

LIBERTAD DE PENSAMIENTO: RELATIVISMO O DIGNIDAD DE LA PERSONA

Angel Marzoa

1. Naturaleza

Junto con la libertad de conciencia y la libertad religiosa, constituye la libertad de pensamiento¹ el tríptico —lugar común de las declaraciones y pactos sobre derechos humanos²— integrante esencial de los *derechos de libertad*: «tres libertades distintas, aunque relacionadas», que «en cuanto son jurídicas, no tienen por objeto la interioridad de la persona —lo cual escapa al Derecho—, sino el hecho de que ésta viva y se comporte externa y socialmente de acuerdo con su pensar, su conciencia y su fe religiosa»³.

No se trata, evidentemente, de establecer con eficacia jurídica que cada hombre es libre de pensar lo que quiera, sin más especificaciones: hay sectores de la actividad humana que escapan al objeto posible de lo jurídico; en sí mismo, el pensar, como el recordar, memorizar o confiar y desconfiar, son libres, o más precisamente, en el sentido más radical del término, jurídicamente incontrolables; porque en sí

1. También llamada «libertad ideológica»; así, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, art. 16.

2. Cfr. *Declaración Francesa de 1789*, art. 10; *Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1776*, art. 4; *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, en Preámbulo y arts. 18 y 19; *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, art. 9; *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, ONU 1965, art. 5, d. VII; *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*, ONU 1966, arts. 18.1 y 19.1; *Pacto de San José de Costa Rica*, OEA 1969, art. 13.1; etc.

3. HERVADA-ZUMAQUERO, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona 1978, pp. 148-149, n. 258.

mismos no tienen una dimensión social que les haga susceptibles de intervención jurídica (otra cosa es, por cierto, la responsabilidad moral, que no es objeto de estas páginas).

Los derechos de libertad ⁴, en cuanto tales, tienen como contenido un «no hacer» de los demás individuos, consistiendo de modo principal en un «ser libre», estar libre frente a los demás y al Estado; pero también reclaman, por parte del Estado, no sólo una garantía negativa —dejar hacer—, sino también positiva: proteger y suministrar los medios para ejercer esas libertades a través de los resortes (leyes, tribunales y autoridad ejecutiva) de que la sociedad dispone ⁵.

Otro rasgo de su naturaleza, común a todos los derechos de libertad, es el de su carácter *predominantemente negativo* ⁶, en el sentido de que, de los momentos que puede comprender la libertad, *ser libre de algo o ser libre para algo* ⁷, el Derecho «sólo toma en consideración y da relevancia al primero, meramente negativo, sin importarle el uso que haga de la libertad su titular, salvo que, por extralimitarse,

4. Como precisa Fuenmayor, los derechos de libertad reciben este nombre en la doctrina «porque, históricamente, estos derechos logran su consagración legislativa cuando se atenúan o abrogan las restricciones vigentes hasta el momento de su promulgación o reconocimiento, que se contiene de ordinario en textos constitucionales». A. de FUENMAYOR, *La libertad religiosa*, Pampona 1974, p. 33. (Esta obra, decisiva en el tratamiento jurídico de la libertad religiosa, nos será muy útil en nuestro trabajo, ya que al tratar de uno de los más importantes derechos de libertad, ofrece una doctrina común con nuestro estudio de la libertad de pensamiento). Precisamente este origen histórico de la denominación aludida, como tendremos ocasión de hacer notar, puede perjudicar a su adecuada comprensión, en la medida en que puedan entenderse estos derechos como una cierta concesión del Estado, o simplemente como un ámbito de no intervención del mismo en la medida en que se relegue a una cuestión meramente individual de cada ciudadano.

5. Se trata, pues, de derechos que el hombre tiene a que «se le reconozca, respete y garantice una esfera de acción propia, independiente o autónoma e inviolable (...) Tienen como objeto predominantemente una conducta propia del individuo, la cual éste puede decidir libremente»; RECASÉNS SICHES, voz *Derechos del Hombre* II, *Estudio general*, en «Gran Enciclopedia Rialp», t. VII, Madrid 1979, p. 538.

Predominantemente, se dice, ya que «el objeto de tales derechos (los individuales) está constituido principalmente por los libres comportamientos positivos o negativos (acciones u omisiones) del individuo humano. Pero esto no acontece de un modo exclusivo, porque toda relación jurídica implica nexos sociales; y, entonces, resulta que el objeto de tales derechos consiste en la omisión por parte de los demás y del Estado de cualquier acción que se interfiera con la esfera libre de la conducta individual. Además, la realización efectiva, la defensa y la garantía de tales derechos individuales, requiere instituciones públicas, por ejemplo, leyes, tribunales, ministerio público, autoridades ejecutivas, etc.». RECASÉNS SICHES, *o. y l. c.*

6. El «predominantemente», no «exclusivamente», ya explicado en nota anterior, lo será con más extensión a lo largo de estas páginas; y más directamente será aludido en el último apartado.

7. «Según un concepto negativo de la libertad, ser libre quiere decir ser *libre de algo*; según un concepto positivo, significa ser *libre para algo*. Se trata, estrictamente, de dos momentos de la libertad considerada de modo más comprensivo». FUENMAYOR, *o.c.*, p. 33.

afecte al orden jurídico establecido»⁸. Es decir, el derecho considera el ámbito de la inmunidad de coacción, y eso es lo que garantiza, protege y defiende, teniendo como barrera el bien común: campo, por consiguiente, de lo lícito civil, que —repetimos— para nada afecta ni prejuzga la licitud moral de la actividad del individuo.

Según las clasificaciones usuales de la doctrina, más o menos coincidentes en este punto, un derecho de libertad es un derecho *individual*, por contraposición a los derechos clasificados como democráticos y sociales⁹; lo cual no se opone al reconocimiento de la naturaleza social del hombre, en virtud de la cual, todos los derechos son, a la vez, individuales y sociales. El calificativo de *individual* se debe a una singular y preferente referencia de estos derechos (los individuales) a la persona humana, prescindiendo de toda consideración de la organización jurídica de la sociedad en forma de Estado; mientras que los demás corresponden a la persona humana frente al Estado, es decir, en el marco de la sociedad políticamente constituida y jurídica-

8. FUENMAYOR, o. y l.c. «Lo que tiene relevancia jurídica —continúa diciendo Fuenmayor en el lugar citado—, a los efectos de definir y caracterizar los derechos de libertad, no son las manifestaciones concretas positivas de la libertad, sino solamente los límites establecidos, para que esas manifestaciones sean civilmente lícitas, y el deber negativo del Estado y de todos los miembros de la sociedad civil en relación con ellos. Todo lo demás está fuera del ámbito jurídico: las manifestaciones múltiples que resultan de esos derechos de libertad son manifestaciones metajurídicas, es decir, carentes de relevancia jurídica» (p. 34).

9. Clasificación recogida, por ejemplo, por RECASÉNS SICHES, o. y l.c. Cfr. también CASTÁN, *Los derechos del hombre*, Madrid 1976, pp. 26 y ss.

10. Tomado de CASTÁN, o. y l.c.; y LUÑO PEÑA, *Derecho Natural*, Barcelona 1947, p. 340.

Desde el punto de vista de su ejercicio, describe así Rivero esta distinción clásica: «les droits individuels sont ceux que chacun peut mettre en oeuvre personnellement selon sa seule volonté: ainsi de la liberté de la pensée et de l'opinion, de la liberté de se déplacer, du droit de l'homme sur son propre corps. Les droits collectifs, à l'inverse, ne peuvent s'exercer que si plusieurs personnes s'accordent pour utiliser ensemble, et dans le même sens, le droit qui appartient à chacune d'elles». Jean RIVERO, *Les droits de l'homme: droits individuels ou droits collectifs?*, en «Annales de la Faculté de Droit et des sciences politiques...», XXXII, París 1980, p. 17. Es interesante este breve estudio de Rivero, como introducción al Coloquio de Strasburgo de 13-14 de Marzo de 1979. Rivero responde a la pregunta que se plantea el título, en el sentido de que no puede establecerse una contraposición radical entre los derechos individuales y colectivos —originada, dice, por «l'intégrisme individualiste de 89» (p. 20)—, que sólo admita la voluntad individual, y el paso, por fusión, a la voluntad colectiva. El camino está en la perspectiva de complementariedad, en la medida en que los derechos colectivos son cauce necesario al efectivo desarrollo de los individuales: «les droits des groupes —dice— sont des moyens nécessaires à la satisfaction des droits de l'homme» (p. 24); complementariedad que a la vez (y esta perspectiva es enormemente sugerente) marca los límites a los derechos colectivos: «puis-que le groupe tire ses droits propres du service des hommes qui le composent, il n'a pas de droits contre les droits de l'homme (...): l'homme prime le groupe, et les groupes eux-mêmes ne peuvent s'ordonner qu'en fonction de leur relation plus ou moins étroite avec l'homme» (p. 24; cfr. también p. 26).

mente organizada¹⁰. Derecho o garantía individual que es «en esencia —aunque no de modo exclusivo¹¹— derecho de libertad, de estar libre de agresiones, restricciones o ingerencias indebidas (...). De ahí que principalmente —no exclusivamente— consista en una especie de barrera que defiende la autonomía del individuo humano frente a los demás y, sobre todo, frente a las posibles ingerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos y sus agentes»¹². En una palabra, derechos con los que, si vale la expresión, el hombre «se presenta» en la sociedad, en el sentido de que van indisolublemente unidos a su condición de persona, siendo justamente el conjunto de personas lo que constituye un ente social. Al estilo del lenguaje de moda, les podríamos llamar derechos «no negociables», patrimonio irrenunciable del hombre que, precisamente porque es hombre, vive en su entorno natural, la sociedad; y la renuncia a estos derechos supondría la pérdida de la propia identidad, su vaciamiento y despersonalización: es decir, y en el supuesto de que fuera posible, convertiría al hombre en un «inservible» para vivir y construir la sociedad.

2. *Noción*

Con los elementos que la doctrina nos ofrece, y que someramente acabamos de analizar, hemos tratado de describir lo que podría considerarse como la radiografía del derecho a la libertad de pensamiento: derecho de libertad, individual y principalmente negativo. Tres características inseparables, que se entrecruzan interpretándose mutuamente.

Este marco nos puede servir ya para intentar una descripción más directa de la libertad de pensamiento. Lo haremos con palabras de Hervada-Zumaquero, en su recopilación y comentario de los textos internacionales: «la libertad de pensamiento —dicen— tiene por ob-

De algún modo incidiría también en esta división que estamos comentando, la clasificación que, atendiendo a su contenido, hace Peces Barba entre «derechos personalísimos» (además del derecho a la libertad de pensamiento, estaría el derecho a la vida, integridad física, honor, fama, objeción de conciencia) como contradistintos a los derechos económicos, sociales y culturales (entre los que, discutiblemente, por la estrecha vinculación que tiene con la libertad de pensamiento, incluye la libertad de enseñanza) *Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 2 (1979), p. 44. Como tendré ocasión de poner de relieve (cfr. nota 60) no puedo compartir otra de las clasificaciones que propone, entre derechos de autonomía y derechos de crédito, por las consecuencias que de esta división se derivan.

11. De nuevo nos remitimos a lo ya dicho en nota 5.

12. RECASÉNS SICHES, *o. y l.c.*

jeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida; más específicamente, pensamiento quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad —pensamiento filosófico, científico, político, etc.— que cada persona posee»¹³.

Con las notas caracterizadoras antes aludidas, ya se entiende que el derecho en sí no se proyecta directamente sobre las ideas, los conceptos y los juicios, sobre la concepción misma que cada persona tenga sobre las cosas, las personas o la sociedad, sino sobre la libertad —ausencia o inmunidad de coacción (expresión que ahora utilizamos, pero que matizaremos posteriormente)— de que el hombre ha de disfrutar en su elaboración o asimilación, así como en el acceso pacífico a los medios que para llegar a ellas precisa¹⁴.

Nos parece de suma importancia subrayar esto último, porque sólo a la luz de estas precisiones podremos dar con el adecuado encuadramiento de lo que el derecho a la libertad de pensamiento significa y exige. En efecto, como tal derecho, sólo puede referirse a las operaciones «ad extra» de la persona, pues sólo en ellas se da esa cualidad de alteridad, de relación con los demás o con el Estado, que dará lugar a los derechos y obligaciones de naturaleza jurídica. Y es en el marco de esas relaciones y contactos, es decir, en el marco de la vida

13. HERVADA - ZUMAQUERO, *o.c.*, n. 258. Rivero, por su parte, después de considerar cuáles son los puntos de contacto de una actividad espiritual, como es el pensamiento, con el mundo de lo jurídico (los condicionamientos exteriores, los comportamientos humanos congruentes con su pensamiento y el factor de la comunicación), define así la libertad de pensamiento: «la possibilité pour l'homme de choisir ou d'élaborer lui-même les réponses qu'il entend donner à toutes les questions que lui pose la conduite de sa vie personnelle et sociale, de conformer à ces réponses ses attitudes et ses actes et de communiquer aux autres ce qu'il tient pour vrai». *Les libertés publiques*, II, París 1977, pp. 120-121.

14. Lo pone brillantemente de relieve Rivero: «On pourrait penser —dice, planteándose la objeción—, à première vue, que le problème de la liberté de l'esprit ne se pose pas sur le terrain juridique. La pensée relève du plus intime de la vie intérieure. Or, le droit ne se préoccupe que des comportements sociaux. Comment aurait-il prise sur une activité qui se développe dans le secret de l'esprit et de la conscience? On connaît le mot de Luther: «les pensées ne paient pas de droits de douanes». La liberté de l'esprit n'a pas besoin d'être proclamée: elle est incompressible. Elle ne saurait être ni organisée, ni limitée: elle se situe hors des atteintes du pouvoir».

Objeción a la que contesta: «Pareille analyse pêche par excès d'idéalisme, et méconnaît tou à la fois les conditions concrètes d'élaboration de la pensée, la relation entre la pensée et les comportements extériorisés et le problème de la 'libre communication des pensées et des opinions'». *O.c.*, p. 119. En efecto, sólo un «exceso de idealismo» reconduciría todo el planteamiento de esta libertad del espíritu al fuero interior e individual de la persona, como si fuese posible establecer dos mundos estancos en la persona: el individual y el social, pretendiendo convertir, en consecuencia, la libertad de pensamiento en mera libertad psicológica, y desposeyéndola así de toda dimensión jurídica. Es decir, aniquilándola como tal libertad o derecho de libertad. Peligro ya aludido en nota 4, derivado del origen histórico de su configuración.

en sociedad —naturalmente exigida y naturalmente necesaria a la persona para alcanzar sus fines—, donde han de darse aquella inmunidad de coacción y libre acceso a los medios necesarios para ejercer una actividad tan íntimamente humana como es el pensar: el hacer suya una concepción sobre las cosas, las personas y la sociedad. Concepción que, en consecuencia, dará lugar a esa otra dimensión del derecho de que tratamos, hasta ahora no aludida, que es el manifestar, expresar, ese pensamiento, actuando en consecuencia. Dimensión en la que confluyen la mayoría de las exposiciones y declaraciones sobre el mismo, quizá a veces, a mi modo de ver, dándole una relevancia mayor de la que le corresponde, en el sentido de considerarla prácticamente la única, o la única importante, olvidándose de que para ser libre en la expresión, antes ha de haber libertad en la génesis de los conceptos que dan contenido a esa eventual expresión; porque de lo contrario, nos encontraríamos con una libertad de reproducción, con una especie de libertad de «cassette», tan lejana a lo que estamos tratando de conceptuar. ¿Quién duda, por ejemplo, que en la sociedad actual uno es «libre» de decidirse por una enseñanza u otra?: al fin y al cabo, la decisión, antes de pasar a la ejecución, todavía está en el ámbito a que antes nos referíamos de lo jurídicamente incontrolable. Pero ¿qué significa esa libertad realmente?: nada, si el reconocimiento de ese derecho, de esa libertad, no está adecuadamente asistido, real y eficazmente potenciado, por la efectiva posibilidad de acceder a los medios necesarios para que aquella libertad universalmente pregonada concluya en derecho auténtico, de posible ejercicio. Naturalmente, si no se dan esas condiciones, no existirá a la postre libertad de pensamiento, por cuanto éste se verá radicalmente restringido —y conculcado, en consecuencia— por las limitadísimas posibilidades —acaso una solamente— de que la persona goza para formarlo y formarse¹⁵.

No creo forzar excesivamente el sentido de las palabras de D'Avack, referidas a la libertad religiosa, si casi literalmente las aplico a la libertad de pensamiento. Así, diría que, en conformidad con la concepción establecida de los derechos de libertad, la tutela específica de la libertad de pensamiento no puede reducirse a la tutela del bien jurídico de la verdad en cuanto tal, o al valor otorgado a la misma

15. El ejemplo, en efecto, nos ofrece una dimensión enormemente sugerente acerca de la íntima conexión existente entre libertad de pensamiento y libertad de cátedra y de enseñanza, que solamente queda aludida —sin perjuicio de nuevas alusiones posteriores— por escapar a las pretensiones que en estas páginas nos hemos marcado.

16. D'AVACK, *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa*, Roma 1966, p. 178.

por los individuos. Por el contrario, debe considerarse como la tutela de una de las posibles manifestaciones de la libertad humana, elevada al rango de bien jurídico, es decir, como la tutela de uno de los medios indispensables para potenciar el desarrollo de la persona humana en su vertiente individual y social¹⁶.

3. *Relación con la libertad de las conciencias y religiosa*

Al principio tratábamos conjuntamente los derechos a la libertad de pensamiento, de las conciencias y libertad religiosa. Los tres participan en efecto de los mismos caracteres. Quizá sea oportuno ahora, brevemente, deslindar el respectivo ámbito de cada uno.

En efecto, esas tres libertades «tienen aspectos comunes y no son separables en su raíz»¹⁷, por cuanto los tres participan del mismo fundamento (que es la persona, cuya *dignitas* se vería afectada por la falta o el atentado contra cualquiera de ellas) y porque existe entre ellas un núcleo mutuamente imbricado; pero es posible y necesario distinguirlas, porque cada una de ellas tiene un objeto u objetos singulares. «Así, por ejemplo, el juicio de conciencia procede muchas veces de la ética derivada de una fe religiosa, mas también está amparado por la libertad de las conciencias en aquellos casos en los que procede de principios y reglas de la razón natural»¹⁸: en el primer caso, libertad de las conciencias y libertad religiosa tendrían en esa persona el mismo objetivo; pero la posibilidad del segundo arguye por su necesaria distinción. En el mismo sentido, libertad de pensamiento y libertad religiosa tienen un cierto ámbito común; sin embargo, en sus manifestaciones y derivaciones (libertad de expresión, de cátedra, de enseñanza, por un lado; y libertad para el culto y el proselitismo por el otro) exigen también su diferenciamiento¹⁹.

17. HERVADA - ZUMAQUERO, *o.c.*, p. 149, n. 258.

18. HERVADA - ZUMAQUERO, *o. y l.c.*

19. HERVADA - ZUMAQUERO describen así la libertad de las conciencias y la libertad religiosa: «La libertad de las conciencias se refiere al juicio moral sobre las propias acciones; su objeto es el juicio de moralidad y la actuación en consonancia con ese juicio. Se funda, no en la libertad moral —las acciones humanas no son en sí buenas o malas moralmente porque así lo dice la propia conciencia, lo son por su objetiva y real adecuación con la ley natural—, sino en la inmunidad de coacción por parte del Estado y de la sociedad, al pertenecer el juicio de conciencia al ámbito de intimidad de la persona.

«La libertad religiosa tiene por objeto la fe y la práctica —pública y privada— de la religión y es, asimismo, una libertad meramente jurídica o inmunidad de coacción, por ser los demás y el Estado incompetentes para imponer el acto de fe». *O. y l.c.*, n. 255

Pone también de relieve estas mutuas implicaciones Rivero, cuando dice: «Les libtétés de la personne intellectuelle et morale, ou libtétés de la pensée. Elles sont

4. *La pregunta fundamental*

Con estas premisas, hemos intentado dejar expedito el camino para poder entrar ahora en la parte sustancialmente pretendida en nuestro trabajo, aludida ya en su título: cuál es, en definitiva, el fundamento de la existencia del derecho a la libertad ideológica o de pensamiento.

Ciertamente esa libertad es reconocida y proclamada hasta la saciedad por toda clase de textos internacionales y nacionales²⁰: en base a ellos hemos tratado de darle un encuadramiento doctrinal y sistemático, tal como a su sombra ha ido desarrollándose, y en el que con cierta facilidad se encuentran algunas coincidencias pacíficamente aceptadas por sus tratadistas.

Pero, ¿por qué? Hemos contemplado su insistente proclamación, su común aceptación como derechos íntimamente relacionados con la misma persona humana, y lo que su existencia debe llevar consigo. En definitiva, entonces, ¿cuál es el fundamento de esa libertad que es derecho de todo hombre? Pregunta cuya respuesta nos conducirá a una más perfecta comprensión de su contenido, sólo insinuado hasta ahora en las páginas anteriores.

Recorreremos dos caminos. Uno de ellos, el primero que analiza-

multiples et essentielles: liberté d'opinion, d'abord, c'est-à-dire liberté de se former un jugement propre en tous domaines, qui prend le nom de liberté de conscience quand elle s'applique à l'attitude religieuse, et que prolonge sur ce point la liberté des cultes; liberté de l'expression de la pensée sous toutes ses formes: presse, livre, création artistique, spectacles, radio et télévision; liberté, enfin, de la diffusion systématique de la pensée, par l'enseignement, et en outre, par son affirmation collective: reunions, manifestations, associations». *Les libertés...*, cit., pp. 25-26.

Serrano Alberca, comentando el art. 16.1 de nuestra Constitución, también pone de relieve estas mutuas relaciones, al decir, a propósito de la libertad religiosa y de cultos, «que si bien podría considerarse como una de las formas de manifestación de la libertad de pensamiento en razón de su contenido, su problemática excede este planteamiento». Y en la página siguiente: «La libertad de opinión, de creencias, ideológica y de conciencia son aspectos o manifestaciones de la libertad de pensamiento, producto de la manera en que históricamente se ha entendido esta libertad. Por creencia se entiende el firme sentimiento y conformidad con alguna cosa. La libertad de creencia, que engloba la libertad ideológica, se refiere a las convicciones que los individuos tienen sobre la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos y lo más profundo de su ser y entraña la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de aquellas convicciones». AA. VV., *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pp. 193-194. Otro comentario, anterior, de este mismo artículo constitucional, es el de Oscar Alzaga. «Se protege constitucionalmente la libertad de creencias, que incluye las de carácter religioso y las respuestas no religiosas dadas a las grandes cuestiones que se plantea el hombre sobre la concepción del mundo. Es decir, el presente precepto ampara las convicciones, religiosas o no, que españoles y extranjeros puedan tener sobre lo más profundo de su ser o sobre la posición del hombre en el mundo y su conexión con Dios». *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid 1978, p. 190.

20. Cfr. enumeración de nota 2.

remos, insuficiente para explicar y justificar este derecho en toda su plenitud; avocado a su propio estrangulamiento, pero con ciertos matices verdaderos —necesarios para que sea verosímil, obviamente— que sólo el segundo explicará satisfactoriamente.

5. *Un camino cerrado*

«Se han avanzado varias justificaciones del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Algunos teóricos han puesto todo el acento sobre la falibilidad del pensamiento y de la creencia humana; otros, han aducido los innegables beneficios sociales que pueden surgir de la pluralidad de creencias y de la libertad de buscar la verdad según cada uno la entienda; otros han evaluado los riesgos comparados que presentan para los valores sociales una política de libertad y una política de opresión»²¹. En definitiva, se intenta fundamentar esos derechos en que la falibilidad del entendimiento humano no permite hacer afirmaciones definitivas; o en el tópico de la verdad repartida y participada, que sólo se puede cosechar a base de ir recolectando de aquí y de allá; y también —cómo no, en una sociedad tan marcada por el utilitarismo— en el cálculo de provechos de un camino o de otro, hábil y dialécticamente enfrentados como los únicos posibles. Pero en la base, sean cuales fueren después los pilares, una cuestión radical: ¿existe la verdad?, ¿es posible aprehenderla o, por el contrario, no es otra cosa que un río de ideas y opiniones que van fluyendo a impulsos de no se sabe qué fuerza motriz, que se nos va de las manos, y de la que no nos queda otro consuelo que el frescor momentáneo de su contacto? A la vuelta de los siglos, de nuevo, Heráclito y Parménides encontrados. Hablar entonces de libertad de pensamiento, con las cosas así planteadas, sería como tratar de poner puertas al campo.

No es el momento de extenderse en consideraciones más propias de filósofos que de juristas. Aun a riesgo de parecer que trivializamos cuestión tan fundamental, baste decir que una tal postura supone partir de una concepción filosófica determinada, y la libertad de pensamiento no puede quedar condicionada a ella. Por ello es preciso, a nuestro juicio, preguntar el por qué de ese derecho universalmente reconocido a la libertad de pensamiento, supuesto que la verdad obje-

21. MORRIS A. ABRAM, *La libertad de pensamiento, conciencia y religión*, en «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», diciembre 1968, vol. VIII, n. 2, p. 51.

tiva existe y es captable por el entendimiento humano, esto es, partiendo de la posición opuesta a la indicada. Pues bien, admitido que el intelecto tiene una relación objetiva con la verdad —como facultad cognoscitiva que es, está predeterminado a captar la realidad objetiva de los seres—, la adhesión a ella es, por la misma naturaleza del intelecto, libre, ya que no cabe una verdadera adhesión que sea impuesta; por eso la libertad de pensamiento nace de la naturaleza misma de esa relación. De ahí que el derecho no se refiera a la verdad en sí, sino a la concepción subjetiva que el hombre se forma, aunque sea errónea²². Es decir, no es camino hacia la respuesta el preguntarnos sobre la existencia de la verdad, que la misma existencia del intelecto humano ya postula; lo que nos interesa es, dada la verdad, encontrar el sentido y la forma de operar de una facultad —la razón— que a ella, a la verdad, está por naturaleza dirigida.

En las líneas anteriores ya hemos centrado el marco de la necesaria respuesta: tratamos de un derecho proyectado sobre esa actividad humana encaminada a la formación ideológica, a esa formación subjetiva de una concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad. En efecto, el hombre ha de ser libre en esa actividad; y libre quiere decir respetado —con los límites conocidos: los derechos de los demás, la moral, el orden público, etc.²³— incluso en el caso de que esa concepción sea errónea. ¿Por qué?

Vayamos ya por el primer camino: se trata de una respuesta expresamente confesada por unos, y latente en el mecanismo intelectual de otros, todos ellos ardientes defensores de ese derecho de libertad, al menos formalmente.

Quizás para explicarlo debidamente debiéramos retroceder unos dos siglos (o más, si pretendiéramos dar con sus raíces), pero nos limitaremos a una visión instrumental que no estorbe a la unidad de nuestra exposición.

Se trata de una respuesta sustancialmente ligada a la moderna comprensión de la democracia. Y permítasenos, antes de seguir adelante, llamar la atención sobre el calificativo de «moderna», que no es la misma que la clásica. Como acertadamente expone Hervada, «para los grandes clásicos de la filosofía política anteriores al liberalismo, la democracia tiene un fundamento sólido y claro: el Derecho natural, sobre el que se asienta la voluntad del pueblo de constituirse en democracia en lugar de otras formas, en sí mismas igualmente posibles; en versión de la teología, diríamos que todo poder, de modo

22. Cfr. HERVADA - ZUMAQUERO, *o. y l.c.*

23. Cfr. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 29.2.

último y radical, tiene su origen en Dios. Esto significa que, tanto desde el punto de vista filosófico, como desde el teológico, hay una clara distinción entre uso y abuso de poder, entre poder legítimo y tiranía. Y, al propio tiempo, que el Derecho natural es fundamento de la democracia —no como forma de gobierno necesario, pero sí como forma posible— y en consecuencia anterior a ella e intangible por ella»²⁴. Así, pues, «democracia es, propiamente, nombre de forma de gobierno. Forma, no contenido»²⁵. Hablar de democracia, por consiguiente, es hablar —según la concepción clásica, no se pierda esto de vista— de una «forma de acceder los gobernantes al poder, de dictar las leyes, de controlar el ejercicio del poder»²⁶. El pueblo elige libremente esa forma de regir su vida en sociedad. Pero esta forma —como cualquier otra— no puede alterar el contenido, porque eso sería renunciar al fundamento que hace posible esa elección: «la democracia, no menos que el gobierno personal, está sometida a la ley impresa en la naturaleza»²⁷. Por cuanto es una forma, y no un contenido, no lleva consigo la patente de justicia, no se identifica con ella, y en consecuencia pueden no coincidir democracia y justicia; aquí cabría decir, al contrario del dicho popular, que no todos los caminos llevan a Roma por el hecho de ser caminos, a no ser a costa de grandes rodeos, con el riesgo inherente de perderse en ellos²⁸.

Sin embargo, esta idea clásica de la democracia es radicalmente cambiada por el liberalismo, que le priva de su fundamento trascendente —trascendente al derecho positivo, y trascendente al mismo Derecho—, y, en consecuencia, «desdibuja los límites entre legitimidad y tiranía y desgarnece a la democracia frente al riesgo de una desnaturalizada libertad»²⁹.

Surge así lo que Montoro Ballesteros califica como «el morbo»³⁰ del mundo moderno: «la transformación de la democracia en un sen-

24. HERVADA, *Derecho natural, democracia y cultura*, en «Persona y Derecho», VI (1979), p. 201.

25. HERVADA, *o.c.*, p. 199.

26. HERVADA, *o. y l.c.*

27. HERVADA, *o. y l.c.* Cfr. este trabajo, especialmente pp. 197-207.

28. «La forma no altera el contenido (...) A todas las leyes, cualquiera que sea la forma de su establecimiento, es aplicable que deben ser justas. No sólo el gobernante puede ser injusto, también lo puede ser el pueblo en su conjunto» (HERVADA, *o.c.*, p. 199. Cfr. A. MONTORO, *Razones y límites de la legitimidad democrática del Derecho*, Murcia 1979, quien en esta obra, como su título ya indica, hace un estudio serio y documentado sobre esta importante cuestión.

29. HERVADA, *Derecho Natural, Democracia...*, cit., p. 201.

30. Calificación con la que Ortega y Gasset titulaba su *Democracia morbosa*. Burdeau dirá, a su vez, que la democracia «es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión, y, casi acesorariamente, una forma de gobierno». *La Democracia*, ed. castellana, Barcelona 1970, p. 19.

timiento, en un *pathos*, ha provocado la extrapolación de la idea de democracia del plano específicamente político que es donde la democracia encuentra su sede legítima, a otros ámbitos que no le son propios; dando lugar, a su vez, a un «proceso de degradación de la democracia simbolizado por un paso de una concepción ética de la misma a una concepción puramente formal»³¹.

«La democracia así entendida —continúa diciendo el mismo autor más adelante— aparece desprovista de todo contenido y de toda significación ética, ya que uno de sus rasgos más significativos es precisamente partir de un 'relativismo axiológico' casi absoluto: la voluntad del Estado está formada en cada momento —al margen de todo valor ético— por el querer de la mayoría expresado a través de los adecuados cauces institucionales. De esta forma, y en virtud del relativismo axiológico subyacente a la idea de democracia, ese querer mayoritario puede volverse contra las libertades más fundamentales del hombre porque la democracia, concebida de ese modo, no conduce ni garantiza necesariamente la libertad, ni el respeto de los demás derechos humanos»³².

Le parecerá al lector que nos hemos desviado de nuestro inicial intento de buscar una respuesta a la justificación del derecho a la libertad de pensamiento. Pienso que no; hemos ido dando una serie de pasos para afrontar ahora una de aquellas soluciones inicialmente aludidas: democracia sin contenido previo y trascendente, soberanía irresponsable³³ del pueblo, siendo todo relativo o todo «igual».

Siendo todo relativo o todo «igual»: llegamos al relativismo. Era esta la primera respuesta o primer camino anunciado. El relativismo no rechaza —al menos con Radbruch— la verdad, sino que renuncia cómodamente a ella. Lo que importa (recordemos: la soberanía está en el pueblo, mas es necesario que alguien «legítimamente» la de-

31. MONTORO BALLESTEROS, *Razones y límites...*, cit., p. 24. En las p. 24-32 explica este autor qué significa esta extrapolación y degradación, con sus causas y efectos.

32. MONTORO BALLESTEROS, *o.c.*, pp. 28-29. Ilustra el autor la afirmación con algunos hechos más o menos recientes: «La actitud del primer Radbruch, expresada en su doctrina del fin del derecho y en su teoría filosófico-jurídica de los partidos, en el plano de la teoría, y el fenómeno de la dictadura nacionalsocialista, elevada al poder en virtud del consenso mayoritario del pueblo alemán, y la reciente legalización del aborto en algunos países, en base al juego democrático de las mayorías, en el ámbito de los hechos, son ejemplos sobre los que convendría reflexionar a este respecto» (pp. 30-31).

33. Quiero usar esta expresión, que me parece adecuada si se interpreta en el sentido de acción sin instancia crítica previa, sin fundamento exterior a sí misma; sin razón superior que la fundamente, por tanto, o en su caso la invalide; arbitrariedad en definitiva.

tente³⁴, para salir cuanto antes y con eficacia de un vacío o indeterminación de poder) es la seguridad jurídica. Es decir, el poder constituido; poder que dará unas leyes —dará el contenido al Derecho— garantes y factores de orden; y el juez será justo al aplicarlas, salvaguardando ese orden: aplicando aquellas leyes, no en sí misma la justicia o convicciones personales sobre ella, en cuyo caso de nuevo estaríamos ante el desequilibrio de las fuerzas, el desorden y el temblor de la paz social.

Pero, ¿quién juzga a aquellas leyes?; en definitiva, *quis custodiet custodes?*, que preguntaban ya los clásicos: no hay respuesta en el planteamiento relativista; no es posible responder a ese problema³⁵. Se renuncia a buscarle una respuesta que no sea «enumerar diversas opiniones de partido»³⁶. El relativismo surge así como «el supuesto ideológico de la democracia», opuesta «a identificarse con una determinada opción política y siempre dispuesta a permitir la dirección del Estado a toda concepción que sepa ganarse la mayoría; y porque no conoce un criterio unívoco con el que juzgar del acierto de las concepciones políticas, no acepta la posibilidad de una situación que esté por encima de los partidos»³⁷.

34. «La democracia funciona como una fórmula política de legitimación, idea ésta que, como explica Gaetano Mosca, responde a una necesidad 'de la naturaleza social del hombre; es —dice en *La clase política*, Barí 1966, pp. 86-87— la necesidad, universalmente sentida, de gobernar y sentirse gobernado no sobre la base de la fuerza material e intelectual, sino también sobre principios morales». MONTORO BALLESTEROS, *o.c.*, p. 31. Este es, en efecto, el grave problema: la democracia satisficará esa necesidad de gobernar y sentirse gobernado, pero ¿sobre la base de qué principios éticos?; ¿dónde está el criterio para esa opción?

35. «Si el fin del derecho y los medios necesarios para lograrlo fuesen científica y claramente determinables, se produciría como inevitable consecuencia que habría de anularse la validez o vigencia de todo derecho positivo que disintiera de aquel derecho natural una vez científicamente conocido, como el error enmascarado ante la verdad descubierta Pero ya hemos visto que no nos era posible responder al problema del fin del derecho sino con una enumeración de las diversas opiniones de partido en torno a él; ahora bien, es precisamente por causa de esta imposibilidad del derecho natural por lo que puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo. *El relativismo*, que hasta ahora sólo era un método en nuestra consideración, aparece en este lugar como *pedra sillar* de nuestro sistema». RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Madrid 1933, p. 108. El subrayado es nuestro.

36. RADBRUCH, *o. y l.c.*

37. RADBRUCH, *o.c.*, Prólogo, p. 4. Lo que sucede es que, lograda la mayoría por un partido, la tesis de Radbruch termina su misión, impotente para seguir sometiendo a crítica el desempeño del poder que ese partido lleve a cabo con su mayoría. Hitler se encargaría, como es conocido, de evidenciar esa dramática insuficiencia de la teoría política relativista. El mismo Radbruch, después de la segunda guerra mundial, siente la necesidad de buscar una muleta a su tesis: el «derecho suprallegal», noble intento que le hace digno del mérito de encarar la filosofía del Derecho, de nuevo, ante el Derecho natural; pero se queda en cojera, al fin y al cabo, y por tanto insuficiente, para dar explicación cabal al problema de la verdad y de la justicia. Cfr. a este respecto, RODRIGUEZ PANIAGUA, *Derecho y Ética*, Madrid 1977, pp.

El paso era inevitable: la democracia desposeída de su esencial carácter formal —forma de organizarse socialmente, como otras; quizá la más conveniente o conforme a lo que debe ser una sociedad organizada, quizá la mejor; pero forma al fin y al cabo— da lugar al *dogma democrático*, que es el dogma y dictadura de los votos, números y mayorías³⁸. Porque, en efecto, «si la ideología de partido es inde demostrable —dice Radbruch— toda permite, por consiguiente, que se la combata desde la perspectiva opuesta; y si ninguna es refutable, toda ideología debe, por tanto, ser respetada por sus enemigos»³⁹. Pero no es lo mismo ideología de partido en el sentido de discrepancia a la hora de elegir unos medios y tomar unas decisiones sobre la utilización de unos recursos o la organización de la vida del Estado —cuestión tan legítimamente discutible como la conveniencia de ir a Atenas en tren o en avión, dependiendo de los medios y la urgencia del viaje—, que ideología en el sentido de concepción global de las cosas, las personas y la sociedad; porque aquí ya no entran en juego sólo los medios, las decisiones coyunturales, sino el fin —lo que está en juego no es ya el cómo, sino el hecho mismo de ir o de no ir a Atenas—. Y esto último es lo que sucede: las ideologías de partido son globalizantes —¿asfixiantes, incluso?— ofreciéndonos concepciones contradictorias sobre el hombre y la sociedad, sobre la vida y su sentido. No se trata ya de ser cauce para el hombre que persigue su destino, y necesita a los demás para alcanzarlo, sino de trazarle ese destino, programar su propia identidad y su sentido... Al desbordar la democracia su carácter formal y perder su fundamento —naturaleza de la persona y de la sociedad: nociones que nos da la metafísica, despreciada por el relativismo— tiene necesidad de autoconcebirse, llenarse de un sentido y darse un fin; y esto dentro del marco de

130-156, especialmente 145 y ss., para quien Radbruch no deja de ser relativista, a pesar de la evolución señalada.

38. «Para la democracia el valor del individuo es multiplicable, el valor de la mayoría es superior al de la minoría». RADBRUCH, *o.c.*, p. 88. Quizá fuese esta también la postura de su contemporáneos, cuando Aristóteles les criticaba en estos términos: «los partidarios de la democracia llaman justo a la opinión de la mayoría, sea cual fuere, y los oligarcas a la opinión de los que poseen mayor riqueza... Pero las dos posiciones implican desigualdad e injusticia». *Política*, lib. VIII, cap. 3. (Cfr. para el concepto de «igualdad» en Aristóteles M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, *Definiciones y fines del derecho*, ed. castellana, Pamplona 1979, pp. 87-88 y 90-95).

39. RADBRUCH, *o.c.*, Prólogo, pp. 4-5. Radbruch renuncia a «una toma de posición particular entre las concepciones de valor que se combaten, porque las considera a todas y a cada una de ellas como igualmente justificadas en su carácter de deber exclusivo para quien las profesa». RODRÍGUEZ PANIAGUA, *o.c.*, p. 142. Lo malo es que, como el mismo Radbruch dice, sin valorar el dramatismo que encierran sus palabras, las «ideologías encontradas» originan «enemigos».

la ideología de partidos —«ninguna refutable», recordemos—, debiendo ser cada una «respetada por sus enemigos»; enseñándonos además el relativismo que «hemos de ser decididos en nuestras posiciones, a la par que justos con las ajenas»: bellas palabras de Radbruch⁴⁰, pero que encierran en su contexto una tragedia: respetar, en efecto, a quien ostente mayoría, aun a costa del genocidio de judíos⁴¹.

Las palabras anteriores nos dan el auténtico sentido de lo que con frecuencia se entiende por libertad de pensamiento: respetar la ideología de los otros —«enemigos»—, al menos hasta lograr la mayoría⁴².

40. RADBRUCH, *o.c.*, p. 5.

41. «Sur les droits des collectivites, la fumée des fours crématoires (alude a Dachau, Auschwitz y Mayadnek, inmediatamente antes mencionados) projette la plus grande des menaces, car leur reconnaissance risque de donner le sceau de la justice à la domination du fort sur le faible». RIVERO, *Les droits de l'homme...*, cit., p. 23. H. TINGSTEN recoge la siguiente conversación de Max Weber con el General Ludendorff, en 1919, ante los gozos de este General por la reciente Constitución: «En una democracia el pueblo elige a un dirigente de su confianza. Posteriormente el dirigente elegido dice: 'Tranquílense y hagan lo que yo les diga'. El pueblo y los partidos políticos ya no pueden interferir en sus acciones». TINGSTEN, *El problema de la democracia*, México 1965, p. 92. «Quizá —comenta MARTÍNEZ VAL, recogiendo este mismo texto— pensaba Max Weber en el modelo norteamericano de presidencialismo, democracia por delegación y nombramiento directo del Presidente de los Estados Unidos. Pero sólo catorce años después de tal conversación Hitler subía al poder en Alemania, a través de varias elecciones, que le fueron dando sucesivamente mayor número de diputados en el Reichstag, y hacía realidad la idea de Max Weber. Y la democracia alemana se suicidaba... Y es que la democracia, ella misma, es un problema que admite múltiples soluciones y, por tanto, múltiples errores». J. M. MARTÍNEZ VAL, *Democracia o partitocracia: la constitucionalización de los partidos políticos*, en «Revista General del Derecho» 428 (1980), p. 492.

42. «Al no encontrar el derecho su legitimación, ni en un criterio trascendente, ni en un principio objetivo de justicia, ni en los principios heredados a través de una larga tradición histórica, sino sólo en su identificación con la voluntad del pueblo, el derecho queda reducido a un mero producto de la inestable y siempre cambiante voluntad de la mayoría»; MONTORO BALLESTEROS, *o.c.*, p. 84.

Un meritorio esfuerzo por superar la concepción positivista de la legitimidad en el marco democrático es la de ELÍAS DÍAZ, en su estudio *Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista*, en «Anuario de Derechos Humanos», I (Madrid 1982), pp. 51-72. Para este autor, «no hay legalidades exclusivamente formales, en las que no se haga referencia a valores, a cuestiones de legitimidad» (p. 61). Trata así E. Díaz de huir de la concepción weberiana que no logra superar la sensación de que la «legitimidad» concedida por una mayoría es como un cheque en blanco en el que, al menos en teoría, todo cabe (cfr. palabras de Weber en nota inmediatamente anterior): «la concepción positivista de la legitimidad —dice Díaz— me parece una ilegítima y reduccionista deformación, que implica un inadmisibles empobrecimiento de la legitimidad democrática» (p. 61). Trata Díaz de romper esta posible «legítima» arbitrariedad de las mayorías por la vía de la presencia efectiva de las minorías en el juego democrático (la libertad crítica: p. 66). Presencia que se fundamenta en un dato objetivo (como paradigma de los valores a que la legitimidad ha de estar necesariamente referida): la libertad, «la libertad individual, la de todos y cada uno; y por de pronto, la libertad de expresarse en libertad y de

Lo cual encierra, todavía, un drama más profundo: lo descubriría, hace ya tiempo, un griego conocido: Protágoras. «En una de las apologías más brillantes y sugestivas de la democracia que conce la historia del pensamiento político —para justificar doctrinalmente el ré-

participar activamente en la decisión colectiva» (p. 67). Es, en efecto, un paso importante, una vez intuido brillantemente el riesgo de la legitimidad positivista. Pero a nuestro modo de ver, insuficiente. Cerrado el ciclo de la búsqueda del valor objetivo en la libertad en sí misma, nos tememos de nuevo el mismo riesgo: la excesiva formalidad, esta vez, del concepto de libertad; interpretando la libertad como un concepto radicalmente formal, por tanto inexistente en sí mismo, necesita de una opción determinada para gozar de ser; depende en último extremo de la actitud que tomen los demás. En cambio cuando se comprende la libertad como un don creado, una propiedad del ser humano que hace referencia a su origen, destino y dignidad, encuentra su verdadera dimensión y todo su sentido. ¿Dónde, si no, el límite al ejercicio de esa libertad? ¿Dónde, entonces, el fundamento, argüible eficazmente en caso de conflicto, para el debido respeto a las minorías? ¿Por qué —siempre la pregunta filosófica insaciable— la mayoría habrá de respetar a la minoría? (Cfr. también para el pensamiento de E. Díaz en este punto, su obra anterior *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid 1978, principalmente pp. 22-34 y 130-134).

Pienso que la respuesta nos la da J. DE LUCAS (*¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?*, en AA. VV., *Ética y política en la sociedad democrática*, Madrid 1981), que el mismo E. Díaz refiere en nota: «La obediencia a las leyes —dice De Lucas—, como tal obligación, no puede fundamentarse, desde ningún punto de vista, en el hecho de que esas leyes hayan sido elaboradas en un régimen democrático, porque ni la mayoría en sí, ni la legitimidad racional que avale ese tipo de régimen, son suficientes a esos efectos» (p. 243): hasta aquí DE LUCAS y DÍAZ, según creo, coinciden. La fundamentación que trata de encontrar De Lucas, sin embargo, va por la vía de «establecer, si es posible, la existencia de unas instancias jurídicas racionales, objetivas, que supondrían, por consiguiente, el límite a la voluntad de la mayoría» (*l.c.*): fundamentación ético-jurídica según la califica el mismo De Lucas (p. 244), que no es otra, a mi modo de ver, que el Derecho natural: el «orden objetivo de justicia» que propone Montoro Ballesteros (*o.c.*, p. 99), al que también alude críticamente Elías Díaz (en nota 24 de *o.c.* en primer lugar), según creo por una concepción diferente de las palabras «ley» y «derecho», cuando la identificación entre «derecho» y «derecho justo» no sólo es posible, sino que, estrictamente hablando, la última expresión es una tautología. Es de la «ley», de las leyes, de las que se puede predicar o no la justicia, en cuanto que son instrumentos o medidas, acertadas o no, de ésta; pero el derecho (*ius*) es por definición la «cosa justa». (Cfr. a propósito de estas precisiones, SANCHE IZQUIERDO-HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, I, Pamplona 1980, pp. 17-38; y HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona 1982, pp. 15-21; también VILLEY *Compendio de filosofía del Derecho*, cit., pp. 73-89).

Lo que, desde luego, no compartimos es el temor de E. Díaz a los «filósofos inusualistas especializados» en la determinación de lo justo, según la alusión en nota 24 de la *o.c.*: quizá el temor se deba a un pequeño error en la calificación: no se trata de filósofos (éstos sí han perjudicado al Derecho cuando se han metido a juristas, y, en cambio, mucho lo han esclarecido cuando han pensado y actuado como filósofos), sino de juristas; los juristas que tienen como función decir lo justo (el «ars iuris» romano tan importante para el mundo del derecho) en cada caso, en base al Derecho positivo (las leyes humanas) y el Derecho natural (la ley de la naturaleza): ¿por qué razón, si no, puede un jurista interpretar la *mens legislatoris* de la Constitución y de las leyes ordinarias, para aplicarlas al caso concreto, y no puede hacer lo mismo —con el mismo riesgo, desde luego, de equivocarse— con la ley natural? ¿Por qué no se refrenda con la mayoría la sentencia de cada tribunal, y sí se pretende hacerlo con la aplicación de los dictados de la naturaleza? (Cfr. HERVADA, *Introducción...*, cit., pp. 15 y ss., 185-191). Quizá es también debido el temor —y sólo aludo al tema para no extenderme más en esta ya larga nota— a una confusión entre los

gimen de Pericles—, al señalarse que es la opinión de los hombres reunidos en la asamblea del pueblo la que crea el derecho, indica, a renglón seguido, que esa opinión que crea el derecho no brota espontáneamente de la asamblea popular, sino que es sugerida y guiada a través de la participación de los oradores sabios que, con sus consejos, ayudan al pueblo a encontrar, de acuerdo con las circunstancias de cada momento, el mejor ordenamiento jurídico. 'El objeto de mi enseñanza —dice Protágoras— es el arte de aconsejar correctamente... en los negocios de la Polis' (Platón, *Protágoras*, 319a). De este modo, partiendo del relativismo absoluto que subyace a su pensamiento⁴³, Protágoras concluye diciendo: 'los (oradores) sabios y buenos consiguen que al Estado le parezca justo lo bueno, en lugar de lo malo. Pues lo que a un Estado le parece como justo y bueno, esto lo es también para él, mientras sigue manteniendo tal opinión (*Ibidem*, 1676)»⁴⁴.

¿Qué pasa, entonces, si no existe «lo bueno y lo malo», o, al menos, por no ser accesible, hemos de conformarnos con la ideología de partidos como lo único a nuestro alcance? ¿Qué sucede, en definitiva, si «lo justo y lo santo»⁴⁵ dependen de la *opinión de la colectividad*, que en cada momento lo establece? Y, finalmente, ¿qué pasa si aquella opinión colectiva es la opinión guiada y sugerida —o tele-dirigida— a través de los «más sabios» (léase, los más hábiles sofistas o demagogos, o quizá los que tienen a su alcance los medios de llegar a la opinión pública)?: sucede, lógicamente, que, relativismo y democracia unidos, dan un producto perfectamente tipificado: la manipulación ideológica; la cual aparece como «legítima», por cuanto también las demás opiniones son discutibles.

¿Y la libertad de pensamiento? Si se me permite, y sólo como ejemplo, diría que la libertad de pensamiento se reduce a poder apagar el receptor o no ir a clase..., o embeber pasivamente lo que, quien puede, porque manda en mayoría, nos «enseña» o adoctrina.

ámbitos y fines de la Política y el Derecho. (Cfr. por ejemplo, las precisiones de PEIREIRA MENAUT, *Doce tesis sobre la Política*, en la obra colectiva *Ética y Política*, cit., especialmente para este punto en pp. 152-153) que perjudica a la misma concepción de la Política, en el sentido de que siempre es perjudicial para el prestigio y la vitalidad de algo o de alguien el encomendarle o implicarle en tareas que excedan su cometido y posibilidades, pues en su esforzado —y fracasado— desempeño serán objeto de unas críticas y una pérdida de credibilidad que su noble razón de ser y posibilidades no merecen.

43. «Sobre lo justo y lo injusto, lo santo y lo no santo se conviene en sostener con toda firmeza que por naturaleza no hay nada que lo sea esencialmente, sino que es la opinión de la colectividad la que se tiene por verdadera cuando así lo parece, y durante todo el tiempo que dura ese parecer». *Theeteto*, 172 a y b

44. MONTORO BALLESTEROS, *o.c.*, pp. 140-141.

45. Cfr. nota 43 de este trabajo.

6. *La dignidad de la persona*

Evidentemente, el camino hasta ahora descrito no puede satisfacerlos, ni parece estar en la mente de nuestros padres de la democracia cuando solemnemente proclamaban los derechos. Pero una cosa es que no estuviera en su mente, y otra, muy distinta, que no fuesen, de una u otra forma, víctimas de una concepción para la que los derechos del hombre, y el de la libertad de pensamiento en particular, no fuesen sino una bella formulación de débil fundamento. Un camino cerrado, en definitiva: sugerente, ilusionante en un principio, pero a la postre cerrado, porque adolece de fundamento resistente a los embates de la fuerza, del poder y de su abuso. Porque ofrece el mismo fundamento a la libertad que a la dominación tiránica. Marco sugestivo para un cuadro en el que las sombras no resaltan, sino al contrario, difuminan en exceso los perfiles, imposibilitando interpretar la mente e intenciones del autor de la obra.

Es un camino diseñado o emprendido cuando Kant separaba el *ser* del *deber ser*, dejando al Derecho solamente una salida: ser pura forma, cuyo contenido vendrá dado por el tiempo y las cambiantes circunstancias, una de las cuales, no despreciable, será la de los votos, las mayorías. Un derecho —el de la libertad de pensamiento— formalmente proclamado, pero desnaturalizado —en el más genuino sentido del término—, fatalmente desarraigado de su ambiente, que es el ser: bello por tanto en su apariencia, pero frágil como un globo elegantemente engalanado.

Si la razón no es capaz de conocimientos y valoraciones determinadas —si se le niega, en definitiva, el acceso a las verdades del ser: el camino metafísico⁴⁶—, aquellos conocimientos y valoraciones tendrán siempre una validez relativa, la que le den unos datos, una fecha, un momento de la historia. Entonces, un derecho de libertad tendrá una buena fachada, pero depende en exceso, para su eficacia, de quien tenga por misión el protegerlo, de quien deba garantizar su respeto y su disfrute; y entonces ya no es un derecho inherente a la persona:

46. Negada o marginada esta posibilidad de la razón, es negada la racionalidad del derecho, aquella racionalidad que defendía Alcibiades como fundamento de la obligatoriedad de la ley en su diálogo con Pericles: «Se refiere que Alcibiades, antes de los veinte años, tuvo con Pericles su tutor y primer ciudadano de Atenas, la siguiente conversación acerca de las leyes: *Dime, Pericles, ¿podrías enseñarme qué es la ley. Ciertamente*, respondió Pericles... (y añadió) *son leyes todo lo que la plebe reunida aprueba escribiendo y diciendo lo que se debe hacer y lo que no. ¿Lo será*, preguntó Alcibiades, *cuando aprueba se deba hacer lo bueno y lo malo? Por Júpiter, mancebo*, —se dice haber contestado Pericles— *lo bueno, no lo malo*». JENOFONTE, *Recuerdos de Sócrates*, lib. I, 2,40 y ss., en «Obras completas de Jenofonte», México 1946, pp. 31 y 33.

es un favor o concesión hipotecado a la «verdad» —la mayoría— de una u otra ideología.

Suscribimos en su integridad las palabras de Castán, cuando afirma: «hay sectores de la doctrina contemporánea, de sentido positivista y relativista, que se desinteresan de toda fundamentación filosófica del concepto de persona y de los derechos humanos, ateniéndose meramente a las afirmaciones histórico-políticas de esos derechos. No compartimos esta posición, que creemos funesta para la ciencia jurídica y la política, pues conduce lógicamente al totalitarismo, que es poco compatible con los derechos del hombre. Debemos dar a estos derechos una base filosófica y ética, ligándolos a la noción de perso-

¿En qué consiste, qué es esa dignidad? Nos ayudará a descubrirlo un texto de Millán Puelles: «Cuando usamos la palabra *dignidad* la podemos tomar en dos sentidos. La mayoría de las veces expresamos sona»⁴⁷. Palabras que nos sirven para resumir muy brevemente lo que era el primer camino de respuesta, y a la vez nos abre el paso a la siguiente: la persona.

Sólo si somos capaces de poner el fundamento del derecho a la libertad de pensamiento en la persona, le habremos dado a ese derecho su apoyo perenne, a la vez que su sentido: un fundamento intrínseco al hombre, connatural al hombre mismo, y perdurable, por tanto, frente a eventos y circunstancias ideológicos o históricos. Un fundamento anterior, incluso, al Estado, como lo es el hombre mismo; lo cual supone el reconocimiento de la existencia del sujeto, con significación ética y jurídica, fuera del mismo; concepción, por cierto, no plenamente percibida por la Antigüedad clásica, como pone de relieve Castán: «para que fuese el individuo reconocido como sujeto —dice—, con anterioridad e independencia del ente político, y con propia dignidad y propio valor, para que fuese estimado como principio, tanto en el orden jurídico como en el orden moral, para que se le pudiesen atribuir inherencias y facultades que no le vinieran de fuera, sino de dentro —en la intuición que el hombre puede hacer de sí mismo— fue precisa la incomparable y única revolución del cristianismo... El cristianismo, a través de las diversas etapas, patrística y escolástica, plantea de esta forma un problema absolutamente desconocido al mundo clásico (...): el de la dignidad moral del hombre en cuanto persona»⁴⁸. Ahí está el genuino fundamento, un fundamento que no le viene al hombre de fuera, sino de dentro de sí mismo: su propia dignidad como persona; esa dignidad que todo hombre posee «ni más

47. CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, cit., p. 38.

48. CASTÁN TOBEÑAS, *o.c.*, p. 40.

ni menos que en tanto que es hombre, es decir, pura y simplemente por el hecho de ser persona humana, antecedentemente a toda opción en el uso efectivo de su libertad»⁴⁹; dignidad que le hace formar parte de una especie con rango distinto y superior al de cualquier otro ser irracional⁵⁰.

con ella un sentimiento que lleva a comportarse rectamente, es decir, a obrar con seriedad y pundonor. En este sentido, la dignidad es algo que no se puede, en principio, atribuir a todas las personas, sino únicamente a las que en la práctica proceden de una manera recta y decorosa. Pero otras veces la palabra *dignidad* significa la superioridad o la importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que éste se comporte. Y así, cuando se habla en general de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan sólo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional.

«Esta categoría o dignidad —continúa diciendo el autor citado— es independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas; pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente una persona. Y lo mismo hay que decir si se comparan un hombre que obra moralmente bien y otro cuya conducta es reprobable. *Tan persona* es el uno como el otro, aunque el primero sea *mejor persona*»⁵¹.

Quizá la cita haya sido un poco extensa; pero creo que ha valido la pena, pues a la vez que se tributa el justo honor (a cada uno lo suyo) a la filosofía, nos pone en contacto con un fundamento verdaderamente consistente; un fundamento indestructible de la igualdad de las personas (recordemos que la igualdad es necesaria para poder predicarse la justicia en una determinada relación; una igualdad que dará como mejor forma de gobierno la democracia: demócratas por-

49. MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid 1976, p. 98. Serra-Alberca, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución, cit.*, p. 193, glosando el art. 16.1 de nuestra Constitución, dice: «Los dos apartados del precepto reconocen, con carácter general, una de las libertades públicas básicas, inseparable de la dignidad de la persona». Y es, en definitiva, nuestra Constitución —en una relación muy estudiada críticamente— la que desde el art. 10.1 (derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona) ilumina y fundamenta el tít. I, *De los derechos y deberes fundamentales*, entre los que se encuentra, en el art. 16.1, la libertad de pensamiento.

50. «Ser persona es un rango, una categoría, que no tienen los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón». MILLÁN PUELLES, *Persona humana y justicia social*, Madrid 1962, p. 15.

51. MILLÁN PUELLES, *Persona humana...*, *cit.*, p. 16.

que iguales, no igualados por la democracia). Igualdad que no deviene de un determinado comportamiento, sino del ser: «la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta»⁵². En efecto, hablando de conductas, cabe —y es justa— una valoración desigual de las personal (lo contrario sería injusticia, no igualdad) como mejores o peores, más o menos dignas de respeto o consideración social, pero sin perder de vista aquel punto de contacto —y de partida— que les da la visión ontológica de su dignidad: esa dignidad que llamaríamos *a priori*, «trasunto de la dignidad de su origen»⁵³, y que, como tal, ajena a prejuicios, «no está condicionada humanamente por factores de tipo individual ni de índole histórica»⁵⁴.

Pero ¿en qué se determina esa dignidad *a priori* del hombre? Es decir, y en lo que ahora a nosotros nos interesa, ¿qué base le ponemos para entendernos?: no vaya a suceder que estemos, de nuevo, ante una abstracción sin específico contenido. Es verdad que esa *dignitas* puede ser muchas veces violada, maltratada —y la historia lo confirma—, mas eso no puede llevarnos a su desprecio o abandono, que acarrearía, entre otras consideraciones, el permanecer todavía en nuestros días la deplorable «institución» de la esclavitud. Como ocurre en el terreno de la moral, la desobediencia a un mandato no deroga el mandamiento mismo, antes al contrario el mandato sigue estando vigente, en este caso arguyendo de pecado; como en cualquier otra injusticia, el atentar contra la dignidad del hombre no quiere decir otra cosa que la confesión de que existe la justicia, y la dignidad, que claman por sus fueros.

No estamos, por tanto, jugando con una abstracción ineficaz e inoperante, sino que, al hablar de la dignidad humana, tratamos de «un valor que preside a toda comunicación entre los hombres, porque es el que pertenece a su sustancial comunidad. Ahora bien, ese valor sustantivo, mensurante de la específica dignidad del ser humano, se llama 'libertad', sea cualquiera su uso»⁵⁵.

52. MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre...*, cit., p. 98.

53. MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre...*, cit., p. 101.

54. MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre...*, cit., p. 99.

55. MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre...*, cit., p. 99. Cfr. todo el capítulo *La dignidad de la persona humana*, pp. 97-104. En este sentido merece ser puesto de relieve lo que Peces Barba califica de reconsideración de su propia postura, al afirmar que «todos los derechos que se reclaman prioritariamente de la libertad o de la igualdad son derechos de libertad que pretenden en última instancia, de una forma u otra, utilizando una u otra técnica jurídica, el facilitar y el hacer posible el desarrollo integral de la persona y el ejercicio efectivo y real de su dignidad». *Reflexiones sobre la Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 2 (1979), p. 42. Independientemente de otras afirmaciones de este mismo trabajo de Peces Barba, cuya crítica

Naturaleza, dignidad, libertad. He aquí el tríptico sobre el que nuestro derecho a la libertad de pensamiento encuentra su definitiva apoyatura, trascendente y superadora de cualquier vicisitud histórica o interpretación ideológica de moda. La libertad como valor del ser mismo de la persona, que, por su propia constitución natural, sólo mediante una libre búsqueda y un libre diálogo puede lograr la verdad y el bien; es decir, su realización como persona.

El hombre no es libre para determinarse a la felicidad (con la que el bien y la verdad coinciden)⁵⁶: pero en el orden de la elección de los medios que a ella (y a la verdad por consiguiente) conducen, goza la persona irrenunciablemente de esa libertad que por nada ni por nadie puede ser coartada, en la medida en que se desenvuelva en el ámbito del bien común, con el que la libertad individual está relacionada; relación —digámoslo enseguida— que no es restricción o negación de esa libertad, «porque los auténticos deberes y verdaderos derechos que entraña el bien común están implícitos en los correspondientes deberes y derechos del bien personal del hombre»⁵⁷.

No se regala nada al hombre, en consecuencia, cuando se declaran solemnemente los derechos humanos: «lejos de ser una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantiza-

aparecerá enseguida en estas mismas páginas, me parece de un indudable valor testimonial esta apreciación, por cuanto, como trato de mostrar en este trabajo, es la óptica de la dignidad de la persona la única que nos permitirá dar con el cabal sentido y finalidad de lo que con el derecho a la libertad de pensamiento se pretende, en cuanto derecho de libertad cuyo fundamento último es la persona, precisamente en su «desarrollo integral», que no es otro que hacer «efectiva y real» su dignidad.

56. Aquí se da una necesidad de la voluntad (hacia el bien), mas no se trata en este caso de una necesidad de coacción: «No constituye ningún tipo de violencia, puesto que ésta es siempre contraria a la inclinación propia del ente que la sufre, y la inclinación de la facultad volitiva no tiene el mal por objeto, sino el bien. Es preciso, por tanto, decir que se trata, sin duda, de una necesidad, o, lo que es lo mismo, de una inmutable determinación unívoca, por la que el mal se excluye y sólo al bien en cuanto bien se tiende; mas no una necesidad de coacción, sino de inclinación natural». MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre...*, cit., p. 41.

57. MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre...*, cit., p. 103. Cuestión que desde otra perspectiva, ilumina también Rivero en el texto transcrito en nota 10, cuando al concebir los derechos colectivos como cauce necesario de desenvolvimiento de los individuales —«moyens nécessaires à la satisfaction des droits de l'homme» (p. 26)—, evidencia el hecho de que no puede haber, cuando el bien común y el personal son rectamente entendidos, negaciones mutuas de libertad, sino cauces necesarios.

Entiendo que por esta vía está la solución a los problemas que García Herrera (*Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 2, 1979, p. 106 y contexto) encuentra en la, por supuesto, difícil conciliación, dentro del contenido del art. 10.1 de nuestra Constitución, entre la afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos inviolables inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad, por una parte, y el respeto, por otra, a la ley y los derechos de los demás: el orden social que esta segunda proclama no significa «retomar concepciones autoritarias del pasado» (p. 107), sino situar en su entorno la vivencia de la libertad.

dos», porque el hombre los posee «por el hecho de ser hombre», por propia naturaleza y dignidad»⁵⁸.

7. PERO ALGO MÁS QUE AUSENCIA DE COACCIÓN

Volvamos ahora al concepto de libertad de pensamiento: «tiene por objeto —decíamos al principio— el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida»⁵⁹; ese es el ámbito en que el hombre ha de ser libre. Mas recordemos: *libre de*, no *libre para*, en el sentido de que el hombre ha de gozar de la más plena inmunidad de coacción para acceder a la cultura y pronunciarse sobre su pensamiento filosófico, político y científico. El *libre para*, excepto en lo que —como ya hemos indicado y precisado— pueda atender al bien común, no es objeto del derecho, al que escapa el uso que, con este límite principalmente interno, exigido por la propia dignidad de la persona, haga de tal libertad. Pero, eso sí, sin olvidar que aquella relación objetiva que el entendimiento humano guarda con la verdad, tiene su propia y gloriosa servidumbre: la obligación moral de llegar a la verdad, o al menos de poner —aunque yerre en el intento— todos los medios para alcanzarla; lo cual quiere decir que derecho a la libertad de pensamiento no es derecho a ser verdad lo que uno piensa, sino derecho a pensar, aunque no sea verdad lo que piensa: el derecho está en el ámbito subjetivo —aquí encaja con toda su fuerza jurídica el sabio «errare humanum est»—, no en el objetivo. No porque todo es opinable, sino porque es legítimo opinar, existe tal derecho.

Pero permítasenos antes de terminar una última precisión, recordando algo en lo que ya hemos venido insistiendo a lo largo de estas páginas. El hablar de «inmunidad de coacción» no significa que, sin más, el derecho a la libertad de pensamiento, como todos los derechos de libertad, sea meramente derecho a la ausencia de coacción, en el sentido de que el Estado —o las personas singulares en su caso— no coaccionará a quienes no siguiesen la cultura y las concepciones ofrecidas desde las estructuras oficiales. Esto sería retroceder notablemente y despreciar la afortunada configuración que los derechos

58. TRUYOL, *Derechos humanos*, p. 11. «La esencia de los derechos y libertades radica —afirma por su parte Lucas Verdu— en el libre desarrollo de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana como racionalidad y como sociabilidad»; *Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 2 (1979), p. 25.

59. HERVADA-ZUMAQUERO, *Textos internacionales...*, cit., n. 258.

naturales han ido recibiendo en los últimos siglos; retroceder hasta el punto de concebir estos derechos como simple tolerancia a disidentes. «Para una sociedad libre es necesario que la cultura y su transmisión estén en posesión de la sociedad y no del Estado. En el caso de las libertades a que nos referimos, derecho o libertad significa que el sujeto de esos bienes —y por consiguiente de su transmisión— no es el Estado, sino la persona. Significa que el sistema de ideas, de cultura, de ciencia y moralidad pertenecen a la persona y a su libre desarrollo. No hay peor encadenamiento de la persona y de la sociedad que el dirigismo cultural, o sea, atribuir al Estado la función de dirigir la cultura y su transmisión»⁶⁰.

Y puesto que «enseñar y educar no es otra cosa que transmitir el sistema de ideas, de cultura, de ciencia, de moralidad, de religión»⁶¹, las conclusiones que se derivan de un recto entendimiento de la libertad de pensamiento son bien claras para el correspondiente entendimiento de la libertad de enseñanza, que, según nos parece, es un derecho derivado de aquél, o mejor dicho, de las tres libertades —de pensamiento, de conciencia y religiosa— que abren, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 18), los artículos referidos a los derechos y libertades inherentes a la persona humana⁶², sobre los que tanto se ha escrito, y a propósito de los cuales estas páginas no pretenden ser otra cosa que una modesta reflexión.

60. HERVADA, *Derecho natural, democracia y cultura, cit.*, p. 204. En este sentido, distingue Peces Barba entre derechos de autonomía y derechos de crédito (*Reflexiones sobre...*, *cit.*, p. 46), estando entre los primeros el que nos ocupa: en la noción de unos y otros observo una distinción, rayana en separación, que me parece peligrosa, por cuanto puede dar lugar a entender que la garantía exigible al Estado y la sociedad respecto a los primeros se limita a no entrometerse en ese ámbito, cuando como venimos diciendo, significa algo más, y también vincula positivamente al Estado y la sociedad. El calificativo de «peligrosa separación» es del propio Rivero, paladín de la distinción entre «libertés» y «créances», para quien, sin embargo, siendo necesaria la distinción, «il serait dangereux de les séparer» (*Les libertés publiques*, I, Paris 1977, p. 106).

61. HERVADA, *Derecho natural, democracia...*, *cit.*, p. 204.

62. Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Libertad de cátedra y de enseñanza en la legislación española*, en «Persona y Derecho», VIII (1981), pp. 313-327; especialmente para este punto, pp. 320-324.