

LA CONCIENCIA INDIVIDUAL NO PUEDE, POR SI SOLA, JUSTIFICAR EL ABORTO

CINCO MINUTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

POR

EMILIO SERRANO VILLAFANE

Catedrático de Filosofía del Derecho

Recientemente, el jesuita y catedrático de Derecho penal, P. Beristain, publicaba un artículo en *El País*, con el título «El pueblo de Dios no condena todo aborto». Por más que lo leo no sé ciertamente qué es lo que quiere decir ni a dónde se propone llegar. Y no me refiero a la letra del artículo, fácilmente comprensible, sino a la intención de su autor. Porque, ¿pretende el profesor de Derecho penal, P. Beristain, justificar el *delito* de aborto o, al menos, de algunos abortos, y sumarse a la orquestada campaña de los proabortistas cuyas manifestaciones nos airean con profusión los medios de comunicación del «cambio», para solicitar la despenalización del aborto? O, ¿pretende el jesuita P. Beristain justificar moralmente el *pecado* de aborto como muerte violenta de otro ser humano? O, ¿quiere acaso el autor, profesor y sacerdote, contribuir con su artículo a la formación de las conciencias del Pueblo de Dios? Si así es, no nos parece, en verdad, el mejor procedimiento.

Veamos lo que dice: «La teología moral tradicional ha enseñado y enseña que no peca ante Dios quien, por sus circunstancias concretas, opina *sinceramente*, en conciencia, que puede lícitamente provocar el aborto, pues esa persona actúa según le dicta su criterio individual, que es la norma próxima de la eticidad de la conducta». Y —sigue diciendo—, «modernos mora-

listas consideran la ignorancia invencible como un problema de incapacidad de tal persona para *hacerse cargo* de una obligación moral..., según la capacidad y situación muy diferentes de cada uno».

No son suficientes estos breves párrafos para, sobre ellos, hacer algunos comentarios críticos al artículo del P. Beristain y algunas precisiones que él no hace.

En primer lugar, no se puede considerar la «opinión», por muy «sincera» que sea, ni la conciencia y el criterio individual —«que es la norma próxima de la eticidad de la conducta»— como norma única y última de la moralidad si esa norma próxima y subjetiva no concuerda y está fundada en la norma objetiva o ley moral natural de la cual es una «aplicación» al caso concreto. Y ello es obligado si no queremos caer en las aberraciones nihilistas de la «moral de la situación», que convierte a la conciencia de cada uno en «creadora» de lo bueno y de lo malo sin apelar a un criterio superior de moralidad. Que algunos asesinos, ladrones y calumniadores opinen «sinceramente» que pueden, en casos concretos matar, robar y calumniar, no justifica, en modo alguno, que puedan moralmente hacerlo, aun cuando obren según «su criterio individual».

La conciencia por sí sola no es ni puede ser criterio de moralidad. Esto lo sabe perfectamente el P. Beristain, pero no lo dice aquí (es más, parece decir lo contrario) y, por ello, yo me remito hacer estas consideraciones.

Unos interrogantes nos sitúan perfectamente en el problema. En primer lugar, ¿existen fuera del hombre un *orden ético* y unas *normas objetivas* con contenido, que ofrezcan un criterio firme para un obrar (moral y jurídico) al que ha de atenerse quien *debe* conducirse de un modo determinado en las situaciones concretas de la vida? ¿Existe una ley —moral y jurídica— que ordene un comportamiento determinado, como bueno y justo, y prohíba lo contrario, como malo e injusto? ¿Tiene el hombre *razón* para conocer ese orden ético objetivo de fines y sus normas imperativas, y *libertad* para realizarlo de acuerdo a sus

prescripciones? ¿*Debe* el hombre comportarse con arreglo a ese orden objetivo y *puede* y tiene facultad moral y jurista de hacerlo?

En la contestación a estos interrogantes se contiene el fundamento para una respuesta al problema del normativismo objetivo y al de la razón y conciencia subjetiva y sus funciones respectivas.

La filosofía cristiana tradicional señaló ya el doble aspecto de la norma moral: el objetivo, representado por la ley (eterna, natural y positiva) y el aspecto subjetivo, representado por el dictamen práctico de la razón individual que se llama conciencia. Pero el problema sigue siendo actual y las corrientes del pensamiento cristiano contemporáneo, rechazando con el magisterio de la Iglesia lo que hay de erróneo en la llamada «moral de la situación» (que disuelve en posiciones subjetivas o relativistas la normatividad ética), subrayan la importancia de la valoración personal, según conciencia, que cada hombre ha de realizar para aplicar las exigencias de la suprema moral objetiva a las peculiares circunstancias históricas.

Tiene lugar así el proceso de subjetivación de la conciencia moral, que va desde la norma objetiva remota o ley a la norma próxima de la moralidad o conciencia. La conciencia es «aplicación» de los principios de la ley moral natural al caso concreto (y, sobre esos primeros principios, no hay la ignorancia invencible a la que se refiere el autor). Y, subrayamos que la conciencia es sólo «aplicación» y no «creación» de la norma. La recta conciencia, en posesión de los primeros principios de la ley natural, por la *sindéresis*, y también de las inferencias y conclusiones de la ciencia moral, termina el proceso de aplicación de las normas al poner el último juicio moral, la norma más próxima de la acción: el dictamen de lo singular. A este dictamen de la razón práctica, que juzga de la bondad o malicia de nuestros actos, se le llama conciencia, que es definida como «*applicatio scientiae ad opus, ad ea quae agimus*».

Ahora bien, la conciencia como regla inmediata del bien moral depende de la norma objetiva y de ella recibe su eficacia obli-

gatoria. La regla próxima es norma en virtud de la regla remota. La conciencia no es más que un testimonio que denuncia la obligación superior. La fuente de obligación no deriva de ella, sino de una norma objetiva superior a la que se subordina. Es la «recta norma» de la conciencia a que se refiere la encíclica *Pacem in terris* en el párrafo 14 y aclara perfectamente en el párrafo 38: «El que la razón humana sea norma de la humana voluntad por la que se mide su bondad, es una derivación de la ley eterna, la cual se identifica con la razón misma». Y así lo ha declarado también el Concilio Vaticano II en la Constitución *Gaudium et spes*, cuando dice que «el hombre percibe y reconoce, por medio de su conciencia, los dictámenes de la ley divina...». La ley moral natural, que es la misma ley eterna participada al hombre, esa es la norma recta de la razón en el obrar moral y jurídico del hombre, esto es, la conformidad con el orden ético-jurídico, sin que ello sea reducir la conciencia moral a un mero elemento pasivo de los actos humanos si tenemos en cuenta que éstos son morales en razón del objeto, fin y circunstancias en los cuales tanta importancia tiene la conciencia y la intención.

Pero bien entendido que si no se niega la función normativa próxima y secundaria que cumple la conciencia, no por ello, ni la razón ni la conciencia subjetivas «crean» la Moral y el Derecho ni la eticidad de la conducta, como quería Kant y afirman en nuestros días los autores de la «moral de la situación» en un relativismo radical, que es lo más opuesto a la Moral y al Derecho. En las acciones morales como en los derechos subjetivos, naturales o adquiridos, la razón y la conciencia de cada uno —a la que se refiere el P. Beristain— son regla subordinada y pendiente de la ley objetiva, natural o positiva, que es la norma recta de la conciencia.

Así, pues, el «criterio individual», la «opinión sincera, en conciencia» de quien cree que «puede lícitamente provocar el aborto», no puede justificar este hecho inmoral y antijurídico aún cuando ese criterio y conciencia sean la «norma próxima de la eticidad de la conducta». Ni tampoco puede invocarse la «igno-

rancia invencible», a la que alude el autor, porque los primeros principios universales e inmutables de la ley moral natural y Derecho natural son cognoscibles por todos y no cabe creer que puede ignorarse invenciblemente que matar a otro, privar de la vida a un ser humano indefenso sea algo inmoral.

El aborto, aún el aborto terapéutico condenado por el Derecho natural, es inmoral y no se puede provocar porque atenta al primero de los derechos fundamentales del hombre, el derecho a la vida, que existe desde el momento de la concepción, según opinión unánime de los biólogos de nuestros días. La inmoralidad del aborto directo y terapéutico está clara porque no se puede hacer el mal para que sobrevenga un bien, y no se puede matar al hijo porque peligre la vida de la madre y mucho menos, claro es, para evitar posibles desequilibrios psicológicos de ésta. Otro cosa es el llamado aborto indirecto que puede resultar, como efecto, de un acto bueno. Puede intentarse salvar la vida de la madre mediante una operación en la que se produzca la occisión del feto, pero no siendo ésta ni buscada ni querida directamente; se trata de realizar un acto bueno del que permite un efecto malo. Es la doctrina de la acción del doble efecto.

Contrastan con este confusionismo del artículo que comentamos, la claridad de comunicados hechos públicos por los colegios de médicos y farmacéuticos en los que se afirma sin paliativos ni distinguos que «el aborto voluntario es un crimen desde el punto de vista biológico; es un atentado contra la vida humana». Porque «desde el momento de la concepción comienza una nueva vida; el feto es un ser con un código genético irrepetible» y «la interrupción de esta nueva vida significa un atentado contra los derechos básicos de la persona humana, que tiene derecho a vivir, a ser y a desarrollarse», por ello «no puede suprimirse esa vida sin cometer un crimen con los agravantes de indefensión e inocencia». La junta directiva del colegio de médicos de Vizcaya, a la que corresponden las frases anteriores (y en los mismos términos se ha pronunciado el colegio de médicos y de farmacéuticos de Madrid) termina diciendo: «conde-

namos por unanimidad y enérgicamente toda práctica abortiva».

Y esto dicen —y lo suscribimos plenamente— quienes por otras razones no tienen una obligación directa de formar las conciencias del Pueblo de Dios.

Cinco minutos de Filosofía del Derecho.

Más reciente aún que artículo al que nos hemos referido en párrafos anteriores está el desafortunado acuerdo del Gobierno socialista de enviar a las Cortes y para urgente tramitación el proyecto de ley de despenalización del aborto, esto es, de «legalizar», reconocer, autorizar el derecho al aborto en ciertas circunstancias. Y esta monstruosidad moral y jurídica se convertirá en ley merced al imperio de la fuerza de los votos del Congreso, que no de los votos de los diez millones de votantes por el «cambio». Pero no toda ley es ley, ni toda «legalidad» es «legitimidad» justa.

Cinco minutos de Filosofía del Derecho, es el título de uno de los escritos del ilustre profesor de Filosofía del Derecho Gustav Radbruch, en el que, tras amargas experiencias del nazismo en Alemania, rectificó posiciones relativistas anteriores a las que la había llevado al dogma positivista: «La ley es la ley».

En efecto, Radbruch, que había sido ministro de Justicia de Weimar, inspirado por la filosofía de la cultura de la escuela neokantiana de Rickert y Windelband, había sostenido un relativismo que iniciado en su primera obra *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914), fue ampliado, reafirmado y sistematizado en la *Rechtsphilosophie* (1932), muy conocida en nuestras universidades y de la que se hizo traducción española en 1933.

Entre dos mundos distintos, el de la «Naturaleza», frente al que surge el «reino de los valores», que se comparten la realidad toda, sitúa Radbruch un mundo intermedio producido por el hombre: el mundo de la «Cultura», al que pertenece el Derecho, que no es otra cosa que «un fenómeno cultural, un hecho referido a valores».

En numerosos lugares de la *Rechtsphilosophie* repite el docto profesor de Heidelberg que «el Derecho está referido, tiene por misión realizar el valor de la justicia». Pero como la justicia «es un concepto puramente formal» (en sentido kantiano) y como su contenido concreto no se puede determinar científicamente, no se puede deducir de él el contenido del Derecho. El Derecho positivo «pretende valer sin consideración de su justicia». El orden y la seguridad, garantizados por el Derecho, son los que postulan y exigen la positividad del Derecho. Aunque una ley no se ajuste a los postulados de justicia ni a los de adecuación a un fin, siempre realizará a pesar de ello un valor: el de seguridad jurídica. El fin de la justicia lo cumple el Derecho si es justo; el de la seguridad y certeza lo realiza siempre por el mero hecho de ser positivo. La seguridad del Derecho exige su positividad. Si no puede ser firmemente establecido lo que es justo, tiene que ser firmemente establecido lo que debe ser Derecho, de tal modo que al establecerse tiene que prevalecer. De aquí que el Derecho es válido, independientemente de su contenido, por el solo hecho de existir. Que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto. Esto dice el profesor y ministro de Justicia (otros profesores y ministros nos lo recuerdan entre nosotros en nuestros días) y éste es el pensamiento del Radbruch y de su radical positivismo de antes de la Segunda Guerra Mundial.

Y es más —añade—, por otra parte existe contradicción entre los elementos del Derecho; en caso de conflicto, la conciencia de cada uno podrá decidir la preferencia que ha de darse a cada uno de ellos; y el juez debe aplicar el Derecho positivo, sea o no justo, porque si con ello no sirve al valor de la justicia, sirve, sin embargo, a un valor: el de la certeza y el orden.

Este es el relativismo del Radbruch de la primera época, que más parece escepticismo (en definitiva, el relativismo no es sino una forma atenuada de escepticismo), al que habían sabido permanecer indemnes el propio Kant, Fichte y Stammler. Y este relativismo gnoseológico y valorativo es lo más opuesto a la cognoscibilidad y objetividad de los valores ético-jurídicos.

La falsedad de esta doctrina, aparte del error de que el orden

y la seguridad son los valores jurídicos fundamentales y que ambos exigen la positividad del Derecho y que éste sea cumplido, está en que antepone el valor «formal» del Derecho a su valor de fondo, el *quia jussum* (porque está mandado) al *quia justum* (porque es justo), la forma al contenido, olvidando que el contenido del Derecho es el valor ético de justicia.

Ahora bien, este relativismo radbruchiano fue felizmente superado y sustituido por un acercamiento al Derecho natural como Derecho justo, operado en el ilustre profesor alemán en el quinquenio escaso que medió entre el fin de la última guerra y su muerte, acaecida en 1949.

Esta nueva postura de Radbruch aparece claramente en los escritos *Fünk Minuten Rechtsphilosophie* (1945), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) y en *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), que con *Der Geits des englischen Rechts* (1947), *Das Reichsgericht und die Politik* (1949) y el escrito póstumo *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, publicado en 1952, constituyen la producción filosófica-jurídica del Radbruch de la segunda época, a la cual vamos a referirnos brevemente limitándonos al primero de los escritos citados.

En efecto, Radbruch, que en otro tiempo representó el puro relativismo axiológico cuyo ídolo, como hemos visto, era la seguridad jurídica, tras la experiencia y los desastres a que la fórmula *Gesetz ist Gesetz* («la ley es la ley») había llevado al positivismo en Alemania, ha visto que el fundamento del Derecho es muy otro y que la esencia de lo jurídico sólo puede ser un Derecho «supralegal» y superior con el que medir las leyes positivas y considerarías como actos contrarios, como «desafueros en forma legal». Y, asimismo, aquellas antinomias entre justicia y seguridad que el profesor de Heidelberg creía insolubles o resolvía a favor de la seguridad, encuentran también ahora una solución más firme y auténtica: «en el nombre y concepto de Derecho natural».

En su escrito *Fünk Minuten Rechtsphilosophie*, Radbruch hace una fuerte crítica del positivismo en Alemania, que al identificar la ley con la voluntad del gobernante, dejaba a los súbditos inde-

fenos ante el arbitrio y el capricho del legislador, que escudaba sus injusticias con la invocación al falso respaldo popular, afirmando como Derecho «lo que ayudaba al pueblo». Esta concepción de la ley y su validez, que nosotros —dice Radbruch— llamamos «la teoría positivista», dejó a los juristas como al pueblo sin defensa frente a leyes tan arbitrarias y tan crueles como criminales.

Esta concepción positivista «equipara, en último término, Derecho con poder; solamente donde está el poder está el Derecho» (Primer Minuto). Se ha querido complementar esta máxima o suplirla por otra máxima: Derecho es lo que beneficia al pueblo. Ello significa —sigue diciendo Radbruch— que arbitrariedad, violación de contrato, ilegalidad son —con tal que beneficien al pueblo— Derecho. Y de este modo la equiparación del Derecho con un pretendido o supuesto interés popular ha transformado un Estado de Derecho en un Estado de injusticia. No, no debe regir «todo lo que beneficia al pueblo es justo», sino más bien lo contrario: «Solamente lo que es justo beneficia al pueblo» (Segundo Minuto).

«El Derecho es voluntad de justicia. Cuando las leyes desconocen conscientemente la voluntad de justicia concediendo o faltando arbitrariamente a los derechos humanos de cada ser, falta entonces a estas leyes la validez, no las debe el pueblo ninguna obediencia y deben, también los juristas, encontrar valentía para negarles el carácter jurídico» (Tercer Minuto). Y añade Radbruch en el «Cuarto Minuto»: «Esto debe grabarse profundamente en la conciencia del pueblo y de los juristas: puede haber leyes con tal grado de injusticia y perjuicio común, que debe negárseles la validez, más aún, su carácter jurídico.»

Es en el «Quinto Minuto» donde Radbruch da la razón filosófica de cuanto ha afirmado en los cuatro «minutos» anteriores. «Hay —dice— principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que les contradice carece de validez. Se llama a estos principios el Derecho Natural o Derecho Racional, de los que la labor de siglos ha sabido extraer un núcleo perdurable que se ha recogido en las llamadas

declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, Y en el lenguaje de la fe han encontrado expresión las mismas ideas en dos sentencias bíblicas. Escrito está, por una parte: Debéis ser obedientes a la autoridad que tiene potestad sobre vosotros. Pero también está escrito, por otra parte, que debéis más obediencia a Dios que a los hombres, y éste no es únicamente un piadoso deseo o cosa parecida, sino un precepto jurídico vigente. La tensión entre estas dos sentencias, sin embargo, no puede salvarse por una tercera, quizá por el mandamiento: Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. Más bien traspassa la solución a la voz de Dios, la que sólo en presencia del caso concreto habla en su conciencia a cada cual.»

Estos son los *Cinco Minutos de Filosofía del Derecho*, que más que a comentario, lo que, por otra parte, no sería posible en los límites de este artículo, se prestan a serena y profunda meditación. ¡Ah! y también a la posibilidad de sacar de ellos —*hic et nunc*— muy provechosas consecuencias.

Este escrito de Radbruch preparaba el camino a otro que, un año más tarde, publicaba en la «*Süddeutsche Juristenzeitung*» de agosto de 1946: *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, en el que el autor continúa la crítica contra el «caduco pero aún vivo» positivismo jurídico, afirmando que si los actos realizados en la Alemania nazi y amparados por sus leyes eran «legales», por su manifiesta injusticia eran contrarios a un Derecho «supralegal», y si aquellas disposiciones legales aseguraban la certeza y el orden en la fuerza, no son esos los únicos valores que el Derecho debe realizar, «porque en la jerarquía de valores están todos subordinados a la justicia». Y cuando el grado de injusticia se hace insoportable (*so unerträgliche Mass*), el Derecho «legal», pero injusto, debe ceder frente al valor de la justicia que debe prevalecer. Porque sobre el «delito legal» está el «Derecho supralegal», con arreglo al cual lo injusto —*Unrecht*— es siempre injusto, antijurídico, aunque esté configurado en «formas legales».