

# ARTÍCULOS



# CONCIENCIA Y DERECHO

**Dionisio Llamazares Fernández**

*Director de la Cátedra de Laicidad y Libertades Públicas*

*"Fernando de los Ríos"*

*UC3M*

## **PALABRAS CLAVE**

Conciencia, libertad, pacto por la convivencia, derecho a la identidad y a la diferencia, tolerancia, laicidad, formación de la conciencia.

## **KEYWORDS**

Conscience, freedom, pact for living together, right to identity and to difference, tolerance, secularism, formation of conscience.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCIENCIA Y PERSONA. 3. PERSONA Y DERECHO. 4. CONCIENCIA Y DERECHO. 4.1. Libertad de conciencia y pacto por la convivencia. 4.2. Libertad de conciencia y derechos subjetivos. 4.3. Libertad de conciencia y estructura y dinamismo del ordenamiento. 4.4. Derecho a la libre formación de la conciencia. 5. CONCLUSIÓN.

## **1. INTRODUCCIÓN**

A veces acontece lo, aunque deseado, inesperado. Ya hay alguna Facultad de Derecho en cuyo plan de Estudios vigente se ha incluido como troncal una asignatura con la denominación *Derecho de la libertad de conciencia*, devenir razonable y transformación lógica, de acuerdo con la evolución histórica del pensamiento jurídico del Derecho Eclesiástico del Estado<sup>1</sup>, elaboración científica de la doctrina jurídica alemana como Derecho de la Libertad de conciencia, de la que lo copiaría en su versión menos progresista y más alicorta la doctrina italiana como Derecho de

---

<sup>1</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho de la Libertad de conciencia*, I, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 19-21.

la libertad religiosa<sup>2</sup>. No sé cuáles han sido las razones que barajaron los redactores de ese plan, pero a mí me sugiere un trascendental cambio metodológico en los estudios jurídicos. No haríamos más que zambullirnos en la corriente histórica de progresiva espiritualización del Derecho<sup>3</sup>. Me imagino la perplejidad, para expresarlo suavemente, que puede provocar mi propuesta de que la conciencia sea la columna vertebral de los estudios jurídicos, e incluso de la actividad de todos los operadores jurídicos; cuando menos propondría una visión transversal del derecho desde esta perspectiva metodológica. Y es que “conciencia” y “Derecho”, en el sentir común, debo reconocerlo, no son términos que parezcan precisamente compañeros inseparables. Cuando pronunciamos la palabra conciencia lo primero que se nos viene a la mente es la moral. Como fenómeno original la conciencia es un fenómeno interno y de lo que se ocupa el Derecho es de la exterioridad, de las manifestaciones de la conciencia, de palabra o de obra. Eso, al menos, es lo que una y otra vez, se repite como si de un mantra se tratara. La tajante separación entre fuero interno y fuero externo conduce inexorablemente a esa consecuencia. No nos percatamos de lo que tiene de antinatural esa vivisección. Como corriente de vivencias, dinámica y continua, la conciencia es un todo globalizador; esas vivencias son creencias o convicciones, meros pensamientos, ideas u opiniones, sentimientos, emociones, y, por supuesto la adopción de decisiones, previa la correspondiente valoración y opción de preferencia; también ellas son vivencias y fenómenos de conciencia. Cualquier fenómeno psíquico consciente solo tiene sentido como integrante de un todo, la conciencia; son inseparables los unos de los otros; como gotas de agua de un río continuo; no hay vivencia que no sea al mismo tiempo, idea, sentimiento y emoción; como si fuera una pelota, la presión ejercida sobre cualquiera de sus puntos se traslada a los demás elementos integrantes de la esfera: la conciencia reacciona COMO UN TODO. Fuero interno y fuero externo son inseparables. Es verdad que el Derecho no puede controlar la conciencia como fenómeno interno, pero no lo es menos que sí puede y debe proteger la libertad de las conciencias, eliminando los obstáculos

---

<sup>2</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., “El Derecho Eclesiástico del Estado: la formación de un sistema”, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, nº 2, 2002, pp. 237-276.

<sup>3</sup> Sobre ese fenómeno algunos apuntes en nuestro trabajo *Derecho canónico fundamental*, Colegio Universitario de León, León, 1980, pp. 73 y ss.

y dificultades que se opongan a su desarrollo, así como fomentar la conciencia de libertad y la libertad interna de conciencia o crear y propiciar las condiciones más favorables para que una y otra seas lo más reales y eficaces que sea posible. Así que, a lo mejor, la relación entre conciencia y Derecho es algo más que meramente tangencial y esporádica en los supuestos límite de objeciones de conciencia, o en expresión de la doctrina anglosajona, de "acomodaciones razonables" de la ley. Eso es lo que pretendo mostrar (que no demostrar): una modesta contribución a "despertar conciencias" en expresión de KIERKEGAARD.

Que no se interpreten estas reflexiones como una pretensión de dar lecciones a nadie. Estas son mis certezas, mis creencias y convicciones, mis ideas y opiniones; también mis perplejidades e incertidumbres, pero nada más que más; siempre cuestionables, siempre susceptibles de ser presa de la duda, siempre expuestas a la discusión pública en la plaza de las ideas. Lejos de mi la osadía de pretender imponer a los demás mis ideas u opiniones, creencias o convicciones, como si gozarán de la presunción de mayor certeza y credibilidad que las de los otros. Rechazo cualquier atisbo de proselitismo. Pero no renuncio a comunicarlas a los demás; es lo que me exige el respeto al derecho a recibirlas que corresponde a los otros, como muestra FICHTE como fundamento del derecho de libertad de expresión. Si lo hago es simplemente para mostrar el camino por mí recorrido, por si suscitan alguna pregunta o aportan alguna sugerencia. Poco tienen que ver con lo que llamamos académicamente trabajo de investigación: ni son su resultado ni pretenden ser una propuesta de tal, ni tampoco nada que se parezca a eso que pomposamente llamamos lección magistral. Pero se mueven en sus aledaños

Lo haré en tres tiempos relacionados entre sí como las proposiciones de un silogismo, premisas y conclusión, bien entendido que las primeras se corresponden con otros tantos momentos, que no clases, de la conciencia primero, de la autoconciencia luego y de la razón después, tanto de la razón pura como de la razón práctica (conciencia moral), síntesis de la conciencia objetiva y subjetiva, para terminar, centrando mi atención en el aspecto que mayor perplejidad puede provocar: el derecho a la libre formación de la conciencia como elemento integrante básico original del derecho de libertad de conciencia.

## 2. CONCIENCIA Y PERSONA

Con la misma palabra, “conciencia”, aludimos en el lenguaje ordinario a dos fenómenos sucesivos y distintos: a la percepción de nosotros mismos y de algo distinto de nosotros en medio de lo que nos sentimos perdidos (conciencia subjetiva o autoconciencia y conciencia objetiva), y a la percepción de una norma, autónoma o heterónoma, pretendidamente reguladora de nuestras conductas (conciencia moral). En alemán hay palabras distintas para designar a cada uno de esos fenómenos: *Bewusstsein* (conciencia) o *Selbstbewusstsein* (autoconciencia), y *Gewissen* (conciencia moral) en el caso de que las vivencias de conciencia sean creencias o convicciones dotadas de la certeza derivada de su identificación con “uno mismo” y que tengan conexión con la acción<sup>4</sup>. No se trata de varias especies de conciencia, sino de varios momentos de desarrollo del espíritu y de la misma conciencia: conciencia objetiva, autoconciencia (conciencia subjetiva) y razón, síntesis de las dos anteriores<sup>5</sup>. Entiendo aquí por conciencia lo que HUSSERL llamaba corriente continua de las vivencias que tiene como fuerza unificadora al “yo” y a la persona. HUSSERL<sup>6</sup> ha tenido el mérito de, siguiendo los pasos de Hegel a quien admira profundamente, haber colocado en primer plano a la conciencia como fuente de la evidencia y del conocimiento, así como de la realización de la personalidad como libertad en el encuentro personal, no sólo en un mundo de conocimientos común (intersubjetividad científica que ya había puesto de relieve HEGEL<sup>7</sup>), sino en un mundo de vivencias comunes, un encuentro, no de inteligencias y voluntades, sino en un encuentro de conciencias (intersubjetividad personal). Desde su pensamiento podemos afirmar que conciencia de sí mismo y de la libertad, son los dos polos de la libertad

---

4 En ese sentido me parece (dicho sea con todas las cautelas) que utiliza Hegel el término *Gewissen* en lugar de *Selbstbewusstsein* en *Fenomenología del espíritu*, cit., pp. 365 y ss.

5 HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, Traducción de Wecelao Roces, FCE, México-Buenos Aires, 1966, p. 260 y p. 397.

6 *Investigaciones Lógicas*, II, Alianza Editorial, Madrid, 2017, red. De la de la “Revista de Occidente”, 1929, p. 473 y ss.; *Ideas relativas a una fenomenología y a una filosofía fenomenológica*, I, Trad. J Gaos, FCE, México, 2ª ed, 1962, pp. 74 y ss.; II, trad. Antonio Zirion, FCE, México, 2005, pp. 133 y ss; *Meditaciones cartesianas*, prolog. y trad. J. Gaos, FCE, México, 1996, pp. 120 y ss.

7 VALLS PLANA, *Del yo al nosotros. Lectura de la Fenomenología de Hegel*, 3ª ed., Prólogo de Emilio Lledó, PPU, Barcelona, 1994.

de conciencia; que la conciencia es un todo no descoyuntable y que, por tanto, conciencia y libertad son inseparables y que la libertad de conciencia, no sólo es la primera de las libertades, ni siquiera el fundamento de todas las libertades, sino que en esa libertad se encuentran contenidas germinalmente todas las demás libertades.

Con toda razón decía HEIDEGGER<sup>8</sup> que el concepto ordinario de conciencia está muy lejos ya del concepto de conciencia vigente en el mundo del pensamiento actual. Según él, conciencia significa en primer lugar "llamada". Llamada a conocerse a sí mismo; llamada a descubrir sus posibilidades de ser de futuro y sus límites; llamada a "proyectar" esos posibles futuros como proyectos vitales; a "elegir" entre ellos para realizarse como distinto y singular, con la vista puesta en un modelo de ser ideal que le servirá de guía para decidir lo que es correcto y lo que es incorrecto de cara a su máxima realización posible como ser libre, como sujeto moral responsable de sus decisiones y de sus actos, como auténtica, como persona, en definitiva.

Gracias a su conciencia de libertad podrá sortear el riesgo de despersonalización y de inautenticidad, y singularizarse afirmándose como distinto, como único, como libre y auténtico.

De ser aproximadamente acertado este análisis del fenómeno, habría que distinguir en el derecho de libertad de conciencia, como especificidad de la libertad de la conciencia, una dimensión interna y una dimensión externa. Tanto desde el punto de vista de la moral como de la perspectiva del Derecho. Dentro de la dimensión interna merecen destacarse dos momentos: el de la autoconciencia y el de la conciencia moral. Al primero pertenecen la "percepción" y la "valoración", al segundo la "resolución" y la "ejecución".

Dos son las percepciones fundamentales integrantes del primer momento: percepción de la propia *identidad* y de la *singularidad*, lo que implica percepción de la *diferencia* y de la *alteridad*, por un lado, y percepción de la *libertad*, o mejor, *conciencia de la libertad*, por otro.

La libertad de la conciencia como derecho incluye, por tanto, dos cosas: el *derecho a la identidad* y *a la diferencia*, lo que entraña ser único, distinto de todo lo demás y de todos los demás y el derecho de libertad

---

<sup>8</sup> *Ser y tiempo*, Trad. Eduardo Rivera Edición electrónica, Breinigsville, USA, 2016, pp. 265 y ss.

de conciencia que incluye, a su vez dos cosas, *conciencia de la libertad y ejercicio de la libertad de conciencia*. Esa singularidad es la que pretende expresar el “yo”. El derecho a la diferencia incluye también el derecho a, sin dejar de ser yo, cambiar constantemente. Soy siempre el mismo, pero nunca soy lo mismo. Pues bien, “yo” es el que cambia constantemente, sin dejar de ser “el-mismo”.

La *conciencia de la libertad* y de los demás componentes de la personalidad, me dice que puedo proyectar mi propio futuro, que, ante las distintas posibilidades de ser, puedo, previa valoración, preferir unas a otras y elegir, elaborando mi propio “proyecto” de ser. De ahí la responsabilidad por mi elección y por su ejecución. Y esta posibilidad la percibo como algo que no puedo sortear. Para lo único para lo que no soy libre es para no ser libre. De ahí la expresión de SARTRE: “estamos condenados a ser libres”<sup>9</sup>. El modelo ideal al que debo tender es el de alcanzar mi máxima realización posible como *ser único, libre y sujeto moralmente responsable de mis decisiones y de mis actos*, ya que es así como puedo alcanzar mi máxima realización como persona. Y es que, en última instancia, cada uno de nosotros somos, no lo que pensamos, ni siquiera lo que creemos ni lo que decimos: somos, fundamentalmente, lo que hacemos. “La realidad humana nos enseña que, para ella, ser se reduce a hacer”. De manera que “la sola consideración empírica del ser-humano lo muestra como una unidad organizada de conductas o “comportamientos”<sup>10</sup>.

Ahora bien, sólo se es verdaderamente libre si uno se percibe a sí mismo como autor o coautor de la norma a la que obedecen sus decisiones y sus actos, razón de ser del contrato social en la concepción de ROUSSEAU<sup>11</sup>, es decir, sólo si uno se percibe poseedor de autonomía pública y privada. Sólo entonces estará en camino del desarrollo de su personalidad como singular y distinta, como única; sólo entonces se puede hablar siguiendo a HABERMAS, de *autodeterminación y autorrealización*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *El ser y la nada. Ensayo de ontología y fenomenología*, Trad. Juan Valmar, Editorial Losada, Buenos Aires, 2013, p. 599

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 647

<sup>11</sup> *Del Contrato social. Discursos*, Alianza Editorial, trad. Mauro Armíño, Madrid, 1985 p. 22

<sup>12</sup> *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 160 y ss.

### 3. PERSONA Y DERECHO

El aforismo *ubi societas ibi ius* habría que complementarlo con el de *ubi persona ibi societas*, lo que daría como resultado *ubi persona ibi ius*, o lo que es lo mismo, *ubi autoconscientia ibi ius*. Y es que la autoconciencia implica no sólo la percepción de sí mismo sino también la de los otros: la persona es una autoconciencia para otra autoconciencia (HEGEL)<sup>23</sup>.

La persona, ese "yo" del que hemos hablado, se percibe a sí misma no sólo como singular y única, como diferente, ni sólo como libre para la autodeterminación y la autorrealización, sino que también se percibe, en expresión heideggeriana, como *ser-con*<sup>24</sup>, entendido ese *ser-con* como parte integrante de su identidad. No es algo que pueda ser o no ser. SARTRE, en mi opinión, ha captado con justeza, aunque lo combata, el pensamiento de HEIDEGGER. El hombre no es primero hombre y luego se encuentra con los otros hombres; "se trata de una estructura esencial de mi ser", "capto el ser con el otro como una característica esencial de mi ser"<sup>25</sup>: *la alteridad pasa así a formar parte de mi identidad*. Y lo mismo hay que decir de la *reciprocidad* del derecho de cada uno a iguales derechos de libertad que los demás, que comienza por el mutuo reconocimiento como personas. También la reciprocidad forma parte integrante de la identidad personal.

La alteridad integra su identidad como hombre y como persona. Ser con los otros no es un mero hecho que podría no ser, convivir no es una mera necesidad práctica. Sencillamente o soy-con o no soy hombre, ni persona. La persona sólo tiene conciencia plena de sí misma como libre, en el encuentro interpersonal con los otros. Sólo se autorrealiza como libre decidiendo sobre sí misma, sobre su misma capacidad de decisión, y sólo decide realmente sobre sí misma cuando se abre en doble actitud generosa de entrega al otro y de aceptación del otro. Solo se puede hablar de auténtico encuentro personal cuando esa actitud es mutua y recíproca. La conciencia de la libertad sólo brota en la alteridad y sólo crece en la alteridad, en el encuentro con los otros: percibo mi singularidad cuando percibo mi diferencia con lo otro; percibo mi individualidad

---

<sup>23</sup> *Fenomenología del espíritu*, Trad. Wenceslao Roces, FCF, México (1966), Amazon, Leipzig, p. 113

<sup>24</sup> *Ser y Tiempo*, cit., pp. 119 y ss.

<sup>25</sup> *El ser y la nada*, cit., p. 344 y ss.

en libertad sólo cuando percibo mi diferencia con los otros igualmente libres; cuando percibo mi libertad como diferente y distinta de la de los otros, sin olvidar que conciencia de la libertad y ejercicio de la libertad son el patrimonio común de todas las personas. Eso es lo que evidencia la expresión ser-con. En la conservación y acrecentamiento de ese patrimonio común es donde encuentran su raíz la solidaridad y corresponsabilidad de todos como deber jurídico ciudadano<sup>16</sup>. En razón de esa solidaridad, no sólo soy responsable de mis actos sino también de lo que hacen o dejan de hacer los otros; no soy responsable de mis actos sólo ante mí mismo, sino también ante los demás<sup>17</sup>.

Sin violencias, pueden extraerse de aquí varias consecuencias:

*Primera.* La comunicación con los otros es vía esencial para la autorrealización, para el permanente progreso del desarrollo personal. Esa relación de comunicación no es meramente cortical o tangencial, es encuentro intersubjetivo e interpersonal. No se queda en una mera armonización ni en la mera cooperación de los diferentes, ni siquiera en una mera convivencia. Si se me permite el neologismo, ese encuentro interpersonal implica co-vivenciar o, lo que es lo mismo, ser capaz de ponerme en lugar del otro para vivenciar sus vivencias. No para intercambiar vivencias, no para compartir vivencias (las tuyas y las mías siempre serán distintas); de lo que se trata es de ponerse en los zapatos del otro para vivir, siquiera sea por analogía, las vivencias del otro. Ese es el zaguán para el encuentro personal en profundidad con el otro.

Objetivo último de la comunidad política es crear y fomentar las mejores condiciones para el desarrollo de la personalidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, como únicos e irrepetibles, libres y esencialmente seres-con los otros. No se trata sólo de sortear las posibles colisiones entre los derechos de libertad de unos y de otros, ni sólo de coordinar los esfuerzos de todos para un objetivo común, sino de propiciar y fomentar el encuentro y la comunicación interpersonal de cara a la autorrealización, como adivinaba von HILDEBRAND<sup>18</sup>. Ese es el espíritu del que habla HEGEL como realidad de la "unidad", sin merma de su "li-

---

<sup>16</sup> Ver HARTNANN, *Ética*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2011, pp. 461y ss.

<sup>17</sup> SCHELER M., *Ética*, Caparrós editores, Madrid, 2001, p. 645.

<sup>18</sup> *Die Methaphisik der Gemeinschaft*, Regensburg, 1955.

bertad e independencia" a pesar de su "contraposición, de "distintas conciencias de sí que son para sí": el yo es el nosotros y el nosotros es el yo"<sup>19</sup>.

*Segunda.* Ser-con implica además compartir, como patrimonio común, los valores de conciencia, libertad y autenticidad. Algo que arrastra consigo la corresponsabilidad solidaria en la conservación y acrecentamiento de esos valores: de la igualdad en la libertad sin mengua de la singularidad personal, de la conciencia de libertad y de la libertad de conciencia. Corresponsabilidad solidaria equivale a ser responsables no solo de nuestras propias decisiones y de nuestros propios actos, como decían SCHELER<sup>20</sup> y HARTMANN<sup>21</sup>. También somos responsables de los actos de los demás en la medida en que afecten, positiva o negativamente, a esos valores.

*Tercera.* El objetivo último de la vida en común, de la comunidad política, al que deben estar orientados todos los demás, es la persona singular e irrepetible y su máxima realización como persona libre que se autodetermina y se autorrealiza. Su objetivo fundamental es crear y propiciar las condiciones que posibiliten el pleno desarrollo de la personalidad y que eliminen cuantas circunstancias puedan obstaculizar o dificultar ese objetivo.

Nuestra Ley Orgánica de Libertad religiosa en su art. 2 ha captado con nitidez la relación entre libertad religiosa de la persona singular y la libertad religiosa de los colectivos constitucionales en los que se integran en razón de su fe. Es verdad que el art. 16.1 CE se garantiza la libertad de conciencia de personas singulares y comunidades, sin aclarar cuál es la relación entre la libertad de las unas y de las otras. Pero la respuesta inequívoca la da la ley orgánica. En efecto, en su artículo 2, 1, d), tipifica como contenido del derecho de libertad religiosa la libertad de reunión y manifestación pública y la de "asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente ley orgánica". En el mismo artículo queda claro que el contenido de ambos derechos de libertad religiosa no es el mismo, el de las Iglesias, confesiones y comunidades que el de las personas físicas. El contenido del de estas últimas aparece descrito

---

<sup>19</sup> *Fenomenología del espíritu*, cit., p. 113

<sup>20</sup> *Ética*, trad. Hilario Rodríguez Sanz, Caparros Editores, Madrid, 2001. Pp. 658 y ss.

<sup>21</sup> *Ética*, trad. Javier Palacios, Ediciones Encuentro, Madrid, 2011, pp. 461-464

en el número 1 del art. 2; el contenido del segundo en el número 2 de ese mismo artículo y en el art. 6. Por si las cosas no quedarán suficientemente claras se insiste en subrayar en el art. 6.1. que la autonomía interna, al reconocérseles la posibilidad de establecer en las normas de su régimen interno "cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa, tiene siempre como límite infranqueable los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, no sólo los fundamentales, sino todos los constitucionales, "en especial los de libertad, igualdad y no discriminación". O lo que es lo mismo, caso de colisión, prevalece el derecho de libertad religiosa de las personas singulares sobre el derecho de las confesiones. En ningún artículo de la ley se establece, en cambio, que el derecho de libertad religiosa de comunidades, iglesias o confesiones sea un límite del de las de las personas físicas, de la libertad religiosa de sus miembros, desde la perspectiva del Derecho del Estado. Para él la iglesias, comunidades y confesiones religiosa son asociaciones, aunque de conciencia, voluntarias y de interés particular.

De tener en cuenta este principio nos habiéramos ahorrado algún que otro disparate jurisprudencial en el que se ha deslizado como base de la decisión la idea inconsciente de considerar a las iglesias como instituciones de fundación divina, olvidando que desde el punto de vista del ordenamiento secular es simplemente una asociación voluntaria de interés particular.

## 4. CONCIENCIA Y DERECHO

Así las cosas, no parece difícil caer en la cuenta de que se acrecienta la cercanía entre conciencia y Derecho. Me limitaré a aludir a tres aspectos de esa relación: la presencia protagonista del derecho de libertad de conciencia en el *pacto por la convivencia*, base misma del Derecho; su presencia igualmente protagonista en la vertebración de las libertades públicas y de los derechos fundamentales (derechos subjetivos); y finalmente, su papel como principio informador de la estructura y dinamismo del ordenamiento.

### 4.1. *Libertad de conciencia y pacto por la convivencia*

El pacto constitucional está integrado, explícita o implícitamente por dos pactos: el *pacto por la convivencia* y el *pacto por la justicia*.

El pacto por la justicia del que habla RAWLS<sup>22</sup> presupone un pacto previo: el *pacto por la convivencia*. *Sobre ese pacto se cimenta y se construye todo el ordenamiento jurídico*. Ese pacto entraña el compromiso de dejar fuera de la discusión ciudadana las doctrinas comprensivas, las cosmovisiones y, por tanto, las creencias y convicciones. Yo preferiría hablar preferentemente de convicciones, de creencias con consecuencias en las conductas. La razón es que esas convicciones, cuando son no sólo distintas, sino contradictorias e incompatibles entre sí, son un obstáculo infranqueable para la discusión razonada y el acuerdo. “Los intereses transigen, las conciencias no” decía ANDRÉ MAUROIS<sup>23</sup>. El pacto por la justicia, y las discusiones y acuerdos para hacer real y efectiva la igualdad en la libertad, se verían seriamente obstaculizados e incluso impedidos, al menos parcialmente.

Pues bien, en la base misma de ese pacto previo nos topamos con el derecho de libertad de conciencia. Porque ante esa situación de incompatibilidad de convicciones que hace imposible la discusión y el acuerdo sólo cabe el compromiso de respetarse mutuamente de cara a conseguir la igualdad de derechos sin tener en cuenta la incompatibilidad de convicciones: *neutralidad* de la comunidad política respecto a las convicciones, tanto en sentido horizontal (de unos ciudadanos respecto los otros) como vertical (de los poderes públicos respecto a los ciudadanos), y justamente por este orden lógico. Ese sería uno de los primeros compromisos del pacto, pero no el primero. Porque antes de nada será necesario desbrozar las convicciones o valores comunes, bien porque todas las doctrinas omnicomprendivas o cosmovisiones en presencia coincidan de hecho, total o parcialmente, o bien porque se consensuen como punto de partida y terreno común de la discusión política (acuerdo traslapado<sup>24</sup>, diría RAWLS), sin necesariamente compartirlos. El primer compromiso sería respetar, defender y fomentar esos valores, lo que no implica en todo caso asumirlos íntegramente como propios, ni como inmutables. Me refiero a los valores de la persona y de su dignidad como ser libre y ser-con, que hemos intentado dibujar. El “yo”, identidad y diferencia, descansando sobre dos pilares: la conciencia de la libertad y la libertad de conciencia que, integrando el milagro de la personalidad, son, en definitiva, el contenido de

---

<sup>22</sup> *Liberalismo político*, FCE, México, 1995, pp. 29 y ss; p. 34.

<sup>23</sup> “Historia de Inglaterra”, en *Obras completas*, Plaza y Janés, Barcelona, 1968, p. 934.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 39 y 146 y ss.

la que se llama moral pública, que no es otra cosa que *moral juridificada* (PECES BARBA): conciencia moral y Derecho unidos. Al mismo tiempo habría que aceptar un segundo compromiso en relación con los valores diferenciales puesto que la convivencia es convivencia de los diferentes. Habría que distinguir entre esos valores los compatibles con los que previamente hemos aceptado como comunes y los contradictorios con ellos. El compromiso respecto a los primeros es el de respetarlos, aunque sean contradictorios con los nuestros; respecto a los segundos, el de expulsarlos del ordenamiento. Todavía entre los compatibles con los comunes es preciso distinguir los que son valores de conciencia en sentido amplio o débil (pensamientos, ideas u opiniones) y los que son valores de conciencia en sentido estricto o fuerte (creencias y convicciones). Los segundos no pueden ser impuestos obligadamente a nadie; eso implicaría la violación del derecho de la persona a la libertad de conciencia. Los primeros, en cambio, sí, con tal de que sean los avalados por la mayoría con arreglo a las reglas democráticas, tercer compromiso del pacto por la convivencia. Otra cosa es que las reglas democráticas deben haber adoptado cautelas que impidan lo que tan decididamente combatía STUART MILL<sup>25</sup> y que él llamaba *tiranía de las mayorías* que, en mi opinión, devienen, casi inexorablemente, en una *dictadura de conciencias*. La democracia, muy importante y absolutamente necesaria, es en buena medida instrumental. Tiene como objetivo último la persona: crear las condiciones de convivencia más adecuadas para su desarrollo de acuerdo con su propia conciencia. El Derecho se nutre de tres raíces de conciencia: la conciencia objetiva y subjetiva, del mundo y de sí mismo en el mundo, la conciencia de la libertad y la conciencia de la alteridad.

#### **4.2. Derechos subjetivos: conciencia y derechos fundamentales**

HABERLE<sup>26</sup> lo ha expresado sin ambigüedad: el derecho de *libertad de conciencia es el derecho-base de los derechos fundamentales, aunque no se evidencie de manera cotidiana*. Recuérdese que la persona, la conciencia de la singularidad, identidad y diferencia, y la conciencia de la libertad, son la fuente y sustento de todos los demás derechos subjetivos.

<sup>25</sup> *Sobre la libertad*, pp. 21-22.

<sup>26</sup> *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad católica de Perú, Fondo editorial, 1997, p. 256

Por lo pronto me parece que no necesita demostración lo que ponía de relieve la comprensión del derecho de libertad de conciencia de Stuart MILL, integrado, según él, por los siguientes elementos<sup>27</sup>: libertad interna, libertad de manifestar los contenidos internos de la conciencia (libertad de expresión, libertad para acomodar la conducta a las convicciones internas) y, por último, libertad de asociación. Permítanme subrayar que está última libertad está contenida en el derecho de libertad de conciencia; algo en lo que no se repera suficientemente cuando se pretende equiparar el derecho de libertad de conciencia reconocida a los personas jurídicas con el derecho de libertad de conciencia de las personas singulares (personas físicas): El primero es un derecho derivado del y al servicio instrumental del segundo; recuérdese que el *ser-con* forma parte de la persona singular (de la corriente de vivencias de la conciencia) y que la libertad de asociación forma parte integrante, en virtud de ese *ser-con* del derecho de libertad de conciencia de la persona singular.

En todos los casos, para MILL integran ese contenido de la libertad de conciencia no solo las creencias y las convicciones (libertad de conciencia en sentido estricto o fuerte), sino también las ideas o meras opiniones (libertad de conciencia en sentido amplio o débil).

En este contexto no parece tarea demasiado ardua percatarse de que las manifestaciones de la libertad de pensamiento (de ideas y opiniones) no son más que prolongación de la libertad de conciencia en sentido estricto. Sólo dos diferencias: el grado en el que comprometen a la persona y el grado de protección que les dispensa el Derecho. Los derechos y libertades del artículo 20 de nuestra Constitución no son más que prolongación del derecho de libertad de conciencia del artículo 16. Del mismo modo esa misma relación es la que vincula los derechos y libertades del artículo 18 con los consagrados en el 16 de la DUDH o los del artículo 10 con respecto a los del 9, del CEDH.

En este contexto no parece difícil advertir que derechos o libertades como los de reunión, manifestación o participación políticas son prolongación (contenido de la libertad de asociación) a la par que instrumentos necesarios para la realización real y efectiva de las libertades que MILL consideraba como integrantes de la manifestación de la libertad de conciencia, ni creo que necesite clarificación alguna la conexión estrecha con

---

<sup>27</sup> *Sobre la libertad*, p. 29

la conciencia, con lo más profundo del yo, de los llamados “derechos personalísimos”, también fundamentales, como los derechos a la intimidad, a la propia imagen o al honor. Como dice nuestro TC, la coherencia entre intimidad y exterioridad, entre lo que se piensa o cree, lo que se dice y lo que se hace es la fuente de la autoestima y de la estima de los demás, algo que apuntala la centralidad de la autenticidad personal.

Todo cuanto estoy diciendo es aplicable también al derecho a la vida. Ya sé, como ha expresado nuestro TC, que la vida como hecho biológico es el *prius* lógico y ontológico de la persona y, por tanto, de todos sus derechos. Sin titular no existen derechos. Eso es verdad con respecto a la vida como fenómeno biológico, pero no lo es respecto del derecho a la vida. Porque el fundamento del derecho a la vida del hombre es su dignidad como persona y por tanto los elementos que integran la personalidad: conciencia de su identidad y diferencia, de su singularidad, y conciencia de su libertad. La STC 154/2002 parece apuntar en esa dirección cuando reconoce el valor jurídico de la decisión del menor frente a la decisión de los médicos, aunque sin atreverse a plantear la responsabilidad por el adoctrinamiento de su hijo que le conduce a adoptar, aterrorizado, esa decisión, para esquivar las penas del infierno<sup>28</sup>.

Añadiré otro argumento, sólo en escorzo: Todos los derechos fundamentales, sean de mera libertad o de prestación, o ambas cosas, son inseparables; la realización efectiva y real de los primeros es imposible sin los segundos.

Afecta, por último, a todos los demás derechos, tanto en el ámbito público como en el privado. Eso es lo que exige el *principio de no discriminación* por razones de conciencia (identidad y diferencia), tanto en la titularidad como en el ejercicio de los demás derechos.

La concepción husserliana, globalizadora de la conciencia, como referencia única de la corriente de vivencias del yo, conduce, en nuestra opinión, a la conclusión de que la libertad de la conciencia es la madre de todas las libertades y derechos de la persona, que contiene, es fun-

---

<sup>28</sup> Ver sobre el tratamiento jurisprudencial este tema, CASTRO JOVER, A., “La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española”, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares Granada, 1998; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de conciencia*, II, 4ª ed., pp. 363 y ss.

damento, y fuente original de todas las demás libertades y de todos los demás derechos de la persona en cuanto tal. La libertad de la conciencia engloba todo eso. El estudio del Derecho tiene que ser necesariamente transversal; debe ser visto desde esta perspectiva transversal de la conciencia, si no quiere desnaturalizarse y equivocar radicalmente el tiro, contribuyendo, no a la más plena y libre autorrealización de la persona, sino a la despersonalización, condenándola consecuentemente a la mediocridad del "se".

Añadiré una última reflexión. La fuente de la libertad, de todas las libertades es la conciencia de la libertad. "La conciencia es absolutamente libre porque sabe su libertad y precisamente este saber su libertad es su sustancia y su fin y su único contenido"<sup>29</sup>, de un lado; de otro " El campo del Derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y su determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del Espíritu, expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza"<sup>30</sup>.

### **4.3. Estructura y dinamismo del ordenamiento**

Dada la irrompible unidad de derecho a la identidad y derecho a la diferencia como expresiones del derecho de libertad de conciencia, de un lado, y la comunidad en la participación de la conciencia de libertad y en la libertad de conciencia, de otro, el ordenamiento jurídico ha de responder, tanto en su estructura como en su dinamismo, al permanente intento de armonizar unidad y pluralidad, identidad y diferencia, generalidad y singularidad. En esa misma dirección ha de remar la búsqueda de la plena autonomía de la persona sintiéndose autor de las normas que le obligan. Porque sólo la autonomía le garantiza la plena libertad.

La consecución de estos objetivos entraña dos exigencias: que la democracia sea lo más participativa posible y que las leyes se acomoden lo más posible a la singularidad. Ni la descentralización política ni la acomodación razonable son una simple alternativa; son una necesidad y una

---

<sup>29</sup> HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, cit., p. 352.

<sup>30</sup> Del mismo, *Filosofía del Derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero, Edit. Claridad, Buenos Aires, 5ª edición, 1968, p. 46.

exigencia de la conciencia de la libertad y de la libertad de conciencia. Que las normas imperativas, sean las menos posibles, que sean preferibles las normas personales a las territoriales y las particulares a las generales, no es más que la respuesta a la exigencia del respeto de las conciencias singulares. Por tanto, esa "acomodación razonable" tiene que estar presente ya en la misma elaboración de las leyes y no sólo en su ejecución y aplicación. De ahí también que el pacto por la justicia solo sea posible y viable sobre la base del pacto previo por la convivencia y de ahí también que el primer principio del pacto por la justicia, igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, ha de entenderse matizado por el de equidad. Solo así se garantiza la armonización de identidad y diferencia, de igualdad y diversidad, de generalidad y singularidad: algo que debe impregnar permanentemente la perspectiva del jurista.

Esto mismo vale respecto al ordenamiento como entramado institucional y a la relación entre las instituciones, tanto horizontal como vertical. También ese entramado tiene que estar configurado de manera que sirva como fines supremos a la realización auténtica de la persona, de todas las personas, al desarrollo de la conciencia de sí mismos y de la conciencia de su libertad. A ese objetivo deben estar orientadas, tanto la distribución de competencias como su ejercicio, la participación en ellas y su control democráticos.

Desde esta perspectiva creo que es posible dar una respuesta razonable a los problemas que al jurista le plantean, tanto la objeción de conciencia, como la misma desobediencia civil.

Con respecto a la primera, en el contexto descrito, debo hacer las siguientes observaciones:

1ª) La objeción de conciencia es un supuesto en el que la contradicción entre conciencia personal y ley, entre generalidad de la norma y singularidad de la conciencia, es más escandaloso. La solución que se dé a esta contradicción es la mejor prueba de que el ordenamiento ha sido capaz de tener en cuenta el derecho singular a la diferencia, haciéndole compatible con la generalidad de la ley y sin poner en riesgo la seguridad jurídica. La llamada "acomodación razonable" es una exigencia de la equidad como acomodación de la igualdad al derecho a la diferencia.

2ª) La técnica de la "acomodación razonable" de los modelos anglosajones no puede ser trasplantada, sin más a los sistemas continentales sin poner en riesgo la seguridad jurídica. Para conseguir efectos similares

en los sistemas continentales en los que el juez no tiene las posibilidades creativas de los jueces anglosajones, debe ser la ley la que establezca con nitidez y precisión las condiciones, requisitos y límites que deben concurrir en el supuesto de hecho para que la objeción de conciencia tenga efectos liberadores de responsabilidad por el incumplimiento de la norma. Algo que implica la previsión legal de esos supuestos

3ª) En aras del derecho de libertad de conciencia la ley debe ofrecer al obligado por la ley una alternativa entre dos obligaciones ciudadanas entre las que pueda elegir libremente el ciudadano. La tipificación de esa segunda obligación como *sustitutiva* deja la decisión en manos de la autoridad, de la que depende que se considere que el solicitante cumple o no los requisitos exigidos; no hay posibilidad de elección entre ambas obligaciones ni es completa la libertad del objeto, por tanto. Obliga además a violar el derecho a la intimidad al intentar controlar la conciencia para dar por probada la sinceridad y autenticidad de la actitud del objeto.

Es verdad que el supuesto de la desobediencia civil es bastante diferente. En este caso se trata del incumplimiento de una norma como método de protesta por su vigencia con cerrazón numantina del sistema al cambio y que se considera radicalmente injusta por una minoría significativa. No se trata, por tanto, de una actitud meramente individual, ni tiene como pretensión resolver el problema de la propia conciencia con la ley, en eso se distingue de la objeción de conciencia, sino el de que la ley se cambie para eliminar su radical injusticia; de otra parte, la percepción de la ley que se tiene por esa minoría es que se trata de una ley radicalmente injusta; no basta cualquier desacuerdo con la ley sino la percepción de una contradicción con los valores comunes de la comunidad política, es decir, con valores de conciencia. Recordemos, por otra parte, la teoría de ROUSSEAU. El pacto de asociación por el que se articula la sociedad no es ficticio como pudiera parecer a primera vista; es verdad que no es expreso ni puntual, pero es el resultado lento y continuado de un largo proceso dialógico en expresión de HABERMAS. De manera que es perfectamente razonable que la desobediencia civil sea la reacción de conciencia de quien se siente legislador de una ley injusta, contradictoria con los valores derivados de la dignidad de la persona. Todavía un añadido más o dos: quienes desobedecen la norma no cuestionan el sistema jurídico mismo; es más, están dispuestos a aceptar las consecuencias penales correspondientes. La pregunta es si es pensable su incorporación al sistema jurídico como un mecanismo de cambio para los supuestos de anquilosa-

miento del sistema. Por la respuesta positiva parece inclinarse Arendt<sup>31</sup>. Termino con una pregunta ¿Qué problema irremontable habría en que el ordenamiento admitiera una vía privilegiada de iniciativa legislativa popular, a través de la que se encauzara la desobediencia civil, con la posibilidad de su defensa ante el parlamento y con exención, o al menos atenuación de responsabilidad por el incumplimiento de la norma ahora derogada utilizado como fuerza de presión para llamar la atención de su injusticia, caso de salir parlamentariamente adelante?

#### 4.4. *Derecho a la libre formación de la conciencia*

El reducto más íntimo de la conciencia escapa al control del Derecho y en ese sentido, pero sólo en ese sentido, es válida la afirmación de que la interioridad es cosa de la ética y la exterioridad del Derecho. Efectivamente el Derecho no puede pretender controlar con prohibiciones o mandatos la interioridad de las conciencias, pero sí puede y debe defender esa libertad interna frente posibles violaciones externas; sí puede y debe fomentar que esa libertad sea real y efectiva, creando y fomentando las condiciones más propicias para ello. Los actos internos son el precedente necesario de los externos: en la correspondencia fiel de estos últimos con los primeros está anclada la autenticidad personal. El derecho a tener y progresar en la conciencia de la libertad es *conditio sine qua non* de la libertad de conciencia y consiguientemente de la autenticidad personal. Ese es el objetivo prioritario al que tiene que servir el Derecho. Solo se es libre sabiéndose libre y sólo se aprende a ser libre siendo realmente libre desde el alba de la conciencia. El derecho a la *libertad en la formación de la conciencia* es, por tanto, el primero y más originario de los derechos de la persona, el que la constituye como "yo". Esa libertad será efectiva sólo en la medida en que se tenga conciencia de ella. Función del Derecho, la primordial, será por tanto proteger y fomentar la libre formación de las conciencias. La conciencia de la libertad, su germinación y progresivo crecimiento, se convierte así en objetivo fundamental del Derecho.

Ha sido nuestro TC quien ha abierto brecha en esta dirección cuando utilizó esta expresión, "*derecho de la libre formación de la conciencia*", en

---

<sup>31</sup> Sobre la desobediencia civil, HANAH ARENDT en *Crisis de la República*, Ed Trotta, Trad. de Guillermo Alonso, Madrid, 2015, pp. 43 y ss.

una sentencia temprana, la 15/1982. Es verdad que lo hace en un *obiter dictum* y que no vuelve a reiterarla. Pero unos años más tarde dicta la sentencia 141/2000<sup>32</sup> que parece aplicar, en parte el menos, esa doctrina: supone violación de la libertad de conciencia, no sólo el proselitismo abusivo, en cuestiones de conciencia (creencias o convicciones) respecto de personas mayores, sino el proselitismo y cualquier tipo de adoctrinamiento de los padres con respecto a sus hijos; argumento, entendemos nosotros aplicable, con no menor razón a los profesores e instituciones educativas, respecto al alumnado.

La STC en respuesta al recurso interpuesto por el padre, le da la razón y considera injustificadas las limitaciones de la Sentencia de la Audiencia provincial. Lo que me parece especialmente destacable son sus argumentos: 1) La Constitución (art. 16.1) ampara por igual a todas las formas de libertad de conciencia, sea religiosa o secular; 2) La libertad de conciencia está sometida a límites, entre otros a los derechos fundamentales, también la libertad de conciencia, de los demás; algo especialmente destacable con respecto a la libertad de expresión de las propias creencias y convicciones o al comportamiento correspondiente cuando puedan tener influencia en los demás; esa influencia se acusa especialmente en los casos en los que tales manifestaciones pretenden el proselitismo y adoctrinamiento, lo que se agravaría, añadimos nosotros en el caso de los menores; 3) la función de los padres respecto a la libertad de conciencia de sus hijos se limita "guiar" a sus hijos, pero no a sustituirlo en el ejercicio de ese derecho, de manera que estos no pueden ser obligados y pueden oponerse a seguir la fe de sus padres; de manera que se mantiene la prohibición al padre de cualquier intento de proselitismo o adoctrinamiento de sus hijos.

---

<sup>32</sup> El supuesto de hecho sobre el que el TC tiene que pronunciarse podría describirse en los siguientes términos: 1) Los cónyuges viven ya separados de hecho, católica ella y convertido a la Iglesia Gnóstica Universal él, cuando recurren al juez de primera instancia para obtener la separación judicial; 2) la sentencia accede a la solicitud de separación, dejando a la madre la guardia y custodia al tiempo que ambos mantienen la patria potestad, imponiendo al marido la prohibición de adoctrinamiento y proselitismo con respecto a sus hijos; 3) La madre recurre y la Audiencia provincial atiende su recurso y limita el régimen de visitas (fines de semana alternos y vacaciones a la mitad) reduciéndolas al fin de semana de 10 a 20 horas con exclusión expresa de que los hijos pasen la noche con el padre.

Ya sé que esta perspectiva se asoma a horizontes desconocidos, amedrentadores, y que estremecen. Porque sus consecuencias ponen patas arriba el papel que le corresponde a la educación en esa tarea de proteger y estimular la conciencia de libertad. Obliga a revisar a fondo todo el sistema educativo; obliga a revisar categorías como la de la *patria potestas* o la *del interés superior del niño*.

En la última sentencia citada, nuestro TC no lleva hasta el final su argumentación, extendiendo las mismas conclusiones con respecto a la madre. Seguramente porque es consciente del fermento revolucionario que anida en el seno de tal orientación. En línea con la sentencia del 82 se censura y prohíbe como violación del derecho de libertad de los hijos su adoctrinamiento por el padre. Pero ¿hubiera dicho lo mismo si quien tenía la guarda y custodia hubiera sido el padre no católico, en lugar de la madre católica? ¿Cuál es el peligro para el "interés superior" del niño al que se alude? ¿Es la fe concreta del padre, es decir, el contenido concreto de esa fe, o lo es el trauma que previsiblemente pueda provocar el cambio de fe? En ese caso, ¿el adoctrinamiento del padre es un peligro para el desarrollo de la personalidad del niño y no lo es el previo de la madre? Lo que está claro es que el *libre desarrollo de la personalidad* aparece consagrado en el propio texto constitucional que, después de cuanto he dicho, me considero autorizado para identificar con la libre formación de su conciencia: conciencia de su identidad, de su diferencia y de su singularidad, y conciencia de su libertad. Lo que constituye, en definitiva, la base de su integridad moral y, en última instancia, su dignidad como persona, fin en sí mismo, no utilizable por nada ni por nadie en términos kantianos. ¿No hubiera sido más lógico recurrir a la defensa en ambos casos del derecho del niño a la libre formación de su conciencia?

La cautela del TC vuelve a repetirse en la sentencia 154/2002, en la que opta por considerar libres de responsabilidad a los padres por no intentar convencer a su hijo para que cambie su decisión; el Alto Tribunal rehúye plantearse la posible responsabilidad de los padres en el adoctrinamiento del hijo (todos ellos testigos de Jehová, que, aterrorizado, prefiere la muerte al infierno, al que le condenaría, según su fe, someterse a una transfusión de sangre para evitar la muerte. Lo sorprendente es que no eche mano del argumento de que la libertad de la formación de la conciencia del menor no soportaría tal invasión porque equivalía a una auténtica violación de esa libertad. Se quiebra así la línea de pensamiento de las sentencias STC 15/1982 y 141/2000.

Sorprende esta desorientación del TC cuando la brújula de la ley orgánica de libertad religiosa señala con seguridad el camino. En efecto, identifica como uno de los contenidos de la libertad religiosa de la persona singular “profesar las creencias religiosas que *libremente elija* o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía”. Es decir, la persona sólo puede elegir libremente en este terreno si tiene madurez suficiente para que la elección sea realmente libre. Todo adoctrinamiento hecho desde el prevalimiento de la superioridad es un atentado contra la libertad de conciencia del menor. Todo intento de adoctrinamiento del menor sin madurez para la aceptación o rechazo crítico y libre de la creencia de la que se le intenta convencer es proselitismo ilegítimo por abusivo. La libertad de conciencia incluye, sólo la libertad para creer o no creer, sino para dejar de hacerlo en el futuro. La falta de libertad inicial para creer hipoteca la posibilidad de la libertad para dejar de profesar una determinada fe o sencillamente la fe. No caben ni el adoctrinamiento ni el proselitismo del menor. Lo impide la concepción de la libertad de conciencia por parte del Ley orgánica de libertad religiosa; es más, pone en serio riesgo la libertad del mayor de edad para cambiar de la fe que se le ha inculcado cuando era menor, sin la suficiente madurez como para elegir y decidir con libertad. De las creencias del mayor de edad, inculcadas por adoctrinamiento o proselitismo en su niñez, puede decirse con toda legitimidad que no son las que él ha querido y, por tanto, que no es él quien las tiene a ellas, sino ellas la que le tienen a él, mermando su propia libertad de conciencia para abandonar esa fe en flagrante violación de la Ley Orgánica. A esa dificultad de desprendimiento de las propias creencias se refiere Ortega cuando distingue a las ideas y las creencias con la afirmación de que las ideas se tienen en tanto que en las creencias se está<sup>33</sup>. Pueden pasar muchos años desde el momento en que se ve racionalmente claro que las creencias recibidas y que te fueron inculcadas en tu niñez no te dicen nada, o en que las percibes como irracionales, hasta el momento en que te sientes y te vives realmente libre de ellas. La descripción de la adolescencia como ese momento en que echamos por la ventana todas las creencias que nos han inculcado de HERMAN HESS en el *Lobo estepario*, es una idea literaria brillante, pero, en mi opinión, alejada de la realidad.

---

<sup>33</sup> *Ideas y creencias*, Espasa Calpe, 5ª ed., Madrid, 1955, p. 17.

La doctrina española más progresista<sup>34</sup> ha puesto de relieve el *punctum dolens* de nuestra Constitución en esta materia: el número 3 del art. 27 en contradicción palmaria con el número 2 del mismo artículo. Es más que difícil conciliar el derecho de los padres en relación con la “formación religiosa y moral de sus hijos que esté de acuerdo con sus propias convicciones” con la determinación como objeto de la educación del “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” y con el derecho de lo menores a la titularidad del derecho de libertad de conciencia del artículo 16 en cuyo ejercicio no pueden ser sustituidos por nadie.

Tanto la tipificación del derecho de los padres como un derecho no frente el derecho de los hijos, sino frente al Estado que sitúa la colisión entre ese derecho de la patria potestad y el Estado y que sortea su choque con el derecho a la libertad de conciencia de los hijos menores, como la distinción entre el “interés superior del niño” en abstracto y en concreto, contribuyen a aliviar esa tensión, pero no sé si consiguen superarla. Ciertamente la identificación del “interés superior del niño”, con la libre formación de su conciencia y con el desarrollo de su personalidad supone un importante paso adelante, pero en mi opinión insuficiente. Se necesita una mayor concreción.

La libre formación de su conciencia y el desarrollo de la personalidad son fórmulas cuyo contenido es preciso explicitar y concretar desde una adecuada comprensión del derecho de libertad de la conciencia. Y es que ésta incluye fundamentalmente dos cosas: percepción consciente del

---

<sup>34</sup> Especialmente a tener en cuenta CAMARA VILLAR, G., “Un problema constitucional no resuelto: “El derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos”, en *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle* (Coord. Balaguer Castejón, F), Tecnos, Madrid 2004, pp. 439-462; ALAEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos Madrid, 2003; ASENSIO SÁNCHEZ, M.G., *La patria potestad y la conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006; VALERO HEREDIA, A., *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, 2009; CUBILLAS RECIO, M., “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, número 2, 2002, pp. 157-219, SERRANO POSTIGO, C., “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 805-828.

entorno y de sí mismo (conciencia y autoconciencia), incluido su ser con los otros como parte de su identidad personal, de un lado, y de otro, la conciencia de la libertad, fuente de la libertad misma, y su libre ejercicio.

Me parece que los juristas prestamos poca atención a otra distinción que se me antoja decisiva en el tema: Por un lado, la distinción entre derecho de libertad de conciencia con las dos componentes indicadas (1) conocimiento de sí mismo y del entorno, de un lado, y acrecentamiento y maduración de la conciencia de libertad y (2) la adquisición de las técnicas, destrezas y hábitos que fomenten ese acrecentamiento y faciliten el ejercicio de esa libertad, con pleno reconocimiento y respeto de la libertad de esos otros con independencia de cuál sea su cosmovisión (tolerancia). Con respecto a ambas la función y competencia de los padres respecto de sus hijos menores es ministerial: el derecho fundamental es el de los hijos a la libre formación de su conciencia. De otro, la transmisión de las propias creencias y convicciones, de la propia cosmovisión, al menor. Lo que no se compadece con el debido respeto de la libertad de conciencia y, sobre todo con su libertad para formar y desarrollar su propia conciencia es el intento de adoctrinamiento o proselitismo de sus hijos con la germinación en ellos de las creencias y convicciones propias de los padres, como si fueran seres ideológicamente clonados, conformando su cosmovisión por transferencia de las propias creencias y convicciones. Otra cosa es que la patria potestad les obliga a poner en manos de los hijos menores los conocimientos, destrezas y hábitos que les facilite el conocimiento de sí mismos y de su mundo (cultura) y el fomento de su conciencia de libertad y el ejercicio responsable de esa libertad de acuerdo con su sí mismos.

Pertrechados con este bagaje, podríamos afrontar la tarea de reconstruir el sistema interpretativo de nuestra Constitución con mayores garantías de acierto.

Puesto que tengo en propósito de volver más detenidamente sobre el tema<sup>35</sup>, me limitaré aquí a hacer apunte a modo de sugerencias.

Refiero a la interpretación del texto art.27.3 CE.

Si se acepta que la confrontación no se pueda dar entre el derecho de la patria potestad y el derecho de libertad de conciencia del menor;

---

<sup>35</sup> Espero dar por terminado antes de un año un libro con el título "Sobre la tolerancia".

si se acepta que el derecho que se reconoce a los padres es un derecho, no frente al menor sino frente al Estado; la patria potestad tiene como contenido la protección del interés superior del niño; si el interés superior del niño se identifica con el desarrollo de su personalidad y esta con el desarrollo de su libertad de conciencia, del desarrollo de su conciencia de sí mismo en el mundo y con los otros y de la conciencia de su libertad, de donde el germen de la conciencia de su responsabilidad por sus decisiones y por sus actos, el derecho que se reconoce a los padres se confunde con su deber de proteger y defender la libertad de conciencia del menor y de su formación. Los padres pueden y deben exigir al Estado y a las instituciones públicas el respeto de las convicciones de los niños, absteniéndose de condicionar la libre formación de esas convicciones y defendiéndoles de que terceros puedan condicionarlas.

Así las cosas, la expresión del art. 27.3 sólo superaría la aparente contradicción de esa expresión con el sistema de una de estas maneras. Entendiendo que "sus convicciones" se refiere a las convicciones del niño o caso de considerarla referida a las convicciones de los padres implica sólo dos cosas: que ni el estado ni un tercero, en virtud de su propia libertad de conciencia, puede adoctrinar o hacer proselitismo con el menor, intentando transmitirle creencias o convicciones contrarias a las de los padres, de una parte. Y de otra, que ni el Estado ni las instituciones públicas pueden hurtar al niño el *conocimiento, en una enseñanza neutra, objetiva y plural*, de la cosmovisión en la que se insertan las creencias y convicciones de sus padres. A ese conocimiento habría que entender referida la expresión constitucional "formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones", entendiendo el término formación como ayuda al desarrollo de un ser que se está haciendo a sí mismo, camino de su madurez personal.

## 5. CONCLUSIÓN

Termino con un texto de Descartes: "Mi propósito, pues, no es el de enseñar aquí el método que cada cual ha de emplear para dirigir bien su razón, sino sólo exponer el modo como yo he procurado conducir la mía. Los que se meten a dar preceptos deben estimarse más hábiles que aquellos a quienes los dan, y son muy censurables si faltan en la cosa más mínima. Pero como yo no propongo este escrito sino a modo de historia o, si

preferís, de fábula, en la que, entre ejemplos que podrán imitarse, acaso irán otros también que con razón no serán seguidos, espero que tendrá utilidad para algunos, sin ser nocivo para nadie y que todo el mundo agradecerá mi franqueza”<sup>36</sup>. Al menos, creo haber mostrado que mi propuesta, aunque no goce de la certeza de lo incuestionable, es razonable. Para evitar malévolas lecturas de intenciones, me permito evocar la distinción elemental entre objeto formal (perspectiva) y objeto formal de la ciencia. Mi propuesta se mueve en la plataforma del primero y no creo necesario advertir que el objeto formal no tiene propietario exclusivo.

---

<sup>36</sup> *Discurso del método. Meditaciones Metafísicas*, Espasa— Calpe S:A, México, 1982, pp. 36-37.

