

Artículos

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y PACTO CONSTITUCIONAL

FREEDOM OF CONSCIENCE AND CONSTITUTIONAL CONTRACT

Dionisio Llamazares Fernández

Catedrático emérito de la Universidad Complutense

Fecha de recepción: 12/11/2022.

Fecha de aceptación: 23/01/2023.

RESUMEN

El artículo pretende mostrar el papel central que en la conformación del pacto por la convivencia juegan la libertad de conciencia, la tolerancia y la laicidad como su base y punto de partida. Ahí está la fuente originaria tanto de los valores comunes como de los valores diferenciales de la comunidad política, en la que uno de los valores superiores del ordenamiento es el pluralismo. Ese triángulo incluso es el que regula la relación entre los valores comunes y los diferenciales y entre estos, entre los de unos con los de los otros, según que sean de conciencia en sentido estricto o en sentido lato. Finalmente se hacen algunas reflexiones sobre el papel que pueden y deben jugar en la sostenibilidad del sistema democrático las instituciones educativas y los medios de comunicación.

PALABRAS CLAVE

Pacto por la convivencia, pacto por la justicia, libertad de conciencia, tolerancia, laicidad, valores comunes, valores diferenciales.

ABSTRACT

This paper aims to show the central role that freedom of conscience, tolerance and secularism play in the shaping of the social contract for coexistence as its basis and starting point. Here is the original source of both the common values and the differential values of the political community, in which one of the highest values is the principle of pluralism. This triangle also regulates the relationship between common and differential values, depending on whether they are based on freedom of conscience in the strict sense or in the broad sense. Finally, some reflections are made on the role that educational institutions and the media can and should play in the sustainability of the democratic system.

KEYWORDS

Coexistence agreement, justice agreement, freedom of conscience, tolerance, secularism, common values, differential values.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunos apuntes históricos. 3. Razón de ser del pacto y su punto de partida. 4. Contenido del pacto: compromisos originales y primordiales. 4.1. Reconocimiento a todos los ciudadanos el derecho de libertad de conciencia (igualdad en la libertad). 4.2. Neutralidad de la comunidad política. 4.3. Valores comunes. 4.4. Consenso sobre los valores comunes. 5. Pacto por la convivencia y pacto por la justicia. 6. Mantenimiento y sostenibilidad del pacto constitucional. 6.1. La educación. 6.2. La libertad de información y de expresión.

1. INTRODUCCIÓN

Que las constituciones democráticas son fruto de un pacto más o menos explícito es doctrina común, y que toda Constitución contiene dos pactos es algo fácil de mostrar. Los denominaré *pacto por la convivencia* y *pacto por la justicia*, tomando en préstamo en este último caso el término utilizado por Rawls¹. El primero se refiere a las cuestiones sobre las que no es posible ni pensable el acuerdo y que enturbian, entorpecen u obstaculizan, y a la postre imposibilitan ponerse de acuerdo sobre las cuestiones de justicia. Y es que, como ha escrito Maurois, «los intereses transigen, las conciencias no»². El primero tiene como misión hacer viable el segundo: hacer practicable la senda del diálogo, de la discusión y del acuerdo en cuestiones de justicia.

Aunque Rawls habla únicamente del pacto por la justicia, implícitamente está aludiendo al pacto por la convivencia como algo previo cuando argumenta que el pacto por la justicia solo es posible si antes se ha resuelto el problema de base: ponerse de acuerdo sobre los temas en

¹ *Liberalismo político* (traducción de Sergi-René Madero Báez), FCE, México, 1995. Aunque comparto en buena medida la crítica que le hace VIVES ANTÓN («Sobre la teoría de la justicia de J. Rawls. Una aproximación crítica», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp.126 ss.), lo que no se le puede negar es ni el esfuerzo que representa, que Habermas califica como «brillante», ni su capacidad para sugerir preguntas.

² *Obras completas. Historia. Historia de Inglaterra*, Plaza y Janés, Barcelona, 1968, p. 934.

relación con los cuales el acuerdo es –o se considera– imposible. Aparentemente parece una *contradictio in terminis*: acordar sobre cuestiones no susceptibles de acuerdo. Pero no lo es. Siempre es posible ponerse de acuerdo en dejar al margen de la comunidad política, de la vida política y de la discusión pública, esas cuestiones y los valores correspondientes.

De hecho, Rawls apunta expresamente a esos temas cuando escribe que «las más enconadas luchas se entablan por los más altos valores, por lo más deseable: por la religión, por las visiones filosóficas acerca del mundo y de la vida y por diferentes concepciones morales del bien»³, visiones, por tanto, religiosas y no religiosas. Se trata en todo caso de doctrinas comprensivas razonables, sí, pero, no solo opuestas, sino incompatibles entre sí. Ese es el «resultado del ejercicio de la razón humana dentro del marco de las instituciones libres de un régimen constitucional democrático». De ahí la necesidad de *tolerancia* entre los seguidores de esas doctrinas –de los seguidores de unas hacia los seguidores de las otras–. De ahí la necesidad de que se forje un consenso, que él llama *traslapado*⁴, que determine una base cultural común que posibilite la comunicación entre ellos y, de seguido, la cooperación y la coordinación de los esfuerzos de todos en el logro de un fin y unos objetivos comunes (valores comunes). Porque lo normal es que, aunque la mayoría de los valores de las doctrinas comprensivas presentes en una comunidad sean distintos, e incluso incompatibles, habrá otros, los menos, que serán comunes y en los que todas ellas coincidirán al menos en lo fundamental. Eso de un lado, de otro muchos de los valores, creencias y convicciones diferenciales, aunque distintos, no siempre son incompatibles y contradictorios entre sí. En consecuencia, siempre será posible el acuerdo y el consenso para que algunos de estos sean aceptados por todos y que todos se comprometan a respetarlos aun sin asumirlos como propios. O lo que es lo mismo, que se incorporen por consenso a los valores comunes que lo son de hecho. Hay, pues, dos tipos de valores comunes: de hecho y por consenso.

Tiene pleno sentido, ya que es «normalmente deseable que los puntos de vista comprensivos en lo filosófico y en lo moral, que nos hallamos

³ *Liberalismo Político*, cit., p. 29.

⁴ *Ibidem*, pp. 137 ss.

habitados a utilizar en los debates sobre cuestiones políticas fundamentales, se dejen a un lado en la vida pública». «La razón pública –el razonamiento de los ciudadanos en los foros públicos en torno a principios constitucionales esenciales y a las cuestiones básicas de la justicia– está mejor guiada ahora por *una concepción política cuyos principios y valores puedan suscribir todos los ciudadanos*»⁵. «Para lograr esa razón compartida, la concepción de la justicia deber ser, en lo posible, *independiente de las doctrinas filosóficas y religiosas opuestas e incompatibles que profesen los ciudadanos*»⁶.

Este pacto por la convivencia es anterior al pacto por la justicia; es condición de posibilidad y viabilidad del segundo, a la vez que este es la realización del primero, ya que gracias a él la igualdad en la libertad y las consiguientes libertades y derechos se convierten en «reales y eficaces», en expresión del artículo 9.2 CE, admitiéndose distintas vías para conseguir ese objetivo. Ese abanico de posibilidades es el que marca los linderos dentro de los cuales se hace posible el *pluralismo* como uno de los valores superiores de la comunidad política y no como un mero mal menor. Pluralismo que es, fruto, a un tiempo, del ejercicio de la libertad de conciencia por todos, y de la *tolerancia* como deber de todos ante esa libertad. Son inseparables, no pueden ser el uno sin el otro.

Y todavía otros dos apuntes sobre los valores comunes. Primero, no son ningún dogma ni responden a dogma alguno. Como valores jurídicos, sean derechos o principios jurídico-políticos, son fruto del pacto, no impuestos por un poder o un Derecho externo a la propia comunidad política. Consecuentemente, están abiertos a percepciones diferentes según las distintas sensibilidades, con la correspondiente flexibilidad para adaptarse a esas distintas sensibilidades, legítimas dentro del marco del pluralismo democrático.

Segundo, nada impide que diversas comunidades políticas suscriban entre ellas un pacto de valores comunes que sirva de inspiración y fuente de interpretación de los valores comunes propios de cada comunidad política suscriptora de ese pacto. Esto es lo que ha ocurrido con los pactos sobre derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos,

⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁶ *Ibidem*, p. 34.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Convenio Europeo de Derechos Humanos –que, en cuanto hijos del pacto, tienen como única fuente de juridicidad el pacto multilateral, con lo que, como acabo de señalar, tampoco son ningún dogma–.

2. ALGUNOS APUNTES HISTÓRICOS

Seguramente no es casual que al tiempo que empiezan a formularse las teorías sobre el origen de la comunidad política con base en el pacto (siglo xvii), y comienza la práctica política del *pacto por la convivencia*, se inicie también la consolidación del *pluralismo religioso*. En efecto, las dos fórmulas que se utilizan para superar las dificultades que entraña el pluralismo religioso para la vida política son el edicto regio (edicto de Nantes en 1598) y el pacto (Ausburgo en 1555, *Religionsfriede* en 1598 o Westfalia en 1648), este último con más frecuencia que el primero. Además, se utiliza una vía mixta o intermedia: el edicto regio ratificado por el parlamento (*Toleration Act* de 1689 en Inglaterra).

Tampoco es casual que una de las razones esgrimidas para justificar y defender el pacto sea garantizar no solo la paz sino también la prosperidad de los reinos. Ni es casual que la solución, cualquiera que sea la forma que adopte, sea la imposición (o la autoimposición) a los ciudadanos, a pesar de sus diferencias religiosas, de la tolerancia horizontal como herramienta de paz y prosperidad del reino (la tolerancia como principio jurídico-político). Aunque no sea una tolerancia plena; aunque, con una u otra amplitud, sea la respuesta a una libertad religiosa otorgada y, por tanto, precaria y efímera. Pero la tolerancia, aunque aún medrosa y raquítica, se convierte así en principio jurídico-político.

En el siglo xvii se publican el *Leviatán* de Hobbes (1651) y el *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke (1690), esto es, las primeras formulaciones del contrato social como base de la comunidad política. El primero, todavía con resonancias del pasado, se corresponde ideológicamente con el tratado de Ausburgo (más conocido como «Paz de Ausburgo»), firmado en 1555 entre el Imperio y los principados alemanes, y que, en el fondo, viene a prolongar políticamente en cada principado el régimen anterior de unidad político-religiosa de la cristiandad, y supone la negación absoluta de la legitimidad del pluralismo y de la libertad religiosa de los ciudadanos, que han de seguir la fe de su

príncipe, quedándoles en caso contrario, como única salida posible, el *ius migrandi*. El segundo, en cambio, abre ya las puertas del futuro por cuanto los protagonistas del pacto son directamente los ciudadanos, titulares como comunidad de la soberanía nacional a través del poder legislativo, y para los que Locke reclama en otra de sus obras (*Carta sobre la tolerancia*, coetánea del *Segundo tratado*) el reconocimiento de la libertad en materia de fe religiosa –aunque no en cuanto derecho personal de los ciudadanos, sino por incompetencia en esa materia de la comunidad política y sus autoridades (los magistrados)–. Ideológicamente se corresponde más bien con el tratado de Westfalia, que abre vías al pluralismo religioso a la par que implica la desconfesionalización o secularización de las relaciones internacionales⁷.

La Ilustración, y la formulación republicana del contrato social de Rousseau, es acogida y desarrollada por Kant, que clama por el reconocimiento de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia como auténticos derechos⁸, clamor que está detrás de las revoluciones democráticas de mediados del siglo XIX. Esa reclamación abrirá paso al reconocimiento de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia como derecho universal civil –reconocimiento que se extenderá luego a todas las cosmovisiones, con independencia de que sean religiosas o no religiosas–, en sistemas no laicos en los que no rige el principio de separación, como ocurre con el de la Constitución de Weimar (1919). Terminan así triunfando, reconocidos constitucio-

⁷ FERNÁNDEZ LIESA, C., «La evolución del proceso de secularización del Derecho Internacional», en *Estado y Religión. Proceso de secularización y laicidad* (a cargo de D. Llamazares), Madrid, 2002, pp. 94 ss.

⁸ En *¿Qué es la ilustración?*: «Un príncipe que no encuentra indigno de sí mismo declarar que considera como un deber no prescribir nada a los hombres *en materia de religión*, sino que les deja en ello plena libertad y que incluso rechaza el pretencioso nombre de tolerancia, es un príncipe ilustrado y merece que el mundo y la posteridad lo ensalcen con agradecimientos. Por lo menos, fue el primero que desde el gobierno sacó al género humano de la minoría de edad, dejando a cada uno la libertad de servirse de su propia razón *en todas las cuestiones de conciencia moral*». El alegato kantiano se refiere no únicamente a la libertad de religión, sino a la libertad de conciencia. Representa por tanto un doble paso adelante: proclama la libertad de religión como un derecho de la persona y al mismo tiempo que este derecho no es solo de libertad de religión, sino de libertad de conciencia. De ahí que yo califique este escrito como un auténtico *manifiesto*, el *primer manifiesto de la libertad de conciencia como derecho civil* (se publica en 1784, mientras la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» es de 1789).

nalmente, el pluralismo religioso, ideológico y político, y la tolerancia como principio jurídico-político, aunque no escrito.

3. LA RAZÓN DE SER DEL PACTO Y SU PUNTO DE PARTIDA

Se llega al pacto como consecuencia de una dura experiencia: la de comprobar que en algunas materias sobre las que se discute no es posible el auténtico diálogo, ni la transacción, ni el acuerdo. No hay más solución que el «vamos a respetarnos en esas cuestiones» y vamos a colaborar en lo demás, para que la vida en comunidad sea fructífera y fecunda para todos. El diálogo y el acuerdo son imposibles porque se trata de cuestiones que no admiten transacción, que tienen, para unos y otros, el valor de dogmas incuestionables. Son objeto de la fe; creencias y convicciones; *cuestiones de conciencia*, en definitiva. Traicionarlas se vive y se siente como una traición a uno mismo.

Es a esas cuestiones a las que debe aplicarse la tolerancia en sentido estricto según Habermas: «La tolerancia resulta necesaria tan solo cuando las distintas partes ni buscan ni creen posible un acuerdo racional sobre las convicciones en disputa»⁹. Porque únicamente «reclaman tolerancia aquellas concepciones que mantienen conflictos entre sí por razones subjetivamente comprensibles, aunque sin albergar expectativa racional alguna de lograr un acuerdo motivado»¹⁰. Personalmente, creo que habría que tener en cuenta que lo que se tolera no son las creencias ni las convicciones; a quienes se tolera es a las personas mismas. Eso de un lado, de otro el que la tolerancia no sea absolutamente necesaria no quiere decir ni que sea imposible, ni que no sea lo conveniente e indicado. Lo es siempre para todo tipo de pluralismo, pues lo exige la *tranquilidad* de la comunidad política. También para el pluralismo de ideas o meras opiniones. Solo cambian el grado e intensidad de su necesidad y, consecuentemente, el grado de su exigencia y protección jurídicas. No se olvide que el pluralismo es fruto del ejercicio del derecho de libertad de conciencia.

⁹ «La tolerancia religiosa como precursora de los derechos culturales», en *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 264.

¹⁰ *Ibidem*, p. 263.

Pienso, además, que no basta aplicar esta regla a las doctrinas comprensivas opuestas e incompatibles entre sí sin más matices. Es necesario aquilatar más. No todo en esas doctrinas imposibilita el diálogo y la transacción. Para ser precisos eso ocurre solo cuando lo que chocan son creencias o convicciones, no en otro caso. Todo lo que no es dogma y objeto de fe es discutible y, al menos en teoría, sobre ello es posible no solo el diálogo, sino la transacción y el acercamiento hasta el acuerdo; al menos, no es descartable, es razonablemente plausible. Solo habría que mantener al margen de la discusión pública en foros públicos las materias objeto de la fe y, por tanto, *de conciencia*. No sería admisible que se pretendiera argumentar políticamente sobre bases doctrinales objeto de la fe, por ejemplo. Sería tanto como entrar en un diálogo de sordos y al final en el túnel de la violencia ciega.

Es preciso, por tanto, distinguir entre cuestiones de conciencia y el resto, cuestiones de justicia. Solo las segundas constituyen el objeto propio de la vida de la comunidad política y de la discusión pública, no así las primeras, sobre las que la comunidad política no tiene nada que decir ni decidir, pues son de la incumbencia única de cada persona, de la conciencia de cada uno. La comunidad política no tiene competencia alguna sobre ellas. En principio no puede ni imponerlas ni prohibirlas. Su obligación es reconocer la libertad de la persona para tenerlas –unas u otras–, o para no tenerlas, al tiempo que crear las condiciones más propicias para hacer real y eficaz esa libertad personal y colectiva, y eliminar las condiciones que la obstaculicen o la impidan.

Esta distinción obliga, en defensa del derecho fundamental de todos los ciudadanos a la libertad de su conciencia, a transformar la mera conveniencia de la que habla Rawls, en necesidad y obligación. Si se quiere respetar escrupulosamente esa libertad es necesario, y no solo conveniente, dejar fuera de la discusión pública las materias de conciencia; eso sí, solo las materias de conciencia en sentido estricto, no todos los demás componentes de la doctrina comprensiva, sea filosófica o religiosa.

Obsérvese que a esta versión del pacto se llega no solo porque esa es la única forma de entenderse y abrir la posibilidad al verdadero diálogo, a la transacción y al acuerdo, sino porque así lo reclama el respeto escrupuloso de la libertad de conciencia de los ciudadanos. Y porque así lo exige, en última instancia, el respeto de la dignidad

humana, «único fundamento basilar de todos los derechos humanos», «de manera que todos los derechos humanos pueden desarrollarse a partir de la dignidad humana»¹¹ que, a su vez, encuentra su fuente en la conciencia de la libertad.

4. CONTENIDO DEL PACTO: COMPROMISOS ORIGINALES O PRIMORDIALES

De conformidad con todo lo dicho hasta aquí, el pacto por la convivencia, anterior al pacto por la justicia y base del mismo, implica los siguientes compromisos:

1. Neutralidad ideológico-religiosa de la comunidad política.
2. Reconocimiento de la libertad de conciencia como el primero de los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto base y fundamento de su dignidad como seres humanos y como personas, algo que entraña necesariamente neutralidad.
3. Reconocimiento de la igualdad en la libertad de todos los ciudadanos (puesto que todos detentan su titularidad), lo que implica la no discriminación de nadie en la titularidad y ejercicio de cualquier otro derecho en base a sus creencias, convicciones y valores diferenciales.
4. Consenso de todos sobre el respeto a un núcleo de valores de esos que, entre los más altos, no admiten el compromiso ni el acuerdo. Ese consenso estará basado bien en que son de hecho valores comunes a todas las doctrinas comprensivas en presencia, o bien en que han sido expresamente aceptados como valores comunes en el momento del cierre constitucional, siempre entendiendo que en este último caso no es necesario que sean asumidos como propios, pero sí que todos se obliguen a respetarlos mientras no se alcance un nuevo consenso para cambiarlos.
5. Compromiso de respetar los valores diferenciales (distintos) de los otros, si son de conciencia, por más diferentes que sean de los nuestros y siempre que no contradigan a los valores comunes.

¹¹ HÄBERLE, P., «Rectas y rodeos, caminos de ida y vuelta en la dogmática alemana de los derechos humanos –un esbozo–. La programática de los derechos humanos», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales*, cit., p. 695.

6. Y todavía un último compromiso: respeto del entramado de instituciones y principios democráticos inspiradores de su dinamismo para conseguir los objetivos anteriores y los correspondientes valores del Estado de Derecho: sometimiento de todos a la ley, soberanía popular, separación de poderes, independencia del poder judicial y control constitucional.

Conviene observar que el compromiso que hemos enumerado en primer lugar es instrumental del segundo. Al menos ese es el resultado final. En efecto, la neutralidad tiene como motivación próxima la paz y la *tranquillitas*¹², que diría Marsilio de Padua, de la comunidad política, pero tiene como destino final el reconocimiento por la comunidad de *la libertad de las conciencias como el primero de los derechos de los ciudadanos*. Solo sobre la base del respeto de ese derecho es posible una comunidad justa: solo sobre esa base es pensable la realización del valor *justicia*. Esa es la primera *conditio sine qua non* de tal tipo de comunidad. Vayamos ahora con el estudio detenido de cada uno de esos compromisos, en el orden resultante de esta última consideración.

4.1 Reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos a la libertad de sus conciencias

Como ya he dicho, asumir este compromiso de neutralidad implica no solo reconocimiento de la libertad de conciencia de los ciudadanos como posibilidad de éxito de la comunidad que se pretende constituir, sino, lo que es más importante, como el primero de los derechos que se le reconocen. Es el primer derecho que tiene su fuente y fundamento en el pacto por la convivencia. Se reconoce a todos los ciudadanos el derecho a su identidad, a ser lo que son y a comportarse de acuerdo con ese modelo de ser humano por el que han optado, único e irrepetible –es decir, el derecho a la identidad incluye el derecho a la diferencia–. En puridad, como fenómenos o vivencias de conciencia, la diferencia es anterior a la identidad, la alteridad es anterior a la identidad,

¹² LAGARDE, G., *La naissance de l'esprit laïque au declin du moyen age. III. Le defensor pacis*, Louvain-Paris, 1970, pp. 62 ss.

de manera que se puede decir que la identidad es un momento de la diferencia (Hegel)¹³.

Pensémoslo un instante. No me refiero a cualquier diferencia sino a la que me hace «absolutamente otro»¹⁴, la «otredad» en sentido estricto. Lo que me hace otro, radicalmente otro, único e irreplicable, es mi esencia, mi identidad. Aquí vamos a encontrar a un tiempo la respuesta a la pregunta ¿qué somos?, y la respuesta a cómo superar la aparente contradicción que encierra la afirmación de que identidad y alteridad no son dos derechos distintos, sino uno y el mismo derecho. Y es que *somos libertad*, y el sujeto titular de la libertad es siempre el mismo y nunca lo mismo, porque es un *querer* continuo en devenir constante. En eso consiste nuestro ser humano y en eso consiste nuestra vida.

Ahí está el núcleo original del derecho de libertad de conciencia. Es libertad para conocer la propia identidad en la diferencia con los otros antes que derecho a tener unas u otras creencias o convicciones, unas u otras ideas u opiniones. Es la libertad para percibirse a sí mismo, para percibir la propia mismidad. Y a ese núcleo original se irán adhiriendo, como cascotes de cebolla, las creencias y las convicciones, las ideas y opiniones.

Y no solo eso. Implícitamente, al reconocerse ese derecho a todos los ciudadanos se les está reconociendo el *derecho a la igualdad en la libertad de conciencia, tanto en su titularidad como en su ejercicio*. Lo cual quiere decir que se está consagrando aquí la obligación de todos de respetar el derecho de libertad de conciencia de los demás: al *primer derecho fundamental*, según el pacto, le corresponde un *primer deber fundamental, el de respetar el derecho de los otros*, que no otra cosa es *la tolerancia como realidad jurídica*.

Este deber universal de todos con respecto a todos implica el reconocimiento del *derecho a la diferencia*. Todos son titulares del derecho a ser quienes son, singulares e irreplicables, diferentes de todos los demás, y a que se les permita y no se les pongan obstáculos a ser como son, a comportarse de acuerdo con la conciencia que tienen de sí mis-

¹³ *Ciencia de la lógica* (traducción de Rodolfo Mondolfo), Amazon, vol. I, libro II, pp. 46 y 54.

¹⁴ LEVINAS, E., *Totalidad e infinito*, Sígueme, Salamanca, 1977, p. 27 ss.

mos en cuanto seres humanos y en cuanto posibilidad y desarrollo de seres humanos; son titulares del derecho a ser auténticos. Todos tienen derecho, en definitiva, a la *autodeterminación* y a la *autenticidad*.

Consecuentemente, tienen derecho a tener y cultivar valores diferenciales con respecto a los valores de los otros, y los demás tienen la obligación de respetarlos –no de asumirlos como propios, pero sí de respetarlos por estima y aprecio de la dignidad de la persona basada en la libertad de su conciencia– *con una sola condición: que no contradiga a los valores comunes*. En este último caso, no tendrían cabida en el ordenamiento.

De este derecho a la diferencia hay que partir para resolver el problema de la integración de las minorías en la comunidad política. En una comunidad democrática a nadie se le puede prohibir u obligar a hacer algo en contra de los dictados de su conciencia (siempre que esa actitud no contradiga los valores comunes), por más mayoritariamente compartidos que sean los valores a los que responde esa obligación o prohibición. Será distinto, sin embargo, si no se trata de cuestiones de conciencia. En ese caso rigen los principios democráticos: soberanía popular y ley de las mayorías; ese es marco de del pluralismo democrático.

Pero todavía hay que añadir algo más. El derecho de libertad de conciencia incluye el derecho a disfrutar y ejercer todos los demás derechos sin discriminación alguna basada en diferencias identitarias o en tener unas u otras creencias, unas u otras convicciones y, por extensión, unas u otras opiniones (que también son vivencias de conciencia, aunque no gocen de una protección jurídica reforzada y se cobijen al amparo del Derecho común). Así, el derecho de libertad de conciencia condiciona y colorea las condiciones de la titularidad y ejercicio de todos los demás derechos. Häberle va todavía más allá: «la libertad de conciencia es el *fundamento* de los otros derechos fundamentales»¹⁵. No excluye a ninguno, todos tienen su sostén en la conciencia de la libertad. También el derecho a la vida. Lo que hace especial el derecho a la vida humana frente a otros homínidos, lo que hace especial su dignidad como ser humano, es la conciencia de su libertad. Si hablamos de la vida como *hecho biológico*, es evidente que sin vida no pue-

¹⁵ *La libertad en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo editorial, 1997, p. 651.

de haber conciencia ni conciencia de la libertad. Pero como *derecho* las cosas cambian: sin conciencia o expectativa de conciencia no hay Derecho ni derechos; no existe dignidad humana, y tampoco derecho a la vida¹⁶.

Y cierra el círculo un último dato: la libertad de conciencia es el *único* derecho de entre los fundamentales cuyas manifestaciones, por disposición expresa constitucional, tienen *únicamente* un límite, el orden público (art. 16.1 CE), que es una apretada síntesis de los valores comunes de una comunidad política.

En conclusión, libertad de conciencia y tolerancia son, por tanto, las bases y cimientos de la comunidad política. Es más, la neutralidad ideológico-religiosa de la comunidad política es una exigencia de ese binomio: es su garantía. Y justamente por su ubicación en la cabecera del pacto por la convivencia tienen además el valor y la virtualidad de *principios jurídico-políticos de la comunidad política*.

4.2 Neutralidad de la comunidad política

Tiene razón Rawls cuando rechaza la utilización de la palabra neutralidad referida a la comunidad política porque puede significar cosas diferentes¹⁷, de manera que se hace necesario precisar su contenido semántico cuando se emplea en este contexto.

Por lo pronto hay que decir que se trata de una neutralidad ideológico-religiosa, lo que significa que, en ese terreno (cuestiones de conciencia), la comunidad se sabe y se considera incompetente, sabe que nada puede hacer ni decidir en favor o en contra de cualquier ideología o religión (doctrinas compresivas, también las ideologías identitarias) en cuanto tales. Como dice Habermas, «solo el ejercicio de un poder político laico constituido en forma de Estado de Derecho, y que se manten-

¹⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., «Reflexiones en torno al derecho a morir», en *El Derecho eclesástico del Estado. En homenaje al Profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 426-427. En relación con esto, véase la STC 154/2002; para una visión general del tema LLAMAZARES FERNÁNDEZ., D., *Derecho de la libertad de conciencia*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 357 ss.; ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1993.

¹⁷ *Liberalismo político*, cit., pp. 187 ss.

ga neutral hacia las diversas cosmovisiones puede garantizar una convivencia tolerante y en igualdad de derechos, de comunidades religiosas que siguen siendo irreconciliables en la sustancia de sus visiones del mundo y en sus doctrinas»¹⁸. Ahora bien, es preciso afinar más. No se trata de cualquier cuestión ideológica, filosófica o religiosa. Lo que queda excluido de su competencia son solo las cuestiones ideológicas o religiosas de conciencia en sentido estricto. Las que se excluyen de la discusión pública en foros públicos son únicamente las cuestiones de conciencia. En todo lo demás, las comunidades religiosas o filosóficas y sus miembros, en sus manifestaciones, estarán sometidos al Derecho común. Es decir, las manifestaciones de las vivencias de conciencia que no disfrutan de una protección jurídica reforzada están sometidas, además de al orden público y a los valores comunes, a otras limitaciones, como las del Derecho común del artículo 20 CE y concordantes.

Aquí tienen su fundamento y sus límites la autonomía interna de la iglesias y confesiones religiosas (comunidades de conciencia) para decidir libremente sobre sus asuntos propios (de conciencia). La neutralidad de la comunidad política es el paraguas bajo el que se guarece esa autonomía. Es una exigencia del respeto al derecho de libertad de conciencia de sus miembros y solo llega hasta donde sea necesario para hacer real y efectiva esa libertad individual (art. 9.2 CE).

No entraña que la comunidad política se desentienda de estos temas ni que mire con indiferencia hacia otro lado. Porque, en todo caso, de lo que sí es y se sabe responsable la comunidad política, es de que la libertad de conciencia de sus ciudadanos sea real y efectiva. Se sabe, por tanto, obligada a procurar las condiciones que favorezcan ese objetivo y a evitar las condiciones que lo obstaculicen o lo hagan imposible. Aquí tiene también su fundamento la mal llamada cooperación del Estado con las confesiones –habría que invertir la expresión, se trata más bien de cooperación de las confesiones con el Estado, porque de lo que se trata es de facilitar la consecución de un *fin no eclesial, sino estatal: la libertad de conciencia plena como derecho civil* de todos los ciudadanos, algo que es de competencia exclusiva del Estado–.

Es, en ese sentido, una *neutralidad activa, lejana a la indiferencia*. Es más, no convierte a la comunidad política en un vacío axiológico, como

¹⁸ En «Introducción» a *Entre naturalismo y religión*, p. 10.

algunos han dicho. Lo que ocurre es que la fuente de la moral es el propio pacto y, por tanto, la propia comunidad. Es una moral autónoma, no heterónoma. Lo vamos a ver en el apartado siguiente.

4.3 Valores comunes

Dos son las preguntas a las que debemos dar respuesta. ¿Cuáles son esos valores? Y ¿qué otras funciones cumplen?

Vayamos con lo primero. La pantalla inicial nos la ofrece el artículo 1 de nuestra Constitución con la enumeración que hace en su apartado 1: el Estado «propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Claro que aún podríamos reducirlos a una fórmula más simple: *igualdad en la libertad* –*porque no otra cosa es la justicia*–, que a su vez implica y es inseparable del pluralismo. Y habría que complementarlo con el adjetivo *equitativa* aplicado a la justicia y a la igualdad como defensa de la singularidad de la persona en cuanto modo de ser humano único e irrepetible.

Pero considero necesario un desarrollo ulterior del sistema. Así, al 1.1 CE habría que añadir el apartado 1 del artículo 10: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». En él se explicitan como objetivos finales de la comunidad política la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales, cuyo respeto por parte de todos al amparo de la ley se considera fundamento del orden político y de la paz social. Un primer bloque de valores comunes estaría constituido, pues, por lo que hemos considerado como base misma del pacto en tanto que fuente de todos los derechos –más aún, en tanto que fuente de la juridicidad misma–, esto es, el derecho de libertad de conciencia y todos los derechos que tengan en él su fuente, su fundamento o su fin (su razón de ser, en definitiva): los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, encabezados por el principio de *la igualdad en la libertad* y concentrados en la dignidad de la persona humana.

Pero como valores comunes habrá que considerar no a solo los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también a sus deberes fundamentales. Y, en concreto, al primero de ellos, la *tolerancia*, que a su vez entraña el reconocimiento del *pluralismo* como valor y nos conduce, a la postre, a la *neutralidad* de la comunidad política, ya que, en cuanto garante y defensora del pluralismo y de la libertad de conciencia, esta debe controlar el cumplimiento de ese deber primero de respeto, por cada ciudadano, del derecho de libertad de conciencia de los demás.

A esos valores habría aún que añadir los necesarios para preservar y mantener los derechos fundamentales de los ciudadanos, la salud, la seguridad y la moral públicas. Es decir, los necesarios para preservar el *orden público como síntesis de esos valores comunes*, de acuerdo con su definición en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. No se trata de un contenido semántico negativo, sino eminentemente positivo. El orden público es límite de la libertad de conciencia y de los demás derechos fundamentales, pero solo en cuanto sea necesario para su salvaguarda y su defensa. En este punto, merece la pena hacer algunas precisiones sobre los conceptos de moral, seguridad y salud públicas como integrantes del orden público.

a) *Moral pública*

Se ha dicho que el *Derecho* es la realización histórica de la *moral*. Cada grupo humano y cada comunidad política tiene su moral, en la que se inspira y que, al menos parcialmente, pretende realizar su Derecho. Me estoy refiriendo, no a una moral única dictada por una autoridad externa, sino a la moral que vive cada comunidad humana fruto de su historia cultural¹⁹. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional se refiere a la *moral pública*²⁰ como *mínimo común ético de una sociedad determinada en*

¹⁹ HÄBERLE, P., *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, traducción e introducción de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000; CASCAJO CASTRO, J. L., «La cultura constitucional», en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después.*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 107-128.

²⁰ Me he ocupado del tema en otras ocasiones. «Bioética, moral pública y Derecho», en *Teoría de la justicia y Derechos fundamentales*, cit., pp. 765-839.; «Bioética y Derecho», en *Biotecnología y Bioderecho* (TARODO SORIA y PARDO PRIETO coords.), Eolas, León, 2011, pp. 27-63.

*un momento histórico concreto, acogido por el Derecho*²¹. Es decir, no hay una única moral pública, sino tantas como comunidades políticas existan. Y lo que la expresión «mínimo común ético» indica es que no se trata de la moral profesada por la mayoría de la población o por la minoría dominante, sino el *mínimo ético* compartido por todas las morales presentes en la comunidad: aquello en lo que todas ellas coinciden. Y, por último, como afirma Peces Barba, la moral pública es «moral justificada»²². Sus normas son normas jurídicas y tienen eficacia jurídica. Ese es el producto del pacto. En su virtud, el Derecho se ha convertido en realización, bien que parcial, de la moral.

Pues bien, la primera condición que tiene que cumplir ese mínimo común ético es respetar escrupulosamente el derecho de libertad de conciencia del que son titulares todos los ciudadanos (recuérdese que es el primer compromiso del pacto). Pero, al mismo tiempo, ese mínimo común ético es un elemento integrante del orden público, que es, a su vez, el *único límite* de la libertad de conciencia (no de la libertad interna pero sí de todas sus manifestaciones, sean de palabra u de obra). Para empezar señala los límites que ha de respetar el ordenamiento jurídico al dictar normas que afecten a la libertad de la conciencia: no puede dictar normas imperativas que obliguen a algo o prohíban algo que entre en contradicción con la conciencia del destinatario de la norma. En materia de conciencia, el Derecho solo puede dictar normas permisivas. Desde el punto de vista del respeto del derecho de libertad de conciencia, el ordenamiento no puede obligar o prohibir, sino que debe, al tratarse de cuestiones de conciencia (pensemos en la interrupción del embarazo o en el matrimonio homosexual), dictar normas permisivas siempre que no entren en contradicción con la moral pública (valor común).

Consecuentemente, el ordenamiento tiene que reconocer expresamente como derecho la objeción de conciencia en tanto que contenido del derecho de libertad de conciencia. Pero con un límite: el propio orden público en cualquiera de sus contenidos. De ahí que el reconocimiento del derecho deba ir acompañado de la enumeración expresa y precisa de las condiciones en las que puede ser ejercido para no

²¹ STC 62/1982, FJ 3 y 5.

²² «Ética pública y ética privada», en J. TAMAYO, *Aportación de las religiones a una ética universal*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 21.

chocar con ese límite. Otra cosa pondría en cuestión la legitimidad de la existencia misma del Derecho.

Por último, es preciso diferenciar entre esta moral pública y las distintas morales privadas. La relación entre ellas ha de responder al principio de no contradicción de las morales privadas con la pública. Pero hay que hacer una aclaración, la contradicción solo cabe entre dos normas, pública y privada, ambas imperativas (la moral pública prohíbe algo que la privada tipifica como obligatorio, o a la inversa).

b) *Seguridad pública*

Hay quienes identifican seguridad pública y seguridad ciudadana. Pero el artículo 1.1 de la LSC²³ considera a la seguridad ciudadana «requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes». Eso de un lado, de otro el artículo 2.3 hace expresa alusión a la *seguridad pública* para indicar que se extiende también a otros ámbitos: «Asimismo, esta Ley se aplicará sin menoscabo de los regímenes legales que regulan ámbitos concretos de la seguridad pública, como la seguridad aérea, marítima, ferroviaria, vial o en los transportes, quedando, en todo caso, salvaguardadas las disposiciones referentes a la defensa nacional y la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio». Según esto, el concepto de seguridad pública sería más amplio que el de seguridad ciudadana, aunque compartan el mismo objetivo final, garantizar a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Para cumplir con el mandato del artículo 1, el Estado deberá cuidar los objetivos que el artículo 3 tipifica como fines de la ley y que son fines instrumentales de la seguridad pública, entre otros:

- a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico.
- b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones.

²³ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

- c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas.
- d) El respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades.

Por tanto, con la expresión *seguridad pública* se está aludiendo no solo a los derechos fundamentales sino también al entramado institucional que necesitan para su realización los derechos que tienen su fuente en el de libertad de conciencia de todos los ciudadanos como base y fundamento de la dignidad del ser humano. El respeto a esas instituciones y a su funcionamiento e interrelación es otro de los compromisos del pacto por la convivencia. Principios tales como el principio de soberanía popular, el de sometimiento de todos a la ley (Estado de Derecho), el de separación de poderes, el de independencia del poder judicial y el de control constitucional se erigen también, consecuentemente, en valores comunes anclados en el pacto.

Y, por supuesto, alude también al respeto del derecho fundamental de libertad de conciencia, y al cumplimiento del deber fundamental de todo ciudadano hacia ese derecho fundamental de los otros, es decir, el deber fundamental de tolerancia.

c) *Salud pública*

Por último, con la expresión *salud pública* nos estamos refiriendo, no a la salud como derecho individual de la persona singular, sino a la salud de un grupo de población o de la comunidad política misma, algo que, evidentemente, es una *conditio sine qua non* del derecho fundamental individual. La salud pública es un valor solidario de toda la población.

La CE se refiere a ella en el artículo 43, de manera que cuando las leyes sanitarias quieren referirse al derecho fundamental a la salud tienen que acudir a los derechos de la persona (derecho a la intimidad, derecho a la información sanitaria o al derecho de autonomía del paciente, por ejemplo)²⁴. Porque es evidente que el artículo 43.1 («se reconoce el

²⁴ Véase TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Editorial del País Vasco, 2005, pp. 168 ss.; ESCOBAR ROCA, G., «Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales*, cit., pp. 523-558.

derecho a la protección de la salud») se refiere a la salud pública, no al derecho a la salud como derecho fundamental individual. Su ubicación en el capítulo III («De los principios rectores de la política social y económica») no deja lugar a otra interpretación. Y en la misma dirección apuntan los números 2 (que se refiere expresamente a la salud pública) y 3 de ese artículo.

Pero que el legislador constitucional no haya hecho proclamación expresa del derecho a la salud como derecho fundamental individual, no impide que el artículo 43 solo tenga sentido si se da por supuesto ese reconocimiento. Porque, aun suponiendo que, como apuntan todos los indicios, haya que interpretar la expresión «derecho a la protección de la salud» del artículo 43.1 como derecho a la «protección de la salud pública», esa protección solo tiene sentido como cobertura de la salud en tanto que derecho fundamental individual. O, dicho de otro modo, el derecho a la salud individual es un derecho fundamental «presunto» o no escrito.

4.4 **Consenso sobre el núcleo de valores comunes**

Las distintas doctrinas comprensivas (ideológicas o religiosas) presentes en la comunidad política tienen un núcleo de valores que las distingue y en los que se hunden las raíces de sus diferencias y de su incompatibilidad. Pero hay algunos valores en los que coinciden de hecho, total o parcialmente. Pues bien, ahí tenemos el núcleo original de lo que llamo valores comunes.

Es más, entre esos valores no solo los hay que coinciden o que son incompatibles entre sí, sino que también los hay meramente distintos, pero no incompatibles. Pues bien, en relación con estos es perfectamente posible el diálogo y la transacción: por consenso se puede llegar al acuerdo de considerar a algunos de estos, en todo o en parte, también valores comunes. Tendremos así un conjunto de valores aceptado consensuadamente por todos, lo que facilitará además la comunicación entre los diferentes con un lenguaje común. Así es que habría un grupo de valores comunes que de hecho son compartidos y otros que serían aceptados como comunes por consenso, aun cuando no todos los miembros de la comunidad los compartan. En ningún caso se exige que los ciudadanos les presten asentimiento interno y que consi-

deren esos valores como propios, pero sí que se comprometan a respetarlos escrupulosamente en tanto no se modifiquen por el mismo procedimiento consensual por el que se fijaron originalmente.

Como hemos visto en el apartado anterior, los valores comunes se integran en lo que como concepto jurídico se denomina orden público y cumplen dos importantes funciones:

1. Son el único límite que tiene el derecho de libertad de conciencia (art. 16.1 CE) en sus manifestaciones externas (ya que como vivencias puramente internas escapan a todo control directo del ordenamiento jurídico).
2. Son la prueba de admisibilidad jurídica de los valores de conciencia diferenciales de las personas y los grupos: los que sean incompatibles con los valores comunes no encuentran acomodo en el ordenamiento, de modo que no serán admitidos y, de constatarse la presencia de alguno, deberá ser inmediatamente expulsado. En cambio, si son compatibles, deberán respetarse por todos aun cuando sean diferentes de los propios, y el ordenamiento garantizará ese respeto si son valores de conciencia. Esta obligación de reconocimiento y respeto es una obligación jurídica, no una mera obligación moral. Por otro lado, si no son valores de conciencia en sentido estricto, estarán sometidos a la ley democrática de las mayorías, de manera que pueden imponerse democráticamente obligaciones y deberes que los contradigan.

5. PACTO POR LA CONVIVENCIA Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La descripción que he intentado hacer, siquiera sea a vista de pájaro, del pacto por la convivencia y de sus contenidos, me permite proponer su estudio como base, o mejor como introducción, al Derecho constitucional.

El pacto por la convivencia, en cuanto pacto sobre el lugar que ha de ocupar la conciencia en la política, es la condición de posibilidad del pacto por la justicia como pacto sobre intereses que admiten el acercamiento, el entendimiento, la transacción y el acuerdo entre los diferentes (que se hacen posibles sobre la base del reconocimiento, respeto y aprecio o estima, no de las diferencias, sino de los diferentes). El pacto

por la justicia tiene como objetivo convertir en reales y eficaces los derechos y libertades alumbrados por el pacto por la convivencia, en expresión del artículo 9.2 CE.

Podría ser una nueva perspectiva para dotar de claridad y congruencia al sistema, no solo de los derechos fundamentales²⁵, sino también de los principios y valores que de ellos se desprenden. Es solo una sugerencia.

6. MANTENIMIENTO DEL PACTO Y DEL CUMPLIMIENTO DE SUS COMPROMISOS PRIMORDIALES. SU SOSTENIBILIDAD

En palabras de Rubio Llorente, «la Constitución escrita, el texto constitucional, nace normalmente con vocación de perennidad. La fidelidad a esa vocación, cuya realización plena no se logra jamás, exige sin embargo que el contenido normativo se acomode al cambio de circunstancias, en la medida necesaria para seguir desempeñando la función propia de una Constitución digna de ese nombre»²⁶.

He intentado hasta aquí describir a grandes rasgos el contenido y el proceso de formación del pacto base de la Constitución, del pacto por la convivencia. Una pregunta a la que parece obligado intentar dar respuesta a continuación es la de cómo asegurar que el pacto, en lo fundamental, se mantenga vivo y se cumpla.

Creo que, dejando a un lado la propia capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias y a las nuevas generaciones (el procedimiento de reforma previsto en la propia Constitución, por ejemplo), la comunidad política tiene en sus manos dos herramientas imprescindibles para la salud del pacto; se trata de herramientas extremadamente valiosas y, a la par, delicadas. Será necesario superar no pocos tabúes, confesados o no, conscientes o no. Me refiero a la educación y la información, que soplan en la misma dirección y empujan hacia su adaptación permanente. Y, más propiamente, a la legislación sobre educación y sobre las libertades de información y expresión. Y la palabra clave aquí es, en

²⁵ PEREZ LUÑO, A. E., «El sistema de los derechos fundamentales», en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*. cit., pp. 367-397.

²⁶ RUBIO LLORENTE, F., «Separación de poderes y democracia en la Constitución», en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, cit., p. 225.

ambos casos, *tolerancia del otro como tal otro*, es decir, en sus *diferencias* –sobre todo y muy especialmente, en aquellas diferencias que lo hacen único e irrepetible–, cuyo *conocimiento* es necesario.

6.1. La educación

La educación democrática ciudadana tiene precisamente ese objetivo, que los niños asimilen sus primeras vivencias como «seres-con» en la democracia. Siempre recuerdo a mi mujer diciéndoles a nuestros nietos, ante cualquier discusión entre ellos, «chicas y chicos, hay que dialogar, hay que negociar». Esa es la primera regla de la convivencia. Para llegar a esa conclusión tan elemental no es necesario haber estudiado Derecho constitucional, pero tomaré como punto de partida para mi razonamiento textos de nuestra Carta Magna, porque me conducirán a la misma conclusión: principio fundamental informador de la convivencia no es otro que la *tolerancia*. Y aprender a vivir en tolerancia o con tolerancia del otro como tal otro (como diferente) es uno de los objetivos máximos de la educación como tarea del Estado.

Aludiré a dos preceptos constitucionales, los artículos 10.1 y 27.2, a los que luego añadiré el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 con arreglo a la cual habrá que interpretar los textos referidos a derechos fundamentales y libertades constitucionales (10.1CE):

- Artículo 10. 1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social».
- Artículo 27.2 CE: «La educación tendrá por objeto el *pleno desarrollo de la personalidad humana* en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»
- Artículo 3.1 CDN: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el *interés superior del niño*».

El primero de los artículos citados pone de relieve cual es el fundamento del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el *libre desarrollo de la personalidad*, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. El segundo establece que el objeto de la educación es el *pleno desarrollo de la personalidad* en el respeto a los principios democráticos de la convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. En ambos se insiste en considerar la personalidad como algo que tiene un *proceso de desarrollo* que ha de tener lugar en el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Punto de partida de ese desarrollo es la dignidad humana como síntesis de los derechos que le corresponden al ser humano por el mero hecho de serlo y de existir. Para empezar, la libertad de conciencia y la tolerancia (una como el primer derecho fundamental y la otra como el primer deber, ambos universales).

Pero la expresión *proceso de desarrollo*, obliga además a tener en cuenta la distinción básica entre *titularidad* y *ejercicio* de los derechos. En razón de su dignidad como ser humano, el niño tiene esa titularidad desde el principio de su vida, pero adquiere la capacidad para su ejercicio al compás de la maduración de su autoconciencia como ser libre, proceso y ejercicio en el que no puede ser sustituido por nadie. Los demás, incluidos padres, tutores y profesores, pueden y están obligados a *guiarle* y a prestarle toda la *ayuda* posible en ese ejercicio, pero no pueden *sustituirlo*. Y en esa guía y ayuda, una de sus obligaciones fundamentales es la defensa de los derechos de los que el niño es titular frente a cualquier amenaza o agresión que pueda afectarles negativamente. La educación ha de hacerse *para* la libertad y solo es posible si se hace *en* libertad. A nadar se aprende nadando y a andar, andando.

El CDN incide en esta idea en varias ocasiones: desde el primer momento el niño o niña es sujeto de derechos y no es propiedad de nadie (y menos lo es su conciencia). Y ser sujeto de derechos es tanto como decir que se es titular de la libertad. Lo que necesita el niño, dada su menesterosidad inicial y su conciencia emergente (es el principal sujeto del desarrollo), es *guía* y *ayuda* para su ejercicio, pero nada más; una guía que deberá prestarse con especial delicadeza para no incurrir nunca en la *sustitución* del menor en el ejercicio de su libertad.

Para dejarlo claro formula el artículo 3.1. CDN formula el principio del interés superior menor como principio vinculante. No está tan claro, en cambio, qué deba entenderse por «interés superior del niño», hasta el

punto que se ha calificado como fórmula de contenido semántico indeterminado, más allá de los criterios que ofrecen la Ley de Protección Jurídica del Menor²⁷ y la jurisprudencia para delimitar ese interés en cada caso concreto.

Pero podemos aproximarnos a su contenido. Primero, de los intereses en juego en el proceso de «desarrollo de la personalidad», el superior, el que debe prevalecer siempre, es el del niño. Segundo, si nos preguntamos cuál de los intereses del niño es el superior, la respuesta es clara: su dignidad, en cuanto haz de todos sus derechos fundamentales, en especial de los expresamente mencionados en el Convenio. Y si seguimos preguntando, de estos últimos cuál es el superior, debemos acudir de nuevo al artículo 10.1 CE: el libre desarrollo de la personalidad, que no es otra cosa que la adquisición de la conciencia de libertad –y consecuentemente, de la conciencia de ser sujeto moral, persona responsable de los propios actos–, al tiempo que adquisición de los *saberes*, la *disciplina* y los *hábitos* necesarios para serlo. Algo que no se produce de repente, sino que es fruto de un largo proceso, de ahí el término «desarrollo».

Y así, el interés superior del niño no es otro que adquirir una conciencia progresivamente más clara y diáfana de sí mismo como libertad, de los otros y de lo otro (mundo), y de su relación con ellos.

Todavía más. Apurando el razonamiento, podríamos sin violencias arribar a la conclusión de que somos fundamentalmente libertad y que por lo tanto ese proceso de adquisición de una conciencia progresivamente más clara y diáfana de esa libertad que somos, tiene que ser *plenamente libre*. Y de eso es de lo que tienen que cuidarse progenitores y tutores, también los públicos. De hecho, nuestro Alto Tribunal ha considerado como ilegítima la práctica del adoctrinamiento por parte de un padre: la libertad de conciencia de este y la legitimidad para adoctrinar y hacer proselitismo tiene su límite en la libertad del hijo que, de otra manera, estaría indefenso por falta de capacidad crítica ante la libertad de conciencia y de la consecuente libertad de expresión del padre²⁸. El «interés

²⁷ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE número 15, de 17 de enero de 1996).

²⁸ STC 141/2000, FJ.5: «Desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la fa-

superior» del niño sería, en este caso, la *libertad en la formación de su conciencia*; puede ser guiado y ayudado, expresiones utilizadas por la Convención referidas al papel de los padres en la intervención en ese proceso de desarrollo de la personalidad (arts. 14.2 y 27.2), pero en ningún caso sustituido en el ejercicio de ese derecho. El niño necesita que se le presten todos los medios que le faciliten la maduración de su conciencia, conocimientos (competencias) y hábitos que le permitan ir decidiendo libremente y encauzando libremente su querer. Una cosa es dar a conocer las distintas doctrinas sobre el mal y el bien, o sobre las distintas cosmovisiones, religiosas o no, y otra muy distinta hacer proselitismo, adoctrinando al niño cuando todavía no tiene la madurez suficiente para recibir críticamente esa información. El niño no es susceptible de clonación paterna; el respeto debido a su derecho de libertad de conciencia y a la libre formación de esa conciencia lo vedan. Y, claro está, este punto de vista tiene también consecuencias a la hora de determinar cuáles deban ser los contenidos de la educación –sin dejar de lado la síntesis de los valores a los que hace referencia el orden público, especialmente los derechos humanos y valores y principios que destilan, con especial referencia a la moral pública como uno de los valores colectivos que son o

cultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

pueden ser límite de los derechos fundamentales, incluso del derecho fundamental primero, el derecho de libertad de conciencia—.

Más de uno se preguntará como puede armonizarse esto con la previsión del artículo 27.3 CE que impone a los poderes públicos «*garantizar* el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Pues bien, una interpretación lógico-sistemática de lo que dice el texto constitucional exige tener en cuenta varias cosas.

Por lo pronto, el término utilizado para referirse a la obligación que se impone a los poderes públicos es «*garantizan*», lo cual es muy distinto de «*están obligados a prestar*». Y no es algo que no tenga sentido. Más bien era necesario expresarlo así si se quería obviar una incoherencia con la laicidad del Estado (art. 16 CE) y con la neutralidad ideológico-religiosa de sus poderes e instituciones, también las instituciones docentes y el propio sistema docente público. Otra cosa implicaría la confusión entre sujetos, actividades y fines públicos y religiosos. La única moral que el Estado tiene obligación de enseñar con el objetivo de suscitar convicciones es la moral pública. La religión y las morales particulares solo pueden ser enseñadas por las instituciones públicas, no para crear convicciones, sino solo para transmitir «*saberes*», que es algo muy distinto: sería una enseñanza neutral, objetiva, plural y crítica, como apoyo a la capacidad de decidir y elegir, de «*querer*», en definitiva.

Y ese es el único contenido posible del derecho de los padres al que puede referirse el texto constitucional cuando habla de la obligación del Estado de garantizarles ese derecho. Otra cosa estaría en contradicción con la consagración de la laicidad como neutralidad, tal como lo entiende el propio TC. Las instituciones públicas no pueden garantizar el derecho de los padres a *clonar* a sus hijos transmitiéndoles sus propias creencias y convicciones. Como hemos visto en la STC antes citada, el derecho de libertad de conciencia de los padres, integrado también por el derecho a hacer proselitismo de sus creencias, tiene su límite en el derecho de libertad de conciencia de su hijo (del menor). El único derecho que tiene el progenitor puede exigir que el Estado le garantice es el de que a su hijo se le enseñe la moral que él profesa sí, pero como parte de una enseñanza plural, objetiva y neutral como conocimiento necesario para una elección libre debidamente informada.

«Este enfoque no solo tiene consecuencias en los contenidos de la educación o en la actividad educativa misma por parte de todos cuantos participan activamente en ella (progenitores, profesores, etc.), sino en el diseño mismo de los centros escolares. Cada uno de ellos debe ser un pequeño microcosmos democrático en el que el valor supremo sea la libertad de conciencia de todo el alumnado y, en respuesta, el valor del cumplimiento del deber correspondiente por parte de todos, es decir, la tolerancia. Libertad de conciencia y tolerancia han de estar presentes no solo como contenidos de la educación que se trasmite y se enseña, sino como valores que se viven en el día a día. Las alumnas y alumnos tienen que habituarse, hasta convertirlo en carne de su carne, a resolver todos los conflictos que puedan suscitarse dialogando, negociando y acordando la solución. Para eso tienen que aceptar, reconocer y estimar al otro como tal otro, reconocerlo en su diferencia, lo que presupone el conocimiento de esa diferencia (conocimiento que debe proporcionarle la enseñanza) y la predisposición a admitir que el otro puede tener razón o parte de razón; la predisposición, en todo caso, a ceder en aras de una solución acordada.»

6.2 La libertad de información y de expresión

El derecho a la libertad de expresión e información es un derecho cuya existencia misma responde a la exigencia de satisfacción de otro derecho, el derecho a estar informado –verazmente informado, claro– y a conocer las ideas u opiniones de los demás para formar la propia conciencia. En esto tenía toda la razón Fichte²⁹: mi derecho a expresarme libremente se fundamenta en el derecho del otro a conocer mi opinión, mis ideas o mi versión de los hechos.

Aquí encuentran su fundamento las llamadas *garantías institucionales*³⁰, derechos fundamentales cuyo ejercicio cumple una función clave en las democracias: la creación y alimento de la *opinión pública*, que se nutre también del *proceso dialógico* (Habermas), permanente y silencioso, entre los ciudadanos. Los medios institucionales de opinión e información participan en una función auténticamente pública. Es el cumplimiento de esa función lo que las hace acreedoras de una situa-

²⁹ *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos*, traducción de Oncina Coves, Tecnos, Madrid, 1986, p. 20.

³⁰ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 33 ss.

ción privilegiada que amerita una protección jurídica reforzada. Por eso la situación privilegiada y la protección reforzada dejan de tener sentido cuando esas instituciones no solo incumplen su compromiso, sino que actúan de tal modo que obstaculizan alcanzar el objetivo de una convivencia pacífica y amigable. Dicho de otro modo, la protección jurídica reforzada deja de justificarse si «los medios» no están al servicio de la tolerancia, predicándola y practicándola; si siembran odio en lugar de amistad o comprensión del otro como tal otro y del profundo respeto que merece como persona; si además se valen para ello de bulos y auténticas mentiras, falseando (y no solo interpretando) los hechos retorcida y aviesamente; o si, en lugar de informar, desinforman. Porque en ese caso no son garantías institucionales.

Una cosa es que haya que ser muy prudentes y cautelosos al tipificar con precisión los límites al ejercicio de estos derechos para evitar deslizamientos igualmente peligrosos para la libertad, y otra muy diferente que haya considerar de hecho esa libertad ilimitable, algo que solo es explicable en una democracia joven, sin rodaje ni experiencia. «La garantía institucional actúa sobre el derecho fundamental de dos maneras y en dos tiempos: en un primer momento su acción es de carácter extensivo con respecto al derecho, llevando su ejercicio más allá de lo que alcanzaría ese derecho subjetivo en cuanto tal, mientras en un momento posterior esa acción es de carácter limitativo estableciendo el punto máximo hasta el que ese ejercicio puede extenderse. Y esto último no puede hacerse de forma arbitraria, sino en plena coherencia con su carácter instrumental: refuerza el alcance del derecho para conseguir el aseguramiento de una determinada institución, y con esa misma finalidad establece cuándo el refuerzo debe dejar de actuar. Lo contrario sería impensable dentro de un ordenamiento jurídico presidido, como debe suceder en todo sistema normativo, por la coherencia y la congruencia»³¹.

Por eso no debe sorprender que se señalen especialmente como límites de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación los derechos consagrados en los artículos 16.1 y 18.1. Pero de poco valdría tipificar como límite la injuria y la calumnia, si a la hora de probar que concurren las circunstancias requeridas para la tipificación, por sistema y ante la menor duda damos prevalencia a las libertades de ex-

³¹ *Ibídem*, p. 233.

presión e información por su cualidad de garantías institucionales, cumplan o no con los objetivos que las hacen merecedora de tal cualificación.

Habría que cambiar el foco de atención y ponerlo sobre la tolerancia como principio jurídico informador del ordenamiento. Lo que hay que comprobar es si el ejercicio de la libertad de expresión e información está al servicio de la tolerancia o si por el contrario la impide o dificulta por esparcir la semilla del odio o por no servir a la verdad. Y esto, a mi juicio, no está debidamente previsto en la legislación vigente, lo que ha conducido a una sacralización desmesurada de las libertades de expresión e información, a las que hemos convertido en tan altas libertades que no encuentran límites. Y cualquier atisbo de establecerlos se interpreta como un atentado contra el sistema democrático mismo. Pero si quiere estar al servicio de la creación de una auténtica opinión pública libre, resultado de la contribución a la formación de las conciencias individuales, objetivas, plurales y críticas, el sistema de derechos de la comunicación tiene que blindarse tanto frente al fomento del odio como frente a la propagación de bulos. Porque ese es el talón de Aquiles de la democracia misma.

Por igual razón se echa en falta una regulación cuidada de las llamadas redes sociales, que están sustituyendo en buena medida a los medios de comunicación tradicionales como instrumentos de formación la opinión pública. El derecho fundamental de libertad de expresión e información no puede responder a las leyes del mercado como si fuera una mercancía, y eso es lo que parece cuando se rechaza el sometimiento a la ley del uso de estos nuevos medios. La ley debe defenderlos, pero también fijar sus límites: así lo exigen la formación de la opinión pública libre y plural y el respeto a la dignidad de las personas y al bien público que constituyen la paz y la cohesión social.