



LIBERTAD DE CONCIENCIA Y ERROR SOBRE LA MORALIDAD DE UNA TERAPEUTICA *

Javier Hervada

1. *Planteamiento*

La cuestión tratada en estas páginas se refiere a la influencia que el error sobre la licitud moral de un medio terapéutico puede tener en orden al juicio que la conducta subsiguiente —omisión del medio terapéutico con el consiguiente daño grave o muerte propios o ajenos— debe merecer ante el derecho positivo. El supuesto de hecho que plantea la cuestión es el siguiente: inducida por error acerca de la licitud moral de un medio terapéutico determinado, una persona se niega —por motivos de conciencia— a que tal terapéutica le sea aplicada, o se opone a que sea sometida a ella quien está bajo su custodia (casos de los padres, tutores, etc.); como consecuencia de esta actitud, si se omite la aplicación del medio terapéutico, el enfermo sufre un grave daño o muere. En estos supuestos, ¿debe administrarse al enfermo la terapéutica en sí lícita moralmente, cuando él o aquellos bajo cuya custodia está oponen objeción de conciencia a tal terapéutica? ¿comete suicidio o intento de suicidio el enfermo objetor de conciencia? ¿cometen el delito de homicidio o lesiones graves por omisión sus padres, tutores, etc., si se oponen a la aplicación de esos medios terapéuticos al enfermo por objeción de conciencia?

No se trata, como fácilmente se comprende, de un supuesto tan sólo hipotético. Me he limitado a plantear en términos generales un caso que, de cuando en cuando, aparece en el foro: el de la secta

* Estudio elaborado para el libro-homenaje dedicado al Prof. Pietro Gismondi.

denominada Testigos de Jehová, quienes, por error acerca de la licitud moral de las transfusiones de sangre, oponen contra ella objeción de conciencia. Pero el caso de los Testigos de Jehová no es el único posible; por ello, parece preferible proponer la cuestión en términos generales, en lugar de ceñirla al supuesto que plantea dicha secta, si bien se ejemplificará el asunto que nos ocupa con dos casos relativos a ella.

He dicho que la cuestión versa sobre el juicio que la conducta analizada *debe* merecer al derecho positivo. Por lo tanto, la cuestión no se propone aquí en relación a un derecho positivo concreto, sino en el plano de *lo justo natural*¹, o dicho de otro modo, se plantea el tema en el plano de los derechos humanos, entendidos como derechos naturales².

I. LOS SUPUESTOS DE HECHO

2. Dos casos tipo

Para desarrollar la cuestión me parece conveniente comenzar por exponer dos casos tipo —históricos, no imaginados—, representati-

1. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1134 b. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, 2.ª ed. (Pamplona 1982). Desde perspectivas no iusnaturalistas, se diría que la cuestión se plantea en el plano de los valores, de los llamados «derechos morales» (cfr. A. L. A. HART, *¿Existen derechos naturales?*, en «Filosofía Política», recopil. por A. Quinton, México 1974, págs. 84 ss., y C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires 1980), de los principios éticos, de la justicia (vide, sobre este punto, J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, ed. castellana, México 1979), o cosas semejantes.

Al referirme a lo justo natural, es claro que me sitúo en una posición no relativista. Ni en el relativismo en sentido estricto, cuya más lúcida exposición sigue siendo —pese al tiempo transcurrido y las posteriores rectificaciones parciales de su autor— la obra de G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1933), págs. 13 ss.; ni tampoco en lo que me permito llamar el relativismo en sentido amplio. En este sentido amplio, denomino relativistas a todas aquellas posiciones no dogmáticas que se caracterizan por la negativa a admitir criterios objetivos derivados de la naturaleza humana, válidos por sí y no por consenso, por costumbre o ley, tanto si esta actitud es consecuencia de la escisión entre el ser y el deber-ser, como si es fruto de la reducción del deber-ser a la fuerza social o a las pautas sociales de comportamiento de un grupo.

Para una visión de conjunto de las distintas teorías sobre la noción y fundamentación de los derechos humanos, vide E. FERNÁNDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos», I (1981), págs. 73 ss.; VARIOS, *Le fondement des droits de l'homme* (Firenze 1966).

2. Sobre este punto, cfr. J. HERVADA, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, en «Persona y Derecho», IX (1982), págs. 243 ss. Vide A. TRUYOL, *Los derechos humanos*, 3.ª ed. (1982), págs.

vos de los interrogantes que provoca el error acerca de la moralidad de una terapéutica.

Primero: Un matrimonio norteamericano de testigos de Jehová se encontró en la siguiente situación. Por una fuerte hemorragia originada al dar a luz una hija, la mujer tuvo necesidad de recibir unas transfusiones de sangre, para salvar la vida, no conociéndose otros medios terapéuticos eficaces en su caso. A su vez, la recién nacida padecía una enfermedad que exigía la misma terapéutica, sin la cual o moriría o se convertiría en subnormal. Como según la citada secta las transfusiones de sangre se entienden moralmente ilícitas, la madre se opuso a recibirlas y ambos cónyuges, de común acuerdo, se negaron a autorizar dichas transfusiones para la hija. Ante esta actitud, la Dirección del centro sanitario en el que la mujer estaba ingresada solicitó la intervención del juez, quien, oídas las partes y seguido el procedimiento legal aplicable al caso, ordenó que se respetase la decisión de la mujer, que murió. En cambio, ordenó que a la niña se le aplicase la terapéutica indicada, con lo cual se salvó de la muerte o la subnormalidad, según hubiese sido el curso de su enfermedad.

Cuales sean los términos del problema que se plantea en este supuesto es algo al parecer claro: la actitud de la mujer tiene visos de constituir un suicidio por omisión, que estaría causado por error acerca de la moralidad de la terapéutica. A su vez, la actitud de los médicos y de la Dirección del centro sanitario de respetar la decisión de la mujer podría suponer una omisión grave respecto de su deber de salvar la vida del enfermo (en España se podría incurrir en alguno de los delitos tipificados por los arts. 338 bis y 489 bis del Código Penal). El derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia no ampararían en este caso —objeción de conciencia— ni al enfermo ni a los médicos. En el caso expuesto, parece ser que ésta fue —en términos de duda— la mente de quienes llamaron al juez, el cual resolvió la cuestión en favor de la libertad de conciencia respecto de la persona adulta, no admitiendo en cambio la objeción de los representantes legítimos respecto de una menor sin uso de razón.

Segundo: A un matrimonio italiano le nació una hija con una enfermedad, por cuya causa la niña debía recibir periódicamente transfusiones de sangre para vivir. Esta terapéutica le fue aplicada sin problemas hasta los tres años. Al cumplir esa edad, los padres se hicieron testigos de Jehová y, como consecuencia, suspendieron las trans-

11 ss.; A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural*, 2.^a ed. (1977), págs. 167 ss.; J. MARITAIN, *Los derechos del hombre y la ley natural*, ed. castellana (Buenos Aires 1972); J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford 1980).

fusiones, al tiempo que buscaban otros remedios para su hija. Esta búsqueda resultó infructuosa, por lo cual la niña murió. Denunciado el caso por un familiar, los Tribunales condenaron al marido y a la mujer como reos de homicidio por omisión. En este caso, la Justicia se inclinó por la irrelevancia de la libertad de conciencia ante lo que parece ser un ataque al derecho a la vida de una persona, por omitir la obligada protección a su vida en virtud de unos deberes específicos (en este caso los paternos).

Todavía podríamos añadir un tercer supuesto, del que no conocemos ningún caso real, pero que podría igualmente suscitarse. Sería el del médico que opusiese objeción de conciencia, por error acerca de la licitud moral de la terapéutica: por ejemplo, que se negase a realizar transfusiones de sangre.

Los casos vistos tienen de común dos elementos: *a)* la objeción de conciencia frente a una terapéutica; y *b)* el error sobre la moralidad de dicha terapéutica como causante (*causam dans*) de la objeción. Parece, pues, que se plantea una cuestión relacionada con la libertad religiosa y con la libertad de conciencia.

3. *Determinación de los supuestos de hecho*

Resulta obvio que, para resolver la cuestión, lo primero que debe determinarse con exactitud es el supuesto de hecho; sólo entonces podrá saberse si la conducta está o no amparada por los derechos citados. Como en cualquier problema jurídico, sería poco menos que imposible acertar en la solución, si no hubiese una tipificación correcta de los hechos. Y esto es, si no me engaño, lo que no suele hacerse en la cuestión propuesta: se da por supuesto que las conductas descritas constituyen *suicidio* y *homicidio*. Pero, podemos preguntarnos, esta calificación ¿es correcta?

a) Analicemos, en primer lugar, el caso del enfermo que se niega a recibir una terapéutica por error acerca de su moralidad: ¿es un suicida?

El suicidio puede cometerse por acción u omisión. Suicida es quien toma un veneno, como es suicida quien deja de alimentarse hasta causarse la muerte. En ambos casos, se da el rasgo característico del *tipo* que llamamos suicidio: la *intentio sese occidendi*, la intención de perder la vida. Donde no hay *intentio occisiva* no hay suicidio.

En el caso de causarse la muerte por imprudencia, existe, al menos, la aceptación del peligro y, en consecuencia, no se ponen todos los

medios por evitarlo, con lo que existe un cierto grado de aceptación de la posible muerte, tanto menos débil cuanto mayor sea el riesgo y, por ello, no se excluye la responsabilidad. De todas maneras, el supuesto que estamos examinando excluye la imprudencia, pues se trata de una decisión plenamente asumida.

Dejando de lado el suicidio por acción, que no es del caso, centémonos en el suicidio por omisión. En su tipificación más amplia, podemos decir que existe suicidio por omisión, siempre que el sujeto no rehuya una situación de peligro inminente de muerte, de la que le sea posible librarse por actos voluntarios. Quien puede, por actos voluntarios, librarse de la muerte y no lo hace, es porque en su voluntad existe la *intentio occisiva*; de lo contrario huiría de la situación.

Ahora bien, el suicidio no es un simple hecho, sino una conducta moral; esto es, obedece a una *categoría moral* o, si se prefiere, es un tipo jurídico y moral. Por eso, no basta que *de hecho* al sujeto le sea posible librarse de la muerte; no estamos en presencia de unas simples posibilidades *técnicas* o, si se prefiere, *fácticas*. Si le es de hecho posible librarse de la muerte, pero a costa de infringir un deber moral, no hay suicidio, si el sujeto, en cumplimiento de ese deber, no rehuye el peligro inminente de muerte y como consecuencia de ello pierde la vida. Así, el prisionero de guerra a quien se pone en la alternativa de ser fusilado o cometer un acto de traición, no es suicida de ningún modo al rechazar traicionar a su patria, sabiendo el destino que le espera. En este caso, no existe intención de matarse, sino simple aceptación de la muerte, de la que al sujeto le resulta *imposible* —moralmente, aunque no fácticamente— huir. En una conducta moral, tan imposible resulta la imposibilidad física como la moral. El factor de la voluntad —en un caso *occisiva*, en el otro de simple resignación o aceptación— es decisivo, al ser el suicidio un tipo de conducta moral y jurídica, ya que esos tipos cambian de especie de acuerdo con las distintas disposiciones de la voluntad.

El deber de conservar la vida propia se tiene dentro de los límites marcados por: 1.º el uso de medios *ordinarios*, aunque sean costosos, no existiendo el deber de acudir a los tradicionalmente llamados medios *extraordinarios* (o desproporcionados); y 2.º el uso de medios moralmente lícitos³. Ante un medio inmoral del que puede

3. Esta regla puede encontrarse en cualquier tratado de moral. Para su aplicación a casos que suscitan las modernas terapéuticas, vide J. LÓPEZ NAVARRO, *Prolongación artificial de la vida y los límites de la actuación médica*, en «Persona y Derecho», II (1975), págs. 183 ss.; M. SANTOS CAMACHO, *El caso de Karen A. Quinlan: comentario ético a una sentencia*, en «Persona y Derecho», II (1975), págs. 465 ss.; J. HERVADA, *Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo*, en «Persona y Derecho», II (1975), págs. 195 ss.

seguirse la recuperación de la salud o la prolongación de la vida, no sólo no existe el deber de usarlo, sino que lo que hay es el deber moral de rechazarlo, que configura —ante el ordenamiento jurídico— un claro derecho al rechazo.

Cuando alguien está dispuesto a recuperar la salud o salir del peligro de muerte por todos los medios ordinarios y moralmente lícitos, no hay en él ninguna *intentio sese occidendi*, sino todo lo contrario. El rechazo de una terapéutica inmoral no incluye voluntad occisiva alguna, sino simple aceptación de los límites de la capacidad humana para recuperar la salud, ya que el medio inmoral es un medio de imposible uso, por imposibilidad moral.

Vistos estos puntos previos, analicemos ahora el tipo de conducta de quien, por error sobre la moralidad de una terapéutica, la rechaza considerándola inmoral. ¿El error induce a un tipo de conducta suicida? Un somero análisis del supuesto de hecho nos indica que no. No hay, en la conducta inducida por el error, ninguna *intentio sese occidendi*. La actitud psicológica y moral de quien, por error, rechaza una terapéutica lícita, es la misma que la de quien rechaza sin error una terapéutica inmoral. La actitud que el error causa —aquella de la que el error es *causam dans*— no es suicidal, sino la de quien acepta la muerte o se resigna ante ella por imposibilidad moral de curación o de prolongación de la vida. Como sea que la regla inmediata de conducta moral es la conciencia⁴, la actitud de quien, por error, rechaza una terapéutica lícita, no sólo no es inmoral, sino —en tanto el error perdura— la conducta moralmente correcta. En la objeción de conciencia errónea respecto de una terapéutica no existe suicidio por omisión.

Establecido el supuesto de hecho, se trata de ver si la libertad religiosa o de conciencia ampara esa actitud que, siendo correcta

4. En moral se dice que la regla subjetiva de conducta es la conciencia verdadera y la invenciblemente errónea; esta última es aquella que —errando— está segura de que su dictamen es verdadero o, teniendo alguna inseguridad, carece de los medios adecuados para salir de la duda. No es, en cambio, regla del obrar la conciencia venciblemente errónea, o sea, aquella que advierte la posibilidad de que su dictamen puede estar errado, ya que en tal caso se está obligado a poner los medios para salir de la duda. Por supuesto que esto es válido en el caso examinado; lo que ocurre es que, en tanto el error no se ha vencido, lo correcto es rechazar la terapéutica mientras se ponen los medios para salir del error, no lo contrario, pues esto último equivaldría a actuar contra conciencia. Por eso, en el caso examinado, lo que tiene validez como regla de conducta es el dictamen de la conciencia contrario al uso de la terapéutica con error *no vencido*. Además, en los casos que suelen plantearse, con frecuencia no será posible poner los medios para salir del error por razones de urgencia, por lo cual la conciencia venciblemente errónea sobre la licitud de una terapéutica será en tales circunstancias invencible *in actu*, lo que obliga a rechazar la terapéutica. Cfr. nota 60.

moralmente y no suicidal, es de hecho dañosa sin existir objetivamente impedimento moral para evitar el daño. Por lo tanto, se trata de ver si es lícita o no —en el orden jurídico— la actitud de los médicos, de los jueces, de los familiares y, en general, de quienes tienen el deber de velar por la vida y la salud de esa persona determinada, cuando respetan la objeción de conciencia y, en consecuencia, se abstienen de poner los medios lícitos objetados para conservar la vida o restablecer la salud del enfermo objetor.

b) Pasemos ahora al otro caso: al del posible homicidio. Después de cuanto hemos dicho, podemos tratar de este supuesto más brevemente, porque mucho de lo antes visto es también aplicable aquí.

Al igual que en el suicidio, es esencial para que exista homicidio la *voluntas occisiva*. Sin voluntad occisiva no hay homicidio; en el caso de la omisión podrá haber el delito de omisión del deber de socorro (que recoge el art. 489 bis del Código Penal español) o el de omisión del deber de impedir determinados delitos (como señala el art. 338 bis del Código Penal español), pero no homicidio propiamente dicho.

Ahora bien, como el homicidio es también un tipo de conducta jurídico y moral, no hay homicidio cuando se omiten terapéuticas desproporcionadas (medios extraordinarios) o inmorales, pues el deber de proteger la vida y la salud ajenas está delimitado de modo igual al deber de proteger la propia vida. Quien se niega a aplicar un medio terapéutico inmoral —sea médico o familiar, tutor, etc., del enfermo— no tiene ninguna voluntad occisiva; no hay más que aceptación de los límites de la capacidad de la medicina humana. Esta es, en propiedad, la calificación que merece la conducta de quien, por error inevitable acerca de la moralidad de una terapéutica, se opone a que se aplique a quien está bajo su custodia legal; y la de quien no la aplica, si a él corresponde hacerlo⁵. Por lo tanto, la calificación de homici-

5. Si hubiese en este caso conciencia venciblemente errónea, se incurriría en falta moral grave y, desde el punto de vista jurídico-penal, en imprudencia punible (que el Código Penal español castiga en el art. 565). Debe esperarse a salir de la inseguridad. Pero, si se trata de un caso urgente, debe aplicarse la terapéutica, porque cabe en este caso apoyarse, no ya en uno, sino en dos de los llamados principios reflejos o indirectos, que producen una certeza moral práctica, suficiente para obrar correctamente desde el punto de vista moral y, en consecuencia, sin incurrir en imprudencia. El primer principio aplicable es que en caso de duda debe estarse por lo más seguro; como el deber de proteger la vida y la salud ajenas no ofrece ninguna duda, cumplirlo es lo más seguro. El segundo principio es que lo odioso debe restringirse y lo favorable ampliarse, entendiéndose comunmente por odioso, entre otras cosas, aquello que va contra el derecho de otra persona (en el caso contemplado, la vida, la integridad física o la salud). Se sobreentiende que se trata de terapéuticas que no

dio no es correcta en el caso que nos ocupa. La cuestión reside —al igual que en el anterior supuesto— en ver si esta conducta, que por errónea resulta dañosa, está o no protegida por la libertad religiosa o de conciencia y, en consecuencia, si es o no punible.

II. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS: LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

4. *Introducción*

Una vez definidos los supuestos de hecho, toca ahora determinar cuál o cuáles derechos de libertad entran en juego. Evidentemente, como ya hemos indicado, tales derechos no pueden ser otros que las libertades religiosa o de conciencia, a las que hay que añadir la libertad ideológica o de pensamiento por la conexión que tiene con ellas.

Las libertades de pensamiento, de religión y de conciencia constituyen el núcleo fundamental de la libertad cívica, en lo que atañe al desarrollo del mundo del espíritu propio de la persona humana. Tres libertades enunciadas en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que históricamente constituyen las primeras reivindicaciones modernas de los derechos humanos, después de los traumas y heridas producidos por las guerras de religión y también —y en gran manera— como consecuencia del nacimiento del pensamiento liberal⁶.

Por su misma fundamentalidad aparecen constantemente en la teoría de los derechos humanos y en los correspondientes instrumentos jurídicos⁷. Pero, a la vez, se observa fácilmente, respecto de ellas,

interfieren posibles derechos de terceros; si, por ejemplo, se tratase de un trasplante de órganos y la duda versase sobre si el donante ha fallecido o no, o —en caso de trasplantes lícitos *inter vivos*— sobre el consentimiento y libertad del donante, actuar con duda sería ilícito moralmente y constituiría un acto penalmente punible.

6. Un esbozo histórico puede encontrarse en A. TRUYOL, *Los derechos humanos*, cit.; A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho Natural*, cit., págs. 149 ss.

7. Es sabido que fueron sobre todo estas libertades las que señalaron el tránsito del Antiguo Régimen absolutista al Estado liberal; en especial, la libertad religiosa constituyó uno de los puntos clave de la política liberal, ya que la libertad de pensamiento estaba entonces —se partía del Estado confesional no tolerante— íntimamente vinculada a ella. No es, pues, extraño que Jemolo concibiese la libertad religiosa como «la primera de las libertades». *I problemi pratici della libertà* (Milano 1961), pág. 161.

una situación un tanto confusa y fluctuante. Y ello en un doble sentido: en la terminología y en la configuración jurídica.

Por una parte, la denominación de cada una de ellas es múltiple; por otra, ocurre que unas veces se presentan como una sola libertad y en otras ocasiones aparecen desglosadas. Por consiguiente, se hace precisa la tarea de tipificar lo más ajustadamente posible estas tres libertades, para resolver el caso planteado del modo más acertado.

5. *Estado de la cuestión*

A tal fin parece oportuno comenzar por describir brevemente el estado de la cuestión. Para ello y dado que no es ésta la ocasión de hacer un estudio detallado al respecto, buscaremos algunos ejemplos en los tres principales ámbitos en los cuales los derechos humanos —y particularmente los que nos ocupan— son objeto de declaraciones, enseñanza o legislación: los documentos internacionales, los textos constitucionales o similares y los documentos de los órganos supremos de la Iglesia Católica. Adelantemos que en ellos se observa una fluctuación terminológica no pequeña, a la vez que no parece existir un criterio claro acerca de la identificación o distinción de los citados derechos.

Esta fluctuación terminológica y categorial tiene su origen en la poca claridad con que tales derechos se definieron por la Escuela racionalista del Derecho Natural y por el liberalismo del s. XIX, y se detecta ya en las dos primeras declaraciones de derechos. Así, la Declaración de Virginia (1776), tras referirse en la sec. 12 a la libertad de imprenta (incluyendo implícitamente la libertad de pensamiento), recoge en la sec. 16 la libertad religiosa como libertad de conciencia, asimilando a ambas; es bien conocido que esta asimilación fue muy común en los ss. XVIII y XIX y proviene de ver la religión bajo el prisma del deber moral⁸. La Declaración francesa de 1789, en cambio, incluyó la libertad religiosa en la libertad de opinión (art. 10), a la vez que, al tratar de la libertad de expresión (libertad de palabra y de imprenta), usó una fórmula —«de los pensamientos y de las opiniones»— que, aunque parece distinguir entre libertad de opinión

8. «Que la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia ...». J. HERVADA-J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona 1978), n. 17 (en adelante HZ).

y libertad de pensamiento, tiene todos los visos de ser una redundancia (art. 11)⁹, de la que no se libraron los documentos posteriores. Así, pues, en la Declaración de Virginia la libertad religiosa y la libertad de conciencia se contemplan como una sola, junto a la libertad de imprenta. Esta última supone implícitamente la libertad de pensamiento y no es ajena a la libertad de conciencia, ya que ésta, en cuanto entendida como libertad religiosa, conlleva la libertad de manifestar el propio credo (además de por palabras) mediante publicaciones. En la Declaración francesa, lo que se unifica es la libertad de pensamiento y la libertad religiosa (que aparece como una parte de la libertad de pensamiento), llevando consigo la libertad de palabra y de imprenta¹⁰.

En los textos internacionales de nuestra época encontramos una progresiva ampliación de los términos usados, a la vez que se mantendrá la fluctuación terminológica y categorial. El segundo considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma, como una de las aspiraciones más elevadas del hombre, el disfrute de la libertad de palabra y de la libertad de creencias¹¹. Ambas libertades se recogen en los arts. 18 y 19. Pues bien, en el primero de los artículos citados se proclama «el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». No se trata, al parecer, de dos o tres derechos, sino de uno solo; «este derecho» se dice expresamente, tratando a continuación de la libertad de cambiar de religión o creencia —con lo cual ya aparece una fluctuación terminológica, pues las *creencias* del segundo considerando abarcan pensamiento, religión y conciencia, y aquí se distinguen de religión— y de manifestar la religión y la creencia propia¹². La redacción literal habla de la manifestación de la religión y la creencia en relación a *este derecho*, que in-

9. «Art. 10: Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley». «Art. 11: La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad, en los casos determinados por la Ley». HZ, nn. 31 y 32.

10. Para los textos constitucionales anteriores a la Segunda Guerra Mundial, vide A. AULARD-B. MIRKINE-GUELTZÉVITCH, *Les déclarations des droits de l'homme* (Paris 1929, reprod. Aalen 1977). Para una panorámica actual, vide I. D. DUCHACEK, *Derechos y libertades en el mundo actual*, ed. castellana (Madrid 1976).

11. «Considerando que ... se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos ... disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;». HZ, n. 226.

12. «Art. 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». HZ, n. 258.

cluye la libertad de pensamiento; sin embargo; la expresión «religión y creencias» no parece abarcar todo lo incluido en *pensamiento*, pues hay cosas —v.gr., conclusiones científicas, opiniones políticas, etc.— que difícilmente pueden llamarse creencias y en ningún caso religión. No es de extrañar que el art. 19 declare a continuación el derecho a la libertad de opinión y de expresión¹³. Pero esto plantea nuevos interrogantes: ¿Se puede realmente distinguir entre libertad de pensamiento y libertad de opinión? Y si no se puede distinguir, ¿por qué ese cambio de términos entre los arts. 18 y 19 y por qué se incluyen en un solo derecho las libertades de pensamiento, conciencia y religión en el art. 18? No terminan aquí las dudas. Opinión tiene, al menos en castellano, dos sentidos: 1.º) concepto que se forma una persona sobre materia cuestionable, en cuyo caso forma parte del pensamiento; y 2.º) el acto de opinar, o sea, manifestar la propia opinión, y en tal caso la libertad de opinión entra dentro de la libertad de expresión. El art. 19 se refiere a la libertad de opinión y de expresión como un solo derecho: «este derecho» dice, al igual que en el art. 18. Con ello se plantea el siguiente dilema: opinión, o se toma en el primer sentido y entonces no se ve la razón de hablar en el art. 18 de libertad de pensamiento; o se toma en el segundo sentido¹⁴, en cuyo caso, además de la redundancia que resulta a hablar de opinión y expresión, no se ve claro por qué se añade el art. 19, si su contenido está ya incluido en el art. 18, que señala la manifestación o expresión como dimensión inherente a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La fluctuación terminológica y categorial es patente. Con todo, la redacción literal de los arts. 18 y 19 insinúan la distinción entre la libertad de religión (y creencias) o de conciencia y la libertad de pensamiento. Salvo en el enunciado del derecho, el art. 18 habla propiamente de la religión, la conciencia y las creencias, mientras que el art. 19 se refiere a la libertad de pensamiento u opinión. En medio de la fluctuación, se insinúa la existencia de dos derechos.

Cuanto acabamos de decir de la Declaración Universal, puede observarse con mayor nitidez todavía en los arts. 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). La estructura de esos dos artículos es similar a los correspondientes de la Declaración Universal, sólo que las ideas están más desarrolladas. Por la redac-

13. «Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». HZ, n. 259.

14. Esta interpretación le da K. Vasak en UNESCO, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, reimpr. (Paris 1980), pág. 179.

ción se advierte que, pese a unir en un solo derecho la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el art. 18 trata de las dos últimas, mientras que el art. 19 se refiere a la primera¹⁵.

El desglose en los derechos distintos (de conciencia y religión por un lado, y de pensamiento por otro) aparece con claridad en el Pacto de San José de Costa Rica (1969). El art. 12, bajo el rótulo de «libertad de conciencia y religión», trata de la religión y las creencias¹⁶. En cambio el art. 13 reconoce la «libertad de pensamiento y expresión», de modo correlativo a cómo la Declaración Universal y el Pacto Internacional citado tratan de la libertad de opinión¹⁷. Añadamos, únicamente, que los dos Tratados internacionales introducen el derecho de los padres a que sus hijos «reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones»¹⁸. Apa-

15. «Art. 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

«Art. 19: 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección ...». HZ, nn. 1427-1432.

16. «*Libertad de conciencia y de religión*. Art. 12: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie será objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». HZ, nn. 1595-1598.

17. «*Libertad de pensamiento y expresión*. Art. 13: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección ...». HZ, n. 1599.

18. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 18, 4; *Pacto de San José de Costa Rica*, art. 12, 4.

rece, pues, la distinción entre religión y moral y se añade un nuevo término: convicciones.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado dos años después de la Declaración Universal, presenta respecto de ésta algunas diferencias. Aparte de sustituir «creencia» por «convicciones», los distintos derechos aparecen descritos así: el art. 9 habla —como un solo derecho: «este derecho»— de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, dando a este derecho un contenido similar al del art. 18 de la Declaración Universal (libertad religiosa y de conciencia), de modo que incluye la manifestación externa de la religión y de las convicciones¹⁹; en el art. 10 se recoge la libertad de expresión, que incluye —dice— la libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas, con lo que parece tratarse de la libertad de pensamiento y de su manifestación, aunque vistas al revés: la libertad de expresión incluye la libertad de opinión²⁰.

La conclusión que se impone es que, salvo la mayor nitidez y claridad del Pacto de San José de Costa Rica, los documentos internacionales muestran la ya indicada fluctuación terminológica y categorial. Esta fluctuación no se corrige en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia fundadas en la religión o convicciones (1981), antes bien se agrava. El segundo y tercer considerandos hablan del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones, con lo que un solo derecho parece abarcar cuatro materias u objetos²¹; sin embargo, en los seis apartados restantes del preámbulo se reducen a dos: religión y convicciones. De ambas se dice algo revelador acerca del motivo por el cual debe ser respetada esa libertad (siempre aparece como una sola):

19. «Art. 9: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones ...». HZ, n. 363.

20. «Art. 10: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas ...». HZ, n. 365. Vide, respecto del Convenio Europeo, F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Milano 1967). Más en general, P. LANARES, *La liberté religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public général* (Paris 1964).

21. «Considerando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se proclaman... el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones, Considerando que el desprecio y la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones ...».

porque religión y convicciones constituyen uno de los elementos fundamentales de la concepción de la vida que tiene cada hombre²². El articulado de la Declaración comienza con una libertad, no con cuatro materias, sino con tres: libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, o sea, la ya conocida tripartición englobada en un derecho. Dentro de este derecho se incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones y la libertad de manifestarlas²³. A partir del artículo 2 la reducción a «la religión o las convicciones» es constante, salvo en el art. 6 en el que reaparecen, tanto el binomio «religión o creencia», como la cuatritipartición «pensamiento, religión, conciencia y convicción»²⁴.

En conjunto, aparecen en las declaraciones y pactos citados seis términos: pensamiento, religión, creencia, convicción, conciencia y opinión. Parte de ellos se usan como sinónimos unas veces y como distintos otras. Se impone, pues, una tarea de depuración y fijación de los significados de las palabras y de tipificación de los posibles derechos (uno, dos o tres). De entre ellos, el más desdibujado es el derecho a la libertad de conciencia, que parece incluirse unas veces entre las convicciones morales y otras entre las creencias religiosas.

Si del plano internacional pasamos al derecho constitucional español, el panorama no es más halagüeño. La Constitución republicana de 1931 hablaba, en el art. 27, de libertad de conciencia y del derecho de profesar y practicar la religión (o creencias religiosas)²⁵, mientras el art. 34 se refería al derecho de emitir libremente ideas

22. «Considerando que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada ...».

23. «Art. 1: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones ...».

24. «De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración ... el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes ... e) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o creencia ... h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o creencia ...».

25. «Art. 27: La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública ... Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas ...». J. HERVADA-J. M. ZUMAQUERO, *Textos constitucionales españoles (1808-1978)* (Pamplona 1980), n. 1112 (en adelante HZC).

y opiniones²⁶. Aparecen, pues, cinco términos: conciencia, religión, creencia, opinión e idea. Estos cuatro términos se reducían a dos en el Fuero de los Españoles (versión de 1967), cuyo art. 6.º se refería a la libertad religiosa y cuyo art. 12 hablaba de expresar libremente las ideas²⁷. Respecto de la vigente Constitución de 1978 es patente la abundancia de palabras utilizadas: conciencia, religión, opinión, ideas, pensamiento, creencia y culto²⁸. El art. 16 recoge la libertad de pensamiento (o ideológica) y la religiosa, sin hablar de la de conciencia, la cual, sin embargo, ha de estar incluida en este artículo, pues el art. 30, 2 admite la objeción de conciencia al servicio militar y el art. 20 la cláusula de conciencia en la profesión informativa. La terminología empleada en el art. 16, 1 es «libertad ideológica, religiosa y de culto», mientras el n. 2 de dicho artículo habla de «ideología, religión o creencia»²⁹. A su vez, el art. 20, al tratar de la libertad de expresión, incluye entre los bienes protegidos a «pensamientos, ideas y opiniones»³⁰.

En cuanto a los documentos de la Iglesia Católica, puede decirse que hasta el Concilio Vaticano II la libertad de pensamiento apenas aparece y las escasas alusiones se refieren a la libertad de imprenta; en cuanto a las otras dos libertades, es constante la identificación entre libertad de conciencia y libertad religiosa o de cultos. En este sentido, pueden citarse —entre otros documentos— las encíclicas *Mirari vos* de Gregorio XVI³¹, *Quanta cura* de Pío IX³², *Libertas*

26. «Art. 34: Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura...». HZC, n. 1119.

27. «Art. 6.º: (...) El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público ... Art. 12. Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado». HZC, nn. 1237 y 1243.

28. Sobre la actual Constitución española, vide, entre otros, O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)* (Madrid 1978); F. GARRIDO FALLA Y OTROS, *Comentarios a la Constitución* (Madrid 1980); L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española de 1978* (Madrid 1980); VARIOS, *La Constitución española de 1978*, dir. por Á. Predieri y E. García de Enterría (Madrid 1981); VARIOS, *Lecturas sobre la Constitución española*, coord. por F. Fernández Rodríguez (Madrid 1978). Para el sistema español de libertad religiosa y de regulación del fenómeno religioso, vide VARIOS, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 2.ª ed. (Pamplona 1983), donde el lector encontrará abundante bibliografía al respecto.

29. «Art. 16: 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias ...». HZC, n. 1468.

30. «Art. 20: 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción ...». HZC, n. 1472.

31. Nn. 9 y 10 (P. GALINDO, *Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios*, 7.ª ed., Madrid 1967, págs. 7 s.).

32. N. 3 (GALINDO, 900).

de León XIII³³, *Firmissimam constantiam* de Pío XI³⁴ y *Pacem in Terris* de Juan XXIII³⁵. La declaración *Dignitatis humanae* del II Concilio Vaticano se refiere exclusivamente a la libertad religiosa, de la que trata ampliamente, sin referirse a la libertad de pensamiento. Pero al establecer una relación directa de la libertad religiosa con la obligación de rendir culto a Dios y la libertad del acto de fe³⁶, tipifica claramente —aunque no se refiera a ello de forma expresa— la libertad religiosa como distinta de la libertad de pensamiento. En cambio, si bien no habla de libertad de conciencia —o de las conciencias, como precisara Pío XI en la enc. *Non abbiamo bisogno*, n. 13—, establece repetidamente un enlace entre la libertad religiosa y la conciencia³⁷, con lo que la posible distinción entre libertad de religión y libertad de conciencia queda muy desdibujada. En el magisterio de Juan Pablo II hay una referencia, poco significativa por el contexto, a la libertad de pensamiento, religión y conciencia como un solo derecho³⁸; es, en cambio, habitual la indistinción entre libertad religiosa y de conciencia³⁹, salvo en una ocasión, en la que la libertad de conciencia aparece tipificada con rasgos propios⁴⁰.

Entre los autores que han estudiado los derechos humanos y las libertades públicas no se encuentra tampoco unanimidad de criterios, dependiendo a veces sus posiciones de los textos positivos que estudien. Mientras algunos distinguen las tres libertades⁴¹, otros distinguen dos: la de pensamiento y la religiosa, incluyendo la libertad de

33. Nn. 37 y 39 (GALINDO, 75 s.).

34. N. 28 (GALINDO, 1930).

35. N. 14 (GALINDO, 2537).

36. Nn. 1, 9, 10 y 11.

37. Nn. 1, 2, 3 y 11.

38. *Discurso pronunciado el 2-X-1979 a la XXXIV Asamblea General de la ONU*, n. 13, en *Juan Pablo II y los derechos humanos*, ed. por J. Hervada y J. M. Zumalacabarri, 2.ª ed. (Pamplona 1982), n. 55.

39. Cfr. *Juan Pablo II y los derechos humanos*, cit., nn. 13, 28, 30, 55, 62, 66, 81, 92, 98, 101, 102, 126, 134 y 176.

40. Se refiere a la objeción de conciencia —no necesariamente motivada por creencias religiosas— de los médicos frente al aborto: «El Papa une gustoso su voz a todos los médicos de recta conciencia y hace suyos los deseos fundamentales de ellos... El deseo, además, de un respeto pleno y total, en la legislación y en los hechos, de la libertad de conciencia, entendida como derecho fundamental de la persona a no ser forzada a actuar contra la propia conciencia ni impedida de comportarse de conformidad con ella». *Juan Pablo II y los derechos humanos*, cit., n. 9; cfr. n. 10. También, aunque menos nítidamente, n. 20.

41. R. COSTE, *Théologie de la liberté religieuse* (Gembloux 1969), págs. 154 ss. Sin embargo, entiende que la libertad religiosa es la aplicación de la libertad de pensamiento y de conciencia al plano de las relaciones con Dios (pág. 161). Cfr. nota 46. La distinción en tres derechos la sostuvimos anteriormente en HZ, n. 258.

conciencia en la primera⁴² o en la segunda⁴³. La ciencia del Derecho del Estado sobre materias religiosas o Derecho Eclesiástico suele tipificar la libertad religiosa de tal modo que queda claramente diferenciada de la libertad de pensamiento⁴⁴, aunque últimamente, con ocasión de determinar si el ateísmo está o no amparado por la libertad religiosa, se haya producido alguna confusión al respecto⁴⁵. La libertad de conciencia, o no es mencionada, o suele incluirse en la libertad religiosa, sin que falten quienes distinguen las tres libertades⁴⁶.

42. Cfr. C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 6.ª ed. (Paris 1982), págs. 399 ss.

43. Así puede verse en la *Enciclopedia del diritto*, XXIV (Milano 1974), voces *Libertà di manifestazione del pensiero*, *Libertà di coscienza*, *di culto e di propaganda* y *Libertà religiosa*. Igualmente en *Nueva Enciclopedia jurídica*, XV (Barcelona 1974), voces *Libertad de emisión del pensamiento*, *Libertad de conciencia* y *Libertad religiosa*.

44. Vide, por ejemplo, P. A. d'AVACK, *Tratatto di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, 2.ª ed. (Milano 1978); P. BELLINI, *Principi di diritto ecclesiastico*, 2.ª ed. (Bresso 1976); J. G. M. CARVAJAL-C. CORRAL, *Relaciones de la Iglesia y el Estado* (Madrid 1976); G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa* (Milano 1957); P. CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico* (Padova 1959); VARIOS, *La libertad religiosa* (Madrid 1966); P. FEDELE, *La libertà religiosa* (Milano 1963); A. DE FUENMAYOR, *La libertad religiosa* (Pamplona 1974); P. GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1975); A. DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa* (Sevilla 1971); A. C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5.ª ed. (Milano 1979); S. LARICCIA, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Padova 1974); A. RAVÀ, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana* (Milano 1959); V. REINA-A. REINA, *Lecciones de Derecho eclesiástico español* (Barcelona 1983); G. SARACENI, *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*, 3.ª ed. (Napoli 1978); L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico* (Torino 1976); A. VITALE, *Ordinamento giuridico e interessi religiosi. Corso di diritto ecclesiastico*, 2.ª ed. (Milano 1981); VARIOS, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, cit.; G. SUÁREZ PERTIERRA, *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español* (Vitoria 1978); J. PÉREZ LLANTADA, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II* (Madrid 1974); A. BERNÁRDEZ, *Apuntes sobre relaciones entre la Iglesia y el Estado* (Sevilla 1974); V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 10.ª ed. (Milano 1964); C. MAGNI, *Teoria del diritto ecclesiastico civile* (Padova 1952); J. HERVÁS, *La libertad religiosa* (Madrid 1966).

45. Significativa es la monografía de C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Bari 1973). Sobre este punto vide I. C. IBÁN, *Contenido del derecho de libertad religiosa en el Derecho español*, en «La Ley», n. 763 (13-sept-1983), págs. 1 ss.; Id., *Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente*, en «Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Prof. Maldonado» (Madrid 1983), págs. 271 ss. Sin entrar en la cuestión, me permito hacer dos observaciones. Primera, que la igualdad ante la ley se rige por la igualdad de la justicia distributiva, que es *proporción*, o sea, en el caso contemplado, la misma libertad según los cauces adecuados, en un caso de la libertad de pensamiento, en otro de la libertad religiosa. En segundo lugar, debe evitarse el peligro de caer en cuestiones ficticias; desde luego, no me imagino, pongamos por ejemplo, a una «Fundación Marxista para el Progreso del Ateísmo» solicitando su inscripción como confesión religiosa.

46. En tal sentido se pronuncia P. J. Viladrich, en VARIOS, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, cit., págs. 204 ss.

6. *Rasgos comunes y diferenciales de las libertades de pensamiento, conciencia y religión*

Una de las tareas de la ciencia jurídica —sea del derecho positivo, sea del derecho natural— consiste en distinguir los diversos institutos jurídicos y los diferentes derechos, señalando sus caracteres típicos o específicos, sus límites, su naturaleza, etc. Esta tarea ha de realizarse también en los derechos humanos, que el jurista ha de someter a análisis para establecer el objeto de cada uno de ellos, los límites de ejercicio, los derechos derivados, etc., esto es, para establecer todo aquello que es necesario a fin de solucionar los múltiples casos que la vida social presenta.

Al respecto conviene advertir que los derechos humanos plantean una dificultad. Por tener todos ellos una misma raíz y fundamento último —la dignidad de la persona humana— están tan concatenados y relacionados entre sí, que pretender una nítida y absoluta distinción resulta poco menos que imposible. Por ejemplo, puede ocurrir que, en principio, el derecho a la vida parezca netamente distinguible del derecho a la salud y del derecho a la integridad física. Y así al primer derecho se opone la muerte, al segundo la enfermedad y al tercero las lesiones y la mutilación. Pero si tenemos en cuenta que la vida humana no es otra cosa que el propio ser del hombre —la vida en los vivientes no es nada distinto de su mismo ser—, se ve inmediatamente que la salud y la integridad son facetas de la vida humana, con lo cual los tres derechos aparecen íntimamente relacionados; por eso, en la práctica, no siempre resulta fácil determinar qué derecho se está protegiendo o atacando. La organización sanitaria, v.gr., está indistintamente al servicio de los tres derechos.

Advertir esta característica de los derechos humanos nos pone en guardia ante excesos de distinción y conceptualización que la práctica no consiente. Pero, a la vez, el ejemplo puesto nos indica que no hay que caer en el extremo opuesto, negando toda posibilidad de distinción y toda utilidad a ella. No cabe duda de que distinguir entre derecho a la vida, a la salud y a la integridad física tiene en el campo del derecho penal una gran importancia: no es lo mismo el delito de homicidio que el de lesiones; incluso cuando se causa la muerte, no es igual el homicidio doloso que el homicidio preterintencional en el que el reo sólo quiso causar lesiones o mutilación. En otro orden de cosas, un mutilado y un enfermo no son personas en iguales condiciones: el mutilado puede tener una excelente salud; en consecuencia, las medidas en favor de unos y otros son con frecuencia distintas.

La conclusión que de lo dicho se deriva es que el proceso mental de categorización de los derechos humanos no debe ser el de con-

ceptualización, sino el de tipificación. En otras palabras, cada figura jurídica de los derechos humanos no es un concepto o noción universal, sino un *tipo* o figura obtenida por generalización de rasgos en virtud de la frecuencia con que se producen o como representación de su realización más neta⁴⁷. Así el derecho a la vida se tipifica por aquel rasgo que realiza de modo más básico y neto el concepto de vida: la permanencia en el ser y en el existir; por lo tanto, su opuesto *típico* es la muerte. Los *tipos* tienen como característica propia que sus notas son *generales*, no universales, y en consecuencia caben casos atípicos y zonas de penumbra entre tipos contiguos o similares.

Hechas estas observaciones, no hace falta resaltar que se trata de ver si la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa son *tipificables* como tres derechos distintos, conscientes de que existen situaciones límite en las cuales podrán entrar en juego a la vez más de uno de estos derechos, o será difícil establecer cuál de esos derechos sea el aplicable.

Si el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física se refieren especialmente a la existencia e integridad ontológicas del hombre, los derechos a las libertades de pensamiento, de conciencia y religión son cosas debidas al hombre en su dimensión de ser racional. Protegen la dignidad humana en cuanto se refiere al mundo del espíritu, o sea, al ámbito de racionalidad proyectado en el obrar del hombre. Hablamos del obrar del hombre porque ese mundo del espíritu, en tanto no tenga una proyección operativa posible o actual, es inabarcable por el derecho.

«Es evidente —ha escrito Viladrich⁴⁸— que, desde el ángulo esencial, los derechos fundamentales más importantes son los que expresan las realidades más dignas, más exclusivas o específicas, las que definen al ser humano como persona. Y éstas son aquellas que reflejan su *naturaleza de ser racional*: aquel ámbito en el que la unicidad e irrepetibilidad de cada persona humana, a través de sus facultades supremas —la inteligencia y la voluntad—, se descubre a sí misma y se realiza como mismidad digna y dueña de sí. En ese ámbito de la personalísima y singular racionalidad, en ese ámbito de la propia e inalienable conciencia, el hombre posee el libre albedrío y el señorío sobre sí mismo. Y en ese ámbito donde el hombre ejerce los actos más específicamente personales y los proyecta con su conducta al mundo de los demás y de la sociedad, allí es donde puede

47. Sobre los conceptos y tipos jurídicos, cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I (Pamplona 1970), págs. 172 ss.

48. Ob. cit., págs. 203 s.

sufrir las más importantes y radicales vejaciones, puesto que es ahí donde se actúa la esencia misma del ser personal».

Ya hemos señalado repetidamente en otros lugares⁴⁹ que nota esencial de la persona es su condición de *dueña de sí*. La condición de ser racional, y por lo tanto libre, implica que la persona domina su ser y, en consecuencia, es capaz de dominar su entorno. Y esto, por pertenecer a su estructura ontológica, no es renunciable, de modo que cualquier pretendida renuncia configura un comportamiento atentatorio contra su dignidad (inmoralidad), así como constituye un acto radicalmente injusto la invasión coactiva de los demás. El ser del hombre, en cuando es dominio suyo, configura una serie de derechos naturales o inherentes a la condición de persona. Cualquier modo de entender y practicar esos derechos como resultado de un consenso o estimativa social —es decir, como algo dado al hombre o puesto por la sociedad— implica necesariamente la negación del hombre como ser personal.

La raíz del dominio que el hombre tiene sobre su ser está en su racionalidad, pues es mediante el conocimiento intelectual y la voluntad de naturaleza espiritual cómo el hombre escapa a una total *necesidad* impuesta por leyes físicas y biológicas, poseyendo un amplio espacio del obrar en el que la persona es capaz de captar la finalidad de los seres y de sus actos y decidirse libremente. Por lo tanto, si es la raíz del dominio, la esfera de racionalidad constituye lo más íntimamente suyo del hombre, el más fundamental campo de dominio y, por tanto, de derechos naturales o inherentes a su condición de persona. Este es el fundamento común de los derechos a la libertad de pensamiento, de religión y de conciencia. Y estos derechos se configuran como libertades, porque —también lo escribimos en otro lugar⁵⁰—, por ser dominio de la persona, llevan consigo la incompetencia del Estado en estos ámbitos. Como ha dicho el autor antes citado, «se trata de un ámbito *liberado del Estado*, en el sentido de no pertenecer ni a la esencia o identidad del Estado, ni a la esfera de competencias de su poder»⁵¹.

59. *Introducción crítica...*, cit., págs. 63 ss.

50. *Derecho natural, democracia y cultura*, en «Persona y Derecho», VI (1979), págs. 193 ss.

51. Ob. cit., pág. 204. Viladrich escribe también: «En el ámbito propio, innato, inviolable, irrenunciable e imprescriptible de su racionalidad y de su conciencia personales, el hombre —cada singular e irrepitible ser humano— busca y establece su acto personal de relación con la verdad, el bien, la belleza y Dios. Sobre este ámbito, sobre tales actos y sobre la actuación personal en consonancia con ellos al vivirlos en sociedad, el Estado es *en la raíz* —como hipotético sustituto de la persona de cada ciudadano— absolutamente incompetente. Ésta es la frontera entre el *Estado totalitario*, que sólo tiene ciudadanos-súbditos en todo incluso en su ámbito más per-



El ámbito de la racionalidad es el ámbito de la captación de la verdad, de la formación de opiniones, del acto de fe y de la decisión moral (aquella que se refiere a lo que el hombre hace como opción ante las exigencias de su condición de persona humana o bien moral), que se presenta así como una libertad básica, jurídicamente tipificable en libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad religiosa.

¿Por qué estas tres libertades? Porque el ámbito íntimo de racionalidad, en el que el hombre pone en juego su más profunda realización como persona, comprende tres aspectos básicos: el conocimiento o relación con la verdad, la moralidad como ámbito de actuación en cuanto persona o elección del bien moral y la aceptación de la creaturidad y la consiguiente relación con Dios. De acuerdo con estos tres objetos, o si se prefiere, tres relaciones, aparece la diversificación entre las tres libertades citadas.

Pero antes de seguir adelante con la diversificación, todavía hemos de añadir alguna observación acerca del fundamento común a las tres libertades. Hemos hablado de un dominio de la persona sobre su actividad racional y de una incompetencia del Estado. Esto es verdad, pero hace falta una mayor precisión, para no caer en una exaltación desmesurada de la libertad que a la persona compete en este ámbito

En el plano de la interioridad, la libertad del hombre es total en relación a los demás y, por lo tanto, cabe hablar de una incompetencia radical del Estado. En el santuario interior de la razón y de la voluntad no cabe intromisión directa de la sociedad, ni siquiera en el caso de una clara y conocida opción por la falsedad, la mentira y el mal moral. Por ejemplo, no se podría intentar regenerar a un delincuente mediante la manipulación de su mente, por drogas, acciones subliminales, o cualquier clase de medios, que supusiesen un cambio no libre de su mundo intelectual y moral. Para llegar al interior del hombre sólo caben medios que respeten y ayuden su libertad, como la educación, la persuasión, etc. En general, es contrario a la libertad inherente a la racionalidad del hombre, todo cuanto suponga una manipulación de su interioridad, del tipo que sea.

Ahora bien, cuando el ámbito interior del hombre se exterioriza, no puede hablarse de una libertad total ni de una absoluta incompe-

sonal, y el *Estado democrático* de ciudadanos-libres o con libertad fundamental en el ámbito de su racionalidad y de su conciencia... El ámbito de racionalidad y de la conciencia, donde cada hombre realiza su encuentro personal y la consonancia de sus comportamientos sociales con la verdad, el bien, la belleza y Dios, no puede ser sustituido, violado, coaccionado o ignorado por el Estado».

tencia del Estado. Estamos ante los límites de esa libertad (los derechos de los demás, la moral pública y el orden público), pero vistos en cuanto nos ayudan a comprender su sentido y su ámbito. En el santuario de la conciencia, por ejemplo, se decide la elección en favor de la comisión de un delito y en esta esfera interior el derecho no entra; sin embargo, en cuanto esa decisión comienza a ponerse por obra, la sociedad y el Estado pueden legítimamente intervenir para abortar la intentona e impedir la consumación del delito; es más, tal conducta inicial del delincuente, no sólo es obstaculizable, sino también punible. Por lo tanto, no todo lo generado en el mundo de la racionalidad es objeto de libertad en el paso a su manifestación. La libertad manifiesta es aquella cuyo ejercicio no produce un acto injusto y pertenece al ámbito de autodeterminación de la persona.

Este último punto —ámbito de autodeterminación de la persona— es el punto clave en las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Se trata de ámbitos en los que la asunción de verdades o las opciones —en sí mismas, como actos personales— no pertenecen al ámbito social —no corresponden a la dimensión social de la persona— sino a la entera responsabilidad individual, porque corresponden a la realización de la persona como individuo. Constituyen su actitud fundamental como persona en cuanto ser incomunicable, en la que no cabe ni sustitución ni dejación de responsabilidad. En tal sentido, las citadas libertades se refieren al sistema de ideas y actitudes fundamentales *presociales*, esto es, pertenecientes a la autoconformación de la persona con las que actúa *también* socialmente, pero antes individualmente que socialmente. Lo cual se basa, sin género de dudas, en el reconocimiento de que el hombre no es tan sólo una pieza de la sociedad, sino un ser dueño de sí e incomunicable, del cual la sociedad es una dimensión de su ser, pero no su ser total. Supone, por tanto, que la sociedad reconoce la esfera de autodeterminación fundamental de la persona como más profunda y enteramente personal que la dimensión social. En otras palabras, implica el reconocimiento de la primacía de la persona. De este modo, la sociedad civil se pliega ante la persona y la acepta según sus opciones fundamentales.

Este plegarse ante la primacía de la persona no es incondicional, tiene sus límites, pero esos límites no pueden ser otros que los que marca la dimensión social de la naturaleza humana. Bien entendido que, como antes decíamos, los límites tan sólo juegan en la proyección social de dichas libertades, o sea, en su manifestación o exteriorización *en el seno de las relaciones sociales*, no en la interioridad misma de la persona. Esto supuesto, el único límite posible a esas libertades es el *acto injusto*, en cualquiera de las especies de justicia: conmutativa, distributiva y legal. Estos límites son pues: los derechos de los

demás, la seguridad pública, la paz social y la moral pública (que es una parte de la justicia legal) o *buenas costumbres* según señala el art. 31 de la Carta Social Europea.

Volvamos ahora a la diversificación de las tres libertades, estudiándolas individualmente.

7. *La libertad de pensamiento*

¿Cuál es el rasgo típico de la libertad de pensamiento? Su rasgo típico es *la actividad intelectual en busca de la verdad o en la adopción de opiniones*. Su objeto es, por tanto, el conocimiento. Ahora bien, no se trata de cualesquiera conocimientos, pues no cabe duda de que los hay sin libertad de expresarlos (v.gr., secretos de Estado, secretos profesionales, etc.) o sin libertad de recibirlos (p. e., información sobre la intimidad de las personas, secretos militares, etc.). Se trata, en realidad, del sistema de ideas y juicios que la persona se forma sobre las cosas y *le permite obrar como ser racional en el cumplimiento de sus fines naturales*, ya sean de índole personal, ya sean de índole social. Por lo tanto, el derecho de libertad de pensamiento tiene por objeto el conjunto de ideas y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida, de acuerdo con las cuales obra en relación con sus fines naturales; más específicamente, pensamiento quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad, que cada persona posee y de acuerdo con la cual actúa: pensamiento filosófico, cultural, científico, político, artístico, lúdico, etc.⁵².

Por lo dicho se observa que no se trata de una libertad limitada al conocimiento especulativo y a su transmisión o manifestación. Engloba el entendimiento práctico y comporta la libertad de obrar y conducirse de conformidad con el propio pensamiento. Es una libertad de pensar, pero también de obrar. Por olvidar esto, a veces se confunde esta libertad con la de conciencia; y así hay «objeciones de conciencia» —así se las llama impropiamente— que no tienen por fundamento la libertad de conciencia, sino la libertad de pensamiento. Por ejemplo, un objetor al servicio militar por simples motivos pacifistas no está poniendo en juego la libertad de conciencia —como lo hace quien cree que la guerra es siempre inmoral—, sino la libertad de pensamiento. Otra cosa distinta es que un ordenamiento jurídico tipifique bajo la objeción de conciencia supuestos de libertad de pensamien-

to y de libertad de conciencia, por motivos de economía normativa o por recurso a la llamada equiparación formal. Que un vegetariano no coma carne por considerarla perjudicial para la salud y por creer que el hombre no es carnívoro es un caso de libertad de pensamiento o ideológica; que un musulmán no coma carne de cerdo es un caso de libertad de conciencia.

Por lo mismo, a veces se confunde también la libertad de pensamiento con la libertad religiosa. Cuando, por ejemplo, quienes partiendo de una visión filosófica del hombre y del mundo —aunque ello comporte una idea sobre Dios—, adoptan formas externas similares a las propias de las religiones —vida común, ritos, vestidos o hábitos distintos de los ordinarios, reglas de vida, etc.— cual es el caso de no pocas sectas de origen oriental, no están ejerciendo la libertad religiosa, sino la libertad ideológica o de pensamiento. Lo decisivo no es si hay en esa ideología una noción de Dios o no, sino si el sistema de vida adoptado procede de las ideas filosóficas o si constituye un sistema de relaciones con Dios como, v. gr., es el caso de la Iglesia Católica o una orden religiosa dentro de ella. Sólo lo segundo y no lo primero se incluye en la libertad religiosa. Sin duda la filosofía aristotélica llega a la existencia de Dios, como Primer Motor y Causa Primera; pero aceptar en su integridad el sistema aristotélico —y conformar la propia vida según él— no es ejercicio de la libertad religiosa, sino de la libertad de pensamiento, como era el caso de los filósofos estoicos que vivían conforme a su filosofía, que incluía una noción de Dios. Por ello, no es correcto pretender incluir el ateísmo —incluso el militante— dentro de la esfera de la libertad religiosa; ni es correcto desde el punto de vista científico, ni es necesario desde el punto de vista práctico, ya que la libertad de pensamiento no es menos protegible que la libertad religiosa. Su fuerza y sus límites son iguales.

Hay quienes reducen la libertad de pensamiento a lo que se llama una *cosmovisión* o —según el sentido neológico del término— *Weltanschauung*. A nuestro juicio es más amplia; la ideología o pensamiento no precisa referirse sólo a los juicios e ideas básicos y más fundamentales de la realidad. Abarca cuanto se incluye en los fines naturales del hombre (en ello reside su fundamentalidad), aunque se trate de los aspectos menos trascendentales, como es el lúdico. O sea, el sentido más clásico y tradicional de *Weltanschauung*, como ideario o ideología.

Digamos finalmente que objeto de la libertad de pensamiento son las verdades inconcusas (v.gr. 3 multiplicado por 2 son seis), las opiniones —los conceptos o pareceres sobre cosas cuestionables, teóri-

cas o prácticas—, las hipótesis y las teorías, junto con las correspondientes opciones y conductas.

Pasando a otro punto, parece oportuno advertir que la libertad de pensamiento no tiene su origen en la *indiferencia* del entendimiento respecto de la verdad. La palabra libertad evoca con frecuencia lo indiferente por contraste con lo necesario; se es libre en lo primero, no en lo segundo. No es éste el sentido que tiene la libertad de pensamiento. Ciertamente no son escasos los autores que, o en todo el campo del conocimiento o en el ámbito más reducido de los valores o bienes humanos, entienden que el intelecto humano es incapaz de captar la realidad en sí, de modo que conoce siempre mediante la proyección de sus propias categorías a la realidad. En tal sentido, no existiría una relación esencial entre intelecto y verdad, por lo que habría una cierta indiferencia —no necesidad— entre entendimiento y realidad. De ahí nacería una libertad propia del pensamiento, que debería plasmarse dentro de la organización política y jurídica en la libertad de pensamiento.

Tal posición no parece admisible. El intelecto tiene una relación objetiva con la verdad, de modo que el hombre puede alcanzarla, aunque, por ser finito, sea capaz de error⁵³. El hombre conoce cosas con certeza, desde verdades matemáticas a observaciones ciertas de la realidad (v.gr., que las víboras son venenosas o que los cuerpos tienen peso). Distinta cosa es que haya conocimientos no seguros, que dan lugar a hipótesis u opiniones, o ámbitos no regulados por leyes necesarias en los que caben opciones, como ocurre con gran parte de la vida política. Estamos ante la distinción entre verdad y error (en lo que se rige por leyes necesarias) o entre verdad (lo incuestionable) y opinión (la cuestionable).

La libertad de pensamiento no se basa en la indiferencia del entendimiento respecto de la verdad, sino en la pertenencia del pensamiento al ámbito íntimo de la persona (y, en último término, en la dignidad humana), que es dueña de sí y, en consecuencia, de su capacidad y actividad intelectual y volitiva. Por eso, la libertad de pensamiento es propia de todo hombre, esté en la verdad o en el error y cualquiera que sea su opinión, dentro de los límites antes descritos. En suma, la libertad de pensamiento es una *inmunidad de coacción*, a la vez que supone la protección del Estado y de la sociedad para formarse el propio pensamiento.

53. Vid. A. LLANO, *Gnoseología* (Pamplona 1983).

8. *La libertad religiosa*

Para determinar lo que se entiende por libertad religiosa es necesario comenzar por precisar qué es, propiamente hablando, la religión. La palabra religión tiene tres sentidos fundamentales distintos: virtud, relación con Dios, comunidad religiosa. De estos tres, el que nos interesa es el segundo, porque el tercero se refiere, no al objeto de una libertad sino, en todo caso, a un sujeto de ella; y en cuanto a la virtud, no es otra cosa que una disposición subjetiva que, como tal, constituye una faceta de la relación con Dios⁵⁴. Podemos, pues, afirmar que la libertad de religión o religiosa tiene por objeto al sistema de relación del hombre con Dios en cuanto tiene una proyección externa (práctica, enseñanza, culto y observancia).

Lo que defiende y ampara el derecho de libertad religiosa no es la idea acerca de Dios y su existencia. Tal idea puede mantenerse en el plano meramente filosófico, aunque ello se traduzca en ciertas actitudes vitales. A Sócrates no le atacaron su libertad religiosa quienes le condenaron a muerte, sino su libertad de pensamiento.

La religión es la relación vital del hombre con Dios. Ello *supone* un credo religioso y *conlleva* una moral, pero el núcleo central de la religión —en lo que aquí interesa— es el *diálogo* entre el hombre y Dios o sistema de relaciones entre Dios y el hombre. La religión comienza allí donde el hombre, aceptando la existencia de Dios, se relaciona con El mediante la oración, el culto o ritos y la aceptación de su Palabra⁵⁵. Precisamente porque es una relación dialógica, la religión sólo puede darse si se admite una manifestación o revelación de la Divinidad que inicia el diálogo. Esa revelación puede ser natural —Dios se manifiesta a través de las criaturas: Rom 1, 19-23— o sobrenatural (locución de Dios a los hombres por Sí o por enviados). Si no hay una relación dialógica, sino la captación de que Dios existe, pero sin «diálogo» con el hombre, como es el caso de las concepciones panteístas o de las llamadas teístas, no hay religión propiamente dicha, sino «cosmovisión deísta» (libertad de pensamiento), aunque el hombre invoque a veces a Dios. En este sentido, por ejemplo, el budismo más que una religión es una *filosofía*, pese a que presente

54. Cfr. A. PACIOS, voz *Religión*, I, en GER, XX (1974), págs. 1 ss.; J. L. ILLANES, voz *Religión*, III, ob. cit., págs. 14 ss.

55. La religión como virtud es la proyección total y libre del hombre hacia un Trascendente personal, del que se reconoce depender en absoluto. Como realidad objetiva es todo cuanto implique para su existencia la religión subjetiva o religión-virtud, ya sea como presupuesto, ya sea como consecuencia natural. Cfr. A. PACIOS, ob. cit., pág. 2.

rasgos similares a las religiones y a que habitualmente se le tenga por tal ⁵⁶.

La religión es relación dialogal, que se plasma en estos elementos: credo o ideario religioso, culto —en especial, oración y sacrificio— sacerdocio y ley de Dios ⁵⁷. Pueden, sin duda, existir comunidades religiosas a las que les falte alguno de estos elementos —v.gr. sacerdocio en sentido propio—, pero si no hay credo religioso, culto y ley, no hay propiamente religión —y, en consecuencia, comunidad religiosa—, sino superstición, fenómenos pseudorreligiosos, o simplemente sectas o comunidades filosóficas a las cuales, o ampara la libertad de pensamiento o no están amparadas por ninguna libertad fundamental por traspasar sus límites.

La relación dialogal entre Dios y el hombre —la religión, en la perspectiva que nos interesa como objeto de una libertad fundamental— comienza con la aceptación de Dios, no sólo como Ser Supremo, sino como Ser al que se debe culto y obediencia. En otras palabras, el fenómeno religioso —en cuanto interesa a la libertad religiosa, o sea, como acto del hombre— se origina con la respuesta del hombre a la apelación dialogal de Dios, una respuesta de razón (revelación natural, religión natural) o de fe (revelación sobrenatural, religión sobrenatural). No se puede limitar el objeto primordial de la libertad religiosa al acto de fe, ya que cabe (estamos en el plano del derecho natural, que abarca todo lo contenido en la naturaleza humana) un acto de razón, como es lo propio de la religión natural. El acto fun-

56. Hablamos aquí de filosofía, no como la disciplina o ciencia así llamada, sino en el sentido antiguo de conjunto de ideas fundamentales sobre el mundo, el hombre y su conducta, que sus seguidores adoptan como su sistema de vida. Ya hemos dicho antes que la existencia de la idea de Dios en esas filosofías no las convierte en religión. Por eso, no son religiones —pese a que con frecuencia con ellas se las confunde— las sectas, movimientos o comunidades que admiten un Absoluto *impersonal*, como es el caso del budismo, y adoptan sistemas de vida que tienden a que el hombre se funda con el Absoluto. Tales sistemas pueden adoptar formas distintas de las religiosas, pero también pueden adoptar formas muy similares a las propias de las religiones. Así el budismo tiene templos —donde se venera a un *maestro*: Buda—, ritos, ofrendas, monjes, etc., y contiene ciertas expresiones de religiosidad. Pero estas formas externas no cambian la sustancia. Otra cosa distinta es que, en estos casos, la legislación positiva incluya este tipo de filosofías, con manifestaciones semejantes a las religiones, dentro de la legislación sobre el hecho religioso, porque dadas las similitudes externas, se adecúa a ellas mejor que las formas jurídicas propias de la libertad de pensamiento; en tales casos, que no ofrecen especial importancia, salvo abusos, se sigue la técnica jurídica llamada *equiparación formal* y a esas filosofías se les extiende la legislación sobre libertad religiosa. Para que exista religión —como se dice en la nota anterior— hace falta, como elemento esencial básico, la aceptación de un Trascendente *personal* con el que se *dialoga* (obediencia, oración, etc).

57. Según Pacios (ob. y loc. cit.) los elementos que constituyen una religión son: verdades creídas, obediencia moral y el culto externo, el sacrificio y sobre todo la oración.

damental protegido por la libertad religiosa es el acto de adhesión a Dios como Creador al que se debe culto y obediencia, aunque esto no traspase la comprensión racional de Dios (y de la ley natural como ley de Dios), al que se da un culto natural. Por eso, no hay que hablar sólo de *credo* religioso (fe), sino también de *ideario* religioso (razón).

Al decir que lo protegido primordialmente por la libertad religiosa es el acto de adhesión a Dios en una relación dialogal, no queremos decir que sólo se proteja el acto positivo de adhesión. Significa que todo hombre debe estar inmune de coacción, tanto para realizar el acto de adhesión y vivir en consecuencia, como para no realizarlo —no ser obligado a ello—, y, en tal sentido y sólo en él, los fenómenos del ateísmo y del agnosticismo son también objeto de libertad religiosa (el sistema de pensamiento ateo o agnóstico pertenecen, en cambio, a la libertad de pensamiento).

Si el acto fundamental de adhesión a Dios como destinatario de culto y obediencia constituye el objeto primordial de la libertad religiosa, no absorbe en sí todo el objeto. La libertad de esa adhesión conlleva la de práctica religiosa, de culto, de observancia y de enseñanza. Por lo mismo, implica también la libertad de las comunidades religiosas: autonomía normativa, culto colectivo en privado y en público, atención religiosa a sus miembros, elección, nombramiento y traslado de sus ministros, libre comunicación entre las autoridades y las comunidades religiosas, uso de bienes muebles e inmuebles, determinación del contenido de los libros de enseñanza religiosa a sus miembros, divulgación de la propia doctrina religiosa, juicio religioso y moral sobre toda actividad humana, reuniones y formación de asociaciones e instituciones educativas, caritativas, culturales y sociales⁵⁸.

Con frecuencia, las religiones positivas llevan, en su *credo* o *ideario*, unas proposiciones que afectan a la comprensión del universo (creacionismo, origen del hombre, constitución esencial del ser humano, etc.), así como un sistema ético (reglas de moralidad). La cuestión que esto plantea consiste en determinar si tales proposiciones teóricas o morales se incluyen en la libertad de pensamiento o en la libertad religiosa. Indudablemente nos encontramos ante una de las zonas de intersección a las que antes aludíamos; por ello no se pueden extremar las posiciones ni pretender separaciones nítidas; puede, sin embargo, decirse que existe un criterio que permite separar en la práctica cuándo se pone en juego la libertad religiosa o la libertad de pensamiento. Está en juego la libertad religiosa cuando una proposi-

58. II Concilio Vaticano, decl. *Dignitatis humanae*, n. 4.

ción teórica o moral se presenta como parte o derivación necesaria del ideario o credo religioso; v.gr., cuando la autoridad religiosa declara o enseña una proposición como propia de su credo o ideario religioso. En otras palabras, cuando se trata de proposiciones que se profesan y manifiestan como faceta de la relación con Dios. En cambio, se pone en juego la libertad de pensamiento, cuando las proposiciones se presentan en el contexto del pensamiento filosófico, científico, etc. Así, por ejemplo, las proposiciones de ley natural enseñadas en los actos oficiales del magisterio de la Iglesia Católica, en tanto enunciadas como parte del credo religioso —en conexión con la religión según aparece en Rom 2, 14-16— y aceptadas como tales, son objeto de libertad religiosa. Por el contrario, la exposición de la ley natural dentro de un sistema de filosofía moral, jurídica o de ciencia del derecho natural, mientras sus bases y razones sean filosóficas o científicas, se ampara por la libertad de pensamiento y no por la libertad religiosa.

También el fundamento de la libertad religiosa reside en que el acto básico de la religión pertenece al ámbito de la autodeterminación personal —como aspecto de la dignidad humana—, no en que sea indiferente asumir o no la dimensión religiosa o adoptar cualquier religión. La propia noción de religión excluye su carácter indiferente. Si se trata de una relación dialogal entre Dios y el hombre, cuyo origen es la manifestación de Dios en posible diálogo con el hombre, es claro que la religión implica partir de la iniciativa divina y, en consecuencia, no existe indiferencia. Por eso, la religión aparece siempre como algo que atañe a la verdad, no a la mera opinión (ninguna confesión religiosa se presentará como proponiendo una opinión, sino la verdad). Aun desde una postura atea ha de aceptarse la religión como cuestión de verdad, pues el ateo considera la religión como algo falso, como una distorsión. Por consiguiente, el respeto al hecho religioso no se puede basar en la indiferencia, sino en la dignidad humana y, dentro de ella, en la consideración de la opción religiosa como perteneciente a la autonomía de la persona, en cuyo ámbito el Estado es incompetente⁵⁹.

9. *La libertad de conciencia*

De las tres libertades que estamos analizando, la libertad de conciencia es la que acostumbra a ser descrita con menos fortuna. El he-

59. Cfr. II Concilio Vaticano, decl. cit., nn. 1-3 y 10.

cho de que se la haya confundido con la libertad religiosa o con la libertad de pensamiento ya indica la poca claridad que reina al respecto.

La tipificación más corriente, cuando se admite su distinción con las otras dos libertades, suele ser considerarla como la libertad en las convicciones morales. Con ello, a nuestro juicio, o se la confunde de nuevo con la libertad de pensamiento y con la libertad religiosa, tal como antes se ha puesto de relieve, o se restringe un aspecto no poco importante de estas dos últimas, eliminando de ellas el sistema moral.

Para tipificar debidamente la libertad de conciencia, lo primero es tener una idea correcta de conciencia, partiendo de la experiencia universal: la conciencia dicta lo que debe hacerse u omitirse en el caso concreto. Pues bien, esto supuesto, la conciencia no es una potencia ni un sentimiento ni el conjunto de convicciones morales.

La conciencia no es una potencia del ser humano, como lo son la razón o la voluntad. Como es obvio, no es una potencia o sentido corporal, puesto que pertenece al ámbito de la dimensión espiritual o racional del hombre; y, por su parte, el alma no tiene más que dos potencias: la razón y la voluntad. Por lo mismo, la conciencia tampoco puede ser un sentimiento, porque por sentimiento se entiende, o un movimiento de la sensibilidad —en cuyo caso no pertenece a la racionalidad— o un estado afectivo —por tanto de la voluntad—, lo cual tampoco se adecúa a la conciencia, que no expresa un *querer*, sino un *deber*. La conciencia es algo que pertenece a la razón y, en concreto, a la razón práctica, porque se trata de un juicio de deber. Y eso sería cierto aunque se entendiese que el deber es un juicio de valores, que expresan estimaciones que se originan en la voluntad, porque la estimación como tal es un *juicio* y, por lo tanto, algo propio de la razón. Incluso sería verdad en el caso de que se sostuviese que el deber es una mitificación de la fuerza, porque el mito —en el sentido en que aquí se toma— es un producto de la razón. Esto es algo en lo que no hace falta detenerse más, porque se acepta comunmente que el deber se expresa en lo que modernamente se llaman *juicios deónicos*.

La conciencia no es una potencia (en cuanto potencia es la razón práctica), ni un sentimiento. ¿Qué es entonces? Lo que llamamos conciencia es el *dictamen* de lo que moralmente puede hacerse u omitirse *en una situación concreta* en la que se encuentra el hombre⁶⁰.

60. Vide C. CRUYBERG, *De conscientia* (Malinas 1928); P. PALAZZINI, *La coscienza* (Roma 1961); Id., voz *Conciencia*, III, en GER, VI (1972), págs. 177 ss.; P. MARTINETTI, *La coscienza morale* (Milano 1932); R. GARCÍA DE HARO, *La conciencia cristiana* (Madrid 1971). Un resumen de la conciencia, sus clases y sus reglas puede

El rasgo fundamental de la conciencia reside en que aparece en la acción singular y concreta. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio del deber respecto de la conducta concreta que el sujeto está en trance de realizar (conciencia antecedente), está realizando (conciencia concomitante) o ha realizado (conciencia consiguiente, que se manifiesta en satisfacción o remordimiento). Así, por ejemplo, saberse el Decálogo y aceptarlo como código moral no es en sí *cuestión de conciencia*. La cuestión de conciencia surge —es una experiencia universal— en el momento en el que a una persona se le ofrece la posibilidad de hacer y omitir algo, en conformidad o disconformidad con el código moral aceptado. Ahí está la conciencia. Así, por ejemplo, haber comprendido que el aborto es un homicidio y defender esta convicción moral puede ser objeto de «pensamiento» —si el convencimiento proviene de razones biológicas, filosóficas, etc.— o de religión (si se admite por credo religioso), no de conciencia. La conciencia opera cuando al médico se le solicita un aborto, la mujer encinta se plantea la posibilidad de abortar, etc.

Por eso, no deben confundirse las *leyes morales* o normas de moralidad con los dictados de la conciencia. El sistema moral o código ético de una persona o de una comunidad —conjunto de proposiciones acerca de la moralidad de las acciones humanas— no pertenece a la conciencia, sino a la *ciencia moral* (cuando se estructura de modo sistemático: filosofía o teología morales) o conocimiento de las reglas de moralidad. Esta ciencia moral pertenece a la esfera de juicios y actitudes amparados por la libertad de pensamiento o por la libertad religiosa, según los casos.

La conciencia es el dictamen o juicio de la razón práctica de la persona acerca de la moralidad de una acción que va a realizar, está realizando o ha realizado. Se trata, pues, de un juicio *personal* sobre la moralidad de la acción singular y concreta, que se presenta como posibilidad o como algo haciéndose o ya hecho. Por eso, sólo de la persona singular se predica la conciencia; de lo que claramente se deduce que la libertad de conciencia —o de las conciencias— tiene por titular únicamente a las personas singulares y no a las comunidades.

La doctrina clásica de la filosofía moral es la que mejor ha captado la cuestión. Después de los balbuceos de la primera Escolásti-

verse en cualquier manual o tratado de filosofía o teología morales, v. gr., V. CATHREIN, *Filosofía morale*, I, 2.^a ed. (Firenze 1913), págs. 509 ss.; R. SIMON, *Moral*, ed. castellana (Barcelona 1968), págs. 304 ss.; G. BERGHIN-ROSÈ, *Elementi di Filosofia*, VII, *Morale* (Torino 1959), págs. 75 ss.; J. MAUSBACH-G. ERMECKE, *Teología Moral Católica*, I, 2.^a ed. (Pamplona 1971); A. LANZA-P. PALAZZINI, *Principios de Teología Moral*, I (Madrid 1958).

ca ⁶¹, con Tomás de Aquino quedó claramente establecida la distinción entre sindéresis, ley natural y conciencia. La ley natural (en su caso, la divino-positiva) es un conjunto de proposiciones o juicios morales de la razón práctica acerca de los actos humanos; la conciencia, en cambio, es el juicio de la razón práctica que aplica la ley natural a la acción singular. La ley natural es objeto de la *ciencia práctica moral*, y en cuanto ley constituye una norma que debe aplicarse a cada caso. La captación de que la acción singular está o no conforme con la ley natural es lo que llamamos conciencia. Por ello, la conciencia no es una potencia, sino la operación de una potencia —la razón práctica—, en cuanto aplica al caso singular y concreto la ley natural (en su caso, la ley divino-positiva). De ahí las distinciones entre conciencia verdadera y errónea, cierta y dudosa, perpleja, etc., que no tienen sentido aplicadas a la ley natural.

Como la conciencia representa la aplicación de la ley moral a la acción singular, ese juicio es el que señala la bondad o maldad morales subjetivas de la decisión que tome el sujeto. Si una persona sinceramente abierta al cumplimiento de la ley moral, comete una acción inmoral por creer erróneamente que así lo exige la ley natural, la acción es objetivamente inmoral, pero la disposición subjetiva de la persona ha sido la correcta, por lo cual ha obrado conforme lo postula su condición de persona. Al contrario, quien creyendo inmoral una acción que es objetivamente honesta, la realiza, su disposición subjetiva, su actitud, ha sido de quebrantamiento de la ley moral, por lo cual ha obrado contrariamente a lo que pide su condición de persona. Por eso se dice que la conciencia es la regla *próxima y subjetiva* del obrar. Subjetiva, porque el error no cambia la bondad o maldad objetivas de la acción; y próxima, porque a través de ella, en última instancia, la persona se comporta honesta o deshonestamente. Lo cual significa que, en último término, el obrar conforme a conciencia o contra conciencia es aquello por lo cual la persona obra o no conforme corresponde a su dignidad y a las exigencias de su ser personal. Y esta esfera íntima de la persona le corresponde a ella, de ella es dueña y a través de ella se realiza como persona. Por lo tanto, esta esfera está, por derecho natural, inmune de coacción, esto es, existe la libertad de conciencia. Esta libertad ampara a la conciencia cierta y a la invenciblemente errónea, no a la venciblemente errónea, ya que obrar conforme a esta última constituye imprudencia, que puede llegar a ser temeraria ⁶².

61. Vid. O. LOTTIN, *Psychologie et Morale aux XIIe et XIIIe siècles*, 2.^a ed., II (Louvain 1948).

62. Cfr. notas 4 y 5.

Es claro, por lo dicho, que tampoco en este caso la libertad se asienta en una indiferencia, que aquí sería la indiferencia moral de las acciones. Si hubiese indiferencia, no habría conciencia, ya que la conciencia surge precisamente porque existe deber, esto es, obligación y donde hay obligación no hay indiferencia. Si hubiese una verdadera indiferencia moral, propiamente hablando no existiría un real deber moral, porque indiferencia y deber son contrarios; el juicio del deber sería una alteración psíquica (enfermedad) o una creación mental distorsionante (mito, tabú, etc.); mas en estos casos, la libertad de conciencia dejaría de tener sentido, ya que no puede hablarse en rigor de una libertad para la alteración psíquica, ni tampoco para la distorsión, cuando a través de ella se ponen en juego importantes y aun trascendentales bienes sociales. Y en todo caso, de tratarse de una creación mental, la libertad de conciencia se subsumiría en la libertad de pensamiento.

Un punto que nos parece importante traer a colación, porque no se suele tratar, es el de la extensión de la libertad de conciencia en relación a las libertades de pensamiento y religiosa. Como ya hemos indicado, la conciencia consiste en la aplicación de las reglas de moralidad y, en consecuencia, el dictamen de la conciencia depende del sistema moral que la persona haya asumido. Lo mismo da que se trate de un sistema moral filosófico (libertad de pensamiento) que religioso (libertad religiosa), pues en cualquier caso la dependencia es evidente y necesaria. Ahora bien, hoy nos encontramos con una situación a nuestro juicio anómala: se da más amplitud a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa que a la libertad de conciencia. En razón de la libertad de pensamiento y religiosa se permite la profesión y la divulgación de ciertas ideas y de algunos sistemas de moralidad, a la vez que se impide o se castiga la actuación en conciencia de acuerdo con esas ideas y sistemas, por entender que atentan contra la moralidad pública o los derechos de los demás. Así, se permite la propaganda y el proselitismo de sectas como los Testigos de Jehová que niegan la licitud de las transfusiones de sangre y, al mismo tiempo, se condenan como homicidas a los padres de esta secta si impiden la aplicación de esa terapéutica a sus hijos y éstos mueren. Las dificultades que encuentra el reconocimiento de la objeción de conciencia en general es una muestra clara de lo que acabamos de apuntar. Esta postura no es lógica; lo correcto es justamente la de equiparación: toda actuación en conciencia, conforme a sistemas morales protegidos por la libertad de pensamiento y de religión, debe estar amparada por la libertad de conciencia; a la vez, si una actuación en conciencia no es amparable por la libertad de conciencia, tampoco es protegible por las libertades de pensamiento o religiosa el sistema moral correspondiente. Esta

equiparación, sin embargo, no es total, porque hay casos en los que la libertad de conciencia tiene más amplitud que las otras dos libertades. Se da este supuesto cuando sistemas de pensamiento o credos religiosos propugnan ideas cuya puesta en práctica resulta dañosa —y por lo tanto no están amparadas por las respectivas libertades— y, sin embargo, su realización, al hacerse con conciencia invenciblemente errónea, da lugar a acciones que no traspasan los límites de la libertad de conciencia. La cuestión que estamos analizando es un ejemplo de ello, según se verá.

La conciencia, como hemos dicho, es el juicio de moralidad sobre una acción singular o concreta; no es, pues, conciencia la decisión que se tome en conformidad —o en disconformidad— con dicho juicio; sin embargo, la libertad de conciencia —al igual que las libertades de pensamiento y religiosa en sus respectivos campos— ampara esa decisión, como manifestación suya que es, así como la correspondiente conducta, dentro de los límites antes señalados. Por tratarse de un derecho fundamental de la persona, sobre la libertad de conciencia no puede prevalecer ni la razón de Estado ni la conveniencia de un partido; por eso, constituye un ataque frontal a la libertad de conciencia imponer a diputados y senadores (o equivalentes según los países) la disciplina de partido en cuestiones que afectan a la conciencia, estableciendo controles —v.gr., votaciones no secretas— que presionan su conciencia. Tal corruptela es contraria a la libertad de conciencia y no puede considerarse acorde con la Constitución de un Estado que acoja esa libertad, si se la interpreta correctamente.

Digamos finalmente que de lo dicho se desprende que no toda decisión y conducta afecta a la libertad de conciencia. Tan sólo afectan a ella las decisiones y conductas singulares y concretas en cuestiones morales. Cuando no se trata de una cuestión moral —v.gr. la defensa del medio ambiente o tantas decisiones de tipo técnico, político, etc., en las que no se involucra la moral— no entra en juego la libertad de conciencia, sino la libertad de pensamiento o la religiosa.

III. LA SOLUCIÓN DE DERECHO

10. Premisas

Analizados los supuestos de hecho y los fundamentos jurídicos del caso planteado, es el momento de decir cuál es la solución de derecho —el *quid iuris*?— conforme a los principios de derecho natural. Para

que la conclusión establecida sea lo más completa posible, trataremos de los dos planos en los que se suscita la cuestión: en el ideario o credo moral y en la decisión de conciencia.

11. *El error sobre una terapéutica en el ideario o credo moral*

El error moral sobre una terapéutica puede producirse en una persona aislada o constituir una proposición del ideario de una secta filosófica o religiosa. Para lo que aquí estamos tratando de dilucidar, nos importa tan sólo el segundo supuesto, en el que cabría incluir la persona que hace proselitismo y propaganda sobre el rechazo de una terapéutica por falsas razones morales.

¿Están amparados por la libertad de pensamiento o por la libertad religiosa tales grupos, sectas o comunidades en lo que atañe al error moral? ¿Existe el derecho fundamental a esta parte del ideario o credo? La cuestión reside, no tanto en que el ideario o credo sean engañosos (la libertad de pensamiento y la libertad religiosa no se pierden por estar en el error), sino en que son *dañosos*. El caso contemplado es un buen ejemplo. El error sobre la moralidad de las transfusiones de sangre ha costado ya varias vidas y también graves problemas de salud. La cuestión apenas tiene relevancia en los casos en que, siendo igualmente o, al menos, suficientemente eficaces varias terapéuticas, una de ellas es rechazada erróneamente por inmoral, dado que se puede elegir entre varias. El verdadero problema reside cuando la única terapéutica eficaz en determinadas enfermedades o lesiones es rechazada en el ideario o credo religioso por error moral.

Entre los límites de los derechos fundamentales, los convenios y declaraciones internacionales suelen poner la salud pública (incluible en los derechos de las personas) y la moral pública. Ambos límites son de derecho natural, como ya hemos indicado. El caso contemplado tiene, pues, una sencilla solución: ni la libertad de pensamiento ni la libertad religiosa amparan aquella parte del ideario o credo religioso que considera erróneamente inmoral una terapéutica lícita, cuando puede acarrear la pérdida de la vida o un grave quebranto para la salud. Consecuentemente la autoridad pública —actuando en protección del derecho de las personas a la vida y a la salud— pueden impedir la difusión y propaganda de estas ideas.

Otra cuestión muy distinta es la medida en que tal solución puede aplicarse en sociedades pluralistas, donde existe una gran diversidad de idearios y credos, con la consiguiente disparidad en algunos criterios morales. En estas circunstancias es de aplicación el principio según el cual los derechos y libertades naturales pueden ser ampliados por el

derecho positivo⁶³, en conexión con el principio de tolerancia civil⁶⁴; principio este último que es de aplicación cuando los idearios o credos que caen en error sobre una terapéutica están muy arraigados, o cuando exista el peligro de que, por prevalencia de un ideario o credo erróneos en un medio social, se impida la difusión y propaganda del criterio moralmente recto, por considerarlo erróneo. En consecuencia, dado que el error moral sobre una terapéutica no impide alcanzar los bienes supremos del hombre, pues la conciencia invenciblemente errónea no obstaculiza la rectitud moral de la persona —bien superior a la vida y a la salud—, puede ampliarse la libertad de pensamiento o religiosa en tales casos. Bien entendido que se trata de una ampliación de derecho positivo, que el Estado no está obligado a hacer por derecho natural ni por el actual derecho internacional, en el cual la salud pública —a fortiori la vida humana— está expresamente indicada como límite de los derechos de libertad de pensamiento y de religión.

12. *La objeción de conciencia*

Examinemos ahora la cuestión de la libertad de conciencia. En relación con ella se presentan la actuación del enfermo que rechaza la terapéutica y la de sus representantes legales que no la autorizan o no la administran. Aquí el tema ya no es de libertad de pensamiento ni religiosa, sino de libertad de conciencia, porque se trata de la acción concreta y singular, que la conciencia señala como inmoral.

En principio, es necesario decir que la libertad de conciencia no ampara ni el suicidio, ni el homicidio, ni los daños a la salud propia y ajena. Los límites de esta libertad son los mismos que los de las libertades de pensamiento y conciencia. Por lo tanto, si se tratase de acciones suicidales (v.gr., del harakiri), homicidas (sacrificios humanos) o que atacasen directamente a la salud o integridad propias o ajenas (v.gr., mutilaciones), la acción debería ser impedida y, caso de realizarse, castigada, tanto en su autor (salvo el caso de imposibilidad que presenta el suicidio consumado) como en sus cómplices o cooperadores, con las indemnizaciones a que hubiere lugar. Esta responsabilidad, en cuanto al derecho natural se refiere, alcanza a las autoridades de las sectas o comunidades que enseñan la moralidad de tales acciones e incitan a sus seguidores a vivir conforme a ese sistema mo-

63. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., págs. 171 y 174 s.

64. Al respecto es clásico el libro de A. VERMEERSCH, *La tolérance* (Louvain 1912).

ral (inmoral debiéramos decir); pero como se trata de una materia en la que el derecho positivo puede establecer restricciones, la responsabilidad dependerá de lo que se establezca por ley acerca de la extensión y limitación de la responsabilidad y, si nada hubiere establecido, deberá seguirse la regla de derecho natural.

La particularidad que presenta el rechazo de una terapéutica por error moral consiste en que —tal como dijimos antes— el enfermo que opone a ella objeción de conciencia no crea un supuesto de suicidio, sino un caso de actitud moral que, en tanto que es invenciblemente errónea, resulta irreprochable. Por lo tanto, la regla que acabamos de indicar no es de aplicación. No hay atentado a la moral, porque el enfermo adopta la actitud honesta y moralmente exigida en caso de conciencia invenciblemente errónea. Tampoco hay atentado directo a la salud o a la vida propias, porque el deber moral de conservarlas —cuya contravención es propiamente lo que constituye el delito contra la propia salud o el suicidio— cede ante el deber de conciencia de rechazar la terapéutica que se cree ilícita. En consecuencia, aquí no se traspasan los límites de la libertad de conciencia, la cual debe ser, por lo tanto, respetada. Si ante la objeción de conciencia los médicos y familiares no aplican la terapéutica, obran respetando la libertad de conciencia del enfermo —que es el dueño de su propio ser— y no sólo no cometen ningún acto injusto, sino que obran conforme a lo que postula la justicia. No respetar la objeción de conciencia, imponiendo la terapéutica, sería un acto injusto, frente al cual el enfermo tendría derecho al amparo judicial. Bien entendido que se debe tener este respeto a la conciencia del enfermo, en tanto es objeto de conciencia *in actu*. Si el médico se encuentra con un enfermo en estado de inconsciencia, aunque sepa o sea advertido del ideario o credo moral del enfermo, debe aplicar la terapéutica, pues no habría en este supuesto lesión a la conciencia del enfermo, por lo que tampoco habría lugar a acciones judiciales posteriores contra el médico.

Más complicada resulta la solución cuando los objetores de conciencia son los representantes legales del enfermo (padres, tutores, familiares, etc.). Al respecto hay que distinguir dos supuestos distintos.

El primero de ellos se refiere a la autorización que deben dar para la aplicación de una terapéutica por parte del médico o personal sanitario a un enfermo menor o incapacitado. ¿Qué ocurre si por razones de conciencia niegan la autorización pertinente con error moral? Como tal conducta pone en peligro la salud o la vida del enfermo, la negativa no está amparada por la libertad de conciencia de los representantes legales; por lo tanto, la autorización debe ser suplida por el órgano público competente (juez o autoridad que en cada ordena-

miento esté prevista). Si no es posible acudir a él por razones de urgencia, el médico debe actuar según el criterio moral correcto, ya que tiene el consentimiento legal, pues las leyes defienden el derecho a la vida y a la salud; jurídicamente en este caso los representantes legales han de considerarse —por una *fictio iuris*— como ausentes. Estas soluciones no son aplicables si se trata de un menor con uso de razón y capaz de juicios morales proporcionados a la decisión necesaria para el caso; si tiene las mismas convicciones morales que sus representantes legales y la aplicación de la terapéutica lesiona su conciencia, la terapéutica no debe aplicársele. Si el menor enfermo con uso de razón no tiene objeción de conciencia contra la terapéutica, como la tienen sus padres o cuidadores legales, la regla a seguir es la anteriormente indicada, esto es, debe aplicarse la terapéutica. Y al revés, es decir, si los representantes legales del menor con madurez para juicios morales proporcionados no oponen objeción de conciencia y, en cambio, la opone el paciente, debe despetarse su decisión.

El segundo de los supuestos aludidos es el de los padres o cuidadores legales que omiten aplicar la terapéutica al enfermo por error moral, bien no administrándola directamente si es del caso (v.gr., omitiendo darle las medicinas adecuadas), bien no llevándole a los centros sanitarios para que se la apliquen (como es el caso de la transfusión de sangre). En caso de que se advierta la situación mientras existe remedio, la autoridad pública competente debe intervenir, suspendiendo en lo necesario la potestad de los representantes legales, sin más excepción que la del menor con madurez proporcionada que sea también objetor de conciencia. La libertad de conciencia no ampara una conducta dañosa para los derechos de los demás.

Si el daño se ha producido y es irreversible, se plantea la cuestión de ver si los representantes legales son reos de delito y, en consecuencia, si su conducta es punible. Digamos ante todo que, tal como decíamos, no es éste un caso de homicidio y, en consecuencia, no pueden ser condenados como reos de este delito. Tampoco es aplicable el tipo penal de imprudencia temeraria, porque no hay ni imprudencia ni temeridad, al tratarse de una conducta plenamente reflexiva, tomada en conciencia y teniendo que sobreponerse al deseo —que existe realmente en estos casos— de ver curado al enfermo. Ni cabe hablar del delito de omisión de socorro, porque en el caso estudiado los padres o cuidadores legales ponen todos los medios que moralmente les parecen lícitos para salvar a su hijo o pupilo y la imposibilidad moral impide que pueda hablarse de omisión. Para poder castigar tales conductas, si se respeta en su totalidad el principio *nullum*

crimen sine lege, habría que crear un tipo penal específico. Y mientras no exista, aplicar otros tipos por analogía no parece correcto.

La cuestión reside en si tal conducta, que resulta equivocada y dañosa, pero moralmente irreprochable, es punible o no, y en consecuencia si puede crearse en justicia el correspondiente tipo penal. A nuestro juicio, la conducta analizada constituye una injusticia material, pero no una injusticia formal⁶⁵, por faltar la intención de causar daño. Ahora bien, lo punible es la injusticia formal, no la material, por lo que en nuestra opinión el error invencible sobre una terapéutica configura una conducta no punible. No es preciso que intervenga aquí la libertad de conciencia, porque el error mismo causa un supuesto de conducta no punible. No hace falta decir que si el paciente es un menor con madurez proporcionada y objetor de conciencia ante la terapéutica de que se trate, no hay ni que plantearse la cuestión de la punibilidad de los cuidadores legales por omisión de aquella, ya que —como antes hemos visto— el respeto a la conciencia del enfermo no sólo no es injusto (ni material ni formalmente), sino lo debido en justicia.

Por último, nos queda por ver la objeción de conciencia que pueda poner el médico o el resto del personal sanitario frente a una terapéutica, siempre en el supuesto de que se trate de un error sobre su moralidad, único supuesto que nos ocupa. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de un médico testigo de Jehová frente a las transfusiones de sangre. En principio, la solución no ofrece especiales dificultades: la objeción debe ser respetada y el médico o personal sanitario no debe ser objeto de discriminación, poniendo —eso sí— los medios para que la terapéutica sea administrada por no objetores. Sin embargo, como la realidad es siempre rica en situaciones diversas, debemos distinguir algunos casos que matizan la solución a adoptar.

Para que la objeción de conciencia del médico y del personal sanitario pueda ser respetada —esto es, para que su negativa a aplicar

65. Para esta distinción, vide J. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., pág. 135: «El hombre, como causa libre, puede dañar un derecho ajeno de dos modos: a) Actuando como causa libre del daño, pero sin voluntad contraria al derecho; actúa así cuando por ignorancia, error o inadvertencia carece de intención de lesionar el derecho... en estos casos se habla de *injusticia material*. b) Actuando intencionadamente contra el derecho ajeno, de modo directo —con dolo—, o indirecto, por imprudencia; entonces se dice que hay *injusticia formal*. La distinción entre injusticia material e injusticia formal no tiene relevancia respecto de la restitución; y así quien inadvertidamente paga menos de lo debido, debe pagar el resto. En cambio, tiene relevancia en cuanto a la culpa. La injusticia formal engendra culpa y el acto injusto da lugar, no sólo a la restitución, sino también a la *punibilidad*, esto es, al posible castigo. No así la injusticia material que es enteramente inculpable y, por lo tanto, no hay en ella razón para el castigo».

la terapéutica no constituya un acto punible— es preciso que sea conocida antecedentemente; esto es, que manifiesten su objeción, de modo que sea conocida por el centro sanitario u organización de servicios que los contrate, o por los organismos que en su caso deban dar la autorización para el ejercicio de la profesión, o tengan a su cargo asegurar la ética profesional y la debida atención médica (v.gr., los Colegios de Médicos). Este requisito es necesario para que se tomen las medidas oportunas con el fin de asegurar que la terapéutica puede aplicarse a los pacientes por otros médicos o personal sanitario. Silenciar la objeción de conciencia —aparte de las responsabilidades a que hubiere lugar por posible falta de ética profesional u ocultamiento fraudulento de datos— daría lugar a imprudencia temeraria en el caso de que, por negarse a aplicar la terapéutica sin posibilidades de acudir a otro médico o personal sanitario, se produjese en un enfermo la muerte o un daño a su salud o integridad física. Si, conocida la objeción de conciencia, se produjese una situación en la que tan sólo pudiese aplicar la terapéutica el objetor de conciencia frente a ella, la negativa a hacerlo no constituiría delito ni daría lugar a responsabilidades.

La regla que acabamos de exponer podría parecer contrastante con cauciones que algunas Constituciones establecen, como es el caso del art. 16 de la vigente Constitución española: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». A nosotros nos parece que, dado que se reconoce la objeción de conciencia, es preciso conjugar las disposiciones pertinentes, junto con la defensa de los demás derechos fundamentales, entre ellos la vida, la salud y la integridad física. Por consiguiente, nos parece que disposiciones como las del citado art. 16 no se oponen a que el médico objetor deba interponer la objeción de conciencia antecedentemente. Por lo demás, esta práctica suele ser habitual en la objeción de conciencia médica y sanitaria.

Como la libertad de conciencia del médico debe conjugarse con el derecho a la vida, a la salud o a la integridad física del enfermo, no constituye discriminación el hecho de que al objetor de conciencia frente a terapéuticas moralmente lícitas no se le concedan aquellas plazas de médico o personal sanitario en las que, de presentarse el caso, sólo el titular podría administrar la terapéutica por imposibilidad de acudir a otros colegas; v.gr., médicos de poblaciones en las que hay una sola plaza y sin comunicaciones rápidas y fáciles, etc.

Podría darse el caso del médico o personal sanitario con error moral acerca de una terapéutica que, llevado de su celo moral, entorpeciese, impidiese o interrumpiese un tratamiento terapéutico moralmente lícito aplicado por otros médicos o personal sanitario a un enfermo. En este supuesto, su libertad de conciencia no le ampararía, ya que tras-



pasaría los límites dentro de los cuales es ejercible y, en consecuencia, se haría reo del delito a que diere lugar su conducta —homicidio, lesiones, etc.— con las consiguientes responsabilidades profesionales y civiles.

13. *Observación final*

Para terminar hay un punto que nos parece necesario tener en cuenta, en relación con lo que antes dijimos acerca de los límites y la extensión de los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

Si un ordenamiento jurídico —por las razones antes apuntadas— extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o credos que contengan valoraciones morales erróneas sobre una terapéutica —como es el caso de los testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre— necesariamente debe extender la libertad a las decisiones de conciencia, de modo que, cuando éstas se conforman a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigadas (salvo la obligación de los médicos y personal sanitario de manifestar antecedentemente su objeción de conciencia y no impedir, entorpecer o interrumpir el tratamiento impuesto y aplicado por otros). Amparar el sistema moral erróneo por la libertad de pensamiento o religiosa y no amparar la correlativa conducta por la libertad de conciencia es una inaceptable inversión de los términos de la cuestión.

Si importantes son las libertades de pensamiento y religiosa, en lo que a la profesión de idearios o credos se refiere, para que el hombre se realice según la libertad que le corresponde, más importante si cabe es la libertad de conciencia, ya que, en último término, el hombre obra como persona cuando obra según su conciencia.