tiene por objeto demostrar que, lejos de confinarse a ámbitos secundarios o anecdóticos, la renuncia a los derechos y libertades fundamentales es una cuestión transversal por excelencia², que trasciende el conjunto de los derechos fundamentales y tiene implicaciones en ámbitos sumamente variados, en ocasiones insospechados³. Es en este sentido que hablamos de variaciones de un mismo tema: es la misma "música" que se escucha en diferentes ámbitos, pero interpretada en diferentes variaciones.

² En un trabajo reciente publicado en Bélgica sobre los derechos y libertades constitucionales, incluimos nuestra contribución referente al tema de la renuncia en el volumen dedicado a la "teoría general de los derechos constitucionales". En ella poníamos de manifiesto que, como sucede, por ejemplo, con la interpretación de los derechos constitucionales, sus derogaciones o sus destinatarios, la cuestión de la renuncia podría ser aplicable al conjunto de los derechos constitucionales: FRUMER, Philippe, "La renonciation aux droits constitutionnels" in M. Verdussen & N. Bonbled (Dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruselas, Bruylant, 2011, vol. 1, pp. 367-394.

³ Por ejemplo, no hace mucho tiempo que se planteó la pregunta de si el derecho a la no discriminación podía ser objeto de una renuncia. Volveremos sobre el particular.

Preguntarse sobre la renuncia a los derechos fundamentales conduce por otra parte a concentrarse en desafíos importantes, a menudo contradictorios: ¿a qué valor cabría dar prioridad: a la autonomía individual de la persona o a la defensa del interés general? ¿Existen intereses que van más allá de la persona titular de los mismos y que se opondrían a cualquier tentativa de renuncia? ¿Es incompatible la pertenencia total o parcial de los derechos y libertades al ámbito del orden público⁴, incluso al ámbito del orden público europeo⁵, según las propias palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶, con la idea según la cual el titular de un derecho o de una libertad fundamental podría hacer uso del

⁴ El Tribunal de Estrasburgo reconoce a este respecto que, si bien el sistema instaurado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene por objeto ofrecer un recurso a los particulares, "tiene asimismo por objeto, en beneficio del interés general, resolver cuestiones meramente de orden público, endureciendo las normas de protección de los derechos humanos y extendiendo la jurisprudencia en este ámbito al conjunto de la comunidad de los Estados partes del Convenio": *Rantsev contra Chipre y Rusia*, 7 de enero de 2010, §197 (y la jurisprudencia citada).

⁵ El Tribunal Europeo ha definido en efecto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como un "instrumento constitucional de orden público europeo": *Loizidou contra Turquía* (Excepciones preliminares), 23 de marzo de 1995, §75.

⁶ Entre muchos otros: *Tribunal Europeo D.H., Gagliano Giorgi contra Italia*, 6 de marzo de 2012, §60.

mismo? ¿Es la posibilidad o la imposibilidad de renunciar a un derecho o a una libertad una indicación de la existencia o de la emergencia de una jerarquía entre los derechos fundamentales? ¿Debe tomarse al pie de la letra la proclamación de los derechos y libertades humanos como atributos inalienables del ser humano, suponiendo por ello una imposibilidad de renunciar a ellos?⁷

Son tantas las cuestiones -entre muchas otras- que resultaría inútil intentar analizarlas dentro de los límites de la presente ponencia⁸. En cambio, intentaremos, a través del examen de algunas decisiones de jurisprudencia, poner de relieve algunos puntos controvertidos e ilustrar la problemática y los dilemas a los que los jueces se enfrentan cada vez con mayor frecuencia.

Tengamos en cuenta ante todo que por "renuncia" hemos de entender, en un sentido amplio, cualquier mecanismo jurídico que

⁷ Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos definió la independencia y la imparcialidad del tribunal o del juez como garantías inalienables: *Micallef contra Malta*, 15 de octubre de 2009, §86.

⁸ Las personas interesadas en un examen detallado de estas cuestiones pueden consultar nuestro trabajo: *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruselas, Bruylant, 2001.

traduzca la voluntad expresa o tácita de una persona de privarse de una prerrogativa o de renunciar a ella, a pesar de estar en su mano el poder acogerse ella⁹. Es la manifestación de la voluntad abdicativa lo que parece determinante en la idea de la renuncia. Es por esta razón que esta noción no debe llevarse al extremo: el mero hecho de no ejercer un derecho o una libertad de los cuales se es titular no supone su renuncia a ellos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, este "jus commune" o "ius commune" de las democracias europeas, servirá de hilo conductor de este análisis. En la presentación que viene a continuación, estableceremos una distinción, por una parte, entre los comúnmente llamados derechos procesales, y por otra, los derechos sustantivos, teniendo siempre presente la finísima línea que separa ambas categorías¹⁰. Los primeros constituyen

⁹ DREIFUSS-NETTER, Frédérique, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 47, §34.

¹⁰ Sobre la tendencia jurisprudencial destinada a integrar un aspecto procesal en los denominados derechos "sustantivos": DUBOUT, Edouard, "La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, pp. 397-425. Sobre esta misma cuestión y sobre la tendencia opuesta de materialización de las garantías procesales: HOTTELIER, Michel, "La

seguramente el terreno predilecto de la renuncia¹¹, si bien los interrogantes son sin duda más recientes en el terreno de la renuncia a los derechos sustantivos. Por otra parte, dado que el marco normativo del derecho a la no discriminación se puede prestar a debate¹²,

nécessaire complémentarité des droits matériels et des garanties de procédure", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, pp. 573-586.

¹¹ Para un dictamen similar en Canadá, por lo que se refiere a la aplicación de la teoría de la renuncia a los derechos fundamentales por el Tribunal Supremo canadiense: LAMOTHE, Maxime, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les Chartes québécoise et canadienne*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, Québec, 2006, p. 2 (www.theses.ulaval.ca/2006/23849/23849.pdf)

¹² El derecho a la no discriminación, del que volveremos a hablar, puede considerarse a la vez como un derecho humano y como un elemento constitutivo de todos los demás derechos: GELLERT, Raphaël; DE HERT, Paul, "La non- discrimination comme réalité effective en Europe? Réflexions sur la procéduralisation du droit de l'égalité européen", *Revue belge de droit constitutionnel*, 2012, p. 24. Según otros, el derecho a la no discriminación en el ámbito del derecho europeo de derechos humanos habría dejado de ser un derecho subjetivo para convertirse en un principio directriz de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: SUDRE, Frédéric, "Rapport introductif" in F. Sudre, H. Surrél (Dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2008, p. 23. El mismo autor subraya por otra parte que el Tribunal Europeo confiere ya un alcance procesal, disociado del alcance sustantivo, al derecho a la no discriminación (p. 40).

será objeto de un examen por separado desde el punto de vista de la renuncia.

I. LA RENUNCIA A LOS DERECHOS PROCESALES

En materia de renuncia a las garantías procesales, el fenómeno de los medios alternativos de resolución de litigios, elocuente indicador de una profunda tendencia de contractualización del derecho en los Estados europeos, merece una atención especial (1.1.) Además de esta importante cuestión, comentaremos, a título ilustrativo, algunas novedades en el ámbito de la renuncia al derecho a la asistencia de un abogado, especialmente presente en la reciente jurisprudencia europea (1.2.).

1.1. Renuncia y medios alternativos de resolución de litigios

Se sabe que distintas razones incitan a los Estados a adoptar la vía de la "contractualización" de la justicia, bien sea penal, civil o administrativa. Voluntad de aliviar la carga de trabajo de los tribunales, eficacia de la justicia, procesos menos costosos... Los justiciables también salen ganando al beneficiarse en principio de procesos confidenciales y más rápidos, mientras que en el ámbito penal, tienen la seguridad de benefi-

ciarse de una reducción de su pena. Los dos ejemplos siguientes permitirán ilustrar de qué manera la renuncia a algunas garantías constitutivas de un juicio justo intervienen en estos procedimientos en el ámbito de justicia negociada o consensual.

a. La renuncia a las garantías de un juicio justo y las alternativas a un litigio - el caso del arbitraje

El asunto que comentamos aquí y que fue sometido al Tribunal Supremo de Austria¹³ enfrentaba el Estado austriaco a dos grupos de herederos de antiguos propietarios de un famoso cuadro del pintor Gustav Klimt, el retrato de Amalie Zuckerkandl. En 1938, el propietario del cuadro, el señor Bloch Bauer, huyendo de las persecuciones nazis, lo había cedido gratuitamente a la hija de la modelo, quien lo había vendido a continuación a un marchante de arte para financiar su exilio. La galería vendió el cuadro al Estado austriaco en 1988.

Reivindicando la propiedad del cuadro en base a la legislación austriaca en materia de restitución de obras de arte, los herederos del señor Bloch Bauer llegaron a un compromiso

¹³ Tribunal Supremo austriaco, 1 de abril de 2008, 5 Ob 272/07x.

de arbitraje con Austria. Los herederos de la modelo se incorporaron posteriormente al procedimiento, comprometiéndose a respetar el laudo arbitral. Sobre esta base, el tribunal ad hoc negó a los herederos el derecho a la restitución del cuadro, dado que éstos no habían sido desposeídos del mismo. Los herederos de la modelo solicitaron posteriormente al Tribunal Supremo austriaco que anulase el laudo arbitral por haber violado las garantías de un juicio justo de conformidad con el artículo 6 CEDDH. Sostenían que no habían podido participar en el proceso de nombramiento de los árbitros, y que se habían visto obligados a incorporarse al procedimiento arbitral en curso, no teniendo otra elección para hacer valer sus argumentos.

El Tribunal Supremo rechazó la solicitud de anulación, porque al firmar el compromiso de arbitraje, los herederos de la modelo habían renunciado parcialmente a las garantías de un juicio justo. Por lo que se refiere más específicamente al derecho a ser oído en juicio, el Tribunal Supremo consideró que cualquier incumplimiento de este derecho no podía conllevar la anulación de una sentencia arbitral. Sólo podría justificar una anulación la circunstancia de que a una de las partes se le hubiese negado por completo el derecho a

ser oída, lo que no había ocurrido en este caso¹⁴.

La decisión del Tribunal Supremo austriaco se inscribe en la misma línea de una jurisprudencia bien establecida que analiza el arbitraje voluntario como una renuncia parcial al ejercicio de los derechos que define el artículo 6§1 del Convenio¹⁵. Numerosos órganos jurisdiccionales nacionales comparten asimismo este análisis¹⁶. En principio, no hay nada

¹⁴ Hay que tener en cuenta que esta decisión se había dictado al amparo de la antigua legislación austriaca en materia de arbitraje. Desde 2006, el artículo 594(2) del Código Civil austriaco prevé que las partes en un arbitraje reciban un trato equitativo y que se les reconozca su derecho a ser oídas. Cabría entonces preguntarse si el Tribunal Supremo habría adoptado la misma solución si hubiese debido aplicar la nueva legislación... ver a este respecto: SCHWARZ, Franz T. & CONRAD, Christian W., *The Vienna Rules: a Commentary on International Arbitration in Austria*, Alphen, Kluwer, 2009, p. 440.

¹⁵ Ver Comunidad Europea D.H., demanda n° 1197/61, X contra R.F.A., decisión del 5 de marzo de 1962, Rec., n° 8, p. 68.

¹⁶ Por ejemplo, el Tribunal Federal suizo admitió que una disposición nacional que permitía a las partes en un arbitraje internacional renunciar de antemano a cualquier recurso estatal contra un laudo arbitral no era contraria al artículo 6§1 del Convenio Europeo: Tribunal Federal, Sala Segunda de Derecho Civil, 4A_238/2011, sentencia del 4 de enero de 2012, X. contra Z. Para una aplicación en el derecho británico: Court of Appeal, *Stretford contra The Football Association Ltd* [2007] EWCA Civ 238 (21 de marzo de 2007).

en contra de que los justiciables renuncien a su derecho a recurrir a una jurisdicción estatal en favor de un arbitraje, siempre que dicha renuncia sea libre, lícita e inequívoca¹⁷, y que cuente con un mínimo de garantías en consonancia con su importancia¹⁸.

Además de la renuncia al derecho a acceder a un juez estatal, se da por hecho que el recurso al arbitraje voluntario puede conllevar la renuncia a una audiencia pública, debido a que la confidencialidad es precisamente uno de los objetivos que persiguen las partes que deciden prescindir de la justicia estatal. Sabiendo que el Tribunal Europeo admite una renuncia a una audiencia pública ante los órganos jurisdiccionales estatales, siempre que dicha renuncia no entre en conflicto con un interés público importante¹⁹, con mayor

¹⁷ Tribunal Europeo D.H., Suda contra la República Checa, 28 de octubre de 2010, §48; Transado - Transportes Fluviais do Sado, S.A. contra Portugal, decisión sobre la admisibilidad del 16 de diciembre de 2003.

¹⁸ Tribunal Europeo D.H., demanda n° 1742/05, Eiffage S.A. y otros contra Suiza, decisión del 15 de septiembre de 2009. En este caso concreto, las condiciones generales del contrato preveían el arbitraje como medio exclusivo de resolución de diferencias redactadas de manera precisa y que no pudiesen en modo alguno inducir a error al demandante.

¹⁹ Para una ilustración reciente: Tribunal Europeo D.H., Mehmet Emin Simsek contra Italia, 28 de febrero de 2012, §36.

razón debería ocurrir lo mismo en el marco de los procedimientos arbitrales. Sin embargo, la renuncia que implica el recurso al arbitraje voluntario no debería afectar al conjunto de las garantías de un juicio justo. La renuncia puede en efecto ser admisible respecto a determinados derechos pero no respecto a otros, incluso dentro de las garantías de un juicio justo enunciadas en el artículo 6 del Convenio.

Habida cuenta de la unidad funcional entre la justicia estatal y la justicia arbitral, y teniendo en cuenta también que numerosos Estados regulan el arbitraje en su Ley de Enjuiciamiento Criminal, nada impide decir que el medio alternativo de resolución de litigios que representa el arbitraje implique una renuncia a todas las garantías de un juicio justo. Este razonamiento equivaldría -siendo éste uno de los peligros potenciales de la renuncia- a conferir a la voluntad del titular de un derecho un alcance que éste no pretendía darle. Por ejemplo, resultaría difícil afirmar que las partes en un arbitraje voluntario habrían decidido renunciar sistemáticamente a las garantías de independencia e imparcialidad del "tribunal", debido a la medida en que dichas garantías parecen inherentes a la función judicial, con independencia de que la ejerzan un juez estatal o un árbitro²⁰. Del mismo modo, debido a que la rapidez es una

de las ventajas previstas por las partes que recurren al arbitraje, sería difícilmente concebible que renunciasen a que su causa fuese juzgada dentro de un plazo razonable...

Como es e suponer, esta jurisprudencia se refiere al arbitraje voluntario. Cuando el arbitraje es forzado o impuesto por la ley, no tiene cabida una renuncia válida al derecho a un tribunal, debido a que las partes no tienen posibilidad alguna de abstraerse de la competencia del tribunal arbitral, que debe entonces ofrecer todas las garantías vinculadas a un juicio justo²¹. Lo mismo sucede con cualquier medio alternativo de resolución de litigios que no sea el fruto de una elección voluntaria y libre²².

²⁰ Por el contrario, si las partes en un arbitraje llegasen a tener conocimiento de determinados elementos que de algún modo las indujeran a cuestionar la independencia o la imparcialidad de los árbitros en el momento de su nombramiento, pero no ejerciesen su derecho de oposición, se interpretaría que renuncian a la posibilidad de alegar parcialidad: "L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme à l'arbitrage: question mal posée ou enjeu véritable?", *Revue de droit international et de droit comparé*, 2010, no 3, p. 392.

²¹ Tribunal Europeo D.H., *Suda contra la República Checa* antes citado, §49.

²² Es interesante apuntar que el Tribunal de Apelación de Inglaterra y el País de Gales (Court of Appeal of England and Wales) declaró que la obligación que pesa

b. La renuncia a las garantías de un juicio justo y la contractualización de la justicia penal - el caso de los procedimientos penales simplificados

El asunto Scoppola contra Italia (nº 2) que comentamos ahora²³ se referiría a una persona acusada de crímenes contra miembros de su familia que pidió ser juzgada en un "procedimiento simplificado". Según el derecho italiano, este procedimiento alternativo de resolución de litigios atañe a la "justicia consensual", debido a que es el acusado quien solicita la aplicación y a que está implicado un derecho a la reducción de la pena a instancias de dicha parte²⁴.

A condición de que el asunto pudiese ser juzgado, este procedimiento permitía, conforme al enjuiciamiento criminal italiano a la sazón en vigor, condenar al interesado a una

sobre las partes de recurrir a la mediación sería un obstáculo inaceptable al derecho a un tribunal y, por lo tanto, una violación del artículo 6§1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: *Halsey contra Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576 (11 de mayo de 2004), §9.

²³ Tribunal Europeo D.H., *Scoppola contra Italia* (nº 2) (Gran Sala), 17 de septiembre de 2009.

²⁴ MAFFEI, (Stefano), "Negotiations 'on Evidence' and Negotiations 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure", *Journal of International Criminal Justice*, 2004 (2), p. 1060.

pena de treinta años por hechos normalmente sancionables con prisión perpetua, como contrapartida de su renuncia a algunas garantías procesales. Si bien se pronunció efectivamente una pena de treinta años en primera instancia, los órganos jurisdiccionales de recurso optaron por la cadena perpetua, basándose en un decreto ley interpretativo que entró en vigor el mismo día en que se pronunció la condena en primera instancia y que excluía la posibilidad de reducir la pena a las personas que, como el demandante, habían cometido hechos sancionables con una reclusión con aislamiento diurno.

Además de los argumentos vinculados a la retroactividad del derecho penal, el demandante alegó ante de el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, debido al cambio de legislación, se le había privado de la principal ventaja que le confería la elección del procedimiento simplificado, a saber, la reducción de la pena, a pesar de haber estado de acuerdo con una disminución de varias garantías procesales, incluida la renuncia a una audiencia pública, el derecho a pedir la presentación de nuevos elementos de prueba y a obtener la convocatoria de testigos, así como el derecho a interrogar a los testigos de cargo.

El Tribunal destacó que de hecho el demandante había renunciado válidamente a dichas

garantías, habiendo contado con la asistencia de un abogado, de modo que estaba en condiciones de comprender las consecuencias de su renuncia²⁵. Sin embargo, no se habían cumplido sus expectativas legítimas, debido a que la nueva legislación suprimía la ventaja en la que el interesado se había basado para realizar su elección informada. En otras palabras, pronunciándose sobre la violación de las garantías de un juicio justo, el Tribunal consideró que el Estado había actuado con mala fe, reduciendo unilateralmente las ventajas vinculadas a la renuncia a algunas garantías de un juicio justo. La circunstancia de que el demandante hubiese podido revocar su elección de un procedimiento simplificado y, por lo tanto, recuperar el beneficio de las garantías de un juicio justo a las que había renunciado, no modificó en modo alguno el dictamen de violación: debido a que el demandante no podía obligar al Estado a hacer respetar el acuerdo previamente alcanzado, no vio su expectativa cumplida debido a factores ajenos a su control²⁶.

La lección que debemos extraer de esta sentencia es importante. En primer lugar, es interesante destacar que el Tribunal ni siquiera puso en entredicho el principio de la renun-

²⁵ Sentencia comentada, §136.

²⁶ Sentencia comentada, §§134-144.

cia que implica la elección de un procedimiento simplificado²⁷, aunque ya había afirmado que las garantías a las que se refería la renuncia constituían "principios fundamentales del derecho a un juicio justo"²⁸.

Esto no es sorprendente: son ciertamente numerosos los Estados miembros del Consejo de Europa que han adoptado la vía de la contractualización de la justicia y, más concretamente la vía de la justicia consensual o negociada en materia penal²⁹. Respecto a la justicia negociada, se sabe que este fenómeno tiene su origen en los países anglosajones, donde la práctica del "guilty plea" y sobre

²⁷ Ver previamente en el mismo sentido la sentencia *Hermi contra Italia* (Gran Sala), 18 de octubre de 2006, §§78-79. Ver también la demanda n° 32555/06, *Vitale contra Italia*, decisión del 28 de septiembre de 2010.

²⁸ Tribunal Europeo D.H., demanda n° 52868/99, *Kwiatkowska c. Italia*, decisión del 30 de noviembre de 2000; sentencia comentada, § 135.

²⁹ La justicia consensual reconoce a los particulares el poder de aceptar o rechazar propuestas cuyo contenido escapa a su control, basándose en el modelo del contrato de adhesión. La justicia negociada va más allá, ya que reconoce a los particulares un poder de discusión referente al propio contenido de las propuestas y que puede influir sobre el mismo, pero con concesiones recíprocas. Sobre esta distinción: VAN DE KERCHOVE, Michel, "Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?" in S. Chassagnard-Pinet & D. Hiez (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, París, Dalloz, 2008, pp. 190-195.

todo del "plea bargaining"³⁰ es algo corriente, si bien implica una renuncia al respeto de las garantías procesales³¹. Distintos elementos permiten explicar este entusiasmo por lo que hemos llegado a denominar la justicia "consensual" o "negociada" en materia penal. Entre éstos, un determinado cuestionamiento del modelo del Estado benefactor, cuyo resultado es una pérdida de legitimidad de una regulación basada en un modelo autoritario, o incluso la obligación de que los Estados europeos juzguen dentro de un "plazo razonable", lo que los conduce a buscar mecanismos que permitan evitar los pleitos y reducir la carga de los tribunales con el fin de llegar a decisiones más rápidas. Más fundamentalmente, en

³⁰ El "plea bargaining" es un procedimiento de juicio simplificado que permite evitar un pleito basado en la culpabilidad, pero llegando a una conciliación. Esto supone que el procesado renuncia al ejercicio de derechos constitucionales y se declara culpable de una infracción de menor importancia o de uno de los cargos que pesan contra él, a cambio de concesiones del fiscal, como la recomendación de una pena indulgente y/o la reducción de los cargos, con independencia de la gravedad del delito. El "guilty plea" consiste en un reconocimiento formal de culpabilidad ante un órgano jurisdiccional. En este sentido: "Qu'est-ce que le plea bargaining?", Les cahiers de la justice, 2012/3, pp. 91 y siguientes.

³¹ HEUMANN, Milton, *Plea Bargaining*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1978, p. 1: "El plea bargaining es el proceso mediante el cual el acusado en un caso penal renuncia a su derecho de ir a juicio a cambio de una reducción del cargo y/o de la pena".

los países anglosajones, el "plea bargaining" obedece a un análisis liberal basado en la búsqueda de la eficiencia por medio de una conciliación: este método permitiría al fiscal obtener un gran número de condenas a un menor coste dentro de un plazo razonable, ahorrando al mismo tiempo a la persona acusada el sufrimiento que supone un pleito y el riesgo de una mayor condena.

El procedimiento simplificado italiano, derivado de la justicia consensual, ilustra, entre otras cosas, la importación del fenómeno de la contractualización de la justicia penal en Europa. Estos procedimientos, que suponen la renuncia a algunas garantías de un juicio justo, son admisibles en el sentido de que el sistema jurídico implicado proporciona al interesado la posibilidad de elegir otro procedimiento, en total conformidad con las garantías de un juicio justo, y de que la elección entre uno u otro de estos procedimientos es libre e informada³².

Por otra parte, la circunstancia de que el recurso a tales procedimientos venga acompañada de un incentivo para el acusado, en forma de una reducción de la pena, no parece

³² En este sentido: Tribunal Europeo D.H., opinión en parte disidente del juez Zagrebelsky en la sentencia Meftah y otros contra Francia, 26 de julio de 2002.

que ponga en modo alguno en peligro la validez³³, a condición de que la aceptación no implique una desproporción obvia entre la pena susceptible de aplicarse tras el procedimiento negociado, y de que en este marco se aplique el procedimiento judicial tradicional³⁴. Ésta es la lección que se desprende de una antigua sentencia del Tribunal Europeo³⁵. En este asunto, un comerciante que había cometido una infracción de la reglamentación de precios había consentido, por medio de una conciliación, en pagar una cantidad relativamente moderada con el fin de evitar el cierre de su comercio. Pronunciándose en este caso

³³ Tribunal Europeo D.H., Litwin contra Alemania, 3 de noviembre de 2011, §38: "parece ser una característica común de los sistemas europeos de justicia penal que un demandado se beneficie de una reducción de su sentencia por un reconocimiento formal de culpabilidad (guilty plea) con anterioridad al juicio o por prestar una cooperación importante a la policía o durante el ejercicio de las actuaciones judiciales".

³⁴ BEERNAERT, Marie-Aude, "Les garanties du procès équitable dans la justice consensuelle et négociée: analyse de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme" in F. Digneffe & T. Moreau (Dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruselas, de Boeck & Larcier, 2006, p. 365. Tribunal Europeo D.H., demanda n° 54767/00, Borghi contra Italia, decisión del 20 de junio de 2002; Babar Ahmad y otros contra el Reino Unido, decisión parcial sobre la admisibilidad, 6 de julio de 2010, §168.

³⁵ Tribunal Europeo D.H., Deweer contra Bélgica, 27 de febrero de 1980, §51.

en concreto sobre la violación del artículo 6 del Convenio, el Tribunal dictaminó que la renuncia al derecho a un tribunal que implicaba la aceptación de la conciliación por el demandante había sido fruto de una coacción. La coacción residía en la amenaza de cierre del comercio que las autoridades habían esgrimido para incitarle a aceptar la oferta de conciliación. Más concretamente, la desproporción manifiesta entre las dos alternativas que se le presentaban -pagar una cantidad relativamente poco importante o que le cerraran su comercio durante mucho tiempo- había pesado de manera decisiva sobre la elección del demandante, incitándole a aceptar el "mal menor"³⁶.

La segunda lección que debemos extraer de la sentencia que comentamos aquí se refiere a la obligación del Estado a implicarse de buena

³⁶ Para una aplicación más reciente: Tribunal Europeo D.H., Thompson contra el Reino Unido, 15 de junio de 2004, §44; Bell contra el Reino Unido, 16 de enero de 2007, §47. En estos asuntos, unos militares británicos habían aceptado una sanción que les habían impuesto en un procedimiento simplificado, pero dicha sanción no respetaba todas sus garantías de un juicio justo. Entre los elementos que llevaron al Tribunal a pronunciarse sobre la invalidez de la renuncia, estaba la circunstancia que los demandantes sólo incurrieran en un máximo 28 días de privación de libertad en virtud del procedimiento simplificado, mientras que en un proceso en un tribunal militar podrían haberles impuesto dos años de encarcelamiento.

fe cuando se trata de un justiciable que opta por renunciar a algunas garantías procesales importantes. Está claro que si bien el principio de la justicia negociada es aceptable, sigue siendo necesario que cada una de las partes cumpla las condiciones de la negociación. Incumbe por tanto al Estado respetar los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima de los justiciables en la aplicación de estos mecanismos. La renuncia no podría ser admisible en el supuesto de que estuviese viciada por promesas que las autoridades se negasen a cumplir³⁷.

1.2. La renuncia al derecho a la asistencia de un abogado

Desde que el Tribunal Europeo reconoció, en su importante sentencia *Salduz*, que cualquier sospechoso debe en principio benefi-

³⁷ GILLIAUX, Pascal, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruselas, Bruylant, 2012, p. 81. Ver en un sentido similar: Tribunal Europeo D.H., *Marpa Zeeland B.V. y Metal Welding B.V. contra los Países Bajos*, 9 de noviembre de 2004, §§50-51. El Estado neerlandés había violado el derecho de acceso a la justicia de empresas que, para retirar su apelación, habían confiado en las promesas de indulto realizadas por el Abogado General. Dado que las solicitudes de indulto fueron rechazadas, dichas empresas demandantes se encontraron sin indulto ni posibilidad de interponer un recurso de apelación, situación que las privaba de un acceso efectivo a la justicia y violaba por tanto el artículo 6 del Convenio.

ciarse del acceso a un abogado desde su primer interrogatorio por la policía³⁸, la cuestión de la renuncia al derecho a ser asistido por un abogado defensor ha sido objeto de una evolución importante.

La sentencia que comentamos brevemente aquí³⁹ permite delimitar mejor las modalidades de las que debe rodearse la renuncia al derecho a la asistencia de un abogado y, yendo más allá, la renuncia a las garantías de un juicio justo. En este caso concreto, el demandante había sido detenido por robo con agravantes. Informado de sus derechos por un investigador de la policía, manifestó su deseo de solicitar la asistencia de un abogado, a quien designó expresamente. A pesar de haber manifestado este deseo, siguieron interrogándole en ausencia de un abogado defensor, al mismo tiempo que le informaban de su derecho a no autoincriminarse. En dichos interrogatorios, realizó declaraciones inculpativas que sirvieron para condenarle. El demandante alegó ante el Tribunal

³⁸ La única excepción a este derecho debe estar justificada por "razones imperiosas", siempre que estas razones no atenten irremediabilmente contra los derechos de la defensa: Tribunal Europeo D.H., *Salduz contra Turquía* (Gran Sala), 27 de noviembre de 2008, §55.

³⁹ Tribunal Europeo D.H., *Pishchalnikov contra Rusia*, 24 de septiembre de 2009.

Europeo la violación de su derecho a la asistencia de un abogado, mientras que el Gobierno sostenía que la decisión del demandante de reconocer los hechos durante los interrogatorios constituía una renuncia implícita al derecho a la asistencia de un abogado.

Según el Tribunal, el derecho a la asistencia de un abogado es un derecho fundamental que permite garantizar la eficacia de las demás garantías de un juicio justo, sirviendo de ejemplo típico del derecho al cual no se puede renunciar siempre que dicha renuncia sea consciente e inteligente. Para que pueda considerarse que un acusado ha renunciado, en razón de su comportamiento, a una garantía tan importante, es necesario establecer que el interesado habría podido razonablemente prever las consecuencias de su comportamiento. Si bien no se excluye que un acusado, después de haber sido informado de sus derechos, decida responder a los interrogatorios, sigue siendo necesario que disponga de algunas garantías suplementarias en caso de que reclame expresamente un abogado.⁴⁰

En este caso concreto, el mero hecho de que el sospechoso siguiese respondiendo a los interrogatorios de la policía después de haber

⁴⁰ Sentencia comentada, §§77-78.

pedido en vano un asesor jurídico no puede analizarse como una renuncia voluntaria e inequívoca al derecho a la asistencia de un abogado, aunque se le informara de su derecho. Desde el mismo momento en que el interesado manifestó claramente su deseo de beneficiarse de la asistencia de un abogado, los interrogatorios deberían haber sido interrumpidos hasta que se le proporcionase un abogado, a menos que el propio acusado hubiera tomado la iniciativa de mantener nuevos encuentros o conversaciones con la policía u otras autoridades, lo que no sucedió en este caso. En cuanto a la previsibilidad de las consecuencias del comportamiento del demandante, el Tribunal consideró que precisamente la ausencia de un abogado le había impedido comprender las implicaciones de que siguiese participando en los interrogatorios. Está claro que las declaraciones del demandante, realizadas en ausencia de un abogado, no podían analizarse como una renuncia válida a su derecho⁴¹.

De esta sentencia se desprende que el Tribunal Europeo fue especialmente estricto en relación con la valoración de la renuncia al derecho a la asistencia de un abogado. Queda muy claro que el Tribunal aplicó su jurisprudencia reiterada según la cual la renuncia

⁴¹ Sentencia comentada, §§79-80.

debe rodearse con un mínimo de garantías en consonancia con su gravedad. Es interesante apuntar que el Tribunal parece conferir una importancia particular al derecho a la asistencia de un abogado, entre las garantías de un juicio justo, lo cual da a entender que esta primera garantía puede condicionar el disfrute efectivo de todas las demás. Por esta razón, la norma debe ser una renuncia consciente e inteligente. A este respecto, la especial vulnerabilidad de un inculcado, por ejemplo afectado de una minusvalía o dependiente del alcohol, puede implicar que dicho inculcado no pueda renunciar válidamente al derecho a la asistencia de un abogado⁴². Como es obvio, también es necesario que la renuncia sea inequívoca: esto no ocurriría cuando el sospechoso marque con una "X" una casilla en el atestado que recoge su declaración para indicar que no reclama la asistencia de un abogado, a lo que se añade que los atestados establecidos por la policía están plagados de irregularidades⁴³.

Cabe apuntar que las exigencias de una renuncia consciente e inteligente a la asisten-

⁴² Tribunal Europeo D.H., Bortnik contra Ucrania, 27 de enero de 2011, §§43-44; Plonka contra Polonia, 31 de marzo de 2009, §§37-38.

⁴³ Tribunal Europeo D.H., Yunus Aktas y otros contra Turquía, 20 de octubre de 2009, §47; Savas contra Turquía, 8 de diciembre de 2009, §66.

cia de un abogado conducen a interrogantes cada vez más complejos. Una de estas exigencias se refiere a la pregunta de si, para que la renuncia sea consciente e inteligente, es suficiente con que las autoridades policiales a cargo del interrogatorio informen al sospechoso de su derecho a la asistencia de un abogado, o de si la información solicitada debe ser de naturaleza jurídica, de modo que la renuncia deba venir precedida precisamente de la consulta de un abogado. El Tribunal Supremo británico ha respondido negativamente a esta pregunta, por considerar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo no exigía una información jurídica⁴⁴. No obstante, se ha aducido lo contrario en razón de que las autoridades policiales no estarían más capacitadas para aconsejar o informar a los sospechosos sobre las consecuencias de una posible renuncia a sus derechos, por estar en una situación de conflicto de interés⁴⁵.

⁴⁴ Tribunal Supremo, McGowan (Fiscal General de Edimburgo) contra B., 23 de noviembre de 2011, [2011] UKSC 54; Jude, Hodgson, Birnie contra el Abogado de su Majestad, 23 de noviembre de 2011, [2011] UKSC 55 (<http://ukhumanrightsblog.com/2011/11/24/sons-of-cadder-supreme-court-rulings-on-legal-advice-during-police-interviews>).

⁴⁵ European Criminal Bar Association, "Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and on the Right to

No está de más destacar, por otra parte, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha ejercido una influencia importante, no sólo en las decisiones judiciales y las legislaciones nacionales de los Estados partes del Convenio Europeo, sino también en el derecho de la Unión Europea. Una propuesta de Directiva europea sobre el derecho de acceso a un abogado en el marco de los procedimientos penales⁴⁶, sometida actualmente a deliberación, prevé en efecto la posibilidad de renunciar a este derecho, conforme a modalidades que se inspiran en gran medida en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: información sobre el contenido del derecho y sobre las consecuencias de la renuncia; formulación voluntaria e inequívoca⁴⁷.

Communicate upon Arrest"(www.ecba.org/extdocserv/ECBA_Stat_PropMeasurecontrapdf).

⁴⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo relativa al derecho de acceso a un abogado en el marco de los procedimientos penales, y al derecho a comunicarse después de la detención, COM (2011) 326 final, 8 de junio de 2011, artículo 9§1. El Consejo ha presentado recientemente un texto de compromiso que incluye esencialmente las garantías en materia de renuncia: documento 10467/12, 31 de mayo de 2012, artículo 8.

⁴⁷ En determinados puntos, esta propuesta de Directiva va incluso más allá que la jurisprudencia europea: prevé la documentación de la renuncia y sus circunstancias y la posibilidad de revocar la renuncia en cualquier momento del procedimiento penal.

Por otra parte, otra Directiva reciente de la Unión Europea demuestra la importancia del carácter consciente e informado de la renuncia en lo referente a otras garantías vinculadas a un juicio justo. La Directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en el marco de los procedimientos penales exige de hecho que, para que la renuncia al derecho a la traducción de las partes esenciales a efectos de la preparación de la defensa sea válida, el sospechoso debe haber sido de antemano aconsejado jurídicamente o informado plenamente por cualquier otro medio de las consecuencias de esta renuncia⁴⁸.

II. LA RENUNCIA A LOS DERECHOS SUSTANTIVOS

Es indudablemente en el ámbito de los derechos denominados "sustantivos" que las dudas y controversias cobran mayor fuerza

⁴⁸ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, artículo 3§8. Para una opinión según la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería aceptar dicha renuncia solamente cuando el interesado haya consultado previamente con un abogado: FRAGKOU, Roxani, *La consécration du droit à l'interprétation et à la traduction lors du procès pénal dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: un processus évolutif*", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, p. 858.

respecto al tema del propio principio de la renuncia. Nos parece interesante comentar una sentencia reciente relativa a uno de los derechos considerados absolutos, en el sentido de que jamás se pueden suspender, ni siquiera en una situación de guerra o peligro que afecte al Estado, a saber, el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes (2.1.). Respecto a los derechos no absolutos, el ámbito de las relaciones profesionales constituye un terreno de análisis especialmente pertinente (2.2). Por último, una sentencia altamente controvertida nos ayudará a reflexionar sobre la delicada confrontación entre el derecho a disponer del propio cuerpo y el derecho al respeto a la integridad física (2.3.)

2.1. La renuncia y la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes

El Tribunal Europeo tuvo recientemente la ocasión de considerar por primera vez de manera explícita la cuestión de la renuncia a los derechos protegidos por el artículo 3 del Convenio Europeo, que dispone lo siguiente: "Nadie podrá ser sometido la tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Y esto en un ámbito donde, por añadidura, esta cuestión aún no había sido planteada en los mismos términos, y a pesar incluso de que los

argumentos de las partes no parecían estar enunciados específicamente desde el punto de vista de la renuncia⁴⁹.

Este asunto se refería a un residente de origen iraquí a quien, después de habersele denegado una primera solicitud de asilo y de haber cumplido en Bélgica una pena de prisión por actos de terrorismo, las autoridades belgas le rechazan una nueva solicitud de asilo. Después vinieron varios períodos de detención en centros de confinamiento y residencia obligada a la espera de su expulsión a Irak o a un tercer país. Estando el demandante privado de su libertad, se entablaron negociaciones con las autoridades belgas para su retorno voluntario por mediación de la Organización Internacional para las Migraciones. El interesado aceptó regresar a Irak a cambio del pago de 10.000 euros. La cuestión consistía en determinar si el regreso a Irak podría considerarse un retorno voluntario, a pesar de que, según el demandante, ya no planteaba peligro alguno en materia de orden público en Bélgica. Sin embargo, en caso de haberse negado a regresar a Irak, podría haber temido legítimamente ser objeto de malos tratos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo. Según el demandante, su regreso a Irak no

⁴⁹ Tribunal Europeo D.H., M.S. contra Bélgica, 31 de enero de 2012, §121.

tenía en realidad nada de voluntario. El interesado se había resignado a regresar dado que carecía de perspectivas de poder vivir en libertad en Bélgica, y habida cuenta de las presiones ejercidas por las autoridades belgas en las semanas que precedieron a su regreso. Según el Gobierno, el demandante había aceptado regresar a Irak por propia voluntad, sin haber sufrido presiones por parte de las autoridades. El demandante, por otra parte, habría presentado por iniciativa propia a las autoridades las condiciones, en particular, financieras, a las que supeditaba la aceptación de su regreso.

Con carácter preliminar, el Tribunal consideró necesario preguntarse si, al aceptar regresar a Irak, "se podía considerar que el demandante había renunciando válidamente a su derecho a acogerse a la protección que le ofrecía el artículo 3 del Convenio"⁵⁰. El Tribunal no dejó de recordar la importancia primordial de esta disposición, que figura entre las que no pueden derogarse, ni siquiera en período de excepción. Ahora bien, se sabe que la importancia particular de un derecho o de una libertad podría ser, a priori, un criterio que permitiría determinar si dicho derecho o libertad se presta a una renuncia⁵¹, especialmente en el caso de una disposición que,

⁵⁰ Ibid., §121.

según lo reconocido por el Tribunal, sea el reflejo de una norma imperativa de derecho internacional⁵². La imposibilidad de renunciar a disposiciones no susceptibles de derogación que protegen la integridad física de la persona humana podría incluso interpretarse como una de las características que reflejan la superioridad jerárquica de dichas disposiciones⁵³.

A pesar de mencionar esta correlación y subrayar el carácter primordial de los artículos 2 y 3 del Convenio, el Tribunal se negó, en este caso concreto, a pronunciarse en general sobre la cuestión de si el carácter no derogable de un derecho o una libertad conllevaría ipso facto la imposibilidad de renunciar al mismo⁵⁴. Suponiendo en efecto que dicha

⁵¹ Para un estudio detallado de la cuestión: FRUMER, Philippe, *La renonciation aux droits et libertés (...)*, op. cit., 2001, pp. 511-518.

⁵² Tribunal Europeo D.H., *Al-Adsani contra el Reino Unido* (Gran Sala), 21 de noviembre de 2001, §61 (por lo que se refiere a la prohibición de la tortura).

⁵³ En este sentido: AFROUKH, Mustapha, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2011, p. 204.

⁵⁴ Tribunal Europeo D.H., *M.S. contra Bélgica* previamente citado, §123. Sucede con bastante frecuencia que, por economizar medios, el Tribunal Europeo se niegue a pronunciarse sobre cuestiones jurídicas delicadas. Para una aplicación de este mecanismo en materia de

renuncia fuese admisible, la coacción inherente a la condición de persona privada de libertad tenía como efecto viciar el consentimiento del demandante, de modo que su renuncia no estuviese rodeada de garantías suficientes de su libre expresión⁵⁵. En particular, el Tribunal dictaminó que la alternativa ofrecida al demandante no le dejaba en realidad posibilidad alguna de elegir. Las autoridades le habían comunicado de hecho que no podría residir legalmente en Bélgica ni vivir en libertad en dicho país. No le quedaba más remedio que resignarse a aceptar regresar a Irak, a sabiendas de que corría el riesgo de ser objeto de tratos inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio. En ausencia de una renuncia libre de cualquier coacción, el Tribunal consideró que se enfrentaba a un regreso forzado y que las alegaciones basadas en el artículo 3 eran admisibles⁵⁶.

renuncia: sentencia Meloni contra Suiza, 10 de abril de 2008, §51: "En este caso concreto, el Tribunal no considera necesario examinar la cuestión de si el demandante pudo renunciar válidamente a sus derechos derivados del artículo 5 § 3. En cualquier caso, nada permite pensar que el demandante haya tenido la intención de renunciar a su derecho a no a ser detenido arbitrariamente garantizado en el artículo 5 § 1 del Convenio".

⁵⁵ Ibid., §124.

⁵⁶ Para una crítica del análisis del Tribunal en el sentido de que ni siquiera hubiese debido contemplar la hipótesis de un regreso voluntario, debido a que el

La enseñanza que debemos extraer de esta sentencia en este punto queda pues clara: la aceptación del regreso, a cambio de una compensación financiera, por un extranjero privado de su libertad a la espera de su deportación, no podría dispensar al Estado donde éste se encuentra del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del artículo 3 del Convenio. Según destaca un comentarista, cuando el Estado fórmula ofertas que las personas son libres de aceptar o rechazar, no debería supeditar su aceptación a la condición de que la persona sacrifique derechos y libertades de carácter sustantivo⁵⁷. De la lectura de la sentencia del Tribunal parece desprenderse que dichas ofertas son aún menos tolerables cuando se formulan respecto a personas que se

demandante, en estancia ilegal, habría estado sujeto a la obligación jurídica de abandonar el territorio: BOSSUYT, Marc, "You cannot try them, you cannot detain them and you cannot deport them", *Journal des tribunaux* (Bélgica), 2012, p. 353. No obstante, la cuestión parece más compleja puesto que en Bélgica el regreso voluntario es una posibilidad a la que también pueden optar aquellos a quienes se les haya denegado asilo... Por otra parte, la opinión del autor, según la cual por regreso forzado sólo se entiende aquel que viene acompañado del uso de la fuerza física, parece como mínimo restrictiva. Otras formas de coerción, en particular la coerción moral, pueden llevar a un dictamen según el cual el regreso no es voluntario.

⁵⁷ DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 443.

encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a las autoridades públicas.

En el examen sobre el fondo de la demanda, el Tribunal vuelve a esgrimir el argumento del consentimiento otorgado por el demandante, esta vez desde la perspectiva de las garantías diplomáticas. En la negociación con las autoridades sobre su regreso a Irak, el demandante había insistido en que no se entablase contacto alguno con la Embajada de Irak en el caso de su regreso⁵⁸. El asesor jurídico del demandante, en cambio, había formulado una solicitud para que las autoridades belgas solicitasen a las autoridades iraquíes garantías diplomáticas según las cuales el demandante no sería sometido, en particular, a un trato contrario al artículo 3 del Convenio⁵⁹. Según el Tribunal, "el deseo expresado por el demandante de que no se entablase contacto alguno con la Embajada de Irak, junto con la ausencia de representación diplomática belga en Irak, no podrían (...), tenerse en cuenta a la hora de evaluar los riesgos de malos tratos⁶⁰. En otras palabras, en el caso del regreso a Irak, el Tribunal dio preferencia a la obligación positiva que pesaba sobre el Estado parte

⁵⁸ Tribunal Europeo D.H., M.S. contra Bélgica previamente citado, §94.

⁵⁹ Ibid., §100.

⁶⁰ Ibid., §131.

de ofrecer garantías suficientes contra el riesgo probado de un trato contrario al artículo 3 y no al consentimiento del demandante.

Es verdad que de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que cabe desconfiar de las garantías diplomáticas⁶¹ ofrecidas por el Estado de destino. No obstante, esta desconfianza no podría llevar a dispensar al Estado parte de solicitar estas garantías por el mero hecho de que el demandante no las desee.

Como indicamos más arriba, apuntamos por último que el Tribunal se negó a afirmar que un derecho no susceptible de derogación, ni siquiera en una situación excepcional, sería ipso facto un derecho no susceptible de renuncia. Desde nuestro punto de vista, el Tribunal tuvo razón. En efecto, hemos tenido la ocasión de sostener la tesis según la cual el mecanismo de la derogación y el de la renuncia son fundamentalmente distintos, por lo que resultaría difícil establecer una correlación entre ambos. A lo sumo, se podría

⁶¹ Para una síntesis de los criterios que el Tribunal tiene en consideración al evaluar la fiabilidad de las garantías diplomáticas: Tribunal Europeo D.H., *Othman (Abu Qatada) contra el Reino Unido*, 17 de enero de 2012, §189. Para una opinión -desde nuestro punto de vista excesiva- según la cual el Tribunal no debería haber atribuido tanta importancia a las garantías diplomáticas en este asunto: BOSSUYT, Marc, loc. cit., p. 353.

considerar que la importancia particular de los derechos no susceptibles de derogación exigiría que la renuncia a los mismos estuviese rodeada de garantías en consonancia con su gravedad⁶².

2.2. La renuncia en el contexto de las relaciones profesionales - el ejemplo de la libertad de asociación

La sentencia dictada por el Tribunal Europeo en el asunto Sørensen y Rasmussen contra Dinamarca⁶³ lleva a preguntarse sobre el lugar que ocupa y el papel que desempeña la renuncia a los derechos fundamentales en el contexto específico de las relaciones laborales. Esta pregunta cobra mayor relevancia cuando se plantea en relación con los derechos y libertades sujetos a restricciones o limitaciones, como el derecho a la libertad de asociación, en cuestión en este caso concreto. Los demandantes se quejaron de haber sido obligados a afiliarse a un sindicato con el que su patrono había firmado un acuerdo. Se cuestiona aquí la práctica de los acuerdos de monopolio sindical que algunos patronos suscriben previamente a la contratación. Los demandantes

⁶² FRUMER, Philippe, *La renonciation aux droits et libertés (...)*, op. cit., pp. 511-515.

⁶³ Tribunal Europeo D.H., Sørensen y Rasmussen contra Dinamarca (Gran Sala), 11 de enero de 2006.

alegaron un ataque contra su libertad de no asociación. Se les habría obligado a renunciar a su libertad de no formar parte de una asociación, so pena de perder sus medios de subsistencia. El primer demandante había sido despedido por no haber aceptado esta afiliación. El otro demandante se había afiliado a un sindicato con cuyos puntos de vista no estaba de acuerdo, como condición impuesta para que le dieran el puesto que solicitaba. Como apoyo de su defensa, el gobierno danés trató de establecer una distinción entre los acuerdos de monopolio sindical posteriores a la contratación y los acuerdos previos a la contratación. Si bien los primeros eran ilegales, los segundos serían admisibles, debido a que los aspirantes a un puesto de trabajo conocerían, en el momento de su contratación, la condición de pertenecer a un sindicato.

El Tribunal se negó a atribuir una importancia decisiva a esta distinción. No se podía considerar que una persona había renunciado a su derecho de no asociación por el mero hecho de aceptar un trabajo conociendo la condición de pertenencia a un sindicato, a pesar de estar en contra de la misma⁶⁴. Es importante destacar en esta fase que la cues-

⁶⁴ Sentencia comentada, §56.

tión de la renuncia al derecho de no asociación se planteaba en el marco de relaciones profesionales privadas, sin intervención directa del Estado. Correspondía entonces al Tribunal examinar si el Estado había incumplido su obligación positiva de garantizar a los demandantes el disfrute de su derecho de no asociación, no protegiéndolos suficientemente frente a un ataque contra la esencia de este derecho.

Y en este sentido se pronunció el Tribunal en este caso concreto, debido a la coacción a que habían estado sometidos los demandantes. La circunstancia de que los demandantes hubiesen aceptado la pertenencia sindical como una condición para ser contratados no podía en modo alguno modificar este elemento de coacción. Teniendo en cuenta la realidad económica del mercado laboral, el Tribunal destacó que si hubiesen rechazado la condición, no habrían sido contratados. Es decir, que "las personas que solicitan un puesto de trabajo están a menudo en una situación de vulnerabilidad que las lleva a hacer lo que haga falta para ajustarse a las condiciones de trabajo que les proponen"⁶⁵.

Esta sentencia es especialmente interesante debido a que tiene en consideración las

⁶⁵ Sentencia comentada, §59.

coacciones económicas a las que se enfrentan las personas en sus relaciones profesionales. Así, el Tribunal parece desmarcarse de una antigua jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos que se negaba a ver en estas limitaciones previamente consentidas de los derechos fundamentales una injerencia en los derechos y libertades implicados. El argumento era sencillo: debido a que los interesados habían aceptado una limitación de su vida privada, su libertad de religión, su libertad de expresión o su libertad de asociación, esto no podía constituir una injerencia en dichos derechos y libertades, requiriendo una justificación y un control de proporcionalidad⁶⁶. Por añadidura, la libertad de las personas interesadas se consideraba protegida por la mera circunstancia de que eran libres de renunciar a su trabajo o a su función⁶⁷.

Afortunadamente, parece ser que el Tribunal Europeo tiene hoy más en cuenta las realidades económicas del mercado laboral. Ha llegado a considerar que el consentimiento

⁶⁶ Ver sobre este tema: KRENC, Frédéric, "Liberté 'négative' d'association, accords de monopole syndical et appartenance obligatoire au barreau", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, pp. 804-805.

⁶⁷ Para una crítica de este razonamiento, ver, entre otros: MORRIS, Gillian, S., "Fundamental Rights: Exclusion by Agreement?", *Industrial Law Journal*, 2001, vol. 30, p. 60.

no excluye cualquier injerencia en los derechos y libertades. Si se produce una injerencia, ésta requiere una justificación desde el punto de vista de un informe de proporcionalidad entre la medida en cuestión y los objetivos perseguidos. El consentimiento no constituye, pues, más que un elemento entre otros que permite evaluar si la injerencia en cuestión resulta necesaria para la consecución del objetivo invocado. En otras palabras, si el consentimiento es una condición necesaria para justificar restricciones de los derechos y libertades fundamentales, no podría considerarse una condición suficiente.

Significativamente, el Tribunal Europeo ya había tenido la ocasión de cuestionar las coacciones de tipo económico, en un asunto donde el derecho nacional británico permitía a los patronos conceder ventajas financieras a los trabajadores con el fin de incitarles a renunciar a sus derechos sindicales. Este procedimiento tenía por objeto poner fin a la negociación colectiva y reducir de manera sustancial la autoridad del sindicato. Esta situación, que era posible gracias al derecho nacional, constituía un incumplimiento por parte del Estado de su obligación positiva de garantizar el disfrute del derecho a la libertad de asociación⁶⁸.

⁶⁸ Tribunal Europeo D.H., Wilson, National Union

Esta valorización de la coacción económica adquiere una relevancia especial en el contexto de las relaciones contractuales horizontales, entre actores privados. Si bien es verdad que el tipo de coacción que un actor privado puede ejercer sobre el titular de un derecho es de naturaleza diferente a aquella que el Estado ejerce habitualmente, las primeras pueden no obstante incidir también en la autenticidad del consentimiento del titular del derecho o libertad. Esto sería así especialmente en caso de que este último se vea obligado a dar su consentimiento y se enfrente a un patrono o proveedor de servicios privado en situación de monopolio o semimonopolio⁶⁹. Incumbe pues al Estado tomar las medidas destinadas a proteger a la persona frente a este tipo de coacción, creando en caso necesario el marco legislativo suficiente para impedir injerencias contractuales no realmente consentidas en los derechos y libertades.

of Journalists y otros contra el Reino Unido, 2 de julio de 2002, §48. A raíz de esta sentencia, el Reino Unido adoptó una ley que disponía que los empleados tuviesen el derecho a recibir ofertas cuyo principal objetivo fuera incitarles a renunciar a su afiliación a un sindicato o a participar en sus actividades: Comité de Ministros (Consejo de Europa), Resolución CM/ResDH (2011) 183.

⁶⁹ DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, op. cit., p. 430.

2.3. Renuncia, autonomía de la persona y derecho a disponer de su cuerpo

Hasta ahora, las hipótesis examinadas se han referido a una persona que invocaba la violación de un derecho fundamental, a cuya renuncia se acogía la parte contraria -en general el Estado- para librarse de que se le exigiesen responsabilidades en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, incumbía al demandado aportar la prueba de esta renuncia, mientras que el titular del derecho tenía por el contrario que reivindicar el beneficio, bien sea negando cualquier renuncia o manteniendo que la renuncia no cumplía las condiciones y modalidades establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo (carácter inequívoco e informado de la renuncia, ausencia de conflicto con un interés público importante, etc.).

La perspectiva es diferente cuando entran en juego consideraciones vinculadas a autonomía de la persona. Lejos de que sea la parte contraria quien se acoja a una renuncia, es el titular del propio derecho quien debe aquí acogerse a la posibilidad de renunciar a uno de los aspectos de un derecho fundamental, que considera demasiado incómodo, en aras de su autonomía personal. La cuestión consiste entonces en saber si el Estado está obligado en cualquier circunstancia a respetar la elec-

ción que la persona adopte a este respecto, mientras que otras consideraciones, consideradas relevantes, podrían incitarle a obstaculizarla⁷⁰.

La cuestión es compleja, ya que los ámbitos en los que la persona reivindica su autonomía incumben a su intimidad: en muchos casos, su reivindicación primordial reside en disponer de su propio cuerpo⁷¹. Es posible que el Estado intente oponer a esta reivindicación la necesidad de garantizar la protección de la persona contra sí misma, en aras del

⁷⁰ Por ejemplo, enfrentado a la delicada cuestión del respeto de las convicciones religiosas de los Testigos de Jehová, que rechazaban una transfusión de sangre que podía salvarles la vida, el Tribunal Europeo planteó el desafío de esta manera: "El Tribunal reconoce que negarse por razones religiosas a recibir un tratamiento médico que podría potencialmente salvar la vida es un problema muy complejo desde el punto de vista jurídico, que supone ciertamente un conflicto entre el interés del Estado en proteger las vidas y la salud de sus ciudadanos y el derecho de la persona a su autonomía personal en el ámbito de la integridad física y las creencias religiosas". Testigos de Jehová de Moscú contra Rusia, 10 de junio de 2010, §134.

⁷¹ Para un estudio detallado, si bien previo al reconocimiento por el Tribunal Europeo de un derecho a disponer del propio cuerpo: *¿HENNETTE-VAUCHEZ, Estefanía, Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004.

respeto de su propia integridad física, por ejemplo⁷².

Permanece implícita entonces la cuestión del paternalismo jurídico: al intentar proteger a la persona contra sus propias tendencias, ¿no intenta el Estado imponer a las personas su propia concepción de lo que constituye una "buena vida", en detrimento del indispensable pluralismo moral?⁷³ Es significativo destacar que este interrogante fundamental atañe por igual a distintas ramas del derecho⁷⁴: por ejemplo, en derecho civil, surge la cuestión de la indisponibilidad o la disponibilidad del cuerpo humano, según se considere que su carácter jurídico debe derivarse de aquel de la persona o de aquel de los bienes. En derecho penal, la cuestión se aborda desde la perspec-

⁷² Sobre el antagonismo entre la libre disposición uno mismo y la protección de la persona contra sí misma: ROMAN, Diana, "corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même", *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1285-1286. De la misma autora: "Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas? La liberté sexuelle et ses juges: étude de droit français et comparé", *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1508.

⁷³ DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law*, op. cit., p. 434.

⁷⁴ PIN, Xavier, "Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif?", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2009, vol. 83 y siguientes.

tiva del consentimiento de la víctima: ¿puede el consentimiento de la lesión producir un efecto justificante y neutralizar las calificaciones penales de ataque contra la integridad física o psíquica?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha debido pronunciarse en diversas ocasiones sobre situaciones extremadamente delicadas de resolver reflejo de este tipo de dilema. Hemos elegido referirnos a la sentencia K.A y A.D. contra Bélgica⁷⁵, especialmente reveladora de las tensiones entre la autonomía personal y la protección de la persona contra sí misma. En este asunto, los demandantes fueron condenados penalmente, en particular en razón de golpes y heridas inflingidas durante prácticas sadomasoquistas extremadamente violentas en locales que habían alquilado y habilitado especialmente al efecto. Del visionado de cintas de vídeo incautadas en la instrucción se desprendía que los interesados no habían cumplido las reglas normalmente admitidas para esta clase de prácticas. Por una parte, los interesados no habían reaccionado cuando la víctima había pedido compasión, a pesar de que así lo habían convenido previamente los participantes. Por otra, los participantes habían perdido

⁷⁵ Tribunal Europeo D.H., K.A. y A.D. contra Bélgica, 17 de febrero de 2005.

el control de la situación tras haber ingerido grandes cantidades de alcohol en estas sesiones. El Tribunal examinó el asunto -en particular- desde el punto de vista del derecho a la intimidad: en efecto, hace mucho tiempo que la vida sexual pertenece al ámbito personal protegido por el artículo 8 del Convenio europeo.⁷⁶

Constituyendo la condena penal de los demandantes una injerencia en su vida privada, incumbía al Tribunal verificar si esta injerencia cumplía las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 8 del Convenio. Dicha injerencia estaba "prevista por la ley" y respondía a los objetivos legítimos de protección de los derechos ajenos y de protección de la salud. Estos puntos no eran discutibles. Es desde el punto de vista del examen de la necesidad, en una sociedad democrática, de la sentencia condenatoria en cuestión que las razones esgrimidas por el Tribunal presentan cierto interés. El Tribunal comenzó por recordar que "el derecho a mantener relaciones sexuales se deriva del derecho a disponer del propio cuerpo, parte integrante de la noción de autonomía personal". De esto se desprende que el derecho penal no podría

⁷⁶ El Tribunal Europeo así lo ha admitido a partir de su sentencia X. y Y. contra Países Bajos, 26 de marzo de 1985, §22.

inmiscuirse sino de manera excepcional en el ámbito de las relaciones sexuales consentidas, a menos que "razones especialmente graves" lo justificasen. Aplicando este razonamiento a este caso concreto, el Tribunal desestimó el recurso, considerando que las condenas penales no eran desproporcionadas en relación con el objetivo de protección de los derechos y libertades ajenos. Si cada persona es dueña de su propia vida sexual, pudiendo recurrir incluso a prácticas percibidas como física o moralmente perjudiciales para su persona, sigue siendo necesario poder garantizar en cualquier momento que dichas prácticas hayan sido libremente consentidas. Ahora bien, en este caso concreto -siendo éste el elemento determinante-, las sesiones se habían desarrollado en condiciones que no permitían garantizar el consentimiento de la víctima de las prácticas⁷⁷.

No está de más destacar que el Tribunal Europeo ya había dictado una sentencia en materia de sadomasoquismo cuyo tono era sin duda bastante diferente⁷⁸. En el asunto Laskey

⁷⁷ Sentencia comentada, §85.

⁷⁸ Sobre este tema: DUBOUT, Edouard, "Les nouvelles frontières des droits de l'homme et la définition du rôle du juge européen" in S. Hennette-Vaucheux & J.-M. Sorel (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?*, Bruselas, Bruylant, 2011, p. 41.

y otros, había considerado, por una parte, que correspondía a cada Estado determinar la elección del nivel de daño aceptable cuando se contaba con el consentimiento de la víctima y, por otra, que las autoridades tenían derecho a tener en cuenta no sólo los daños realmente causados por estas prácticas, sino también el riesgo de perjuicio potencial⁷⁹. Absteniéndose de examinar si la protección de la moral justificaba las condenas en cuestión, el Tribunal había destacado, sin embargo, que un Estado tenía derecho a tratar de disuadir la realización de dichos actos en aras de la moral⁸⁰.

Es indudable que el Tribunal Europeo se mostró más conciliador respecto a las prácticas sexuales libremente consentidas en la sentencia K.A. y A.D. en comparación con la sentencia Laskey, excluyendo toda consideración moral, aunque ésta fuese indirecta, del campo del razonamiento⁸¹. Esta evolución no deja sin duda de estar relacionada con el hecho de que, entre ambas sentencias, el

⁷⁹ Tribunal Europeo D.H., Laskey, Jaggard y Brown contra el Reino Unido, 19 de febrero de 1997, en particular §§44 y 46.

⁸⁰ Ibid., §51.

⁸¹ MARGUENAUD, Jean-Pierre, "Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2009, vol. 49, p. 23.

Tribunal tuvo la ocasión de afirmar con contundencia el papel que la autonomía personal desempeña como parte integrante del derecho a la intimidad. Ésta es una de las lecciones que se desprenden de la sentencia *Pretty* contra el Reino Unido. Se sabe que en este asunto la demandante, aquejada de enfermedad degenerativa incurable, había sostenido, en particular, que la negativa de las autoridades británicas a asumir el compromiso de no demandar judicialmente a su marido en el supuesto de que éste la ayudase a poner fin a su existencia violaba no sólo su derecho a la vida y su derecho a la integridad física, sino también su derecho a la intimidad. Si bien el Tribunal desestimó el recurso, sí admitió sin embargo que la noción de "calidad de vida" adquiriría todo su significado desde la perspectiva del derecho a la intimidad, interpretado a la luz de la noción de autonomía personal, conforme con el derecho a adoptar decisiones sobre su propio cuerpo⁸².

Retomando la sentencia *K.A y A.D.*, al afirmar el derecho de cada persona a realizar en privado actividades sexuales lo más libremente posible, siempre con la voluntad y el consentimiento de los participantes, el Tribunal reconoció hasta cierto punto la posibilidad

⁸² Tribunal Europeo D.H., *Pretty* contra el Reino Unido, 29 de abril de 2002, §§61-67.

de que la persona renunciase a la protección de su integridad física, en aras de su derecho a la autonomía personal, dos elementos que protege a priori del mismo modo el artículo 8 del Convenio Europeo de conformidad con el derecho a la intimidad. Haciendo caso omiso de cualquier consideración moral vinculada a la reprobación social de las prácticas en cuestión, al parecer el Tribunal aplicó a la intimidad la famosa frase que había adoptado en su día en materia de libertad de expresión, a saber, que el derecho a la intimidad se debe aplicar a las actividades sexuales que "provocan rechazo, hieren la sensibilidad o resultan inquietantes"⁸³, siempre que se desarrollen entre adultos que hayan dado su consentimiento. Sobre este punto, la sentencia del Tribunal suscitó críticas importantes, en ocasiones virulentas.

A pesar de que el Tribunal no hizo referencia en momento alguno al respeto de la dignidad humana, algunos juristas consideraron

⁸³ La libertad de expresión "es aplicable no sólo a la "información" o a las "ideas" acogidas con agrado o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que provocan el rechazo, hieren la sensibilidad o resultan inquietantes para el Estado o cualquier parte de población": *Handyside contra el Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, §49; FRUMER, Philippe, *La renonciation aux droits et libertades (...)*, op. cit., p. 350, §478.

que esta sentencia equivalía a minimizar este principio, confiriendo un valor excesivo al derecho a la autonomía personal⁸⁴, el cual abre las puertas a todas las "desviaciones". Se destacó por ejemplo que esta concepción de la autonomía personal, que legitimaba el "derecho a desposeerse", sería "letal" para los derechos humanos⁸⁵. Aquí se perfila la oposición clásica entre libertad y dignidad⁸⁶: mientras que la libertad formaría parte de la esencia de los derechos humanos, la dignidad procedería del paradigma de la humanidad. Si la persona está dotada de una dignidad, lo estaría en razón de su pertenencia a la humanidad⁸⁷. Esto se traduciría en una imposibili-

⁸⁴ Las críticas han sido especialmente acérrimas en la doctrina francesa. Ver a título de ejemplo: LEVINET, Michel, "La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2009, vol. 49, p. 16.

⁸⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel, "Le sadisme n'est pas un droit de l'homme", *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2975. Del mismo autor: "Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale", *Recueil Dalloz*, 2008, p. 32.

⁸⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme" in L. Burgorgue-Larsen (Dir.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 70.

⁸⁷ Los partidarios de esta dicotomía critican la sentencia K.A y A.D. precisamente porque habría transformado la dignidad en una parte de la autonomía personal,

dad metafísica de renunciar a la dignidad humana, ya que, así, la persona renunciaría a su calidad como ser humano.

Esta concepción no está exenta de polémica, no habiendo sido adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que asocia en efecto dignidad y libertad, en un enfoque integral, como fundamento del Convenio Europeo⁸⁸. Por otra parte, es necesario subrayar en qué medida la noción de dignidad, con sus contornos borrosos, tentaculares y multi-formes, puede ser invocada tanto por aquellos que tratarían de limitar la autonomía individual como por aquellos que desearían, por el contrario, reforzarla o al menos protegerla de las tentativas de instauración de un orden moral. En las manos de los legisladores o jueces, el concepto de dignidad humana es realmente un arma de doble filo: puede a la vez restringir y mejorar la libertad de elección

lo que le habría hecho perder su naturaleza de valor común: EDELMAN, Bernard, "Naissance de l'homme sadien", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2009, vol. 49, p. 127.

⁸⁸ En la sentencia *Pretty* contra el Reino Unido previamente citada, el Tribunal afirma que la dignidad y la libertad humanas son la verdadera esencia del Convenio (§65); *V.C.* contra Eslovaquia, 8 de noviembre de 2011, §§105 y 107: la esterilización impuesta a un paciente adulto y en su sano juicio sin su consentimiento es incompatible con el respeto de la dignidad y la libertad humanas.

de las personas⁸⁹. C. McCrudden describe bien el antagonismo entre ambas posturas, lo cual tendría inevitablemente repercusiones en la cuestión de la renuncia a la dignidad:

"Cuando se adopta un enfoque de la autonomía basado en la capacidad de elección, después parecería extraño pensar que la persona cuya dignidad está supuestamente en cuestión no pueda renunciar al mismo. Lo contrario sería pecar de paternalismo. Por otra parte, un enfoque más comunitario de la dignidad parece potencialmente compatible con el hecho de que no se permita renunciar a la dignidad"⁹⁰.

Parece inútil por tanto apelar al necesario respeto de la dignidad humana para sustentar las críticas que se formulan contra decisiones basadas en el derecho a disponer del propio cuerpo. En cualquier caso, la valorización del derecho a la autonomía personal parece estar ya bien arraigada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, a pesar de las críticas que

⁸⁹ MARSHALL, Jill, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2009, p. 28.

⁹⁰ MCCRUDDEN, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n° 4, p. 705.

acabamos de exponer. Como contrapartida, el Tribunal Europeo se muestra inflexible sobre la autenticidad y sobre las modalidades del consentimiento⁹¹, con el fin de preservar todo el valor del derecho de la persona a realizar elecciones que impliquen a su propio cuerpo⁹².

⁹¹ Por ejemplo, el Tribunal Europeo se negó a considerar válido el consentimiento a una esterilización obtenido de una paciente gitana de origen rumano que estaba a punto parir, y que no estaba en condiciones de tomar una decisión con pleno conocimiento de causa: V.C. contra Eslovaquia previamente citado, §§111-120. Al contrario, el Tribunal dictaminó que muchos Testigos de Jehová habían elegido deliberadamente rechazar de antemano cualquier transfusión de sangre, aparte de las coacciones vinculadas a una situación de emergencia: Testigos de Jehová de Moscú contra Rusia, previamente citado, §139.

⁹² Sobre la cuestión de la prostitución, el Tribunal Europeo se limitó a destacar que es incompatible con los derechos y la dignidad de la persona humana, siempre que se practique bajo coacción: Tremblay contra Francia, 11 de septiembre de 200, §25. No obstante, no consideró necesario, para resolver el asunto planteado, determinar si la prostitución era en sí "inhumana" o "degradante", según lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio, observando por otra parte la ausencia de consenso europeo sobre esta cuestión (§24) y, añadiendo de paso que hay quien sostiene que no puede haber prostitución "libremente consentida", habida cuenta de las coacciones vinculadas a las condiciones socioeconómicas (§26).

III. UNA LECCIÓN RECIENTE: LA RENUNCIA AL DERECHO A NO A SUFRIR DISCRIMINACIÓN

La sentencia de la Gran Sala en el asunto D.H. y otros contra la República Checa inauguró un nuevo capítulo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la renuncia. Por primera vez, en efecto, éste se pronunció sobre una posible renuncia al derecho a no a ser objeto de discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio.

El asunto se refería a que las autoridades checas habían enviado a niños gitanos de origen rumano a escuelas especiales destinadas a niños que sufrían retrasos mentales. Los niños eran asignados a estas escuelas en base a criterios al parecer neutros, a saber, los niños eran sometidos a una prueba de aptitud y los padres daban su consentimiento firmando un formulario previamente rellenado. Este último elemento es el que atrae nuestra atención. El asunto había sido planteado principalmente en términos de discriminación por razones de raza u origen étnico, alegando los demandantes que habían sido objeto de discriminación en el disfrute de su derecho a la educación.

Entre los distintos elementos en los que el Tribunal se basó para pronunciarse sobre la discriminación se encontraba el alcance del consentimiento de los padres, que el Gobierno presentaba como el elemento decisivo sin el que la asignación a dichas escuelas no habría tenido lugar⁹³. Según el Tribunal, este consentimiento implicaba la aceptación de la diferencia de trato objeto de la crítica y, por consiguiente, la renuncia al derecho a no sufrir discriminación. El Tribunal procedió entonces a determinar si dicha renuncia se ajustaba a los criterios y modalidades derivados de su jurisprudencia previa⁹⁴.

Concentrándose en particular en la exigencia del carácter informado de la renuncia, el Tribunal dictaminó que los padres, "como miembros de una comunidad desfavorecida y sin educación", no estaban en condiciones de comprender el alcance y las consecuencias de su consentimiento, a falta de información suficiente proporcionada por las autoridades. Por otra parte, el Tribunal dio a entender que los padres se habrían visto obligados a renunciar, debido al dilema al que de enfrentaban: insertar a sus hijos en estructuras de educa-

⁹³ Tribunal Europeo D.H., D.H. y otros contra la República Checa (Gran Sala), 13 de noviembre de 2007, §153.

⁹⁴ Ibid., §§202-203.

ción general que no estaban equipadas para tener en cuenta sus especificidades sociales y culturales, y donde habrían estado expuestos a prejuicios y hostilidad, o dejar que asistiesen a escuelas especiales que acogían mayoritariamente a niños gitanos de origen rumano. Ante esta difícil elección, los padres se habrían visto obligados a optar por la solución menos perjudicial, en este caso, la segunda⁹⁵.

El Tribunal habría podido detenerse aquí en su razonamiento, no estando las modalidades de la renuncia efectuada por los padres en consonancia con las normas europeas. No obstante, añadió una consideración suplementaria: ni siquiera suponiendo que las condiciones de validez de una renuncia se cumpliesen, no podría admitirse la renuncia al derecho a no a ser objeto de una discrimina-

⁹⁵ Ésta fue por otra parte la alegación que expuso la Federación Internacional de Derechos Humanos, como parte interviniente. (Sentencia comentada, §173). Retomamos aquí la cuestión, ya mencionada respecto a las garantías procesales, de la desproporción entre dos alternativas ofrecidas a una persona. Cuanto mayor sea esta desproporción, más sospechosa parecerá la renuncia. Sobre esta cuestión: DE SCHUTTER, Olivier & RINGELHEIM, Julie, "La renonciation aux droits fondamentaux, la libre disposition du soi et le règne de l'échange" in H. Dumont, F. Ost, S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 454-456.

ción racial, ya que esto atentaría contra un interés público importante.⁹⁶

Esta motivación llevó sin duda al Tribunal a subrayar hasta qué punto la prohibición de la discriminación racial ocupa un lugar fundamental en el ordenamiento jurídico que encarna el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Confirmada en otros asuntos similares⁹⁷, esta motivación merece sin embargo algunas observaciones.

En primer lugar, el Tribunal no decretó de manera general la imposibilidad de renunciar

⁹⁶ Sentencia comentada, §204.

⁹⁷ Tribunal Europeo D.H., *Sampanis y otros contra Grecia*, 5 de junio de 2008, §95; *Oršuš y otros contra Croacia*, 16 de marzo de 2010, §§178-179. El Comité Europeo de Derechos Sociales, encargado de velar por el cumplimiento de la Carta Social Europea revisada, también ha hecho referencia a esta cuestión, a propósito del denominado regreso "voluntario" de los gitanos de origen rumano que viven en Francia, regreso éste aceptado bajo la amenaza de una expulsión y a cambio de una compensación financiera. El Comité consideró en efecto que el consentimiento al regreso se había obtenido bajo coacción y en un contexto de discriminación racial, lo que excluía una renuncia al ejercicio de la libre circulación y al derecho de estancia, garantizados por el artículo 19§8 de la Carta revisada: Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación nº 63/2010, *Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) contra Francia*, decisión sobre el fondo del asunto, 28 de junio de 2011, §§73-79.

al derecho a no a ser objeto de una discriminación. Sólo se pronunció en este caso concreto sobre las diferencias de trato basadas en el origen étnico. Cabe, por tanto, preguntarse si el razonamiento del Tribunal es aplicable a otras razones de discriminación.

Respondiendo a esta pregunta, es cierto que el Tribunal Europeo aportó recientemente un principio de respuesta, al menos por lo que se refiere a la prohibición de las discriminaciones basadas en el sexo⁹⁸. El Tribunal se enfrentaba aquí a la cuestión de determinar si la imposibilidad de que un militar ruso de sexo masculino obtuviese un permiso parental equivalente a aquellos de los que podían disfrutar sus compañeras de sexo femenino constituía una discriminación. Para justificar esta diferencia de trato, el Gobierno alegó, entre otras consideraciones, que la decisión de hacer carrera en el ejército era fruto de una elección voluntaria, que suponía la aceptación de la disciplina militar y la posibilidad de verse expuesto a limitaciones mayores que aquellas impuestas a los civiles⁹⁹. En respuesta a este argumento, el Tribunal retomó la motivación de la sentencia D.H. contra la República Checa, y la transpuso al criterio del

⁹⁸ Tribunal Europeo D.H., Konstantin Markin contra Rusia (Gran Sala), 22 de marzo de 2012, §150.

⁹⁹ Ibid., §111.

sexo. Habida cuenta de su importancia fundamental, el derecho a no a ser objeto de una discriminación basada en el sexo no podría ser susceptible de una renuncia sin atentar contra un interés público importante¹⁰⁰.

En estos asuntos, vemos entonces que el Tribunal estableció una correlación entre, por una parte, la importancia particular que atribuía a la lucha contra las discriminaciones raciales¹⁰¹ y sexuales, y por otra, la imposibilidad de renunciar al derecho a no a ser objeto de discriminaciones basadas en estas dudosas razones. No obstante, subsiste la incertidumbre en relación con las demás razones de discriminación, cuya importancia no podría negarse¹⁰². ¿No se puede considerar que al

¹⁰⁰ Ibid., §150. La importancia de la cuestión planteada en este caso concreto llevó asimismo al Tribunal a rechazar la solicitud de excluir este asunto de la relación de las vistas formulada por el Gobierno (véase §§89-91).

¹⁰¹ Para otra afirmación de esta importancia: Tribunal Europeo D.H., *Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina* (Gran Sala), 22 de diciembre de 2009, §43: "La discriminación racial constituye una forma de discriminación especialmente odiosa que, habida cuenta de la peligrosidad de sus consecuencias, exige una vigilancia especial y una reacción vigorosa por parte de las autoridades".

¹⁰² El Tribunal reconoció, así, que solamente razones especialmente graves podrían justificar las diferencias de trato basadas en la orientación sexual, un ámbito íntimo y vulnerable de la vida privada de un persona. Para un recordatorio reciente: Tribunal Europeo D.H., *Gas y*

razonar por separado sobre cada razón de discriminación prohibida, el Tribunal asume el riesgo de hacer saltar por los aires la propia unidad del principio de no discriminación?¹⁰³ Resulta también asombroso que el Tribunal se refiera a la noción de "interés público importante" para excluir la renuncia, mientras que habitualmente, este criterio permite controlar en concreto una renuncia en principio admisible¹⁰⁴.

Por último, en el asunto D.H. contra la República Checa, el Tribunal subrayó que los demandantes, en su calidad de miembros de una comunidad desfavorecida, no habrían estado en condiciones de comprender el alcance de su consentimiento. Este argumento no carece seguramente de pertinencia en un asunto que plantea la cuestión de la igualdad colectiva en beneficio de los grupos. No cabe duda de que el Tribunal demostró ser cons-

Dubois contra Francia, 15 de marzo de 2012, §59; Shalk y Kopf contra Austria, 24 de junio de 2010, §97; Alexeïev contra Rusia, 21 de octubre de 2010, §108.

¹⁰³ En este sentido: DUBOUT, Edouard, "L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, pp. 834-835.

¹⁰⁴ Entre muchos otros: Tribunal Europeo D.H., Nicoleta Gheorghe contra Rumanía, 3 de abril de 2012, §33 (derecho de interrogar o de pedir que interroguen a un testigo); Idalov contra Rusia (Gran Sala), 22 de mayo de 2012, §172 (derecho a participar en la vista).

ciente del pasado histórico de discriminación de la que los gitanos de origen rumano habían sido víctimas. Ante semejante peso de la historia, sería inútil esperar que un miembro del grupo ejerciese su derecho manifestando una preferencia auténtica. Su elección estaría entorpecida por la incertidumbre acerca de cuál habría sido la elección de los demás miembros del grupo¹⁰⁵. Nos parece no obstante que cabría abordar este tipo de consideraciones con prudencia. Siendo la renuncia ante todo una prerrogativa individual, vinculada a la autonomía personal, la voluntad de renunciar no podría en circunstancia alguna estar vinculada a la pertenencia de la persona a un grupo, so pena de correr el riesgo de desear imponer una forma de paternalismo en materia de derechos fundamentales¹⁰⁶.

Los casos de jurisprudencia que hemos examinado dan fe de que hasta la fecha no existe una respuesta unívoca a la pregunta de si la persona puede renunciar a los derechos fundamentales y en qué medida. Incluso si la jurisprudencia del Tribunal Europeo se ha traducido en estos últimos años en una clarificación de los criterios y modalidades de la

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión: DE SCHUTTER, Olivier & RINGELHEIM, Julie, op. cit., pp. 46 y siguientes.

¹⁰⁶ DUBOUT, Edouard, "L'interdiction des discriminations indirectes (...)", loc. cit., p. 833.

renuncia, resultaría realmente difícil acuñar alguna "teoría de la renuncia"¹⁰⁷. ¿Tenemos que lamentarlo? Parece realmente dudoso que dicha teorización sea posible, o incluso deseable, habida cuenta de la complejidad y diversidad de los asuntos que implican la renuncia a un derecho o una libertad. En cambio, parece acertado aportar algunas clarificaciones metodológicas relativas a la manera de percibir la cuestión de la renuncia a los derechos fundamentales.

A dicho efecto, quizás resulte posible distinguir tres etapas o tres secuencias en el control jurisdiccional de la renuncia, cada una de las cuales plantearía cuestiones específicas: la calificación de la situación, la admisión del principio de la renuncia y, en el caso de la admisión, el control de las modalidades de la renuncia¹⁰⁸.

La primera etapa, aquella de la calificación, requiere que se determine si la situación

¹⁰⁷ DE SCHUTTER, Olivier, "Waiver of Rights and State Paternalism under the European Convention on Human Rights", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2000, p. 481.

¹⁰⁸ Ya habíamos desarrollado esta idea en la conclusión de nuestro estudio: "La renonciation aux droits constitutionnels" in M. Verdussen & N. Bonbled (Dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 391-394.

sometida al juez atañe realmente al mecanismo de la renuncia, entendido en la acepción más amplia identificada en la introducción. En efecto, en algunos casos, el juez puede verse obligado a refutar la hipótesis de la renuncia que se le presenta, en particular cuando se trata de una persona que al haber supuestamente aceptado una función o firmado un contrato, hubiese renunciado a dicho derecho fundamental. El ámbito de las relaciones profesionales sirve para ilustrar, según comentamos antes, estas dificultades vinculadas a la calificación. En otro ámbito, en el que se consultó la opinión Consejo de Estado belga sobre proposiciones de ley relativas a la eutanasia y a los cuidados paliativos, dicho Consejo consideró que "el hecho de que una persona solicite que se ponga fin a su vida no significa que renuncie al derecho de protección de su vida. Al contrario, parece que la propia persona "ejerce" este derecho estableciendo los límites de la protección que personalmente desea"¹⁰⁹.

Superada esta primera etapa, el planteamiento siguiente consiste en preguntarse si el propio principio de la renuncia es admisible.

¹⁰⁹ Consejo de Estado (Bélgica), Sección de Legislación, Asamblea General, 2 de julio de 2001, §7 (reproducido en la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 259).

Éste parece ser el enfoque adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de la prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 14 del Convenio), con sujeción a algunos matices que expusimos más arriba. No obstante, se trata de una cuestión delicada, de modo que no resulta sorprendente que, en la mayoría de los casos, los órganos jurisdiccionales se nieguen a pronunciarse sobre el propio principio de la renuncia a dicho derecho o a dicha libertad¹¹⁰. Sería igualmente presuntuoso basar la posibilidad o la imposibilidad de renunciar en una supuesta jerarquía entre derechos y libertades, entendiéndose por ello que los derechos que se sitúan en lo más alto de la jerarquía no podrían ser objeto de una renuncia. Además de la dificultad de ponerse de acuerdo sobre una lista de derechos preeminentes o de valores superiores¹¹¹, ¿cómo admitir la propia idea de una jerarquía si los derechos humanos tienen su fundamento común en la naturaleza

¹¹⁰ Hemos visto que el Tribunal Europeo se mostró extremadamente prudente respecto a la posibilidad de renunciar al derecho a no ser objeto de un trato inhumano o degradante.

¹¹¹ Sobre el relativismo de los principios de la dignidad humana y el respeto de la vida: LEVINET, Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, 4e éd., 2012, p. 162.

humana? ¿No sería necesario entonces considerarlos como equivalentes?¹¹²

En lugar de basarse en la naturaleza del derecho o la libertad sujetos a renuncia, sería quizás conveniente concentrarse entonces en la gravedad del daño experimentado. En otras palabras, nos parece que el debate no se plantearía tanto en términos de la validez material o sustantiva de la renuncia (¿podemos en principio renunciar a dicho derecho o libertad?), sino más bien en términos de la validez formal de la renuncia (¿en qué casos y en qué condiciones es válido renunciar?)¹¹³.

Esto nos conduce a la tercera etapa: aquella del control de las modalidades de la renuncia. En esta fase, se da preferencia a un enfoque procesal y contextualizado. Sobre este punto, el Tribunal Europeo ha desarrollado criterios bastante estrictos, aplicados en general por numerosos órganos jurisdiccionales naciona-

¹¹² GERARD, Philippe, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'Homme*, Bruselas, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 203.

¹¹³ VAN DER PLANCKE, Véronique et VAN LEUVEN, Nathalie, "La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé?" *Entre ombres et lumières: cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruselas, Bruylant, 2008, p. 271.

les¹¹⁴. Hace mucho tiempo que se admite que la renuncia puede ser deliberada o tácita, pero esto no podría establecerse a partir de una mera presunción de renuncia¹¹⁵. Si el Estado se propone sostener que el titular de un derecho o una libertad ha renunciado a su beneficio, tiene todavía que aportar la prueba de esta renuncia. Un sistema de renuncia tácito que desembocaría en una inversión de la carga de la prueba, al imponer al titular del derecho la carga de probar su no renuncia, sería incompatible con el sistema del Convenio Europeo, debido a que desembocaría ineluctablemente en una disminución de la protección conferida a las personas¹¹⁶. La misma lógica, que im-

¹¹⁴ Es interesante destacar que, incluso fuera del contexto europeo, se da sobrada preferencia a la lógica centrada en las modalidades de la renuncia. El enfoque del Tribunal Supremo canadiense parece a este respecto especialmente emblemático. Ver a este respecto: LAPORTE, Pierre-Olivier, "La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle", *Revue juridique Themis*, 2006, vol. 40, pp. 318 y siguientes.

¹¹⁵ Sobre los peligros vinculados a la noción de presunción de renuncia, en el ámbito de los derechos y libertades, ver nuestro trabajo: *La renonciation aux droits et libertés (...)*, op. cit., pp. 551-554.

¹¹⁶ Para una ilustración: Tribunal Europeo D.H., *Pescador Valero contra España*, 17 de junio de 2003, §26. Este asunto se refería a un recurso interpuesto por un funcionario contra la universidad donde trabajaba. El demandante sostenía que el órgano jurisdiccional que debía conocer su causa no era imparcial, debido a que en

pondría que no se confundiesen el consentimiento tácito y el consentimiento presunto, debería aplicarse en el caso de una renuncia contractual: por ejemplo, el hecho de que una persona haya dado su consentimiento para que se difunda su imagen en el marco de un reportaje no significa que dicha persona haya aceptado que se divulgue su nombre¹¹⁷.

La renuncia debe ser también inequívoca. Eso supone que se deriva de hechos o comportamientos no susceptibles de otra interpretación. En otras palabras, no deben subsistir dudas sobre la existencia de la renuncia y su alcance. En caso de duda, cabría considerar

el proceso participaba un juez que trabajaba en la misma universidad que él. El demandante solicitó la recusación de este magistrado ante los órganos jurisdiccionales internos en cuanto tuvo conocimiento de este hecho, pero su petición fue rechazada por haber sido presentada fuera de plazo, considerando los órganos jurisdiccionales internos que el interesado debía supuestamente haber conocido con anterioridad al proceso las actividades del juez en cuestión. Según el Tribunal Europeo, no se puede establecer una presunción de conocimiento de los elementos que habrían podido justificar que un demandante presentase una petición de recusación de un magistrado destinado a conocer su causa. Dicha presunción equivaldría a imponerle una prueba negativa excesivamente difícil de aportar.

¹¹⁷ LOISEAU, Grégoire, "La contractualisation des droits de la personnalité", *La semaine juridique*, 2012, p. 137 (sobre una sentencia del Tribunal de Casación francés del 4 de noviembre de 2011, nº 10-24.761).

que no se entiende que el interesado se haya privado de la prerrogativa a la que se acoge.

Por otra parte, la renuncia no debe estar viciada por una coacción. Tuvimos la ocasión de comprobar que la jurisprudencia europea parece tener en cuenta las coacciones de tipo económico¹¹⁸, en particular en los casos de una renuncia contractual vinculada a las relaciones profesionales, elemento que no carece de importancia en un contexto de crisis económica aguda donde las necesidades económicas podrían incitar a las personas vulnerables a sacrificar sus derechos fundamentales.

La renuncia no debería contribuir a la desproporción de las consecuencias para el

¹¹⁸ Una sentencia del Tribunal Europeo pone de manifiesto que este tipo de coacción puede ocurrir no sólo en el momento de la firma del contrato sino también durante su ejecución. En este asunto, el gobierno sostenía que el despido de una empleada estaba justificado por la necesidad de que cumplierse nuevas exigencias para el puesto que ocupaba y que no cumplía. No obstante, el Tribunal Europeo consideró que las convicciones religiosas de la interesada, miembro de una comunidad cristiana evangélica, constituían el verdadero motivo de su despido. Parecía en efecto que dos funcionarios ejercían presión sobre la demandante, con el fin de incitarle a renunciar a sus convicciones religiosas si deseaba conservar su trabajo. Este elemento constituía una flagrante violación del derecho de la demandante a la libertad de religión: Tribunal Europeo D.H., sentencia Ivanova contra Bulgaria, 12 de abril de 2007, §84.

titular del derecho. Esto ocurriría en el caso de las renunciaciones anticipadas referidas a uno o varios derechos en su totalidad¹¹⁹. Por ejemplo, sería inadmisibles que una persona renunciase en bloque, de cara al futuro, a la totalidad de un derecho o de un atributo de la personalidad¹²⁰. Según lo destacó un autor, respecto al derecho a la intimidad:

"Si bien X puede renunciar a algunas barreras normativas en ocasiones específicas, X nunca puede renunciar al derecho a levantar barreras o a depender de ellas en el futuro. En otras palabras, X no puede renunciar de manera permanente a su derecho a la intimidad"¹²¹.

¹¹⁹ A propósito del sistema multijurídico propuesto en Turquía por el Partido Refah -donde cada grupo se regiría por un ordenamiento jurídico conforme a las convicciones religiosas de sus miembros-, el Tribunal declaró lo siguiente: "El Estado tiene la obligación positiva de garantizar que cualquier persona que dependa de su jurisdicción se beneficie plenamente, y sin que pueda renunciar a ello de antemano, de los derechos y libertades garantizados por el Convenio": Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía (Gran Sala), §119 (que reproduce la motivación de la sentencia de esta sala).

¹²⁰ FRUMER, Philippe, *La renonciation aux droits et libertés (...)*, op. cit., p. 342, n° 466; RIGAUX, François, *La vie privée: une liberté parmi les autres?*, Bruselas, Larcier, 1992, p. 155, §153.

¹²¹ HUGHES, Kirsty, "A Behaviourial Understanding

Más concretamente respecto a las garantías de un juicio justo, el carácter informado de la renuncia requiere un control cada vez más estricto. El demandante debe comprender por una parte el alcance de los derechos y garantías a su disposición, y por otra, las consecuencias que implicaría la renuncia, en particular en el ámbito penal¹²². A este efecto, los Estados están sometidos a una obligación verdaderamente positiva cada vez mayor de informar a las personas interesadas¹²³, pudiendo esta obligación positiva resultar más onerosa cuando la renuncia afecta a personas especialmente vulnerables, como menores de edad, por ejemplo¹²⁴.

of Privacy and its Implications for Privacy Law", *The Modern Law Review*, 2012, p. 820.

¹²² Tribunal Europeo D.H., *Idalov contra Rusia* (Gran Sala), 22 de mayo de 2012, §§173 y 178.

¹²³ Ver, por ejemplo, en el ámbito de la renuncia al derecho a la asistencia de un abogado: Tribunal Europeo D.H., *Talat Tunç contra Turquía*, 27-mar-07, §61: "(...) los obstáculos al ejercicio efectivo de los derechos de la defensa se habrían podido superar si las autoridades nacionales, conscientes de las dificultades del demandante, hubiesen adoptado un comportamiento más activo destinado a garantizar que el interesado supiera que podía solicitar que le asignasen un abogado de oficio gratuito". Ver también *Seyithan Demir contra Malta*, 28 de julio de 2009, §41.

¹²⁴ Tribunal Europeo D.H., *Panovits contra Chipre*, 11 de diciembre de 2008, §73.

Por último, las exigencias relativas a la autenticidad de la renuncia -y en consecuencia del consentimiento- deberán también ser objeto de un control especialmente estricto cuando sea la persona quien reivindique, en aras de su autonomía personal, la facultad de renunciar al beneficio de un aspecto de sus derechos fundamentales. Ésta es la enseñanza que se extrae, como hemos visto, de la jurisprudencia europea relativa al derecho de la persona a realizar elecciones sobre su propio cuerpo.

Somos conscientes de que dichas consideraciones no están ciertamente destinadas a hacer las veces de "teoría" de la renuncia a los derechos fundamentales. Es posible que contribuyan, modestamente, a conciliar mejor, o incluso a acercar, las exigencias a priori contradictorias de defensa del interés general y el respeto de la voluntad y la autonomía individuales.

BIBLIOGRAFÍA SELECTIVA

BURGORGE-LARSEN, Laurence (Dir.),
La dignité saisie par les juges en Europe,
Bruselas, Bruylant, 2010.

DE SCHUTTER, Olivier, "Waiver of
Rights and State Paternalism under the
European Convention on Human Rights",
Northern Ireland Legal Quarterly, 2000, pp.
481-508.

DE SCHUTTER, Olivier &
RINGELHEIM, Julie, "La renonciation aux
droits fondamentaux. La libre disposition du
soi et le règne de l'échange" in H. Dumont, F.
Ost, S. Van Drooghenbroeck (dir.), La
responsabilité, face cachée des droits de
l'homme, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 441-
481.

DUBOUT, Edouard "L'interdiction des
discriminations indirectes par la Cour
européenne des droits de l'homme: rénovation

ou révolution?", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, pp. 834-835.

FRUMER, Philippe, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruselas, Bruylant, 2001.

FRUMER, Philippe, "La renonciation aux droits constitutionnels" in M. Verdussen & N. Bonbled (Dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 367-394.

GILLIAUX, Pascal, *Droit(s)européen(s) à un procès équitable*, Bruselas, Bruylant, 2012.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, "A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, pp. 32-57.

LAMOTHE, Maxime, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les Chartes*, Cowansville, Yvons Blais, 2007.

LEVINET, Michel, "La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme", *Droits*.

Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, 2009, vol. 49, pp. 3-18.

MARSHALL, Jill, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2009.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, "Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 2009, vol. 49, pp. 19-28.

McCRUDDEN, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n° 4, pp. 655-724.

MORRIS, G.S., "Fundamental Rights: Exclusion by Agreement?", *Industrial Law Journal*, 2001, vol. 30, pp. 49-71.

ROMAN, Diane, "A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même", *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1284-1293.

ROMAN, Diane, "A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même", *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1284-1293.

LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹

Ignacio VILLAYERDE

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Oviedo*

1. *Consideraciones generales*

Hay asuntos en la dogmática de los derechos fundamentales que pasan ciertamente desapercibidos por razones que se nos escapan. Son escasas las obras que se ocupan de esta cuestión sumamente compleja y comprometida, porque su respuesta lo es también a

¹ La versión que el lector tiene ante sí de este opúsculo es el resultado de la reelaboración de la ponencia original que tan amablemente me encargó la Fundación Coloquio Jurídico Europeo (a cuyo Presidente, Directora y Patronos agradezco su generosidad por dicha invitación), y que defendí en el seminario en el que también intervino brillantemente con la suya el profesor Philippe Frumer, cuyo texto escrito me precede en este volumen. Una reelaboración fruto de las agudas y muy pertinentes observaciones, críticas y sugerencias que me expresaron durante el debate quienes tuvieron la gentileza y la paciencia de escucharme. A ellos, y en especial al profesor Frumer, se deben sin duda las buenas ideas que en este trabajo pueda encontrar el lector. De lo demás sólo soy yo responsable.

toda una manera de comprender los derechos fundamentales en el marco de las Constituciones contemporáneas². La decisión de suicidarse, o de someterse a prácticas sadomasoquistas, a ser objeto de mofa y escarnio en un espectáculo público, ¿son renunciaciones o meros ejercicios de los derechos fundamentales afectados en cada caso? La respuesta ni es simple, ni es sencilla.

Durante un cierto tiempo era un lugar común en la dogmática de los derechos fundamentales calificarlos de irrenunciables junto con otras notas (personalísimos, imprescriptibles, irrevocables, etc.). No cabe duda de que el empleo de estas categorías definitorias del concepto jurídico de derechos fundamentales hunde sus raíces en la doctrina civilista de los *derechos de la personalidad*. En ella ciertos derechos de la persona eran irrenunciables porque se adquirían por poseer la condición de ser humano. Su titularidad no estaba a disposición de la voluntad de la persona, ni podía ser objeto de negocio jurí-

² De hecho, en nuestra obra *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Bastida y otros, Tecnos, Madrid, 2004) no es objeto de tratamiento. En las obras españolas sistemáticas sobre derechos fundamentales, únicamente Luis María Díez Picazo le dedica unas páginas en su libro *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005 (2ª edición), pág. 141.

dico alguno. La doctrina de la irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad sostiene que esa su naturaleza deriva de la condición de ser derechos que se adquieren por ministerio de la ley³.

No es distinta la idea que sobre el particular se tiene sobre la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales⁴; aunque ya no es cuestión tratada habitualmente en la doctrina. El propio Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en una de sus primeras sentencias,

³ Véanse el clásico de Federico de Castro, *Los llamados derechos de la personalidad*, en "Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro", Vol. 2, 1997, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 873 y ss; Carlos Juan Maluquer De Motes Bernet, *Los llamados derechos de la personalidad*, en "Codificación, persona y negocio jurídico", Carlos Juan Maluquer de Motes Bernet (coord.), Bosch, Barcelona, 2003; Miguel Ángel Bañegil Espinosa, *Los derechos de la personalidad*, en "Instituciones de derecho privado", Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.), Vol. 1, Tomo 2 ("Personas", coord. por José Angel Martínez Sanchiz), Civitas, Madrid, 2003; Carlos Rogel Vide, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, Revista general de legislación y jurisprudencia, Núm. 1, 2002, pp. 113 y ss; José Enrique Bustos Pueche, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 24 y ss, y pp. 43 y s; y el más reciente de Miguel Ángel Encabo Vera, *Derechos de la personalidad*, Pons, Madrid, 2012, p. 38.

⁴ Consúltase Arturo Carlo Jemolo, voz *Libertà (aspetti giuridici)*, en "Enciclopedia del Diritto", Vol. XXIV, Giuffrè, 1974, p. 272.

STC 11/1981, afirmó que "...los derechos constitucionales son irrenunciables -proposición jurídica que es indiscutible-" (FJ 14), añadiendo a continuación:

"La anterior disquisición es, sin embargo, innecesaria. Por mucho que el apartado 1.º del art. 8 (Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo) hable de "renuncia", es claro que no estamos en presencia de una genuina renuncia. Y ello por dos tipos de razones: porque **la renuncia es siempre un acto definitivo e irrevocable** y la llamada "renuncia" del apartado 1.º del art. 8 es sólo temporal y transitoria (durante la vigencia del convenio) y **no afecta al derecho en sí mismo, sino sólo a su ejercicio, de manera que no hay extinción del derecho, sino compromiso de no ejercitarlo, que entraña una pura obligación, que puede incumplirse arrostrando las consecuencias del incumplimiento**. Cuando el compromiso de no ejercitar el derecho se establece obteniendo a cambio determinadas compensaciones, no se puede decir que un pacto como éste, que es un pacto de paz laboral, sea ilícito y menos aún contrario a la Constitución".

En esa fecha, para el TC, la renuncia era un acto de disposición definitivo, irrevocable y que afecta al derecho mismo. De ese párrafo cabe deducir, por lo demás, dos consecuencias jurídicas importantes. Por una parte, no cabe disponer de forma definitiva e irrevocable del derecho mismo. Por otra parte, sí cabe la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental siempre que sea temporal y revocable

(aunque haya que arrostrar con las posibles consecuencias que la revocación conlleve⁵). Esta doctrina no está lejos de la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y que ha sido objeto de estudio exhaustivo por Philippe FRUMER⁶. El TC no ha sido ajeno a la dogmática de la renunciabilidad de los derechos fundamentales y ha admitido su existencia plenamente conforme con la Constitución en más de una ocasión haciéndose eco de la jurisprudencia del TEDH. Más adelante nos ocuparemos de ello.

⁵ Existe aquí una discrepancia con la dogmática civilista, hasta donde se nos alcanza, en relación con la exigibilidad de las consecuencias dañinas para terceros de la revocación de una previa renuncia al ejercicio de un derecho fundamental. Como señala Bustos Pueche (*Manual sobre bienes...*, ob. cit. p. 43) la irrenunciabilidad, en su caso de los derechos de la personalidad, valga decir aquí también de los derechos fundamentales, en rigor "lo que, en verdad, se quiere decir no es tanto que su titular no pueda renunciar como que su renuncia carece de eficacia jurídica frente a terceros", en el sentido de que a éstos les resulta inexigible la eficacia previa de la renuncia en el caso de que el titular del derecho decida revocarla; es decir, el tercero no puede hacer valer la renuncia frente a su revocación. No es asunto éste sencillo y algo se dirá sobre él al final de este trabajo.

⁶ Véanse su libro *Le renonciation aus droits et libertés. La Convention Européenne des Droits de L'Homme a la l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2001, ibídem; y el trabajo que acompaña al presente en este volumen.

La razón de esta desatención quizá estribé en su evidencia: los derechos fundamentales son poderes subjetivos atribuidos por la Constitución a las personas, cuya titularidad en ningún caso está a su disposición.

A lo largo de estas líneas abordaremos tres casos paradigmáticos de las renunciaciones de derechos y que sirven para mostrar el alcance en toda su extensión de un asunto tan controvertido. Uno de ellos que ha sido objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado francés, el caso denominado del "lanzamiento del enano". Aquí la autoridad administrativa francesa (Decisión del Consejo de Estado de 27 de octubre de 1995) prohibió un espectáculo consistente en el lanzamiento de un enano sobre el público de una discoteca al considerar que este acto atentaba contra la dignidad de la persona, con independencia de que ésta haya aceptado libre y voluntariamente someterse a ese trato, incluso si el trato controvertido es el objeto de un contrato laboral. El otro caso es el del suicidio, la disposición personal sobre la propia vida y su posible contradicción con el derecho a la vida garantizado en el artículo 15 CE (STEDH, caso McCann y otros, 27 de septiembre de 1995). Y finalmente a lo largo de estas páginas también se hablará de los pactos transaccionales en el contrato de trabajo o con el Estado según los cuales una condición de la relación laboral

estriba en la renuncia del trabajador a ciertos derechos o a realizar determinada actividad encuadrable en una libertad constitucional (pactos de confidencialidad, la sujeción al ideario de la empresa, el control de su correo electrónico o la vigilancia de su puesto físico de trabajo, o la renuncia al ejercicio de acciones judiciales en ciertas circunstancias). Todos estos supuestos nos permitirán distinguir entre lo que no es más que un ejercicio del derecho fundamental enfundado en una aparente "renuncia", y lo que en efecto puede considerarse técnicamente como tal.

Ahora lo que cumple es definir qué se va a entender por renuncia, y también conviene detenerse un instante en la teoría general de los derechos fundamentales que permitirá una mejor comprensión de la tesis que aquí se pretende defender.

2. Sobre el concepto de renuncia de los derechos

El concepto de renuncia de derechos lo ha construido el derecho civil, y sus clásicos lo han definido como la expresión de voluntad de una persona por la que abandona un derecho de su titularidad, o, en otros términos, la dejación de un derecho que se tiene o de una situación jurídica en la que se está. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define

la renuncia como la "dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello"; y el verbo renunciar como "hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener".

Podemos convenir, aunque tan sólo sea a los efectos de estas líneas, que la renuncia de derechos consiste en la expresión unilateral de una voluntad, tácita o expresa, de hacer dejación de un derecho o abandonar una situación jurídica que está a disposición de una persona. Aunque conviene distinguir la renuncia de otras figuras jurídicas como el aquietamiento, el allanamiento, el abandono de la acción o la renuncia al derecho litigioso⁷. Estas figuras son más propias de lo procesal, y referida a la dejación del amparo judicial y no del derecho en sí mismo considerado. Sin embargo, estas otras figuras abdicativas, como veremos, tienen relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales dada, a nuestro juicio, la unión inextricable entre el derecho fundamental y la acción para su tutela, en particular en los casos de los derechos reaccionales; cuanto y en mayor medida si cabe en el caso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el que

⁷ Véase José Ignacio Cano Martínez De Velasco, *La renuncia a los derechos*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 14 y ss; Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 93 y ss.

justo el derecho se precisa en poderes jurídicos definidos en la legislación procesal⁸.

La renuncia, por tanto es un acto de voluntad unilateral por el que la persona rechaza o abdica de la adquisición de un derecho o del derecho mismo una vez poseído. Se trata de un acto de disposición. Acaso por esta razón se tiende a confundir la renuncia con los actos de disposición que pudieren ser el contenido del derecho en sí considerado⁹. Es en este extremo donde puede tener cierto sentido distinguir entre el derecho (fundamental) y la renuncia (al derecho fundamental), en el sentido de que ésta no forma parte del contenido de aquél. Esta distinción tiene su razón de ser

⁸ El TC en sus Sentencias 7/1983 FJ 3, 76/1990 FJ 7, 51/2003 FJ 4 y 65/2009 FJ 4 hace notar ese lazo entre derecho a la tutela judicial efectiva y renuncia a su ejercicio cuando se hace lo propio con las acciones judiciales. El TC admite esa posibilidad siempre que esa renuncia sea en beneficio del propio interesado, quien puede considerar más conveniente para sus intereses hacerlo de este modo.

⁹ Podría plantearse aquí el debate doctrinal sobre si la disposición del derecho, en este caso su renuncia, forma o no parte del contenido del derecho mismo (Emilio Gómez Orbaneja, *El ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 63 y ss). Esta cuestión controvertida se abordará líneas más abajo, pues, es pertinente tratarla cuando se distinga entre los casos de "falsa" renuncia por ser en puridad un acto de ejercicio del derecho fundamental, de aquellos otros en los que en efecto es posible hablar de una renuncia al derecho fundamental en el sentido que más abajo se indicará.

en los casos en los que, lo que en apariencia constituye una renuncia (no ejercito mi derecho a la integridad física permitiendo que un tercero intervenga sobre mi cuerpo), no es más que un ejercicio del derecho. Otra cosa sucede si a lo que se renuncia es a un derecho de naturaleza prestacional (renunciar a la escolarización de un niño) o al que resulte de una garantía de organización o procedimiento (renunciar a la asistencia letrada en un proceso penal) o a ejercitar las acciones judiciales dirigidas a su protección (no reaccionar jurisdiccionalmente frente a una entrada y registro domiciliario inconstituido y sin autorización judicial previa), en los que, en rigor, no se ejercita el derecho disponiendo de la propia conducta de su titular, sino del contenido mismo del derecho.

Conviene reparar también en la circunstancia de que el acto de disposición en que consiste la renuncia sea expreso o tácito; por así decirlo, si hay un simple abandono del derecho no ejercitándolo, o se dispone de él manifestando expresamente la voluntad de no hacerlo. Diferencia relevante para examinar la validez constitucional de pactos negociales o contractuales en los que expresamente se disponga la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales (contratos de trabajo en los que se pacta una renuncia al ejercicio del derecho de huelga o a la sindicación).

La renuncia de derechos fundamentales emerge técnicamente como una suerte de limitación del derecho fundamental. Habrá que ver si lo es a su titularidad y/o a su ejercicio, y si esa renuncia constituye un límite impuesto al titular del derecho fundamental por un tercero, público o privado, o se trata de una autolimitación que se impone el propio titular del derecho. En este extremo, debe analizarse si en la renuncia late un acto coactivo, directo o indirecto, sobre el titular del derecho fundamental para precisar si constitucionalmente es válida esa disposición del derecho. El TEDH ha incidido en varias ocasiones sobre este particular estableciendo como un elemento del canon de enjuiciamiento de los casos en los que se estudiaba una hipotética renuncia de derechos la presencia o no de coacción en la decisión de disponer del derecho o la libertad (SSTEDH de 25 de mayo de 1998, caso Kurt; 23 de septiembre de 1998, caso Petra; 2 de julio de 2002, Caso Wilson, *National Union of Journalist* y otros; 11 de enero de 2006, Caso Sørensen y Rasmussen; 12 de abril de 2007, Caso Ivanova¹⁰). De todo esto se hablará a continuación.

¹⁰ Todas ellas objeto de cita y estudio en el libro citado de Frumer, *La Renonciation*, pp. 559 y ss.

3. *Breve excursus sobre teoría general de los derechos fundamentales*

Un derecho fundamental, a nuestro juicio, es un poder jurídico subjetivo atribuido por la Constitución a una persona (o colectivo) que resulta indisponible al legislador. Un derecho fundamental es una prohibición constitucional de poder público; esto es, la prohibición de que en el ámbito de la realidad o en una determinada situación jurídicamente relevante definidas por una norma constitucional pueda imponerse deberes unilateralmente cuya inobservancia es sancionable. Un derecho fundamental, entonces, es un apoderamiento jurídico puesto a disposición de su titular por la Constitución (disponible para su titular) para defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas cuya satisfacción y/o cumplimiento están jurídicamente respaldadas, de forma que el destinatario del poder público no es su titular sino quienes están obligados por la norma *iusfundamnetal* a soportar o contribuir a la realización de esa expectativa¹¹. De

¹¹ Así es definido en Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004, p. 32. En esta definición también cabe los derechos fundamentales cuyo contenido es prestacional o son garantías de organización y procedimiento. Lo relevante en estos casos es que, de un lado, la prestación, la organización o el procedimiento que son objeto del derecho fundamental no son disponible al

este modo los derechos fundamentales son concreciones de la libertad general que resulta de la vinculación negativa de los individuos al ordenamiento jurídico (y que en el sistema constitucional resulta de lo dispuesto en el artículo 10.1 CE), haciendo indisponible al legislador ciertos ámbitos vitales o situaciones jurídicamente relevantes, prohibiendo en ese caso, no su regulación (pues cabe su desarrollo concretador mediante ley orgánica), sino la introducción de poder público (SSTC 89/1987 FJ 2, 120/1990 FJ 1). De ahí la estricta interpretación que deba darse a la regla que regulan los supuestos y sujetos competentes para, dado el caso, poder introducir poder público a pesar de la prohibición constitucional, en fin, para limitar el derecho fundamental.

Los derechos fundamentales atribuyen un poder de disposición sobre la propia conducta (derechos de libertad cuyo objeto es una esfera vital y, en su caso, derechos de prestación) o para hacer valer una prohibición de poder público (derechos de reacción). Las

legislador (a pesar de que sean derechos fundamentales de configuración legal); y de otro lado, el propósito de estos derechos sigue siendo la realización de expectativas individuales a través, en esos casos, de la disposición de bienes y servicios que presta el Poder público, no mediante la garantía de permisos de hacer o prohibiciones de poder público.

limitaciones a un derecho fundamental son habilitaciones de poder público que permiten, en el primer caso, prohibir una de las posibles conductas objeto del derecho fundamental, o autorizar el uso de poder público donde la norma *iusfundamental* lo había prohibido.

Que esto sea sí implica que es objeto mismo del derecho fundamental disponer de él, hacerlo "renunciable" en la medida en que su titular está constitucionalmente apoderado para ejercitarlo actuando o no, haciendo valer la prohibición de poder público o no, sirviéndose del bien o servicio que se le presta o empleando la organización o el procedimiento que el ordenamiento jurídico pone a su disposición por mandato constitucional. En rigor esos actos de disposición sobre el derecho no son actos de renuncia, sino expresión del poder que sobre su objeto atribuye el derecho fundamental a su titular (incluso en los casos en los que la técnica para garantizar el objeto del derecho fundamental sea a través de prestaciones o de estructuras organizativas o procesales, como sucede con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o el derecho a la educación).

4. *Las distintas clases de derechos fundamentales y su hipotética renunciabilidad*

La dogmática de la renunciabilidad de los derechos fundamentales debe tener en cuenta la condición de normas constitucionales que posee todo derecho fundamental. Ésta es una obviedad relevante. Los derechos fundamentales son normas que, en efecto, atribuyen poderes jurídicos subjetivos a las personas; pero normas constitucionales al fin y al cabo, que regulan poderes jurídicos cuyo título adquisitivo resulta ser *ex constitutione*. A veces se pierde de vista esta condición de normas del ordenamiento jurídico y su dimensión objetiva, de manera que su factura técnica no es sólo la de poderes jurídicos subjetivos cuya adquisición se produce con ocasión de la concurrencia de circunstancias, jurídicas o no, que están previstas en el ordenamiento jurídico.

El caso de los derechos fundamentales posee la peculiaridad de que su dimensión subjetiva, la atribución a la persona de poderes jurídicos subjetivos, es un resultado de la aplicabilidad directa de las normas constitucionales. Se es titular de esos poderes porque así lo quiere la Constitución, sin que se requiera más condición que ser persona, o, si así lo prevé la CE, ser español. La norma de derechos fundamentales pone a disposición de

sus titulares las conductas que constituyen su contenido como consecuencia de la prohibición de poder público en el ámbito protegido por el derecho fundamental. Pero la norma *iusfundamental* en sí misma considerada no es disponible. Los casos de renuncia de los que ha conocido tanto el TEDH cuanto el TC siempre se han referido a supuestos de abandono del ejercicio de un derecho fundamental.

La renuncia en el universo de los derechos fundamentales no es un acto de voluntad abdicativo del derecho mismo. Y en muchas ocasiones, muy particularmente en el caso de los derechos de libertad, lo que pueda parecer una renuncia al derecho fundamental no es más que su ejercicio (renunciar a expresar una opinión sobre un asunto es también una modalidad de ejercicio de la libertad de expresión). Pero es cierto que en determinados casos es posible tal renuncia al derecho fundamental, en particular en los derechos garantizados mediante procedimientos u organizaciones. Dicho con otras palabras, la renuncia técnicamente es tal y posible allá donde el derecho fundamental se construye constitucionalmente no como un poder jurídico subjetivo de hacer o no hacer, o de hacer valer una prohibición de poder público, sino como una "garantía objetiva" cuyo objeto y contenido es configurado legislativamente. En este caso, sí

es posible la dejación del derecho fundamental en la medida en que no se hace uso de esa garantía objetiva y se rechaza la protección que pueda dispensar (renunciando a la asistencia letrada en un proceso penal o al recurso en vía jurisdiccional a cambio de una reducción en la cuantía de una sanción administrativa). Aquí la disposición sobre el objeto del derecho fundamental (el derecho de defensa en los ejemplos mencionados) no constituye una forma de su ejercicio, porque su objeto no son conductas o expectativas elegibles y a disposición de su titular, mereciendo amparo jurídico la decisión de elegir una u otra. En esos supuestos, la garantía *iusfundamental* es una y recae sobre una única posible conducta o expectativa (estar asistido en un proceso penal o impugnar jurisdiccionalmente una sanción). Las conductas y decisiones abdicativas caen fuera del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental, de forma que sí es posible tal renuncia al derecho. La cuestión en estos casos es determinar si la garantía constitucional ampara también el derecho a renunciar a ella; si la renuncia forma parte del contenido de este tipo de derechos fundamentales, o es un poder externo y en esa medida sujeto a normas limitativas que no tienen por qué someterse al

mismo canon que la Constitución impone para restringir un derecho fundamental¹².

¹² Tómese de nuevo el ejemplo de la renuncia a la asistencia letrada en los procesos penales. Si se considera que no es parte del contenido del derecho a la defensa en su manifestación de derecho a ser asistido por un abogado en un proceso penal, el legislador podría prohibir esa renuncia o sujetarla a una serie de reglas sin necesidad de hacerlo mediante ley orgánica pues no estaría concretando los límites del derecho fundamental (la asistencia letrada), sino impidiendo o regulando la renuncia a esa asistencia letrada que no forma parte del contenido de este derecho fundamental. Véanse diversos casos examinados por el TC en sus Sentencias 260/2005, 145/2002 o la 229/1999, en cuyo FJ 2 el TC afirma: "Delimitado así el objeto de esta pretensión, resulta pertinente recordar la doctrina constitucional de aplicación en el presente caso. Al respecto, ha de señalarse, en primer lugar, que este Tribunal ha declarado desde nuestra STC 42/1982 (fundamento jurídico 3º), que "[l]a asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación de Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador". Pues en razón de la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso, de importancia decisiva en el Estado de Derecho, "la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial (arts. 118 y 860 L.E.Crim.) para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado" (STC 42/1982, fundamento jurídico 2º). Por tanto, el derecho a la asistencia letrada, que, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad "ase-

a. La renuncia a la titularidad de los derechos fundamentales

Renunciar a un derecho fundamental, lo es a su titularidad, porque si no es así, en realidad estamos renunciando, no al derecho en su conjunto, sino a uno de sus ejercicios

gurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión..." (SSTC 47/1987, fundamento jurídico 2º; 233/1998, fundamento jurídico 3º), en ciertas ocasiones constituye también una exigencia estructural del proceso (SSTC 47/1987, fundamento jurídico 3º; 233/1998, fundamento jurídico 3º) y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo (STC 29/1995, fundamento jurídico 4º)". "Dicho de otro modo, "[e]l mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica" (STC 29/1995, fundamento jurídico 4º). Consecuencia de todo ello es que la asistencia letrada "ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 47/1987, 139/1987 y 135/1991)" (STC 132/1992, fundamento jurídico 2º)".

posibles. Renunciar a la titularidad de un derecho fundamental es, en principio, imposible jurídicamente.

La atribución de la titularidad de un derecho fundamental no depende de expediente adquisitivo alguno. La titularidad deriva de la mera condición de ser humano, a salvo los casos en los que la titularidad se reserva por mandato constitucional a un colectivo nacional: los españoles. En este caso, la renuncia a la nacionalidad conlleva la renuncia a la titularidad de los derechos aparejados a esta condición. Pero en un caso u otro la titularidad no es una condición circunstancial o dependiente de la existencia previa de un título adquisitivo; la condición de titular de un derecho fundamental resulta *ex constitutione*.

La titularidad de derechos fundamentales no es disponible. Que pueda serlo sería tanto como admitir que la vigencia de una norma constitucional, la norma *iusfundamental*, queda a disposición de la voluntad de la persona, la cual puede decidir si es o no titular de un derecho fundamental. Salvo el caso de aquellos derechos cuya titularidad está atribuida a quienes posean la nacionalidad española, claro está. La renuncia a la nacionalidad, que puede darse en ciertos supuestos, puede provocar, en efecto, la pérdida de la titularidad de aquellos derechos atribuidos por la CE a

los nacionales españoles. Al margen de estos concretos casos, la titularidad de los derechos es irrenunciable. Ni siquiera en el caso de renunciias permanentes (por ejemplo, una cláusula contractual por la que el trabajador se obliga a no revelar nunca información de la contratante a la que accede en el desempeño de su trabajo) se trata de una renuncia a la titularidad de los derechos en presencia. En efecto, un supuesto como el descrito en rigor afecta a una parte de las conductas objeto de protección del derecho fundamental (la información obtenida en el desempeño de ese empleo, pero no cualquier otra información), pero no afecta a las restantes. Dicho en otros términos, pactos de esa clase o actos de voluntad del titular que posean esa finalidad conllevan únicamente la exclusión de ciertas conductas del ámbito normativo del derecho fundamental y no una renuncia a la titularidad del derecho. En ese caso, en el caso de que el titular del derecho fundamental disponga de su conducta renunciando a alguna de ellas, el titular del derecho fundamental está autolimitando su derecho fundamental. Luego lo que en apariencia era una renuncia, en puridad es una limitación de los derechos fundamentales cuya validez depende de que esa limitación cumpla con las condiciones constitucionales para la imposición de límites a los derechos.

Sobre estos casos se ha pronunciado el TC al menos en las SSTC 27/1981, 51/2003 y 65/2009 en la que una organización sindical acuerda someterse a un arbitraje y renunciar al ejercicio de acciones judiciales contra lo que de él resultase. En esta última Sentencia dice el TC:

"En nuestra STC 51/2003, de 17 de marzo, analizamos un asunto que presentaba ciertas similitudes con el ahora considerado y en el que, en particular, se suscitaba también un problema relativo a la posibilidad de renuncia al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de las relaciones colectivas de trabajo. Como recordábamos en el fundamento jurídico 6 de dicha Sentencia, con cita de la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 7, "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene 'carácter irrenunciable e indisponible', lo que no impide que **pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado**, pues 'si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STC 7/1983, FJ 3). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos **no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio**'".

Añadíamos, no obstante, que, según se afirmó en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 9, "toda renuncia de derechos **debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y aunque, debido a la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla ... de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar**". Y, en la misma línea, recordábamos la doctrina establecida en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogida en nuestra STC 183/2000, de 10 de julio, FJ 4 (y antes en la STC 91/2000, de 30 de enero, FJ 15), al señalar que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque en supuestos diversos del ahora enjuiciado, ha declarado que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, **ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana** (casos Barberá, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988, § 82; Oberschlick, de 23 de mayo de 1991, § 51; F.C.B. c. Italia, de 28 de agosto de 1991, § 33 a 35; y Poitrimol, de 23 de noviembre de 1993, § 31)", doctrina igualmente reiterada en otros pronunciamientos posteriores del Tribunal (así, casos Zana c. Turquía, de 25 de noviembre de 1997, § 70; Richard c. Francia, de 22 de abril de 1998, § 49; y Schöps c. Alemania, de 13 de febrero de 2001, § 48)".

Concluíamos, así, afirmando la posibilidad de considerar constitucionalmente legítima una renuncia al ejercicio de acciones, exigiendo, no obstante, para ello que la renuncia fuera expresa o deducida de una conducta inequívoca y que se fundamentara en el beneficio o ventaja que reporte al titular de la acción, máxime cuando con ella se pretende la tutela de derechos fundamentales

sustantivos, como acontece en el presente asunto (STC 51/2003, de 17 de marzo, FJ 6)" (FJ 4; la negrita es del autor).

Está claro que para el TC, siguiendo en esto la senda abierta por el TEDH, es posible la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental cuando ésta comporte un beneficio o ventaja para su titular (hay que entender que mayor que el que le reportaría ejercitarlo), y debe ser inequívoca, transitoria, clara y terminante¹³. Por tanto, cabe pactar la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental. La cuestión es si esa decisión es revocable (a eso se refiere su transitoriedad, y no a que no es posible una renuncia por tiempo indefinido). La respuesta no puede ser otra que sí es revocable, porque esta revocabilidad deriva de la irrenunciabilidad de la titularidad del derecho fundamental, de manera que su titular puede recuperar su ejercicio cuando lo

¹³ Ya en la STC 27/1981 (FJ 9) se dijo: "Como reconoce la Abogacía del Estado, ni la Constitución, ni la Ley Orgánica de este Tribunal exigen como condición de legitimación -para el caso del art. 32.1 c) de la LOTC- el voto contrario, o al menos la abstención. Sin olvidar que otro principio general exige que toda renuncia de derechos debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y aunque, debido a la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla, y menos en el ámbito constitucional, de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar".

deseé. Y que esto sea así, lleva a una tercera cuestión: ¿puede el tercero con el que se ha pactado esa renuncia al ejercicio de un derecho fundamental oponerse a su revocación? De este asunto se hablará más adelante.

b. La renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales

Los derechos de libertad es una técnica jurídica que sirve para la tutela de aquellos derechos cuyo objeto es una esfera vital en cuyo seno el titular puede disponer de su conducta. Estos derechos sirven para hacer valer el permiso de actuar del que disfruta su titular mediante la prohibición de introducción de poder público en la esfera vital objeto de ese derecho. La decisión sobre si ejercer o no el derecho, esto es, la disposición sobre su conducta, la decisión sobre si ejerce o no su derecho opinando, informando, asociándose, reuniéndose o manifestándose, es cosa de su titular pues los terceros, públicos o privados, deben abstenerse de imponer el deber de actuar o no, y tolerar la conducta o la pasividad del titular del derecho.

En esa medida, la voluntad de no opinar o de no asociarse no es una renuncia; incluso si acuerda con otros no ejercer el derecho (quien firma un pacto de silencio o, como en el caso de las SSTC 51/2003 y 65/2009, pacta una

renuncia a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva). En estos casos se trata de una disposición sobre la propia conducta del titular del derecho fundamental que es objeto de protección del derecho fundamental también, pues su contenido ampara cualquier decisión de su titular relativo a la conducta. El derecho a la renuncia es parte del contenido del derecho fundamental en el caso de los de libertad, de forma que cualquier norma relativa a esa renuncia constituiría un desarrollo del derecho, y sus restricciones un límite al derecho fundamental.

Aquí la pregunta es si son posibles acuerdos con terceros en los que se pacta la renuncia a un derecho fundamental. ¿El contenido de un derecho fundamental puede ser objeto de un negocio jurídico? El TC no ha tenido dudas en aceptar que en efecto se pueda disponer del ejercicio de los derechos fundamentales mediante pacto con terceros. Aunque no hay que perder de vista que el TC se ha pronunciado en este sentido en relación con derechos de contenido prestacional (STC 65/2009 FJ 4 y las en ella citadas). La respuesta debe ser a nuestro juicio positiva. Al igual que ha dicho el TC y el TEDH, el titular del derecho tiene entre sus poderes jurídicos acordar con un tercero la disposición transitoria del ejercicio del derecho siempre que sea voluntaria y explícita, excluyendo así aque-

llas disposiciones en las que medie en su pacto forma alguna de coacción directa o indirecta. Sin embargo, y a nuestro entender, no tiene sustento constitucional condicionar la validez y eficacia de esa disposición a que persiga, parafraseando a ambos tribunales, un mayor beneficio o ventaja para el titular del derecho. Cosa distinta, como se verá, es que esa disposición tenga el límite de "la dignidad humana".

Si el titular de un derecho fundamental decide o no comportarse de un modo u otro en la esfera vital protegida por el derecho de libertad, o si decide no hacer valer el deber de abstención/tolerar en que se precisa el permiso contenido en el derecho de libertad, está ejercitando su derecho fundamental, no renunciando a él, resultando irrelevante la razón por la que lo hace. En efecto, la libertad de hacer que atribuye el derecho fundamental es incondicional. Por ello no cabría aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 6.2 Código Civil al campo *iusfundamental*, pues el *orden público* que menciona el precepto no es otro que el respeto a los propios derechos fundamentales. Hay que entender entonces, que el precepto civil establece que no cabe la renuncia de derechos "civiles", es decir, por usar un término muy querido al TC, de "mera legalidad ordinaria", en perjuicio de los derechos fundamentales del renunciante. Esta te-

sis podría ser de aplicación a aquellos derechos fundamentales en cuyo contenido no se integre el derecho a "renunciar" a su ejercicio. En éste caso sí puede afirmarse que la "renuncia" al ejercicio del derecho fundamental no puede ser en perjuicio de su titular. Este puede ser el supuesto de los derechos fundamentales de naturaleza prestacional. En ellos, el contenido constitucional del derecho es el deber de un tercero, público o privado, de prestar un servicio o un bien al titular del derecho fundamental. Piénsese de nuevo en el ejemplo del derecho a la tutela judicial efectiva de las SSTC 51/2003 y 65/2009¹⁴.

El problema jurídico aquí está en precisar si, siendo posible esa disposición sobre el ejercicio del derecho fundamental, esa "renuncia" es revocable. Ese fue el caso resuelto

¹⁴ No estará de más recordar que la STC 51/2003 remite a la 189/1993 (FJ 7) en relación con la constitucionalidad de los pactos de renuncia al ejercicio del derecho de huelga, que el TC en dicha Sentencia considera constitucionalmente válidos. La Sentencia del 2003 hace lo propio con el pacto por el que "el sujeto colectivo firmante del acuerdo por el que se pone fin a una huelga renuncia a ejercitar frente a la empresa acciones judiciales de tutela de los derechos fundamentales derivadas de dicho conflicto laboral" (FJ 5). En esta Sentencia el reproche constitucional a las resoluciones judiciales impugnadas consistió en que éstas deducían de los términos del convenio colectivo correspondiente un pacto tácito de renuncia a dichas acciones.

por el TC en su Sentencia 117/1994 relativa al ejercicio del derecho a la propia imagen. En ella se abordó la revocación de un acuerdo previo por el que se autorizaba contractualmente a un medio de comunicación a divulgar las imágenes de una persona. El TC falló en contra de la recurrente y consideró que su revocación del consentimiento emitido contractualmente autorizando la publicación de sus fotografías no poseía efectos retroactivos y, en consecuencia, no podía invalidar consentimientos previos formulados contractualmente con anterioridad a la "recuperación" del derecho fundamental.

En su FJ 4 afirmó:

"Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; **mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la**

cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la L.O. 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional el TC" (negrita del autor).

Razonamiento que se completa en su FJ 6:

"La dicción literal del art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 deja fuera de toda duda que la revocación puede producirse "en cualquier momento", prescripción que se refiere al momento de ejercicio de aquélla pero no siempre al tiempo de sus efectos ni por tanto autoriza para que éstos se apliquen a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas. Por otra parte, cuando existe una autorización contractual que atribuyó a la imagen un valor patrimonial poniéndola en el comercio, los efectos de la revocación, ya se dirija a la persona primitivamente autorizada ya a terceros que de ella traen causa, habrá de tener en cuenta (como antes decimos) los condicionamientos o requisitos que resulten de las relaciones contractuales existentes. Cuando menos, como se desprende de la regulación legal, habrá de acreditar algunas circunstancias como la de proceder del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda

ejercitarse, no atribuirle con carácter retroactivo (o sea invalidatorio de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de los daños y perjuicios; requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancias de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes. Y la incidencia de estas circunstancias, que es sin duda de apreciación por los Tribunales civiles, podrá ser examinada por este Tribunal tan sólo en cuanto dicha apreciación judicial hubiera podido lesionar al derecho fundamental"

En el caso de autos, en rigor, a nuestro juicio, no hubo tal renuncia al derecho a la propia imagen de su titular. Si el objeto del derecho es la protección de la imagen frente a su captación in consentida, la titular del derecho en ese supuesto autorizó contractualmente esa captación y en esa medida dispuso de su derecho, no renunció a él. En estos supuestos, esa renuncia pactada sería revocable en todo momento sin que dicha revocación deparara, en principio, consecuencias perjudiciales para el titular del derecho fundamental. Como bien dice la STC citada, en efecto, esa "renuncia" puede ser revocada por el titular del derecho fundamental en cualquier momento, pero no con efecto retroactivo. Dicho en otras palabras, haber consentido el uso de la imagen propia no impide que con posterioridad se revoque ese consentimiento, sin que el beneficiario de esa "renuncia" pueda exigir repa-

ración alguna; ahora bien, esa revocación no puede retrotraerse anulando el consentimiento dado, pues la difusión de la imagen consentida por el titular no se torna en una ilícita intromisión en su derecho fundamental a la propia imagen como consecuencia de la revocación posterior de su consentimiento. En estos casos, por tanto, no cabe sostener que la irrenunciabilidad del derecho consiste en la imposibilidad jurídica de que un tercero haga valer esa renuncia. La lesión o no de un derecho fundamental es un hecho objetivo (introducción de poder público donde éste está constitucionalmente prohibido) cuya existencia no depende de la voluntad de su titular.

Detengámonos un instante en la siguiente hipótesis ¿Sería posible un "contrato de esclavitud" por el cual una persona renuncia expresamente a todos sus derechos fundamentales?¹⁵ Ya se ha dicho más arriba que resulta inválida cualquier renuncia a la titularidad de un derecho fundamental, por más que se pueda renunciar de forma duradera a determinadas concreciones de su ejercicio. A nuestro juicio, la dimensión objetiva de los derechos

¹⁵ Juan Fernando López Aguilar, en su libro *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 77 y ss, se refiere a estos casos como contratos "carentes de causa lícita" y, en consecuencia, inválidos con arreglo a las normas propias del derecho privado.

fundamentales invalidarían este tipo de pactos (artículo 10.1 CE; en ello estriba la garantía de la dignidad de la persona). No es un problema de dimensión subjetiva del derecho, por tanto de "renuncia" a él, de dejación de los derechos fundamentales que amparan a la persona, cuanto de la aplicación directa del derecho fundamental como norma objetiva del ordenamiento a cualesquiera relaciones jurídicas. Lo relevante aquí es que, quien pacta con el titular de derechos semejante renuncia a ellos, está "objetivamente" vulnerándolos, de manera que ese pacto deviene nulo por ser contrario a las normas constitucionales *iusfundamentales*, no por resultar de una renuncia de derechos prohibida constitucionalmente. El pacto es nulo con independencia de la voluntad del titular de derechos fundamentales que lo haya suscrito.

Abordemos ahora el supuesto de los derechos reaccionales. Los derechos reaccionales, como modalidad de los derechos de libertad, agotan su contenido en el poder jurídico de hacer valer la prohibición de introducción de poder público en una determinada esfera de la vida. En este caso, sobre lo que dispone el titular del derecho es sobre la acción judicial para hacer valer el deber de abstención que pesa sobre terceros. Si el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a pesar de no haber consentido la entrada y registro de su

domicilio, no ejerce la acción judicial dirigida a hacer valer la prohibición constitucional del artículo 18 CE, ¿está renunciando a su derecho? A nuestro juicio lo que está haciendo el titular del derecho es consentir con posterioridad el ejercicio de poder público; esto es, no "reacciona" frente a la hipotética vulneración de la prohibición de poder público, no es que renuncie ante esa vulneración que deja de serlo en la medida en que, justamente, el supuesto perjudicado no reacciona.

5. Las renunciadas prohibidas de derechos fundamentales

Acaso lo más interesante de esta cuestión se encuentra no tanto en la renunciabilidad de los derechos fundamentales, sino en aquellos otros supuestos en los que determinadas disposiciones sobre la conducta objeto del derecho fundamental merecen "premios" administrativos o consisten en transacciones procesales; o aquellos otros casos en los que la dimensión objetiva del derecho fundamental, su valor como norma constitucional objetiva de aplicación directa, se sobrepone a su dimensión subjetiva, imponiendo a los poderes públicos una actuación tuteladora del derecho a pesar de que su titular no lo haya ejercitado.

a. La gratificación administrativa o judicial de ciertas disposiciones sobre los derechos fundamentales

Philippe Frumer se ha extendido con sumo acierto en lo que él denomina "renuncia a las garantías procesales"¹⁶, mencionando en ocasiones los casos de las transacciones judiciales. Se trata de supuestos que en el caso español se pueden encuadrar prácticamente en su totalidad en el ámbito normativo propio de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 24 y 25 CE.

La cuestión que aquí queremos abordar es la de las hipótesis en los que la dejación en el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva o a hacer valer la legalidad sancionadora, penal o administrativa, son gratificados administrativa o judicialmente con una sustancial rebaja de las sanciones administrativas o la posibilidad de "pactar" la sanción penal. En un caso u otro, lograr esa gratificación pasa por el abandono puntual de los derechos a guardar silencio y no declararse culpable, el derecho a la presunción de inocencia, y también el derecho a la legalidad sancionadora si la persona renuncia a impugnar la sanción a cambio de obtener ciertos

¹⁶ *La renonciation...*, ob.cit., pp. 55 y ss.

beneficios económicos, procesales o sancionatorios.

De lo ya dicho y transcrito de las citas SSTC 51/2003 y 61/2009, el TC consideraría constitucionalmente lícitas esas "renuncias", que lo son en efecto y no meros ejercicios de los derechos fundamentales implicados por cuanto se trata o bien de derechos prestacionales o garantías de organización y procedimiento, siempre que sean voluntarias, expresas, inequívocas y que reporten mayores beneficios al titular del derecho.

A nuestro juicio, este tipo de transacciones judiciales o de gratificaciones administrativas cuyo supuesto de hecho es una dejación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales sólo son legítimas constitucionalmente en la medida en que cumplen con el canon exigido a los límites a los derechos. Ello es así porque, según creemos, en este caso sí se trata de verdaderas renunciaciones a los derechos fundamentales, pues su objeto no es una conducta de su titular, ni su contenido tiene por fin salvaguardar la libre decisión sobre cómo conducirse. Los derechos fundamentales en presencia en los casos examinados constituyen garantías procesales o derechos de prestación que articulan y regulan un modo de proceder de los poderes públicos respecto del que el titular del derecho fundamental puede

expresar su voluntad de "renunciar" a las garantías que resulten de esa regulación procesal o prestacional. Esa renuncia constituye una limitación a dichos derechos fundamentales, pues el Estado exige al titular del derecho para alcanzar ciertos beneficios que desista de ejercerlo, que renuncie a esas garantías o bienes y servicios. Ese límite sólo resultará constitucionalmente legítimo si está concretado y regulado en una norma con rango de ley (orgánica, pues en modo alguno se trata de regular el tiempo, modo o lugar del ejercicio de un derecho, sino abdicar de su amparo) y deberá tener fundamento en la protección de otros derechos o bienes o intereses dignos de protección constitucional.

b. La dimensión objetiva de los derechos como límite a la disposición subjetiva del derecho

El TC apuntó a modo de sutil *obiter dicta* en su jurisprudencia sobre la renunciabilidad de los derechos, sintetizada en la tantas veces citada ya STC 65/2009 (FJ 4), que, con arreglo a la jurisprudencia del TEDH, la exigencia constitucional de que las renunciaciones y disposiciones sobre el ejercicio de los derechos fundamentales se produzca de una manera determinada (expresa e inequívoca) es una garantía de la dignidad humana. Así lo expresó la citada STC 65/2009 (FJ 4):

"Y, en la misma línea, recordábamos la doctrina establecida en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogida en nuestra STC 183/2000, de 10 de julio, FJ 4 (y antes en la STC 91/2000, de 30 de enero, FJ 15), al señalar que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque en supuestos diversos del ahora enjuiciado, ha declarado que **la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana** (casos Barberá, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988, § 82; Oberschlick, de 23 de mayo de 1991, § 51; F.C.B. c. Italia, de 28 de agosto de 1991, § 33 a 35; y Poitrimol, de 23 de noviembre de 1993, § 31)", doctrina igualmente reiterada en otros pronunciamientos posteriores del Tribunal (así, casos Zana c. Turquía, de 25 de noviembre de 1997, § 70; Richard c. Francia, de 22 de abril de 1998, § 49; y Schöps c. Alemania, de 13 de febrero de 2001, § 48)" (negrita del autor).

A nuestro juicio, el bien constitucional de la dignidad humana (artículo 10.1 CE) cumpliría una doble función en nuestro sistema constitucional en lo que ahora interesa: operaría como un límite al poder de disposición o renuncia de los derechos (como parece plantearse en el caso de la jurisprudencia del TEDH¹⁷), y sería fundamento de la interven-

¹⁷ Un debate doctrinal sumamente interesante que se puso de manifiesto con ocasión especialmente de la STEDH de 17 de febrero de 2005, Caso K.A. y A.D. contra Bélgica, relativo a prácticas sadomasoquistas. Philippe Frumer da cuenta de esta polémica en el trabajo

ción del poder público en salvaguardia de los derechos fundamentales del renunciante en contra de su propia voluntad de renunciar a su disfrute. La dignidad humana, expresión del orden público constitucional, justificaría la existencia de una norma con rango de ley que estableciese límites a la renunciabilidad o disposición sobre los propios derechos fundamentales (imponiendo, por ejemplo, la asistencia letrada de oficio a quien renuncie a ella), y también lo haría como el bien constitucional digno de protección cuya salvaguardia justificaría la existencia de una de los poderes públicos en contra de la voluntad del titular del derecho fundamental que ha decidido no ejercerlo.

El artículo 10.1 CE, ligado al deber positivo de protección de los derechos establecido en el apartado 2 del artículo 9 CE, avalarían a nuestro juicio el recurso a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales para justificar constitucionalmente la imposición de límites a la renuncia o disposición sobre los

que precede a éste en este volumen. Véase también Muriel Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*", *Rcueil Dalloz*, 2005, pp. 2975 y ss; y su *Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale*, *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 32 y ss. Consúltese el de Diane Roman, *A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-meme*, *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1284 y ss.

propios derechos fundamentales. El orden público que menciona el artículo 6.2 del Código Civil¹⁸ como límite a la renunciabilidad de los derechos civiles, sería para el caso de la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales la garantía constitucional de la dignidad y libre desarrollo de la persona que se precisa en la dimensión objetiva de cada derecho y en el deber positivo de su protección a cargo de los Poderes públicos.

En todos estos casos los poderes públicos están obligados constitucionalmente a hacer valer la dimensión objetiva del derecho fundamental invalidando aquellos actos que objetivamente los contraríen. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales apodera al Estado para actuar como garante de la intangibilidad objetiva del derecho fundamental frente las acciones u omisiones de su propio titular. Es el caso de la imposición de abogado de oficio al imputado en un procedimiento penal, o la nulidad de la entrada y registro en un domicilio si no cumple con sus

¹⁸ Precepto que no sería de aplicación al caso de los derechos fundamentales, siquiera por una cuestión de rango normativo nada baladí. Dice el aludido artículo 6.2: "La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros".

condiciones constitucionales, o la obligación de ser escolarizado aunque no se deseé. Ahora bien el estatus constitucional y la estructura jurídica de cada intervención del Estado en la decisión de no ejercer los derechos fundamentales de cada cual es sensiblemente distinta según se trate de derechos de libertad, reaccionales, de prestación, de configuración legal o sean garantías de organización o procedimiento. La intervención estatal puede estar soportada en el deber constitucional objetivo de actuar de una forma determinada que constituye parte del objeto del propio derecho fundamental en el caso de los reaccionales (la anulación de oficio por el juez de una entrada y registro domiciliario que no haya cumplido con el canon constitucional). En otros la intervención pueda estar regulada en la propia configuración legal del derecho fundamental (la obligatoriedad de la escolarización). Es posible que en estos casos esa intervención estatal no sea técnicamente un límite al derecho fundamental, como sí es el caso de que se produzca en el ámbito de los derechos de libertad. En el primer caso la intervención estatal es un contenido propio de la dimensión objetiva del derecho fundamental que lo configura constitucionalmente, de manera que en puridad, no constituye una imposición de poder público donde constitucionalmente éste se ha excluido (en eso consiste a nuestro juicio un límite en sentido

estricto de un derecho fundamental), sino un aspecto del contenido propio del derecho fundamental que no está a disposición de su titular según la circunstancias que constitucionalmente se fijen o determine el legislador orgánico concretando el contenido del derecho¹⁹. En el caso de los derechos de libertad, el único deber que pesa sobre el Estado es el de abstenerse de introducir poder público en la esfera vital objeto de garantía y tolerar los resultados del ejercicio o no ejercicio que del derecho haga su titular. Por consiguiente, la intervención del Poder público que no resulte del contenido de ambos deberes (de abstención y tolerancia) resultan ser límites al derecho fundamental que deben ser regulados por ley orgánica.

La actuación tutelante de los poderes públicos no puede alcanzar a la conducta del titular del derecho imponiéndole un comportamiento no querido, pues en ese caso estaría introduciendo poder público en esa esfera vital, salvo que se trate con esa acción tutelante de un supuesto de limitación constitucionalmente legítima del derecho fundamental. Otra cosa

¹⁹ El legislador orgánico al desarrollar el derecho puede precisar en qué condiciones está apoderado el Estado para intervenir. Ahora bien, al no tratarse en rigor de un límite al derecho fundamental, la concreción a su vez de las condiciones jurídicas y materiales de esa intervención puede ser regulado por ley ordinaria.

es que esa tutela se concrete en la invalidación de los pactos que impongan renunciaciones a derechos o de las consecuencias negativas que puedan depararse a los titulares de los derechos que han pactado su dejación. Por ejemplo, en el caso de pactos que impidan a una persona expresar ideas o vivir de forma contraria a un ideario religioso o ideológico determinado. Los poderes públicos no pueden imponer, obviamente, que los afectados expresen opiniones o actúen contra ese ideario, pero sí unular dichos pactos.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales poseería un poder invalidante de la renuncia al ejercicio de los derechos. Éste pudiera ser el caso de las alimentaciones forzadas (STC 137/1990) o de las intervenciones médicas incontinentes (STC 154/2002). En estos supuestos, y con independencia de la actuación del titular del derecho fundamental, incluso en contra de su "renuncia" a ejercitar el derecho fundamental, los poderes públicos pueden estar habilitados para imponer la garantía de ese u otros derechos fundamentales. En el caso de derechos de libertad dejando, sin efecto el abandono de su ejercicio (nulidad de pactos contrarios a los derechos, SSTC 29/2000 –libertad de expresión en puestos de libre designación–, 51/2011 –despidos de profesores de religión en colegios religiosos por estar divorciados–); en los de prestación, im-

poniéndola (STC 137/1990 –alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre-, 154/2002 –transfusiones de sangre a Testigos de Jehová); y en los reaccionales haciendo valer la prohibición de poder público aunque su imposición haya sido consentida por el titular del derecho (nulidad de entradas y registros en domicilios que no hayan cumplido con las condiciones constitucionales y legales para su validez en ausencia de prueba sobre el consentimiento informado e inequívoco del titular del derecho afectado)²⁰.

6. *La disolución de la dogmática de la renuncia de los derechos fundamentales en la de sus límites*

Reparemos por un instante en dos supuestos: el suicidio, como expresión del derecho a disponer sobre la propia vida, que ha sido objeto de algún pronunciamiento relevante por el TEDH, y el caso denominado del "lanzamiento del enano", abordado por el Consejo de Estado francés en el año 1995. En uno y otro supuesto la cuestión a debatir es si los poderes públicos, amparados en la dimen-

²⁰ Véase también Alessandro, Pace *Problematica delle libertà costituzionali (parte generale)*, Cedam, Padova, 1990 (2ª edic.), pp. 154 y ss; y Jürgen Schwabe, *problema der Grundrechtsdogmatik*, Dissertationsdruck Schadel, Darmstadt, 1977, pp. 100 y ss.

sión objetiva de los derechos y en su deber positivo de protección de los mismos están constitucionalmente legitimados para impedir el suicidio, e incluso castigarlo penalmente, o si están habilitados para prohibir un espectáculo consistente en el lanzamiento en una discoteca sobre el público de un enano por considerarlo denigrante para la dignidad de la persona.

A nuestro juicio ambos supuestos, como toda la dogmática de la renunciabilidad de los derechos fundamentales, se disuelve en la de sus límites.

Tanto en uno como en otro supuesto a lo que se debe estar es a precisar si el poder público puede limitar los derechos fundamentales de una persona; en un caso el derecho a la vida, impidiendo o sancionando su libre disposición sobre ella, y en el otro protegiendo el derecho a la integridad física y moral de su propio titular a pesar de renunciar a ella en un contrato. La consideración de los derechos fundamentales como pilares del orden político y la paz social, parafraseando el artículo 10.1 CE, puede legitimar semejante intervención. En eso consistiría el orden público constitucional que se impondría sobre la propia voluntad de los ciudadanos. Pero una cosa es que la dimensión objetiva de los derechos y los deberes positivos de su protección a

cargo de los Poderes públicos justifiquen intervenciones del Estado para garantizar la intangibilidad constitucional de los derechos erigidos en límites incluso de su dimensión subjetiva a disposición de su titular, y otra identificar la forma constitucionalmente legítima de instrumentar semejante restricción²¹. Por así decirlo, la legitimación de semejante apoderamiento no estriba en la condición de irrenunciables de los derechos, y por serlo, que el Estado pueda imponer a su titular la nulidad de su renuncia por infracción del precepto constitucional que justamente establece en su favor un derecho irrenunciable. Se trata más bien de que esa legitimidad está en la habilitación constitucional para que el legislador regule los límites a los derechos fundamentales, lo que puede alcanzar a invalidar ciertas disposiciones de la conducta individual o renunciadas a los derechos cuya gravedad y desproporción vulneren la dimensión objetiva del derecho en presencia como

²¹ No es ésta una cuestión teórica menor, pues la dimensión objetiva de los derechos, concebida como garantía complementaria de la subjetiva, presenta una nueva faz, pues no sólo impone a los Poderes públicos el deber de actuar de oficio como garantes de los derechos, sino también como protectores de su condición de principios superiores del ordenamiento jurídico que imponen una conducta del Poder público en contra incluso de la voluntad de los titulares de la dimensión subjetiva de los derechos.

expresión del orden público constitucional que a todos sujeta, incluidos los propios ciudadanos en su disfrute de los derechos fundamentales. Aquí la cuestión no consiste en argumentar la prohibición o sanción del suicidio o del espectáculo del enano porque los ciudadanos no pueden renunciar a sus derechos a la vida y a su integridad física y moral; sino porque una ley orgánica permite en ciertos casos invalidar las renunciaciones y disposiciones del ejercicio de ciertos derechos fundamentales porque son un atentado desproporcionado y gravemente lesivo para los propios titulares de los derechos y los principios constitucionales que informan el ordenamiento jurídico.

Si el derecho a la vida es en realidad un derecho reaccional, en el sentido de que su objeto no es poder vivir como a cada cual le plazca ni su objeto es permanecer vivo, sino que los poderes públicos no puedan disponer de la vida biológica de una persona, parece que la decisión sobre poner fin a esa vida es una consecuencia de que el objeto del derecho fundamental sea la prohibición que pesa a los poderes públicos sobre disponer de ella. Así pues, la sanción penal del suicidio o la actuación pública que lo impida sólo será constitucionalmente legítima en la medida en que se articule como un límite a ese derecho fundamental y se adecue como tal al canon constitucional que debe observar (por ley y con

fundamente en la protección de otros derechos o bienes e intereses dignos de protección constitucional).

No es distinta, así lo creemos, la solución que debe dársele al caso denominado del "lanzamiento del enano". En puridad, la prohibición de semejantes espectáculos no es más que un límite que se impone a la disposición que hace de sus derechos a la integridad física o moral su titular. No renuncia a estos derechos, simplemente los ejercita pactando ser objeto de un espectáculo que para los poderes públicos resulta ser un escarnio de su dignidad. Impedirle ejercer sus derechos, consintiendo ser sometido a ese espectáculo, constituye justamente una limitación por los Poderes públicos de ese derecho.

7. Las consecuencias jurídicas de la revocación de la renuncia

No es ésta una cuestión nada fácil de desentrañar y excede con mucho las pretensiones de estas modestas líneas. La dificultad estriba, no se le escapa a nadie, en la inexorable validez que se le ha dado al axioma jurídico según el cual el ejercicio de los derechos fundamentales en ningún caso produce daño resarcible. Conceder que no es así, podría conllevar un inaceptable "efecto desaliento" sobre el ejercicio de los derechos

constitucionalmente. Sin embargo, ese ejercicio en ciertos casos produce daños y perjuicios a terceros, como bien puso de manifiesto el asunto antes expuesto objeto de la STC 117/1994. Dogmáticamente un derecho fundamental apareja el deber de terceros de abstenerse de toda acción (u omisión) que limite el ejercicio del derecho y el de tolerar su ejercicio y las consecuencia que de él se deriven. De esta premisa se deduce que el tercero debe tolerar, pasar y soportar las consecuencias del ejercicio de un derecho fundamental; aunque le causen daños o perjuicios. Que es así, en principio, resulta claro para el caso de los derechos de libertad. Al margen deben quedar los de prestación o los derechos derivados de las garantías de organización y procedimiento, pues en ellos no existe ese deber de abstención y tolerancia. El caso de los derechos reaccionales es peculiar, porque su objeto es una prohibición de poder público, pues lo regulado es el comportamiento debido del tercero y no el del titular del derecho, de manera que no es posible, en hipótesis, que en estos casos exista un daño o perjuicio derivado de una conducta del titular del derecho fundamental (más bien existirá sólo la del tercero obligado por la prohibición de poder público en que consiste el derecho fundamental reaccional en cuestión). En rigor, pues, la cuestión aquí planteada se circunscribiría únicamente al caso de los derechos de libertad.

Si aceptamos aquel axioma, los daños o perjuicios que se ocasionen a terceros con ocasión de la revocación de la renuncia a un determinado ejercicio de un derecho fundamental, no serían resarcibles. Esa revocación se encuadraría entre los poderes jurídicos a disposición del titular del derecho para decidir si lo ejerce o no. Los derechos fundamentales operarían así como una excepción a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC (el daño a un tercero no es resarcible si resulta del ejercicio de un derecho fundamental). Sin embargo, a nuestro juicio, no es lo mismo el caso del daño que se produce como consecuencia del ejercicio del derecho como el que resulta de la revocación de la renuncia a ese ejercicio. En el primer caso, pesa sobre el tercero un deber de soportar ese daño que tan sólo podría ser resarcible en la medida en que así lo prevea una ley orgánica que establezca lo que en definitiva constituye un límite al derecho fundamental. En el segundo caso, el daño no se produce con ocasión del ejercicio mismo del derecho (por ejemplo, realizando una pintada en un muro ajeno), sino como consecuencia de la decisión de invalidar la decisión de no ejercitarlo (una vez vendidas ciertas fotos para su publicación, revocar ese acuerdo y exigir que no se publiquen). En éste, si existe daño emergente, jurídicamente no hay inconveniente para proceder a una *restitutio in integrum* evitando así

un enriquecimiento injusto derivado del ejercicio de un derecho fundamental (devolver el precio de la venta de aquellas fotos). Proceder de esta forma en nada afecta, así lo creemos, al contenido y disfrute del derecho fundamental. Cosa distinta ocurre con el lucro cesante (lo que se ha dejado de ganar con la venta de esas fotos) o el daño infligido a un tercero por esa decisión (otros posibles perjuicios derivados de los gastos en los que se incurrió para divulgar esas fotos).

La STC 117/1994 da por buena la posibilidad de resarcir los daños que resulten de la revocación de la voluntad de renunciar a un determinado derecho fundamental (en rigor, a disponer del derecho a la propia imagen mediante un contrato con un tercero), en la medida en que esté previsto en la ley (en ese caso en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) y negando efecto retroactivo a la revocación. Éste puede ser el canon a emplear con carácter general. La resarcibilidad del daño resultante de la revocación de la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental conllevaría la imposición de un límite a la disposición que su titular ostenta sobre su derecho. Ahora bien, se trata de un límite peculiar pues no se trata de negarle amparo a un ejercicio específico del derecho, sino ha-

cerle responsable de las consecuencias dañinas que precisamente pueda tener su decisión de ejercerlo después de haber decidido no hacerlo. No se debe perder de vista que la resarcibilidad del daño se produce en el marco de una relación entre sujetos privados donde la eficacia del derecho fundamental es distinta a la que posee en el caso de las relaciones jurídico públicas. Quien está obligado a soportar las consecuencias del ejercicio de un derecho fundamental, lo que también es revocar la renuncia a ejercerlo, es el poder público que, a salvo una ley que lo apodere, no puede condicionar la decisión individual sobre cómo disponer de sus derechos (prohibición del efecto de desaliento). Pero entre particulares ese deber resulta mitigado, en particular si la decisión sobre la disposición del derecho se encuadra en una relación jurídica entre ambos. La decisión sobre el ejercicio de un derecho fundamental en el marco de una relación jurídico privada, libremente aceptada, no exime, en principio, de la responsabilidad del daño que se produce en la otra parte de la relación jurídica la decisión del titular del derecho sobre cómo disponer de él.

Se abre aquí un espacio para el estudio que excede con mucho las modestas pretensiones de estas páginas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, *Los derechos de la personalidad*, en "Instituciones de derecho privado", Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.), Vol. 1, Tomo 2 ("Personas", coord. por José Angel Martínez Sanchiz), Civitas, Madrid, 2003.

BASTIDA y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La renuncia a los derechos*, Bosch, Barcelona, 1986.

CASTRO, Federico de, *Los llamados derechos de la personalidad*, en "Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro", Vol. 2, 1997, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

CUPIS, Adriano de, *Diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982.

DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005 (2ª edición).

ENCABO VERA, Miguel Ángel, *Derechos de la personalidad*, Pons, Madrid, 2012.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*", Recueil Dalloz, 2005, pp. 2975 y ss.

— *Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale*, Recueil Dalloz, 2008, pp. 32 y ss.

FRUMER, Philippe, *Le renonciation aux droits et libertés. La Convention Européenne des Droits de L'Homme a la l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *El ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975.

JEMOLO, Arturo Carlo, voz *Libertà (aspetti giuridici)*, en "Enciclopedia del Diritto", Vol. XXIV, Giuffrè, 1974.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan, *Los llamados derechos de la personalidad*, en "Codificación, persona y negocio jurídico", Carlos Juan Maluquer de Motes Bernet (coord.), Bosch, Barcelona, 2003.

ROGEL VIDE, Carlos, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, Revista general de legislación y jurisprudencia, Núm. 1, 2002, pp. 113 y ss.

PACE, Alessandro, *Problemática delle libertà costituzionali (parte generale)*, CEDAM, Padova, 1990 (2ª edic.)

ROMAN, Diane, *A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-meme*, Recueil Dalloz, 2007, pp. 1284 y ss.

SCHWABE, Jürgen, *Problem der Grundrechtsdogmatik*, Dissertationsdruck Schadel, Darmstadt, 1977.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*

40. P. Ruiz-Tagle Vial, J.L. Martí, *La concepción republicana de la propiedad*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*

